
Datum: 18.05.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 5. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 5 U 77/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0518.5U77.13.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 3 O 292/10

Tenor:

Die Zeugnisverweigerung des Zeugen Rechtsanwalt G T ist berechtigt.

Die außergerichtlichen Kosten des Zeugen T im Zwischenstreitverfahren werden dem Beklagten und der Streithelferin als Gesamtschuldnern auferlegt.

Das Zwischenurteil ist (hinsichtlich der Kosten) vorläufig vollstreckbar.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Der Gegenstandswert des Zwischenstreits wird auf bis 150.000 € festgesetzt.

Gründe:

1

I.

2

Zwischen dem Beklagten und der Streithelferin einerseits und dem Zeugen T andererseits steht die Frage der Berechtigung der Zeugnisverweigerung im Termin zur Beweisaufnahme vor dem Senat am 18.05.2017 in Streit.

3

Der Zeuge war als Rechtsanwalt mit dem Entwurf eines privatschriftlichen Vertrages befasst, der die Schenkung eines Wertpapierdepots der mittlerweile verstorbenen N C an die Klägerin zum Inhalt hatte. Der Beklagte und die Streithelferin haben den Zeugen zum Beweis der

4

Tatsache benannt, dass die Schenkung unter einer aufschiebenden und einer auflösenden Bedingung gestanden habe. Die Prozessbevollmächtigten der Streithelferin haben zwei Schreiben des Zeugen T vom 15.01.2015 und 11.02.2015, in denen dieser zu den Umständen um den Schenkungsvertrag Stellung genommen hat, zur Akte gereicht. Der Senat hat daraufhin unter anderem den Zeugen T nach § 273 Abs. 2 ZPO zur Vernehmung über die Beweisthemen „mündliche Nebenabreden zum Schenkungsvertrag, Vernichtung eines Originals und/oder einer Kopie der Schenkungsvertragsurkunde vom 12.05.2007“ auf den 20.02.2017 geladen. Nachdem der Zeuge sich im Vorfeld dieses Termins auf ein Zeugnisverweigerungsrecht nach §§ 383 Abs. 1 Nr. 6, 384 Nr. 1 und 2 ZPO berufen hat, hat der Senat den Termin aufgehoben; sodann hat er einen Beweisbeschluss (Bl. 1152 ff. d.A.) erlassen, in dem 37 Beweisfragen formuliert sind, und neuen Termin zur Beweisaufnahme auf den 18.05.2017 bestimmt.

Mit Schreiben vom 13.02.2017 (Bl. 1102 ff. d.A.), 26.04.2017 (Bl. 1173 f.) und 05.05.2017 (Bl. 1176 ff.) hat der nunmehr anwaltlich vertretene Zeuge mitgeteilt, dass er sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO berufe, weil ihn weder die verstorbene N C noch die Klägerin wirksam von der Verschwiegenheitspflicht entbunden hätten. Zu näheren Angaben zu einem von der Klägerin erteilten Mandat sei er nicht verpflichtet. Der Geheimhaltungspflicht unterliege bereits die Frage, wer im Einzelnen Mandant gewesen sei. Ferner hat der Zeuge sich bezüglich sämtlicher Beweisfragen aus dem Beweisbeschluss vom 23.02.2017 auf das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 384 Nr. 1 und 2 ZPO gestützt und hierzu ausgeführt, dass ihm sowohl die Kläger- als auch die Beklagtenseite zivilrechtliche Ansprüche angedroht und strafrechtliche Schritte angekündigt hätten. Es könnten Fragen einer Urkundenvernichtung tangiert sein, die strafrechtliche Auswirkungen haben könnten. 5

Die vormalige Beklagte N C hat den Zeugen mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 11.03.2015 (Bl. 849 d.A.) bzw. ihres Betreuers G vom 28.01.2013 (Bl. 477 d.A.) von seiner Verschwiegenheitspflicht im Hinblick auf die Umstände des Schenkungsvertrages entbunden. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 18.05.2017 haben überdies sowohl der Beklagte als auch die Streithelferin den Zeugen umfassend von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden. 6

Der Beklagte und die Streithelferin haben beantragt, durch Zwischenurteil zu erkennen, dass die Zeugnisverweigerung des Zeugen T insgesamt unberechtigt sei, hilfsweise, dass der Zeuge T nicht zur Zeugnisverweigerung berechtigt sei, soweit er im Umfang seiner beiden Schreiben vom 15.01.2015 und 11.02.2015 zu den Umständen des Schenkungsvertragsabschlusses gehört werden soll. Hierzu haben sie die Auffassung vertreten, dass der Zeuge sich nicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO berufen könne, weil er von der vormaligen Beklagten wirksam von der Verschwiegenheitspflicht entbunden worden sei und zu der Klägerin zum Zeitpunkt der Erstellung und des Abschlusses des Schenkungsvertrages kein Mandatsverhältnis bestanden habe. Auch Regressansprüche oder eine Strafverfolgung seien nicht zu befürchten, so dass dem Zeugen auch kein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 384 Nr. 1 oder Nr. 2 ZPO zustehe. 7

Der anwaltlich vertretene Zeuge T hat beantragt, durch Zwischenurteil festzustellen, dass ihm ein umfassendes Zeugnisverweigerungsrecht zustehe. 8

Die Klägerin ist der Auffassung des Beklagten und der Streithelferin entgegengetreten; sie hat sich ausdrücklich auf ein zwischen ihr und dem Zeugen in den Jahren 2007/2008 bestehendes Mandatsverhältnis berufen. 9

II.	10
Der Senat hat gem. § 387 ZPO durch Zwischenurteil über die Rechtmäßigkeit der Zeugnisverweigerung zu entscheiden, wobei Parteien des Zwischenverfahrens auf der einen Seite der Beklagte und die Streithelferin und auf der anderen Seite der die Aussage verweigernde Zeuge T sind.	11
1.	12
Die umfassende Zeugnisverweigerung des Zeugen T ist nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO berechtigt.	13
• 1. - a)	145
Zwar hat der Zeuge die Tatsachen, auf die er seine Verweigerung stützt – hier: das Mandatsverhältnis mit der Klägerin und das Anvertrauen von Tatsachen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit – nicht gem. § 386 Abs. 1 ZPO glaubhaft gemacht. Dies war aber auch nicht erforderlich, weil sich schon aus der Akte aufgrund der an die Klägerin adressierten Vorschussrechnung vom 31.05.2007, betreffend den Zeitraum vom 16.04. bis 31.05.2007, und der sich ebenfalls auf die Klägerin beziehenden Zeiterfassung des Büros T für die Zeit nach Mai 2007 die konkrete Möglichkeit eines Mandatsverhältnisses zwischen dem Zeugen und der Klägerin für den streiterheblichen Zeitraum ergibt.	16
Es spricht einiges dafür, dass der Zeuge T im Mai 2007 von einem zumindest konkludenten Mandatsverhältnis sowohl mit der Verstorbenen N C als auch mit der Klägerin ausging. Das ist jedenfalls die nächstliegende Erklärung dafür, dass der Zeuge seine Vorschussrechnung vom 31.05.2007 an die Klägerin adressiert hat. Dass die Vorschussrechnung wohl schon im Vorfeld der Rechnungsstellung von der Verstorbenen beglichen worden ist, ändert daran nichts, zumal eine fehlerhafte Rechnungsstellung, soweit ersichtlich, von niemandem gerügt worden ist. Auch der Umstand, dass die Zwischenabrechnung vom 31.08.2007, in die die Vorschussrechnung eingeflossen ist, gegenüber der Verstorbenen N C gestellt worden ist, deutet eher darauf hin, dass der Zeuge T von einer gemeinsamen Mandatierung durch die Klägerin und die vormalige Beklagte ausging und aus diesem Grund nicht klar zwischen beiden unterschied. Eine gemeinsame Mandatierung erschien aus seiner Sicht auch durchaus naheliegend, da der Gegenstand des Mandats, nämlich die Prüfung von Möglichkeiten zur wirtschaftlichen Absicherung der Klägerin seitens der N C, beide Parteien gleichermaßen betraf. Ein Indiz für ein Mandatsverhältnis auch zur Klägerin stellt auch die von dieser vorgelegte Zeiterfassung dar, in der die Klägerin – wenn auch für die Zeit nach dem 31.05.2007 – ausdrücklich als Mandantin der Kanzlei des Zeugen aufgeführt ist. Bestand für den Zeugen im Mai 2007 aber Unsicherheit über die Person seines Mandanten, so erstreckte sich die anwaltliche Verschwiegenheit im Zweifel auf die Klägerin ebenso wie auf die mittlerweile verstorbene Beklagte, zumal die wirtschaftlichen und wirtschaftlichen Interessen beider berührt wurden. Die Pflicht zur anwaltlichen Verschwiegenheit muss in einem derartigen Fall aber auch dann fortwirken, wenn der Anwalt im Nachhinein erfährt, dass von mehreren Personen, die ihm gemeinsam mit einem in beiderseitigem Interesse liegendem Anliegen gegenübergetreten sind, nur eine sein Mandant und Auftraggeber sein sollte.	17

- 1.
b)

19

Auch wenn zwischen dem Zeugen T und der Klägerin weder ein expliziter noch ein konkludenter Anwaltsvertrag geschlossen worden sein sollte, wäre die Klägerin zumindest über einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in den Schutz- und Haftungsbereich des Anwaltsvertrages mit einbezogen worden.

20

Die Einbeziehung in einen Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter setzt allgemein voraus, dass der Dritte typischerweise mit der Leistung in Berührung kommt (Vertrags- bzw. Leistungsnähe), dass der Vertragsgläubiger ein berechtigtes Interesse am Schutz des Dritten hat (Gläubignähe), dass der Kreis der geschützten Dritten für den Schuldner subjektiv erkennbar ist und dass der Dritte schutzbedürftig ist (MüKoBGB/Gottwald, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 180 ff.). In Bezug auf einen Anwaltsvertrag ist Voraussetzung für die Annahme eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte, dass die Rechtsgüter des Dritten nach der objektiven Interessenlage im Einzelfall durch die Anwaltsleistung mit Rücksicht auf den Vertragszweck beeinträchtigt werden können und der Mandant ein berechtigtes Interesse am Schutz des Dritten hat (BGH, Urteil vom 19. November 2009 – IX ZR 12/09, juris Rn. 12; OLG Hamm, Urteil vom 28. September 2010 – 28 U 238/09, juris Rn. 68). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Die Klägerin kam in gleicher Weise wie die verstorbene Beklagte mit der geschuldeten Leistung in Berührung. Die Beklagte hatte nicht nur ein eigenes Interesse an der sorgfältigen Ausführung der Leistung, sondern auch ein berechtigtes Interesse zugunsten der Klägerin, der sie die Schenkung zukommen lassen wollte, die also letztlich Nutznießerin des von dem Zeugen T zu entwerfenden Schenkungsvertrages sein sollte. Dies war für den Zeugen T ohne weiteres erkennbar, ebenso wie die Schutzbedürftigkeit der Klägerin, die – das Fehlen eines diesbezüglichen Anwaltsvertrages unterstellt – keine eigenen Ansprüche gegen den Zeugen hatte. War die Klägerin damit aber zumindest über einen Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter in den Schutzbereich des zwischen dem Zeugen T und der verstorbenen Beklagten geschlossenen Anwaltsvertrages einbezogen, so erstreckte sich die anwaltliche Schweigepflicht auch auf sie. Da ihre Interessen in erheblichem Maße berührt wurden, bedurfte sie in gleichem Umfang wie die Verstorbene des Schutzes der Schweigepflicht.

21

- 1.
c)

223

Denkbar ist auch, dass der Zeuge T ausdrücklich sowohl von N C als auch von der Klägerin mandatiert war, beide Mandantinnen indessen nicht nur das gemeinsame Ziel, sondern darüber hinaus gegenläufige Interessen verfolgt haben. In diesem Fall bestünde die Möglichkeit eines Parteiverrats gem. § 356 StGB, was ebenfalls ein Auskunftsverweigerungsrecht begründen würde, das die näheren Umstände der Mandatierung einschließen könnte. Schließlich könnte es sich bei der mit Vorschussrechnung vom 31.05.2007 abgerechneten Vergütung auch um eine verdeckte Schmiergeldzahlung handeln. Auch eine solche Konstellation müsste der Zeuge nicht aufdecken.

24

Dem Zeugen wären in beiden denkbaren Fällen weitere Angaben zu dem in Rede stehenden Mandatsverhältnis mit der Klägerin nicht zuzumuten. Denn die Angabepflicht nach § 386 Abs. 1 ZPO ist beschränkt, wenn mit der Angabe der Tatsachen schon das Geheimzuhaltende

25

teilweise aufgedeckt würde (MüKoZPO/Damrau, Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Aufl. 2016, § 386 Rz. 2; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 386 Rz. 1).

- 1.
d)

267

Eine wirksame Entbindung des Zeugen von seiner beruflichen Verschwiegenheitspflicht im Sinne des § 385 Abs. 2 ZPO seitens der Klägerin liegt nicht vor; dies hat diese mit Schriftsatz vom 12.05.2017 ausdrücklich klargestellt. 28

Besteht - wie hier - die Schweigepflicht zugunsten von mehreren Personen, so müssen alle eine entsprechende Erklärung abgeben (RGZ 50, 353 (355); BeckOK ZPO/Scheuch, Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Stand: 01.03.2017, § 385 Rn. 10; MüKoZPO/Damrau, § 385 Rn. 7). 29

- 2.

30

Es kann dahinstehen, ob der Zeuge bezüglich der Beweisfragen Nr. 28 bis 37 des Beweisbeschlusses des Senats vom 23.02.2017, die sich sämtlich auf die Frage der Vernichtung der Schenkungsvertragsurkunde im weiten Sinne beziehen, auch deshalb gem. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO zur Zeugnisverweigerung berechtigt ist, weil es diesbezüglich an einer wirksamen Entbindung der vormaligen Beklagten N C fehlt. 31

Die zu Lebzeiten der N C abgegebenen Entbindungserklärungen vom 28.01.2013 und 11.03.2015 beziehen sich nicht auf die vorgenannten Beweisfragen, sondern nur auf die Umstände um den Abschluss des Schenkungsvertrages selbst. Eine Entbindung durch den Erben bzw. den Nachlasspfleger kommt zwar grundsätzlich in Betracht, da es hier nur um Vermögensinteressen geht. Der Senat hat im vorliegenden Fall aber zumindest Bedenken, ob die im Termin vom 18.05.2017 abgegebene Entbindungserklärung des beklagten Nachlasspflegers wirksam ist. Denn es lässt sich nicht feststellen, dass die Entbindung des Zeugen von der Verschwiegenheitspflicht im Interesse des noch unbekannten Erben liegt. Mögliche Erben sind die Klägerin und die Streithelferin. Während erstere die behaupteten mündlichen Bedingungen zum Schenkungsvertrag in Abrede stellt und daran interessiert ist, die schriftlich vorliegende und mündlich zu erwartende Aussage des Zeugen T in Zweifel zu ziehen, liegt der Streithelferin daran, dass der Zeuge vernommen wird und die behaupteten Bedingungen zum Schenkungsvertrag bestätigt, die klägerseits behauptete Vernichtung der Urkunde dagegen nicht bestätigt. Angesichts dieser gegenläufigen Interessenlage der potentiellen Erben könnte der Beklagte, der als Nachlasspfleger Rechtsnachfolger der N C ist, gehindert sein, eine wirksame Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht zu erklären. 32

3. 33

Der Zeuge T kann die Beantwortung der Fragen, die die Vorgänge um den Abschluss des Schenkungsvertrages betreffen, auch nach § 384 Nr. 2 ZPO wegen der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung verweigern. 34

Einer Glaubhaftmachung seitens des Zeugen T bedurfte es insoweit nicht. Ein Zeuge muss auch keine konkreten Angaben über den Weigerungsgrund machen, weil er anderenfalls selbst eine mögliche Strafbarkeit aufdecken müsste (vgl. MüKoZPO/Damrau, § 384 Rz. 5). Hier könnte sich der Zeuge T wegen versuchten Prozessbetruges oder Beihilfe dazu strafbar 35

gemacht haben, wenn er in seinen beiden Schriftsätzen aus dem Jahr 2015 die Unwahrheit erklärt hat. Dieser Umstand begründet ein Zeugnisverweigerungsrecht (vgl. BGH, Beschluss vom 08. April 2008 – VIII ZB 20/06, juris Rn. 13). Außerdem könnten im Rahmen einer Aussage mögliche Steuerstraftaten und eine Beteiligung des Zeugen daran oder eine Urkundenvernichtung offenkundig werden. Mithin besteht die Möglichkeit, dass der Zeuge im Falle einer Aussage wegen einer Straftat verfolgt wird. Dass diese Gefahr konkret besteht, zeigt schon der Umstand, dass die Klägerin bereits Strafanzeige wegen versuchten Betruges gegen ihn erstattet hat (vgl. Bl. 1137 d.A.).

4. 36

Soweit in dem Beweisbeschluss des Senats vom 23.02.2017 auch unverfängliche Fragen zum Randgeschehen enthalten sind, kann dahinstehen, ob sich das Zeugnisverweigerungsrecht des Zeugen auch auf diese Fragen erstreckt oder ob dies zu verneinen ist, etwa weil es sich nicht um „anvertraute Tatsachen“ im Sinne des § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO handelt oder weil insoweit keine zivilrechtliche Inanspruchnahme oder strafrechtliche Verfolgung droht. Denn diese Fragen sind für sich genommen nicht entscheidungserheblich und würden im Falle einer Aussage nur der Abrundung dienen. Hat der Zeuge wegen der streitentscheidenden Punkte ein Zeugnisverweigerungsrecht, kommt seine Vernehmung nur wegen des Randgeschehens nicht in Betracht. 37

III. 38

Die Kosten des Zwischenstreits haben gem. § 91 Abs. 1 ZPO der Beklagte und die Streithelferin als Gesamtschuldner zu tragen, weil ihrem Rechtsstandpunkt hinsichtlich des Zeugnisverweigerungsrechts nicht gefolgt werden konnte und sie daher im Zwischenverfahren als Unterlegene gelten. 39

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 40

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde nach § 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zugelassen. Die Frage, ob und inwieweit ein Zeuge, der sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO beruft, nähere Angaben zu einzelnen Mandatsverhältnissen machen muss, ist von grundsätzlicher Bedeutung. 41