

Verkündet
am 30. Oktober 1963
Hoeppe Just.-Angestellte
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Bauingenieurs Johann W [REDACTED], V [REDACTED] bei M [REDACTED],
Klägers und Revisionsklägers,
Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in
[REDACTED] -

g e g e n

die Hausfrau Anna Frieda W [REDACTED] geb. P [REDACTED],
H [REDACTED], Hs: Nr. [REDACTED], Krs. B [REDACTED],
Beklagte und Revisionsbeklagte,
Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 23. Oktober 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Ascher und der Bundesrichter Raske,
Wüstenberg, Wilden und Dr. Loewenhoim

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom
17. Dezember 1962 aufgehoben und die Sache zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über
die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien, beide deutsche Staatsangehörige, haben am 6. Juni 1944 die Ehe miteinander geschlossen. Aus dieser Ehe sind zwei Söhne hervorgegangen, nämlich der am [REDACTED] 1944 geborene Hans-Jürgen und der am [REDACTED] 1947 geborene Klaus-Peter. Der letzte eheliche Verkehr fand gegen Pfingsten 1953 statt. Danach verließ der Kläger seine Familie. Seitdem leben die Parteien getrennt.

Am 13. April 1960 hat der Kläger Klage auf Scheidung seiner Ehe aus dem Verschulden der Beklagten mit der Behauptung erhoben, sie habe sich schwerer Eheverfehlungen schuldig gemacht (§ 43 EheG). Hilfsweise hat er seine Klage auf § 48 EheG gestützt.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat die ihr vorgeworfenen Verfehlungen bestritten. Vorabgänglich hat sie die Feststellung der Mitschuld des Klägers verlangt, weil er ihr wiederholt die Treue gebrochen und seine Familie grundlos verlassen habe. Einer Scheidung aus § 48 EheG hat sie sich widersetzt.

Das Landgericht hat die Ehe aus Verschulden beider Parteien (§ 43 EheG) geschieden, jedoch ausgesprochen, daß die Schuld des Klägers überwiege.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt.

Sie hat beantragt,

- 3 -

unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils die
Klage abzuweisen.

Der Kläger hat beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts
aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Der Kläger hat Revision eingelegt.

Er beantragt,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Be-
rufung der Beklagten insoweit zurückzuweisen, als
nicht entsprechend dem Hilfsantrag aus § 48 EheG
geschieden worden ist,
hilfsweise,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils wie des
ihm zugrunde liegenden Verfahrens den Rechtsstreit
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das
Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,
die Revision zu verwerfen, hilfsweise zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat die Klageabweisung damit be-



gründet, es komme nicht entscheidend darauf an, ob die der Beklagten zur Last gelegten Vorfälle als erwiesen erachtet würden. Denn sie stünden im Zusammenhang mit den eigenen Verfehlungen des Klägers, könnten bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe sein Scheidungsbegehren sittlich nicht rechtfertigen und begründeten deshalb gemäß § 43 Satz 2 EheG keinen Scheidungsanspruch des Klägers. Allerdings sei die Ehe, wie das Landgericht zutreffend dargelegt und die Anhörung der Parteien in zweiter Instanz bestätigt habe, unheilbar zerrüttet; das genüge aber nicht, sie zu scheiden, und schon gar nicht aus dem Verschulden desjenigen, der diese Zerrüttung nicht verschuldet habe.

II.

1. Das Berufungsurteil, in dem die Revision nicht zugelassen ist, unterliegt gemäß § 547 Abs. 1 ZPO der Nachprüfung durch das Revisionsgericht nur insoweit, als es sich darum handelt, ob der von der Beklagten gegen die Scheidung aus § 48 EheG erhobene Widerspruch zu beachten ist (vgl. dazu u.a. die Urteile des erkennenden Senats vom 24. Oktober 1962 - IV ZR 26/62 - FamRZ 1963, 31 Nr. 17 und vom 16. Januar 1963 - IV ZR 110/62 - BGHZ 39, 267). Wie die Revision mit Recht hervorhebt, hatte der Kläger die Scheidungsklage hilfsweise auf § 48 EheG gestützt. Das Landgericht hatte keine Veranlassung, angesichts der auf § 43 EheG gestützten Scheidung noch zu dem auf § 48 EheG beruhenden Hilfsantrag des Klägers Stellung zu nehmen. Nachdem die Beklagte das landgerichtliche Urteil mit der Berufung angegriffen hatte, erwuchs der Hilfsantrag des Klägers, über den das Landgericht nicht erkannt hatte, ohne weiteres in die Berufungsinstanz (vgl. Wieczorek, § 525 ZPO, Anm. B I a S. 184; RGZ 149, 202). Über diesen Hilfs-

antrag hat das Berufungsgericht auch entschieden. Es hat festgestellt, daß die häusliche Gemeinschaft der Parteien seit drei Jahren aufgehoben und die Ehe der Parteien unheilbar zerrüttet ist. Wie sich aus den Zulassungsgründen des angefochtenen Urteils ergibt, hat die Beklagte sich einer Scheidung gemäß § 48 EheG widersetzt, also Widerspruch erhoben. Das ist im Tatbestand auch ausdrücklich festgestellt. In dem Berufungsurteil wird ausgeführt, die Ehe der Parteien sei zwar unheilbar zerrüttet, das genüge aber nicht, sie zu scheiden, und schon gar nicht aus dem Verschulden desjenigen, der die Zerrüttung nicht verschuldet habe. Damit ist die hilfsweise auf § 48 EheG gestützte Klage abgewiesen. Die Revision ist zulässig, wenn es sich um die Frage handelt, ob der von der Beklagten erhobene Widerspruch zu beachten ist. Hierzu hat, wie die Revision mit Recht hervorhebt, das Berufungsgericht keine Ausführungen gemacht. Da angesichts der Feststellungen in dem Tatbestand und den Gründen des Berufungsurteils die Entscheidung über die auf § 48 EheG gestützte Klage nur davon abhängt, ob der von der Beklagten erhobene Widerspruch zu beachten ist, ist die Revision des Klägers zulässig.

2. Sie ist auch begründet. Denn es fehlt, wie von der Revision mit Recht gerügt wird, an den erforderlichen Feststellungen des Berufungsgerichts darüber, ob und aus welchen Gründen der Widerspruch der Beklagten durchgreift.

Zunächst fehlt es in dem Berufungsurteil an Feststellungen darüber, daß der die Scheidung begehrende Kläger die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet hat; denn die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Verschuldensfrage gemäß § 43 EheG gelten nicht ohne weiteres auch für § 48 EheG.

Kann diese Feststellung getroffen werden, so kommt es, worauf das Berufungsgericht nicht eingegangen ist, darauf an, ob der von der Beklagten gegen das Scheidungsbegehren des Klägers erhobene Widerspruch durchgreift. Das ist nur dann nicht der Fall, wenn der Beklagten die Bindung an die Ehe und eine zumutbare Bereitschaft fehlen, die Ehe fortzusetzen (§ 48 Abs. 2 EheG). Kann diese Feststellung getroffen werden, so kommt es, worauf das Berufungsgericht nicht eingegangen ist, darauf an, ob der von der Beklagten gegen das Scheidungsbegehren des Klägers erhobene Widerspruch durchgreift. Das ist nur dann nicht der Fall, wenn der Beklagten die Bindung an die Ehe und eine zumutbare Bereitschaft fehlen, die Ehe fortzusetzen (§ 48 Abs. 2 EheG). Wie der erkennende Senat ausgesprochen hat, ist diese Vorschrift dahin zu verstehen, daß die Scheidung gegen den Widerspruch des beklagten Ehegatten dann zulässig ist, wenn diesem entweder die Bindung an die Ehe oder die zumutbare Bereitschaft zur Fortsetzung der Ehe fehlen (Urteil des erkennenden Senats vom 21. März 1962 - IV ZR 187/61 - NJW 1962, 1262, 1294 Nr. 3/3).

III.

Aus diesen Gründen ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Ascher

Raske

Wüstenberg

Wilden

Dr. Loewenheim