BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 41/09

Verkündet am:
29. September 2010
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 56 Abs. 1, § 286

Zur Klärung der Frage, ob eine Prozesspartei existiert.

BGH, Urteil vom 29. September 2010 - XII ZR 41/09 - OLG Schleswig
LG Kiel

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. September 2010 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Weber-Monecke, Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Günter

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 13. Februar 2009 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger nimmt den Beklagten auf Zahlung von Pachtzinsen in Anspruch. Die Parteien streiten allerdings vorrangig darüber, ob der Kläger überhaupt existiert.

2 Durch Pachtvertrag vom 1. Februar 1997 verpachteten die damaligen Miteigentümer R. K. und E. P. die auf dem Grundstück K. straße 24-32 in N. befindliche Schwimmbadanlage nebst Betriebswohnung und angrenzendem Dreifamilienhaus an den Beklagten. Der vereinbarte Pachtzins von 324.000 DM (165.658,56 €) jährlich sollte jeweils hälftig an die Miteigentümer gezahlt werden. Ausweislich eines vor dem Notar B. in T. geschlossenen Kaufvertrags vom 27. Dezember 1996 veräußerte R. K. seinen ideellen Miteigentumsanteil an einen H. S. , wohnhaft D. R. L. , S. , California

, USA. Beide Personen wurden in dem notariellen Vertrag als "von Person bekannt" bezeichnet. Seit dem 25. November 1998 ist ein "H. S. " als Miteigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen.

3 Bereits unter dem 1. Februar 1994 hatte Notar B. einen Kaufvertrag über ein in Hamburg gelegenes Grundstück beurkundet, bei dem ein H. S. als Käufer aufgetreten war. In der betreffenden Urkunde heißt es unter anderem, dass ein H. J. S. "ausgewiesen durch niederländischen Reisepass" erschienen sei.

4 Mit der Klage hat der Kläger Zahlung rückständiger Pachtzinsen in Höhe von 76.376,72 € nebst Zinsen verlangt. Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er hat sich in erster Linie darauf berufen, dass der Kläger, der nie persönlich in Erscheinung getreten und auch sonst nicht zu ermitteln sei, nicht existiere. Darüber hinaus hat er geltend gemacht, zwischen ihm und den Verpächtern sei eine Vereinbarung zustande gekommen, nach der nur noch die Pachtzinshälfte der E. P. zu zahlen sei, während mit der anderen Hälfte zunächst die fällige Grundsteuer sowie weitere Verbindlichkeiten der Verpächter bei der Stadt N. , den Stadtwerken und dem Finanzamt zu tilgen gewesen seien. Insoweit sei seitens der Verpächter ein Verzicht erklärt worden, bis die genannten Verbindlichkeiten restlos getilgt seien. Auf diese Weise habe er insgesamt 205.383,27 € gezahlt.

5 Das Landgericht hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Die Berufung des Klägers wurde mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage unzulässig ist. Mit der - vom Oberlandesgericht zugelassenen - Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe:

A.

6 Die Revision ist zulässig.

7 I. Das Berufungsgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen, weil auf der Grundlage der Beweisaufnahme des Landgerichts und der Beweisanträge des Klägers zu seiner Existenz nicht festgestellt werden könne, dass dieser existiere. Unbeschadet der insofern dargelegten Zweifel an der Existenz des Klägers begegnet die Zulässigkeit der Revision keinen Bedenken. Denn das Rechtsmittel einer Partei, die sich dagegen wendet, von der Vorinstanz zu Unrecht als nicht existent behandelt worden zu sein, ist ohne Rücksicht darauf zulässig, ob die Annahme gerechtfertigt ist. Auch wenn Zweifel an der Existenz einer Partei bestehen, ist sie zur Erledigung des Streits hierüber als existent zu behandeln (Senatsbeschluss vom 12. Mai 2004 - XII ZR 226/03 - NJW-RR 2004, 1505, 1506; BGHZ 24, 91, 94; zur Prozessfähigkeit: BGHZ 143, 122, 123 und Urteil vom 9. Januar 1996 - VI ZR 94/95 - NJW 1996, 1059).

8 II. Der von dem Beklagten gerügte Mangel der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung des Klägervertreters liegt nicht vor. Durch Vorlage der Originalvollmacht vom 27. Dezember 2005 mit Beglaubigungsvermerk des Notars B. vom 27. Dezember 2006 (richtig wohl: 2005) ist nachgewiesen, dass der Kläger seinen erstinstanzlichen Anwälten für den vorliegenden Rechtsstreit Prozessvollmacht erteilt hat; diese umfasst auch die Befugnis, Rechtsmittel einzulegen. Darüber hinaus ist durch Vorlage des Schreibens der vorinstanzlich tätigen Rechtsanwälte vom 27. Februar 2009 im Original belegt, dass diese den jetzigen Klägervertreter mit der Durchführung des Revisionsverfahrens beauftragt haben. Damit ist der Vollmachtsnachweis in der Weise geführt, dass die Vertretungsmacht des Klägervertreters bis auf die Partei zurückgeführt werden

kann (vgl. BGH Beschluss vom 27. März 2002 – III ZB 43/00 - NJW-RR 2002, 933).

B.

9 Die Revision ist aber unbegründet.

10 I. Das Berufungsgericht hat zu der Abweisung der Klage als unzulässig ausgeführt:

11 Die Existenz und damit die Parteifähigkeit der an einem Rechtsstreit beteiligten Parteien gehöre zu den Prozessvoraussetzungen, deren Mangel in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigen sei. Aufgrund des notariellen Kaufvertrags vom 1. Februar 1994 und des notariellen Unterschriftsbeglaubigungsvermerks bezüglich der Prozessvollmacht vom 27. Dezember 2005 sei aber nicht nach § 415 Abs. 1 ZPO bewiesen, dass der Kläger damals existiert habe. Die Beweiskraft der Urkunden beziehe sich nicht auf die Identität einer Vertragspartei, sondern lediglich darauf, dass jemand sich am 1. Februar 1994 bei dem Notar unter Vorlage eines niederländischen Reisepasses als H. S. ausgewiesen habe. Dieser Reisepass könne - was nach dem Beklagtenvorbringen nicht fernliegend sei - gefälscht gewesen sein. Zwar erstrecke die wohl überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur die Beweiskraft notarieller Urkunden nach § 415 Abs. 1 ZPO unter Hinweis auf § 10 Abs. 1 BeurkG auch auf die Identität der Erklärenden, soweit nicht der Notar einen Vermerk gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 BeurkG aufgenommen habe. Dieser Auffassung sei jedoch nicht zu folgen. Der Notar nehme mit den Feststellungen zur Identität der Beteiligten ebenso wie bei der von ihm nach den §§ 11, 28 BeurkG vorzunehmenden Prüfung der Geschäftsfähigkeit das Ergebnis eigener

Wahrnehmungen in die Urkunde auf; diese nähmen nicht am öffentlichen Glauben der Urkunde teil. Die Identitätsfeststellung falle selbst dann nicht in den Anwendungsbereich des § 415 Abs. 1 ZPO, wenn sie zum vorgeschriebenen Urkundeninhalt gehöre. Denn ebenso wie durch die Feststellung der Geschäftsfähigkeit sollten durch die Identitätsfeststellung lediglich Zweifel an der Wirksamkeit der beurkundeten Erklärung ausgeräumt werden, materiell-rechtliche Aspekte seien aber nicht Gegenstand der formellen Beweiskraft des § 415 Abs. 1 ZPO. Den Feststellungen des Notars zur Identität der Urkundsbeteiligten könne nur Beweiswirkung über den Vorgang zukommen, dass ein Urkundsbeteiligter dem Notar ein seine Identität ausweisendes Dokument vorgelegt habe, nicht aber für dessen materielle Richtigkeit. Die Notare seien ohne sachverständige Hilfe zu Feststellungen zur Echtheit von Ausweispapieren - insbesondere solchen ausländischer Herkunft - nicht in der Lage.

12 Deshalb sei nach dem Inhalt der in Ablichtung vorgelegten Urkunden lediglich davon auszugehen, dass sich am 1. Februar 1994 bei dem Notar ein Grundstückskäufer mit einem niederländischen Ausweis als H. S. ausgewiesen, der hierdurch dem Notar von Person bekannte Beteiligte am 27. Dezember 1996 vor dem Notar den hälftigen Miteigentumsanteil des Pachtgegenstandes erworben und am 27. Dezember 2006 (richtig wohl: 2005) vor dem Notar eine Unterschrift unter der Prozessvollmacht anerkannt habe. Weitergehenden Beweiswert habe auch die schriftliche Zeugenaussage des Notars nicht. Die Existenz des Klägers sei ebenso wenig durch die Aussagen der vom Landgericht vernommenen Zeugen M. und K. bewiesen. Der Zeuge M. habe bekundet, den Kläger persönlich aus Amerika zu kennen; der Zeuge K. habe mitgeteilt, den Kläger seit gut zehn Jahren zu kennen. Diese Bekundungen führten nicht weiter als die notariellen Urkunden und die schriftliche Zeugenaussage des Notars und belegten - unterstellte man sie als zutreffend - lediglich, dass sich den Zeugen jemand als H. S.

vorgestellt habe. Nachdem der Kläger die Auflage zur Beibringung von beglaubigten Ablichtungen von Reisepass und Geburtsurkunde aus nicht plausiblen Gründen nicht befolgt und auch der Anordnung zum persönlichen Erscheinen im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht Folge geleistet habe, sei es nicht möglich, der streitigen Frage seiner Existenz weiter nachzugehen. Sollte eine dritte Person unter der vorgetäuschten Identität des H. S. aufgrund des bei dem Notar B. am 27. Dezember 1996 geschlossenen Kaufvertrages über den Pachtgegenstand Miteigentum erworben haben, Forderungsinhaber geworden und diesen Rechtsstreit veranlasst haben, käme eine Verurteilung des Beklagten zur Zahlung nur an diesen Dritten, nicht aber an - einen nicht existenten - H. S. in Betracht.

13 II. Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

14 1. Das Berufungsgericht hat sich zu Recht zu einer Prüfung der Existenz des Klägers veranlasst gesehen. § 56 Abs. 1 ZPO verpflichtet die Gerichte zwar nicht, in jedem Rechtsstreit von Amts wegen eine umfassende Prüfung aller in der Vorschrift genannten Prozessvoraussetzungen vorzunehmen. Sie haben in dieser Hinsicht lediglich einen Mangel von Amts wegen zu berücksichtigen. Eine Prüfung ist aber dann angezeigt, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass Prozessunfähigkeit vorliegen oder eine Partei ihre Rechts- und Parteifähigkeit verloren haben könnte (BGHZ 86, 184, 188 f.; 159, 94, 99 f. und 176, 74, 78). Entsprechendes gilt für die Frage, ob eine Partei überhaupt existiert (vgl. BGHZ 24, 91, 94; Senatsbeschluss vom 12. Mai 2004 - XII ZB 226/03 - NJW-RR 2004, 1505, 1506).

15 Der Beklagte hat hinreichende Zweifel daran vorgetragen, dass der Kläger existiert. Er hat darauf hingewiesen, dass sich durch die Ermittlungen der Feuerkasse in einem vor dem Landgericht Hamburg geführten Rechtsstreit her-

ausgestellt habe, dass es den Kläger nicht gebe. Zu demselben Ergebnis seien die Staatsanwaltschaft Kiel in einem Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Geldwäsche und das Landeskriminalamt Hamburg im Zusammenhang mit Ermittlungen wegen eines Brandschadens an dem dem Hamburger Rotlichtmilieu zuzuordnenden Objekt "F. " gelangt. Der in der notariellen Urkunde vom 1. Februar 1994 des Notars B. erwähnte niederländische Reisepass sei zu keinem Zeitpunkt von einer niederländischen Behörde für den Kläger ausgestellt worden. Entgegen den Angaben des Klägers habe dieser sich auch nie im Klinikum N. aufgehalten; dort sei ein Patient mit den Personalien des Klägers nicht bekannt.

16 2. Aufgrund dieses Vorbringens war das Berufungsgericht verpflichtet, die Frage der Existenz des Klägers einer Überprüfung zu unterziehen. Die Existenz und damit die Parteifähigkeit jeder an einem Rechtsstreit beteiligten Partei gehört zu den Prozessvoraussetzungen, deren Mangel das Gericht, auch in der Revisionsinstanz, von Amts wegen zu berücksichtigen hat und ohne die ein Sachurteil nicht ergehen darf (BGHZ 86, 184, 188 f.; 134, 116, 118). Das Gericht ist deshalb gehalten, alle in Frage kommenden Beweise zu erheben, wobei es nicht an die förmlichen Beweismittel des Zivilprozesses gebunden ist, weil - auch im Revisionsverfahren - der Grundsatz des Freibeweises gilt, so dass der Beweis mit allen möglichen Mitteln erhoben werden kann (BGH Urteil vom 9. Januar 1996 - VI ZR 34/95 - NJW 1996, 1059, 1060 und Beschluss vom 16. Mai 1991 - IX ZB 81/90 - NJW 1992, 627, 628).

17 3. Das Berufungsgericht hat den Beweis der Existenz des Klägers nicht durch die notariellen Kaufvertragsurkunden vom 1. Februar 1994 und vom 27. Dezember 1996 sowie den Unterschriftsbeglaubigungsvermerk bezüglich der Prozessvollmacht vom 27. Dezember 2006 (richtig wohl: 2005) als geführt

angesehen. Die Beweiskraft der Urkunden beziehe sich nicht auf die Identität einer Person.

18 Diese Beurteilung steht mit der in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung nicht in Einklang. Danach gehört vielmehr bei notariellen Urkunden die Feststellung der Identität der erklärenden Person zu dem an der Beweiskraft teilnehmenden Inhalt der Urkunde, soweit in ihr nicht gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 BeurkG vermerkt ist, dass sich der Notar keine Gewissheit über die Person verschaffen konnte (OLG Celle NJW-RR 2006, 448, 449 f.; OLG Hamm VersR 2000, 1219; vgl. auch BGH Beschluss vom 17. Dezember 1962 - NotZ 8/62 - NJW 1963, 1010, 1012; Winkler BeurkG 16. Aufl. § 1 Rn. 13 und § 10 Rn. 46; Renner in Armbrüster/Preuß/Renner Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare 5. Aufl. § 10 BeurkG Rn. 10 f.; Weingärtner/Ehrlich Dienstordnung für Notarinnen und Notare 10. Aufl. § 26 Rn. 79; Stein/Jonas/Leipold ZPO 22. Aufl. § 415 Rn. 24; Musielak ZPO 7. Aufl. § 415 Rn. 10; Zöller/Geimer ZPO 28. Aufl. § 415 Rn. 5).

19 Die Gegenmeinung, nach der die Identitätsfeststellung selbst dann nicht in den Anwendungsbereich des § 415 ZPO fällt, wenn sie - wie etwa nach § 10 BeurkG - zum vorgeschriebenen Urkundeninhalt gehört, stellt demgegenüber darauf ab, dass hierdurch Zweifel an der Wirksamkeit der beurkundeten Erklärung ausgeräumt werden sollten; materiell-rechtliche Aspekte seien aber nicht Gegenstand der formellen Beweiskraft (MünchKomm-ZPO/Schreiber 3. Aufl. § 415 Rn. 27; im Ergebnis ebenso: Thomas/Putzo/Reichold ZPO 31. Aufl. § 415 Rn. 5).

20 4. Ob dem Berufungsgericht hinsichtlich der Beurteilung der Beweiskraft einer notariellen Urkunde und der hierfür unter anderem gegebenen Begründung zu folgen ist, der in dem Kaufvertrag vom 1. Februar 1994 genannte Rei-

sepass könne gefälscht gewesen sein, ein Notar sei ohne sachverständige Hilfe aber nicht in der Lage, die Echtheit von Ausweispapieren, insbesondere von ausländischen Ausweisen, festzustellen, kann dahinstehen. Auch wenn sich die Beweiskraft der notariellen Urkunden auf die Identität des Klägers erstrecken sollte, hält der Senat, der ebenso wie das Berufungsgericht die Existenz des Klägers von Amts wegen zu prüfen hat, jedenfalls den nach § 415 Abs. 2 ZPO zulässigen Gegenbeweis für erbracht.

21 5. Der im Wege des Freibeweises zu führende Gegenbeweis erfordert die volle Überzeugung des Gerichts; dabei dürfen allerdings die Anforderungen wegen der Beweisnot des Beklagten hinsichtlich der Person des Klägers nicht überspannt werden (vgl. BGH Beschlüsse vom 3. Juli 2008 - VIII ZB 169/07 - NJW 2008, 3501 Rn. 11 und vom 27. November 2002 - VIII ZB 45/02 Rn. 5 - veröffentlicht bei juris).

22 Der Senat stützt seine Auffassung auf folgende Umstände:

23 a) Nach der von der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck im Wege der Rechtshilfe eingeholten Auskunft des Internationaal Rechtshulp Centrum Amsterdam vom 17. Februar 2009, die sich in Kopie in den vom Senat beigezogenen Akten 332 O 172/05 des Landgerichts Hamburg befindet, ist der gesuchte H. J. S. in den dortigen Systemen nicht bekannt.

24 b) In dem Strafverfahren gegen R. K. und H. S. (Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel, 590 Js 51127/06) ist durch Vermittlung des BKA - Deutsches Verbindungsbüro bei Europol - die folgende Auskunft der National Police Agency - Europol Dutch Desk - vom 17. April 2007 eingeholt worden:

"The mentioned person is unknown to our criminal files and to our National Population Registry."

25 Soweit der Kläger eingewandt hat, es sei unklar, ob es sich bei der "oben genannten Person" um ihn handele, darüber hinaus beziehe sich das Wort "National" offensichtlich auf die in den Niederlanden wohnende Bevölkerung und nicht auf nicht dort ansässige "Auslandsholländer", zu denen er gehöre, hält der Senat dies nicht für stichhaltig. Die Auskunft vom 17. April 2007 ist unter dem 18. Mai 2007 von Interpol Den Haag nochmals erteilt worden; dort ist im Betreff H. J. S. , geboren am 15. Oktober 1949, genannt. Dass ein Niederländer, dem ein niederländischer Reisepass ausgestellt worden ist, in den nationalen Registern nicht geführt würde, unterliegt nach Auffassung des Senats erheblichen Zweifeln.

26 c) In dem bei der Staatsanwaltschaft Hamburg geführten Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt wegen schwerer Brandstiftung liegt die Auskunft von Interpol Washington vom 25. November 2003 vor, nach der die California State Police keine Informationen zu einer Person H. S. , geboren am 15. Oktober 1949, besitzt; es gebe keine Belege dafür, dass es sich um eine real existente Person handele.

27 d) Mit Telefax-Schreiben vom 7. Juli 2006 an T. Ko. - übermittelt am 15. Mai 2007 - teilte der Kläger mit, Notar B. könne bestätigen, dass er unter dessen Augen viele Schriftstücke signiert habe, das letzte auf seinem Weg in das Klinikum N. . In diesem Klinikum ist ein Patient unter dem Namen des Klägers unstreitig jedoch nicht bekannt. Das Vorbringen des Klägers, er habe die Voruntersuchungen für eine geplante Hüftoperation nicht im Klinikum N. , sondern in H. durchführen lassen, ist angesichts der Formulierung "auf meinem Weg in das Klinikum N. " nicht plausibel.

28 e) Der Kläger ist weder der Auflage, eine von der niederländischen Botschaft beglaubigte Ablichtung seines Reisepasses sowie seiner Geburtsurkunde vorzulegen nachgekommen noch hat er der Anordnung, zu der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht vom 21. Januar 2009 persönlich zu erscheinen, Folge geleistet, ohne Letzteres zu entschuldigen. Die Nichtvorlage der Ablichtungen hat er damit begründet, dass es sich um höchstpersönliche Dokumente handele und er die berechtigte Befürchtung habe, der Beklagte versuche, ihn bei öffentlichen Stellen zu diffamieren, was seinen in den USA angestrebten Status gefährden könne; sämtliche, seine Zurückhaltung motivierenden Hintergründe wolle er nicht offenbaren.

29 f) In einem Rechtsstreit vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers erster und zweiter Instanz, der ihn auch in jenem Verfahren vertreten hat, erklärt, er habe den Kläger nie gesehen oder mit ihm telefoniert; es gebe ausschließlich schriftlichen Kontakt, die Kontaktperson dürfe er jedoch nicht benennen.

30 6. a) Bei isolierter Betrachtung könnten einzelne dieser Feststellungen vielleicht noch zu erklären sein. Werden die vorgenannten Umstände aber in ihrer Gesamtheit gewürdigt, muss davon ausgegangen werden, dass es den Kläger nicht gibt. Der Senat hält es für höchst unwahrscheinlich, dass sich über eine existierende Person, für die von einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ein Reisepass ausgestellt worden ist, keine Erkenntnisse in einem öffentlichen Register finden lassen. Wenn solche Erkenntnisse - wie hier - gleichwohl nicht vorliegen, drängt sich bereits die Schlussfolgerung auf, dass es sich bei dem Reisepass um eine Fälschung handelt.

31 b) Davon ist mit Rücksicht auf die Weigerung des Klägers, eine beglaubigte Ablichtung seines Reisepasses vorzulegen, auch aus prozessualen Grün-

den auszugehen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt in Anwendung des Rechtsgedankens aus den §§ 427, 441 Abs. 3 Satz 3, 444, 446, 453 Abs. 3, 454 Abs. 1 ZPO und § 242 BGB eine Beweisvereitelung vor, wenn eine Partei ihrem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhaft erschwert oder unmöglich macht. Dies kann während des Rechtsstreits durch gezielte oder fahrlässige Handlungen geschehen, durch die vorhandene Beweismittel vorenthalten werden. Das Verschulden muss sich darauf beziehen, die Beweislage des Gegners nachteilig zu beeinflussen. Als Folge der Beweisvereitelung kommen Beweiserleichterungen in Betracht, die unter Umständen bis zur Umkehr der Beweislast gehen können (so etwa BGH Urteil vom 23. November 2006 - VIII ZR 43/05 - NJW 2006, 434, 436 mwN).

32 c) Im vorliegenden Fall erfüllt das Verhalten des Klägers zumindest die Voraussetzungen einer fahrlässigen Beweisvereitelung. Infolgedessen ist dem Beklagten jedenfalls eine Beweiserleichterung in der Form zu gewähren, dass hinsichtlich der Existenz des Klägers von den wahrscheinlichsten Umständen auszugehen ist. Das ist aber das Vorhandensein eines gefälschten, auf den Namen des Klägers lautenden Reisepasses. Darauf, dass das einfache Bestreiten einer Fälschung seitens des Klägers nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur sekundären Darlegungslast bei dem Nachweis einer negativen Tatsache (vgl. etwa BGH Urteil vom 11. Oktober 2008 - IX ZR 105/06 - FamRZ 2008, 144 Rn. 12 mwN) unzureichend war mit der Folge, dass die Behauptung des Beklagten gemäß § 138 Abs. 3 ZPO auch als zugestanden gilt, kommt es deshalb schon nicht mehr an.

33 d) Würde der Kläger aber existieren, bedürfte es nicht der Verwendung eines gefälschten Reisepasses. Die Richtigkeit der Annahme seiner Nichtexistenz wird im Übrigen dadurch bestätigt, dass er auch in Kalifornien nicht ausgemacht werden konnte, im Klinikum N. unstreitig nicht bekannt ist und

zu seinem Prozessbevollmächtigten erster und zweiter Instanz weder persönlich noch telefonisch in Verbindung gestanden, sondern diesen ausschließlich schriftlich bzw. über einen Mittelsmann informiert hat, der allerdings nicht benannt werden darf. Da sich der Kläger darüber hinaus geweigert hat, der Anordnung seines persönlichen Erscheinens vor dem Berufungsgericht Folge zu leisten, kann insgesamt kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass es eine Person namens H. J. S. , geboren am 15. Oktober 1949, tatsächlich nicht gibt.

34 7. Dieser Beurteilung steht das Ergebnis der von dem Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme nicht entgegen, wie das Berufungsgericht zu Recht und mit zutreffender Begründung angenommen hat. Die Einwendungen, die die Revision hiergegen erhebt, sind nicht gerechtfertigt.

35 a) Das Landgericht hat es zwar als erwiesen angesehen, dass der Kläger existiert. Das Berufungsgericht brauchte die Beweisaufnahme trotz seiner gegenteiligen Annahme indessen nicht zu wiederholen. Denn es hat die Aussagen der Zeugen M. und K. als wahr unterstellt, ohne sich hierdurch an den getroffenen Feststellungen gehindert zu sehen. Der Senat teilt die Einschätzung, dass sich den Bekundungen der Zeugen, sie hätten den Kläger gekannt, nur entnehmen lässt, dass sich ihnen jemand als H. S. vorgestellt hat. Dass mit dem Kennenlernen des Klägers - abweichend vom Normalfall - Erkenntnisse über dessen wahre Identität verbunden waren, hat der Kläger nicht vorgetragen, obwohl hierzu im Hinblick auf die prozessleitenden Verfügungen des Berufungsgerichts Anlass bestanden hätte. Denn danach müssen dem Kläger die Zweifel des Berufungsgerichts an seiner Existenz bekannt gewesen sein. Aber selbst wenn eine gerichtliche Hinweispflicht unterstellt würde, wäre deren Verletzung nicht ordnungsgemäß gerügt. Die Revision

führt nicht aus, in welcher Weise der Kläger seine Ausführungen im Falle eines gerichtlichen Hinweises ergänzt hätte.

36 b) Auch die Würdigung der schriftlichen Zeugenaussage des Notars B. begegnet keinen Bedenken. Er hat zwar, wie die Revision zutreffend bemerkt, angegeben, bei dem am 27. Dezember 1996 beurkundeten Kaufvertrag sei ihm der Kläger zwischenzeitlich von Person bekannt gewesen. Soweit die Revision meint, dieses Kennen könne eine andere Ursache haben als die im Jahre 1994 erfolgte Beurkundung, verkennt sie allerdings, dass der Kläger Letzteres selbst nicht geltend gemacht hat. Er hat vielmehr vorgetragen, Notar B. kenne ihn seit dem Jahr 1994 persönlich; das rühre aus den beurkundeten Kaufverträgen vom damaligen Datum her. Aus dem Umstand, dass der Notar bei der Beglaubigung der Prozessvollmacht am 27. Dezember 2006 (richtig wohl: 2005) wiederum aufgenommen hat, H. S. sei ihm "persönlich bekannt", lässt sich entgegen der Annahme der Revision nicht schließen, dass die Bekanntschaft einen anderen Hintergrund als den notarieller Beurkundungen hatte. Denn vorausgegangen war seinerzeit die Beurkundung einer Generalvollmacht des Klägers für die Notariatsangestellte B. Z. . In der betreffenden Urkunde vom 2. November 2005 heißt es aber wiederum "ausgewiesen durch niederländischen Reisepass", was bei einer persönlichen Bekanntschaft außerhalb des Notariats nicht nachvollziehbar ist.

37 c) Das Berufungsgericht brauchte auch die Zeugen C. , Prof. Dr. Be. und K. -Be. nicht zu vernehmen, die den Kläger seinem Vorbringen zufolge ebenfalls kennen. Bei dem Zeugen C. soll es sich um den damaligen Hauptmieter der Anwesen D. R. L. in S. und S. P. in M. handeln. Er könne bestätigen, dass der Kläger bei dem Zeugen gewohnt habe. Er könne weiter bestätigen, den Reisepass des Klägers eingesehen zu haben, wenn er gelegentlich für diesen Einschrei-

ben der Post in Empfang genommen habe. Die Zeugen Prof. Dr. Be. und K. -Be. seien langjährige Alleinmieter der Villa in H. , R. - 116, die seit 14 Jahren im Eigentum des Klägers stehe. Beide könnten bestätigen, den mit ihnen befreundeten Kläger persönlich zu kennen.

38 Die in das Wissen der Zeugen gestellten Umstände können als wahr unterstellt werden, ohne dass hierdurch Erkenntnisse bezüglich der Existenz eines H. S. zu gewinnen wären. Es könnte allenfalls als bewiesen angesehen werden, dass jemand den Zeugen gegenüber als H. S. aufgetreten ist und einen auf diesen Namen lautenden Reisepass besessen hat.

39 8. Entgegen der Auffassung der Revision standen und stehen auch keine weiteren Möglichkeiten zur Verfügung, die Identität des Klägers festzustellen.

40 a) Das Attest vom 22. August 2006 belegt nicht die Existenz des Klägers, sondern allenfalls, dass sich jemand unter dem Namen H. S. einem Arzt, der das Attest ausstellte, vorgestellt hatte. Etwas anderes ist auch dem Sachvortrag des Klägers nicht zu entnehmen, obwohl angesichts der prozessleitenden Verfügungen des Berufungsgerichts Anlass zu einer Ergänzung des Sachvortrags bestanden hätte, wenn eine solche möglich gewesen wäre. Die Revision führt insoweit jedenfalls nichts Maßgebliches aus.

41 b) Das Berufungsgericht durfte ohne Rücksicht auf das vorgenannte Attest mehr als zwei Jahre nach dessen Ausstellung das persönliche Erscheinen des Klägers anordnen. Dieser hatte zwar vorgetragen, die erforderliche Herzoperation sei noch nicht erfolgt. Ungeachtet dessen hat er sich aber nicht gehindert gesehen, zur ärztlichen Untersuchung von M. /V. nach Kalifornien zu reisen und danach offensichtlich nach V. zurückzukehren. Denn die Anschrift des Klägers ist noch im Jahr 2008 mit M. /V. mitgeteilt worden. Warum er dann nicht zur mündlichen Verhandlung vor dem

Berufungsgericht erscheinen konnte, erhellt jedenfalls ohne weiteren Sachvortrag nicht.

42 c) Die Voraussetzungen, unter denen der Kläger im Wege der Rechtshilfe hätte angehört werden können, lagen nicht vor. Denn es war nicht von vornherein anzunehmen, dass das Prozessgericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck von der angehörten Person sachgemäß hätte würdigen können (§§ 451, 375 Abs. 1 Halbsatz 1 ZPO).

43 Aber selbst wenn dies anders beurteilt würde, brauchte das Berufungsgericht den Kläger nicht im Wege der Rechtshilfe anhören zu lassen. Hierdurch hätte die maßgebliche Frage der Identität des Klägers nur festgestellt werden können, wenn er bereit gewesen wäre, seinen Reisepass vorzulegen und beglaubigte Kopien hiervon zu den Akten zu reichen, damit sich das Berufungsgericht - erforderlichenfalls nach Einholung sachverständiger Hilfe - einen Eindruck von der Echtheit des Dokuments hätte verschaffen können. Angesichts der Haltung des Klägers, derart persönliche Daten nicht preisgeben zu wollen, war damit jedoch - jedenfalls ohne entsprechendes ausdrückliches Angebot - nicht zu rechnen.

44 d) Die von der Revision schließlich angeführte steuerliche Veranlagung des Klägers in Deutschland ist zumindest auch Folge des Umstandes, dass hier unter seinem Namen Einkünfte erzielt werden. Ein Beleg für die Existenz des Klägers ist daraus nicht zu gewinnen.

45 9. Nach alledem geht auch der Senat davon aus, dass der Kläger nicht existiert, sondern ein Dritter unter dem Namen H. S. im Rechtsverkehr auftritt und prozessiert. Eine Berichtigung des Rubrums auf den richtigen Kläger scheidet aus, da weder aus dem Inhalt der Klageschrift noch aus Anlagen unzweifelhaft deutlich wird, wer dieser Dritte ist, d.h. welche Partei tatsäch-

lich gemeint ist (vgl. BGH Urteil vom 27. November 2007 - X ZR 144/06 - NJW-RR 2008, 582 Rn. 7). Das Berufungsgericht hat die Klage deshalb letztlich zu Recht als unzulässig abgewiesen, weil unter den gegebenen Umständen ein Sachurteil nicht ergehen darf.

Hahne Weber-Monecke Klinkhammer

Schilling Günter

Vorinstanzen:
LG Kiel, Entscheidung vom 28.03.2007 - 11 O 176/06 -
OLG Schleswig, Entscheidung vom 13.02.2009 - 4 U 76/07 -