



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

II ZB 22/17

vom

20. November 2018

in dem Zwischenstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

ZPO § 385 Abs. 1 Nr. 4

- a) Vor Vernehmung eines Zeugen müssen die Voraussetzungen des § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO nicht bewiesen oder unstreitig sein. Es reicht insoweit der schlüssige Vortrag des Beweisführers aus.
- b) Der vollmachtslose Vertreter unterfällt nicht dem Anwendungsbereich des § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO.
- c) In einem Prozess eines Gläubigers auf Feststellung einer Forderung zur Insolvenztabelle ist der Insolvenzschuldner nicht Rechtsvorgänger des beklagten Insolvenzverwalters im Sinne des § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. Die Vorschrift ist auch nicht analog auf den Insolvenzschuldner anwendbar.

BGH, Beschluss vom 20. November 2018 - II ZB 22/17 - LG Köln  
AG Köln

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 20. November 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, die Richter Wöstmann, Sunder, Dr. Bernau und die Richterin B. Grüneberg

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Zeugen wird der Beschluss der 34. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 28. Juli 2017 aufgehoben und neu gefasst.

Auf die sofortige Beschwerde des Zeugen wird das Zwischenurteil des Amtsgerichts Köln vom 2. Januar 2017 abgeändert. Der Zeuge ist berechtigt, nach § 384 Nr. 1 ZPO das Zeugnis zu verweigern.

Die Kosten des Zwischenstreits trägt die Klägerin.

Der Streitwert wird auf 2.627,95 € festgesetzt.

#### Gründe:

- 1 I. Die Klägerin ist Betreiberin der M. Klinik in K. und gehört zum Unternehmensverbund der R. Gruppe, die unter der Leitung der R. GmbH Kliniken und Rehabilitationseinrichtungen betreibt. Über das Vermögen des Zeugen wurde das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte des Hauptsacheverfahrens als Insolvenzverwalter bestellt.

Die Klägerin hat eine Forderung in Höhe von 2.627.954,69 € zur Insolvenztabelle angemeldet, die vom Beklagten bestritten worden ist. Die Klägerin hat im Hauptsacheverfahren behauptet, der Beschwerdeführer habe innerhalb der R. Gruppe als faktischer Geschäftsführer der an der Gruppe beteiligten Gesellschaften, darunter auch der Klägerin, gehandelt. Auf seine Veranlassung seien in den Jahren 2006 und 2007 aus dem Vermögen der Klägerin Beträge in Höhe der angemeldeten Forderung unberechtigt abgeflossen. Der Zeuge habe dabei die ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt, zu deren Verletzung angestiftet oder Beihilfe geleistet. Die zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderungen beruhen auf einem Anspruch aus unerlaubter Handlung nach § 823 Abs. 2 BGB, §§ 266, 26, 27 StGB. Ein gegen den Beschwerdeführer gerichtetes Strafverfahren ist zwischenzeitlich rechtskräftig abgeschlossen. Die Klägerin hat zum Beweis ihrer Behauptung, dass der Zeuge die Anweisungen zur Ausführung bargeldloser Zahlungen aus dem Vermögen u.a. der Klägerin unter dem Verwendungszweck "bekannt" ohne geschäftliche Veranlassung erteilt habe, dessen Vernehmung beantragt. Er hat sich nach Abschluss des Strafverfahrens auf ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 384 Nr. 1 ZPO berufen.

2 Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass sich der Zeuge nicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 384 Nr. 1 ZPO berufen könne, da ihm kein unmittelbarer Schaden drohe. Die Ausnahmegvorschrift des § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO greife nicht ein, da der Zeuge als faktischer Geschäftsführer gehandelt habe.

3 Das Amtsgericht hat die Zeugnisverweigerung des Zeugen für unrechtmäßig erklärt.

4 Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde des Zeugen ist vom  
Landgericht zurückgewiesen worden. Mit der vom Landgericht zugelassenen  
Rechtsbeschwerde verfolgt der Zeuge sein Begehren auf Feststellung der  
Rechtmäßigkeit seiner Zeugnisverweigerung weiter.

5 II. Die Rechtsbeschwerde des Zeugen hat Erfolg.

6 1. Das Landgericht hat - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von  
Bedeutung - ausgeführt, dass dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht  
nach § 384 Nr. 1 ZPO dem Grunde nach zustehe. Nach dieser Vorschrift müsse  
als Folge der Aussage ein unmittelbarer vermögensrechtlicher Schaden drohen.  
Diese Voraussetzungen lägen vor. Die Fragen zu den streitgegenständlichen  
Vermögensverschiebungen ermöglichten es der Klägerin, Ansprüche gegen  
den Zeugen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266 StGB geltend zu machen.  
Hinzu komme, dass diese Forderung von der Restschuldbefreiung ausge-  
schlossen wäre, wenn zusätzlich festgestellt würde, dass sie aus unerlaubter  
Handlung resultiere.

7 Es greife jedoch hier die Ausnahmegvorschrift des § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO  
ein. Als Vertreter im Sinne von § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO sei der Vertreter im  
Rechtssinne zu verstehen. Die Vorschrift sei als Ausnahmegvorschrift eng aus-  
zulegen und dürfe nur dann angewendet werden, wenn ihre Voraussetzungen  
nach ihrem Sinn und Wortlaut eindeutig gegeben seien. Hier sei jedoch von  
Bedeutung, dass nach dem Vortrag der Klägerin deren Schadensersatzansprü-  
che gerade daraus folgen sollten, dass der Zeuge ohne bzw. über die Grenzen  
seiner etwaigen Vertretungsmacht hinaus veruntreuend tätig geworden sein  
solle. Aus dem Wortlaut sowie nach Sinn und Zweck der Vorschrift folge, dass  
auch der vollmachtlose Vertreter zum Zeugnis verpflichtet sei. Vertreter im Sin-

ne der Vorschrift sei grundsätzlich auch derjenige, der im Rechtsverkehr eine eigene Willenserklärung in fremden Namen abgebe. Ob dies mit rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Vertretungsmacht geschehe, sei erst in einem zweiten Schritt zu prüfen und nicht entscheidend für die Eigenschaft als Vertreter. Hierfür spreche der Wortlaut des § 179 BGB. Entscheidend sei, dass der Zweck des § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO weitgehend leerliefe, würde man ihn nur auf den Vertreter mit Vertretungsmacht anwenden und damit dem Vertreter ohne Vertretungsmacht ein Zeugnisverweigerungsrecht zubilligen. § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO erfasse auch den Fall, dass ein Vertreter außerhalb der Grenzen seiner Vertretungsmacht tätig geworden sei. Dass der Zeuge in diesem Sinne tätig geworden sei, habe die Klägerin schlüssig dargelegt, weil der Zeuge Mitarbeiter angewiesen haben sollte, bestimmte Beträge vom Konto der Klägerin auf andere Konten zu überweisen und er eine eigene Willenserklärung im Namen der Klägerin im Rechtsverkehr in der Absicht abgegeben habe, mit Wirkung für die Klägerin zu handeln. Es reiche aus, dass die beweisführende Partei die Voraussetzungen des § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO schlüssig vortrage.

8                    2. Die Entscheidung des Landgerichts hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht stand.

9                    a) Dem Zeugen steht ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 384 Nr. 1 ZPO im Hinblick auf die von der Klägerin vorgetragene beweisbedürftigen Behauptungen zu, wie das Landgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat.

10                   b) Der rechtlichen Nachprüfung nicht stand hält jedoch die Auffassung des Landgerichts, der Zeuge könne sich nach § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO nicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 384 Nr. 1 ZPO berufen, weil er als

vollmachtloser Vertreter einer Partei auf das streitige Rechtsverhältnis sich beziehende Handlungen vorgenommen haben soll.

- 11           aa) Rechtsfehlerfrei ist das Landgericht noch davon ausgegangen, dass es nicht darauf ankommt, dass die Voraussetzungen des § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO vor Vernehmung des Zeugen bereits bewiesen oder unstreitig sein müssen. Es reicht insoweit der schlüssige Vortrag des Beweisführers aus (RGZ 53, 117; RG, JW 1911, 489 Nr. 15; OLG Celle, SeuffA 1896 Nr. 231; MünchKommZPO/Damrau, 5. Aufl., § 385 Rn. 5; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., § 385 Rn. 7). Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO ("vorgenommen sein sollen"). Macht der Zeuge jedoch bei seiner Vernehmung geltend, nicht als Vertreter des Klägers oder Rechtsvorgängers gehandelt zu haben, und wird dies nicht durch andere Umstände belegt, kann er es dann ablehnen, sich weiter zur Sache vernehmen zu lassen (OLG Celle, SeuffA 1896 Nr. 231; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., § 385 Rn. 7; MünchKommZPO/Damrau, 5. Aufl., § 385 Rn. 5; a.A. Wieczorek/Schütze/Ahrens, ZPO, 4. Aufl., § 385 Rn. 37). Dass die Klägerin schlüssig ein vollmachtloses Handeln des Zeugen behauptet hat, stellt die Rechtsbeschwerde nicht in Frage.
- 12           bb) Der rechtlichen Nachprüfung nicht stand hält jedoch die Auffassung des Landgerichts, auch der vollmachtlose Vertreter unterfalle dem Begriff des Vertreters im Sinne des § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO.
- 13           Vertreter nach dieser Norm ist nur derjenige, der im Namen der Partei oder für die Partei gehandelt hat, so dass diese dessen Handlung als die ihrige gelten lässt oder gelten lassen muss. Diese Auslegung entspricht dem Willen des historischen Gesetzgebers (RGZ 13, 355, 357; RG, Gruchot 48, 1102,

1104; RG, JW 1911, 489 Nr. 15; OLG Köln, NJW 1955, 1561; OLG München, OLGR 1996, 242; Wieczorek/Schütze/Ahrens, ZPO, 4. Aufl., § 385 Rn. 32; Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl., § 385 Rn. 5; weitergehend Musielak/Voit/Huber, ZPO, 15. Aufl., § 385 Rn. 5; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., § 385 Rn. 6; MünchKommZPO/Damrau, 5. Aufl., § 385 Rn. 5; offengelassen von OLG Hamm, OLGRspr. 40, S. 377). Aus den Materialien zum Erlass der Zivilprozessordnung ergibt sich, dass der historische Gesetzgeber den im heutigen § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO verwendeten Begriff des Vertreters einer Partei (§ 338 Abs. 1 Nr. 4 CPO-E) so gebraucht hat, dass er nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen sei. Unter "Vertreter" sei nur derjenige zu verstehen, für dessen Handlung die Partei hafte (Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 2. Bd., S. 312, 335, 332; vgl. RGZ 13, 355, 356 f.). Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers wird deshalb der vollmachtlose Vertreter nicht von § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO erfasst (vgl. RG, JW 1911, 489 Nr. 15; RGZ 47, 430, 433). Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Regelung. Der Vertreter soll über Handlungen aussagen, die sich auf das streitige Rechtsverhältnis beziehen und die er als Vertreter einer Partei vorgenommen hat. Wenn er als vollmachtloser Vertreter gehandelt hat und auch später keine Genehmigung seiner Vertretung erklärt wurde, verpflichten seine Rechtshandlungen die von ihm vertretene Partei nicht. Regelmäßig werden sie aber dann nicht von entscheidungserheblicher Bedeutung für den Rechtsstreit über das streitige Rechtsverhältnis sein.

- 14           cc) Die Entscheidung des Landgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 577 Abs. 3 ZPO). § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO ist auch nicht anwendbar, weil der Zeuge Rechtsvorgänger der beklagten Partei des Hauptsacheverfahrens sei. Das Landgericht hat von seinem Rechtsstandpunkt aus diese Frage nicht geprüft. Sie ist jedoch zu verneinen.

- 15 Die beklagte Partei des Hauptsacheverfahrens ist der Insolvenzverwalter, der im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Zeugen bestellt worden ist. Er ist deshalb als beklagte Partei des Hauptsacheverfahrens als Partei kraft Amtes tätig.
- 16 Der Insolvenzschuldner ist nicht Rechtsvorgänger des Insolvenzverwalters. Der Begriff des Rechtsvorgängers nach § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO ist nach dem Willen des Gesetzgebers nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen (Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 2. Bd., S. 332, 335, 312; RGZ 13, 355, 356 f.). Zwar ist mit der Insolvenzeröffnung und der Bestellung des Insolvenzverwalters ein Übergang der Verfügungsbefugnis vom Insolvenzschuldner auf den Insolvenzverwalter verbunden. Dies stellt jedoch weder für den Übergang der Verwaltungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter (BGH, Beschluss vom 30. August 2017 - VII ZB 23/14, ZIP 2017, 1919 Rn. 9; OLG Dresden, SächsArch 13, 265; a.A. RGZ 53, 8, 10), noch für deren Wegfall nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens oder Freigabe durch den Insolvenzverwalter (BGH, Beschluss vom 30. August 2017 - VII ZB 23/14, ZIP 2017, 1919 Rn. 9; Beschluss vom 14. April 2005 - V ZB 25/05, WM 2005, 1324, 1325 f.; Urteil vom 15. Juni 1992 - II ZR 88/91, BB 1992, 1583, 1584) eine Rechtsnachfolge dar.
- 17 Eine analoge Anwendung des § 385 Abs. 1 Nr. 4 1. Fall ZPO auf den Insolvenzschuldner als Zeuge in einem Prozess des Gläubigers gegen den Insolvenzverwalter kommt auch nicht in Betracht. Zwar wird eine analoge Anwendung von Vorschriften der Zivilprozessordnung, in denen die Rechtsnachfolge bzw. eine Stellung als Rechtsvorgänger eine Rolle spielt, auf den Insolvenzverwalter in Erwägung gezogen (analoge Anwendung des § 727 ZPO: BGH, Beschluss vom 30. August 2017 - VII ZB 23/14, ZIP 2017, 1919 Rn. 9;

Beschluss vom 3. Februar 2011 - V ZB 54/10, BGHZ 188, 177 Rn. 8; Beschluss vom 14. April 2005 - V ZB 25/05, WM 2005, 1324, 1325 f.; für § 325 ZPO analog: MünchKommZPO/Gottwald, 5. Aufl., § 325 Rn. 25; HK-ZPO/Saenger, 7. Aufl., § 325 Rn. 13; Stein/Jonas/Althammer, ZPO, 23. Aufl., § 325 Rn. 28; ablehnend für § 265 Abs. 2 Satz 2 ZPO: BGH, Urteil vom 7. Januar 2007 - II ZR 283/06, BGHZ 175, 86, Rn. 9; Urteil vom 15. Juni 1992 - II ZR 88/91, BB 1992, 1583, 1584). Die für eine analoge Anwendung des § 385 Abs. 1 Nr. 4, 1. Fall ZPO erforderliche planwidrige Regelungslücke fehlt jedoch. Der Gesetzgeber hat ausweislich der Materialien zur Verabschiedung der Zivilprozessordnung unter dem Rechtsvorgänger nur denjenigen im Sinne des Bürgerlichen Rechts verstanden. Der Übergang der Verwaltungsbefugnisse auf den Insolvenzverwalter macht den Insolvenzverwalter nicht zum Rechtsnachfolger des Insolvenzschuldners und umgekehrt letzteren nicht zum Rechtsvorgänger des Insolvenzverwalters. Die Zivilprozessordnung gehörte wie auch die Konkursordnung zu den Reichsjustizgesetzen, die im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang miteinander verabschiedet und in Kraft getreten sind (Reichsgesetzblatt 1877, S. 83 [CPO] und S. 351 [KO]). Gleichwohl hat der Gesetzgeber den Übergang der Verwaltungsbefugnisse auf den Konkursverwalter nach der Konkursordnung nicht ausdrücklich mit in die Regelungen des § 350 Abs. 1 Nr. 4 CPO [jetzt § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO] einbezogen.

18           Gegen eine analoge Anwendung spricht, dass § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen ist (RGZ 13, 355, 357; OLG München, OLGR 1996, 242; OLG Köln, NJW 1955, 1561; a.A. MünchKommZPO/Damrau, 5. Aufl., § 385 Rn. 5; Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., § 385 Rn. 6).

19           Dagegen spricht weiterhin der Zweck des § 384 Nr. 1 ZPO. Dieser besteht darin, den Zeugen vor nachteiligen Folgen seiner eigenen wahrheitsge-

mäßigen Aussage zu schützen. Niemand soll wegen seiner Zeugnispflicht zu selbstschädigenden Handlungen gezwungen werden. Der Zeuge muss deshalb seine vermögensrechtlichen Interessen denen der beweisführenden Partei nicht unterordnen. Selbst die Prozessparteien sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich nicht gehalten, dem Gegner für seinen Prozesssieg das Material zu verschaffen, über das er nicht von sich aus verfügt; eine allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht der nicht darlegungs- und beweisbelasteten Partei besteht nicht (BGH, Beschluss vom 26. Oktober 2006 - III ZB 2/06, NJW 2007, 155 Rn. 7).

20

Der Schutz des Zeugen vor einer im Zeugenstand strafbewehrten Pflicht zur Selbstbelastung muss auch nicht aus Gründen materieller Gerechtigkeit zurücktreten, weil der Prozessgegner des Insolvenzverwalters als Beweisführer wegen des Zeugnisverweigerungsrechts sonst in Beweisnot geriete. Der Insolvenzverwalter unterliegt als Partei der Wahrheitspflicht nach § 138 Abs. 1 ZPO. Dazu gehört, dass er sich über die ihm nicht bekannten Tatsachen erkundigt, denn das Recht, sich auf ein Nichtwissen zu berufen, ist durch die Pflicht der Partei eingeschränkt, die ihr möglichen Informationen von bestimmten anderen Personen einzuholen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juli 2003 - VII ZR 79/02, NJW-RR 2004, 92, 93 mwN). Die nötigen Informationen kann der Insolvenzverwalter beim Insolvenzschuldner einholen, da dieser gemäß § 97 Abs. 1 InsO dem Insolvenzverwalter Auskunft geben muss, selbst wenn Tatsachen zu offenbaren sind, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen. Der Prozessgegner kann die Parteivernehmung des Insolvenzverwalters gemäß § 445 Abs. 1 ZPO beantragen. Wenn der Insolvenzverwalter seine Parteivernehmung verweigert, kann dies vom Prozessgericht nach § 446 ZPO bewertet werden.

21                    3. Der Bundesgerichtshof konnte in der Sache selbst entscheiden, da die Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts nur wegen der Rechtsverletzung bei Anwendung des Rechts auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 577 Abs. 5 Satz 1 ZPO).

Drescher

Wöstmann

Sunder

Bernau

B. Grüneberg

Vorinstanzen:

AG Köln, Entscheidung vom 02.01.2017 - 142 C 329/14 -

LG Köln, Entscheidung vom 28.07.2017 - 34 T 22/17 -