

berührt überdies nicht die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die behaupteten Mängel der verkauften Tiere nicht nachgewiesen sind.

Der Angriff der Revision auf die Verneinung eines Verschuldens der Klägerin beim Vertragsschluß enthält im Grunde nur eine Kritik an der tatrichterlichen Würdigung des in Betracht kommenden Sachverhalts, die in dieser Instanz nicht beachtlich ist. Eine beachtliche Verfahrensrüge ist nicht vorgebracht worden. Die Rüge der Nichtbeachtung des Vorbringens der Beklagten in den Schriftsätzen vom 28. Oktober 1942, vom 17. und 30. Juli 1943 entbehrt der zu erfordernden Bestimmtheit. Im übrigen ist auch nicht anzunehmen, daß das Berufungsgericht dieses Vorbringen bei seiner Gesamtwürdigung nicht berücksichtigt hätte.

Die in der Widerklage insoweit zusammengefaßten Forderungen der beklagten Ehefrau sind hiernach ohne Rechtsirrtum für nicht bestehend erklärt worden, woraus sich die Unbegründetheit dieses Teils der Widerklage ergibt.

Die Revision ist nach alledem unbegründet.

23. Das Vorbringen eines die Restitutionsklage nach § 580 ZPO begründenden Umstandes, so insbesondere das Auffinden einer Privaturkunde nach Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem BG (§ 580 Nr. 7 b), ist auch noch in der Revisionsinstanz zulässig und beachtlich. Die in dem Urteil RGZ 11, 365 vertretene abweichende Ansicht wird nicht aufrechterhalten.

ZPO §§ 561, 580 Nr. 7 b, 582.

IV. Zivilsenat. Urt. vom 29. März 1944 (IV 314/1943).

I. Landgericht Ravensburg.

II. Oberlandesgericht Stuttgart.

In Sachen der Ehefrau A. I. M. S. geb. B. in Ravensburg, Beklagten, Widerklägerin und Revisionsklägerin, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Schoffer in Leipzig,

gegen

den Kaufmann A. S. in Ravensburg, z. Zt. Obergefreiter bei der Schiffstammabteilung in Sennheim (Elsaß), Kläger, Widerbeklagten und Revisionsbeklagten, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat Huber in Leipzig, hat das Reichsgericht, IV. Zivilsenat auf die mündliche Verhandlung vom 29. März 1944 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Jonas und der Reichsgerichtsräte Dr. Hofmann, Dr. Lippert, Schwegmann und Dr. Schrutka für Recht erkannt:

Das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 25. November 1943 wird aufgehoben.

Die Sache wird zur Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. – Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien haben am 8. Juli 1940 die Ehe miteinander geschlossen, aus der ein Sohn hervorgegangen ist. Der Kläger, der am 31. August 1940 zur Kriegsmarine eingezogen wurde, bisher aber nur zu Lande, zunächst in Wilhelmshaven, dann in Lindau und später wieder in Norddeutschland Verwendung fand, hat die Scheidung der Ehe beantragt wegen grundloser Verweigerung des ehelichen Verkehrs durch die Beklagte, wegen ihres lieblosen Verhaltens ihm gegenüber allgemein in der Zeit nach seiner Einberufung zum Wehrdienst und besonders während seines Aufenthalts in Lindau und seiner Erkrankung dort, ferner wegen ihm gegenüber zum Ausdruck gebrachter Mißachtung und Beleidigung sowie wegen Veranlassung der Beobachtung seiner Person durch eine Auskunftei.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und Widerklage auf Scheidung der Ehe aus Verschulden des Klägers erhoben. Sie hat ein ehewidriges Verhalten gegenüber dem Kläger bestritten und ihrerseits geltend gemacht, der Kläger habe, wie er ihr selbst erklärt habe, durch unlautere Mittel seine Befreiung vom Frontdienst erreicht; dadurch habe sie die Achtung vor ihm verloren. Er habe in der Nacht des 31. Januar 1943, als er trotz eines vorausgegangenen Streites von ihr ehelichen Verkehr verlangt habe, den sie ihm versagt habe, sie aus dem Bett geworfen, die Nachttischlampe zerschlagen und die gotteslästerliche Äußerung getan: „wenn es einen Herrgott gäbe, so solle ihn der am Arsch lecken“. In der Neujahrsnacht 1941/1942 habe er sie durch eine Ohrfeige mißhandelt, was sie ihm allerdings verziehen habe. Im Laufe des Rechtsstreits habe er ihr zu Unrecht Abtreibung vorgeworfen.

Das Landgericht hat auf die Klage und die Widerklage die Ehe geschieden und beide Ehegatten für schuldig an der Scheidung erklärt. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten, die sich nur gegen den Schuldausspruch wendete und darauf abzielte, den Kläger für überwiegend schuldig an der Scheidung zu erklären, zurückgewiesen, das Urteil auf die Berufung des Klägers aber dahin abgeändert, daß die Ehe auf die Klage geschieden, die Beklagte für schuldig an der Scheidung erklärt und die Widerklage abgewiesen.

Die Revision der Beklagten wendet sich gegen die Abweisung der Widerklage und des Antrags, den Kläger für überwiegend schuldig an der Scheidung zu erklären. Der Kläger hat um Zurückweisung der Revision gebeten.

Entscheidungsgründe

Zur Beurteilung steht nur noch die Widerklage auf Scheidung und der Antrag, den Kläger für überwiegend schuldig an der Scheidung zu erklären.

Keinem Rechtsbedenken begegnet die Auffassung des Berufungsgerichts, daß das Verhalten des Klägers in der Nacht vom 31. Januar 1943, insbesondere die ihm vorgeworfene, im Tatbestand näher wiedergegebene Äußerung, in der es nur einen im Zorn ausgestoßenen Fluch über die Weigerung des ehelichen Verkehrs durch die Beklagte erblickt hat, keine schwere Eheverfehlung im Sinne des § 49 Satz 2 EheG darstelle, daß die Beklagte aber jedenfalls daraus kein Recht auf Scheidung der Ehe herleiten könne, weil das Verhalten des Klägers im unmittelbaren Zusammenhang mit der, eine erhebliche Eheverfehlung darstellende, Verweigerung des ehelichen Verkehrs gestanden habe und aus diesem Grunde das Scheidungsbegehren der Beklagten bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt wäre (§ 49 Satz 2 EheG, vgl. auch RGZ Bd. 167 S. 265). Die Beurteilung jener Äußerung durch das Berufungsgericht, die die Revision bemängelt, ist nach den gegebenen Umständen rechtsbedenkenfrei. Ebenso ist rechtlich die Annahme nicht zu beanstanden, daß es letztlich wegen der Verweigerung des ehelichen Verkehrs durch die Beklagte zum Streit gekommen ist. Das hat das Berufungsgericht der eigenen Darstellung der Beklagten von dem Vorfall entnehmen können.

Frei von Rechtsirrtum ist auch die Ansicht, daß die vom Kläger gegen die Beklagte am 18. März 1943 in Lindau ausgesprochene Verwünschung: „Fluch soll über dich kommen, es soll dir so schlecht gehen, wie du es mir gemacht hast“, nach dem überaus kränkenden Verhalten der Beklagten ihm gegenüber bei jenem Besuche nach § 49 Satz 2 EheG keinen Grund zur Scheidung abgeben könne. Auch diese Äußerung stand also im unmittelbaren Zusammenhang mit einer erheblichen Ehwidrigkeit der Beklagten.

Das Berufungsgericht hat dann noch selbst geprüft, ob weitere Eheverfehlungen des Klägers gegeben seien, auf die in Rücksicht auf die im § 57 Abs. 1 EheG bestimmte Frist von 6 Monaten die Widerklage nicht mehr unmittelbar gestützt werden könne, die aber etwa zu den Eheverfehlungen des Klägers in der Nacht des 31. Januar und am 18. März 1943 zur Unterstützung herangezogen werden könnten und geeignet wären, zusammen mit diesen das Verlangen auf Scheidung zu rechtfertigen (§ 59 Abs. 2 EheG). Es hat diese Frage ohne Rechtsirrtum verneint. Den wesentlichen Vorwurf, den die Beklagte dem Kläger gemacht habe und der an sich einen Grund mit zur Scheidung der Ehe hätte abgeben können, nämlich den der Drückebergerei vor der Front, hat es nach den Erklärungen der Militärdienststellen des Klägers als nicht gerechtfertigt angesehen.

Die Revision rügt demgegenüber, daß das Berufungsgericht nicht zu einer eidlichen Vernehmung der Beklagten gelangt sei. Es hätte erwägen müssen,

daß die Vernehmung des Klägers zu der Frage seiner Drückebergerei vor der Front aus naheliegenden Gründen eine wahrheitsgemäße Aussage weniger habe erwarten lassen als diejenige der Beklagten. Die Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hatte, wie bemerkt, schon aus den vom Kläger vorgelegten Erklärungen seiner Militärdienststellen die Überzeugung geschöpft, daß jener Vorwurf nicht gerechtfertigt sei. Bei der persönlichen Vernehmung der Parteien hat es weiter den Eindruck gewonnen, daß die Beklagte in ihren Angaben nicht glaubwürdiger sei als der Kläger. Es war dann Sache tatrichterlicher Beurteilung und Entscheidung, ob eine der Parteien auf ihre Aussage gemäß § 452 in Verbindung mit § 448 ZPO zu beeidigen sei oder nicht und es ist insbesondere rechtlich nicht zu beanstanden, daß es von der Beeidigung der beweispflichtigen Beklagten abgesehen hat. Daß es dabei die im ersten Rechtszuge näher erörterte und zum Gegenstande der Beweiserhebung gemachte unrichtige Angabe des Klägers vor der Eheschließung über die Zahl seiner Geschwister und seine Angabe über sein politisches Märtyrertum (Beweisprotokoll vom 30. August 1943, Schriftsatz des Klägers vom gleichen Tage) nicht besonders beachtet habe, wie die Revision geltend macht, ist nicht anzunehmen.

Weiter hat das Berufungsgericht festgestellt, daß die Beklagte die – als richtig unterstellte – Äußerung des Klägers zu ihr alsbald nach seiner Einberufung zur Kriegsmarine, er habe, um nicht auf ein Kriegsschiff zu kommen, Farbenblindheit und Schwerhörigkeit vorgetäuscht, nicht als eine Eheverfehlung empfunden hat; denn sie hätte sie nach ihrer eigenen Darstellung nicht zurückgewiesen und ihm deswegen keinen Vorwurf gemacht. Sie hätte sich, so ist weiter festgestellt, aus jener Äußerung nichts gemacht, wenn der Kläger nur einen höheren militärischen Rang erreicht hätte, insbesondere Offizier geworden wäre, wie der Verlobte ihrer Freundin. Die Beibringung eines unrichtigen ärztlichen Zeugnisses für seine Versetzung nach Lindau, in größere Nähe seiner Frau, hat der Kläger nach der im Urteil getroffenen Feststellung von der Beklagten nicht verlangt.

Es handelt sich um tatrichterliche Würdigung, die zu Unrecht von der Revision mit dem Hinweis darauf angegriffen werden, daß sonst, auch nach der Auffassung des Berufungsgerichts, gemäß allgemeiner Lebenserfahrung eine gesund empfindende Frau durch das Bewußtsein, mit einem Drückeberger verheiratet zu sein, nicht nur in ihrer ihrem Ehemann schuldigen Achtung beeinträchtigt werde, sondern auch selbst in der Achtung anderer Volksgenossen, die von der Drückebergerei Kenntnis erlangten, zu sinken befürchten müsse. Hier greift der vom Berufungsgericht angeführte Grund für seine Ansicht über die Einstellung der Beklagten ebenfalls durch.

Die Revision hat noch vorgebracht, die Beklagte habe nach Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, dem 11. November 1943,

ein von dem Kläger herrührendes, für Frau G. B. in Ravensburg bestimmtes Schriftstück folgenden Inhalts aufgefunden.

„Für mein Gretchen!

Weiteres folgt später.

Bitte verschließe die Gastzimmertür sehr gut und vergiß die Sicherung nicht, nimm am besten immer einen Zeugen mit, wo bestätigt wird, daß dieselbe gut verschlossen war und gebe die Schlüssel Schneidermeister M. zurück. Toni“

Sie hat danach die Widerklage auf Scheidung auch auf ehewidrige Beziehungen des Klägers zu Frau B. gestützt und sich zum Beweise für diese Beziehungen auf Frau B. als Zeugin berufen.

Dieses Vorbringen über das Auffinden des Schriftstücks, das nur zur weiteren Stützung der auf ehewidriges Verhalten des Klägers gegründeten Widerklage dienen soll, würde, wenn die Behauptung über den Zeitpunkt der Auffindung der Privaturskunde richtig ist, und wenn dieses Schreiben aus der Zeit vor der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht stammt, geeignet sein, gegen das die Widerklage rechtskräftig abweisende Urteil in diesem Rechtsstreit die Restitutionsklage nach § 580 Nr. 7 b, § 582 ZPO zu begründen. Es ist noch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen. Das Gesetz (§ 582 ZPO) verlangt von der Partei, daß sie den Restitutionsgrund, soweit sie dazu imstande ist, in dem ersten Rechtsstreit geltend macht, und es entzieht ihr die Möglichkeit, die Restitutionsklage zu erheben, wenn sie das schuldhaft unterläßt. In Auslegung dieser Bestimmung hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ Bd. 150 S. 392 [395/396], Bd. 153 S. 65 [69/70], Bd. 156 S. 70 [78 ff.]) die Partei für berechtigt erklärt, beim Vorliegen der Voraussetzungen für die Restitutionsklage sonst bindende Prozeßhandlungen, wie ein Anerkenntnis (§ 507 ZPO) oder die Zurücknahme eines Rechtsmittels (§ 515 ZPO), zu widerrufen. In Weiterverfolgung dieses Rechtsgedankens muß, zur Verhütung des rechtskräftigen Abschlusses des ersten Rechtsstreits und zur Vermeidung eines neuen Rechtsstreits wie dort, das Vorbringen eines Restitutionsgrundes noch in der Revisionsinstanz für zulässig erachtet werden. § 561 ZPO steht dem neuen tatsächlichen Vorbringen in diesem besonderen Falle nicht entgegen. Die in dem früheren Urteil RGZ Bd. 11 S. 365 vertretene abweichende Auffassung, die aus der im § 561 ZPO festgelegten Natur der Revision und aus der Nichterwähnung der Revision neben dem Einspruch und der Berufung im § 582 ZPO (früher § 545 ZPO) die Unbeachtlichkeit eines Restitutionsgrundes in der Revisionsinstanz gefolgert hat, kann nicht aufrechterhalten werden. Es liegt, was übrigens in jener Entscheidung auch nicht verkannt ist, im Sinne einer vernünftigen Prozeßökonomie, Wiederaufnahmegründe nach Möglichkeit noch in einem anhängigen Rechtsstreit zu erledigen. Die Beurteilung der Begründetheit des Restitutionsgrundes ist freilich Sache des Berufungsgerichts als der Tatsacheninstanz, an das die Sache zu diesem Zwecke zurückzuverweisen ist.

Während somit vorliegendenfalls die Rechtsrügen der Revision unbegründet sind, mußte das Vorbringen über die Auffindung der Privaturkunde zur Aufhebung des Urteils, soweit darin über die Widerklage erkannt und die Beklagte für allein schuldig an der Scheidung erklärt worden ist und zur Zurückweisung der Sache insoweit zur weiteren Prüfung führen, ob nach dem Inhalt jenes Schriftstücks die Widerklage wegen ehewidriger Beziehungen des Klägers zu Frau B., gegebenenfalls zusammen mit den besprochenen, die Widerklage für sich allein nicht stützenden Eheverfehlungen des Klägers, begründet ist. Neben der Berücksichtigung jenes Schriftstücks ist aber, wie zu bemerken ist, eine Beweiserhebung etwa durch Vernehmung der Frau B. als Zeugin über die ehewidrigen Beziehungen des Klägers zu ihr nicht zulässig. Die Beurteilung hat vielmehr allein an Hand der neu aufgefundenen Urkunde zu erfolgen.

24. Keine Anrechnung (Vorteilsausgleichung) der durch den Tod der Frau ersparten Aufwendungen auf den Anspruch aus § 845 BGB.

BGB § 845.

V. Zivilsenat. Urt. vom 4. April 1944 (V 90/1943).

- I. Landgericht Saarbrücken.
- II. Oberlandesgericht Köln.

In Sachen des Maurers Quirin *Schmitt* in Wolsfeld, Kreis Bittburg, Klägers und Revisionsklägers, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Petersen in Leipzig,

gegen

die *Deutsche Reichsbahn*, vertreten durch die Reichsbahndirektion in Saarbrücken, Beklagte und Revisionsbeklagte, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat Huber in Leipzig, hat das Reichsgericht, V. Zivilsenat, auf die mündliche Verhandlung vom 4. April 1944 durch den Senatspräsidenten Dr. Brandis und die Reichsgerichtsräte Witthöft, Böhmer, Neuß und Dr. Hackl für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der weitergehenden Revision wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 27. März 1943 insoweit aufgehoben, als es die vom Kläger geforderte Rente in Höhe von monatlich 35 RM abgewiesen und über die Kosten entschieden hat, und es wird demgemäß die angefochtene Entscheidung dahin abgeändert, daß die von dem Berufungsgericht dem Kläger zuerkannte Rente