

33. 1. Ist es zulässig, vor der Prüfung des Restitutionsgrundes sachliche Erwägungen anzustellen?

2. Muß die aufgefundenene Urkunde schon zur Zeit des Vorprozesses vorhanden gewesen sein?

3. Wann gilt eine Urkunde als „aufgefunden“?

4. Muß die aufgefundenene Urkunde im Wege des Urkundenbeweises verwertbar sein?

5. Genügt es, wenn der Inhaber der Urkunde sich bereit erklärt hat, sie einem auswärtigen Gericht vorzulegen?

6. Was hat das Gericht bei der Prüfung der Frage, ob die Urkunde eine dem Restitutionskläger günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde, zu berücksichtigen?

7. Genügt schon die Möglichkeit, daß die Urkunde eine günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde?

33D. § 580 Nr. 7b.

VI. Zivilsenat. Ur. v. 30. April 1936 i. S. Witwe Sch. u. a. (Restitutionskl.) w. R. B.-UG. (Restitutionsbehl.). VI 447/35.

I. Landgericht Stuttgart.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Dentist Sch., dessen Erben die Restitutionsklägerinnen — im folgenden als Klägerinnen bezeichnet — sind, verkaufte in den Jahren 1924 und 1925 Platinabfälle im Gesamtgewicht von 1438,6 g an die Platinschmelze S. und M. UG. in Pf. und erlöste dafür nach und nach mehr als 20000 RM. Als er am 30. Oktober 1925 einen Posten von 917 oder 919 g Platin überbrachte und dafür eine Anzahlung von 10000 RM. erhalten hatte, wurde er unter dem Verdacht der Fehlerei verhaftet. Es wurde angenommen, daß die Platinabfälle bei der Restitutionsbeklagten — im folgenden Beklagte genannt — gestohlen seien, wo bei der Verarbeitung von Platin zu Kontaktschrauben solche Abfälle regelmäßig vorkommen, die aber sorgfältig gesammelt und abgeliefert werden müssen. Sch. wollte die von ihm verkauften Abfälle von seinem inzwischen verstorbenen Bruder erhalten haben. Er erhängte sich in der Untersuchungshaft. Über seinen Nachlaß wurde die Nachlaßverwaltung angeordnet und zum Nachlaßverwalter Dr. bestellt. Gegen diesen

richtete die jetzige Beklagte ihre Schadensersatzklage. Das Landgericht nahm den Wert der von Sch. veräußerten Platinabfälle ohne den letzten Posten, welcher der Beklagten ausgehändigt worden war, auf 22194,90 RM. an und verurteilte den Nachlaßverwalter zur Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen. De. legte Berufung ein, nahm diese aber am 2. September 1929 auf Grund eines außergerichtlichen Vergleiches zurück, worin die jetzige Beklagte sich mit insgesamt 24500 RM. begnügte und die Abtretung einer Hypothek von 21000 RM. an Zahlungsstatt annahm.

Mit der am 1. September 1934 zugestellten Restitutionsklage erstreben die Klägerinnen die Aufhebung des im Vorprozeß ergangenen Urteils und die Abweisung der Schadensersatzklage. Sie behaupten, die von ihrem Erblasser verkauften Platinabfälle rührten nicht von der Beklagten, sondern von der M.-Werke AG. her, deren Mechaniker Pf. sie mit Duldung des Werks gesammelt und an Sch. verkauft habe. Sie stützen die Restitutionsklage auf Urkunden, nämlich auf die Handelsbücher und Rechnungsdurchschläge der Firmen W. C. G. GmbH. und G. S. GmbH. in S., die an die M.-Werke Platin geliefert hätten, auf eine Auskunft der Firma S. vom 28. August 1934, zwei Aufstellungen der Firma S. vom selben Tage und eine von dem Notar R. am 23. November 1934 aufgenommene Urkunde über die Ergebnisse seiner Bucheinsicht bei der Firma S. Die Beklagte bestreitet die Zulässigkeit und Begründetheit der Restitutionsklage. In der Berufungsinstanz hat sie sich hilfsweise darauf berufen, daß ihr die Ansprüche der M.-Werke von deren Rechtsnachfolgerin, der U. E. G., durch Urkunde vom 21. September 1935 abgetreten worden seien.

Das Landgericht vernahm Pf. und den ehemaligen technischen Leiter der M.-Werke, W., als Zeugen, hob sodann das im Vorprozeß gegen den Nachlaßverwalter ergangene Urteil auf und wies die Schadensersatzklage ab. Das Berufungsgericht verwarf dagegen die Restitutionsklage als unzulässig. Die Revision der Klägerinnen wurde mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Restitutionsklage nicht als unzulässig verworfen, sondern als unbegründet abgewiesen wurde.

#### Gründe:

Das Landgericht hat die Frage, ob das Verfahren wieder-  
aufzunehmen, von der Frage, ob der Vorprozeß richtig entschieden

sei, nicht scharf getrennt. In seinem Urteil verneint es zunächst, daß der Vergleich der Restitutionsklage entgegenstehe, stellt sodann fest, daß diese form- und fristgerecht erhoben worden sei, setzt aber die Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 580 Nr. 7b ZPO. vorliegen, aus, um sich zuvor dem Ergebnis der Vernehmungen der Zeugen Pf. und B. zuzuwenden. Pf. hat ausgesagt, er habe als Mechaniker bei den M.-Werken öfter Platinabfallspäne an Sch. verkauft und von diesem mehrmals „so um 100 RM. herum“, im ganzen kaum mehr als 1000 RM. erhalten, zum Schluß habe er an Sch. eine größere Menge abgeliefert, dafür aber keine Bezahlung mehr bekommen; seine Handlungsweise sei, wie er zugebe, nicht recht gewesen, nach seiner Ansicht habe auch Sch. um die Unrechtmäßigkeit gewußt; sie seien beide stillschweigend übereingekommen, die Sache geheimzuhalten. B. hat nach seiner Aussage auf eine Anzeige ohne Unterschrift hin einmal einen Arbeiter, Pf. oder einen anderen, nach dem Verbleib der abfallenden Platinspäne gefragt und sich in Unkenntnis ihres Wertes bei der Antwort des Arbeiters beruhigt, dieser habe sie regelmäßig mit sich heimgenommen, damit sie nicht zusammen mit anderem Abfall hinausgesetzt würden. Das Landgericht hält die Aussage des Pf. für glaubwürdig und meint, danach sei der Anzeigebeweis des Vorprozesses ausgeräumt; wenn diese Aussage schon damals vorgelegen hätte, so würde das Gericht bei der Beweislast der damaligen Klägerin zu keiner Verurteilung haben können. Erst nach diesen Erwägungen wendet sich das Landgericht der Frage zu, ob der Restitutionsgrund des § 580 Nr. 7b ZPO. vorliege, und bejaht das, wobei es als Urkunden, zu deren Benutzung die Klägerinnen erst jetzt instand gesetzt seien, die Buchauszüge und die Auskunft vom 28. August 1934 und die Notariatsurkunde vom 23. November 1934 ansieht. Die Versagung der Restitution wäre nach der Meinung des Landgerichts mit einem gesunden Rechtsempfinden nicht in Einklang zu bringen.

Mit Recht lehnt das Berufungsgericht diese Vermischung von verfahrensrechtlichen und sachlichen Erwägungen ab. In dem Vergleich sieht auch das Berufungsgericht kein Hindernis für die Restitutionsklage, weil zum mindesten zweifelhaft sei, ob der Vergleich angefochten werden könne, wenn das zugrundeliegende Urteil bei Bestand bleibe. Gegen diese, den Klägerinnen günstige Auffassung ist kein Bedenken zu erheben, da der Vergleich nur die Verwirklichung

der Urteilsforderung betraf (§ 779 Abs. 2 BGB.). Das Berufungsgericht nimmt auch in Übereinstimmung mit dem Landgericht und ohne Rechtsirrtum an, daß die Restitutionsklage form- und fristgerecht erhoben worden ist. Aber dann untersucht es, abweichend vom Landgericht, ob das Vorbringen der Klägerinnen den in § 580 Nr. 7b ZPO. genannten Restitutionsgrund erkennen läßt. Dieses Verfahren, nicht das des Landgerichts, entspricht dem Gesetz. Die Zivilprozeßordnung verfolgt mit dem Wiederaufnahmeverfahren keineswegs den Zweck, die Beseitigung aller rechtskräftigen Urteile zu ermöglichen, in denen ein Rechtsstreit unrichtig entschieden worden ist. Zur Wahrung des Rechtsfriedens hat sie die Wiederaufnahme auf bestimmte Tatbestände eingeschränkt, die das Bedürfnis nach der Beseitigung eines unrichtigen rechtskräftigen Urteils besonders dringend erscheinen lassen. Namentlich läßt sie in bewußtem Gegensatz zu § 359 Nr. 5 StPO. die Wiederaufnahme nicht schon dann zu, wenn irgendwelche neuen Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die ein günstigeres Ergebnis für eine der Parteien, sei es für den Beklagten oder für den Kläger, herbeizuführen geeignet sind. Eine Rechtsprechung, die das nicht beachtet, widerspricht dem geltenden Gesetz. Auch bei der Neufassung der Zivilprozeßordnung sind jene Tatbestände nicht wesentlich erweitert worden. Darum muß im vorliegenden Fall ganz ohne Rücksicht darauf, was Pf. und B. als Zeugen ausgesagt haben, zunächst untersucht werden, ob die Voraussetzung für eine Restitutionsklage nach § 580 Nr. 7b ZPO. gegeben ist, ob also die Klägerinnen Urkunden aufgefunden haben oder zu benutzen in den Stand gesetzt worden sind, die eine ihnen günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würden.

Dem Berufungsgericht muß nun unbedenklich darin beigetreten werden, daß als solche Urkunden die Auskunft der Firma S. vom 28. August 1934, die Buchauszüge der Firma S. vom selben Tage und die Notariatsurkunde vom 23. November 1934 nicht in Frage kommen können. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision gehen fehl. Die Urkunden, auf deren Auffindung oder nachträglich eingetretene Benutzbarkeit die Restitutionsklage gestützt werden soll, müssen grundsätzlich solche sein, die schon zur Zeit des Vorprozesses vorhanden, aber damals dem Beweisführer unbekannt oder für ihn unbenutzbar gewesen waren; das ergibt sich aus dem klaren Sinn der Vorschrift (vgl. RGZ. Bd. 80 S. 240[242], Bd. 123 S. 304). Wenn

der IV. Zivilsenat des Reichsgerichts in der Entscheidung vom 3. April 1933 (Recht 1933 Nr. 388, HR. 1933 Nr. 1621) eine Ausnahme für die standesamtliche Urkunde über die Geburt eines Kindes gemacht hat, so ist das damit begründet worden, daß diese Urkunde ihrer Natur nach nicht früher habe errichtet werden können. Bei den Urkunden vom 28. August und 23. November 1934 handelt es sich aber weder um nachträglich aufgefundene noch um nachträglich benutzbar gewordene, sondern um nachträglich auf Veranlassung der Klägerinnen hergestellte Urkunden, und es kommt auch gar nicht in Frage, daß ihrer Natur nach die Herstellung nicht schon zur Zeit des früheren Rechtsstreits möglich gewesen wäre.

Als Urkunden im Sinne des § 580 Nr. 7b ZPO. können im vorliegenden Falle nur die Handelsbücher der Firmen H. und S., genauer die Eintragungen in diesen Büchern über die Platinlieferungen an die M.-Werke, und die Rechnungsdurchschläge in Betracht kommen. Diese Eintragungen und Durchschläge waren schon zur Zeit des Vorprozesses vorhanden, aber ihre Erheblichkeit für den Rechtsstreit lag so fern, daß sich von ihnen sagen läßt, sie seien erst neuerdings „aufgefunden“ worden (RGZ. Bd. 89 S. 1 [4]) und auch ohne Verschulden des Nachlaßverwalters nicht auffindbar gewesen (§ 582 ZPO.). Das hat anscheinend auch das Berufungsgericht angenommen, es vermißt aber die Möglichkeit einer Antretung des Urkundenbeweises. Gegen dieses grundsätzliche Erfordernis ist nichts einzuwenden, auch in der Entscheidung des erkennenden Senats RGZ. Bd. 135 S. 123 [129] nichts eingewendet worden. Der dortige Ausnahmefall, daß die Parteien über das Vorhandensein und den Inhalt der Urkunde einig waren, liegt hier nicht vor. Der Revision, die im Widerspruch mit der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts, aber im Anschluß an die Ausführungen von Süß in JW. 1932 S. 2150 das Erfordernis des Urkundenbeweises überhaupt fallen lassen will, kann insoweit nicht beigetreten werden. Urkunden sind, wenn sie nicht im Wege des Urkundenbeweises verwertet werden können, von jenem Ausnahmefall abgesehen, für die Restitutionsklage wertlos, weil ein mittelbarer Beweis über den Inhalt der aufgefundenen oder benutzbar gewordenen Urkunden in § 580 Nr. 7b ZPO. so wenig zugelassen ist wie ein anderes Beweismittel für den Parteivortrag überhaupt. Daß dies die Auffassung des Gesetzes ist, wird übrigens durch die Sollvorschrift des § 588

Abf. 2 RPD. bestätigt, auf welche die Revisionsbeantwortung zu treffend hinweist (vgl. auch Stein-Jonas RPD. § 580 Bem. IV 2).

Danach müssen die Eintragungen in den Handelsbüchern der Firma H. und deren Rechnungsdurchschläge ausscheiden, da nicht ersichtlich ist, aus welchem Grunde diese Firma zur Vorlegung verpflichtet sein sollte (§ 424 Nr. 5, §§ 428 flg. RPD.). Anders liegt es aber bei der Firma S., und insoweit erhebt die Revision einen berechtigten Angriff. Denn die Klägerinnen haben nach Ausweis des angefochtenen Urteils vorgetragen, die Firma S. habe sich bereit erklärt, ihre Bücher dem Gericht in H. zur Einsichtnahme vorzulegen. Hat sie sich dazu erboten, so hat sie mit den Klägerinnen einen Vorlegungsvertrag geschlossen, der sie verpflichtet, ihr Versprechen auch zu erfüllen, da nichts hervorgetreten ist, was gegen eine solche Verpflichtung sprechen könnte. Die Klägerinnen können also nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, wenn auch nicht des § 810 BGB., so doch des § 305 BGB., die Vorlegung vor dem Gericht in H. verlangen (§§ 422, 429 RPD.). Die Unentgeltlichkeit dieses Vorlegungsvertrags, die darin liegende Gefälligkeit, steht der Annahme einer Verpflichtung nicht entgegen, wie die Revisionsbeantwortung meint. Das liegt ebenso wie beim unentgeltlichen Auftrag (§ 662 BGB.) und beim unentgeltlichen Leihversprechen (§ 598 BGB.), ohne daß untersucht zu werden brauchte, ob das Vorlegungsversprechen der Firma S. unter eine dieser Vertragsarten fällt. Die Klägerinnen haben also durch ihren Vortrag genügend zu erkennen gegeben, daß sie für die Eintragungen in den Büchern der Firma S. den Urkundenbeweis nach § 428 RPD. antreten wollen. Daß die Bücher nicht dem Prozeßgericht in der mündlichen Verhandlung vorgelegt werden können, sondern nur in H. vor dem dortigen Gericht oder, wie anzunehmen ist, auch vor einem beauftragten Mitglied des Prozeßgerichts, bildet nach § 434 RPD. keinen Grund für die Unwirksamkeit des Beweistritts. Zu einem Antrag auf Fristbestimmung (§ 428 RPD.) ist es freilich noch nicht gekommen, aber dessen bedurfte es für die Vorfrage, ob eine im Wege des Urkundenbeweises verwertbare Urkunde bezeichnet worden ist, noch nicht. Die Bezeichnung war genügend. Das Berufungsgericht hätte daher die Restitutionsklage nicht als unzulässig verwerfen dürfen, sondern mußte prüfen, ob die behaupteten Eintragungen in den Büchern der Firma S. eine den Klägerinnen günstigere Ent-

scheidung herbeigeführt haben würden, wenn die Eintragungen schon im Vorprozeß vorgelegen hätten.

Diese Prüfung hat das Berufungsgericht hilfsweise vorgenommen, sogar unter Hinzunahme der Eintragungen in den Büchern der Firma S., die aber ausscheiden müssen, weil sie nicht nach § 580 Nr. 7b BPO. verwertbar sind. Zutreffend hat das Berufungsgericht im Gegensatz zum Landgericht aber auch alles ausgeschlossen, was mit der Person des Pf. und mit dessen Aussage zusammenhängt. Von diesem war im früheren Rechtsstreit noch keine Rede gewesen. Das Gericht muß sich in die Lage zurückversetzen, in der sich das Landgericht vor seiner Entscheidung im Vorprozeß befunden hatte, und von diesem Standpunkt aus fragen, ob die Entscheidung anders ausgefallen wäre, wenn das Landgericht gewußt hätte, daß die Firma S. in den Jahren 1921 bis 1925 Platin-Tribium-Kontakte im Gewicht von 34,78 kg an die M.-Werke geliefert habe. Alles übrige, was damals noch nicht vorgetragen worden war und worauf die Restitutionsklage nicht gestützt werden kann, muß dabei wegbleiben (RGZ. Bd. 14 S. 330; Gruch. Bd. 60 S. 882; JW. 1928 S. 1493 Nr. 9a), namentlich der Umstand, daß Pf. nach seiner Aussage bei den M.-Werken Platinabfälle entwendet hat. Von Diebstählen bei den M.-Werken wäre also dem Landgericht nichts bekannt gewesen. Stellt man die Frage in dieser Begrenzung, so ist zunächst klar, daß die Lieferungen der Firma S. an die M.-Werke die Feststellung des Landgerichts ganz unberührt gelassen hätten, das von Sch. verkaufte Platin sei gestohlen und von ihm im Wege der Hehlerei erworben worden. Es konnte sich nur darum handeln, wo es gestohlen worden war. Die Ansicht des Berufungsgerichts ist aber auch nicht rechtlich zu beanstanden, daß die damalige Annahme des Landgerichts, das Platin sei bei der Klägerin, jetzigen Beklagten, gestohlen, durch die genaue Kenntnis des Platinbezugs der M.-Werke von der Firma S. nicht erschüttert worden wäre. Jene Annahme beruhte nicht nur auf dem weitaus größeren Platinbedarf der damaligen Klägerin, der die Menge des von Sch. verkauften Abfalls ohne weiteres erklärlich zu machen schien, während eine Erklärung hierfür bei den M.-Werken fehlte, solange nichts von einer besonders großen Mangelhaftigkeit der dortigen Überwachung bekannt war. Es kam noch hinzu, daß das Landgericht auch die Übereinstimmung des von Sch. verkauften Platins mit dem bei der damaligen Klägerin verwendeten

als bewiesen ansah. Demgegenüber hätte, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum annimmt, der Platinbezug der M.-Werke von der Firma S. keine entscheidende Rolle gespielt. Daß das dennoch „möglicherweise“ der Fall gewesen wäre, würde, entgegen der Meinung der Revision, nicht genügen. Denn das Gesetz verlangt, daß die Urkunde eine günstigere Entscheidung „herbeigeführt haben würde“, nicht nur „möglicherweise herbeigeführt haben würde“. Die von der Revision für ihre Meinung angeführte Entscheidung RGZ. Bd. 123 S. 304 (306) befaßt sich mit der ganz anderen Frage, wann die Urkunde vorhanden gewesen sein muß; es geht nicht an, aus einer gelegentlich gebrauchten Wendung das zu entnehmen, was die Revision will.

Entsprechend den Hilfsbegründungen des Berufungsgerichts war also die Restitutionsklage als unbegründet abzuweisen (RGZ. Bd. 75 S. 53 [56]). Mit dieser Maßgabe war die Revision zurückzuweisen, und es bedarf keines Eingehens auf die Frage, welchen Erfolg sich die Klägerinnen von einer Wiederaufnahme des Verfahrens noch hätten versprechen können, nachdem die Beklagte sich den Schadensersatzanspruch der M.-Werke hat abtreten lassen.