

62

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: ZPO § 580 Ziff 7 b

Rechtssatz: Für die Frage, ob eine Urkunde für den Restitutionskläger ein günstigeres Ergebnis herbeigeführt haben würde, kann ausser der Urkunde nur der im Vorprozeß vorgetragene Prozeßstoff berücksichtigt werden. Das gilt auch, wenn die Restitutionsklage zulässigerweise auf eine Urkunde gestützt wird, die erst nach der Rechtskraft des Urteils im Vorprozeß errichtet worden ist.

Aktenzeichen: IV ZR 222/51

Urt. des BGH. v. 26. Juni 1952 OLG. Celle

Verkündet am 26. Juni 1952
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 Arbeiters Hermann K [REDACTED], B [REDACTED]--S [REDACTED],
Z [REDACTED] Weg [REDACTED],

Restitutionsklägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] ---

g e g e n

die Ehefrau Lisa G [REDACTED] geschiedene K [REDACTED] geb. B [REDACTED]
in H [REDACTED] Nr. [REDACTED], P [REDACTED] D [REDACTED],

Restitutionsbeklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] ---

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 19. Juni 1952 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Lersch, Raske, Dr. Hartz, Johannsen und
Scheffler

für Recht erkannt:

Die Revision des Restitutionsklägers gegen das
Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Celle vom 19. November 1951 wird auf Kosten des
Restitutionsklägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestands

Die Parteien waren miteinander verheiratet. Ihre Ehe ist durch Urteil des Landgerichts in Hildesheim vom 23. Oktober 1947 aus alleinigem Verschulden des Ehemannes und damaligen Beklagten, der in jenem Rechtsstreit nicht vertreten war, geschieden worden. Das Urteil ist seit dem 2. Dezember 1947 rechtskräftig.

Am [REDACTED] hat die Restitutionsbeklagte ein Kind geboren, dessen Erzeuger nicht der Restitutionskläger ist. Dieser hat unter Vorlage der Geburtsurkunde im Januar 1949 die Restitutionsklage erhoben mit dem Antrage, die Restitutionsbeklagte für überwiegend schuldig, hilfsweise für mitschuldig an der Scheidung zu erklären. Die Restitutionsbeklagte hat um Abweisung der Klage gebeten.

Das Landgericht hat die Klage als unzulässig verworfen, weil die Geburtsurkunde erst nach Rechtskraft des Scheidungsurteils errichtet sei, und weil die Behauptung des Ehebruchs im Vorprozess gar nicht aufgestellt worden sei, neue Tatsachen aber nicht vorgebracht werden könnten. Das Oberlandesgericht hat durch Urteil vom 22. Dezember 1949 die Berufung zurückgewiesen, weil die erst nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils errichtete Geburtsurkunde keine geeignete Grundlage für eine Restitutionsklage sei. Dieses Urteil ist auf die Revision des Klägers durch Urteil des erkennenden Senats vom 28. Mai 1951 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden. Der Senat hat dabei ausgesprochen, dass die Restitutionsklage auch



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 oder vor Ablauf der Berufungsfrist liegt. Das Berufungsgericht hat nunmehr durch das jetzt angefochtene Urteil die Berufung des Klägers erneut zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Kläger Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die Restitutionsbeklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. In dem jetzt angefochtenen Urteil ist das Berufungsgericht dem auf die erste Revision ergangenen Urteil des erkennenden Senats folgend davon ausgegangen, dass die Restitutionsklage zulässig ist. Es hat aber angenommen, dass sie nicht begründet ist, weil die Geburtsurkunde auch in Verbindung mit dem Ergebnis des früheren Verfahrens nicht geeignet sei, einen Ehebruch der Restitutionsbeklagten zu beweisen. Das Berufungsgericht verneint damit die im zweiten Verfahrensabschnitt der Restitutionsklage zu prüfende Frage, ob die Urkunde eine dem Restitutionskläger günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde. Dazu hat das Berufungsgericht zunächst ausgeführt, dass diese Frage nicht schon deshalb zu verneinen sei, weil der Restitutionskläger im Eheprozess überhaupt nicht vertreten gewesen sei und keine Sachanträge gestellt habe. Zwar sei es in der Regel erforderlich,

dass die aufgefundene Urkunde geeignet sei, das Begehren des Restitutionsklägers, so wie er es im Vorprozess geltend gemacht habe, zu stützen. Grundsätzlich könnten daher mit der Restitutionsklage keine neuen Klaggründe nachgeschoben werden. Das gelte aber nicht in Ehesachen, weil hier einer neuen selbständigen Klage wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Entscheidung die Rechtskraft entgegenstehen würde. Deshalb sei in Ehesachen die Restitutionsklage auch zulässig, um einen im Vorprozess nicht gestellten Mitschuldentrag durchzusetzen.

Diesen Ausführungen tritt der Senat in allen Teilen bei. Den gleichen Standpunkt hat der Senat schon in seinem Urteil vom 12. April 1951 (IV ZR 111/50 = Lindenmaier-Möhrling § 580 Nr 7 b (2)) eingenommen. Dort ist ausgeführt, der Restitutionsgrund könne nicht damit ausgeräumt werden, dass der Restitutionskläger sich in Ehesachen im Vorprozess nicht habe vertreten lassen, und dass es daher in Ehesachen auch möglich ist, im Wiederaufnahmeverfahren neue Klagegründe geltend zu machen und entsprechende Sachanträge, die im Vorprozess noch nicht gestellt waren, anzubringen, jedenfalls insoweit, als eine im Vorprozess ausgesprochene Scheidung auch nach diesen Anträgen bestehen bleiben soll. Diese Ausführung des Berufungsurteils hat die Revision auch nicht angegriffen.

II. Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen, weil die Urkunde nicht ausreiche, um einen Ehebruch der Restitutionsbeklagten zu beweisen. Der Kläger

ist nicht der Erzeuger des Kindes. Es steht deshalb zwar fest, dass das Kind von einem anderen Mann erzeugt ist, aber nicht, dass dies während des Bestehens der Ehe geschehen ist. Denn das Kind ist am [REDACTED] geboren. Die Empfängniszeit läuft danach vom 16. August bis 15. Dezember 1947. Das Scheidungsurteil ist am 2. Dezember 1947 rechtskräftig geworden. Es ist daher möglich, dass das Kind in den letzten 13 Tagen der Empfängniszeit, als die Ehe schon nicht mehr bestand, empfangen worden ist. Dann würde das Kind nicht im Ehebruch erzeugt sein. Die Geburtsurkunde für sich allein beweist daher den Ehebruch nicht. Das Berufungsgericht hat nun ausgeführt, dass sich aus dem Vorprozess, dessen Ergebnisse bei Würdigung der Urkunde zu berücksichtigen seien, nichts dafür ergebe, dass das Kind nicht aus einem Geschlechtsverkehr in den letzten 13 Tagen der Empfängniszeit stamme. Das Vorbringen des Klägers in Wiederaufnahmeverfahren oder das Geständnis der Beklagten in diesem Rechtsstreit kann nach der Auffassung des Berufungsgerichts nicht berücksichtigt werden, weil für die Frage, ob die Urkunde zu einem günstigeren Ergebnis geführt haben würde, nur die Ergebnisse des früheren Verfahrens verwertet werden können.

Dies greift die Revision an. Sie ist in erster Linie der Auffassung, dass das Berufungsgericht doch aus der Urkunde den Beweis für den Ehebruch hätte entnehmen müssen, und macht weiter geltend, dass in den Fällen, in denen die Restitutionsklage auf eine nachträglich errichtete Geburtsurkunde gestützt werde, folgerichtig auch schon im zweiten Verfahrensabschnitt solche neuen

Behauptungen und Beweismittel Berücksichtigung finden müssten, deren Bedeutung erst durch die Tatsache der Geburt erkennbar geworden seien.

1) Zu der Frage, ob die Urkunde den Ehebruch beweist, also auch den Beweis dafür erbringt, dass das Kind nicht aus einem Geschlechtsverkehr in den letzten 13 Tagen der Empfängniszeit stammt, sagt das Berufungsgericht, dass dies nach allgemeiner Erfahrung zwar unwahrscheinlich aber doch nicht auszuschliessen sei. Diese Würdigung ist rechtlich bedenkenfrei. Zu Unrecht meint die Revision, dass das Berufungsgericht dabei § 286 ZPO verletzt habe und mindestens an Hand medizinischer Erfahrungssätze den Grad dieser Wahrscheinlichkeit hätte prüfen müssen. Solange nichts darüber vorgetragen worden ist, dass die Reifemerkmale des Kindes bei der Geburt oder andere Umstände gegen eine Empfängnis in den letzten 13 Tagen der Empfängniszeit sprechen, konnte das Berufungsgericht ohne Verstoß gegen § 139 oder § 286 ZPO zu der von ihm getroffenen Feststellung gelangen.

Das Berufungsgericht hat dabei nicht übersehen, dass nach allgemeiner Erfahrung allerdings die grössere Wahrscheinlichkeit für eine Empfängnis zu einem früheren Zeitpunkt spricht. Den Grad dieser Wahrscheinlichkeit im Hinblick darauf abzuwägen, ob sie die volle richterliche Überzeugung zu begründen vermag, ist indessen ausschliesslich der tatrichterlichen Beweiswürdigung vorbehalten. Die Revision hat dazu mit Recht hervorgehoben, dass bei dieser Beweiswürdigung nur entsprechend den allgemeinen Regeln des § 286 ZPO darauf abzustellen ist, ob

ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit festzustellen ist, dass er nach der Lebenserfahrung der Gewissheit gleichkommt, und dass es nicht darauf ankommt, ob die Empfängnis in den letzten 13 Tagen der Empfängniszeit offenbar unmöglich im Sinne des § 1591 BGB ist. Deshalb mag es irreführend sein, wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang sagt, aus dem Ergebnis des Vorprozesses könne nicht auf eine "offenbare Unmöglichkeit" dafür, dass das Kind aus einem Geschlechtsverkehr in den letzten 13 Tagen der Empfängniszeit stamme, geschlossen werden. Es kann aber dahingestellt bleiben, ob es sich dabei um mehr als nur um ein Vergreifen im Ausdruck handelt. Denn das Berufungsgericht stellt - was im übrigen unstreitig ist - fest, dass sich aus dem Vorprozess keinerlei Tatsachen, die für die hier vorzunehmende Beweiswürdigung von Bedeutung sein könnten, ergeben. Insoweit lag daher überhaupt kein Ergebnis vor, das einer Würdigung zugänglich gewesen wäre. Dass aber das Berufungsgericht auch die Geburtsurkunde selbst nur unter dem Gesichtspunkt gewürdigt hätte, ob es "offenbar unmöglich" ist, dass das Kind in den letzten 13 Tagen der Empfängniszeit erzeugt ist, ist aus dem Zusammenhang des Urteils nicht zu entnehmen. Das Berufungsgericht sagt vielmehr, dass der Beweiswert der Urkunde nicht eindeutig sei, und der einwandfreie Beweis dadurch allein nicht erbracht werden könne. Diese Ausführungen lassen erkennen, dass das Berufungsgericht die Beweiswürdigung nach den allgemeinen Regeln des § 286 ZPO und rechtsirrtumsfrei vorgenommen hat. Der dagegen gerichtete Angriff der Revision ist daher unbegründet.

Zu Unrecht meint die Revision schliesslich noch, dass das Berufungsgericht besondere Schlüsse aus der in der Geburtsurkunde vermerkten Tatsache hätte ziehen müssen, dass der Erzeuger des Kindes und jetzige Ehemann der Restitutionsbeklagten selbst beim Standesamt die Geburt des Kindes angezeigt hat. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dies für die Frage, ob das Kind in den letzten 13 Tagen der Empfängniszeit erzeugt worden ist, von Bedeutung sein soll. Davon, dass der Restitutionskläger nicht der Erzeuger des Kindes ist, ist das Berufungsgericht ohnehin ausgegangen.

2) Soweit die Revision weiter geltend macht, dass zur Unterstützung nachträglich errichteter Geburtsurkunden auch neue Tatsachen und Beweismittel zugelassen werden müssten, ist zunächst festzustellen, dass der Restitutionskläger auch in diesem Verfahren noch keine Behauptungen darüber aufgestellt hat, dass das Kind unter Berücksichtigung der Reifegrade bei seiner Geburt nicht aus einem Geschlechtsverkehr in den letzten 13 Tagen der Empfängniszeit stammen kann. Das Geständnis der Restitutionsbeklagten, auf das sich die Revision bezieht, geht nur dahin, dass der Kläger nicht der Erzeuger des Kindes ist (Schriftsatz vom 23. Februar 1949). Darin liegt noch nicht ohne weiteres auch das Geständnis des Ehebruchs, weil das Kind auch in den letzten 13 Tagen der Empfängniszeit empfangen sein kann. Das Berufungsgericht hat zwar, wie eine Bemerkung in den Entscheidungsgründen seines Urteils erkennen lässt, die Einlassung der Restitutionsbeklagten im Wiederaufnahmeverfahren insgesamt dahin aufgefasst, dass sie Ehebruch zugeben wolle. Das

allein würde freilich auch noch nicht ausreichen. Vielmehr müsste hinzukommen, dass das am [REDACTED] geborene Kind im Ehebruch erzeugt worden ist; denn Grundlage der Restitutionsklage ist die Geburtsurkunde. Mit ihr muss der Ehebruch bewiesen werden und es würde nicht ausreichen, wenn zwar die Kindesmutter mit dem Vater des Kindes ehebrecherische Beziehungen unterhalten hätte, das Kind aber erst nach der rechtskräftigen Scheidung der Ehe erzeugt worden wäre. Ob das Geständnis der Restitutionsbeklagten so auszulegen ist, dass das Kind im Ehebruch erzeugt ist, kann aber dahingestellt bleiben. Denn der Restitutionskläger hat in der Klageschrift des Wiederaufnahmeverfahrens jedenfalls vorsorglich auf die Vernehmung der Restitutionsbeklagten dafür Bezug genommen, dass das Kind im Ehebruch empfangen worden sei. Deshalb kommt es auf die von der Revision aufgeworfene Rechtsfrage an, ob in den Fällen, in denen die Restitutionsklage auf eine nachträglich errichtete Geburtsurkunde gestützt wird, auch schon im zweiten Verfahrensabschnitt des Wiederaufnahmeverfahrens neue Tatsachen und Beweismittel berücksichtigt werden können.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Restitutionskläger die Vernehmung der Restitutionsbeklagten auch schon im Vorprozess hätte beantragen können, wenn ihm der Inhalt der Geburtsurkunde bekannt gewesen wäre. Das neue Beweismittel, auf das er sich jetzt neben der Urkunde stützt, war daher schon im Vorprozess für ihn benutzbar. Deshalb wird auch zu prüfen sein, ob nicht jedenfalls solche im Vorprozess schon benutzbaren Beweismittel für die Frage, ob die Urkunde im Vorprozess zu einem für den Restitutions-

kläger günstigeren Ergebnis geführt haben würde, berücksichtigt werden können.

Die Restitutionsklage ist ein ausserordentlicher Rechtsbehelf, der es ermöglichen soll, unrichtige Entscheidungen trotz eingetretener Rechtskraft noch zu berichtigen. Im Interesse der Rechtssicherheit und zum Schutze der Rechtskraft lässt das Gesetz diesen Rechtsbehelf nur in engen Grenzen und in bestimmten Fällen zu. Dazu gehört nach § 580 Nr 7 b ZPO das Auffinden einer Urkunde, die eine günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde. Damit stellt das Gesetz auf die Entscheidung des Vorprozesses ab und verlangt, dass die Urkunde, wenn sie bereits im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Vorprozesses vorgelegen hätte, eine für den Restitutionskläger günstigere Entscheidung dieses Vorprozesses bewirkt haben würde. Der Richter des Restitutionsverfahrens hat sich danach die Frage vorzulegen, wie der Vorprozess zu entscheiden gewesen wäre, wenn ausser dem gesamten damaligen Prozeßstoff, wie er im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Vorprozesses vorlag, auch noch die jetzt beigebrachte Urkunde berücksichtigt worden wäre (OGHZ 2, 394 ff [396]). Daraus folgt, dass die Frage, ob die Urkunde geeignet gewesen wäre, eine günstigere Entscheidung herbeizuführen, nicht allein aus dem Inhalt der Urkunde zu beantworten ist, sondern dass ihre Bedeutung in Verbindung mit dem damals vorgetragenen Prozessstoff, insbesondere den damals erhobenen Beweisen, zu würdigen ist. Ob dabei auch die damals angebotenen aber nicht erhobenen Beweise zu berücksichtigen sind, kann hier dahingestellt bleiben, weil hier nur darüber zu entscheiden ist,

ob der Restitutionskläger sich für die Frage, ob die Urkunde im Vorprozess zu einem günstigeren Ergebnis geführt haben würde, auch auf Tatsachen und Beweismittel, die im Vorprozess nicht vorgetragen waren, stützen kann.

Die Berücksichtigung solcher neuen Tatsachen und Beweismittel würde aber dem Gesetz widersprechen. Denn von einer Urkunde kann nicht gesagt werden, dass sie im Sinne des § 580 Nr 7 b ZPO erheblich ist, dass sie also eine dem Restitutionskläger günstigere Entscheidung herbeiführt haben würde, wenn sie dies nur in Verbindung mit anderen Beweismitteln getan haben würde, die vor dem angefochtenen Urteil ebenfalls noch nicht beigebracht worden waren (RGZ 14, 329 3307).

Dies ist mindestens für die Fälle überzeugend, in denen diese anderen Beweismittel vor dem angefochtenen Urteil überhaupt noch nicht benutzbar waren; denn dann hätte die Urkunde, selbst wenn der Restitutionskläger sie im Vorprozess vorgelegt haben würde, in keinem Fall zu einem günstigeren Ergebnis für ihn führen können. Aber auch die zwar benutzbaren, aber nicht angebotenen und daher nicht in den Prozeßstoff eingeführten Beweismittel können keine Berücksichtigung finden. Das Gesetz stellt die Frage, ob die Urkunde zu einem günstigeren Ergebnis geführt haben würde, wie dargelegt, in Beziehung auf die Entscheidung des Vorprozesses. Schon daraus folgt, dass diese Frage nicht losgelöst von dem Ergebnis des Vorprozesses geprüft werden kann. Die Bindung des zweiten Verfahrensabschnittes an das Ergebnis des Vorprozesses dient dem Schutze der Rechtskraft. Die Wiederaufnahme des Verfahrens soll nicht schon dann zulässig sein, wenn der Restitutionskläger mit Hilfe einer neu aufgefundenen Urkunde und ande-

rer bisher nicht vorgebrachter Beweismittel eine andere Entscheidung erreichen kann. Das ist vielmehr der Inhalt des dritten Verfahrensabschnittes, der erneuten Verhandlung der Hauptsache. Dazu kann es aber erst kommen, wenn der Restitutionskläger zuvor im zweiten Verfahrensabschnitt dargetan hat, dass das Urteil des Vorprozesses angesichts der aufgefundenen Urkunde nicht bestehen bleiben kann. Das kann wiederum nur dann bejaht werden, wenn zwar der gesamte im Vorprozess vorgetragene Prozeßstoff, aber auch nur dieser und zusätzlich dazu nur die aufgefundenene Urkunde berücksichtigt wird. Kann das ergangene Urteil nicht allein durch das Hinzutreten der Urkunde zu dem sonstigen Prozeßstoff erschüttert werden, muss dazu vielmehr auch noch auf gar nicht vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel zurückgegriffen werden, so kann nicht gesagt werden, dass das Urteil auf einem die Wiederaufnahme des Verfahrens rechtfertigenden Fehler beruht. Solche Fehler liegen nur dann vor, wenn Tatsachen, die durch Urkunden belegt werden, nicht berücksichtigt werden konnten, weil der Restitutionskläger ohne sein Verschulden nicht in der Lage war, die Urkunden vorzulegen (RGZ 2, 245). Wollte man diese Begrenzung aufgeben, so würde das zu einer nicht vertretbaren Gefährdung der Rechtskraft führen können.

Die Revision ist nun der Auffassung, dass von diesem in Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsatz (OGHZ 2, 396 und die dort zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts, Stein-Jonas § 580 IV 2 c) jedenfalls dann eine Ausnahme zu machen sei, wenn die Restitutionsklage

in zulässiger Weise auf eine Urkunde gestützt wird, die erst nach der Rechtskraft des Urteils im Vorprozess errichtet worden ist, und demgemäss der Vortrag der neuen Behauptungen und Beweismittel erst durch den Inhalt der Urkunde und die von ihr bezeugte Tatsache ermöglicht worden ist. Mit diesem Einwand hat sich das Reichsgericht schon in der erwähnten Entscheidung (RGZ 14, 330) befasst und ausgeführt, dass eine solche Betrachtung den Sinn der Gesetzesworte "welche eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde" in einer unstatthaften Weise ausdehnen würde. Das Reichsgericht hat sich gegen eine freiere Behandlung dieses Restitutionsgrundes auch deshalb ausgesprochen, weil nicht abzusehen sei, warum von einer Verbindung von Urkunden und anderen Beweismitteln gelten sollte, was von diesen anderen Beweismitteln allein unzweifelhaft doch niemals gelten könne, weil diese eben keinen Restitutionsgrund abgeben können. Diese Erwägungen, die das Reichsgericht freilich nur für den damals allein für zulässig erachteten Fall angestellt hat, dass die Urkunde vor der Rechtskraft des Urteils im Vorprozess errichtet war, haben aber auch ihre Bedeutung für die hier zu entscheidende Frage. Zwar können aus den besonderen, vom Senat in dem auf die erste Revision in diesem Rechtsstreit ergangenen Urteil vom 28. Mai 1951 (BGHZ 2, 245) erörterten Gründen auch nachträglich errichtete Geburtsurkunden einen Restitutionsgrund darstellen. Damit ist aber nur anerkannt, dass ausnahmsweise wegen der aus der Natur dieser Urkunden sich ergebenden Umstände für sie von dem in der Regel geltenden Erfordernis der Errichtung vor der Rechtskraft des Urteils im Vorprozess abgesehen

werden kann. Das besagt daher nur, dass diese Urkunden hinsichtlich ihrer Bedeutung für das Restitutionsverfahren denjenigen, die vor der Rechtskraft des Urteils im Vorprozess errichtet sind, gleichzustellen sind. Die anderen Voraussetzungen des Restitutionsverfahrens werden dadurch nicht geändert. Es muss insbesondere dabei bleiben, dass auch diese Urkunden nur dann als solche angesehen werden können, die eine günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würden, wenn sie dies in Verbindung mit den Ergebnissen des früheren Verfahrens - mögen die Beweise erhoben oder nicht erhoben sein - jedenfalls aber ohne Berücksichtigung neuer Tatsachen und Beweismittel getan haben würden. Wollte man für die nachträglich errichteten Urkunden auch diese Voraussetzung aufgeben, so würde das dem § 580 Nr 7 b ZPO eindeutig widersprechen. Denn es lässt sich nicht sagen, dass diese Urkunden, wenn sie in der letzten mündlichen Verhandlung des Vorprozesses vorgelegt worden wären, in Verbindung mit dem damals vorliegenden Prozeßstoff zu einem günstigeren Ergebnis geführt haben würden.

Die von der Revision vertretene Auffassung würde auch die Bedeutung, die das Gesetz gerade der Urkunde als Restitutionsgrund zuschreibt, völlig verschieben. Das Gesetz hat mit voller Absicht zum Schutz der Rechtskraft von den möglichen Beweismitteln nur den Urkundenbeweis zugelassen. Andere Beweismittel als Urkunden können nach dem Willen des Gesetzes für die Frage, ob ein Restitutionsgrund gegeben ist, nicht berücksichtigt werden. Gegen diesen wesentlichen Grundsatz des Wiederaufnahmeverfahrens, wie es

in der deutschen ZPO geregelt ist, würde verstossen werden, wenn man mit der Revision zur Ergänzung der Urkunde auch andere neue Beweismittel zulassen würde. In den Fällen, in denen die Geburtsurkunde schon vor der Rechtskraft des Urteils im Vorprozess vorliegt, der Ehemann aber den Ehebruch nicht beweisen kann, etwa weil er auch selbst mit der Kindesmutter in der Empfängniszeit verkehrt hat, würde auch ein nach der Rechtskraft abgegebenes Geständnis der Kindesmutter keinen Restitutionsgrund darstellen. Wollte man nun bei der nachträglich errichteten Geburtsurkunde zusätzlich auch das - neue - Geständnis der Mutter berücksichtigen, so würde diesem Geständnis jetzt entscheidende Bedeutung zukommen. Das ist mit § 580 Nr 7 b ZPO nicht zu vereinbaren.

Der Revision kann auch nicht zugegeben werden, dass durch diese Rechtsauffassung die Verwertung nachträglich errichteter Geburtsurkunden als Restitutionsgrund in unbilliger Weise eingeschränkt wird. Zwar ist zuzugeben, dass in den Fällen, in denen der Restitutionskläger erst nachträglich von dem Ehebruch erfährt, für ihn keine Möglichkeit bestanden hat, schon im Vorprozess darüber Behauptungen aufzustellen. Das gilt aber genau so in den Fällen, in denen die Geburtsurkunde schon vor der Rechtskraft des Urteils im Vorprozess errichtet worden ist und der Restitutionskläger den Ehebruch nicht beweisen kann, etwa weil die Parteien erst von einem innerhalb der Empfängniszeit liegenden und im Vorprozess festgestellten Zeitpunkt an getrennt gelebt haben. Auch in diesen Fällen würde der Restitutionskläger im Wiederaufnahmeverfahren den Ehebruch nicht mit der Geburtsurkunde beweisen können.

n,
e
- Die Schwierigkeit, vor die sich der Restitutionskläger gestellt sieht, ergibt sich also nicht daraus, dass es sich um eine nachträglich errichtete Geburtsurkunde handelt, sondern daraus, dass er vor der Rechtskraft des Urteils im Vorprozess nichts von dem Ehebruch gewusst hat, und die durch die Geburtsurkunde bewiesene Empfängniszeit die Möglichkeit offen lässt, dass das Kind nicht im Ehebruch erzeugt ist. Diese Schwierigkeit liegt daher in den allgemeinen Grundsätzen des Restitutionsverfahrens begründet und kann hier nicht zu einer dem Restitutionskläger günstigeren Beurteilung der Frage nach der Zulassung neuer Beweismittel führen.

Zu Unrecht meint die Revision, dass eine Geburtsurkunde für sich allein niemals den Ehebruch beweise, weil Ehebruch ein Verschulden voraussetze und darüber aus der Urkunde nichts zu entnehmen sei. Wenn aus der Urkunde in Verbindung mit den Ergebnissen des früheren Verfahrens, etwa dem dort festgestellten Zeitpunkt des letzten ehelichen Verkehrs, entnommen werden kann, dass das Kind während der Ehe und nicht vom Ehemann erzeugt ist, so wird das in aller Regel ausreichen um darzutun, dass die Urkunde in Vorprozess zu einem günstigeren Ergebnis geführt haben würde. Bestreitet die Restitutionsbeklagte ein Verschulden, so wird darauf erst im dritten Abschnitt des Wiederaufnahmeverfahrens bei der erneuten Verhandlung der Hauptsache einzugehen sein.

Die Ausführungen der Revision darüber, dass es zu einer nicht zu rechtfertigenden unterschiedlichen Behandlung der Parteien des Restitutionsverfahrens führen würde,

wenn man zwar der Restitutionsbeklagten die Widerlegung der aus der Urkunde regelmässig zu ziehenden Schlüsse gestattet, dem Restitutionskläger aber ihre Verstärkung durch Behauptungen und Beweismittel versagt, die vor der Geburt objektiv nicht aufgestellt oder beigebracht werden konnten, gehen fehl. Die Revision übersieht dabei, dass es hier nur auf die, den zweiten Abschnitt des Restitutionsverfahrens bildende Frage ankommt, ob ein Restitutionsgrund gegeben ist. Bei dieser Prüfung müssen die von beiden Parteien etwa neu vorzubringenden Umstände unberücksichtigt bleiben, weil es nur auf den Stand des Vorprozesses zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung ankommt. Erst wenn die Wiederaufnahmeklage sich im zweiten Verfahrensabschnitt als begründet erweist, kann in den dritten eingetreten werden, der die neue Verhandlung der Hauptsache zum Gegenstand hat. In ihm können dann die Parteien ohne Einschränkung neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen. In dem hier allein zur Erörterung stehenden zweiten Abschnitt des Verfahrens ist das aber dem Restitutionskläger ebenso verwehrt wie der Restitutionsbeklagten.

Auch der Hinweis der Revision darauf, dass in Ehesachen keine Möglichkeit besteht, Ereignisse, die nach der Rechtskraft des Urteils eintreten, durch Klage nach § 767 ZPO geltend zu machen, kann zu keiner anderen Beurteilung führen. Der Rechtsbehelf des § 767 ZPO ist gegenüber rechtsgestaltenden Urteilen nicht gegeben. Soweit das dazu führt, dass in Ehesachen die nach der Rechtskraft eintretenden Ereignisse nicht in demselben Umfang geltend gemacht werden können wie in vermögensrechtlichen Rechtsstreitigkeiten, muss das im Interesse der Rechtssicherheit und der Anerkennung der Rechtskraft hingenommen werden. Jedenfalls ist es nicht angängig, deswegen die

Voraussetzungen der Restitutionsklage in einer mit dem Gesetz nicht zu vereinbarenden Weise abzuschwächen.

Die Revision erweist sich daher als unbegründet. Die Restitutionsklage ist zwar zulässig aber unbegründet. Das Berufungsgericht hätte daher die Berufung gegen das landgerichtliche Urteil, das die Klage als unzulässig verworfen hat, mit der Massgabe zurückweisen sollen, dass die Klage als unbegründet abgewiesen wird. Durch diesen Fehler des Berufungsurteils ist der Restitutionskläger aber nicht beschwert (RGZ 75, 60). Einer Aufhebung des angefochtenen Urteils bedurfte es daher auch insoweit nicht.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Lersch Raske Dr. Hartz Johannsen Scheffler