

Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag

von

Prof. Dr. Tobias Lettl, Prof. Dr. Jörg Fritzsche, Prof. Dr. Benedikt Buchner, Prof. Dr. Christian Alexander

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 67105 0

Zu [Inhaltsverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Verpflichtete darf also durch die Pflicht zur Auskunftserteilung nicht unbillig belastet werden. In diesem Rahmen sind Zumutbarkeitserwägungen anzustellen, in die dann die Gefahr der Selbstbezeichnung als Gesichtspunkt einfließen kann. Im Arbeitsverhältnis beschreibt man die Auskunftspflicht bisweilen mit etwas anderen Obersätzen, aber in der Sache vergleichbar.⁴⁰ Man greift auf die Grundsätze des Fragerechts des Arbeitgebers im Begründungsstadium des Arbeitsverhältnisses in modifizierter Weise zurück.⁴¹ Der Arbeitnehmer muss also zutreffend Auskunft geben, wenn der Arbeitgeber für die Informationserhebung ein berechtigtes, billigenwertes Interesse hat und die zutreffende Beantwortung der entsprechenden Fragen dem Arbeitnehmer zumutbar ist. Seit dem 1.9.2009 ist ferner § 32 Abs. 1 BDSG zu beachten.

Außerhalb des gegenständlichen Anwendungsbereichs des § 666 BGB stellt mithin die Unzumutbarkeit für den vermeintlich Auskunftsverpflichteten eine Schranke der vertraglichen Auskunftspflicht dar. Für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Auskunftspflichtung müssen alle Umstände des jeweiligen Falles berücksichtigt werden. Dabei sind nicht nur die Beziehungen zwischen den Vertragsparteien zu würdigen, sondern darüber hinaus weitere Rechtsverhältnisse in den Blick zu nehmen, insbesondere zu staatlichen Behörden und deren mögliches Verfolgungsinteresse. Daher kann man die Frage, ob eine Pflicht zur Auskunft dem Pflichtigen zugemutet werden kann, nicht unabhängig davon beantworten, ob die erlangte Information von staatlichen Behörden für die Zwecke eines Straf- oder Bußgeldverfahrens verwendet werden darf. Bejaht man dies, erscheint die Zumutbarkeit der Auskunft in einem anderen Licht als im entgegengesetzten Fall.⁴² Diese Überlegung würde die Konfliktlage zwischen Auskunft und Schutz gegen Selbstbezeichnung bereits auf der Ebene der Pflichtenstellung der Vertragsparteien zu lösen versuchen. Ein Auskunftsanspruch würde etwa schon dann abgelehnt werden, wenn sich der auf Auskunft in Anspruch Genommene in einer solchen Konfliktlage befindet oder diese jedenfalls glaubhaft darlegen könnte. Dies aber berücksichtigte nicht hinreichend die berechtigten Interessen des die Informationen benötigenden Vertragspartners, dem diese nur deshalb versagt würden, weil die Informationen für den Auskunftsgeber strafrechtlich Relevantes enthüllen. Eine solch weitgehende Beschränkung der berechtigten Interessen des Vertragspartners, der auf die Informationen angewiesen ist, um Ansprüche zu sichern oder Schaden von sich abzuwenden, erscheint ebenfalls bedenklich. Die beschriebene Konfliktlage kann also nicht auf der Ebene der Pflichtenstellung entschärft werden, sondern nur dann, wenn man die Informationen für weitergehende und den Auskunftsverpflichtigen erheblich belastende Zwecke sperrt. Dies führt zu einem Beweisverwertungsverbot.

Damit wendet sich der Blick auf Vorschriften, die im zivilrechtlichen Bereich solche Beweisverwertungsverbote normieren. Dies trifft zunächst auf Vorschriften aus dem Bereich des sogenannten geistigen Eigentums zu, etwa § 101 Abs. 8 UrhG, § 19 Abs. 8 MarkenG, § 140b Abs. 8 PatG, § 24b Abs. 8 GebrMG und § 46 Abs. 8 GeschmMG. Diese sollen gesetzlich normierte Auskunftspflichten des Rechtsverletzers strafprozessual absichern. Diese Vorschriften stammen freilich aus einem Rechtsgebiet, dessen Wertungen nicht ohne weiteres auf vertragliche Auskunftspflichten übertragen werden können und haben überdies deliktsrechtsähnlichen Charakter. Für vertragliche Auskunftspflichten liegt es daher näher, die durch das Patientenrechtegesetz neu eingeführte Vorschrift des § 630c Abs. 2 S. 3 BGB und dessen Vorbild, § 97 Abs. 1 S. 3 InsO, zu beleuchten.

⁴⁰ S. aber auch *Boemke* AR-Blattei SD 320, Auskunftspflicht Rn. 17 (Loseblatt Stand: November 1997) mwN zur Rechtsprechung.

⁴¹ Vgl. BAG NZA 1996, 637.

⁴² Ebenso *Theile* StV 2011, 381 (383): „Wechselwirkung“.

IV. Entschärfung der Konfliktlage zwischen Auskunftspflicht und Schutz gegen Selbstbeziehung: Analoge Anwendung des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO bzw. § 630c Abs. 2 S. 3 BGB?

1. Das strafprozessuale Beweisverwertungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO

a) Die verfassungsrechtliche Grundlage der Vorschrift

§ 97 Abs. 1 S. 3 InsO beruht auf verfassungsrechtlichen Erwägungen des Gesetzgebers und geht zurück auf eine Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1981.⁴³ Das BVerfG hatte die nach der damals geltenden Gesetzeslage unbeschränkte Aussagepflicht des Gemeinschuldners zu beurteilen, die durch die Anordnung von Beugemitteln abgesichert war. Nach Auffassung des BVerfG greift ein mit weitgehenden Aussagepflichten verbundener Zwang zur Selbstbeziehung in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Aussagepflichtigen ein.⁴⁴ Dieser Eingriff ist jedoch nach Auffassung des Gerichts gerechtfertigt zum Schutz der berechtigten Interessen der Gläubiger des Gemeinschuldners; zur ordnungsgemäßen Abwicklung des Konkurses sind diese wie die Verfahrensorgane auf die Informationen des wesentlichen Informationsträgers, des Gemeinschuldners angewiesen.⁴⁵ Unverhältnismäßig wäre allerdings eine mit Zwangsmitteln abgesicherte Auskunftspflicht des Gemeinschuldners dann, wenn die Strafverfolgungsbehörden auf die von diesem offenbarten Informationen ohne weiteres zugreifen könnten. Daher verlangt das BVerfG zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Aussagepflichtigen ein strafprozessuales Beweisverwertungsverbot, wenn seine unter Androhung von Zwangsmitteln herbeigeführten Selbstbezeichnungen gegen seinen Willen der engeren Zweckbestimmung der Aussagepflicht entzogen und in Straf- oder Bußgeldverfahren verwendet werden könnten.⁴⁶

Diese Linie hat das BVerfG in weiteren Entscheidungen beibehalten.⁴⁷ So hat das BVerfG es beispielsweise nicht beanstandet, dass in einem Strafverfahren wegen unerlaubter Entfernung vom Unfallort nach § 142 StGB gegen den Versicherungsnehmer dessen Angaben gegenüber seiner Kfz-Haftpflichtversicherung verwertet werden.⁴⁸ Entscheidend war hierbei für das BVerfG, dass die Angaben, zu denen der Versicherungsnehmer im Rahmen seines Versicherungsvertrags verpflichtet ist, nicht mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden und diesem als einzigem Nachteil bei Falschangaben die Kündigung des Versicherungsvertrags und damit der Verlust des Versicherungsschutzes droht.⁴⁹ Entsprechend dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben hat der Gesetzgeber die Auskunftspflicht des Gemeinschuldners in § 97 Abs. 1 S. 3 InsO mit einem Beweisverwertungsverbot für den Fall abgesichert, dass der Gemeinschuldner mit der Verwendung der aufgrund seiner insolvenzrechtlichen Auskunftspflicht dem Insolvenzgericht erteilten Informationen im Straf- oder Bußgeldverfahren nicht einverstanden ist.⁵⁰

b) Übertragbarkeit auf vertragliche Auskunftspflichten?

Das BVerfG stellt also entscheidend auf die Zwangsmittel ab, mit denen die Auskunftspflicht durchgesetzt werden kann. Insoweit muss man doch erhebliche Unterschiede zwi-

⁴³ BVerfG NJW 1981, 1431.

⁴⁴ BVerfG NJW 1981, 1431 (1433).

⁴⁵ BVerfG NJW 1981, 1431, (1432).

⁴⁶ BVerfG NJW 1981, 1431, (1433).

⁴⁷ S. beispielsweise BVerfG NStZ 1995, 599; NJW 1999, 779; wistra 2004, 19; WM 2008, 989.

⁴⁸ BVerfG NStZ 1995, 599; ebenso KG NZV 1994, 403 (404); OLG Celle NJW 1985, 640; aA OLG Celle NStZ 1982, 393.

⁴⁹ BVerfG NStZ 1995, 599.

⁵⁰ Zur Reichweite von § 97 Abs. 1 S. 3 InsO s. Bader NZI 2009, 416.

schen der Auskunftspflicht des Schuldners im Insolvenzverfahren und vertraglichen Auskunftspflichten konstatieren. Das Insolvenzgericht kann vom Schuldner nach § 98 Abs. 1 InsO die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung verlangen und ihn nach § 98 Abs. 2 InsO zwangsweise vorführen und unter bestimmten Voraussetzungen in Haft nehmen lassen sowie nach § 100 InsO eine Postsperrung anordnen. Eine vertragliche Auskunftspflicht ist auf eine unvertretbare Handlung gerichtet und wird daher nach § 888 Abs. 1 ZPO vollstreckt.⁵¹ Der Gläubiger muss also zunächst einen vollstreckbaren Titel auf Auskunft erlangt haben und sodann beim Prozessgericht der ersten Instanz die Verhängung von Zwangsgeld oder subsidiär Zwangshaft beantragen. Die Zwangsmittel kommen also bei Auskunftspflichten im Rahmen vertraglicher Beziehungen erst in einem zeitlich wesentlich späteren Stadium und damit nicht unmittelbar zum Tragen. Dies markiert einen deutlichen Unterschied zur Situation des auskunftspflichtigen Schuldners im Insolvenzverfahren. Erst wenn der Auskunftsberechtigte die Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO tatsächlich betreibt, dürfte die Interessenlage der jeweils Auskunftspflichtigen insoweit vergleichbar sein.⁵² Das bloße Bestehen einer vertraglichen Auskunftspflicht verursacht keine dementsprechende Zwangswirkung. Außerdem geht es Gläubigern vertraglicher Auskunftsansprüche häufig gar nicht um die Auskunft als solche, sondern um einen Anknüpfungspunkt für einen Schadensersatzanspruch – eine Vermutung, welche das eingangs analysierte Fallmaterial belegt, bei dem das Begehren von Schadensersatz eine nicht unerhebliche Rolle spielt (siehe oben II. 2.). Insgesamt dürften also vertragliche Auskunftspflichten als solche den im Rahmen von Versicherungsverhältnissen erbetenen Angaben wesentlich näher stehen, bei deren Falschangabe der Versicherungsnehmer in aller Regel nur den Verlust des Versicherungsschutzes riskiert.⁵³ Wegen dieser doch nur sehr mittelbaren Zwangswirkung vertraglicher Auskunftspflichten wird man die hinter § 97 Abs. 1 S. 3 InsO stehende Wertung nicht auf vertragliche Auskunftspflichten übertragen können. Insoweit scheidet eine analoge Anwendung aus.⁵⁴

2. Das Beweisverwertungsverbot des § 630c Abs. 2 S. 3 BGB

a) Regelungsgehalt der Vorschrift

Nun hat allerdings der Gesetzgeber mit § 630c Abs. 2 S. 3 BGB ein weiteres Beweisverwertungsverbot im Zusammenhang mit Auskunftspflichten eingeführt – und dies sogar im Rahmen eines Vertragsverhältnisses, nämlich des ärztlichen Behandlungsvertrags. Die Vorschrift ist § 97 Abs. 1 S. 3 InsO nachgebildet und steht im Zusammenhang mit der Pflicht des Behandelnden, den Patienten über eigene und fremde Behandlungsfehler zu informieren, wenn dies der Patient wünscht oder wenn dies zur Abwendung von Gesundheitsgefahren notwendig ist (§ 630c Abs. 2 S. 2 BGB). Mit dieser Pflicht des Behandelnden zur Fehleroffenbarung betritt der Gesetzgeber Neuland, weil die Rechtsprechung eine solche Pflicht im Rahmen des ärztlichen Behandlungsvertrags bislang noch nicht ausdrücklich anerkannt hatte.⁵⁵ Erfüllt der Arzt diese Pflicht zur Fehleroffenbarung und teilt dem

⁵¹ HM, s. nur Stein/Jonas/Brehm ZPO, 22. Aufl. 2004, § 888 Rn. 5; Erman/Berger BGB, 13. Aufl. 2011, § 666 Rn. 17; MüKoZPO/Gruber, 4. Aufl. 2012, § 888 Rn. 3; aA Rieble ZIP 2003, 1273 (1280), der bei Dienstverträgen § 888 Abs. 3 ZPO für anwendbar hält.

⁵² Vgl. auch BGH NJW 1991, 2844 Rn. 24 für § 807 ZPO aF; zur Nachfolgevorschrift des § 802c ZPO s. Weiß NJW 2014, 503.

⁵³ BVerfG NStZ 1995, 599.

⁵⁴ Ebenso im Ergebnis LG Hamburg BeckRS 2011, 01653, unter II.2c; OLG Karlsruhe NStZ 1989, 287; Wimmer, FS Imme Roxin, 2012, 537 (549); grundlegend Stürmer NJW 1981, 1757 (1759 ff.); für analoge Anwendung des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO Böhm WM 2009, 1923 (1927 f.); ähnlich Bittmann/Molkenbührer wistra 2009, 373 (377 f.); für Beweisverwertungsverbot aus grundrechtlichen Erwägungen Theile StV 2011, 381 (384); ähnlich Kleuser, Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes, 1995, S. 168 ff.; Weiß NJW 2014, 503 zu § 802c ZPO.

⁵⁵ MüKoBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 824, 866 mwN.

Patienten einen eigenen Behandlungsfehler auf dessen Wunsch oder zur Abwendung gesundheitlicher Gefahren für den Patienten mit, besteht für den Behandelnden die Gefahr, dass er sich gleichzeitig einer Straftat bezichtigt. Der entgegen den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommene Heileingriff erfüllt regelmäßig den objektiven Tatbestand der Körperverletzung, der in diesen Fällen dann regelmäßig in Form der Fahrlässigkeit verwirklicht wäre.⁵⁶ Wegen dieses engen Zusammenhangs hat der Gesetzgeber mit § 630c Abs. 2 S. 3 BGB ein Beweisverwertungsverbot normiert: Die Informationen, die der Patient erlangt, dürfen nur mit Zustimmung des auskunftspflichtigen behandelnden Arztes für ein Strafverfahren oder ein Verfahren nach dem OWiG verwendet werden. Der Gesetzgeber begründet dies ausdrücklich mit dem nemo-tenetur-Grundsatz: Es solle gewährleistet werden, dass dem Behandelnden aus der Offenlegung eigener Fehler, die gegebenenfalls straf- oder bußgeldrechtlich relevant sein können, keine unmittelbaren straf- oder bußgeldrechtlichen Nachteile erwachsen.⁵⁷

b) Vergleichbare Interessenlage

Eine analoge Anwendung des § 630c Abs. 2 S. 3 BGB auf andere vertragliche Auskunftspflichten setzt eine vergleichbare Interessenlage und eine planwidrige Regelungslücke voraus. Die Interessenlage bei der in § 630c Abs. 2 S. 2 BGB durch den Gesetzgeber normierten Pflicht des Arztes zur Auskunft über eigene Behandlungsfehler ist durchaus vergleichbar mit derjenigen anderer Dienstleistungserbringer. In all diesen Fällen kann der Auskunftspflichtige in den Konflikt geraten, dass zutreffende Auskunft straf- oder bußgeldrechtlich relevant sein kann und daher der nemo-tenetur-Grundsatz betroffen ist. Soweit die Auskunftspflicht auf § 666 BGB beruht, entspricht es ferner der ganz herrschenden Auffassung, dass diese durch den nemo-tenetur-Grundsatz nicht eingeschränkt wird (siehe oben II. 1.). Soweit die Auskunftspflicht aus der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB entwickelt wird, erscheint es zwar denkbar, die Auskunftspflicht im Einzelfall einzuschränken, weil eine etwaige Selbstbelastung dem an sich Auskunftsverpflichteten nicht zugemutet werden kann (siehe oben III. 2.). Andererseits würde dies mit dem unter Umständen erheblichen Interesse des Auskunftsberechtigten kollidieren, die Information zu erlangen. Dieses Interesse dürfte bei straf- oder bußgeldrechtlich relevantem Verhalten des zur Auskunft verpflichteten Vertragspartners sogar von besonderem Gewicht sein. Wegen dieses besonderen und nicht anders aufzulösenden Konflikts hat der Gesetzgeber bei der erstmaligen Kodifikation des Rechts des ärztlichen Behandlungsvertrags in §§ 630a ff. BGB ein Beweisverwertungsverbot normiert.

Ein solches Beweisverwertungsverbot stellt nun auch kein Spezifikum des ärztlichen Behandlungsvertrags dar. Zunächst ist es demjenigen des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO nachgebildet, obwohl die Zwangsmittel zur Durchsetzung der Auskunftspflichten des Schuldners im Insolvenzverfahren wesentlich unmittelbarer und einschneidender ausgestaltet als in rein vertraglichen Rechtsbeziehungen (siehe oben IV. 1. b). Dies zeigt, dass der Grundgedanke des Gesetzgebers auf andere Rechtsverhältnisse mit vergleichbaren Eigenschaften übertragen werden kann. Es kommt hinzu, dass die Fehleroffenbarungspflicht im ärztlichen Behandlungsvertrag nur mit nicht unerheblichen Einschränkungen normiert wurde: Sie besteht nach § 630c Abs. 2 S. 2 BGB nur, wenn der Patient dies wünscht oder wenn ihm gesundheitliche Gefahren drohen. Es erscheint kaum vorstellbar, dass der Patient diese Auskunftspflicht unter Androhung von Zwangsmitteln durchsetzen wird. Die Konfliktlage für den auskunftspflichtigen Arzt ähnelt also derjenigen anderer aufgrund vertraglicher Beziehung Auskunftspflichtiger, bei denen die zwangsweise Durchsetzung der Auskunftspflicht ebenfalls nicht im Vordergrund stehen dürfte. Schließlich ist zu bedenken,

⁵⁶ S. nur MüKoBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 757 mit Fn. 3467.

⁵⁷ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, BT-Drs. 17/10488, 22 li. Sp.

dass gerade die Pflicht des Arztes zur Auskunft über eigene Fehler in der Rechtsprechung vor der Kodifikation durch §§ 630a ff. BGB noch nicht ausdrücklich anerkannt war. Damit unterscheidet sich die Rechtslage bei Ärzten nicht unerheblich von derjenigen anderer freiberuflich Tätiger, bei denen die Rechtsprechung eine Pflicht zur Fehleroffenbarung bereits stärker entwickelt hatte (siehe oben I.). Wenn sich nun der Gesetzgeber dafür entscheidet, eine Fehleroffenbarungspflicht im Rahmen des ärztlichen Behandlungsvertrags zu normieren und diese durch ein Beweisverwertungsverbot abzusichern, muss dies dann erst recht für andere Vertragsverhältnisse mit insoweit vergleichbarem Leistungsinhalt gelten.

c) Nachträgliche durch die Normierung des § 630c Abs. 2 S. 2 und 3 BGB entstandene Regelungslücke

Die erforderliche planwidrige Gesetzeslücke ist hier nachträglich durch die Normierung des § 630c Abs. 2 S. 2 und 3 BGB – Fehleroffenbarungspflicht und darauf bezogenes Beweisverwertungsverbot – entstanden. Vorher enthielt lediglich § 666 BGB eine entsprechende Auskunftspflicht, die im Falle der Selbstbelastung aber wie vorstehend gezeigt gerade nicht entfällt (siehe oben II. 1. und III. 1.). Im Übrigen beruhen die vorstehend skizzierten Auskunftspflichten auf der richterrechtlichen Ausformung der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht des § 241 Abs. 2 BGB. Auf dieser Basis hat die Rechtsprechung für zahlreiche Verträge mit Dienstleistungs- bzw. Geschäftsbesorgungscharakter Auskunftspflichten entwickelt, allerdings ohne diese mit einem entsprechenden Beweisverwertungsverbot nach dem Vorbild des § 630c Abs. 2 S. 3 BGB abzusichern. Soweit in der Rechtsprechung auf ein solches hingewiesen wurde, um die Konfliktlage für den Auskunftspflichtigen bei der Begründung von Auskunftspflichten zu entschärfen, blieb allerdings regelmäßig unsicher, ob dies tatsächlich von den zuständigen Strafverfolgungsbehörden und diese kontrollierenden Gerichte beachtet würde.⁵⁸

Wenn aber nun der Gesetzgeber eine entsprechende Grundentscheidung für einen Vertragstypus trifft – wie bei § 630c Abs. 2 BGB, ist damit die Richtung der Konfliktlösung vorgegeben. Würde der Gesetzgeber weitere mit dem ärztlichen Behandlungsvertrag insoweit vergleichbare Verträge mit Dienstleistungs- bzw. Geschäftsbesorgungscharakter gesetzlich kodifizieren, müsste er sich an dieser Grundentscheidung für die Lösung des Konflikts zwischen Auskunftspflicht und Schutz vor Selbstbezeichnung messen lassen. Würde der Gesetzgeber beispielsweise die zum Recht des Anwaltsvertrags ergangene Rechtsprechung in Gesetzesform gießen, wie er dies mit dem ärztlichen Behandlungsvertrag nach §§ 630a ff. BGB getan hat, müsste er dort konsequenterweise eine Pflicht zur Fehleroffenbarung normieren, weil diese in der Rechtsprechung bereits anerkannt ist. Diese müsste dann aber nach den gesetzgeberischen Erwägungen zu § 630c Abs. 2 S. 3 BGB ebenso mit einem Beweisverwertungsverbot ausgestaltet sein – der nemo-tenetur-Grundsatz, auf den der Gesetzgeber dort maßgeblich abgestellt hat, gilt hier in gleicher Weise. Dies kann nun nicht anders beurteilt werden, wenn der Gesetzgeber aus Gründen der beschränkten Gesetzgebungskapazität von einer gesetzlichen Regelung absieht und die Weiterentwicklung der jeweils für die vertraglichen Rechtsbeziehungen maßgeblichen Rechtsregeln der Rechtsprechung überlässt. Damit entstand mit der Kodifikation des Rechts des Behandlungsvertrags nach §§ 630a ff. BGB und der gesetzlichen Festschreibung einer Fehleroffenbarungspflicht des Arztes und einem darauf bezogenen Beweisverwertungsverbot eine nachträgliche Regelungslücke im Hinblick auf alle mit dem Behandlungsvertrag vergleichbaren Verträge mit Dienstleistungs- bzw. Geschäftsbesorgungscharakter, in denen der Geschäftsbesorger/Dienstleister einer Auskunftspflicht ausgesetzt ist und es an einem entsprechenden Beweisverwertungsverbot bislang fehlte. Diese Rege-

⁵⁸ S. etwa LAG Hamm CCZ 2010, 237 Rn. 34; im Gegensatz dazu LG Hamburg BeckRS 2011, 01653 unter II.2c.

lungslücke kann nur durch eine analoge Anwendung des § 630c Abs. 2 S. 3 BGB geschlossen werden.

V. Zusammenfassung

1. Die Auskunftspflicht nach § 666 BGB bezieht sich gegenständlich auf alle mit der Ausführung des Geschäfts als solchem unmittelbar zusammenhängenden Informationen und wird in ihrer Reichweite nicht durch den Aspekt beschränkt, dass sich der Verpflichtete möglicherweise durch die Auskunft selbst beichtigen müsste.
2. Darüber hinaus beruht eine vertragliche Auskunftspflicht auf der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht des § 241 Abs. 2 BGB. Ein Auskunftsanspruch besteht nach ständiger Rechtsprechung, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang eines Rechts im ungewissen ist, er sich die zur Vorbereitung und Durchsetzung seines Anspruchs notwendigen Auskünfte nicht auf zumutbare Weise selbst beschaffen kann und der Verpflichtete die Auskunft unschwer, also ohne unbillig belastet zu sein, zu geben vermag. Aufgrund dieser bisherigen Rechtslage konnte der Gesichtspunkt des Schutzes vor Selbstbeichtigung zur Einschränkung einer Auskunftspflicht im Einzelfall führen.
3. Der Konflikt zwischen Auskunftspflicht und Schutz gegen Selbstbeichtigung kann im Rahmen vertraglicher Rechtsbeziehungen mit Dienstleistungs- bzw. Geschäftsbesorgungscharakter nach der Kodifikation des ärztlichen Behandlungsvertrags durch §§ 630a ff. BGB durch eine analoge Anwendung von § 630c Abs. 2 S. 3 BGB entschärft werden. Hierdurch wird den Interessen beider Vertragspartner Rechnung getragen: Der die Auskunft begehrende Vertragsteil erhält die benötigte Information. Diese kann aber nur dann in einem Straf- oder Bußgeldverfahren verwertet werden, wenn der Auskunftsverpflichtete damit einverstanden ist.

JÖRG FRITZSCHE*

Die Unlauterkeit im Sinne der UGP-Richtlinie nach der Rechtsprechung des EuGH

In den letzten Jahren hat *Helmut Köhler* sich häufig und intensiv mit der Auslegung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken (im Folgenden: UGP-Richtlinie) und der Umsetzung dieses für den unlauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutz in Deutschland so zentralen Rechtsakts beschäftigt¹ und dabei u. a. auf Probleme der unterschiedlichen Sprachfassungen der UGP-Richtlinie hingewiesen, die vor kurzem Gegenstand zweier Entscheidungen des EuGH² waren. Dies sei zum Anlass genommen, die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur UGP-Richtlinie und ihrer Systematik zu analysieren und abschließend der Frage nachzugehen, wann jenseits von Irreführung und aggressiven Geschäftspraktiken eine Unlauterkeit nach Art. 5 Abs. 2 UGP-Richtlinie in Betracht kommen könnte.

I. Der Wortlaut der UGP-Richtlinie als Ausgangspunkt

Nimmt man den Wortlaut der deutschen Sprachfassung als Ausgangspunkt, so ergibt die Analyse der Art. 5 ff. der UGP-Richtlinie im Ausgangspunkt das folgende Bild, das der EuGH inzwischen in ständiger Rechtsprechung³ betont:

Die Grundregelung der Unlauterkeit findet sich in Art. 5 UGP-Richtlinie, auch wenn man zu ihrem Verständnis die Definitionen aus Art. 2 UGP-Richtlinie benötigt. In Art. 5 Abs. 1 UGP-Richtlinie findet sich ein – dem deutschen § 3 Abs. 1 UWG sowie seinen Vorgängernormen ähnliches – grundsätzliches Verbot unlauterer Geschäftspraktiken, das in den weiteren Absätzen sowie den darin genannten Artikeln und im Anhang konkretisiert wird.

Der eigentlich Tatbestand der Unlauterkeit ist in Art. 5 Abs. 2 UGP-Richtlinie zu finden. Demnach besteht die Unlauterkeit aus zwei Elementen, nämlich a) einer den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widersprechenden Geschäftspraktik und b) deren Eignung, das wirtschaftliche Verhalten eines Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen.

Zur Konkretisierung verweisen schließlich Art. 5 Abs. 4 und 5 UWG auf die Art. 6 und 7 zu irreführenden Geschäftspraktiken bzw. Art. 8 und 9 zu aggressiven Geschäftspraktiken bzw. auf den Anhang I zur Richtlinie. Die in letzterem enthaltenen Geschäftspraktiken sind stets unlauter, ohne dass es einer weiteren Prüfung des Sorgfaltsverstößes bzw. der Eignung zur Beeinflussung des Verbraucherverhaltens bedarf.

Die besondere Behandlung bestimmter per se unlauterer Geschäftspraktiken nach Art. 5 Abs. 5 UGP-Richtlinie legt es nahe, dass es bei irreführenden bzw. aggressiven Geschäftspraktiken im Übrigen einer näheren Prüfung bedarf. Bestätigt wird dies durch den Wortlaut von Art. 6, 7 und 8 UGP-Richtlinie, wo jeweils der Tatbestand der fraglichen Prakti-

* Prof. Dr.; Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Regensburg.

¹ Vor allem *Köhler* GRUR 2012, 1073 und WRP 2013, 403.

² EuGH ABl. EU 2014 C 52, 13 = GRUR 2014, 196 – Trento Sviluppo/AGCM; GRUR Int. 2014, 592 – 4finance mAnm *Fritzsche/Röntgen* LMK 2014, 358227.

³ Grundlegend EuGH Slg. 2009, I-2949 Rn. 52 ff. = GRUR 2009, 599 – VTB-VAB und Galatea; zuletzt EuGH GRUR 2014, 196 Rn. 27 ff. – Trento Sviluppo/AGCM.

ken näher beschrieben wird. Diese Beschreibung kann man dahin charakterisieren, dass jeweils zunächst die Irreführung bzw. die aggressive Geschäftspraxis beschrieben wird, im Anschluss aber jeweils explizit auch das Erfordernis einer (zumindest) Eignung zur Beeinflussung der Verbraucherentscheidung genannt wird.

II. Anwendungsbereich der Richtlinie: Tatbestand der Geschäftspraxis

Die UGP-Richtlinie findet ihrem Art. 3 Abs. 1 zufolge Anwendung auf „unlautere Geschäftspraktiken im Sinne des Artikels 5 von Unternehmern gegenüber Verbrauchern vor, während und nach Abschluss eines ... Handelsgeschäfts“. In Art. 2 Buchst. d UGP-Richtlinie ist die Geschäftspraxis definiert als „jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Gewerbetreibenden, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts an Verbraucher zusammenhängt“.

Der Begriff der „Geschäftspraxis“ erfasst nach Art. 2 Buchst. d UGP-Richtlinie jede Maßnahme einschließlich Werbung und Marketing, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung von Produkten zusammenhängt. Die Art der Verhaltensweise ist also – wie auch im UWG – letztlich irrelevant, doch muss ein Zusammenhang mit dem Warenabsatz bzw. seiner Vorbereitung und Durchführung bestehen.⁴ Somit sind alle Maßnahmen erfasst, die den Verbraucher in die Geschäftsräume eines Unternehmers locken sollen.⁵ In eine ähnliche Richtung deuten auch die – rechtlich unverbindlichen – Hinweise der Europäischen Kommission in ihren „Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken“, in denen das Eintreiben von Kundenforderungen ebenso als relevante „after-sales practice“ angesehen wird wie das Nichteinlösen von Garantie- und Serviceversprechen oder die Behinderung bzw. Verzögerung des Wechsels eines Kunden zu einem anderen Anbieter.⁶

Da der Begriff der „geschäftlichen Entscheidung“ des Verbrauchers aus Art. 2 Buchst. k der UGP-Richtlinie, der ins nationale Recht nicht übernommen wurde, sehr weit ist und „jede Entscheidung eines Verbrauchers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er einen Kauf tätigen, eine Zahlung insgesamt oder teilweise leisten, ein Produkt behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit dem Produkt ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher beschließt, tätig zu werden oder ein Tätigwerden zu unterlassen;“ erfasst, können sowohl die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Verbraucher als auch die Abwehr von Ansprüchen, die dieser geltend macht, erfasst werden. Macht der Unternehmer unberechtigt Ansprüche geltend oder lehnt er die Erfüllung bestehender Ansprüche des Verbrauchers zu Unrecht ab, erfüllt dies im Regelfall den Tatbestand der Irreführung, da es auf ein Verschulden nicht ankommt. Der EuGH hat inzwischen bestätigt, dass der Begriff der „geschäftlichen Entscheidung“ sehr weit zu verstehen ist, und darauf hingewiesen, dass er über den Erwerb oder Nichterwerb von Produkten hinaus auch alle damit unmittelbar zusammenhängenden Entscheidungen erfasst, zu denen bereits vorbereitende Entschlüsse wie diejenige gehören, ein Geschäft zu betreten oder dies nicht zu tun.⁷ Dies ist ausdrücklich zu begrüßen,⁸ weil andernfalls

⁴ EuGH Slg. 2011, I-5835 Rn. 30 f. = GRUR Int. 2011, 853 – Wamo/JBC und Modemakers Fashion; GRUR 2013, 1245 Rn. 39 ff. – RLvS/Stuttgarter Wochenblatt (GOOD NEWS).

⁵ EuGH Slg. 2011, I-5835 Rn. 30 f. = GRUR Int. 2011, 853 – Wamo/JBC und Modemakers Fashion.

⁶ Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen – Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, SEK(2009) 1666, 7 (unter 1.1), abrufbar (Stand 1.5.2014) unter http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/document/index_en.htm.

⁷ EuGH GRUR 2014, 196 Rn. 35 ff. – Trento Sviluppo/AGCM.

⁸ Ebenso Köhler WRP 2014, 249 (260).