

# Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO Band 2: §§ 355-945b

Bearbeitet von

Prof. Dr. Wolfgang Krüger, Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Rauscher, Prof. Dr. Johann Braun, Prof. Dr. Moritz Brinkmann, Prof. Dr. Jürgen Damrau, PD Dr. Gunter Deppenkemper, Dr. Karl-Günther Deubner, Josef Dörndorfer, Dr. Ingo Drescher, Dr. Gero Götz, Prof. Dr. Dr. h.c. Peter Gottwald, Prof. Dr. Urs Gruber, Prof. Dr. Christian Heinrich, Dr. Hans-Joachim Heßler, Prof. Dr. Dr. h.c. Volker Lipp, Prof. Dr. Bruno Rimmelspacher, Prof. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt, Prof. Dr. Klaus Schreiber, Stefan Schüler, Prof. Dr. Stefan Smid, Dr. Claus Wagner, Dr. Hans Wolfsteiner, Prof. Dr. Dr. h.c. Walter Zimmermann

5. Auflage 2016. Buch. LIII, 2538 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 68572 9

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Zivilverfahrensrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

## Übersicht

	Rn.		Rn.
<b>I. Normzweck</b> .....	1	f) Mündliche Verhandlung im Zwischenstreit; Ladung des Zeugen .....	9
<b>II. Erläuterung</b> .....	2–19	g) Verhandlung zur Hauptsache .....	10
1. Zeugnisverweigerungsrechte .....	2, 3	h) Entscheidung .....	11
a) Aufzählung .....	2	i) Erledigung des Zwischenstreits .....	12
b) Mehrere Zeugnisverweigerungsrechte ..	3	j) Form der Entscheidung: Zwischenurteil .....	13
2. Verfahren .....	4–19	k) Kosten des Zwischenstreits .....	14
a) Keine Partei bezweifelt Zeugnisverweigerungsrecht .....	4	l) Vorläufige Vollstreckbarkeit und Zustellung .....	15
b) Eine Partei beanstandet die Zeugnisverweigerung .....	5	m) Rechtsmittel (Abs. 3) .....	16
c) Zuständigkeit für die Entscheidung ....	6	n) Rechtskraft .....	17
d) Parteien des Zwischenstreits .....	7	o) Fortsetzung der Verhandlung zur Hauptsache .....	18
e) Anwaltszwang (Abs. 2) .....	8	p) Streitwert und Gebühren .....	19

### I. Normzweck

§ 387 regelt das Verfahren, in dem über die Berechtigung zur Zeugnisverweigerung entschieden wird, wenn eine Partei diese Berechtigung anzweifelt. Die Regelung ist auf die Verhandlungsmaxime zurückzuführen. Nur für den Ausnahmefall, dass im Verfahren mit Inquisitionsmaxime das Gericht selbst einen Zeugen heranzieht (vgl. § 616), der das Zeugnis verweigert, kommt ein Verfahren nach § 387 ohne Parteiantrag zustande;<sup>1</sup> Verfahrensgegner im Zwischenstreit sind dann beide Parteien. Mit welcher Begründung das Zeugnis verweigert wird, spielt keine Rolle, soweit sie nur ernst gemeint und nicht völlig abwegig ist.<sup>2</sup>

### II. Erläuterung

**1. Zeugnisverweigerungsrechte. a) Aufzählung.** Die **Weigerung des Zeugen**, auszusagen, 2 kann sich auf §§ 383, 384 sowie auf folgende Gründe stützen: Vom BVerfG ist anerkannt, dass ein (christliches) **Kreuz im Gerichtssaal** einen Angehörigen einer anderen Religion, zB Jude oder Hindu, berechtigt, die Aussage in diesem Raum zu verweigern, weil der Zeuge in seinem Grundrecht nach Art. 4 GG beeinträchtigt sei.<sup>3</sup> Konsequenterweise muss man auch einem Zeugen, der keiner Religionsgemeinschaft angehört, das Zeugnisverweigerungsrecht zuerkennen. Ein Zeugnisverweigerungsrecht kann sich auch aus § 34 StGB (**rechtfertigender Notstand**) herleiten (→ § 395 Rn. 3).<sup>4</sup> Es kann auch ausnahmsweise aus dem die **Intimsphäre** schützenden Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 GG) ein Zeugnisverweigerungsrecht hergeleitet werden.<sup>5</sup> Nach Art. 47 GG sind **Bundestagsabgeordnete** berechtigt, über Personen, die ihnen in ihrer Eigenschaft als Abgeordnete oder denen sie in dieser Eigenschaft Tatsachen anvertraut haben, sowie über diese Tatsachen selbst das Zeugnis zu verweigern. Entsprechende Regelungen gelten nach den Länderverfassungen für die Abgeordneten der Landtage. Nach Art. 44 Abs. 3 des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen (→ § 377 Rn. 21) haben auch Mitglieder der **konsularischen Vertretungen** ein Zeugnisverweigerungsrecht. Auch für **Ausländer** gilt die lex fori, dh er kann sich nicht darauf berufen, dass er nach seinem Heimat- oder Wohnsitzrecht nicht auszusagen braucht (→ Rn. 6; § 380 Rn. 3).<sup>6</sup> Eine Ausnahme besteht für Angehörige der Nato-Streitkräfte (→ § 377 Rn. 23).

<sup>1</sup> Ähnlich Zöller/Greger Rn. 2: stets im Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz; aA Stein/Jonas/Berger Rn. 2.

<sup>2</sup> OLG Bamberg BayJMBL 1952, 237 (vorherige Zusage hinreichender Entschädigung); LG Bochum JW 1929, 1156 (Zeuge hält sich für Partei); OLG Naumburg OLGRspr. 29, 122 (Zeuge verweigert die Antwort, weil diese ein Gutachten darstelle).

<sup>3</sup> BVerfGE 35, 366 = NJW 1973, 2197; aA BayVerfGH DRiZ 1967, 275; OLG Nürnberg NJW 1966, 1926; aA Zöller/Greger § 383 Rn. 3: nur Juden haben Zeugnisverweigerungsrecht.

<sup>4</sup> BGH NStZ 1984, 31: Drohung, den Zeugen zu töten, wenn dieser aussagt, ohne Schutzmöglichkeit des Staates.

<sup>5</sup> BayObLGSt 1978, 152 = NJW 1979, 2624 (Details geschlechtlicher Beziehungen; Zeugnisverweigerungsrecht wurde dennoch verneint, weil Beziehungen zu einer Prostituierten betreffend); vgl. OLG Hamm OLGZ 1989, 486.

<sup>6</sup> Geimer Rn. 2310.

- 3 **b) Mehrere Zeugnisverweigerungsrechte.** Mehrere Zeugnisverweigerungsrechte muss der Zeuge nicht zugleich geltend machen;<sup>7</sup> er kann den nächsten Weigerungsgrund vortragen, wenn der vorherige rechtskräftig verworfen ist.
- 4 **2. Verfahren. a) Keine Partei bezweifelt Zeugnisverweigerungsrecht.** Bezweifelt keine Partei das Zeugnisverweigerungsrecht, dh die Berechtigung des Zeugen, die Aussage zur Sache zu verweigern, oder verhandeln die Parteien nach Erklärung der Zeugnisverweigerung rügelos zur Hauptsache (§ 295),<sup>8</sup> so bedarf es keiner Entscheidung des Gerichts über die Berechtigung zur Zeugnisverweigerung; in dem rügelosen Verhalten der Partei, die den Zeugen benannt hat, liegt ein **Verzicht** auf den Zeugen (§ 399),<sup>9</sup> weshalb es auch nicht schadet, wenn die Zeugnisverweigerung auf einen offenbar sie nicht tragenden Grund gestützt wird. **Von Amts wegen** ergeht weder ein Beschluss noch ein Zwischenurteil über die Berechtigung oder Nichtberechtigung zur Zeugnisverweigerung (Ausnahme → Rn. 1). Eine Hinweispflicht des Gerichts gem. § 139 wird man indes bejahen müssen.
- 5 **b) Eine Partei beanstandet die Zeugnisverweigerung.** Nur wenn der **Beweisführer** (→ § 379 Rn. 3) die Zeugnisverweigerung beanstandet, dh die Unzulässigkeit der Aussageverweigerung oder die fehlende Angabe von Tatsachen (→ § 386 Rn. 4) oder die mangelnde Glaubhaftmachung (→ § 386 Rn. 5) rügt oder förmlich eine Entscheidung darüber beantragt, kommt es zu dem Zwischenverfahren gem. § 387.<sup>10</sup> Beanstandet nur der Gegner, der den Zeugen nicht benannt hat, die Zeugnisverweigerung, so ist das Verhalten der Partei, die den Zeugen zunächst benannt hat, als Verzicht auf den Zeugen gem. § 399 Hs. 1 anzusehen und das Verhalten des beanstandenden Gegners nach § 399 Hs. 2 zu beurteilen.<sup>11</sup>
- 6 **c) Zuständigkeit für die Entscheidung.** Zuständig für die Entscheidung des Zwischenstreits ist nur das **Prozessgericht**, auch der Einzelrichter (§ 348) und der Vorsitzende der Kammer für Handelssachen (§ 349 Abs. 1 S. 1), nie der beauftragte oder ersuchte Richter (vgl. § 389). Etwas anderes gilt nur für den Fall, dass es sich um ein **Rechtshilfeersuchen eines ausländischen Gerichts** handelt. Da nur ein deutsches Gericht über die Anwendbarkeit deutschen Verfahrensrechts entscheiden kann, muss für diesen Fall der ersuchte Richter entscheiden, gegen dessen Entscheidung die sofortige Beschwerde an das örtlich zuständige Landgericht gegeben ist.<sup>12</sup>
- 7 **d) Parteien des Zwischenstreits.** Parteien des Zwischenstreits sind der Zeuge auf der einen Seite und die Partei, die die Zeugnisverweigerung rügt, auf der anderen Seite; letzteres kann die Partei sein, die den Zeugen ursprünglich benannt hatte, es kann aber auch der Gegner sein (→ Rn. 5). Die jeweils andere Partei kann den Zeugen unterstützen; dann ist sie Streitgenosse des Zeugen im Zwischenstreit.<sup>13</sup> Widersprechen beide Parteien der Zeugnisverweigerung, so sind beide Parteien notwendige Streitgenossen des Zwischenstreits. Der Gegner der die Zeugnisverweigerung rügenden Partei kann auch untätig bleiben, insbesondere im Hinblick auf die Kostenfolge. Da beiden Parteien rechtliches Gehör gewährt werden muss (Abs. 1), ergibt sich aus der Anhörung eine eventuelle Parteistellung. Ist der Zeuge **minderjährig**, so wird er, weil er das Zeugnisverweigerungsrecht allein ausübt (→ § 383 Rn. 8), auch im Zwischenstreit nicht durch den gesetzlichen Vertreter vertreten.<sup>14</sup>
- 8 **e) Anwaltszwang (Abs. 2).** Anwaltszwang besteht für den Zeugen nicht (Abs. 2), aber der Zeuge kann sich auch im Zwischenverfahren vertreten lassen (→ § 384 Rn. 2); für die Parteien besteht dann Anwaltszwang für das Zwischenverfahren, wenn für den Hauptprozess Anwaltszwang besteht.
- 9 **f) Mündliche Verhandlung im Zwischenstreit; Ladung des Zeugen.** Eine mündliche Verhandlung findet statt, was sich aus § 389 Abs. 2 ergibt, jedoch kann weder gegen den Zeugen noch gegen die Partei, die nicht erschienen sind (dazu s. § 388), ein Versäumnisurteil ergehen. Eine

<sup>7</sup> RG JW 1889, 169; KG OLGRspr. 19, 112; Stein/Jonas/Berger § 386 Rn. 6; aA KG JW 1928, 738 m. abl. Anm. Striemer.

<sup>8</sup> BGH LM § 295 Nr. 9; NJW-RR 1987, 445; RG Gruchot 40 (1896), 910 (915); JW 1899, 534; aA RG JW 1897, 208.

<sup>9</sup> Hahn S. 313; OLG Oldenburg OLGZ 1991, 451 (452).

<sup>10</sup> RG Gruchot 30 (1886), 1128.

<sup>11</sup> Vgl. RGZ 20, 378 (379); OLG Hamburg FamRZ 1963, 652 (Ls., mAnm Bosch); 1965, 277; OLG Bamberg SeuffA 60 (1905) Nr. 245.

<sup>12</sup> Vgl. OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1988, 714; LG München ZZZ 95 (1982), 362.

<sup>13</sup> OLG Köln JMBINRW 1973, 209; aA OLG Hamburg FamRZ 1965, 277.

<sup>14</sup> Stein/Jonas/Berger Rn. 2; aA Wiczorek/Schütze/Ahrens Rn. 8.

Entscheidung im schriftlichen Verfahren darf nur ergehen, wenn auch der Zeuge dem zustimmt (§ 128 Abs. 2)<sup>15</sup> sowie im Fall des § 128 Abs. 3. Der Zeuge ist zur mündlichen Verhandlung gem. §§ 214, 218 zu laden, falls diese nicht sofort bei der Verweigerung des Zeugnisses im Termin, der gem. § 370 zugleich auch zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt ist, erfolgt. Da die Parteien auch zu diesem Termin geladen sind, ist ihr rechtliches Gehör (s. Abs. 1) gewahrt. § 377 gilt für diese **Ladung des Zeugen** nicht, da der Zeuge im Zwischenstreit eine Parteistellung innehat.<sup>16</sup> Der Zeuge ist in der Ladung auf die Unschädlichkeit seines Ausbleibens in der mündlichen Verhandlung hinzuweisen, ferner darauf, dass er für seine Teilnahme keine Zeugenentschädigung aus der Staatskasse erhält (→ Rn. 14). Unterbleiben solche Hinweise, so ist dies als Amtspflichtverletzung zu werten, wobei der Schaden dann entfällt, wenn der Zeuge obsiegt und von der unterliegenden Partei Ersatz seiner Unkosten erlangt. Im Falle einer fehlerhaften Ladung gem. § 377 darf keine Entscheidung im Zwischenstreit ergehen.<sup>17</sup> Der Zeuge hat in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit, die Tatsachen, auf die er seine Zeugnisverweigerung gründet (→ § 386 Rn. 2), nachzutragen und glaubhaft zu machen.

**g) Verhandlung zur Hauptsache.** Die Verhandlung zur Hauptsache darf während des Zwischenstreits nicht fortgesetzt werden; während dieser Zeit ist also nur eine Fortsetzung der Beweisaufnahme möglich (→ Rn. 19). Zur fehlerhaften Verfahrensfortsetzung → Rn. 13, 16. 10

**h) Entscheidung.** Gegenstand der Entscheidung sind nur die im Zwischenstreit behandelten Weigerungsgründe.<sup>18</sup> Die Entscheidung ergeht von Amts wegen, auch wenn im Termin weder der Zeuge noch eine Partei erschienen waren; der Zwischenstreit ist nämlich Teil der Beweisaufnahme. Das Gericht entscheidet bei Ausbleiben aller Beteiligten auf Grund der Aktenlage. Die Beweisführungslast trägt der Zeuge, für Ausnahmetatbestände (§ 385) die Partei, die die Zeugnisverweigerung rügt.<sup>19</sup> Da für den Zeugen die Glaubhaftmachung genügt (§ 386 Abs. 1), muss Entsprechendes auch für die Partei gelten.<sup>20</sup> 11

**i) Erledigung des Zwischenstreits.** Der Zwischenstreit erledigt sich, wenn der Zeuge bereit ist, auszusagen, oder wenn die Partei mit der Zeugnisverweigerung – sei es nach Angabe entsprechender Tatsachen, sei es nach Glaubhaftmachung – einverstanden ist, oder wenn die Genehmigung gem. § 385 Abs. 2 nachträglich erteilt wird. Die Erledigung des Zwischenstreits tritt auch mit Rechtskraft der Hauptsache ein, nicht aber durch die Beendigung der Instanz. 12

**j) Form der Entscheidung: Zwischenurteil.** Die Entscheidung ergeht in der Form eines Zwischenurteils, und zwar wird entweder festgestellt, dass der Zeuge berechtigt ist, die Aussage zu verweigern, oder es wird die Weigerung für unberechtigt erklärt. Eine Entscheidung im **Endurteil**, dass die Zeugnisverweigerung berechtigt sei, ist unstatthaft,<sup>21</sup> weil erst nach Schluss der Beweisaufnahme die mündliche Verhandlung fortgesetzt werden kann (§ 370), die Beweisaufnahme aber andererseits so lange fort dauert, bis die Entscheidung über die Zeugnisverweigerung ergangen ist (→ Rn. 10). Bei Erledigung des Zwischenstreits ergeht nur ein Beschluss → Rn. 14. 13

**k) Kosten des Zwischenstreits.** Die Kostenentscheidung bezüglich der zusätzlichen Kosten des Zwischenstreites<sup>22</sup> ergeht im Zwischenurteil nach § 91,<sup>23</sup> sei es zu Lasten des Zeugen bei unbegründeter Weigerung<sup>24</sup> oder zu Lasten des Beweisführers bei begründeter Zeugnisverweigerung. Wird die Kostenentscheidung vergessen, so ist § 321 anzuwenden.<sup>25</sup> Die Kosten sind sodann nach §§ 103 ff. festzusetzen.<sup>26</sup> Hat sich die andere Partei dem Zeugen oder der rügenden Partei angeschlossen (→ Rn. 7), so greift § 100 Abs. 1 ein.<sup>27</sup> Im Falle der **Erledigung** des Zwischenstreites (→ Rn. 12) ist § 91a anwendbar. Bezieht sich die Zeugnisverweigerung auf mehrere Fragen, so kommt auch die Anwendung von § 92 in Betracht.<sup>28</sup> Aus der **Staatskasse** erhält der Zeuge nach dem JVEG für die 14

<sup>15</sup> OLG Frankfurt a. M. OLGZ 1968, 290 = NJW 1968, 1240.

<sup>16</sup> RGZ 43, 409; 28, 437; 67, 343.

<sup>17</sup> RGZ 67, 343; RG SeuffA 54 (1899) Nr. 258.

<sup>18</sup> OLG Hamm FamRZ 1999, 939.

<sup>19</sup> OLG Breslau OLGRspr. 20, 326.

<sup>20</sup> Peters, Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozess, 1962, S. 70 f.; Stein/Jonas/Berger Rn. 6.

<sup>21</sup> RGZ 106, 57; RG JW 1896, 130.

<sup>22</sup> Vgl. OLG München RPfeger 1969, 358.

<sup>23</sup> OLG Hamburg OLGRspr. 33, 69 (70); 25, 109 (110); OLG Bamberg SeuffA 60 (1904) Nr. 245.

<sup>24</sup> RG JW 1899, 140 (141).

<sup>25</sup> Wiczorek/Schütze/Ahrens Rn. 24.

<sup>26</sup> OLG Hamburg OLGRspr. 33, 69 (70).

<sup>27</sup> AA Zöller/Greger Rn. 5: die Partei, die sich anschließt, ist Streithelfer und nicht Partei des Zwischenstreits.

<sup>28</sup> OLG Hamburg OLGRspr. 19, 110 (112).

Zeitversäumnis keine Entschädigung, weil er Partei des Zwischenstreits ist,<sup>29</sup> und zwar selbst dann nicht, wenn er obsiegt. § 91 ist auch maßgeblich dafür, ob dem Zeugen die Kosten für die Beauftragung eines **Rechtsanwalts** erstattet und sein Verdienstausfall für Teilnahme an der mündlichen Verhandlung ersetzt werden.<sup>30</sup> Dem Zeugen kann **PKH** gewährt werden.<sup>31</sup> Sagt der Zeuge im Termin zur Verhandlung des Zwischenstreits noch zur Sache aus, nachdem der Zwischenstreit sich erledigt hat (→ Rn. 12) oder nachdem seine Weigerung rechtskräftig für unberechtigt erklärt ist, so kann er dennoch nicht aus der Staatskasse entschädigt werden;<sup>32</sup> überwiegend wären die Unkosten ohne die unberechtigte Weigerung vermieden worden, und sie dürfen deshalb nicht der in der Sache selbst unterliegenden Partei zur Last fallen, sondern sind von dem zu tragen, der die Kosten des Zwischenstreits zu tragen hat.

- 15 l) Vorläufige Vollstreckbarkeit und Zustellung.** Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit bezieht sich nur auf die Kostenentscheidung. Das verkündete Zwischenurteil (§ 310) ist dem Zeugen von Amts wegen **zuzustellen** (§ 317).<sup>33</sup>
- 16 m) Rechtsmittel (Abs. 3).** Rechtsmittel gegen das Zwischenurteil ist die **sofortige Beschwerde (Abs. 3)**. Gegen ein Zwischenurteil des Oberlandesgerichts ist kein Rechtsmittel gegeben (§ 567). Gegen ein Zwischenurteil des Landgerichts, das mit der Hauptsache als Berufungsgericht befasst ist, ist ebenfalls kein Rechtsmittel mehr möglich (§ 567). Die Beschwerdefrist (§ 69) beginnt mit der Zustellung des Zwischenurteils (→ Rn. 15). Zur Form der sofortigen Beschwerde s. § 569. Wird die Zeugnisverweigerung für unberechtigt erklärt, so ist nur der Zeuge **beschwerdeberechtigt**, nicht die Partei, die im Zwischenstreit Streitgenosse des Zeugen war, da sie die Aussage des Zeugen im Prozess nicht verhindern kann.<sup>34</sup> Wird die Zeugnisverweigerung für berechtigt erklärt, so ist die unterlegene Partei beschwerdeberechtigt. Auch die Partei, die sich im bisherigen Zwischenstreit neutral verhalten hat (→ Rn. 7), kann sofortige Beschwerde einlegen, wenn die Voraussetzungen des § 399 Hs. 2 erfüllt sind, also in der sofortigen Beschwerde zugleich eine Benennung als Zeuge zu erblicken ist.<sup>35</sup> Für den Zeugen als Beschwerdeführer besteht kein Anwaltszwang (§§ 569 Abs. 3 Nr. 3, 78). **Rechtsbeschwerde** gem. § 574. Wurde **fälschlich im Endurteil** über die Zeugnisverweigerung entschieden – sie für begründet erklärt –, so ist das Endurteil in diesem Punkt auch mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar, es sei denn, es wäre das Urteil, wäre es als Zwischenurteil ergangen, nicht mit sofortiger Beschwerde anfechtbar.<sup>36</sup>
- 17 n) Rechtskraft.** Die Rechtskraft des Zwischenurteils bezieht sich nur auf den geltend gemachten Zeugnisverweigerungsgrund (→ Rn. 3). Aufgrund der Rechtskraft ist es ausgeschlossen, das Endurteil in der Hauptsache mit der Begründung anzugreifen, zu Unrecht sei dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht zugebilligt worden.<sup>37</sup>
- 18 o) Fortsetzung der Verhandlung zur Hauptsache.** Die Fortsetzung der Verhandlung zur Hauptsache erfolgt von Amts wegen (§§ 368, 370). Die Einlegung der sofortigen Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 570), aber es ist sachwidrig, sofort zur Hauptsache weiter zu verhandeln und ein Urteil zu erlassen, nachdem eine Zeugnisverweigerung für berechtigt erklärt wurde, solange die im Zwischenstreit unterlegene Partei noch ein Rechtsmittel gegen das Zwischenurteil hat; wenn die Partei nicht auf ihr Rechtsmittel verzichtet, ist es angezeigt, die Rechtskraft des Zwischenurteils abzuwarten. Bei unberechtigter Weigerung des Zeugen wird dieser nach Rechtskraft des Zwischenurteils erneut gem. § 377 geladen; für den Fall seines Nichterscheins greift § 380 ein; für den Fall, dass der Zeuge weiterhin die Aussage verweigert, greift § 390 ein, es sei denn, der Zeuge würde einen anderen Weigerungsgrund geltend machen (→ Rn. 3).
- 19 p) Streitwert und Gebühren.** Der Streitwert des Zwischenstreites über das Zeugnisverweigerungsrecht ist in der Regel der Streitwert der Hauptsache; für den Fall aber, dass sich die Beweisfrage nur auf einen Teil der Hauptsache bezieht, ist dessen Streitwert maßgeblich. Das Zwischenurteil ist gerichtsgebührenfrei. Das Beschwerdeverfahren ist nach Maßgabe des GKG Kostenverzeichnisses

<sup>29</sup> Vgl. RGZ 28, 437; OLG Hamburg OLGRspr. 33, 69 (70).

<sup>30</sup> OLG Kiel OLGRspr. 17, 106.

<sup>31</sup> OLG Hamburg NJW-RR 2010, 155.

<sup>32</sup> RGZ 43, 409; 28, 437; Zöller/Greger § 389 Rn. 2; Stein/Jonas/Berger § 389 Rn. 3; aA BLAH/Hartmann § 389 Rn. 4.

<sup>33</sup> OLG Frankfurt a. M. OLGZ 1968, 290 = NJW 1968, 1240.

<sup>34</sup> RGZ 20, 378; OLG Frankfurt a. M. MDR 1983, 236; BFH BB 1982, 1353.

<sup>35</sup> Vgl. OLG Hamburg OLGRspr. 15, 138; OLG Celle OLGRspr. 15, 270; OLG Hamburg OLG Rspr. 25, 110; OLG Kassel SeuffA 69 (1914), 373; Stein/Jonas/Berger Rn. 13.

<sup>36</sup> RGZ 106, 57; RG JW 1928, 1344 (1345).

<sup>37</sup> BGH MDR 1966, 915.

Nr. 1811 gerichtsbühenpflichtig. Der Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigter der Partei in der Hauptsache erhält für die Vertretung im Zwischenstreit keine besondere Gebühr, weil die Vertretung der Partei insoweit Teil der Hauptsache ist; aber für das Beschwerdeverfahren erwächst ihm eine  $\frac{5}{10}$ -Gebühr (VV 3500 RVG). Der Rechtsanwalt als Verfahrensbevollmächtigter des Zeugen im Zwischenstreit erhält die gleiche Gebühr, und zwar aus dem Streitwert des Zwischenstreites (→ Rn. 14).

## § 388 Zwischenstreit über schriftliche Zeugnisverweigerung

**Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zum Protokoll der Geschäftsstelle erklärt und ist er in dem Termin nicht erschienen, so hat auf Grund seiner Erklärungen ein Mitglied des Prozessgerichts Bericht zu erstatten.**

### I. Normzweck

Die Vorschrift stellt klar, dass es in dem Zwischenstreit zwischen dem Zeugen einerseits und der Partei andererseits über die Berechtigung, die Aussage zu verweigern, kein Säumnisverfahren gibt, obgleich der Zeuge in diesem Zwischenstreit die Stellung einer Partei hat (→ § 387 Rn. 7).

### II. Erläuterung

Der Zeuge ist berechtigt, **im Termin zur Beweisaufnahme** nicht zu erscheinen (§ 386 Abs. 3), wenn er gem. § 386 Abs. 1 vorgegangen ist. Aber auch dann, wenn er die dort genannten Voraussetzungen für sein Recht zum Fernbleiben nicht vollständig erfüllt hat, sich aber mit einer (nicht unerheblich und nicht völlig abwegigen – dazu → § 387 Rn. 1) Begründung geweigert hat, auszusagen, und (deshalb) nicht im Termin zur Beweisaufnahme erschienen ist, kann nicht nach § 380 verfahren werden;<sup>1</sup> es ist vielmehr gem. § 387 zu verfahren, wenn eine Partei die Zeugnisverweigerung oder das Nichterscheinen rügt (→ § 387 Rn. 4).

In dem **Termin zur mündlichen Verhandlung über den Zwischenstreit** muss der Zeuge nicht erscheinen; er kann dazu auch nicht gem. § 380 Abs. 2 oder 390 Abs. 2 gezwungen werden. Es ist dann nach der Aktenlage zu entscheiden.

## § 389 Zeugnisverweigerung vor beauftragtem oder ersuchtem Richter

**(1) Erfolgt die Weigerung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, so sind die Erklärungen des Zeugen, wenn sie nicht schriftlich oder zum Protokoll der Geschäftsstelle abgegeben sind, nebst den Erklärungen der Parteien in das Protokoll aufzunehmen.**

**(2) Zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozessgericht werden der Zeuge und die Parteien von Amts wegen geladen.**

**(3) <sup>1</sup>Auf Grund der von dem Zeugen und den Parteien abgegebenen Erklärungen hat ein Mitglied des Prozessgerichts Bericht zu erstatten. <sup>2</sup>Nach dem Vortrag des Berichtstatters können der Zeuge und die Parteien zur Begründung ihrer Anträge das Wort nehmen; neue Tatsachen oder Beweismittel dürfen nicht geltend gemacht werden.**

### I. Normzweck

Die Vorschrift bestimmt, dass ein Zwischenstreit vor einem verordneten oder ersuchten Richter stets durch das Prozessgericht zu entscheiden ist. Der verordnete Richter hat die Zeugnisverweigerung zu Protokoll zu nehmen.

### II. Erläuterung

**1. Abs. 1.** Weigert sich der Zeuge gem. § 386 Abs. 1 – also schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle **vor dem Termin zur Beweisaufnahme** – vor dem verordneten Richter zur Sache auszusagen, so wird dieser im Hinblick auf § 386 Abs. 3 den Termin zur Beweisaufnahme aufheben; er muss diesen Termin nicht deshalb durchführen, damit die Parteien Gelegenheit haben, zur Zeugnisverweigerung Erklärungen abzugeben. Die Parteien sind gem. § 386 Abs. 4 vom Gericht über die Zeugnisverweigerung zu benachrichtigen.

Verweigert der Zeuge **im Termin zur Beweisaufnahme** vor dem beauftragten (§ 361) oder dem ersuchten (§ 362) Richter ganz oder teilweise die Aussage zur Sache, so muss sichergestellt

<sup>1</sup> BLAH/Hartmann § 386 Rn. 4.



## § 390

Buch 2. Abschnitt 1. Verfahren vor den Landgerichten

werden, dass das Prozessgericht die Begründung des Zeugen erfährt. Gem. Abs. 1 ist deshalb der verordnete Richter gehalten, die Erklärungen des Zeugen in das Protokoll aufzunehmen. Geben die anwesenden Parteien Erklärungen ab, so sind auch diese zu Protokoll zu nehmen. Wird seitens des Zeugen gar keine Begründung für die Aussageverweigerung gegeben, so greifen §§ 400, 390 ein.

4 Gibt die im Termin **anwesende Partei keine Erklärung** zur Zeugnisverweigerung ab, so hat der Zwischenstreit auch noch nicht begonnen (→ § 387 Rn. 1). Entsprechend § 283 kann der verordnete Richter der Partei, die den Zeugen benannt hat, nachlassen, eine schriftsätzliche Erklärung abzugeben. Auch wenn die Partei keinen Antrag gem. § 283 stellt, zB weil daran nicht gedacht wird, so liegt in dem Unterlassen einer Erklärung vor dem verordneten Richter kein Verzicht auf den Zeugen (§ 399);<sup>1</sup> vielmehr kann die Partei – nachdem der Prozessbevollmächtigte sich bei der Partei selbst erkundigt hat – bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozessgericht die Rüge noch vornehmen, allerdings mit Einschränkungen hinsichtlich des Tatsachenmaterials (→ Rn. 6). Ist **keine Partei bei der Beweisaufnahme zugegen**, so können auch keine Erklärungen aufgenommen werden; die Parteien erfahren in diesem Fall durch die ihnen übersandte Protokollabschrift von der Zeugnisverweigerung. Rügt die Partei, die den Zeugen benannt hat, nicht die Verweigerung der Aussage, bestehen aber seitens des Prozessgerichts Zweifel an der Berechtigung dazu, so wird das Gericht auf Grund des § 139 die Partei darauf hinweisen, dass eine Entscheidung über die Berechtigung zur Zeugnisverweigerung nicht von Amts wegen stattfindet, sondern eines Antrags bedarf (→ § 387 Rn. 1).

5 **2. Abs. 2, Abs. 3 S. 1.** Zur mündlichen Verhandlung und zur Ladung des Zeugen zu diesem Termin → § 387 Rn. 9. Versäumt es das Prozessgericht, einen besonderen Termin zur mündlichen Verhandlung über die Berechtigung zur Zeugnisverweigerung anzuberaumen, so verliert die Partei die Möglichkeit, die Zeugnisverweigerung überprüfen zu lassen gem. § 295,<sup>2</sup> wenn sie Sachanträge stellt.

6 **3. Abs. 3 S. 2.** Die Vorschrift schließt alle neuen Tatsachen und Beweismittel zur Begründung des Zeugnisverweigerungsrechtes aus, die der Zeuge nicht schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle vor dem Termin oder im Termin zu Protokoll gegeben hat. Nach dem Sinn der Regelung kann der Zeuge auch nicht schriftlich nach dem Termin zur Beweisaufnahme oder mündlich vor dem Bericht des Mitglieds des Prozessgerichts weitere Tatsachen und Beweismittel **nachschieben**, und zwar selbst dann nicht, wenn sie später entstanden oder bekannt geworden sind.<sup>3</sup> Der Zeuge kann aber die Zeugnisverweigerung auf neue rechtliche Gesichtspunkte stützen.<sup>4</sup> Die Rechtsprechung gestattet dem Zeugen auch, die Tatsachen näher zu erläutern.<sup>5</sup> Dasselbe gilt für die Parteien, die in dem Termin zur Beweisaufnahme anwesend waren.<sup>6</sup> Hat die im Termin anwesende Partei keine Erklärung abgegeben oder war sie im Termin zur Beweisaufnahme gar nicht anwesend, so kann sie also durch eine Rüge nur die rechtliche Prüfung der Berechtigung zur Zeugnisverweigerung auf Grund der vom Zeugen angegebenen Tatsachen erreichen. Trotz Abs. 3 S. 2 bleibt es dem Zeugen unbenommen, ein neues Zeugnisverweigerungsrecht vor dem Prozessgericht geltend zu machen; was der Zeuge nach rechtskräftiger Beendigung des Zwischenstreits tun darf (→ § 387 Rn. 3), das darf er auch schon vor der rechtskräftigen Entscheidung über das zunächst geltend gemachte Zeugnisverweigerungsrecht tun.

## § 390 Folgen der Zeugnisverweigerung

(1) <sup>1</sup>Wird das Zeugnis oder die Eidesleistung ohne Angabe eines Grundes oder aus einem rechtskräftig für unerheblich erklärten Grund verweigert, so werden dem Zeugen, ohne dass es eines Antrages bedarf, die durch die Weigerung verursachten Kosten auferlegt. <sup>2</sup>Zugleich wird gegen ihn ein Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft festgesetzt.

(2) <sup>1</sup>Im Falle wiederholter Weigerung ist auf Antrag zur Erzwingung des Zeugnisses die Haft anzuordnen, jedoch nicht über den Zeitpunkt der Beendigung des Prozesses in dem Rechtszug hinaus. <sup>2</sup>Die Vorschriften über die Haft im Zwangsvollstreckungsverfahren gelten entsprechend.

(3) Gegen die Beschlüsse findet die sofortige Beschwerde statt.

<sup>1</sup> AA wohl Wieczorek/Schütze/Ahrens Rn. 3.

<sup>2</sup> Stein/Jonas/Berger Rn. 4; aA RG JW 1896, 130; 1897, 207 (208).

<sup>3</sup> KG OLGRspr. 29, 121; aA RGZ 67, 362 (365).

<sup>4</sup> RG JW 1889, 169; OLG Kassel OLGRspr. 21, 83.

<sup>5</sup> RG JW 1902, 21.

<sup>6</sup> AA RGZ 67, 362 (364); Stein/Jonas/Berger Rn. 3: die Partei darf Tatsachen zum Ausschluss des Zeugnisverweigerungsrechts vortragen.

## Übersicht

	Rn.		Rn.
<b>I. Normzweck</b> .....	1	2. Absatz 2 .....	11–14
<b>II. Erläuterung</b> .....	2–17	a) Anordnung der Beugehaft .....	11
1. Absatz 1 .....	2–10	b) Wiederholung der Haftanordnung .....	12
a) Ohne Angabe eines Grundes .....	2	c) Haft im Zwangsvollstreckungsverfahren .....	13
b) Für unerheblich erklärter Grund .....	3	d) Aussetzung des Verfahrens während des Haftvollzugs .....	14
c) Weigerung vor dem Vernehmungstermin .....	4	3. Absatz 3 .....	15, 16
d) Ordnungsmäßigkeit der Ladung .....	5	a) Rechtsmittel des Zeugen .....	15
e) Rechtliches Gehör .....	6	b) Rechtsmittel der Partei .....	16
f) Kosten; Ordnungsgeld .....	7–10	4. Gebühren .....	17

### I. Normzweck

§ 380 befiehlt die Festsetzung von Ordnungsmitteln gegen einen Zeugen, der nicht erscheint; § 390 bestimmt, wie mit einem Zeugen zu verfahren ist, der erschienen ist, aber sich unberechtigt weigert, eine Aussage zu machen oder den Eid zu leisten. Abs. 1 und 2 stimmen inhaltlich mit § 70 Abs. 1 und 2 StPO zum Teil überein; es kann dort auch sofort zur Erzwingung des Zeugnisses Haft angeordnet werden. Abs. 1 hat im Übrigen als Ordnungsmittel Strafcharakter, während Abs. 2 Beugemittel festlegt.

### II. Erläuterung

**1. Absatz 1. a) Ohne Angabe eines Grundes.** Die Verweigerung ohne Angabe eines Grundes muss auch dann angenommen werden, wenn von dem Zeugen zur Begründung seiner Verweigerung eine nicht ernst gemeinte oder völlig abwegige Begründung abgegeben wird (→ § 387 Rn. 1);<sup>1</sup> die Beschränkung auf Gründe gem. §§ 383, 384 ist zu eng (→ § 387 Rn. 2). Eine Weigerung liegt auch dann vor, wenn der Zeuge seiner Pflicht zur Aussage auch nur teilweise nicht nachkommt, zB die Beantwortung einzelner Fragen begründungslos verweigert.<sup>2</sup> Der begründungslosen Verweigerung der Aussage steht schließlich auch die eigenmächtige **Entfernung des Zeugen** nach Beginn seiner Vernehmung gleich. Muss der Zeuge wegen **Ungebühr** während seiner Vernehmung entfernt werden (§§ 177, 178 GVG), so ist gem. § 390 die Aussage jedenfalls insoweit als verweigert anzusehen, dass ihm die Kosten auferlegt werden, die durch seine abgebrochene Vernehmung entstehen. Daneben mögen Maßnahmen nach §§ 177, 178 GVG treten. Entfernt sich der Zeuge vor seiner Vernehmung, so liegt ein Fall des § 380 vor (→ § 380 Rn. 2); bei Verweigerung unter Bezugnahme auf einen ernst gemeinten Verweigerungsgrund findet § 387 Anwendung (→ § 387 Rn. 2).

**b) Für unerheblich erklärter Grund.** Ein rechtskräftig für unerheblich erklärter Grund, auf den sich der Zeuge zur Begründung seiner Aussageverweigerung beruft, liegt dann vor, wenn das Verfahren nach § 387 abgeschlossen ist und der Zeuge sich auf denselben Grund (nochmals) beruft, der Gegenstand jenes Verfahrens war. Beruft sich der Zeuge auf einen anderen Weigerungsgrund, so muss erst über diesen rechtskräftig entschieden werden (→ § 387 Rn. 3). Entsprechendes gilt für die Eidesverweigerung (→ § 391 Rn. 2).

**c) Weigerung vor dem Vernehmungstermin.** Wird die Weigerung vor dem Vernehmungstermin schriftlich oder mündlich begründungslos geltend gemacht, so kann dies noch nicht sofort zu einem Beschluss gem. § 390 Abs. 1 führen.<sup>3</sup> Das Gericht wird den Zeugen auf den Mangel der Begründung und auf seine Pflicht, zu erscheinen, aufmerksam machen. Es kann sich nämlich herausstellen, dass der Zeuge – insbesondere belehrt über die Folgen seiner begründungslosen Weigerung (→ Rn. 5) – erscheint und aussagt bzw. den Eid leistet. Erscheint der Zeuge im Termin nicht, so greift § 380 ein; seine begründungslose Weigerung befreit ihn nicht von seiner Pflicht zum Erscheinen (→ § 386 Rn. 3). Erscheint der Zeuge, bleibt er aber bei seiner zuvor erklärten begründungslosen Weigerung, dann findet § 390 Anwendung. Ist die schriftliche Weigerung mangelhaft begründet, so ist nach § 388 zu verfahren.

<sup>1</sup> Thomas/Putzo/Reichold Rn. 1: ohne ernstgemeinten Grund; Stein/Jonas/Berger Rn. 2: abwegiger Grund. Beispiel: Aussage nur bei doppelter Zeugengebühr.

<sup>2</sup> BGHSt 9, 362 = NJW 1956, 1807; RGSt 73, 31 (33); RG HRR 1935 Nr. 706; OLG Celle NJW 1958, 72 (73).

<sup>3</sup> AA offenbar Stein/Jonas/Berger Rn. 2: auch vorher.



- 5 **d) Ordnungsmäßigkeit der Ladung.** Weitere Voraussetzung für den Beschluss gem. Abs. 1 ist die ordnungsmäßige Ladung. Erscheint der Zeuge, ohne ordnungsmäßig geladen zu sein (§ 377 Abs. 2), zB ohne Mitteilung des Beweisthemas, und beruft er sich im Vernehmungstermin als Grund für seine Weigerung hierauf, so können gegen ihn weder ein Ordnungsmittel festgesetzt noch ihm die Kosten auferlegt werden. Ohne ordnungsmäßige Ladung hätte der Zeuge nämlich nicht einmal erscheinen müssen (§ 380). Beruft sich der Zeuge nicht auf den Fehler bei seiner Ladung, wird dieser Fehler zB nur zufällig bekannt, verweigert vielmehr der Zeuge ohne Angabe von Gründen die Aussage, so ist der Ladungsfehler ohne Einfluss auf die Weigerung, sodass ein Beschluss gem. Abs. 1 ergehen kann.
- 6 **e) Rechtliches Gehör.** Vor Erlass des Beschlusses gem. Abs. 1 muss dem Zeugen rechtliches Gehör gewährt werden; das Gericht muss dem Zeugen darlegen, dass seine Weigerung unzulässig ist und dass Ordnungsmittel und Kostenfolgen auf ihn zukommen.<sup>4</sup>
- 7 **f) Kosten; Ordnungsgeld.** Das Gericht hat dem Zeugen die durch seine Weigerung **verursachten Kosten** aufzuerlegen und gegen ihn ein **Ordnungsgeld** festzusetzen. Wegen der Einzelheiten wird auf § 380 verwiesen.
- 8 Die Festsetzung des Ordnungsmittels und der Ausspruch über die Kostenfolge haben **von Amts wegen** zu erfolgen, ohne dass es des **Antrages einer Partei** bedürfte. Auch kann keine Partei auf die Festsetzung des Ordnungsmittels verzichten; es kann aber die Partei, die den Zeugen benannt hat, auf diesen **verzichten** (§ 399), sodass er nicht mehr aussagen muss, es sei denn, die andere Partei verlangte gem. § 399 Hs. 2 die Vernehmung. Ist bis zum Zeitpunkt des Verzichts auf den Zeugen noch kein Beschluss über Ordnungsmittel und Kosten ergangen, so wird dadurch die Weigerung des Zeugen weder ungeschehen gemacht noch ihre Rechtmäßigkeit hergestellt; da aber das Ordnungsmittel seinem materiellen Wesen nach Ordnungswidrigkeit ist (→ § 380 Rn. 10),<sup>5</sup> kann das Gericht analog § 47 OWiG von einer Festsetzung absehen.<sup>6</sup> Auf den Ausspruch der Kostenfolge kann keine Partei allein verzichten, da erst bei Rechtskraft des Urteils feststeht, welche Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, zu deren Lasten in solchem Falle dann auch die durch die Weigerung des Zeugen verursachten Kosten gehen (→ § 380 Rn. 5). Erfolgt der Verzicht auf den Zeugen nach Erlass des Beschlusses über Ordnungsgeld und Kosten, so hat der Verzicht keinen Einfluss auf die Vollstreckung des Ordnungsmittels; auch die Anordnung der Kostenfolge bleibt bestehen.<sup>7</sup>
- 9 Zugleich mit dem Beschluss über Ordnungsmittel und Kostenfolge ist ein **(neuer) Termin zur Fortsetzung der Beweisaufnahme** zu bestimmen (§ 368). Dass bis zu diesem Termin die Vollstreckung des Ordnungsmittels begonnen hätte, ist nicht Voraussetzung für dessen Abhaltung. Die bloße Verkündung des neuen Termins – auch in Anwesenheit des Zeugen – genügt nicht; der Zeuge ist zu laden (arg. e contrario aus § 218). Auch die **neuerliche Ladung** muss dem § 377 entsprechen. Erscheint der Zeuge zum neuen Termin nicht, so ist gem. § 380 zu verfahren,<sup>8</sup> denn § 380 und § 390 stehen unabhängig nebeneinander,<sup>9</sup> nicht etwa verbraucht § 380 Abs. 1 den § 390 Abs. 1. Erscheint der Zeuge im ersten Termin nicht und ergeht ein Beschluss gem. § 380 Abs. 1, erscheint er dann im zweiten Termin und verweigert begründungslos die Aussage, so kann nicht sogleich gem. § 390 Abs. 2 vorgegangen werden, vielmehr findet im zweiten Termin § 390 Abs. 1 Anwendung.<sup>10</sup> Auch gegen den zwangsweise vorgeführten Zeugen (Abs. 2), der begründungslos die Aussage verweigert, muss gem. § 390 Abs. 1 vorgegangen werden; er kann zum neuen Termin zur Beweisaufnahme (dem dritten) wiederum, dh zum zweiten Mal, vorgeführt werden.
- 10 Der **Beschluss** über Ordnungsmittel und Kostenfolge ist gem. § 329 Abs. 1 **zu verkünden** und dem Zeugen gem. § 329 Abs. 3 von Amts wegen zuzustellen. Den Parteien ist der Beschluss ebenfalls gem. § 329 Abs. 3 zuzustellen,<sup>11</sup> weil auch sie im Grundsatz, dh nach einer Kostenfestsetzung (→ § 380 Rn. 8), aus dem Beschluss vollstrecken können.

<sup>4</sup> BGHSt 28, 240 (259) = NJW 1979, 1212.

<sup>5</sup> OLG Hamm VRS 41 (1971), 283; Göhler OWiG Vor § 1 Rn. 40 und § 59 Rn. 66; vgl. auch BVerfGE 20, 323 (331) = NJW 1967, 195 (196).

<sup>6</sup> Dahs NSTZ 1983, 184.

<sup>7</sup> Stein/Jonas/Berger Rn. 4.

<sup>8</sup> AA Wieczorek/Schütze/Ahrens Rn. 5: sein Verhalten ist ein Beharren auf der Weigerung, so dass gem. § 390 Abs. 2 vorgegangen werden muss.

<sup>9</sup> Vgl. auch zu §§ 51, 70 StPO Löwe/Rosenberg/Ignor/Bertheau StPO § 70 Rn. 1; KK-StPO/Pelchen StPO § 70 Rn. 1.

<sup>10</sup> AA wohl Wieczorek/Schütze/Ahrens Rn. 5.

<sup>11</sup> Zöller/Greger Rn. 5.