

## **Verfahrensgang**

**BGH, Beschl. vom 28.03.2006 – VIII ZB 100/04, [IPRspr 2006-154](#)**

## **Rechtsgebiete**

Zuständigkeit → Durchführung des Verfahrens (bis 2019)

## **Leitsatz**

*Ist in erster Instanz streitig geblieben, ob eine Partei im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit ihren allgemeinen Gerichtsstand im Ausland hatte, ohne dass das erstinstanzliche Gericht Feststellungen dazu getroffen hat, obliegt dem Berufungsführer, der an seinem bestrittenen Vorbringen dazu festhält, die Beweislast für die funktionelle Zuständigkeit des von ihm angerufenen Berufungsgerichts.*

*Schließt sich der Berufungsführer dem erstinstanzlich bestrittenen Vorbringen seines Gegners zu einem Gerichtsstand im Inland oder Ausland an und legt er – gestützt darauf – Berufung zum Landgericht oder zum Oberlandesgericht ein, ist es dem Gegner verwehrt, diesen Vortrag in der Berufungsinstanz zu ändern.*

## **Rechtsnormen**

BGB § 7

GG Art. 2

GVG § 72; GVG § 119

ZPO § 13; ZPO § 29a; ZPO § 138; ZPO § 522; ZPO § 547; ZPO § 559; ZPO § 574; ZPO § 575; ZPO § 576; ZPO § 577

## **Sachverhalt**

Der Kl. macht Schadensersatzansprüche wegen Nichtgewährung des Gebrauchs einer Wohnung in B. durch die Bekl. geltend. Er hat behauptet, die Parteien hätten am 5.4.2003 einen mündlichen Mietvertrag über diese Wohnung abgeschlossen. Sie habe zu jener Zeit den Lebensmittelpunkt der Bekl. dargestellt, die im Begriff gewesen seien, in die Schweiz umzuziehen. Kurz nach der Einigung zwischen den Parteien hätten die Bekl. die Wohnung mit Wirkung vom 1.8.2003 an einen anderen Mieter vermietet. Die Bekl. haben einen Vertragsschluss bestritten sowie vorgetragen, sie hätten seit etwa sieben Jahren ihren Lebensmittelpunkt in der Schweiz und die Wohnung in B. lediglich für seltene Aufenthalte in Deutschland genutzt, weil der Bekl. zu 2) in F. noch eine Firma habe.

In der Klageschrift vom 21.5.2003 ist als Adresse der Bekl. die Anschrift der Wohnung in B. angegeben. Die Zustellung der Klage unter dieser Adresse ist gescheitert; die Sendung ist unter Angabe einer Postfach-Anschrift in L. zurückgekommen. Die Klage ist sodann auf Veranlassung des Kl. am 17.7.2003 dem Prozessbevollmächtigten der Bekl. zugestellt worden. Das AG hat die Klage abgewiesen. Der Kl. hat Berufung beim LG eingelegt, das diese als unzulässig verworfen hat. Dagegen wendet sich der Kl. mit seiner Rechtsbeschwerde.

## **Aus den Entscheidungsgründen:**

*(Randnummern der IPRspr-Redaktion)*

[1] B. I. Das LG hat zur Begründung ausgeführt: Die Berufung sei nicht beim zuständigen Berufungsgericht eingelegt worden. Zuständig sei nach § 119 I Nr. 1 lit. b GVG das OLG gewesen, weil die Bekl. im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in erster Instanz ihren allgemeinen Gerichtsstand nicht im Inland, sondern in der Schweiz gehabt hätten. Dem Kl. sei der Nachweis, dass die Bekl. bei Klagezustellung einen Wohnsitz in B. unterhalten hätten, nicht gelungen. Da die Bekl. nach dem eigenen Vortrag des Kl. Anfang April 2003 im Umzug begriffen gewesen seien und ihnen die Klage vom 21.5.2003 in der Wohnung in B. nicht habe zugestellt werden können, sei davon auszugehen, dass sie einen etwaigen Wohnsitz in B. jedenfalls im Zeitpunkt der Klagezustellung bereits aufgegeben hätten. Das werde auch dadurch untermauert, dass sie im Berufungsverfahren Ablichtungen ihrer bereits im Jahr 2001 ausgestellten Schweizer Führerscheine und ihres Einkommensteuerbescheids der Steuerverwaltung von Niedersachsen

für das Jahr 2002 vorgelegt hätten, in denen jeweils eine Schweizer Adresse der Bekl. aufgeführt und denen kein Inlandsbezug zu entnehmen sei. Sämtliche Anhaltspunkte sprächen dafür, dass zur Zeit der Klagezustellung ein Wohnsitz der Bekl. in der Schweiz begründet gewesen sei.

[2] Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sie gleichzeitig noch einen (weiteren) Wohnsitz in B. unterhalten hätten, habe der Kl. nicht vorgetragen und seien auch sonst nicht ersichtlich. Allein der Umstand, dass eine Wohnung vollständig möbliert sei, mache sie nicht ohne weiteres zum Lebensmittelpunkt einer Person. Aus den Angaben des Bekl. zu 1) [richtig: zu 2)], der bei seiner persönlichen Anhörung durch das AG erklärt habe, sie lebten seit sieben Jahren in der Schweiz und hätten die Wohnung in B. nur beibehalten, weil er in F. noch eine Firma habe, jetzt lohne sich die Wohnung für die seltenen Besuche aber nicht mehr, ergebe sich nichts anderes. Der Wohnsitz im Sinne des § 13 ZPO sei der Ort, an dem sich jemand ständig niederlasse in der Absicht, ihn zum Mittelpunkt seiner wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Tätigkeit zu machen. Ein Doppelwohnsitz (§ 7 II BGB) erfordere, dass an zwei Orten dauernd Wohnungen unterhalten würden und beide gleichermaßen den Schwerpunkt der Lebensverhältnisse darstellten. Dies könne hier nicht festgestellt werden. Eine bloße persönliche Bindung zum Heimatort sei nicht gleichbedeutend mit dem Schwerpunkt der Lebensverhältnisse.

[3] Dass die Bekl. erst nach Rechtshängigkeit ihren deutschen Wohnsitz aufgegeben hätten, stelle eine bloße Behauptung des Kl. ins Blaue hinein dar. Soweit er für die Behauptung, die Bekl. hätten dies offen eingeräumt, Beweis durch die Zeugin W. angeboten habe, sei nicht ersichtlich, dass diese zu Vorgängen im Juli 2003 Angaben machen könne, nachdem sie nach der Aktenlage nur im April 2003 Kontakt zu den Bekl. gehabt und während der persönlichen Anhörung des Bekl. zu 1) [richtig: zu 2)] vor dem AG nicht im Sitzungssaal gewesen sei, so dass nicht erkennbar sei, wann, wo und bei welchem Anlass die Bekl. gegenüber der Zeugin W. etwas offen eingeräumt haben sollten.

[4] II. Die Rechtsbeschwerde des Kl. ist zulässig. Sie ist kraft Gesetzes (§§ 574 I Nr. 1, 522 I 4 ZPO) statthaft und wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache gemäß § 574 II Nr. 1 ZPO zulässig; die Frage, wie bei der Anwendung von § 119 I Nr. 1 lit. b GVG zu verfahren ist, wenn der in erster Instanz angegebene Gerichtsstand einer Partei im Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens streitig wird, ist bisher höchstrichterlich nicht entschieden. Die Rechtsbeschwerde ist im Übrigen nach § 575 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

[5] III. Die Rechtsbeschwerde hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

[6] 1. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist der angefochtene Beschluss nicht schon deshalb aufzuheben, weil er nicht begründet wäre (§§ 576 III, 547 Nr. 6 ZPO). Zwar müssen Beschlüsse, die der Rechtsbeschwerde unterliegen, den maßgeblichen Sachverhalt, über den entschieden wird, wiedergeben [BGH, Beschl. vom 10.1.2006 – VI ZB 26/05 unter II. 1, zur Veröffentlichung bestimmt; Beschl. vom 7.4.2005 – IX ZB 63/03, NJW-RR 2005, 916 = WM 2005, 1246 f. unter II. 1. c); Beschl. vom 20.6.2002 – IX ZB 56/01, NJW 2002, 2648 (IPRspr. 2002 Nr. 193)]. Denn das Rechtsbeschwerdegericht hat gemäß §§ 577 II 4, 559 ZPO grundsätzlich von demjenigen Sachverhalt auszugehen, den das Beschwerdegericht festgestellt hat. Fehlen tatsächliche Feststellungen, so ist es zu einer rechtlichen Überprüfung nicht in der Lage. Im vorliegenden Fall ergeben sich jedoch, auch wenn der Beschluss des Berufungsgerichts keine gesonderte Sachverhaltsdarstellung enthält, die notwendigen – oben wiedergegebenen – tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung mit hinreichender Deutlichkeit aus den Gründen.

[7] 2. Das LG hat die Berufung des Kl. zu Recht als unzulässig verworfen, weil für dieses Rechtsmittel nicht nach § 72 GVG das LG, sondern gemäß § 119 I Nr. 1 lit. b GVG das OLG zuständig ist. Nach der letztgenannten Vorschrift, die auch auf Mietstreitigkeiten Anwendung findet [Senatsbeschl. vom 15.7.2003 – VIII ZB 30/03, NJW 2003, 3278 (IPRspr. 2003 Nr. 159) unter II. 2. a)], sind die OLG zuständig für Berufungen gegen Entscheidungen der AGE in Streitigkeiten über Ansprüche, die von einer oder gegen eine Person erhoben werden, die ihren allgemeinen Gerichtsstand im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit in erster Instanz außerhalb des Geltungsbereichs des GVG hatte. Diese Voraussetzungen hat das LG rechtsfehlerfrei bejaht.

[8] a) Das Berufungsgericht hat zutreffend dem Kl. die Beweislast für seine funktionelle Zuständigkeit als Berufungsinstanz und damit für einen Wohnsitz der Bekl. (§ 13 ZPO) im Inland auferlegt. Die

Prozessvoraussetzungen, zu denen auch die funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gehört, sind grundsätzlich vom Kläger beziehungsweise, soweit wie hier die funktionelle Zuständigkeit des Berufungsgerichts betroffen ist, vom Rechtsmittelführer zu beweisen [Senatsbeschl. vom 28.1.2004 – VIII ZB 66/03, NJW-RR 2004, 1073 ([IPRspr 2004-137](#)) unter II. 2. c) aa); *Rosenberg-Schwab-Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 93 Rz. 9, 35; MünchKommZPO-Lüke, 2. Aufl., Vor § 253 Rz. 6, 14].

[9] Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde (ebenso *Grunsky*, LMK 2004, 173, 174) hat dies nicht zur Folge, dass bei streitigem oder gar letztlich unaufklärbarem Wohnsitz einer Partei der Berufungsführer überhaupt keine wirksame Berufung einlegen kann, weil er weder die Zuständigkeit des LG noch die des OLG beweisen kann. Der Senat hat bereits entschieden [Beschl. vom 28.1.2004 aaO II. 2. c) bb); ebenso BGH, Urt. vom 15.2.2005 – XI ZR 172/04, StBT 2005, Nrn. 9, 17 unter A. II. 2. a)], dass es dem aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit abgeleiteten Gebot der Rechtsmittelklarheit widerspräche, wenn der in erster Instanz unbestritten gebliebene ausländische oder inländische Wohnsitz einer Partei in der Rechtsmittelinstanz uneingeschränkt wieder in Frage gestellt werden könnte mit der Folge, dass bei Durchgreifen dieses Einwands das Rechtsmittel bei dem unzuständigen Gericht eingelegt wäre und eine Berufung daher als unzulässig verworfen werden müsste. Dem Rechtsstaatsprinzip kann nur dadurch wirksam Rechnung getragen werden, dass im Rechtsmittelverfahren regelmäßig der im Verfahren vor dem AG unangegriffen gebliebene inländische bzw. ausländische Gerichtsstand einer Partei zugrunde gelegt wird und einer Nachprüfung durch das Rechtsmittelgericht grundsätzlich entzogen ist.

[10] Entsprechendes muss gelten, wenn der Gerichtsstand einer Partei in erster Instanz streitig war, das erstinstanzliche Gericht dazu aber keine Feststellungen getroffen hat, weil es darauf weder für seine – hier nach § 29a ZPO begründete – örtliche Zuständigkeit noch in der Sache ankommt. Schließt sich in einem solchen Fall der Berufungsführer in der Rechtsmittelinstanz dem in erster Instanz von ihm bestrittenen Vortrag seines Gegners zu einem inländischen oder ausländischen Gerichtsstand an und legt er, gestützt darauf, Berufung zum LG oder zum OLG ein, so muss es dem Gegner verwehrt bleiben, seinen Vortrag zu ändern. Würde in der Berufungsinstanz neues Vorbringen zum Gerichtsstand mit Konsequenzen für die Zulässigkeit der Berufung der jeweils anderen Partei zugelassen, würde der Zugang zu den in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert und damit das in zivilrechtlichen Streitigkeiten durch Art. 2 I GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip verbürgte Grundrecht des Rechtsmittelführers auf wirkungsvollen Rechtsschutz (BVerfGE 88, 118, 123 ff.) verletzt.

[11] Hält der Berufungsführer dagegen – wie hier – an seinem streitigen Vorbringen zum inländischen (oder ausländischen) Gerichtsstand einer der Parteien fest, obliegt es ihm, den Beweis dafür zu erbringen.

[12] b) Die Würdigung des Berufungsgerichts, ein Gerichtsstand der Bekl. im Inland lasse sich für den Zeitpunkt der Klagezustellung nicht feststellen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Vergeblich rügt die Rechtsbeschwerde, das Berufungsgericht hätte den vom Kl. angebotenen Beweis durch Vernehmung der Zeugin W. für dessen Behauptung erheben müssen, die Bekl. hätten bis zum Zeitpunkt der Klagezustellung in ihrer Wohnung in B. gewohnt und dies auch offen eingeräumt. Jedenfalls im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht bereits den Vortrag des Kl. zu einem Wohnsitz der Bekl. in B. in dem maßgeblichen Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit als nicht hinreichend erachtet (§ 138 I und II ZPO). Auf das dazu unterbreitete Beweisangebot kommt es deshalb nicht an.

[13] Wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, genügt das Unterhalten und die Nutzung einer vollständig möblierten Wohnung für sich genommen noch nicht, um einen Wohnsitz zu begründen. Bei dem Begriff des Wohnsitzes im Sinne von § 7 I BGB handelt es sich um einen Rechtsbegriff, der neben der objektiven Niederlassung subjektiv einen Domizilwillen des Betroffenen voraussetzt, das heißt, den Willen, den Ort der Niederlassung ständig zum Schwerpunkt seiner Lebensverhältnisse zu machen (BGHZ 7, 104, 109; MünchKomm-Schmitt, 4. Aufl., § 7 Rz. 23 ff.; *Palandt-Heinrichs*, BGB, 65. Aufl., § 7 Rz. 6 f.). Zwar kann eine Partei ihrer Obliegenheit zur Darlegung der entscheidungserheblichen tatsächlichen Umstände auch durch den Vortrag eines einfachen Rechtsbegriffs genügen, der jedem Teilnehmer des Rechtsverkehrs geläufig ist [BGH, Urt. vom 13.3.1998 – V ZR 190/97, NJW 1998, 2058 unter II. 2. b); Urt. vom 2.6.1995 – V ZR 304/93, WM 1995, 1589 unter II. 1]. Ob es sich bei dem Begriff des Wohnsitzes um einen solchen handelt, kann aber offen bleiben. Denn jedenfalls wenn die in ihrer juristischen Einkleidung behauptete Tatsache – wie hier durch die Angaben des Bekl. zu 2) bei seiner Anhörung in erster Instanz – substantiiert

bestritten wird, bedarf es der Darlegung tatsächlicher Umstände, die den Rechtsbegriff ausfüllen. Insoweit hat der Kl. nur behauptet, dass die Bekl. in B. eine Wohnung unterhielten, die sie selbst nutzten; es fehlt an hinreichend konkretem Sachvortrag zum Domizilwillen der Bekl.

[14] Der Domizilwille stellt eine innere Tatsache dar, die in der Weise bewiesen werden kann, dass Indizien festgestellt werden, die den Schluss darauf zulassen [Senatsurteile vom 5.11.2003 – VIII ZR 218/01, NJW-RR 2004, 247 unter II. 2, und vom 4.5.1983 – VIII ZR 94/82, NJW 1983, 2034 unter II. 3. b), insoweit in BGHZ 87, 227 nicht abgedruckt]. Die vom Kl. vorgetragene objektiven Umstände zu vollständiger Möblierung, Lage und Eigenheiten der Wohnung hat das Berufungsgericht dafür ebenso wie eine bloße fortbestehende persönliche Bindung der Bekl. zum Heimatort nicht als ausreichend angesehen. Das ist nicht zu beanstanden und wird von der Rechtsbeschwerde auch nicht angegriffen.

[15] Eine Partei, die hinsichtlich innerer Tatsachen bei einer anderen Person die Beweislast trägt, kann einen mittelbaren Beweis dieser Tatsachen auch dadurch führen, dass sie als Indiz entsprechende eigene Äußerungen der betreffenden Person gegenüber einem Dritten darlegt und durch Zeugnis dieses Dritten unter Beweis stellt [BGH, Urte. vom 30.4.1992 – VII ZR 78/91, NJW 1992, 2489 unter II. 2; Urte. vom 11.2.1992 – XI ZR 47/91, NJW 1992, 1899 unter III. 1. a) aa)]. Insofern hat der Kl. zwar behauptet, die Bekl. hätten einen Wohnsitz in B. noch im Zeitpunkt der Klagezustellung gegenüber der Zeugin W. offen eingeräumt. Die vom Kl. behauptete Äußerung der Bekl. lässt jedoch – als richtig unterstellt – keinen hinreichend sicheren Schluss darauf zu, dass die Wohnung in B. für die Bekl. auch den Schwerpunkt ihrer Lebensverhältnisse gebildet hat. Das ergibt sich jedenfalls noch nicht allein daraus, dass sie in der Zeit zwischen April 2003, als der Kl. und die Zeugin W. die Wohnung besichtigt haben, und Mitte Juli 2003 (dem Zeitpunkt der Klagezustellung) tatsächlich dort gewohnt haben. Die angebliche Äußerung der Bekl. gegenüber der Zeugin W. kann auch dahin verstanden werden, dass die Bekl. lediglich eine solche eigene Nutzung der Wohnung in B. in diesem Zeitraum bekundet haben sollen. In einem derart eingeschränkten Sinne ist ihre Erklärung offensichtlich vom Kl. selbst aufgefasst worden, wie sich daraus ergibt, dass die Rechtsbeschwerde seinen – durch die Aussage der Zeugin W. unter Beweis gestellten – Sachvortrag in der Berufungsinstanz dahin zusammenfasst, die Bekl. hätten bis zur Zustellung der Klage in der Wohnung gewohnt. Auch wenn diese Tatsache durch eine Aussage der Zeugin W. nachgewiesen würde, rechtfertigte sie – unter Berücksichtigung der substantiierten Darlegungen der Bekl. zu einem Wohnsitz im Rechtssinne (nur) in der Schweiz und der dazu vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen – nicht den Schluss, dass die Bekl. gemäß § 7 II BGB einen (weiteren) Wohnsitz in B. unterhielten und damit über einen Gerichtsstand im Inland (§ 13 ZPO) verfügten.

## Fundstellen

### nur Leitsatz

BB, 2006, 1360

### LS und Gründe

MDR, 2006, 1365

NJW, 2006, 1808

RIW, 2006, 466

## Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2006-154>

## Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).