



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

IX ZR 215/04

vom

3. November 2005

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fischer, die Richter Raebel, Kayser, Cierniak und die Richterin Lohmann

am 3. November 2005

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 12. Oktober 2004 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes beträgt 826.787,92 €.

Gründe:

- 1 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist zulässig (§ 544 ZPO); sie ist jedoch unbegründet. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) 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 Das Verlangen der Beklagten, auch die Klägerin zu 4 möge wegen der Prozesskosten Sicherheit leisten, setzt nach § 110 Abs. 1 ZPO voraus, dass diese Klägerin ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht, wie von ihr behauptet, in Frankreich hat. Hierfür trägt, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat,

die Beklagte die Beweislast. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz und wird in der von der Nichtzulassungsbeschwerde zitierten Literatur auch nicht in Frage gestellt. Das Berufungsgericht hat den der Beklagten damit obliegenden Negativbeweis ersichtlich nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast erleichtert. Ob die Klägerin zu 4 hiernach ausreichend Vortrag gehalten hat, ist eine Frage des Einzelfalls; dies vermag eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nicht zu begründen.

- 3 Eine Divergenz zu dem Senatsurteil vom 23. November 1989 (IX ZR 23/89, WM 1990, 373, 374) liegt nicht vor. Denn das Berufungsgericht hat nicht entgegen § 112 Abs. 2 ZPO die Höhe der Prozesskostensicherheit nur nach den voraussichtlichen Kosten der ersten Instanz bemessen, sondern das Rechtsmittel der Beklagten insoweit - auch wenn dies im Tenor nicht zum Ausdruck kommt - als unzulässig verworfen. Damit befindet es sich in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 102, 232, 234 ff; BGH, Beschl. v. 23. November 1973 - I ZB 9/73, NJW 1974, 238; Urt. v. 23. November 1989, aaO).

4 Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 ZPO abgesehen.

Fischer

Raebel

Kayser

Cierniak

Lohmann

Vorinstanzen:

LG Essen, Entscheidung vom 23.06.2004 - 11 O 451/03 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 12.10.2004 - 29 U 71/04 -