

48

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!
Zur Veröffentlichung!

1) Gesetz: ZPO § 580 Nr 7 b.

Rechtssatz: Der nach der Rechtskraft des Urteils im Vorprozeß errichtete Beischreibungsvermerk zu einer Geburtsurkunde, in dem die Legitimation eines Kindes durch nachfolgende Eheschließung der Eltern festgestellt wird, ist als Urkunde nach § 580 Nr 7 b ZPO geeignet, eine Wiederaufnahmeklage zu stützen.

2) Gesetz: ZPO §§ 234, 236.

Rechtssatz: Zur Glaubhaftmachung der Begründung und der Rechtzeitigkeit eines Wiedereinsetzungsantrags genügt Bezugnahme auf Armenrechtsakten. Stellt sich heraus, daß der Tag des Zugangs des Armenrechtsbeschlusses den Akten nicht zu entnehmen war, so kann dies auch noch nach Ablauf der Frist des § 234 ZPO aufgeklärt werden.

Aktenzeichen: IV ZR 137 / 51

Urteil vom 14. Februar 1952

OLG Frankfurt a.M.

Sammlung

Verkündet am 14. Februar 1952
Klett, Just. Angest. als Urkunds-
beamter der Geschäftsstelle.

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

In dem Rechtsstreit

des Diplom-Landwirts Friedrich Wilhelm Ferdinand T [REDACTED]
in C [REDACTED] - Z [REDACTED] , Ze [REDACTED] Nr. [REDACTED]

Restitutionsbeklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers.

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Ehefrau Lina T [REDACTED] geb. Z [REDACTED] in B [REDACTED] (Krs.
H [REDACTED]), Ba [REDACTED] strasse [REDACTED],

Restitutionsklägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 7. Februar 1952 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Lersch, Ascher, Raske, Dr. Hartz und
Dr. v. Werner

für Recht erkannt:

Die Revision des Restitutionsbeklagten gegen
das Urteil des 1. Kasseler Zivilsenats des Ober-
landesgerichts in Frankfurt vom 3. April 1951
wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien haben im Jahre 1936 geheiratet. Auf eine Ende 1946 eingereichte Klage des Mannes und auf Widerklage der Frau ist ihre Ehe durch Urteil des Landgerichts Kassel vom 23. Januar 1947 aus § 43 EheG geschieden worden. Dabei sind beide Parteien für schuldig, die Ehefrau für überwiegend schuldig erklärt worden. Die Eheverfehlung der Ehefrau hat das Landgericht in erster Linie darin gesehen, daß sie den Ehemann bei seiner Rückkehr nach Kriegsende kühl empfangen habe, obwohl er krank und pflegebedürftig gewesen sei. Die Widerklage ist als begründet angesehen worden, weil auch der Ehemann zur weiteren Zerrüttung der Ehe durch ablehnendes und unnachgiebiges Verhalten gegenüber der Ehefrau beigetragen habe.

Gegen dieses Urteil hat keine der Parteien ein Rechtsmittel eingelegt. Es ist dem damaligen Prozeßbevollmächtigten der Ehefrau am 5. April 1947 zugestellt worden. Der Prozeßbevollmächtigte des Ehemannes ist nach Verkündung des Urteils, aber vor Zustellung gestorben. Für den Ehemann meldete sich als neuer Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt [REDACTED] in [REDACTED]. Ihm wurde das Urteil am 28. Mai 1947 zugestellt. Am 10. Juli 1947 reichte er eine Prozeßvollmacht zu den Akten ein. Am 5. Dezember 1947 stellte er dem Anwalt der Ehefrau einen Schriftsatz vom 3. Dezember 1947 zu, der mit der Aufforderung zur Kostenberechnung gemäß § 106 ZPO zugleich die Mitteilung enthielt, daß der Ehemann ihm Prozeßvollmacht erteilt habe.

Am 14. Februar 1948 schloß der Ehemann eine neue

**JLaw – Gesetze und Urteile**

Kostenlos

(mobile App)

Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Ehe mit einem Fräulein W[REDACTED]. Diese hatte am 6. Januar 1946 ein uneheliches Kind geboren. Dieses Kind wurde durch Beschluß des Amtsgerichts C[REDACTED]-Z[REDACTED] vom 18. März 1948 (VII W 557) für ehelich erklärt. Am 22. April 1948 wurde in das Personenstandsregister bei der Geburtsurkunde des Kindes ein entsprechender Randvermerk eingetragen.

Mit der vom 28. Februar 1949 datierten, am 7. März 1949 eingereichten Klage, hat die Klägerin vorgetragen, daß sie durch Verfügung des Standesamts C[REDACTED]-Z[REDACTED] vom 9. Dezember 1948 von dieser Eintragung in das Standesregister erfahren habe. Sie ist der Auffassung, daß durch diese Beischreibung bei der Geburtsurkunde ein Ehebruch des Beklagten mit der Kindesmutter bewiesen werde. Sie begehrt daher die Wiederaufnahme des Verfahrens und Abänderung des Scheidungsurteils im Schuldanspruch dahin, daß der Beklagte für allein schuldig erklärt wird. Gleichzeitig mit der Klage hat sie um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist des § 586 ZPO gebeten und dazu auf die Akten über das der Klage vorausgegangene Armenrechtsverfahren Bezug genommen.

Der Beklagte hat um Klagabweisung gebeten. Er hält den Beischreibungsvermerk nicht für eine Urkunde, die eine Wiederaufnahme des Verfahrens rechtfertigen könnte. Er behauptet, daß es nur einmal, im Mai 1945, auf der gemeinsamen Flucht aus dem Sudetenland zu einem Geschlechtsverkehr mit Fräulein W[REDACTED], seiner jetzigen Ehefrau, gekommen sei. Für eine Änderung des Schuldauspruchs sei deshalb auch sachlich kein Anlaß.

Das Landgericht hat durch Zwischenurteil vom 7. Juli 1949 die Wiederaufnahme des Verfahrens für zulässig erklärt. Es führt aus, daß der Randvermerk einer nachträglich errichteten Geburtsurkunde gleichzusetzen und deshalb als eine die Wiederaufnahme rechtfertigende Urkunde im Sinne des § 580 Ziff 7 b ZPO anzusehen sei. In diesem Urteil hat das Landgericht auch der Klägerin die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist des § 586 ZPO bewilligt. In seinem Schlußurteil vom 23. März 1950 hat das Landgericht das Scheidungsurteil vom 23. Januar 1947 aufgehoben und die Ehe auf Klage und Widerklage aus beiderseitiger, aber überwiegender Schuld des Ehemannes geschieden. Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt, der Beklagte auch gegen das Zwischenurteil vom 7. Juli 1949. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und auf die Berufung der Klägerin das Urteil des Landgerichts vom 23. März 1950 dahin geändert, daß es die Scheidungsklage des Ehemanns abgewiesen und die Ehe allein auf die Widerklage aus alleinigem Verschulden des Mannes geschieden hat.

Mit der Revision greift der Beklagte in erster Linie die Zulässigkeit der Restitutionsklage an. Hilfsweise rügt er auch die Verletzung materiellen Rechts bei der erneuten Sachentscheidung des Oberlandesgerichts. Die Restitutionsklägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Zulässigkeit der Restitutionsklage ist auch noch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen (RGZ 99, 170). Dazu gehört, daß sie sich gegen ein rechtskräftiges Endurteil richtet (§ 578 ZPO). Das Berufungsgericht hat dazu zutreffend ausgeführt, daß das Verfahren durch den Tod des Prozeßbevollmächtigten des damaligen Klägers gemäß § 244 ZPO unterbrochen worden ist. Diese Unterbrechung dauerte nach der damals in der amerikanischen Zone geltenden Fassung des § 244 ZPO solange, "bis der bestellte neue Anwalt von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht." Das ist erst durch die Zustellung des Schriftsatzes vom 3. Dezember 1947 geschehen. Erst mit dem Tage der Zustellung dieses Schriftsatzes, dem 5. Dezember 1947, konnten daher die inzwischen bewirkten Zustellungen wirksam werden und die Rechtsmittelfrist in Lauf setzen. Das ergibt sich aus § 249 ZPO. Einer Wiederholung der Zustellung bedurfte es nicht; denn die während der Unterbrechung ausgeführte Zustellung war nicht schlechthin nichtig. Die unter Verstoß gegen § 249 ZPO vorgenommenen Prozeßhandlungen sind nicht nichtig; der Mangel kann nach § 295 ZPO oder bei gerichtlichen Entscheidungen durch ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung der Prozeßführung geheilt werden, wie aus § 551 Ziff 5 und § 579 Ziff 4 ZPO zu entnehmen ist. Das Urteil des Landgerichts Kassel vom 23. Januar 1947 ist daher mit Ablauf des 5. Januar 1948 rechtskräftig geworden.

II. Das Berufungsgericht hat die weiter von Amts wegen zu prüfende Frage, ob die Klage in der Frist des § 586 ZPO erhoben ist, nicht geprüft. Diese Prüfung erübrigt sich nicht deshalb, weil das Landgericht in seinem Zwischenurteil vom 7. Juli 1949 der Klägerin die Wieder-

28

einsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist bewilligt hat. Der Beklagte hat auch dieses Zwischenurteil mit der Berufung angefochten. Entscheidungen, die eine Wiedereinsetzung gewähren, sind nicht schon wegen dieses Inhalts grundsätzlich der Nachprüfung entzogen (RGZ 136, 275 f. [279]). Jedenfalls in den Fällen, in denen die Wiedereinsetzung durch Urteil gewährt ist, besteht kein Zweifel, daß die Wiedereinsetzung nachprüfbar ist (RGZ 167, 213).

Das Landgericht hat der Klägerin die Wiedereinsetzung gewährt, weil sie, nachdem sie durch Verfügung des Standesamts C - Z vom 9. Dezember 1948 Kenntnis von dem Beischreibungsvermerk zu der Geburtsurkunde erlangt hatte, bereits am 27. Dezember 1948, also rechtzeitig vor Ablauf der Monatsfrist, ein Armenrechtsgesuch für die Restitutionsklage eingereicht hat. Das Armenrecht ist ihr durch Beschluß vom 1. Februar 1949 bewilligt worden. Die Ausfertigung dieses Beschlusses ist am 15. Februar 1949 von der Geschäftsstelle an den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin, der auch das Armenrechtsgesuch für sie eingereicht hatte, abgesandt worden. Das Landgericht stellt fest, daß der Prozeßbevollmächtigte die Ausfertigung erst am 22. Februar 1949 erhalten hat, und daß daher der Wiedereinsetzungsantrag am 7. März 1949 noch rechtzeitig innerhalb der Frist des § 234 ZPO gestellt worden sei.

Die Revision hat hierzu darauf hingewiesen, daß der Wiedereinsetzungsantrag nicht den Erfordernissen des § 236 ZPO entsprochen habe. Die Klägerin hat zur Begründung ihres in die Klageschrift aufgenommenen Wiederein-

setzungsantrags nur auf die Armenrechtsakten 7 O.H. 7/48 des Landgerichts Kassel Bezug genommen. Im Termin vom 13. April 1949 hat das Landgericht der Klägerin aufgegeben, den Nachweis dafür zu erbringen, daß die Frist für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewahrt sei. Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin hat sich dazu mit Schriftsatz vom 11. Mai 1949 geäußert und dargelegt, daß der Beschluß über die Bewilligung des Armenrechts ihm über das Amtsgericht Hünfeld zugegangen sei und daß er den Beschluß am 24. Februar 1949 der Klägerin mitgeteilt und ihr angekündigt habe, daß er nun die Klage erheben werde. Er stellt sich auf den Standpunkt, daß die Frist des § 234 ZPO erst mit der Bekanntgabe des Beschlusses an die Klägerin, also frühestens mit dem 25. Februar 1949, zu laufen begonnen habe. In einem weiteren Schriftsatz vom 18. Mai 1949 ergänzt er sein Vorbringen dahin, daß der Beschluß über die Bewilligung des Armenrechts frühestens am 22. Februar 1949 in seinen Besitz gelangt sein könne und daß deshalb der Wiedereinsetzungsantrag rechtzeitig gestellt sei. Dem ist das Landgericht gefolgt.

Wenn gegen die Versäumung einer Notfrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt wird, so muß der Antrag gemäß § 236 Abs 1 Ziff 1 ZPO die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten. Zu diesen Tatsachen im Sinne des § 236 Abs 1 Ziff 1 ZPO gehören auch diejenigen, die die Einhaltung der Frist des § 234 ZPO ergeben (RGZ 100, 268). Auch diese Tatsachen müssen innerhalb der Frist des § 234 ZPO vorgebracht werden. Späteres tatsächliches Vorbringen kann für die Entscheidung über die Wiedereinsetzung nicht mehr be-

rücksichtigt werden (RGZ 131, 261 /2647).

Die Klägerin hat sich in der Klageschrift wegen der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen allgemein auf die Armenrechtsakten bezogen. Damit hat sie erkennbar zum Ausdruck gebracht, daß sich nach ihrer Auffassung auch die für die Wahrung der Frist des § 234 ZPO maßgebenden Tatsachen aus diesen Akten ergeben würden. Diese Auffassung ist in der Regel in Fällen dieser Art auch gerechtfertigt. Die Frist des § 234 ZPO ist gewährt, wenn Klage und Wiedereinsetzungsantrag innerhalb von zwei Wochen, nachdem das Hindernis behoben ist, bei Gericht eingegangen sind (§§ 234 Abs 2, 207 ZPO). Der Tag des Eingangs der Klage und des damit verbundenen Wiedereinsetzungsantrags ergibt sich aus dem Eingangsvermerk auf der Klageschrift. Das Hindernis, das der rechtzeitigen Erhebung der Klage im Wege stand, war die Armut der Klägerin. Dieses Hindernis war in dem Augenblick behoben, als ihr oder ihrem Prozeßbevollmächtigten die Nachricht über die Bewilligung des Armenrechts und die Beordnung des von ihr schon bevollmächtigten Rechtsanwalts als Armenanwalt zuging. Der Senat hat in seinem Urteil vom 21.3.1951 (IV ZR 13/50) ausgeführt, daß es einer förmlichen Zustellung dieses Beschlusses über die Bewilligung des Armenrechts nicht bedarf. Die Frist des § 234 ZPO begann daher mit der Mitteilung des Armenrechtsbeschlusses an den Prozeßbevollmächtigten der Klägerin zu laufen. Da eine förmliche Zustellung nicht erfolgt ist, ist aus den Armenrechtsakten nicht festzustellen, wann der Beschluß dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin zugegangen ist. Die Akten ergeben vielmehr nur, daß der Beschluß am 15. Februar

1949 an ihn abgegangen ist. Dieser Tag des Abgangs wird in solchen Fällen regelmäßig in den Akten vermerkt. Aus ihm kann das Gericht entnehmen, wann nach dem regelmäßigen Verlauf unter Berücksichtigung der dem Gericht bekannten besonderen örtlichen Verhältnisse der Beschluß dem Anwalt zugegangen ist. Wenn aber eine die Wiedereinsetzung nachsuchende Partei nur die nach diesem regelmäßigen Verlauf üblicherweise von der Absendung des Beschlusses bis zu seinem Zugang verstreichende Frist in Anspruch nimmt, dann genügt es, wenn sie sich wegen des Fristbeginns auf die Gerichtsakten bezieht, aus denen sich der Tag der Absendung ergibt. Ergaben sich dabei für das Gericht Zweifel, ob diese nach den örtlichen Verhältnissen üblicherweise verstreichende Frist eingehalten ist, so hätte das Gericht gemäß der für den Zivilprozeß grundlegenden Bestimmung des § 139 ZPO sein Fragerecht und seine Fragepflicht ausüben und die Klägerin zur Ergänzung ihrer Angaben auffordern müssen. Dies hat das Landgericht auch getan, aber erst nach Ablauf der Frist des § 234 ZPO. Diese Verspätung kann der Klägerin nicht zum Nachteil gereichen. Der Antragsteller kann sich darauf verlassen, daß der Tag des Zugangs des Beschlusses an ihn aus den Akten zu entnehmen ist. Ergibt sich nachträglich, daß das nicht der Fall ist, so schließt das Verbot der Nachschiebung von Wiedereinsetzungsgründen nicht aus, daß die Partei zur Vervollständigung und Ergänzung des ursprünglichen tatsächlichen Vorbringens weitere Angaben macht, deren Herbeiführung zur erforderlichen Aufklärung des Sachverhältnisses durch das Gericht unterblieben ist (BGHZ 2, 342).

Das Landgericht hat daher mit Recht die vom Prozeßbevollmächtigten der Klägerin zur Klärung der aufgetretenen Zweifel nach Ablauf der Frist des § 234 ZPO beigebrachten Angaben noch berücksichtigt.

Unbegründet ist auch die Rüge der Revision, die Restitutionsklägerin habe nicht glaubhaft gemacht, daß sie erst am 9. Dezember 1948 Kenntnis von der Geburt des Kindes bekommen habe. Schon in den Armenrechtsakten hat ihr Prozeßbevollmächtigter mit Schriftsatz vom 12. Januar 1949 gebeten, eine Abschrift der Verfügung vom 9. Dezember 1948 vom Standesamt C [REDACTED]-Z [REDACTED] zu erfordern, da ihm selbst eine solche Abschrift nicht habe erteilt werden dürfen. Das Landgericht hat auch daraufhin eine Abschrift dieser Verfügung vom Standesamt angefordert. Die Abschrift ist jedoch nicht eingegangen. Das Landgericht ist dem nicht weiter nachgegangen. Es hat offenbar die Bezugnahme auf die Akten des Standesamts als ausreichende Glaubhaftmachung angesehen. Dagegen bestehen keine Bedenken.

Das Landgericht hat deshalb der Klägerin mit Recht die Wiedereinsetzung bewilligt.

III. Die Revision rügt weiter, daß der Klage entgegen der Vorschrift des § 588 Abs 2 ZPO die Urkunden nicht beigelegt sind, auf die sie gestützt wird. Dies ist indessen trotz des auf einen zwingenden Charakter der Vorschrift hindeutenden Wortlauts nicht erforderlich. Die wesentlichen Erfordernisse der Klageschrift sind vielmehr im § 587 ZPO erschöpfend aufgezählt. § 588 ZPO gibt

nur an, was sie weiter enthalten "soll". Entgegen dieser vom Reichsgericht vertretenen (RGZ 135, 129) und in der Literatur einhellig gebilligten Auffassung, hat das Kammergericht (JW 27, 2471) aus dem Gegensatz der "Ist"-Fassung des § 587 Abs 2 ZPO zu der "Soll"-Fassung des Abs 1 den Schluß gezogen, daß die Urkunden der Klage beigelegt werden müssen. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Da nach § 588 Abs 1 Ziff 1 ZPO nicht einmal die Bezeichnung des Anfechtungsgrundes wesentliches Erfordernis der Klage ist, der Restitutionskläger also auch noch später erklären kann, daß er die Klage auf § 580 Ziff 7 b ZPO stütze, ist nicht einzusehen, weshalb die Urkunden der Klage beigelegt werden müssen. Die Beilegung der Urkunden ist nur sinnvoll im Zusammenhang mit der Erklärung, daß die Klage auf § 580 Ziff 7 b ZPO gestützt werde. Auch in den Materialien zur ZPO ist die Beilegung der Urkunden nicht als wesentlicher Bestandteil der Klage bezeichnet (Hahn 2. Teil S 385).

IV. Die Zulässigkeit der Restitutionsklage hängt hier- nach entscheidend davon ab, ob der Beischreibungsvermerk zu der Geburtsurkunde eine Urkunde ist, die in Verbindung mit der Geburtsurkunde einen Restitutionsgrund im Sinne von § 580 Ziff 7 b ZPO bildet. Bedenken ergeben sich daraus, daß der Beischreibungsvermerk erst nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils entstanden ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ist eine auf § 580 Ziff 7 b ZPO gestützte Restitutionsklage nur zulässig, wenn die Urkunde vor Eintritt der Rechtskraft des Urteils im Vorprozeß errichtet ist. Der Senat ist dem in seinem Urteil vom 28. Mai 1951 (BGHZ 2, 245) beigetreten und ist dem Reichsgericht auch darin gefolgt,

28

daß von diesem Grundsatz Ausnahmen zuzulassen sind für Urkunden, "die ihrer Natur nach nicht im zeitlichen Zusammenhang mit den durch sie bezeugten Tatsachen errichtet werden können und die deshalb, wenn sie errichtet werden, Tatsachen beweisen, die einer zurückliegenden Zeit angehören" (RG in HRR 33, 1621). Der Senat hat demgemäß in jenem Urteil ausgesprochen, daß eine Restitutionsklage auf eine nachträglich errichtete Geburtsurkunde gestützt werden kann, wenn sich aus ihr ergibt, daß der Beginn der Empfängniszeit vor der letzten mündlichen Verhandlung im Vorprozeß liegt. Das Berufungsgericht, das sich auf die erwähnte Rechtsprechung des Reichsgerichts stützt, hat ausgeführt, daß diese Voraussetzungen auch für den Beischreibungsvermerk zutreffen. In diesem Vermerk sei bekundet, daß das am 6. Januar 1946 geborene Kind der jetzigen Ehefrau des Beklagten durch Beschluß des Amtsgerichts Clausthal-Zellerfeld vom 18. März 1948 ehelich geworden sei. Der Inhalt dieser Urkunde erbringe den Beweis, daß der Beklagte die Ehe gebrochen habe. Denn der Beschluß des Amtsgerichts habe mit Rücksicht auf § 1719 BGB nur ergehen können, wenn erwiesen sei, daß der Beklagte der Vater des Kindes sei. Die gesetzliche Empfängniszeit falle auch voll in die Ehe der Parteien. Der Beischreibungsvermerk beweise also eine Tatsache, die einer zurückliegenden Zeit angehöre und der Vermerk hätte, ebenso wie die Geburtsurkunde, seiner Natur nach nicht in zeitlichem Zusammenhang mit dieser Tatsache errichtet werden können. Eine unterschiedliche Behandlung der Geburtsurkunde und des Beischreibungsvermerks sei auch nicht gerechtfertigt, weil sie zu einer Schlechterstellung der Frau gegenüber dem Mann führen würde. Denn während hinsichtlich der Frau bereits die

Geburtsurkunde den Ehebruch beweise, könne durch sie ein Ehebruch des Mannes nicht bewiesen werden. Unerheblich sei der Umstand, daß der Beischreibungsvermerk meist auf einer freiwilligen Erklärung des Mannes beruhe, während die Geburtsurkunde unabhängig von dem Willen der Frau errichtet werde.

Diesen Ausführungen schließt sich der Senat im Ergebnis an. Die Klägerin stützt ihre Restitutionsklage auf zwei Urkunden, auf die Geburtsurkunde vom 7. Januar 1946 und den Beischreibungsvermerk vom 22. April 1948. Von diesen beiden Urkunden ist nur der Beischreibungsvermerk nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils errichtet. Es bedarf daher nur für ihn der Prüfung, ob er seiner Natur nach nicht in zeitlichem Zusammenhang mit der durch ihn bezeugten Tatsache errichtet werden konnte und deshalb eine Tatsachebeweist, die einer zurückliegenden Zeit angehört.

Diese schon vom Reichsgericht geforderte Voraussetzung für die Zulassung nachträglich errichteter Urkunden als Restitutionsgrund dient, wie der Senat in seinem erwähnten Urteil ausgeführt hat, dem Schutz der Rechtskraft. Von den nach der Rechtskraft des Urteils im Vorprozeß errichteten Urkunden können nur solche als Restitutionsgrund zugelassen werden, bei denen mit Sicherheit auszuschließen ist, daß sie errichtet oder doch benutzt werden, um an Stelle eines anderen, keinen Restitutionsgrund bildenden Beweismittels in den Prozeß eingeführt zu werden, und so einen Restitutionsgrund zu schaffen, der allein mit einer neuen Zeugenbenennung oder einer Parteierklärung nicht zu gewinnen wäre. Aus

diesen Erwägungen hat der Senat auch ein nach der Rechtskraft errichtetes erbkundliches Gutachten nicht als geeignet angesehen, im Sinne des § 580 Ziff 7 b ZPO eine Restitutionsklage zu begründen (BGHZ 1, 218). Derartige Bedenken bestehen jedoch hinsichtlich des Beischreibungsvermerks nicht. Sie lassen sich insbesondere nicht mit dem Hinweis begründen, daß der Beischreibungsvermerk im Gegensatz zu der Geburtsurkunde nur auf freiwillig abgegebenen Erklärungen der Eltern des Kindes beruhe. Nach § 1719 BGB erlangt ein uneheliches Kind dadurch, daß sich der Vater mit der Mutter verheiratet, mit der Eheschließung die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes. Diese Wirkung tritt unabhängig von dem Willen der Eltern kraft Gesetzes ein. Demgemäß ist auch das Verfahren zur Feststellung dieser im Interesse des Kindes liegenden Rechtsfolge von Amts wegen durchzuführen. Gemäß § 22 der 1. AusführungsVO zum Personenstandsgesetz hat der Standesbeamte, wenn die Verlobten bereits ein gemeinsames uneheliches Kind haben, alsbald nach der Eheschließung dem zuständigen Vormundschaftsgericht zur Erteilung eines die Feststellung der Ehelichkeit bezweckenden Verfahrens nach § 31 Abs 1 PStG Mitteilung zu machen. Der Vormundschaftsrichter hat sodann von Amts wegen die erforderlichen Feststellungen zu treffen. Dabei ist er auf ein Anerkenntnis der Vaterschaft nach § 1720 durch den Vater weder angewiesen noch, wenn es vorliegt, daran gebunden. Es ergibt sich daher, dass das Verfahren unabhängig von dem Willen der Beteiligten eingeleitet wird - allein die Tatsache der Eheschließung gibt den Anlaß dazu - und daß es nach den Grundsätzen der Amtsermittlung durchgeführt wird. Wenn das Vormundschaftsgericht dabei die Eltern

des Kindes hört, so sind die Erklärungen der Eltern für die hier zu entscheidende Frage nicht grundsätzlich anders zu bewerten, als die Tatsache, daß auch der Geburtsurkunde Erklärungen desjenigen, der die Geburt beim Standesamt anmeldet, zu Grunde liegen. Auch im vorliegenden Fall ist das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht zur Feststellung der Ehelichkeit des Kindes dadurch eingeleitet worden, daß das Standesamt dem Vormundschaftsgericht von der Eheschließung Mitteilung gemacht hat. Das Vormundschaftsgericht hat darauf die Eltern gehört, nach Anhörung der beteiligten Kreisjugendämter durch Beschluß vom 18. März 1946 festgestellt, daß das Kind die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes erlangt hat, und die Beischreibung im Standesregister angeordnet. Das ergeben die vom Revisionsgericht im Rahmen seiner von Amts wegen vorzunehmenden Prüfung der Zulässigkeit der Klage herangezogenen Akten VII W 557 des Amtsgerichts Clausthal-Zellerfeld. Insoweit es sich also darum handelt, daß es unzulässig ist, eine Urkunde nur an Stelle eines anderen, keinen Restitutionsgrund bildenden Beweismittels in den Prozeß einzuführen, um einen Restitutionsgrund zu gewinnen, sind gegen den Beischreibungsvermerk keine Bedenken zu erheben. Ein Mißbrauch kommt im übrigen auch schon deshalb nicht in Betracht, weil die Partei, die aus dem Vermerk einen Wiederaufnahmegrund herleitet, regelmäßig auf sein Zustandekommen keinen Einfluß hat.

Der Beischreibungsvermerk erfüllt aber auch die weiteren Voraussetzungen, von denen es abhängt, ob eine nach der Rechtskraft des Vorderurteils errichtete Urkunde einen Restitutionsgrund darstellt. Die Tatsache,

21

die die Klägerin dem Beischreibungsvermerk in Verbindung mit der Geburtsurkunde entnehmen will, ist der Ehebruch des Restitutionsbeklagten mit der Mutter des Kindes. Dies ergibt sich in der Tat aus dem Vermerk. Denn in ihm wird bestätigt, daß das Kind infolge der Eheschließung der Eltern des Kindes ehelich geworden ist, daß also der Restitutionsbeklagte der Vater des Kindes ist. Aus dem Geburtsdatum des Kindes und aus der daraus abzulesenden Empfängniszeit ergibt sich dann weiter, daß der Restitutionsbeklagte das Kind im Ehebruch erzeugt hat. Für den Beischreibungsvermerk gilt aber auch, daß er seiner Natur nach nicht in zeitlichem Zusammenhang mit dieser durch ihn bezeugten Tatsache errichtet werden kann und deshalb eine Tatsache beweist, die einer zurückliegenden Zeit angehört. Der Beischreibungsvermerk steht insoweit der Geburtsurkunde gleich. Ihm kommt, wie sich aus § 60 der 1. AusführungsVO zum PStG ergibt, die gleiche Beweiskraft zu, wie den sonstigen Eintragungen in das Personenstandsregister. Er bewirkt aber auch, daß bei der Ausstellung einer Geburtsurkunde über das Kind nunmehr der Beklagte als Vater des Kindes aufgeführt wird. Das ist in § 65 der 1. AusführungsVO zum PStG ausdrücklich bestimmt. Der Vermerk führt daher in Ergänzung der ursprünglichen Eintragung über die Geburt des Kindes dazu, daß nun auch, wie es § 62 Ziff 3 der 1. AusführungsVO zum PStG vorschreibt, die Eltern des Kindes in die Geburtsurkunde aufgenommen werden können. Gerade diese Wirkung des Beischreibungsvermerks auf die Geburtsurkunde selbst zeigt, daß er auch für die hier zu entscheidende Frage einer Geburtsurkunde gleichgestellt werden muß. Denn die Angabe der Geburtsurkunde darüber, wer der Vater des Kindes ist, beruht in diesen Fällen nur auf dem

Beischreibungsvermerk, der damit zu einem Bestandteil der Geburtsurkunde wird. Da aber weiter der Beischreibungsvermerk erst nach der Eheschließung der Eltern eingetragen werden kann, trifft auch für ihn ebenso wie für die Geburtsurkunde zu, daß er nicht in zeitlichem Zusammenhang mit der durch ihn bezeugten Tatsache, dem Ehebruch, errichtet werden kann und deshalb, wenn er eingetragen wird, eine Tatsache beweist, die einer zurückliegenden Zeit angehört. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, wie die Revision meint, daß der Beischreibungsvermerk von der Heirat der Eltern, also einem freiwilligen Akt, abhängt, und daß dieses für die Beurkundung maßgebende Ereignis erst nach der Rechtskraft des Vorderurteils liegt. Es ist unerheblich, ob die Urkunde außer der für das Wiederaufnahmeverfahren bedeutsamen, vor der Rechtskraft des Vorderurteils liegenden Tatsache, dem Ehebruch, auch noch eine andere, nach der Rechtskraft liegende, die Eheschließung, bezeugt. Auch in den Fällen, in denen die Restitutionsklage auf eine nachträglich errichtete Geburtsurkunde gestützt wird, bezeugt die Urkunde die nach der Rechtskraft liegende Geburt, gleichzeitig aber den vorher liegenden Beginn der Empfängniszeit. Nicht entscheidend ist schließlich, daß der Beischreibungsvermerk von der allerdings auf dem freien Willen der Eltern beruhenden Eheschließung abhängt. Dieser Einwand kann nur im Rahmen der schon erörterten und verneinten Frage Bedeutung haben, ob der Beischreibungsvermerk etwa nur als Urkunde an Stelle anderer, im Wiederaufnahmeverfahren unzulässiger Beweismittel eingeführt wird. Der Beischreibungsvermerk ist daher eine Urkunde, auf die eine Restitutionsklage nach § 580 Ziff 7 b ZPO gestützt werden kann.

V. Im zweiten Abschnitt des Wiederaufnahmeverfahrens ist zu prüfen, ob die Klage begründet ist, das heißt, ob die Urkunde wirklich eine der Klägerin günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde. Dabei erweist sich der Beischreibungsvermerk sogar als noch beweiskräftiger für den Ehebruch des Mannes, als es die Geburtsurkunde für den Ehebruch der Frau in einem gegen sie geführten Wiederaufnahmeverfahren ist. Denn die Geburtsurkunde beweist den Ehebruch der Frau nur, wenn außerdem feststeht, daß das Kind nicht aus einem ehelichen Verkehr stammen kann. Der Beischreibungsvermerk dagegen beweist den Ehebruch des Mannes unmittelbar und ohne daß weitere Tatsachen hinzukommen müssen. Die Wiederaufnahmeklage ist demnach begründet.

VI. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht bei der neuen Entscheidung zur Hauptsache das Urteil des Vorprozesses nicht nur im Schuldausspruch geändert, sondern die Scheidungsklage des Ehemannes abgewiesen hat. Nach § 590 Abs 1 ZPO ist die Hauptsache von neuem zu verhandeln, insoweit sie von dem Anfechtungsgrunde betroffen wird. Das Berufungsgericht hat jedoch ohne Rechtsirrtum dargelegt, daß hier nicht nur die Schuldverteilung, sondern auch der Scheidungsausspruch auf die Klage des Mannes von dem Anfechtungsgrunde betroffen wird. Es stellt fest, das Schuldbewußtsein des Beklagten wegen des von ihm begangenen Ehebruchs sei spätestens von Oktober 1945 an der ausschlaggebende Grund dafür gewesen, daß die Parteien nicht mehr zueinander gefunden haben. Unter Würdigung dieses und der sonstigen in der Sache liegenden Umstände kommt es zu dem Ergebnis, daß in dem Verhalten der Klägerin gegenüber dem Beklagten

nach seiner Rückkehr aus Liboch keine schuldhafte Eheverfehlung gefunden werden kann. Gegen diese im wesentlichen dem Patrichter vorbehaltene Würdigung bestehen keine Bedenken. Da das Berufungsgericht hiernach mit Recht angenommen hat, daß auch dieser Teil des Vorprozesses von dem Anfechtungsgrund betroffen wird, dürfte es auch insoweit von dort getroffenen Feststellungen abweichen. Die Revision hält das für unrichtig, weil die Klägerin das ehewidrige und ehebrecherische Verhalten des Beklagten gar nicht gekannt habe, und ihr eigenes Verhalten deshalb nicht dadurch beeinflußt gewesen sein könne. Die Revision verkennt dabei, daß das Berufungsgericht das Schuldbewußtsein des Beklagten als Ursache der Spannungen zwischen den Parteien angesehen hat. Das Berufungsgericht hat ersichtlich zum Ausdruck bringen wollen, daß dieses Schuldbewußtsein, selbst wenn es unausgesprochen und der Klägerin unbekannt geblieben war, doch den Beklagten in seinem Verhalten ihr gegenüber gehemmt und dadurch die gegenseitigen Beziehungen beeinflußt hat. Diese Würdigung ist nicht zu beanstanden.

Unbegründet ist auch die Lüge der Revision, daß die Klägerin den Ehebruch nicht als ehezerrüttend empfinden konnte, weil sie ihn nicht kannte. Ehebruch ist ein absoluter Scheidungsgrund. Der Feststellung, daß er als ehezerrüttend empfunden worden wäre, wenn die Klägerin ihn gekannt hätte, bedurfte es daher nicht. § 49 EheG ist nicht anwendbar, weil er voraussetzt, daß dem verletzten Ehegatten der vollständige Sachverhalt bekannt ist.

Auch die - übrigens nur hilfsweise - Anwendung des § 43 Satz 2 EheG durch das Berufungsgericht ist frei von Rechtsirrtum. Wenn, wie das Berufungsgericht feststellt, das Verhalten der Klägerin, soweit es allenfalls als Eheverfehlung angesehen werden könnte, durch das von seinem Schuldbewußtsein beeinflusste Verhalten des Beklagten hervorgerufen worden ist, so würden die Voraussetzungen des § 43 Satz 2 EheG gegeben sein. Auch die Rüge der Revision, § 286 ZPO sei verletzt, ist unbegründet. Das Berufungsgericht hatte den Rechtsstreit in den durch § 590 Abs 1 ZPO gezogenen Grenzen neu zu verhandeln. An die Feststellungen des im Vorprozeß ergangenen Urteils war es insoweit, wie dargelegt, nicht gebunden. Es ist aber auch nicht ersichtlich, inwiefern die Behauptung, es habe sich um eine Fehllehe gehandelt, für die auf § 42 EheG gestützte Widerklage von Bedeutung sein könnte.

Die Revision erweist sich daher auch insoweit als unbegründet. Zweifelhaft könnte nur sein, ob das Berufungsgericht die Scheidungsklage des Beklagten abweisen durfte, obwohl die Klägerin nach dem Wortlaut ihrer Anträge in diesem Verfahren nur eine Änderung des im Vorprozeß ergangenen Urteils im Schuldausspruch beantragt hat. Das Berufungsgericht hat jedoch den Berufungsantrag der Klägerin "das Urteil vom 23. März 1950 im Schuldausspruch abzuändern und den Ehemann für alleinschuldig zu erklären" so verstanden, daß sie damit die Abweisung der Scheidungsklage erreichen wolle (Ziff 3 der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils). Diese Auslegung ist möglich; denn da auch die Klage des Ehemannes auf Verschulden gestützt war, mußte, wenn ihr stattgegeben und auf Scheidung erkannt wurde, nach § 52 Abs 1 EheG die Schuld der

Klägerin mindestens als Mitschuld im Urteil festgestellt werden. Alleinschuld des Mannes konnte die Klägerin daher nur erreichen, wenn seine Klage abgewiesen wurde. Das Berufungsgericht konnte deshalb annehmen, daß ihr Antrag dementsprechend auch auf Abweisung der Klage gerichtet war. Ob mit Rücksicht auf die besondere Gestaltung des Wiederaufnahmeverfahrens auch ohne Abweisung der Klage die Alleinschuld des Beklagten hätte ausgesprochen werden können, bedarf keiner Entscheidung, zumal der Beklagte diese Auslegung des Antrags durch das Berufungsgericht nicht gerügt hat. Bei der Behandlung der Sache durch das Berufungsgericht bleibt die Scheidung der Ehe - wenn auch nur auf die Widerklage - bestehen. Der Fall nötigt daher nicht zu einer Stellungnahme zu der Frage, ob im Wiederaufnahmeverfahren eine Änderung des im Vorprozeß ergangenen Urteils auch insoweit begehrt werden kann, daß eine in jenem Urteil ausgesprochene Scheidung nunmehr ganz verweigert wird.

Die Revision erweist sich daher als unbegründet und mußte mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Lersch Ascher Raske Dr. Hartz v. Werner