

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 40/72

URTEIL

Verkündet am
11. Juli 1974
Schorm
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Elektromeisters Wolfram O [REDACTED],
K[REDACTED]-V[REDACTED], U[REDACTED]straße [REDACTED],

Restitutionsklägers und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

gegen

den Schneidermeister Georg S [REDACTED],
D[REDACTED], Kö[REDACTED] Allee [REDACTED],

Restitutionsbeklagten und Revisionsbeklagten,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED]-

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juli 1974
durch die Richter Dr. Kreft, Gähtgens, Dr. Krohn,
Peetz und Lohmann

für Recht erkannt:

Die Revision des Restitutionsklägers
gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts Düsseldorf vom
3. März 1972 wird zurückgewiesen.

Der Restitutionskläger hat die Kosten
des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Restitutionskläger ist durch rechtskräftiges
Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. April 1970
- 2 U 102/69 - verurteilt, an den Restitutionsbeklagten
- damals sein Schwiegervater - ein (angeblich) empfangenes
Darlehen zurückzuzahlen. Das Urteil gründet sich u.a. auf
die (uneidliche) Zeugenaussage der Ehefrau des Resti-
tutionsbeklagten, Hildegard S. [REDACTED]. Eine gegen dieses
Urteil gerichtete (erste) Restitutionsklage wurde am
2. April 1971 als unzulässig verworfen. Das gegen die
Zeugin S. [REDACTED] auf Anzeige des Restitutionsklägers einge-
leitete strafrechtliche Ermittlungsverfahren wurde von

- 3 -

der Staatsanwaltschaft eingestellt, da die Beschuldigte am 27. Oktober 1970 verstorben ist. Dies hat die Staatsanwaltschaft dem Restitutionskläger mit Schreiben vom 22. Juni 1971 mitgeteilt.

Mit der zweiten Restitutionsklage macht der Restitutionskläger geltend, daß die Zeugin S [REDACTED] sich einer strafbaren Verletzung der Wahrheitspflicht schuldig gemacht habe (vgl. § 580 Nr. 3 ZPO). Hierzu hat er u.ä. vorgetragen, die Zeugin habe im Mai 1968 in der Wohnung seiner Eltern im Gespräch unter Zeugen eingeräumt, sie wisse ja, daß ihr Ehemann ihm, dem Restitutionskläger, ein Darlehen nicht gegeben habe. Nach Schluß der mündlichen Verhandlung hat der Restitutionskläger in einem nachgereichten Schriftsatz weiter ausgeführt, auf diese Erklärung der Zeugin habe er in dem früheren Verfahren nicht hinweisen können, da sie erst nach seinem Weggang gefallen sei und er hiervon erst nach der Verkündung des Urteils vom 17. April 1970 Kenntnis erhalten habe.

Der Bitte des Restitutionsklägers, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, hat das Oberlandesgericht nicht entsprochen. Mit Urteil vom 3. März 1972 hat es auch die zweite Restitutionsklage als unzulässig verworfen. Hiergegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision des Restitutionsklägers, um deren Zurückweisung der Restitutionsbeklagte bittet.

Entscheidungsgründe

I.

Das Oberlandesgericht nimmt an, daß die Prüfung,



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



ob die Partei ohne ihr Verschulden außerstande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Einspruch oder Berufung oder mittels Anschließung an eine Berufung geltend zu machen (§ 582 ZPO), die Frage der Zulässigkeit der Restitutionsklage betrifft. Diese Auffassung entspricht der vom Bundesgerichtshof fortgeführten Rechtsprechung des Reichsgerichts, die auch von einem Teil des Schrifttums vertreten wird (BGH LM § 582 Nr. 1 = NJW 1956, 1154 (L); BGH Urteil des VIII. Zivilsenats vom 23. Januar 1974 - VIII ZR 131/72 - S. 5, insoweit in NJW 1974, 557 nicht abgedruckt; RGZ 99, 168, 170; RG Warn. 1938 Nr. 67; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 10. Aufl. § 161 II 1; Nikisch, Zivilprozeßrecht (1950) § 129 IV 3; and. Ans. OGHBrZ HEZ 3, 82, 84 und in NJW 1950, 65 Nr. 4; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 19. Aufl. Vorbem. III 2; Baumbach, ZPO 31. Aufl. § 582 Anm. 1, Grundz. A, b vor § 578). Der erkennende Senat schließt sich dieser Auffassung an.

II.

1. Das Oberlandesgericht führt aus, der Restitutionskläger hätte die strafbare Handlung der Zeugin S. [REDACTED] schon im Verfahren 2 U 102/69 OLG Düsseldorf geltend machen können, weil er selbst bei dem geschilderten Gespräch zugegen gewesen sei und daher von der behaupteten Äußerung der Zeugin Kenntnis gehabt habe. Soweit er nunmehr in dem nach Schluß der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz behauptete, die genannte Äußerung der Zeugin sei erst gefallen, als er die

Wohnung (seiner Eltern) bereits verlassen habe, könne sein Vorbringen nicht mehr berücksichtigt werden. Es bestehe keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, da der Restitutionskläger den neuen Sachverhalt bereits in der letzten mündlichen Verhandlung hätte vortragen können.

2. Die Revision rügt insoweit vor allem Verletzung der richterlichen Fragepflicht (§ 139 ZPO). Sie macht geltend, das Oberlandesgericht habe es unterlassen, darauf hinzuweisen, daß es die Voraussetzungen des § 582 ZPO bereits im ersten Verfahrensstadium, für die Zulässigkeit der Restitutionsklage, zu prüfen gedenke. Bei einem entsprechenden Hinweis des Gerichts wäre der Klagevortrag im Sinne des nachgereichten Schriftsatzes ergänzt worden.

Die Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

3. Die angebliche Erklärung der Zeugin Scheer, sie wisse ja, daß der Restitutionskläger von seinem damaligen Schwiegervater ein Darlehen nicht erhalten habe, ist von dem Restitutionskläger in der Klage und im Schriftsatz vom 23. November 1971, die beide Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, so dargestellt worden, daß die Würdigung des Tatrichters, der Restitutionskläger sei während des (ganzen) Gesprächs zugegen gewesen, keinen Bedenken begegnet. In dieser Richtung erhebt die Revision auch keine Rüge. Hat der Restitutionskläger aber dem Vorfall beigewohnt, dann war er in der Lage, unter Hinweis auf diesen

Sachverhalt in dem früheren Verfahren geltend zu machen, daß die Zeugin S [REDACTED] sich einer strafbaren Verletzung der Wahrheitspflicht schuldig gemacht habe (§§ 582, 580 Nr. 3 ZPO).

Die Behauptung, die genannte Erklärung sei in seiner Abwesenheit erfolgt und ihm erst nach Abschluß des früheren Verfahrens zu Ohren gekommen, ist von dem Restitutionskläger erstmals nach Schluß der mündlichen Verhandlung vorgebracht worden. Entgegen der Annahme der Revision war das Oberlandesgericht nicht gehalten, dem Restitutionskläger zu gestatten, dieses neue Vorbringen durch Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung in den Prozeß einzuführen.

Ob die Wiedereröffnung einer mündlichen Verhandlung, die geschlossen war, anzuordnen ist (§ 156 ZPO), steht grundsätzlich im freien, vom Revisionsgericht nicht nachprüfbaren Ermessen des Tatrichters. Neues Vorbringen kann die Wiedereröffnung nur dann zur Pflicht machen, wenn sich aus ihm ergibt, daß die bisherige Verhandlung lückenhaft war und Anlaß zur Ausübung der Fragepflicht bestand (BGHZ 53, 245, 262; 30, 60, 65; BGH ZZP 73, 233; RGZ 102, 262, 266; RG DR 1939, 1336 Nr. 37; Warn 1908 Nr. 243; 1909 Nr. 324; 1911 Nr. 56; 1918 Nr. 41; Stein/Jonas/Pohle 19. Aufl. § 156 Anm. I; Rosenberg/Schwab aaO § 81 III 3). In einem solchen Fall ist § 139 ZPO (nicht § 156 ZPO) verletzt und diese Verletzung Revisionsgrund (RG SeuffA 73 Nr. 231).

Die Revision meint, das Oberlandesgericht habe im Verhandlungstermin vom 26. November 1971 nicht erkennen lassen, daß es eine Beurteilung gemäß § 582 ZPO schon im damaligen Stadium des Verfahrens habe vornehmen wollen, daher sei ein entsprechender Hinweis (§ 139 ZPO) angezeigt gewesen.

Damit kann die Revision nicht durchdringen.

Die Nichtausübung des Fragerechts nach § 139 ZPO könnte hier nur dann mit Erfolg von der Revision gerügt werden, wenn das Oberlandesgericht hätte erkennen müssen, daß der Restitutionskläger die nachgeschobene Behauptung hätte aufstellen können und wollen, daß das Nichtvorbringen daher offenbar auf einem Versehen oder darauf beruhte, daß er die Rechtslage falsch beurteilt hat (vgl. BGH LM § 139 ZPO Nr. 3 = ZJP 1952, 278). Beides war hier nicht der Fall. Die Annahme, der Restitutionskläger sei bei der behaupteten Äußerung der Zeugin S. [REDACTED] nicht zugegen gewesen und habe von ihr erst nach Abschluß des früheren Verfahrens gehört, konnte nach dem Inhalt der von dem Restitutionskläger bis zum 26. November 1971 eingereichten Schriftsätze nicht naheliegen; ebensowenig ergaben sich hierfür Anhaltspunkte aus den zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Akten 1 R 47/69 LG Kleve und 7 Js 665/70 StA Duisburg.

Bezüglich der Anwendung des § 582 ZPO konnte der Restitutionskläger über die Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts schon deshalb nicht im Zweifel sein, weil das Gericht bereits im ersten klageabweisenden

Urteil vom 2. April 1971 ausgeführt hatte, daß die nach § 582 ZPO anzustellende Prüfung zum ersten Verfahrensabschnitt gehöre. Der Restitutionsbeklagte hatte diese Frage in seinem Schriftsatz vom 3. November 1971 aufgegriffen und der Restitutionskläger selbst ist im Schriftsatz vom 23. November 1971 davon ausgegangen, daß im ersten Verfahrensabschnitt auch zu prüfen sei, ob die Partei den Restitutionsgrund nicht im Vorprozeß mit Aussicht auf Erfolg hätte geltend machen können. Gleichwohl hat er mit dem hierfür nötigen Sachvortrag zurückgehalten. Bei dieser Sachlage läßt sich nicht feststellen, daß das Oberlandesgericht den Restitutionskläger mit einer nicht vorauszusehenden rechtlichen Beurteilung überrascht hat.

4. Hiernach ist für die Beurteilung nach § 582 ZPO von dem Vorbringen des Restitutionsklägers bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung auszugehen. Ist die behauptete Äußerung der Zeugin S. in seiner Gegenwart gefallen, dann war er noch im früheren Verfahren in der Lage, geltend zu machen, daß die Zeugin sich einer strafbaren Verletzung der Wahrheitspflicht schuldig gemacht habe, wie sich aus ihrer vor Zeugen gemachten Äußerung ergebe. Denn zur Geltendmachung imstande ist die Partei schon dann, wenn nach den Verhältnissen des Einzelfalls eine begründete Aussicht dafür besteht, daß ihr Vorbringen zum Nachweis der strafbaren Handlung führen wird (vgl. Stein/Jonas/Grunsky § 582 Anm. I 1 und Fn. 4). Der Umstand, daß die Zeugin noch nicht rechtskräftig verurteilt war, stand nicht im Wege. Diese Voraussetzung macht § 581 Abs. 1 ZPO nur für die Restitutionsklage (BGHZ 50,

115, 123). Restitutionsgrund im Sinne von § 582 ZPO ist bei § 580 Nr. 3 ZPO die dort bezeichnete strafbare Handlung, nicht die rechtskräftige Verurteilung (RGZ 150, 392, 396). Wie sich aus § 582 ZPO selbst ergibt, ist die Partei berechtigt und zur Wahrung ihrer Rechte auch gehalten, den "Restitutionsgrund", also die strafbare Handlung im laufenden Rechtsstreit geltend zu machen (GaaO). Die Zulässigkeit der Restitutionsklage ist daher vom Oberlandesgericht zu Recht verneint worden (§ 582 ZPO).

Kreft

Gähtgens

Dr. Krohn

eetz

Lohmann