

BUNDESGERICHTSHOF

52

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IVb ZR 1/88

Verkündet am:
21. Dezember 1988
Adomeit
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 1988 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Portmann, Dr. Blumenröhr, Dr. Krohn und Nonnenkamp

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Restitutionsklägers wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 2. Dezember 1987 aufgehoben.

Das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 20. Januar 1982 (16 U 32/76) wird aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens wird dem Oberlandesgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Restitutionsbeklagte (fortan: Beklagter) wurde am 28. Juli 1970 nichtehelich geboren. In der gesetzlichen Empfängniszeit (29. September 1969 bis 28. Januar 1970) hatte der Restitutionskläger (fortan: Kläger) der Kindesmutter beigewohnt. Das Amtsgericht stellte im Ausgangsverfahren fest, er sei der Vater des Beklagten, und verurteilte ihn zur Zahlung des Regelunterhalts. Das Oberlandesgericht wies seine Berufung mit rechtskräftigem Urteil vom 20. Januar 1982 zurück.

Gegen dieses Urteil richtet sich die bei dem Oberlandesgericht erhobene, dem Beklagten am 4. August 1987 zugestellte Restitutionsklage. Der Kläger hat sie auf die §§ 580 Nr. 7 Buchst. b und 641i ZPO gestützt und Urkunden sowie Gutachten vorgelegt, aus denen sich ergebe, daß er nicht der Erzeuger des Beklagten sei. Das Oberlandesgericht hat abgeordnete Verhandlung und Entscheidung über die Zulässigkeit der Klage und über das Vorliegen eines Wiederaufnahmegrundes angeordnet. Sodann hat es die Restitutionsklage abgewiesen. Soweit die Klage sich auf einen Restitutionsgrund nach § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO stützt, hat es sie als unzulässig, soweit sie sich auf § 641i ZPO stützt, als unbegründet angesehen. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt der Kläger das Wiederaufnahmeverlangen weiter. Der Beklagte tritt dem entgegen.



Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I. Die Restitutionsklage ist zulässig.

1. Auf § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO kann das Wiederaufnahmebegehren allerdings nicht gestützt werden.

Im Erstverfahren, dessen Ausgang insbesondere auf der Bewertung serologischer Befunde beruht, sind das Amtsgericht und das Berufungsgericht stets davon ausgegangen, die Blutgruppe des Beklagten sei A₂ Rh-negativ. Im Gegensatz dazu nennen ein Bericht des Stationsarztes der Kinderklinik an die Frauenklinik vom 24. August 1970 sowie weitere Aufzeichnungen der Kinderklinik über die Behandlung des neugeborenen Beklagten und die dabei erhobenen Befunde (Anlagen 11 bis 13 zur Restitutionsklage) als seine Blutgruppe 0 Rh-negativ. Ob diese Unterlagen zu den Urkunden der in § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO vorausgesetzten Art zu rechnen sind (vgl. zur Auslegung der Vorschrift Senatsurteil BGHZ 80, 389, 395 f.), kann offenbleiben. Jedenfalls ist hinsichtlich dieser Schriftstücke, die der Kläger nach seiner eigenen Angabe schon im Jahre 1983 erhalten hat, die einmonatige Klagefrist des § 586 ZPO nicht gewahrt.

Gleiches gilt für die Sterbeurkunde, welche den 6. Dezember 1969 als Todestag des Vaters des Klägers nennt (Anlage 15 zur Restitutionsklage). Eine gleichlautende Sterbeurkunde, die im Zusammenhang mit dem Vorbringen des Klägers



zum Zeitpunkt seines ersten Geschlechtsverkehrs mit der Kindesmutter eine Rolle spielt, hatte er schon im Erstverfahren eingereicht (Schriftsatz vom 25. Oktober 1971, Bd. I d. GA Bl. 46, 47, 50).

Auch für die weiteren mit der Restitutionsklage eingereichten Schriftstücke ist die einmonatige Klagefrist des § 586 ZPO versäumt. Sie waren zudem zur Zeit des früheren Verfahrens noch nicht existent und scheiden auch deshalb als Grundlage einer auf § 580 Nr. 7 Buchst. b ZPO gestützten Restitutionsklage aus (vgl. BGHZ 30, 60, 65).

2. Die Wiederaufnahmeklage ist jedoch nach § 641i ZPO zulässig.

Die Vorschrift eröffnet gegen ein rechtskräftiges Urteil, in dem über die Vaterschaft entschieden ist, die - nicht an die Fristen des § 586 ZPO gebundene - Restitutionsklage, wenn die Partei ein neues Gutachten über die Vaterschaft vorlegt, das allein oder in Verbindung mit den in dem früheren Verfahren erhobenen Beweisen eine andere Entscheidung herbeigeführt haben würde.

Der Kläger hat u.a. ein am 27. November 1985 erstattetes Gutachten des Gynäkologen Prof. Dr. G., Chefarzt am L.-Hospital in A., vorgelegt und vorgetragen, dieses Gutachten (Anlage 6 zur Restitutionsklage) hätte in Verbindung mit den vom Amtsgericht und vom Oberlandesgericht erhobenen Beweisen zu der Feststellung geführt, daß er, der der Kindesmutter erstmals am 14. Dezember 1969 beigewohnt habe, nicht der Erzeuger des Beklagten sein könne. In dem Gutachten



kommt der Sachverständige, der sich im Eingangsverfahren nur kurz geäußert hatte, zu dem Ergebnis, nach den Reifemerkmale des Beklagten bei seiner Geburt sei es offenbar unmöglich, daß er aus einer Kohabitation hervorgegangen sei, die "am 14.12.1969" (Behauptung des Klägers zum Zeitpunkt der ersten Beiwohnung) "bzw. nach dem 26.11.1969" (angeblich letzte Menstruationsblutung der Kindesmutter: 27. November 1969) erfolgt sei. Die letzte Regelblutung müsse früher als von der Kindesmutter angegeben gewesen sein.

Aufgrund dieses Gutachtens, auf dessen Beweiswert es im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung noch nicht ankommt, ist die Restitutionsklage zulässig. Es nimmt zu der Frage Stellung, wann der Kläger der Kindesmutter spätestens beigewohnt haben muß, um angesichts der Reifemerkmale bei der Geburt der Vater des Beklagten sein zu können, bezieht sich also konkret auf den im Vorprozeß zur Entscheidung gestellten Sachverhalt (vgl. zu diesem Erfordernis Senatsurteil vom 25. Juni 1980 - IVb ZR 520/80 - FamRZ 1980, 880, 881; BGH Urteil vom 29. April 1982 - IX ZR 37/81 - FamRZ 1982, 690). Die Zweifel des Oberlandesgerichts, ob Tragezeitgutachten zu den "Gutachten über die Vaterschaft" i.S. des § 641i Abs. 1 ZPO rechnen, sind unbegründet. Es ist nicht gerechtfertigt, den Begriff eines Gutachtens über die Vaterschaft auf Blutgruppen- und erbbiologische Gutachten einzuengen. Dafür fehlt im Gesetz ein hinreichender Anhalt. Auch aus der Begründung zum Regierungsentwurf (BT-Drucks. V/3719 S. 42 - zu § 641h RegE) ergibt sich dafür nichts (BGH Urteil vom 5. April 1984 - IX ZR 78/83 - FamRZ 1984, 681, 682).



II. Die Restitutionsklage ist auch begründet.

Nach § 641i ZPO begründet ein neues Gutachten über die Vaterschaft die Restitutionsklage, wenn es in Verbindung mit den in dem früheren Verfahren erhobenen Beweisen möglicherweise eine andere Entscheidung herbeigeführt haben würde (BGHZ 61, 186, 194; Senatsurteil vom 25. Juni 1980 aaO; BGH Urteil vom 29. April 1982 aaO).

1. Das ist hier der Fall. Das Gutachten des Prof. Dr. G. ist geeignet, die Annahme der Vaterschaft des Klägers in dem Urteil des Oberlandesgerichts vom 20. Januar 1982 zu erschüttern.

a) Wenn es, wie Prof. Dr. G. ausführt, nach dem Entwicklungstand des Beklagten bei seiner Geburt offenbar unmöglich ist, daß er nach dem 26. November 1969 gezeugt worden ist, so kann der Kläger auf der Grundlage der Feststellungen, die das Oberlandesgericht in dem Urteil vom 20. Januar 1982 zum Zeitpunkt des Geschlechtsverkehrs mit der Kindesmutter getroffen hat, nicht der Vater des Beklagten sein. Jenes Urteil stellt fest, er habe "im Dezember 1969" mehrmals Geschlechtsverkehr mit der Kindesmutter gehabt. Diese Feststellung wird auf die wiederholten dahingehenden Angaben beider gestützt. Als streitig, jedoch für die Vaterschaftsvermutung bedeutungslos bezeichnet das Oberlandesgericht lediglich, "an welchem Tage genau" erstmals Geschlechtsverkehr zwischen ihnen stattgefunden habe (S. 2/3 des Urteils).



Daß es nach der tatrichterlichen Feststellung erstmals im Dezember 1969 zum Geschlechtsverkehr gekommen ist, stellen die Ausführungen auf Seite 9 des Urteils vom 20. Januar 1982 nicht in Frage. Soweit es dort heißt, bei ihrer Vernehmung vor dem Oberlandesgericht habe die Kindesmutter als Zeit des ersten Verkehrs "Ende November/Anfang Dezember" angegeben, hat das Gericht daraus nicht den Schluß gezogen, sie habe möglicherweise schon vor Dezember 1969 mit dem Kläger Geschlechtsverkehr gehabt; derartiges wäre auch mit der Feststellung auf Seite 2/3 des Urteils nicht zu vereinbaren. Das Oberlandesgericht hat vielmehr betont, die Angabe der Kindesmutter stimme "in etwa" mit ihren Angaben in der ersten Instanz überein, wobei glaubhaft erscheine, daß sie sich an einen genauen Tag nicht mehr erinnere. Es hat seine Ansicht wiederholt, ein bestimmter Tag des ersten Verkehrs stehe nicht fest, und mit dieser Begründung den Antrag des Klägers abgelehnt, ein Tragezeitgutachten dazu einzuholen, daß er - bei einem von ihm behaupteten ersten Verkehr am 14. Dezember 1969 und einer Tragezeit von dann nur 226 Tagen - nicht der Erzeuger des Kindes sein könne. Dazu heißt es in dem Urteil, wenn sich der Zeitpunkt der Konzeption nur um wenige Tage verschiebe, so führe bereits das zu anderen Ergebnissen; bei 230 Tagen Tragezeit könne nach der medizinischen Literatur jedenfalls ein durchaus lebensfähiges Kind geboren werden. Auch das macht deutlich, daß das Oberlandesgericht in dem Urteil vom 20. Januar 1982 von einem ersten Geschlechtsverkehr zwischen dem Kläger und der Kindesmutter nicht vor Dezember 1969 ausgegangen ist.



Soweit das Oberlandesgericht der Auffassung ist, das Tragezeitgutachten begründe die Restitutionsklage deshalb nicht, weil das Urteil vom 20. Januar 1982 keine Feststellung zum Zeitpunkt des ersten Geschlechtsverkehrs zwischen dem Kläger und der Kindesmutter enthalte, kann dem mithin nicht gefolgt werden. Dieser Zeitpunkt ist vielmehr mit der Feststellung "im Dezember 1969" hinreichend fixiert.

b) Die weiteren Erwägungen, mit denen das Oberlandesgericht darlegen will, daß das Tragezeitgutachten die Restitutionsklage nicht begründe, sind von Rechtsirrtum beeinflusst:

Ein neues Gutachten über die Vaterschaft i.S. des § 641i Abs. 1 ZPO muß sich nicht auf neue Befunde gründen, sondern kann auch anhand der Akten erstattet sein. Das Gesetz knüpft die Wiederaufnahme des Verfahrens nur daran, daß das Gutachten allein oder in Verbindung mit den in dem früheren Verfahren erhobenen Beweisen eine andere Entscheidung herbeigeführt haben würde.

Entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts hat § 582 ZPO im Restitutionsverfahren gemäß § 641i ZPO nur Bedeutung, wenn das Gutachten schon zur Zeit des Vorprozesses vorhanden war. Dann muß die Partei schuldlos außerstande gewesen sein, sich schon dort auf das Gutachten zu berufen. Im übrigen ist § 582 ZPO unanwendbar (Gaul in Festschrift für Bosch S. 241, 255; Zöllner/Philippi ZPO 15. Aufl. § 641i Rdn. 7). Im Falle des § 641i ZPO ist Restitutionsgrund i.S. des § 582 ZPO das neue Gutachten. Wenn es - wie hier - zur



- 10 -

Zeit des früheren Verfahrens noch nicht erstattet war, so konnte dieser Restitutionsgrund des neuen Gutachtens über die Vaterschaft noch nicht geltend gemacht werden.

Schließlich setzt die auf § 641i ZPO gestützte Restitutionsklage nicht voraus, daß das neue Gutachten über die Vaterschaft von der gleichen Art ist wie dasjenige, auf dem die angegriffene rechtskräftige Entscheidung beruht. Deshalb ist es nicht ausgeschlossen, daß ein Tragezeitgutachten ein Urteil erschüttert, welches auf biostatistische Berechnungen der Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft des in Anspruch genommenen Mannes gestützt ist. Dementsprechend hat der Senat allgemein die Notwendigkeit hervorgehoben, trotz hoher biostatistischer Vaterschaftswahrscheinlichkeit angebotene Gegenbeweise zu erheben (Senatsurteile vom 18. März 1987 - IVb ZR 21/86 - BGHR BGB § 1600o Abs. 1 Amtsermittlung 1 = FamRZ 1987, 583 und vom 13. Juli 1988 - IVb ZR 77/87 - FamRZ 1988, 1037).

2. Weil das Oberlandesgericht zu Unrecht gemeint hat, die vorstehend erörterten Gründe nähmen dem Tragezeitgutachten des Prof. Dr. G. die Eignung, als Restitutionsgrund i.S. des § 641i ZPO das Wiederaufnahmeverlangen zu rechtfertigen, ist es nicht zu einer sachlichen Bewertung des Gutachtens gelangt. Der Senat sieht sich jedoch in der Lage, selbst zu beurteilen, ob das Gutachten in Verbindung mit den in dem früheren Verfahren erhobenen Beweisen möglicherweise eine andere Entscheidung herbeigeführt haben würde. Im zweiten Verfahrensabschnitt des Wiederaufnahmeverfahrens ist darüber, ob ein Restitutionsgrund vorliegt, lediglich aufgrund des neuen Gutachtens und der früher erhobenen Beweise,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

also ohne weitere tatrichterliche Ermittlungen, zu entscheiden. Inhaltliche Fehler des Gutachtens des Prof. Dr. G. zeigt das Oberlandesgericht nicht auf. Auch der Senat vermag solche nicht zu erkennen. Das Gutachten stellt auf der Grundlage der im Ausgangsverfahren getroffenen Feststellung, wann der Kläger der Kindesmutter beigewohnt hat, die frühere Beurteilung seiner Vaterschaft in Frage. Wenn alle darin wiedergegebenen medizinischen Erfahrungssätze zum Entwicklungsstand Neugeborener bei bestimmten Tragezeiten und die daraus für den vorliegenden Fall gezogenen Schlußfolgerungen bereits im ersten Verfahren zur Kenntnis des Gerichts gebracht worden wären, hätte das möglicherweise zu einer anderen Entscheidung geführt. Damit liegt der Restitutionsgrund des § 641i Abs. 1 ZPO vor.

3. Die nunmehr erforderliche Neuverhandlung der Hauptsache (§ 590 Abs. 1 ZPO), zu der der Rechtsstreit unter Aufhebung des mit der Wiederaufnahmeklage angegriffenen rechtskräftigen Urteils (vgl. Senatsurteil vom 5. Mai 1982



- 12 -

- IVb ZR 707/80 - FamRZ 1982, 789, 790) an das Oberlandesgericht zurückverwiesen werden muß, ermöglicht die Ausschöpfung aller Beweismöglichkeiten.

Lohmann

Portmann

Blumenröhr

Krohn

Nonnenkamp

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)