

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO § 641 i

Das neue Gutachten kann bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Tatrichter im Wiederaufnahmeverfahren vorgelegt werden und dadurch die bis dahin unzulässige Klage zulässig machen (Weiterführung von BGH LM § 580 Nr. 7 b ZPO Nr. 24; BGHZ 57, 211).

BGH, Urt. v. 29. April 1982 - IX ZR 37/81 - OLG Hamm
- AG Schwelm

31

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 37/81

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

29. April 1982

P o h l

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Richard M [REDACTED],
K[REDACTED]str. [REDACTED], B [REDACTED] B [REDACTED], Be [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Michael H [REDACTED], geboren am [REDACTED]. [REDACTED] 1969,
J [REDACTED] Str. [REDACTED], [REDACTED] Sch [REDACTED], gesetzlich vertreten
durch das Jugendamt der Stadt Sch [REDACTED] als Amtspfleger
(5 [REDACTED] I H [REDACTED] 3 Amtsgericht Sch [REDACTED]),

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. April 1982 durch den Vorsitzenden Richter Mai und die Richter Henkel, Fuchs, Gärtner und Dr. Jähnke

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 23. Januar 1981 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision trägt der Kläger.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger begehrt mit der Restitutionsklage die Aufhebung der rechtskräftigen Feststellung seiner nichtehelichen Vaterschaft des Beklagten und der Verurteilung zum Regelunterhalt.

Der Beklagte wurde am . 1969 als eheliches Kind geboren. Durch Urteil vom 23. Dezember 1970 wurde festgestellt, daß er kein eheliches Kind aus der Ehe seiner Mutter ist.

Danach verlangte er vor dem Amtsgericht die Feststellung der Vaterschaft des Klägers, bezifferten Unterhalt und Regelunterhalt. Durch Teilurteil stellte das Amtsgericht die Vaterschaft des Klägers fest und verurteilte ihn zur Zahlung



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

des Regelunterhalts ab 1. Juli 1970. Das Urteil wurde am 7. Juli 1972 rechtskräftig.

Mit einem am 16. August 1978 eingegangenen Schriftsatz erhob der Kläger in dem jetzigen Verfahren Restitutionsklage gegen den Beklagten. Er legte das von Dr. D. [REDACTED] unterzeichnete Schreiben des A. [REDACTED] Z. [REDACTED] Mi. [REDACTED] An. [REDACTED] vom 7. Februar 1979 vor, das er als Gutachten über seine Zeugungsfähigkeit oder -unfähigkeit bezeichnete (§ 641 i ZPO). Das Amtsgericht ordnete an, daß über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme vorab verhandelt und entschieden werde. Danach wies es die Klage ab.

Der Kläger legte Berufung ein. Er reichte eine als Arztbericht bezeichnete gutachterliche Stellungnahme des Urologen Dr. D. [REDACTED] ein, die Ergebnisse von Untersuchungen, insbesondere des Sperma, im November 1978 und April 1980 verwertete. Außerdem behauptete er unter Vorlage des Seefahrtbuches, daß urkundenbeweislich (§ 580 Nr. 7 b ZPO) ein Verkehr mit der Kindesmutter in der gesetzlichen Empfängniszeit ausgeschlossen sei.

Das Oberlandesgericht wies die Berufung zurück. Mit der Revision beantragt der Kläger, unter Aufhebung des rechtskräftigen Teilurteils die frühere Klage abzuweisen. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet.

Soweit die Restitutionsklage auf § 580 Nr. 7 b ZPO gestützt wird, hat sie das Oberlandesgericht schon deshalb als unzulässig angesehen, weil bei der Klageerhebung die Fünfjahresfrist des § 586 Abs. 2 Satz 2 ZPO für die Geltendmachung des Restitutionsgrundes abgelaufen war. Das ist richtig und wird von der Revision nicht angegriffen.

Die Restitutionsklage nach § 641 i ZPO hält das Berufungsgericht für zulässig, aber für unbegründet: Das Gutachten des Dr. D. [REDACTED], Facharzt für Urologie, erbringe für sich allein keinen Beweis für oder gegen die Vaterschaft des Klägers. Selbstverständlich sei nach dem Befund eine Befruchtung der Eizelle möglich, sie wäre nur in gewissem Grade weniger wahrscheinlich. Aber auch in Verbindung mit den im früheren Verfahren erhobenen Beweisen wäre keine andere Entscheidung ergangen. Im Vorprozeß sei die Aussage der Kindesmutter im Ehelichkeitsanfechtungsverfahren urkundenbeweislich verwertet worden. Der Kläger habe einen Verkehr in der gesetzlichen Empfängniszeit nicht bestritten, und ein Sachverständigengutachten habe die biostatistische Vaterschaftswahrscheinlichkeit mit 99,4 bis 99,5 errechnet. Dieses Beweisergebnis werde durch das jetzt vorgelegte Gutachten nicht wesentlich verändert. Bekannt sei nämlich nur, daß bei einer Astheno-Oligospermie eine Befruchtung der Eizelle zwar weniger wahrscheinlich, nicht aber deshalb unwahrscheinlich sei. Gegen Oberlandesgericht Stuttgart DAV 1979, 173 müsse verlangt werden, daß das neue Gutachten das ältere Beweisergebnis grundlegend erschüttere, also z. B. ein früheres Gutachten fragwürdig oder falsch erscheinen lasse. Davon könne aber bei dem vorgelegten Fertilitätsgutachten keine Rede sein. Die Vaterschaftswahrscheinlichkeit des serostatistischen Gutachtens des Klägers werde

durch dieses Gutachten in keiner Weise betroffen. Es könne nicht zu einer erfolgreichen Restitutionsklage führen, weil es eben nicht das frühere Beweisergebnis grundlegend ändere.

Diese Begründung trägt im Ergebnis die Entscheidung des Berufungsgerichts.

Nach § 641 i Abs. 1 ZPO findet die Restitutionsklage gegen ein rechtskräftiges Urteil, in dem über die Vaterschaft entschieden ist, außer in den Fällen des § 580 ZPO statt, 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. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Zulässigkeit der Restitutionsklage und dem Vorliegen eines Restitutionsgrundes.

Mit Recht hält das Berufungsgericht die Restitutionsklage für zulässig. Dahinstehen kann, ob die mit der Klage vorgelegte Bescheinigung des Dr. D. [REDACTED] vom 25. April 1980 überhaupt als ein Gutachten angesehen werden kann. Jedenfalls die Stellungnahme (der Arztbericht) vom 17. November 1980 ist, wie der Berufungsrichter zutreffend darlegt, ein neues Gutachten im Sinne des § 641 i ZPO. Dr. D. [REDACTED] ist Facharzt für Urologie. Er hat eine wissenschaftliche Ausarbeitung über die Ergebnisse seiner Untersuchungen wenigstens versucht. Das Gutachten befaßt sich mit der Zeugungsfähigkeit oder -unfähigkeit des Klägers, also mit der Frage, ob der Beklagte von ihm abstammen kann, und bezieht sich damit konkret auf den im Vorprozeß zur Entscheidung gestellten Sachverhalt.

Dem steht nicht entgegen, daß die ärztliche Stellungnahme erst im Wiederaufnahmeverfahren beigebracht worden ist. Das neue Gutachten im Sinne des § 641 i ZPO kann bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Tatrichter in diesem Verfahren vorgelegt werden und dadurch die bis dahin unzulässige Klage zulässig machen (vgl. BGH LM § 580 Nr. 7 b ZPO Nr. 24; BGHZ 57, 211). Die Restitutionsklage nach § 641 i ZPO ist nicht befristet (§ 641 i Abs. 4 ZPO). Deshalb ist es ein Gebot der Prozeßwirtschaftlichkeit, den Kläger nicht auf eine neue, dann zulässige Restitutionsklage zu verweisen.

Den Restitutionsgrund verneint das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht. Entgegen seiner Auffassung genügt es, daß das neue Gutachten mit den im früheren Verfahren erhobenen Beweisen möglicherweise eine andere Entscheidung herbeigeführt haben würde (BGHZ 61, 186, 194; BGH, Urt. v. 25. Juni 1980 - IVb ZR 520/80 = FamRZ 1980, 880, bestätigt OLG Stuttgart DAV 1979, 174). Die Entscheidung im Vorprozeß muß auf Grund des neuen Gutachtens erschüttert sein. Für diese Prüfung sind im Restitutionsverfahren erhobene Beweise unerheblich (BGH FamRZ 1980, 880). Deshalb ist die Rüge der Revision, das Oberlandesgericht habe Beweisanträge des Klägers übergangen, unbegründet.

Da davon auszugehen ist, daß der Kläger der Kindesmutter in der gesetzlichen Empfängniszeit beigezogen hat, wird nach § 1600 o Abs. 1 Satz 1 BGB vermutet, daß der Beklagte von ihm erzeugt ist. Die Vermutung gilt nicht, wenn nach Würdigung aller Umstände schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft bleiben (§ 1600 o Abs. 2 Satz 2 BGB). Die tatrichterliche Würdigung des neuen Gutachtens in Verbindung mit den im Vorprozeß erhobenen Beweisen begründet

aber keine solchen Zweifel, so daß auf Grund dieses Gutachtens eine entgegengesetzte Entscheidung nicht möglich gewesen wäre.

Denn das Berufungsgericht hat dargelegt, daß die Erstentscheidung dem Ergebnis des neuen Gutachtens standhält. Danach hat der Gutachter Dr. D. [REDACTED] die Zeugungsunfähigkeit des Klägers nicht festgestellt, weil trotz der vorliegenden Astheno-Oligospermie eine Befruchtung der Eizelle noch möglich, wenn auch weniger wahrscheinlich ist. Der Tatrichter zieht daraus den Schluß, daß die Vaterschaftswahrscheinlichkeit des im Vorprozeß erhobenen serostatistischen Gutachtens durch das Fertilitätsgutachten in keiner Weise betroffen ist. Das ist nicht zu beanstanden.

Streitwert: 4.000 DM.

Mai

Gärtner

Henkel

Dr. Jähnke

Fuchs