

BUNDESGERICHTSHOF

IV ZR 170/65

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des Pensionsinhabers Richard Romuald H [REDACTED],
B [REDACTED], B [REDACTED],

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

gegen

die Buchhalterin Maria Sofie H [REDACTED] geb. K [REDACTED],
B [REDACTED], R [REDACTED]-Str. [REDACTED],

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

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Ascher und der Bundesrichter Raske, Wüstenberg, Dr. Graf und von der Mühlen

in der Sitzung vom 5. Oktober 1966
beschlossen:

- I. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 11. März 1965 wird verworfen.
- II. Die Kosten des Rechtsmittels fallen dem Kläger zur Last.

G r ü n d e :

Die Parteien haben am 8. März 1959 geheiratet. Der letzte eheliche Verkehr fand am Morgen des 29. Januar 1962 statt. Seit dem Abend dieses Tages leben die Parteien getrennt.

Am 16. November 1962 hat der Kläger Scheidungsklage erhoben. Er hat Scheidung aus dem Verschulden der Beklagten gem. § 43 EheG begehrt. Durch Urteil vom 24. Januar 1964 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die schweren Eheverfehlungen der Beklagten, aus welchen der Kläger seinen Scheidungsanspruch herleite, seien zumindest nicht erwiesen.

Gegen dieses Urteil hat sich der Kläger mit der Berufung gewandt. Er hat zunächst den Antrag gestellt, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Ehe aus dem Verschulden der Beklagten nach § 43 EheG zu scheiden. In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat er dann

in erster Linie Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Scheidung der Ehe wegen dreijähriger Heimtrennung der Parteien und unheilbarer Zerrüttung gem. § 48 EheG beantragt. In zweiter Linie hat er darum gebeten, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Ehe aus dem Verschulden der Beklagten nach § 43 EheG zu scheiden. Der neue Hauptantrag ist nicht aus einem vorbereitenden Schriftsatz oder aus einem dem Sitzungsprotokoll als Anlage beigefügten Schriftsatz verlesen, sondern mündlich gestellt und vom Berufungsgericht protokolliert worden. Einen Hinweis des Inhalts, daß der Hauptantrag aus einem vorbereitenden Schriftsatz oder aus einem dem Protokoll als Anlage beigefügten Schriftsatz verlesen werden müsse, hat das Berufungsgericht nicht gegeben. Die Beklagte hat die mündliche Stellung des Hauptantrags und seine Protokollierung nicht gerügt. Sie hat Zurückweisung der Berufung erbeten. Einer Scheidung wegen dreijähriger Heimtrennung und unheilbarer Zerrüttung der Ehe der Parteien gem. § 48 EheG hat sie widersprochen. Durch Urteil vom 11. März 1965 hat das Berufungsgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Im Tatbestand des Urteils, der beiläufig erwähnt, daß die Parteien seit 29. Januar 1962 getrennt leben, wird lediglich der Hilfsantrag des Klägers auf Aufhebung des angefochtenen erstinstanzlichen Urteils und auf Scheidung der Ehe aus dem Verschulden der Beklagten nach § 43 EheG, nicht jedoch, sein Hauptantrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und auf Scheidung wegen dreijähriger Heimtrennung der Parteien und wegen unheilbarer Zerrüttung ihrer Ehe nach § 48 EheG wiedergegeben. Auch der Widerspruch der Beklagten gegen eine Scheidung nach § 48 EheG ist im Tatbestand des Berufungsurteils nicht angeführt. In den Entscheidungsgründen des Urteils, das die Revision nicht zuläßt, sind der Hauptantrag des Klägers und der Widerspruch der Beklagten gleichfalls nicht erörtert. Die Zurückweisung der Berufung hat das Berufungsgericht damit begründet, daß schwerwiegende Eheverfehlungen der Beklagten nicht erwiesen



seien. Ausführungen darüber, ob die Ehe der Parteien unheilbar zerrüttet ist oder nicht, enthält das Berufungsurteil nicht.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit der Revision. Er beantragt in erster Linie, das Berufungsurteil einschließlich des ihm zugrunde liegenden Verfahrens aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. In zweiter Linie bittet er darum, unter entsprechender Aufhebung des Berufungsurteils seinen Schlußanträgen zweiter Instanz stattzugeben, soweit die Klage sich auf § 48 EheG stütze. Der Kläger hält die Revision gem. § 547 Abs. 1 ZPO für statthaft. Trotz Übergehung des von ihm in der Berufungsinstanz zuletzt gestellten Hauptantrags habe das Berufungsgericht nämlich auch über seinen Scheidungsanspruch aus § 48 EheG entschieden. Da zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung die Parteien drei Jahre lang getrennt gelebt hätten und da ihre Ehe unheilbar zerrüttet gewesen sei, habe das Berufungsgericht zur Zurückweisung der Berufung nur gelangen können, weil es den Widerspruch der Beklagten gegen eine Ehescheidung gem. § 48 EheG für beachtlich gehalten habe. Mit der Revision rügt der Kläger einmal die von ihm für fehlerhaft gehaltene Besetzung des Berufungsgerichts. Zum anderen beanstandet er damit die Übergehung des von ihm in der Berufungsinstanz zuletzt gestellten Hauptantrags, infolge deren das Berufungsurteil, soweit es um seinen - des Klägers - Scheidungsanspruch gem. § 48 EheG gehe, nicht mit Gründen i.S. des § 551 Nr. 7 ZPO versehen sei.

Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Der Revision des Klägers muß der Erfolg versagt bleiben. Sie ist nämlich nicht statthaft.

Da die Revision vom Berufungsgericht nicht zugelassen ist, würde sie nur statthaft sein, wenn § 547 Abs. 1 ZPO eingriffe. Dies wäre allein der Fall, wenn das Berufungsgericht eine Sachentscheidung darüber getroffen hätte, ob der von der Beklagten gegen eine Scheidung aus § 48 EheG erhobene Widerspruch zu beachten ist und wenn die Überprüfung dieser Entscheidung zum Gegenstand eines Revisionsverfahrens gemacht werden könnte (Senatsentscheidungen LM Nr. 1 und 9 zu ZPO § 547 Abs. 1 n.F.). Diese Voraussetzung ist jedoch im vorliegenden Fall nicht gegeben, weil es an einer solchen Sachentscheidung des Berufungsgerichts fehlt. Sie ist vom Berufungsgericht weder ausdrücklich noch stillschweigend getroffen worden. Daß das Berufungsurteil eine ausdrückliche Entscheidung über den Widerspruch der Beklagten nicht enthält, ist offensichtlich, da der in der letzten mündlichen Verhandlung gestellte Hauptantrag des Klägers auf Scheidung gem. § 48 EheG und der Widerspruch der Beklagten gegen eine solche Scheidung weder im Tatbestand des Berufungsurteils erwähnt noch in dessen Entscheidungsgründen erörtert worden ist. Es kann aber auch nicht davon ausgegangen werden, daß das Berufungsgericht sich stillschweigend mit dem Widerspruch der Beklagten befaßt habe. Insbesondere läßt sich nicht mit der Revision annehmen, das Berufungsgericht habe zur Zurückweisung der Berufung des Klägers nur deshalb gelangen können, weil es den Widerspruch der Beklagten stillschweigend als beachtlich angesehen habe. Eine solche stillschweigende Behandlung eines Widerspruchs als stichhaltig ist zwar nicht undenkbar, wie der Fall zeigt, den der Senat im Urteil vom 30. Oktober 1963, - IV ZR 49/63 - entschieden hat. In diesem Fall, in dem der Kläger in erster Linie Scheidung gem. § 43 EheG und in zweiter Linie Scheidung nach § 48 EheG verlangt und in dem die Beklagte einer Scheidung aus § 48 EheG widersprochen hatte, war vom Berufungsgericht die Frage, ob der Widerspruch durchgreife, nicht ausdrücklich erörtert.

Das Berufungsgericht hatte aber nicht nur die dreijährige Heimtrennung der Parteien, sondern auch die unheilbare Zerrüttung ihrer Ehe eigens festgestellt. Die beiden Tatbestandsmerkmale des § 48 Abs. 1 EheG, deren Vorliegen eine Entscheidung über die Beachtlichkeit des Widerspruchs überhaupt erst ermöglicht, waren damals also gegeben. Im Hinblick darauf war der seinerzeit vom Senat gezogene Schluß berechtigt, das Berufungsgericht sei offenbar deshalb zur Zurückweisung der Berufung des Klägers gelangt, weil es den Widerspruch der Beklagten stillschweigend als stichhaltig betrachtet habe. Im vorliegenden Falle hat hingegen das Berufungsgericht zwar den Zeitpunkt des Beginns der Heimtrennung der Parteien im Tatbestand seines Urteils erwähnt, nicht aber im Hinblick auf § 48 Abs. 1 EheG festgestellt, daß die Trennung 3 Jahre oder länger gedauert habe.. Eine unheilbare Zerrüttung der Ehe der Parteien hat es nicht einmal beiläufig angeführt, geschweige denn festgestellt. Es fehlt somit hier im Gegensatz zu dem durch das Urteil vom 30. Oktober 1963 entschiedenen Fall im Berufungsurteil an einer Darlegung der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen erst eine Entscheidung des Berufungsgerichts über den Widerspruch der Beklagten in Betracht gekommen wäre. Danach kann nicht angenommen werden, das Berufungsgericht habe dem Kläger die erstrebte Ehescheidung deshalb verweigert, weil es stillschweigend davon ausgegangen sei, der Widerspruch der Beklagten greife durch.

Darüber, ob das Berufungsgericht den vom Kläger gestellten Hauptantrag nach § 297 Abs. 5 ZPO unbeachtet lassen durfte, obwohl die Verletzung der Formvorschrift des Abs. 1 und 2 dieser Bestimmung von der Beklagten nicht gerügt worden war - so RGZ 136, 373, 376; Rosenberg "Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 9. Aufl., § 65 III 1 und Förster-Kann, ZPO,

3. Aufl., § 295, Anm. 3; aa Stein-Jonas-Schönke, ZPO, 18. Aufl., § 297 Anm. IV und Baumbach-Lauterbach, ZPO, 27. Aufl., § 297 Anm. 3 - oder ob es - im Falle der Bejahung dieser Frage - die ihm nach § 139 ZPO obliegende Pflicht verletzt hat, den Kläger zur Beachtung der erwähnten Formvorschrift anzuhalten, könnte im Revisionsverfahren nur auf Grund einer zulässigen Revision entschieden werden. Es ist aber allgemein anerkannt, daß auch schwerwiegende Verfahrensverstöße in Scheidungssachen die nach den §§ 546 Abs. 1, 547 Abs. 1 ZPO unstatthafte Revision nicht statthaft machen, weil der Gesetzgeber die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels in Scheidungsangelegenheiten ganz bewußt auf die Fälle der §§ 546 Abs. 1, 547 Abs. 1 ZPO beschränkt hat.

Aus demselben Grunde ist die Revision auch nicht im Hinblick auf die Rügen des Klägers gegeben, das Berufungsgericht sei unvorschriftsmäßig besetzt gewesen und sein Urteil sei, soweit es um den Scheidungsanspruch aus § 48 EheG gehe, nicht mit Gründen versehen. Denn auch absolute Revisionsgründe im Sinne des § 551 Nr. 1 und Nr. 7 ZPO, wie sie der Kläger damit geltend macht, können nur durchgreifen, wenn die Revision statthaft ist (BGHZ 2, 278; Stein-Jonas-Schönke aaO, § 551, Anm. I 2; Baumbach-Lauterbach aaO, § 551 Anm. 1).

Die Revision des Klägers muß nach alldem gemäß
§ 554 a ZPO als unzulässig verworfen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Ascher

Raske