

22. 1. Bedarf es bei der Restitutionsklage des Antritts und der Erhebung des Urkundenbeweises auch dann, wenn die Parteien über das Vorhandensein und den Inhalt der neu aufgefundenen Urkunde einig sind und das Gericht der Überzeugung ist, daß ihre Angaben der Wahrheit entsprechen?

## 2. Über den Antritt des Urkundenbeweises.

RPD. §§ 286, 288, 420, 424 Nr. 5, 428, 429, 580 Nr. 7 zu b, §§ 585, 587, 588, 589, 590, 593. BGB. § 810.

VI. Zivilsenat. Ur. v. 4. Februar 1932 i. S. R. u. Ge n. (Rl.) w. C. (Bekl.). VI 337/31.

I. Landgericht Olaf.

II. Oberlandesgericht Breslau.

Durch notariellen Vertrag vom 22. Januar 1923 verkauften die Erben des Maurermeisters H., zu denen unter anderen die drei Kläger und der Lehrer L. gehören, vier zur Nachlassmasse gehörige Grundstücke in F. an den Fabrikbesitzer Hermann E., und zwar nach der Urkunde zum Preise von 7100000 M. Die Auflassung erfolgte am 26. Januar 1923 und die Eintragung des Käufers als Eigentümer am 16. Februar 1923. Die landrätliche Genehmigung auf Grund des preussischen Grundstücksverkehrsgesetzes vom 10. Februar 1923 wurde am 17. April 1923 erteilt. Hermann E. veräußerte die Grundstücke an den Beklagten, seinen Sohn. Dieser wurde am 12. November 1926 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Sodann starb Hermann E. und wurde von seiner Witwe beerbt. Diese starb bald darauf; ihr alleiniger Erbe ist der Beklagte.

In dem ursprünglichen Rechtsstreit machten die drei Kläger und L. als damaliger vierter Mitkläger geltend, daß entgegen dem notariell beurkundeten Vertrage in Wirklichkeit ein Kaufpreis von 10 000 000 M. von den Vertragsparteien vereinbart worden sei. Der Kaufvertrag und die Auflassung seien infolge Eingreifens des Gesetzes vom 10. Februar 1923 nichtig; denn der Landrat habe nur den unrichtig beurkundeten Kaufvertrag genehmigt. Daher seien Hermann E. und dessen Erbeserbe, der Beklagte, nicht Eigentümer der Grundstücke geworden. Die damaligen vier Kläger hatten deshalb die Feststellung begehrt, daß dem Hermann E. und dem Beklagten Rechte aus dem Kaufvertrag und der Auflassung nicht zuständen, und hatten Berichtigung des Grundbuchs zugunsten der H.schen Erben und Herausgabe der Grundstücke an die Erbengemeinschaft verlangt. Sie wurden jedoch vom Landgericht mit ihrer Klage abgewiesen und ihre Berufung wurde durch Urteil vom 31. Mai 1930 zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte Revision nahmen sie am 1. Dezember 1930 zurück.

Nunmehr haben die drei Kläger am 15. Dezember 1930 auf Grund des § 580 Nr. 7 zu b ZPO. Restitutionsklage mit Anträgen erhoben, die der Sache nach mit ihren früheren Klageanträgen übereinstimmen. Sie behaupten, sie hätten erst in der zweiten Novemberhälfte 1930 Kenntnis von der Tatsache erhalten, daß Hermann G. am 22. Januar 1923, also am Tage des Vertragschlusses und vor der Auflassung, dem Lehrer G. einen auf das Bankhaus B. & Co. in F. gezogenen Scheck über 200000 M. gegeben habe; sie könnten daher erst jetzt diese Urkunde benutzen. Durch diesen Scheck werde der im Urteil vom 31. Mai 1930 als nicht geführt erachtete Beweis dafür erbracht, daß Hermann G. bei Kaufabschluß gewußt habe, der Kaufpreis betrage in Wirklichkeit 10000000 M. Denn die 200000 M., über die der Scheck laute, stellten diejenigen 2 v. H. des Kaufpreises dar, welche Hermann G. dem G. als Provision für den Abschluß des Vertrags gegeben habe. Dies ergebe sich aus dem bereits früher überreichten Briefe des G. vom 31. Januar 1923. Der Scheck befinde sich im Besitze der S. L. Bank, die inzwischen Rechtsnachfolgerin der Bankfirma B. & Co. geworden sei. Es werde der Antrag auf Herbeischaffung dieser Urkunde gestellt.

Der Beklagte beantragt, die Restitutionsklage als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise sie als unbegründet abzuweisen. Er macht u. a. geltend, die Kläger seien gar nicht in der Lage, den im Besitze der Bank befindlichen Scheck im Wege des Urkundenbeweises zu benutzen. Er gibt zu, daß sich in deren Besiß ein von Hermann G. am 22. Januar 1923 ausgestellter Scheck über 200000 M. für G. befinde und daß dieser Betrag die Provision für G. darstelle; er behauptet aber, die Provision sei erst nachträglich auf Bitten des G. von 140000 M. auf 200000 M. erhöht worden.

Demgegenüber weisen die Kläger darauf hin, daß der Scheck das Giro des L. trage — was der Beklagte einräumt — und leiten daraus gemäß § 810 BGB. ihr Recht auf Vorlegung des Schecks der Bank gegenüber her.

Das Oberlandesgericht wies die Restitutionsklage als unbegründet ab. Die Revision der Kläger führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### Gründe:

Das angefochtene Urteil bejaht die Sachbefugnis der Kläger trotz der Nichtbeteiligung des früheren vierten Mitklägers L.

(RÖG. Bd. 96 S. 52) und die Zulässigkeit der Restitutionsklage (§§ 578, 580 Nr. 7 zu b, §§ 582, 584, 586, 587, 589 RPD.). Rechtliche Bedenken gegen dieses den Klägern günstige Ergebnis bestehen zunächst nicht. Damit ist der erste Teil des Wiederaufnahmeverfahrens (RÖG. Bd. 75 S. 53; Stein-Jonas RPD. 14. Aufl. Vorbem. III vor § 578) nach Ansicht des Vorderrichters zugunsten der Kläger erledigt. Dagegen verneint das Berufungsgericht in dem zweiten, die Wirksamkeit der Restitutionsklage betreffenden Verfahrensabschnitt das Vorliegen des geltend gemachten Restitutionsgrundes, weil die Kläger zur Benützung des Schicks im Wege des Urkundenbeweises nicht in der Lage seien. Hierzu wird im wesentlichen folgendes ausgeführt.

Seinem Wortlaut nach besage zwar § 580 Nr. 7 zu b RPD., daß die Restitutionsklage dann gegeben sei, wenn die Urkunde nachträglich aufgefunden worden sei oder wenn von ihr erst nachträglich Gebrauch gemacht werden könne. Damit sei aber nicht gesagt, daß es für den ersten Fall des Auffindens schon genüge, wenn nummehr der Aufbewahrungsort einer bisher unbekanntem Urkunde angegeben werde. Vielmehr liege auch hier der Restitutionsgrund erst dann vor, wenn die Partei in der Lage sei, von der ihr bisher unbekanntem Urkunde im Wege des Urkundenbeweises Gebrauch zu machen. Eine andere Auslegung würde zu unhaltbaren Folgerungen führen. Es sei anerkanntem Rechts, daß bezüglich neuen Vorbringens das Gesetz die Restitutionsklage absichtlich auf den Urkundenbeweis beschränkt habe. Dieser Grundsatz würde durchbrochen, wenn man bei bisher unbekanntem Urkunden die Angabe des Aufbewahrungsorts für genügend erachtete ohne Rücksicht darauf, ob sich die Partei nach den Regeln des Urkundenbeweises der Urkunde zum Zwecke des Beweises bedienen könne oder nicht. Eine solche Annahme würde denjenigen, der zwar die Urkunde im früheren Verfahren gekannt habe, sie aber nicht habe benutzen können und dies auch jetzt nicht könne, schlechter stellen als den, dem sie erst später zur Kenntnis gelangt sei, der sie aber auch jetzt nicht benutzen könne. Auch würde dadurch mittelbar die Zulässigkeit eines Zeugenbeweises über den Inhalt der Urkunde in das Wiederaufnahmeverfahren eingeführt, was der Gesetzgeber bewußt habe ausschließen wollen. Die in dem Worte „oder“ liegende Alternative des Gesetzes könne daher nur so ausgelegt werden, daß damit die Gründe der Unmöglichkeit, die Urkunde früher zu be-

nutzen, hätten zum Ausdruck gebracht werden sollen; im ersten Fall Unmöglichkeit infolge von Unkenntnis vom Vorhandensein der Urkunde, im zweiten Fall Unmöglichkeit aus anderen Gründen.

Unstreitig befinde sich der Scheck im Besitz der Bank, also eines Dritten. Die Kläger könnten daher den Urkundenbeweis nur gemäß §§ 428, 429 BPO. antreten. Der Erfolg eines solchen Beweis- antritts müsse aber daran scheitern, daß sie weder rechtlich noch tatsächl. die Möglichkeit hätten, von dem Dritten die Vorlegung zu erreichen. Eine rechtliche Möglichkeit hierzu hätten sie nur dann, wenn ihnen nach § 810 BGB. ein Anspruch auf Vorlegung gegen die Bank zustände. Einen solchen Anspruch behaupteten zwar die Kläger, jedoch zu Unrecht, da keine der Voraussetzungen des § 810 BGB. erfüllt sei. Dem D. als Giranten des Schecks würde zwar ein solcher Anspruch zustehen, jedoch nur auf Vorlegung an ihn selbst, nicht aber auf Aus- händigung an ihn oder auf Vorlegung an die Kläger. Er habe aber die Restitutionsklage nicht mit erhoben. Zwar sei er notwendiger Streitgenosse und gelte nach § 62 BPO. als durch die Restitutions- kläger vertreten. Daraus ergebe sich aber noch nicht das Recht der den Rechtsstreit führenden Streitgenossen, einander in ihren materiellen Rechten zu vertreten. Die Restitutionskläger könnten daher die Rechte des D. aus § 810 BGB. gegenüber der Bank auch unter diesem Gesichtspunkt nicht wahrnehmen. Sie hätten aber auch keine tat- sächliche Möglichkeit, den Scheck infolge freiwilliger Herausgabe durch die Bank zu erlangen, wie näher begründet wird.

Der Vorlegungspflicht seien die Kläger auch nicht dadurch ent- hoben, daß über den Inhalt des bei der Bank liegenden Schecks kein Streit bestehe. An sich bedürften unstreitige Behauptungen keines Beweises, und deshalb sei an sich nicht erst die Vorlegung des Schecks zum Zwecke des Beweises seines Vorhandenseins und seines Inhalts notwendig. Dieser Satz könne aber für das Wiederaufnahmeverfahren keine Anwendung finden. Die Wiederaufnahme sei ein außerordent- licher Rechtsbehelf, der an bestimmte Voraussetzungen geknüpft sei. Dies habe zur Folge, daß die Bestimmungen hierüber eng auszulegen seien. Neues Vorbringen lasse der Gesetzgeber nur unter ganz be- stimmten Voraussetzungen zu, nämlich unter den in § 580 Nr. 6 und 7 BPO. bezeichneten. Nr. 7 schreibe aber ausdrücklich die Vorlegung der Urkunde vor. Würde man den Satz, daß unstreitige Tatsachen keines Beweises bedürfen, auch für neues Vorbringen im Wieder-

aufnahmeverfahren gelten lassen, so hätte das zur Folge, daß dadurch die Möglichkeiten der Wiederaufnahme außerordentlich erweitert würden. Das ließe dem Sinn und Zweck dieser Vorschriften zuwider, den Rechtsfrieden nach Möglichkeit zu wahren.

Die Revision rügt Verletzung des § 580 Nr. 7 zu b, der §§ 428, 429 ZPO. und des § 810 BGB. Sie führt im einzelnen folgendes aus:

Der Berufungsrichter lege den § 580 Nr. 7 zu b zu eng aus. Das Gesetz sage nirgends, daß die Klageschrift die Urkunde enthalten müsse oder daß die Urkunde im Laufe des Rechtsstreits vorzulegen sei. Vielmehr sei nach dem Sinn des § 580 Nr. 7 zu b in erster Reihe die Tatsache des Auffindens der Urkunde und die durch sie zu beweisende Behauptung als Restitutionsgrund anzusehen. Da nun Vorhandensein und Inhalt des Schecks unstreitig seien, so bedürfe es nach § 288 ZPO. keines Verweises hierüber. Die Vorlegung des Schecks würde daher eine leere Förmlichkeit bedeuten.

Im übrigen hätten die Kläger gemäß §§ 428, 429 ZPO. den Beweisanspruch auf Bestimmung einer Frist gestellt. Auch wenn man die Kläger selbst nicht für unmittelbar berechtigt halten wollte, die Vorlegung des Schecks durch die Bank zu verlangen, so sei doch anzunehmen, daß ihr Streitgenosse L. mit der Vorlegung des Schecks an die Kläger einverstanden sei und sie zu dem Antrag auf Vorlegung ermächtigt habe. In jedem Falle würden die Kläger durch Bewilligung einer Frist nach §§ 428, 429 ZPO. in der Lage gewesen sein, sich die Rechte des L. gegen die Bank auf Vorlegung der Urkunde abtreten zu lassen. Daß auch eine solche künftige Abtretung der Rechte ausgeschlossen sei, stelle das Berufungsgericht nicht fest.

Die Revision ist begründet.

Auf Grund des § 580 Nr. 7 zu b ZPO. findet die Restitutionsklage in zwei Fällen statt, nämlich wenn die Partei eine andere Urkunde (als ein Urteil der in Nr. 7 zu a das. bezeichneten Art) entweder auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, welche eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde. Im ersten Falle handelt es sich um eine Urkunde, deren Vorhandensein oder Verbleib der Partei im ursprünglichen Rechtsstreit unbekannt war, im zweiten Falle um eine Urkunde, deren Vorhandensein die Partei im früheren Verfahren zwar kannte, die sie aber damals nicht benutzen konnte. Nach der Behauptung der Kläger liegt hier der erste Fall vor. Das ist aber nicht von wesentlicher Bedeutung. Denn beiden Fällen des

§ 580 Nr. 7 zu b ist das gemeinsam, daß es sich um einen nachträglichen Urkundenbeweis handeln muß; auf den Urkundenbeweis als solchen und nur auf ihn kommt es an (RGZ. Bd. 16 S. 395, Bd. 32 S. 372, Bd. 35 S. 411, Bd. 48 S. 385; Stein-Jonas Bem. IV 2 zu § 580 ZPO.). Es ist aber nicht, wie etwa im Urkundenprozeß (§ 593 Abs. 2 ZPO.), Erfordernis der auf § 580 Nr. 7 zu b gegründeten Restitutionsklage, daß die Urkunde in Urschrift oder Abschrift der Klageschrift beigelegt wird. Denn der wesentliche Inhalt der Restitutionsklageschrift ist in § 587 ZPO. abschließend geregelt; die Vorschrift in § 588 Abs. 2 Satz 1 das. hat trotz ihrer Fassung nur die Bedeutung einer Sollvorschrift (RGZ. Bd. 64 S. 227, Bd. 82 S. 271; Stein-Jonas Bem. II zu § 588 ZPO.). Dies bestätigen auch die Motive zu §§ 526, 527 des Entwurfs, jetzt §§ 587, 588 des Gesetzes. Demnach kann der Restitutionskläger noch in der mündlichen Verhandlung den Beweis für das Vorhandensein und den Inhalt der Urkunde antreten, sofern er sich nur einer der Formen bedient, die das Gesetz für die Antretung des Urkundenbeweises vorsieht. Er ist also keineswegs auf die Vorlegung der Urkunde (§ 420 ZPO.) beschränkt (RGZ. Bd. 99 S. 170; JW. 1907 S. 206 Nr. 13), sondern der Beweistritt kann auch nach Maßgabe der §§ 421, 428, 432 ZPO. erfolgen (RGZ. Bd. 89 S. 5; JW. 1909 S. 464 Nr. 30; Stein-Jonas Bem. IV 3 zu § 580 ZPO.).

Nun zeigt der vorliegende Fall die Besonderheit, daß der Beklagte nicht nur das Vorhandensein, sondern auch den Inhalt des Schecks, wie ihn die Kläger behaupten, zugestanden und sogar eine eidstattliche Versicherung darüber abgegeben hat. Zu fragen ist daher, ob es unter solchen Umständen der Beibringung des Schecks bedarf. Die Restitutionsklage stellt einen rechtsmittelähnlichen (RGZ. Bd. 96 S. 52; vgl. die Motive zu § 527 des Entwurfs), außerordentlichen Rechtsbehelf dar (RGZ. Bd. 57 S. 233; vgl. die Motive zu § 529 des Entwurfs, jetzt § 590 des Gesetzes) und die Rechtsicherheit gebietet ihre Einschränkung auf die unumgänglich notwendigen Fälle (RGZ. Bd. 84 S. 145). Deshalb schreibt § 589 Abs. 1 Satz 1 ZPO. — ebenso wie bei der Berufung § 519 b Abs. 1 Satz 1 und bei der Revision § 554a Abs. 1 Satz 1 das. — vor, daß das Gericht von Amts wegen zu prüfen habe, ob die Restitutionsklage an sich statthaft (und in der gesetzlichen Form und Frist erhoben) ist; mangelt es hieran, so ist die Klage als unzulässig zu verwerfen (§ 589 Abs. 1 Satz 2 ZPO.). Nun

würden die Bestimmungen in § 589 Abs. 1 a. a. O. allerdings dann außer Betracht zu bleiben haben, wenn mit dem Berufungsrichter anzunehmen wäre, daß die Frage, ob es unter allen Umständen der Beibringung der die Grundlage der Restitutionsklage bildenden Urkunde bedürfe, nicht sowohl die Zulässigkeit, als vielmehr die Wirksamkeit der Klage betreffe. Dieser Auffassung ist indessen nicht beizutreten. Denn zur Statthaftigkeit der Restitutionsklage gehört grundsätzlich neben anderem, daß ein Urkundenbeweis in zulässiger Weise angetreten wird. Demnach hätte das Oberlandesgericht von seinem Rechtsstandpunkt aus die Klage als unzulässig verworfen müssen, sie aber nicht als unbegründet zurückweisen dürfen; bis zum zweiten Verfahrensabschnitt, der die Wirksamkeit der Klage zum Gegenstande hat (§ 590 ZPO.), war der Vorderrichter in Wirklichkeit noch gar nicht vorgebrungen. Da es sich also bei der Frage der Beibringung der Urkunde um ein prozessrechtliches Erfordernis (RGZ. Bd. 75 S. 56) handelt, so kann das Geständnis des Beklagten über das Vorhandensein und den Inhalt des Schecks nicht die Wirkung äußern, die sonst einem Geständnis nach § 288 ZPO. zukommt. Die Vorschrift des § 585 das., daß auf die Erhebung der Restitutionsklage und das weitere Verfahren die allgemeinen Vorschriften entsprechende Anwendung finden, ändert hieran nichts. Denn diese Bestimmung fügt hinzu, daß jene Regel nur insoweit Platz greift, als sich nicht aus den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung eine Abweichung ergibt; eine solche Abweichung enthält der § 589 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Diese Vorschrift verhindert, was insbesondere in Ehestreitigkeiten von Bedeutung sein könnte, daß die Parteien durch Kollusion den § 288 ZPO. dazu benutzen, eine Wiederaufnahme des Verfahrens dem Gesetz zuwider zu erreichen. Aber dadurch, daß das Geständnis als solches unwirksam ist, wird noch nicht die weitere Frage entschieden, ob es nach § 286 ZPO. zu würdigen ist, mit anderen Worten, ob es der Erhebung des Urkundenbeweises auch dann noch bedarf, wenn die Parteien über das Vorhandensein der Urkunde und ihren Inhalt einig sind. Der erkennende Senat verkennt nicht, daß die Beantwortung dieser Frage zweifelhaft ist. Von einem strengen Standpunkt aus läßt sich die Meinung vertreten, daß es der Erhebung des Urkundenbeweises selbst dann bedürfe, wenn die Parteien über den Inhalt der Urkunde einig sind, weil nur dann aus der ihm vorliegenden Urkunde das Gericht die Überzeugung schöpfen könne, daß die Urkunde wirklich vorhanden sei



und den von den Parteien behaupteten Inhalt habe. Aber diese Auffassung läuft, wie die Revision zutreffend hervorhebt, auf eine leere Förmlichkeit hinaus. Daß auf die Erfüllung einer solchen Förmlichkeit vom Gesetz Wert gelegt werde, ließe sich nur dann annehmen, wenn zwingende Gründe hierfür sprächen. Solche sind indes nicht ersichtlich und ergeben sich insbesondere auch nicht aus dem vom Berufungsgericht an sich zutreffend betonten Gesichtspunkt der Wahrung des Rechtsfriedens. Es handelt sich vielmehr bei der Wiederaufnahme des Verfahrens nicht um eine besondere Prozeßart (RGZ. Bd. 91 S. 196), wie bei dem Urkundenprozeß, und die allgemeine Bestimmung des § 286 ZPO. läßt es zulässig erscheinen, von der Erhebung des Urkundenbeweises, dann aber folgeweise auch von seinem Antritt, in dem — wohl selten vorkommenden — Ausnahmefalle abzuweichen, daß die Parteien über das Vorhandensein und den Inhalt der Urkunde einig sind, sofern das Gericht der Überzeugung ist, daß die Angaben beider Parteien der Wahrheit entsprechen (vgl. Stein-Jonas Bem. III zu § 581 ZPO. und Bem. I 2 zu § 588 das.). Die reichsgerichtliche Rechtsprechung hat, soweit ermittelt werden konnte, noch nicht Gelegenheit gehabt, sich mit einem solchen Ausnahmefalle zu beschäftigen. Jene Tatfrage muß vom Berufungsgericht noch geprüft werden.

Dagegen ist dem zweiten Teile der Revisionsausführungen nicht beizutreten. Zur eigenen Vorlegung des Schecks hatten sich die Kläger nicht erboten, sodaß keine Fristsetzung gemäß § 356 ZPO. in Frage kam. Sie hatten vielmehr nur den Antrag auf „Herbeischaffung“ des Schecks gestellt, was nach Lage der Sache nur den Antrag auf Fristsetzung aus § 428 ZPO. bedeuten konnte. Ein solcher Antrag hätte aber nach § 430 das. u. a. dem Erfordernis des § 424 Nr. 5 das. entsprechen müssen; es wäre also Sache der Kläger gewesen, glaubhaft zu machen, daß die den Scheck verwahrende Bank ihnen gegenüber zur Vorlegung verpflichtet sei (§ 429 ZPO. in Verb. mit §§ 422, 423 das., § 810 BGB.). Die von der Revision nicht besonders beanstandeten Gründe, aus denen der Vorderrichter eine solche Pflicht der Bank verneint hat, sind indessen zutreffend, und daß etwa L. seinen der Bank gegenüber bestehenden Anspruch auf Vorlegung des Schecks an ihn (§ 810 BGB.) den Klägern abgetreten hätte, haben diese in der Vorinstanz nicht behauptet. Ein Anspruch auf Fristbestimmung gemäß § 428 ZPO. im Hinblick auf eine etwaige künftige Abtretungs-

möglichkeit stand den Klägern nicht zu (§ 424 Nr. 5 B.P.D.). Es kann daher auf sich beruhen, ob der Anspruch aus § 810 B.G.B. als solcher wirksam abgetreten werden kann oder ob dem § 399 B.G.B. (erster Halbsatz) oder sonstige Vorschriften entgegenstehen.