



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

IX ZR 138/08

vom

24. März 2011

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, den Richter Vill, die Richterin Lohmann, die Richter Dr. Fischer und Dr. Pape

am 24. März 2011

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 14. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 27. Mai 2008 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf 20.290,71 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist statthaft (§ 544 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und zulässig (§ 544 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ZPO). Sie hat jedoch keinen Erfolg. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO).
- 2 1. Das Berufungsgericht war nicht gemäß § 74 Abs. 3, § 68 ZPO an eine im Vorprozess getroffene Feststellung des Inhalts gebunden, die Klägerin habe hinreichend glaubhaft gemacht, die Zustellbenachrichtigungen nicht erhalten zu

haben. Die Bindungswirkung gemäß § 74 Abs. 3, § 68 ZPO bezieht sich nur auf die tragenden Feststellungen des Ersturteils. Was hierzu gehört, beurteilt sich danach, worauf die Entscheidung objektiv nach zutreffender Rechtsauffassung beruht, wobei von dem vom Erstgericht gewählten Begründungsansatz auszugehen ist (BGH, Beschluss vom 27. November 2003 - V ZB 43/03, BGHZ 157, 97, 99 f; Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Aufl., § 68 Rn. 9 mwN). Der Zurückweisungsbeschluss des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main im Verfahren 25 U 68/03 wird ausschließlich von der Feststellung getragen, die Klägerin habe nicht glaubhaft gemacht, das formlos übersandte Prozesskostenhilfegesuch nicht erhalten zu haben.

- 3 Die von der Beschwerde aufgeworfene Frage, ob das Regressgericht in einer Anwaltshaftungssache an Feststellungen aus dem Vorprozess gebunden ist, bedarf keiner weiteren Klärung. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats hat das Regressgericht selbst zu prüfen, wie der Vorprozess richtigerweise zu entscheiden gewesen wäre, wenn davon abhängt, ob dem Mandanten durch eine schuldhafte Pflichtverletzung des Rechtsanwalts ein Schaden entstanden ist (BGH, Urteil vom 13. Juni 1996 - IX ZR 233/95, BGHZ 133, 110, 111; vom 16. Juni 2005 - IX ZR 27/04, BGHZ 163, 223, 227 mwN; vom 15. November 2007 - IX ZR 44/04, BGHZ 174, 205 Rn. 9; vom 18. Dezember 2008 - IX ZR 179/07, WM 2009, 324 Rn. 16). Dabei ist es nicht auf die vom Erstgericht mutmaßlich festgestellten Tatsachen beschränkt, sondern hat zur Ermittlung der materiellen Wahrheit gegebenenfalls auch weitere Erkenntnisquellen heranzuziehen (BGH, Urteil vom 2. Juli 1987 - IX ZR 94/86, WM 1987, 1344, 1346; vom 16. Juni 2005, aaO, 227 f).

- 4                    2. Ebenso geklärt ist, dass auf einer Postzustellurkunde im Fall der Ersatzzustellung durch Niederlegung gemäß §§ 181, 182 Abs. 2 Nr. 4 ZPO entgegen der Auffassung der Beschwerde nicht genau angegeben werden muss, in welche Empfangseinrichtung - Briefkasten oder ähnliche Vorrichtung - der Zusteller das Schriftstück eingelegt hat, und im Fall einer ähnlichen Vorrichtung diese näher bezeichnet (BGH, Urteil vom 10. November 2005 - III ZR 104/05, NJW 2006, 150, 152). Das Berufungsgericht hat auch nicht verkannt, dass gegen eine Zustellurkunde gemäß § 418 Abs. 2 ZPO der Gegenbeweis angetreten werden kann. Die im Vorprozess abgegebene eidesstattliche Versicherung der Klägerin war nach der Würdigung des Berufungsgerichts allerdings dazu untauglich. Als Mittel der Glaubhaftmachung kommt die vom Beweisführer selbst abgegebene eidesstattliche Versicherung nur in Betracht, wenn sie sich auf einen von ihm selbst wahrgenommenen Vorgang bezieht (BGH, Beschluss vom 22. Juni 2004 - VI ZB 14/04, NJW 2004, 3491, 3492). Das war hier nicht der Fall.
- 5                    3. Die von der Beschwerde erhobenen Gehörsrügen hat der Senat geprüft. Sie sind unbegründet. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544

Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 ZPO abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist.

Kayser

Vill

Lohmann

Fischer

Pape

Vorinstanzen:

LG Fulda, Entscheidung vom 20.07.2005 - 4 O 260/05 -

OLG Frankfurt in Kassel, Entscheidung vom 27.05.2008 - 14 U 169/05 -