



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

IX ZR 17/08

vom

21. Januar 2010

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter, die Richter Raebel und Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Pape

am 21. Januar 2010

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 12. Dezember 2007 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf 45.000 € 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, weil sie keinen Zulassungsgrund nach § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO aufdeckt.
- 2 1. Anders als das Landgericht geht das Berufungsgericht nicht davon aus, dass dem Beklagten mangels rechtzeitig bis zum 17. März 2004 erteilten Auftrags keine Fristenkontrolle und Hinweispflicht oblegen hätte. Es unterstellt vielmehr, dass diese Pflichten bestanden.

3           2. § 580 ZPO erfordert die Prüfung, dass das mit der Restitutionsklage anzugreifende Urteil auf dem Restitutionsgrund beruht (BGH, Urt. v. 21. Januar 1988 - III ZR 252/86, WM 1988, 997; Zöller/Greger, 28. Aufl. § 580 Rn. 5; Musielak ZPO 7. Aufl. § 580 Rn. 3; Prütting/Gehrlein/Meller-Hannich, ZPO § 580 Rn. 2). Dafür genügt, dass nicht auszuschließen ist, dass das Urteil ohne den Restitutionsgrund einen anderen Inhalt aufweisen würde (Musiellak aaO; Meller-Hannich aaO). Dies hat das Berufungsgericht zutreffend verneint. Die Urteile des Landgerichts Itzehoe vom 3. Februar 1997 und des OLG Schleswig vom 25. August 1998 beruhten auf drei selbständigen Begründungen. Sie haben die Zusicherung einer Generalüberholung des Motors als nicht bewiesen angesehen, aber unabhängig davon die Gegenforderung des damaligen Beklagten für unbegründet erachtet, weil - die Zusicherung unterstellt - diese sich nicht auf eine Eigenschaft des Motors bezogen habe und weil nicht nachgewiesen sei, dass der geltend gemachte Schaden auf der fehlenden Generalüberholung des Motors beruht habe. Betrifft der Restitutionsgrund aber nur eine von drei selbständig tragenden Begründungen, kann die Restitutionsklage keinen Erfolg haben.

4           3. Die Restitutionsklage setzt in den Fällen des § 580 Nr. 1 bis 5 ZPO nach § 581 ZPO voraus, dass eine rechtskräftige Verurteilung wegen einer Straftat vorliegt oder ein endgültiges Hindernis für die Durchführung des Strafverfahrens. Diese gesetzliche Voraussetzung kann nicht dadurch umgangen werden, dass die Restitutionsklage vor Eintritt ihrer Statthaftigkeit erhoben und sodann das Verfahren bis zum Eintritt der Statthaftigkeit analog § 149 ZPO ausgesetzt wird. Insoweit liegt weder ein symptomatischer Rechtsfehler des Berufungsgerichts noch Grundsatzbedeutung vor. Die Frage ist vielmehr höchstrichterlich geklärt (BGHZ 50, 115, 120). Die von der Nichtzulassungsbeschwerde zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs weichen hiervon

- entgegen der Auffassung der Beschwerde - nicht ab, sondern betreffen das Ausgangsverfahren (BGHZ 33, 73, 75; BGH, Urt. v. 13. Februar 1997 - III ZR 285/95, NJW 1997, 1309, 1310). Die herrschende Meinung ist dieser Rechtsprechung gefolgt (OLG Köln MDR 1991, 452; Zöller/Greger, aaO § 581 Rn. 5; Thomas/Putzo/Reichold ZPO 30. Aufl. § 149 Rn. 3; Hk-ZPO/Kemper 3. Aufl. § 581 Rn. 2; Prütting/Gehrlein/Meller-Hannich, aaO § 581 Rn. 2; Zimmermann ZPO 8. Aufl. § 581 Rn. 1).

5            Soweit in der Literatur eine hiervon abweichende Auffassung vertreten wird (vgl. Musielak/Stadler, aaO § 149 Rn. 3; MünchKomm-ZPO/Wagner, 3. Aufl. § 149 Rn. 7; Stein/Jonas/Roth ZPO 22. Aufl. § 149 Rn. 9; Stein/Jonas/Grunsky, 21. Aufl. § 581 Rn. 2; Wieczorek/Schütze/Smid, 3. Aufl. § 149 Rn. 8), gibt dies keine Veranlassung, über die Frage erneut höchstrichterlich zu entscheiden. Die Regelung der §§ 581, 586 Abs. 2 Satz 2 ZPO mag in Einzelfällen unbefriedigend erscheinen. Abhilfe kann dort jedoch weitestgehend über § 826 BGB geschaffen werden (vgl. BGHZ 50, 115, 120), wovon in anderem Zusammenhang auch die Beschwerde ausgeht.

6            4. Das Berufungsgericht hat zu § 582 ZPO keinen unzutreffenden Obersatz aufgestellt, sondern ist lediglich davon ausgegangen, dass der darlegungs- und beweispflichtige Kläger nicht ausreichend vorgetragen hatte, warum er die Zeugen für seine Behauptung der Zusicherung einer Generalüberholung des Motors nicht schon im Ausgangsverfahren benannt hatte. Der Einwand der fehlenden Aussagebereitschaft war unbehelflich. Der Kläger hatte nicht plausibel gemacht, warum er die Zeugen nicht schon damals benennen konnte. Dies konnte mit der Nichtzulassungsbeschwerdebegründung nicht mehr nachgeholt werden.

7                    5. Hinsichtlich des Anspruchs auf Zahlung von 1.600,53 € war sowohl die Haupt- wie auch die Hilfsbegründung des Klägers unsubstantiiert. Eine Verletzung des Grundrechts auf rechtliches Gehör oder des Willkürverbots liegt nicht vor. Auch hier konnte die Nichtzulassungsbeschwerdebegründung die erforderliche Substantiierung nicht mehr nachholen.

8                    6. Im Übrigen wird von einer Begründung gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

Ganter

Raebel

Vill

Lohmann

Pape

Vorinstanzen:

LG Lüneburg, Entscheidung vom 04.05.2007 - 4 O 233/06 -

OLG Celle, Entscheidung vom 12.12.2007 - 3 U 127/07 -