
Datum: 10.04.2019
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 13. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 13 U 231/17
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2019:0410.13U231.17.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 82 O 11/15

Tenor:

Die Zeugnisverweigerung des Zeugen B wird für berechtigt erklärt.

Die Kosten des Zwischenstreits tragen

der Kläger zu 1)	zu	1,49%,
der Kläger zu 2)	zu	0,63%,
die Klägerin zu 3)	zu	0,31%,
der Kläger zu 4)	zu	6,27%,
der Kläger zu 5)	zu	0,72%,
die Klägerin zu 6)	zu	2,06%,
die Klägerin zu 7)	zu	3,59%,
der Kläger zu 8)	zu	0,98%,
der Kläger zu 9)	zu	0,68%,
der Kläger zu 10)	zu	1,43%,

die Klägerin zu 11)	zu	2,51%,
der Kläger zu 12)	zu	13,49%,
der Kläger zu 13)	zu	3,09%,
und die Klägerin zu 16)	zu	62,75%.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Der Streitwert des Zwischenstreits wird auf 1.800.000 € festgesetzt.

Gründe

1

I.

2

Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß § 313 a Abs. 1 S. 1 ZPO abgesehen. Gegen Zwischenurteile der Oberlandesgerichte nach § 387 ZPO ist ein Rechtsmittel nicht gegeben, denn das nach § 387 Abs. 3 ZPO statthafte Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde findet gemäß § 567 Abs. 1 ZPO nur gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Entscheidungen der Amtsgerichte und Landgerichte statt (vgl. MüKoZPO/Damrau, 5. Aufl. 2016, ZPO § 387 Rn. 16). Die Zulassung der Rechtsbeschwerde kommt nicht in Betracht (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Juli 2018 – X ZB 9/17 –, juris).

3

II.

4

1. Über die Rechtmäßigkeit der Zeugnisverweigerung des Zeugen B ist durch Zwischenurteil zu entscheiden (§ 387 Abs. 1 ZPO).

5

2. Bei dem gegebenen Sachstand ist auf Antrag des Zeugen, dem die an dem Zwischenverfahren beteiligten Kläger zu 1), 2), 3) – 8), 9), 10) - 12), 13), 16) entgegengetreten sind, festzustellen, dass dem Zeugen ein umfassendes Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 384 Nr. 2. 2. Alt. ZPO zusteht.

6

a) § 384 Nr. 2 2. Alt. ZPO gibt dem Zeugen im Zivilprozess - ebenso wie im Strafverfahren § 55 Abs. 1 StPO - das Recht, die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem Angehörigen die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. § 384 Nr. 2 ZPO ist Ausfluss des Grundsatzes, dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten. Bei der Beurteilung der Verfolgungsgefahr muss die Möglichkeit einer Bejahung und einer Verneinung der an den Zeugen gerichteten Frage in gleicher Weise in Betracht gezogen werden. Bringt auch nur eine dieser Möglichkeiten den Zeugen in die Gefahr einer Strafverfolgung, ist die Auskunftsverweigerung in der Regel berechtigt. Andernfalls würde der (schuldige) Zeuge durch den Gebrauch des Auskunftsverweigerungsrechts einen Verdachtsgrund gegen sich (oder seinen Angehörigen) schaffen, was dem Schutzzweck zuwiderliefe (vgl.: BGH, Urteil vom 05. März 1958 – IV ZR 307/57 –, BGHZ 26, 391-400, Rn. 23; Greger in: Zöller ZPO, 32. Aufl. 2018, § 384 ZPO, Rn. 6).

7

Eine Verfolgungsgefahr im Sinne des § 384 Nr. 2 Alt. 2 ZPO ist anzunehmen, wenn eine Ermittlungsbehörde aus einer wahrheitsgemäßen Aussage des Zeugen Tatsachen entnehmen könnte, die sie zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens (§ 152 StPO) oder auch zur Aufrechterhaltung oder Verstärkung eines Tatverdachts veranlassen könnte (BVerfG 2 BvR 504/08, wistra 2010, 299 ff; MüKoZPO/Damrau, 5. Aufl. 2016, ZPO § 384 Rn. 10; BeckOK ZPO/Scheuch, 31. Ed. 1.12.2018, ZPO § 384 Rn. 8; Musielak/Voit/Huber, 15. Aufl. 2018, ZPO § 384 Rn. 4). Die sichere Erwartung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens ist nicht erforderlich, es genügt ein prozessual ausreichender Anfangsverdacht i.S. des § 152 Abs. 2 StPO, d.h. die (konkrete) Gefahr der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens (vgl.: BGH, Beschluss vom 01. Juni 1994 – StB 10/94 –, Rn. 13, juris). Ein Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO ist bereits dann gegeben, wenn nach kriminalistischer Erfahrung Anhaltspunkte vorliegen, die es als möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat begangen wurde (BVerfG, NStZ 1982, 430; Gercke in: Gercke/Julius/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2019, § 152 Anklagebehörde; Legalitätsgrundsatz, Rn. 12). Bloße, nicht durch konkrete Umstände belegte Vermutungen oder rein denktheoretische Möglichkeiten reichen hingegen nicht für einen prozessual ausreichenden Anfangsverdacht (BVerfG 2 BvR 504/08, wistra 2010, 299 ff).

Die Gefahr einer Strafverfolgung besteht nur, wenn es sich um eine rechtswidrige und schuldhaft begangene Tat handelt und kein nicht behebbares Verfolgungshindernis (Strafklageverbrauch; Verfolgungsverjährung) vorliegt (vgl. BeckOK ZPO/Scheuch, 31. Ed. 1.12.2018, ZPO § 384 Rn. 8). 9

b) In Anwendung dieses Maßstabes hat der Zeuge B mit seiner Bezugnahme auf eine bei der Staatsanwaltschaft C eingereichte, unter anderem gegen ihn gerichtete Strafanzeige vom 01.02.2018 ein (umfassendes) Zeugnisverweigerungsrecht glaubhaft gemacht. 10

aa) Mit der (auch) gegen den Zeugen B bei der Staatsanwaltschaft C eingereichten Strafanzeige vom 01.02.2018 wird ihm unter Anderem zur Last gelegt, er habe im Auftrag des um sein berufliches Fortkommen besorgten Vorstandsvorsitzenden der D AG, des Zeugen Dr. E und im Interesse der sich in einer existenzgefährdenden Krise befindlichen Beklagten im Zusammenwirken mit Dr. E und anderen Beschuldigten eine Übernahme der F AG durch die Beklagte ins Werk gesetzt und dabei – einem vorgefassten Tatplan entsprechend – das Vorliegen eines übernahmerechtlichen Kontrollerwerbs seit dem Jahre 2008 verschleiert und die operative Kontrolle der Beklagten verdunkelt. Die dazu erforderliche Transaktionsstruktur habe der Zeuge B im Zusammenwirken mit anderen Beschuldigten maßgeblich entwickelt. Das habe dazu geführt, dass den außenstehenden Aktionären der F AG ein Pflichtangebot nach § 35 WpÜG nicht rechtzeitig unterbreitet worden sei. Der Kurs der F Aktie sei seitdem manipuliert und die Beschuldigten seien Primärinsider. In der Folge dieses Tatplanes seien weitere vorsätzliche Täuschungshandlungen gegenüber den Aktionären notwendig geworden. Deshalb habe der Zeuge B einem entsprechenden Tatplan folgend und im Zusammenwirken mit anderen Beschuldigten richtige Ad-hoc-Mitteilungen unterdrückt, inhaltlich bewusst falsche Angaben in dem im Oktober 2010 veröffentlichten Übernahmeangebot verantwortet und eine falsche Berichterstattung in den Geschäftsberichten der beteiligten Unternehmen veranlasst. Ein entsprechender Beschluss sei in der Folge mehrfach umgesetzt worden. Zudem habe der Zeuge B – wiederum gemeinsam mit anderen Beschuldigten – die Prozessvertreter der Beklagten im Zivilprozess der G AG (13 U 166/11) gegen die Beklagte beauftragt, gegen die Klage mit wissentlichem Falschvortrag vorzugehen, eine umfassende Beweisaufnahme zu vereiteln und Urteile auf falscher Tatsachengrundlage zu erschleichen. Zudem habe der Zeuge B sich strafbar gemacht, indem er auf der Hauptversammlung der F am 28.08.2015 die falsche Auskunft 11

eines Vorstandsmitglieds der F, dass nach den vorliegenden Information ausgeschlossen werden könne, dass es im Zusammenhang mit der Ursprungsvereinbarung vom 12. September 2008 zu einem acting in concert zwischen der Beklagten und der D gekommen sei, wider besseren Wissens nicht korrigiert habe.

Das Beweisthema, zu dem der Zeuge B im vorliegenden Verfahren auf Antrag einzelner Kläger bekunden soll, lautet: Wurde zwischen der Beklagten und der D AG im Zusammenhang mit dem dem Erwerb der F-Beteiligung durch die Beklagte betreffenden „Acquisitions Agreement“ (Ursprungsvereinbarung vom 12.9.2008) sowie des „Amendment Agreement regarding the Acquisition of Shares in F AG“ (Nachtragsvereinbarung vom 14.1.2009) und den damit zusammenhängenden Verträgen die Vereinbarung getroffen, dass die der D AG zustehenden aktienrechtlichen Rechte nur unter angemessener Berücksichtigung der Interessen der Beklagten ausgeübt werden durften? Haben sich die Beklagte und die D AG in sonstiger Weise mit dem Ziel einer dauerhaften Änderung der unternehmerischen Ausrichtung der Zielgesellschaft abgestimmt? 12

Gegenstand der vom Senat angeordneten Beweisaufnahme ist damit die Frage, ob die Beklagte bereits im Zusammenhang mit dem Abschluss der Ausgangsvereinbarung oder der Änderungsvereinbarung aufgrund eines Zurechnungstatbestandes nach § 30 Abs. 2 WpÜG in der Fassung vom 12.8.2008 die Kontrolle im Sinne des § 29 Abs. 2 WpÜG in der Fassung vom 20.12.2001 über die F erlangt hat. 13

Würde der Zeuge bei seiner Vernehmung Umstände bekunden, aus denen sich ein Kontrollerwerb der Beklagten bei der F nach § 30 Abs. 2 WpÜG zu einem vor dem Übernahmeangebot vom Oktober 2010 liegenden Zeitpunkt ergeben würde, würde er sich der Gefahr der Strafverfolgung wegen eines versuchten Prozessbetruges im Verfahren -13 U 166/11- (im Folgenden G-Verfahren) (§ 263 Abs. 1, Abs. 2, § 22, § 25 Abs. 1, Abs. 2 StGB), der unrichtigen Darstellung gemäß § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG, § 13 StGB und der Marktmanipulation gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 1 WpHG in der Fassung vom 6.12.2011 in Verbindung mit §§ 39 Abs. 1 Nr. 2 WpHG in der Fassung vom 3.7.2015 und § 20 a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 WpHG in der Fassung vom 21.7.2011 aussetzen. Die Gefahr einer Strafverfolgung besteht zwar möglicherweise nicht mehr, soweit es sich unmittelbar um das Verhalten des Zeugen im Zusammenhang mit dem behaupteten Kontrollerwerb und dem Pflichtangebot im Oktober 2010 handelt. Insoweit könnten mögliche Straftaten bereits verjährt sein (§ 78 Abs. 3 StGB). Eine Verfolgungsverjährung liegt aber nicht vor, soweit es um dem Zeugen im Zusammenhang mit seiner Beteiligung an dem und seinem Einfluss auf den Prozessvortrag der Beklagten im Klageverfahren der G AG vorgeworfenes Verhalten geht. 14

bb) Insoweit kommt zunächst der Tatbestand des versuchten Prozessbetruges im G-Verfahren in Betracht. Versuchter Prozessbetrug liegt vor, wenn nach dem Tatplan ein Organ der Rechtspflege durch Täuschung dazu veranlasst werden soll, eine für das Vermögen des Prozessgegners nachteilige Entscheidung zu treffen und der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar angesetzt hat. 15

Der Zeuge war im Zeitraum von der Klageerhebung bis zu seinem Ausscheiden im Jahr 2015 als Mitglied des Vorstandes der Beklagten, der in gerichtlichen Verfahren gemäß § 78 Abs.1 AktG die Beklagte vertritt, für deren Prozessvortrag (mit-)verantwortlich. Wusste er, dass die Beklagte die Kontrolle über die F bereits zu einem vor dem freiwilligen Übernahmeangebot liegenden Zeitpunkt erworben hatte, war der Prozessvortrag der Beklagten im G-Verfahren in entscheidungserheblicher Weise falsch. Wann in einem Zivilrechtsstreit ein zur Irrtumserregung geeigneter Tatsachenvortrag vorliegt, bestimmt sich nach § 138 ZPO (vgl. Meinecke in NZWiSt 2016, 47 f.). Gemäß § 138 Abs. 1 ZPO haben die Parteien ihre 16

Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben. Im G-Verfahren hat die Beklagte mit der Klageerwiderung (S. 9 = GA Bl. 58) ausgeführt:

„Die Beklagte hat sich nicht mit der D über die Geschäftspolitik der F abgestimmt (gegen Klageschrift Seite 10, 24, 20). Zwischen der Beklagten und der D ist zu keiner Zeit eine Verständigung über die Ausübung von Stimmrechten getroffen worden. Das Stimmrecht aus den F-Aktien, die im Eigentum der D stehen, wird allein von der D ausgeübt. Die Beklagte hat keinerlei Einfluss darauf, wie die D ihr Stimmrecht ausübt. Dies gilt auch für die F-Aktien, die Gegenstand der Erwerbs- und Put-Optionen sind bzw. der Pflichtumtauschanleihe zugrunde liegen.“ 17

„Die D und die Beklagte haben auch nicht in sonstiger Weise mit dem Ziel einer dauerhaften und erheblichen Änderung der unternehmerischen Ausrichtung der F zusammengewirkt (gegen Klageschrift Seite 28 ff.). Die D ist nach wie vor aus ihrem F Aktien (also einschließlich solcher F-Aktien, die Gegenstand der Call- und Put-Optionen sind bzw. der Pflichtumtauschanleihe unterliegen könnten) alleine Dividenden- und stimmberechtigt. Eine Übertragung der Dividendenberechtigung auf die Beklagte ist nicht vereinbart worden.“ 18

An diesem Vortrag hat die Beklagte bis zum Ausscheiden des Zeugen aus dem Vorstand der Beklagten 2015 und darüber hinaus festgehalten. Eine Einflussnahme der Beklagten auf die Geschäftsausrichtung der F sei in den Verträgen mit der D und der F nicht vorgesehen gewesen und sei auch - bis zum Abschluss des Beherrschungsvertrags im Jahr 2012 - tatsächlich nicht erfolgt (G-Verfahren GA Bl. 1946, 1925 ff., 1939 ff.). Insbesondere habe sie keinen Einfluss auf das Verhalten von Mitgliedern des Aufsichtsrats oder des Vorstandes der F genommen. Die Verträge zwischen der Beklagten und der D hätten auch keine Klauseln enthalten, nach denen die D verpflichtet gewesen wäre, von ihren Stimmrechten nur unter angemessener Berücksichtigung der Interessen der Beklagten Gebrauch zu machen. Eine Interessenschutzklausel zwischen der Beklagten und der D sei weder vereinbart noch überhaupt diskutiert worden, auch tatsächlich habe sich die D bei der Ausübung der Stimmrechte nicht den Interessen der Beklagten untergeordnet. 19

Der Vortrag der Beklagten ist entscheidungserheblich, denn damit hat die Beklagte qualifiziert bestritten, dass – entgegen der gegenläufigen Behauptung der Klägerin - in der Zeit zwischen dem Abschluss der Ursprungsvereinbarung und der Veröffentlichung des von der Klägerin angenommenen freiwilligen Übernahmeangebots ein Zurechnungstatbestand nach § 30 Abs. 2 WpÜG erfüllt ist, der wegen einer dann vorzunehmenden Verschiebung der Referenzzeiträume der §§ 4, 5 WpÜG-AngVO zu einem Anspruch auf Ergänzung der bereits geleisteten Vergütung nach § 31 Abs. 1 WpÜG führen würde (vgl. dazu BGH, Urteil vom 29.07.2014 – II ZR 353/12 –, BGHZ 202, 180-202, Rn. 58 ff.). 20

Der (unterstellt) falsche Prozessvortrag wäre mit dem Klageabweisungsantrag auch auf die vorsätzliche Herbeiführung einer für das Vermögen der Klägerin nachteiligen Vermögensverfügung durch das Gericht gerichtet, nämlich die Aberkennung eines der Klägerin auf der Grundlage des - unterstellt - früheren Kontrollerwerbs der Beklagten zustehenden Anspruchs auf Ergänzung der auf der Grundlage des freiwilligen Übernahmeangebots geleisteten Vergütung. Dem Schaden der Klägerin als Aktionärin der F stünde ein erstrebter stoffgleicher Vermögensvorteil der Beklagten gegenüber, da diese im Fall einer rechtskräftigen Klageabweisung von Zahlungspflichten gegenüber der Klägerin befreit wäre. 21

Der für das unmittelbare Ansetzen erforderliche Prozessantrag (BGH, Urteil vom 9.5.2017, 1 StR 265/16, Rdn. 98 ff) liegt vor, denn die Prozessbevollmächtigten der Beklagten haben im 22

G-Verfahren in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht den Klageabweisungsantrag und nachfolgend im Berufungs- und Revisionsverfahren die Anträge gestellt, die Rechtsmittel der Klägerin zurückzuweisen.

Es ist auch kein Verfolgungshindernis ersichtlich. Verfolgungsverjährung ist nicht eingetreten. 23
Gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4 StPO beträgt die Verjährungsfrist bei Taten die, wie der Betrug gemäß § 263 Abs. 1 StGB, im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bis zu fünf Jahren bedroht sind, fünf Jahre. Gemäß § 78 Abs. 4 StGB richtet sich die Verfolgungsverjährungsfrist nach der Strafdrohung des Gesetzes, dessen Tatbestand die Tat verwirklicht, ohne Rücksicht auf Schärfungen oder Milderungen, die nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils oder für besonders schwere oder minder schwere Fälle vorgesehen sind. Eine Minderung nach § 49 StGB bleibt damit bei der Berechnung der Verfolgungsverjährungsfrist ohne Berücksichtigung. Gemäß § 78 a StGB beginnt die Verjährung, sobald die Tat beendet ist. Beim Betrugsversuch beginnt die Verfolgungsverjährung mit Abschluss des letzten zur Täuschung bestimmten Täterverhaltens (Tiedemann in: Laufhütte u.a., StGB Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2012, § 263, Rn. 338 mwN.; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB 5. Auflage 2017, § 263 Rn. 384), hier also frühestens mit dem letzten, den (unterstellt) falschen Vortrag nicht berichtendem Schriftsatz der Beklagten, der während der Vorstandszugehörigkeit des Zeugen von der Beklagten bei Gericht eingereicht worden ist. Dieser vom 07.08.2015 datierende Schriftsatz ist im G-Verfahren am 12.08.2015 bei Gericht eingegangen.

Soweit die Staatsanwaltschaft H, nach zuständigkeitsbedingter Teilabgabe des Verfahrens an sie, die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens abgelehnt hat, steht dies der Annahme eines Zeugnisverweigerungsrechts nicht entgegen. Die Staatsanwaltschaft H hat die Behauptungen des Anzeigerstatters zum widerstreitenden Prozessvortrag der Parteien als strafrechtlich irrelevant bewertet; es handele sich um eine zivilrechtliche Streitigkeit ohne strafrechtlichen Hintergrund (Verfügung vom 21.6.2018). Der Annahme eines zivilprozessualen Zeugnisverweigerungsrechts steht das nach Auffassung des Senats nicht entgegen. Die Schwelle eines Anfangsverdacht im Sinne von § 152 Abs. 2 StPO liegt niedrig; das Bestehen einer Gefahr (zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens) ist daher bereits weit im Vorfeld einer direkten Belastung zu bejahen (BVerfG, 2 BvR 1249/01, NJW 2002, 1411). Gegenstand der vom Senat angeordneten Beweisaufnahme sind gerade die Umstände, aus denen sich (weitere) Anhaltspunkte für ein strafbares Verhalten von Beteiligten (und des Zeugen B) ergeben könnten. 24

cc) Es besteht außerdem die konkrete Gefahr einer Strafverfolgung gemäß § 400 Abs. 1 AktG, § 13 StGB wegen unterlassener Richtigstellung einer (unterstellt) falschen Auskunft eines Vorstandsmitgliedes der F auf deren Hauptversammlung am 28.08.2015 durch den Zeugen als seinerzeitigem Aufsichtsratsvorsitzendem der F. 25

Gemäß § 400 Abs. 1 Nr.1 AktG in der Fassung vom 4.12.2004 ist es unter anderem mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht, wenn ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats die Verhältnisse der Gesellschaft in Vorträgen oder Auskünften in der Hauptversammlung unrichtig wiedergibt oder verschleiert. „Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft“ sind die im Schrifttum zu § 331 Nr. 1 HGB genannten wirtschaftlichen, sozialen, politischen oder sonstigen Umstände, die für die gegenwärtige Situation der Gesellschaft oder ihre künftige Entwicklung von Bedeutung sind oder von Bedeutung sein können (BVerfG, Beschluss vom 15. August 2006 – 2 BvR 822/06 –, Rn. 4). Zu den von § 400 Abs. 1 Nr. 1 erfassten Erklärungen gehören nicht nur Tatsachenbehauptungen, sondern auch Schätzungen, Bewertungen und Prognosen, wenn 26

sie entweder auf falscher Tatsachengrundlage beruhen oder die tatsächlichen oder rechtlichen Schlussfolgerungen objektiv falsch sind.

Mit der - ausweislich der Strafanzeige (S. 54 f.) - auf die Frage eines Aktionärs 27

„Können Sie ausschließen, dass es im Rahmen der Erwerbsvereinbarung vom 12. September 2008 zu einem gemeinsamen Handeln zwischen der Beklagten und D, zu neudeutsch auch „Acting-in-concert“ genannt, gekommen ist und dass dadurch wegen fehlerhafter bzw. unterlassener Stimmrechtsmitteilung nach WpHG und WpÜG die Stimmrechte der Beklagten heute nicht bestehen“ 28

abgegebenen Erklärung eines Vorstandsmitgliedes der F 29

„Nach allen uns vorliegenden Informationen, Ja, das können wir ausschließen!“ 30

wurden, wenn die Voraussetzungen für ein „acting in concert“ im Sinne des § 30 Abs. 2 WpÜG tatsächlich vorlagen, die Verhältnisse der F falsch dargestellt. Denn nach § 59 S. 1 WpÜG in der Fassung vom 20.12.2001 galt, dass Rechte aus Aktien, die dem Bieter, mit ihm gemeinsam handelnden Personen oder deren Tochterunternehmen gehören oder aus denen ihm, mit ihm gemeinsam handelnden Personen oder deren Tochterunternehmen Stimmrechte gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 zugerechnet werden, für die Zeit nicht bestehen, für welche die Pflichten nach § 35 Abs. 1 oder 2 WpÜG nicht erfüllt werden. 31

Zwar hat der Zeuge nach dem Vortrag in der Strafanzeige (S. 54 f.) die falsche Darstellung nicht selbst vorgenommen. War ihm aber bekannt, dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines acting in concert vorlagen, musste er die Angabe des Vorstandes korrigieren (vgl. MüKoStGB/Kiethe, 2. Aufl. 2015, AktG § 400 Rn. 83; GJW/Temming, 2. Aufl. 2017, AktG § 400 Rn. 13; Pelz in: Bürgers/Körper, AktG, 4. Aufl. 2017, § 400 Unrichtige Darstellung, Rn. 8), da sie dann auf einer falschen Tatsachengrundlage beruhte. 32

Der erforderliche Vorsatz ist in dieser Konstellation gleichfalls anzunehmen. Soweit die Staatsanwaltschaft J in der Verfügung vom 23.03.2018 - 18 Js 158/18 - ausgeführt hat, dass es daran fehlen dürfte, steht dies der Annahme eines Anfangsverdachts aus den im Zusammenhang mit der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft H genannten Gründen nicht entgegen. 33

Angesichts des Strafrahmens des § 400 Abs. 1 AktG tritt Verfolgungsverjährung frühestens nach fünf Jahren ein, so dass auch insoweit keine Verfolgungsverjährung vorliegt. 34

dd) Darüber hinaus besteht hinsichtlich des Verhaltens des Zeugen B in der Hauptversammlung der F die konkrete Gefahr einer Strafverfolgung gemäß § 38 Abs. 2 Nr. 1 WpHG in der Fassung vom 6.12.2011 in Verbindung mit §§ 39 Abs. 1 Nr. 2 WpHG in der Fassung vom 3.7.2015 und § 20 a Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 WpHG in der Fassung vom 21.7.2011 wegen unterlassener Richtigstellung einer falschen Auskunft eines Vorstandsmitgliedes der F, denn das bewusste Verschweigen bzw. Bestreiten eines zeitlich vor dem freiwilligen Übernahmeangebot der Beklagten liegenden Kontrollerwerbs der Beklagten wäre eine zur Kursbeeinflussung geeignete Insiderinformation. Im Einzelnen: 35

Nach dem Auffangtatbestand des § 20 a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG in der Fassung vom 21.07.2011 ist es verboten, sonstige Täuschungshandlungen vorzunehmen, die geeignet sind, auf den inländischen Börsen- oder Marktpreis eines Finanzinstruments oder auf den Preis eines Finanzinstruments an einem organisierten Markt in einem anderen Mitgliedstaat 36

der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum einzuwirken. Nach § 4 Abs. 1 MaKonV sind sonstige Täuschungshandlungen im Sinne des § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 WpHG Handlungen oder Unterlassungen, die geeignet sind, einen verständigen Anleger über die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere Angebot und Nachfrage in Bezug auf ein Finanzinstrument, an einer Börse oder einem Markt in die Irre zu führen und den Börsen- oder Marktpreis eines Finanzinstruments hoch- oder herunterzutreiben oder beizubehalten. Unterlassungen werden nur bei einem Verstoß gegen bestehende Garantenpflichten erfasst (vgl. Fuchs/Fleischer, 2. Aufl. 2016, WpHG § 20a Rn. 60).

Eine Kursmanipulation im Sinn des § 20 a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WpHG in der Fassung vom 21.7.2011 liegt danach vor, wenn eine Insiderinformation nach § 20a Abs. 1 Nr. 1 WpHG verschwiegen worden ist, wie es hier in Bezug auf den Zeugen B und sein Verhalten in der Hauptversammlung der F behauptet worden ist. Der Zeitpunkt des Kontrollerwerbs der Beklagten bei der F ist eine Insiderinformation (§ 13 WpHG), weil sie geeignet war, den Börsenpreis der Aktien der beteiligten Gesellschaften erheblich zu beeinflussen und die veröffentlichungspflichtig war (§§ 35 Abs. 1, 10 Abs. 3 WpÜG, 2 MaKonV). 37

Die Garantenstellung des Zeugen kann sich aus § 400 Abs. 1 Nr.1 AktG in der Fassung vom 4.12.2004 i.V.m. § 13 StGB ergeben (vgl.: Park, Kapitalmarktstrafrecht, Teil 3: Straftaten Kapitel 6: Börsendelikte Kap. 6.1. Kommentierung zu §§ 38 Abs. 1, Abs. 4, 39 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 c, 3 d Nr. 2 WpHG iVm Art. 15, 12 MAR Rn. 243). Zwar hat er nach dem Vortrag in der Strafanzeige die falsche Darstellung nicht selbst vorgenommen, indessen war er, wie bereits zu § 400 AktG ausgeführt, als Aufsichtsratsvorsitzender der F dazu verpflichtet, auf gesetzestreu Verhalten des Vorstands hinzuwirken. War ihm also bekannt, dass Anhaltspunkte für ein acting in concert vorlagen, musste er die Angabe des Vorstandes korrigieren. 38

Soweit die Staatsanwaltschaft J die Einleitung eines Strafverfahrens gegen den Zeugen wegen des Verdachts der Marktmanipulation mit Verfügung vom 23.03.2018 mit der Begründung zurückgewiesen hat, dass es an dem erforderlichen Vorsatz fehlen dürfte, steht dies der Annahme eines Anfangsverdachts aus den im Zusammenhang mit der Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft H genannten Gründen nicht entgegen. 39

Was die für die Strafbarkeit erforderliche tatsächliche Einwirkung angeht, genügt es für die Annahme eines Anfangsverdachts, dass es hier um Umstände geht, die der Verordnungsgeber in § 2 Abs. 1 MaKonV generell als bewertungserheblich angesehen hat. 40

Ein dem Aussageverweigerungsrecht entgegenstehendes Verfahrenshindernis der Verfolgungsverjährung ist nicht ersichtlich, die fünfjährige Frist (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB) ist nicht abgelaufen. 41

c) Das grundsätzlich auf die Weigerung der Beantwortung einzelner Fragen beschränkte Zeugnisverweigerungsrecht nach § 348 Nr. 2 2. Alt ZPO kann im Einzelfall dazu führen, dass der Zeuge zur Sache gar nichts auszusagen braucht (BGH NJW 1994, 197; NJW 2008, 2038) und bei vorab erklärter Zeugnisverweigerung nicht vor Gericht erscheinen muss (OLG Celle 8 U 21/09). Das ist dann der Fall, wenn alle Umstände, die der Zeuge schildern würde, und alle Fragen, die an ihn gerichtet würden, mit dem Beweisthema in einem unmittelbaren und untrennbaren Zusammenhang stehen, seine Aussage mit seinem etwaigen strafbaren Verhalten also in einem so engen Zusammenhang steht, dass eine Trennung nicht möglich ist. 42

So liegt es im vorliegenden Fall, denn das Beweisthema, zu dem der Senat die Vernehmung des Zeugen auf Antrag einzelner Kläger angeordnet hat, deckt sich mit dem Gegenstand der Vorwürfe, die ihm gegenüber im Rahmen der Strafanzeige erhoben werden. Gegenstand der vom Senat angeordneten Beweisaufnahme ist die Klärung eines bereits vor dem Zeitpunkt des Übernahmeangebots im Oktober 2010 realisierten Kontrollerwerbs der Beklagten. Auf die Behauptung eines solchen Kontrollerwerbs gründet sich aber auch der gegenüber dem Zeugen erhobene strafrechtliche Vorwurf. Damit handelt es sich bei dem Gegenstand der Beweisaufnahme und den strafrechtlichen Vorwürfen um denselben Gegenstand. Zwar dürften, wie ausgeführt, möglicherweise strafbare Handlungen aus dem Zeitraum vor dem Übernahmeangebot der Beklagten für sich genommen verjährt sein. Das ändert aber nichts daran, dass es gerade diese Handlungen sind, die, wenn die in der Strafanzeige erhobenen Vorwürfe zutreffen, Gegenstand des – wie behauptet wird – bewusst unrichtigen und vom Zeugen B zu verantwortenden Sachvortrags im Rechtsstreit über Schadensersatzansprüche hintergangener Aktionäre sind. Sämtliche Fragen, die sich auf den Gegenstand der vom Senat angeordneten Sachaufklärung bzw. beziehen, sind deshalb denknötwendig von unmittelbarer Bedeutung für die strafrechtlich relevante Frage der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des sich darauf beziehenden prozessualen Vortrags der Beklagten. Für die Vorwürfe, die im Zusammenhang mit dem Verhalten des Zeugen B im Rahmen der Hauptversammlung der F AG im August 2015 erhoben werden, gilt nichts anderes. Damit gilt: es sind keine an den Zeugen gerichteten, sachdienlichen Fragen denkbar, die zwar das Beweisthema des vorliegenden Rechtsstreits betreffen, in Bezug auf die gegen den Zeugen erhobenen strafrechtlichen Vorwürfe aber nicht, auch nicht im Zusammenhang mit anderen Aussagen oder Beweismitteln, von Bedeutung sind. Vor diesem Hintergrund hält der Senat die Voraussetzung für die Annahme eines umfassenden Zeugnisverweigerungsrechts für gegeben.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91,100 Abs. 2 ZPO. 44

4. Das Urteil war hinsichtlich der Kosten für vorläufig vollstreckbar zu erklären. 45

Der Zwischenstreit über die Zeugnisverweigerung in einer vermögensrechtlichen Hauptsache stellt sich als vermögensrechtliche Angelegenheit dar. Dies hat zur Folge, dass der Streitwert mangels einer speziellen Bewertungsvorschrift nach § 1 GKG, 3 ZPO zu schätzen ist (vgl.: BGH KostRspr. § 3 ZPO, Nr. 1034; ebenso OLG Frankfurt, Zwischenurteil vom 19. 11. 2003, Az.: 9 U 70/98; OLG Köln MDR 1983, 321). Der Streitwert des Zwischenstreits über eine Zeugnisverweigerung ist deshalb nach der Bedeutung zu schätzen, welche die Aussage des Zeugen für die Hauptsache hat. Ist die Aussage des Zeugen von zentraler Bedeutung für den Ausgang des Rechtsstreits, so kann der Wert seiner Aussage den Wert der Hauptsache erreichen (vgl. BGH, Beschluss vom 25. März 1991 – II ZA 9/90 –, Rn. 1, juris). Vorliegend kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Aussage nur ein Baustein im Rahmen zahlreicher zu würdigender Beweismittel wäre. Hinzukommt, dass die Bedeutung der Aussage des Zeugen für den Ausgang des Rechtsstreits auch von dem Inhalt seiner Aussage und seiner Glaubwürdigkeit abhängt. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Entscheidung im Zwischenstreit keinen vollstreckbaren Titel schafft. Der Gegenstandswert ist daher nur mit einem Bruchteil von 1/10 der Hauptsache zu bewerten. 46