IUS INFORMATIONIS

Das einheitliche Recht auf Information

Gregor Roth

IUS INFORMATIONIS

EUROPÄISCHE SCHRIFTENREIHE ZUM INFORMATIONSRECHT
HRSG. VON ULRICH SIEBER

Band 18

Carl Heymanns Verlag

Das einheitliche Recht auf Information

– Ein Beitrag zur Institutionenbildung –

von

Dr. Gregor Roth

2006

Bibliographische Angaben Der Deutschen Nationalbibliothek (http://d-nb.info/979056993)

Titel:	Das einheitliche Recht auf Information : ein Beitrag zur Institutionenbildung
Autor:	Roth, Gregor
Reihe:	Ius informationis ; Bd. 18
Verleger:	Köln ; Berlin ; München : Carl Heymanns Verlag (Erstveröffentlichung)
Erscheinungsjahr:	2006
Umfang/Format:	XX, 354 S. : graph. Darst. ; 24 cm, 354 gr.
Hochschulschrift:	Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2004
ISBN/Einband/Preis:	3-452-26190-5 : Pp. : EUR 94.00, sfr 162.00
EAN:	9783452261908

Meiner Familie

Geleitwort

Ein zentrales Charakteristikum der Informationsgesellschaft ist die zunehmende Bedeutung von Information. Dies führt im Bereich des Rechts zu einem entsprechenden Bedeutungszuwachs der Ansprüche auf Information. Diese Ansprüche auf Information werden bisher allerdings ohne eine allgemeine Theorie in isolierter Weise geregelt und diskutiert.

Die vorliegende Arbeit entwickelt demgegenüber eine allgemeine Theorie der rechtlichen Ansprüche auf Information. Sie beginnt mit einer Analyse, was Information im Rechtssinne ist. Die vom Verfasser entwickelte Definition bildet dann den Ausgangspunkt für die Entwicklung der These vom einheitlichen Recht auf Information. Damit stellt der Autor statt der bisher diskutierten Vornahme einer bestimmten Leistungshandlung die Beseitigung einer rechtlich anerkannten Entscheidungsunsicherheit in den Mittelpunkt der Erfüllung von Informationsansprüchen. Dadurch gelingt es ihm, den Inhalt und die Erfüllung von Informationsansprüchen sehr viel präziser zu bestimmen als mit den bisherigen Ansätzen. Er zeigt, daß jeder Informationsanspruch alle Informationsmittel zur Erfüllung der Informationspflicht einschließt, weil dieser Anspruch vor allem auf die Herbeiführung einer bestimmten Entscheidungssicherheit und nicht nur auf die Vornahme bestimmter Handlungen gerichtet ist. Der Autor entwickelt damit die Dogmatik der bisher wenig geklärten Informationsansprüche in besonderer Weise weiter.

Ich wünsche der Arbeit, daß sie die Diskussion um den juristischen Informationsbegriff und die Dogmatik der Informationsansprüche weiterführt!

Freiburg, Januar 2006 *Ulrich Sieber*

Vorwort

Die Arbeit lag im Sommersemester 2004 der Fakultät Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation vor. Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand von Oktober 2005.

Ich danke Herrn Prof. Dr. *Heribert Hirte*, LL.M (Berkeley) für die Unterstützung bei der Bearbeitung dieses Themas, insbesondere durch die stets wohlwollende, weiterführende und in schwierigen Phasen auch ermutigende Kritik, die fachkundigen Hinweise und die Förderung sowohl in persönlicher als auch fachlicher Hinsicht während meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl. Dank schulde ich auch den Mitarbeitern des Lehrstuhls Dr. *Hilke Herchen*, *Marko Groß* und Dr. *Jens Stühmer*, die gerade in der schwierigen Anfangsphase der Arbeit immer für eine Diskussion zur Verfügung standen. Bei *Andreas Stoll* und *Adrian Knoth* bedanke ich mich für die mühevolle, tatkräftige und zügige Korrektur des Manuskriptes. Herrn Prof. Dr. *Hans-Bernd Schäfer* danke ich ferner für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Der Hauptdank gebührt jedoch meiner Familie, die durch ihre Unterstützung in jeder Hinsicht es mir überhaupt erst ermöglicht hat, diese Arbeit zu vollenden. Ihr widme ich daher diese Arbeit.

Bad Berka, im Oktober 2005 *Gregor Roth*

Inhaltsübersicht

Geleitwort VII

Vorwort IX

A. Einleitung 1

I. Inhalt der Untersuchung 1

II. Gang der Untersuchung 3

B. Informationsbegriff 5

I. Informationsverständnis allgemein 6

1. Umgangssprachliches Verständnis 6
2. Wissenschaftliches Verständnis 8
3. Zusammenfassung 13

II. Juristische Begriffsbildung 15

1. Historische Entwicklung 15
2. Gegenwart 17
3. Zusammenfassung 32

III. Zwischenergebnis und Ausgangsthesen 33

IV. Konkretisierung des Informationsbegriffs 34

1. Informationsbegriff 34
2. Zwischenergebnis 42
3. Notwendige Begriffsabgrenzung 42

C. Umsetzung des Informationsbegriffs im Recht 47

I. Subjektivität von Information 48

1. Maßgeblichkeit des Empfängerhorizonts 49
2. Informationsbedürfnis 51
3. Verarbeitungslast 52

II. Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts 53

1. Reduktion 53
2. Ungewißheit 86
3. Zusammenfassung 90

III. Informationsbedürfnis als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal 92

1. Lehre vom Informationsbedürfnis 93
2. Kritik an der Lehre vom Informationsbedürfnis 93
3. Stellungnahme 97
4. Verallgemeinerung der Lehre vom Informationsbedürfnis 99
5. Zwischenergebnis 109
6. Praktische Verankerung des Informationsbedürfnisses 110

IV. Zuweisung der Verarbeitungslast 115
1. Elemente der Verarbeitungslast 115
2. Zuweisungskriterien bei einzelnen Leistungsformen von Information 123
3. Fazit 156

V. Rangverhältnis zwischen den einzelnen Informationsformen? 159
1. Verhältnis zwischen Auskunft und Einsicht 159
2. Verhältnis zwischen spontanen und reaktiven Informationspflichten 173
3. Fazit 176

D. These vom einheitlichen Recht auf Information 177

I. Vorüberlegungen 177

II. These 180

III. Konkretisierung und Abgrenzung 183
1. Grundvoraussetzung: Anspruch auf Information 183
2. Informationsrecht des Handelsvertreters gem. § 87c HGB 187
3. Informationssystem in der (börsennotierten) Aktiengesellschaft 190

IV. Zweifelsfragen 211
1. Rechtsprechung 212
2. Schrifttum 215
3. Zusammenfassung 216

V. Wahl des Informationsmittels 217
1. Vorgabe durch die Information gewährende Norm 217
2. Fehlende Vorgaben durch die Information gewährende Norm 219
3. Zusammenfassung 247

VI. Fazit 248

E. Erfüllung von Informationspflichten 249

I. Umfang der Informationspflicht 250
1. Bestimmung der Informationsmenge 250
2. Negative Begrenzung 253

II. Pflichten des Informationsschuldners 275
1. Bestimmung des Empfängerhorizonts und Informationsbedürfnisses 275
2. Pflichten aufgrund Zuweisung der Informationsinitiierung 278
3. Informationsbeschaffungspflicht 279
4. Informationsaufbewahrungspflicht 287
5. Leistungspflicht: Handlung oder Erfolg? 291
6. Informationsvorgang 293

III. Obliegenheiten des Informationsgläubigers 299
1. Unerkennbares Nichtverstehen 299
2. Fehlen der Aufnahmebereitschaft 301

IV. Ausübungsgrenzen des Informationsrechts 307
1. Unmöglichkeit 307
2. Allgemeine Ausübungsschranken 314

F. Schlußbemerkung 317

Zusammenfassung 321

Summary 323

Résumé 325

Abkürzungen 327

Literatur 329

Sachregister 349

Inhalt

Geleitwort VII

Vorwort IX

Inhaltsübersicht XI

Inhalt XV

A. Einleitung 1

I. Inhalt der Untersuchung 1

II. Gang der Untersuchung 3

B. Informationsbegriff 5

I. Informationsverständnis allgemein 6

1. Umgangssprachliches Verständnis 6
2. Wissenschaftliches Verständnis 8
3. Zusammenfassung 13

II. Juristische Begriffsbildung 15

1. Historische Entwicklung 15
   a. Frankreich und England 15
   b. Deutschland 16
   c. Zusammenfassung 16
2. Gegenwart 17
   a. Informationsbegriffe der Legislative 18
      aa. Bundesumweltinformationsgesetz 18
      bb. Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) 21
      cc. Informationsfreiheitsgesetze der Länder 22
      dd. Zusammenfassung 22
   b. Informationsbegriffe in der rechtswissenschaftlichen Literatur 23
      aa. Steinmüller 23
      bb. Egloff/Werkmeister 24
      cc. Sieber 25
      dd. Steinbuch 25
      ee. Beyer 26
      ff. Reisinger 27
      gg. Mansel 28
      hh. Zöllner 29
      ii. Druey 30
      jj. Zusammenfassung 31
3. Zusammenfassung 32

III. Zwischenergebnis und Ausgangsthesen 33

IV. Konkretisierung des Informationsbegriffs 34
1. Informationsbegriff 34
a. Ungewißheit 36
b. Kommunikation 37
c. Zwischen Menschen 38
d. Reduktion 40
e. Ursache oder Wirkung? 40
2. Zwischenergebnis 42
3. Notwendige Begriffsabgrenzung 42
a. Signal, Datum, Nachricht, Zeichen 42
b. Verursachende Impulse 43
c. Übertragungsvorgang 43
aa. Medienproblem 44
bb. Zugangsproblem 44
cc. Publizität 45
d. Information im weiten Sinn 45

C. Umsetzung des Informationsbegriffs im Recht 47

I. Subjektivität von Information 48
1. Maßgeblichkeit des Empfängerhorizonts 49
a. Leistungsbestimmung und divergierende Informationsinteressen 49
b. Leistungsbewirkung 50
c. Bedeutung des maßgeblichen Empfängerhorizonts 51
2. Informationsbedürfnis 51
3. Verarbeitungslast 52

II. Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts 53
1. Reduktion 53
a. Allgemein 53
b. Rechtliche Erfassung/ Handhabung 55
c. Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts 58
aa. Einzelempfänger 58
(1) Anspruch auf Auskunft 58
(2) Anspruch auf Einsicht 60
(3) Spontane Informationspflicht 61
(4) Grundsatz und Einschränkung 63
bb. Vielzahl von Empfängern 63
(1) Grundsatz 64
(2) Schwächstes Glied als Maßstab? 66
(3) Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit tatsächlicher Kenntnis nahme verschiedener Empfängerkreise? 69
(4) Bereichsöffentlichkeit und maßgeblicher Empfängerhorizont 71
(5) Individualanspruch eines unbekannten Einzelempfängers 72
(6) Besonderheit Einsichtsrecht 73
cc. Sonderfall: Kollektivrecht 73
(1) Regelungskonzept des § 90 AktG 75
(2) Generalisierung 86
2. Ungewißheit 86
a. Allgemeines 86
b. Rechtliche Erfassung/Handhabung 88
c. Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts 89

3. Zusammenfassung 90

III. Informationsbedürfnis als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal 92

1. Lehre vom Informationsbedürfnis 93
2. Kritik an der Lehre vom Informationsbedürfnis 93
3. Stellungnahme 97
4. Verallgemeinerung der Lehre vom Informationsbedürfnis 99
   a. Funktionale Betrachtung 99
   b. »Stammrecht« 100
      aa. Treuhandverhältnis und Fremdnützigkeit von Sonderrechts–verhältnissen 101
      bb. Fehlen einer Sonderrechtsbeziehung 102
      cc. Zweifelsfälle 103
         (1) Aufklärungspflichten 104
         (2) Auskunftspflichten 107
         (3) Fazit 108
5. Zwischenergebnis 109
6. Praktische Verankerung des Informationsbedürfnisses 110
   a. Reaktive Informationspflichten 111
   b. Spontane Informationspflichten 113

IV. Zuweisung der Verarbeitungslast 115

1. Elemente der Verarbeitungslast 115
   a. Verknüpfung und Aufbereitung 115
   b. Pflicht zur Selektion 116
   c. Zeit- und Formfaktor 117
   d. Ergebnis 120
   e. Sondergesichtspunkt: Informationsinitiierung 122
2. Zuweisungskriterien bei einzelnen Leistungsformen von Information 123
   a. Auskunft 124
      aa. Selektion, Verknüpfung und Aufbereitung 125
      bb. Zeit- und Formfaktor 127
      cc. Vor- und Nachteile 130
   b. Einsicht 131
      aa. Unterlagenerrichtung im Interesse des Anspruchstellers? 131
      bb. Auswirkung auf die Zuweisung der Verarbeitungslast 138
      cc. Zeit- und Formatfaktor 146
      dd. Vor- und Nachteile 146
   c. Spontane Informationspflichten 148
      aa. Unterrichtung 149
      bb. Bericht 149
      cc. Aufklärung 151
      dd. Warnung 152
      ee. Zeit- und Formfaktor 152
      ff. Vor- und Nachteile 153
   d. Beratung, Rat und Empfehlung 154
      aa. Selektion, Verknüpfung, Aufbereitung 156
      bb. Zeit- und Formfaktor 156
      cc. Vor- und Nachteile 156
3. Fazit 156

V. Rangverhältnis zwischen den einzelnen Informationsformen? 159
1. Verhältnis zwischen Auskunft und Einsicht 159
a. Rechtsprechung 160
b. Literatur 163
aa. Informationsrechte von (GmbH-)Gesellschaftern 163
bb. Stürners Ansatz eines allgemeinen Informationsanspruchs 166
c. Stellungnahme 168
d. Rangordnung aufgrund der Wertung des § 87c HGB? 171
2. Verhältnis zwischen spontanen und reaktiven Informationspflichten 173
3. Fazit 176

D. These vom einheitlichen Recht auf Information 177

I. Vorüberlegungen 177

II. These 180

III. Konkretisierung und Abgrenzung 183
1. Grundvoraussetzung: Anspruch auf Information 183
2. Informationsrecht des Handelsvertreters gem. § 87c HGB 187
3. Informationssystem in der (börsennotierten) Aktiengesellschaft 190
a. Exkurs: Umfang des Auskunftsrechts 191
b. Substituierung der Einsicht durch Publizität- und Prüfungspflichten 201
aa. Beispiel: Rechnungslegung 202
bb. Generalisierung 206
c. Zusammenfassung 207

IV. Zweifelsfragen 211
1. Rechtsprechung 212
a. Ablehnend 212
b. Zustimmend 213
c. Zusammenfassung 214
2. Schrifttum 215
3. Zusammenfassung 216

V. Wahl des Informationsmittels 217
1. Vorgabe durch die Information gewährende Norm 217
2. Fehlende Vorgaben durch die Information gewährende Norm 219
a. Zuweisung der Informationsinitiierung 219
b. Initiativrecht des Gläubigers? 223
c. Konkrete Bestimmung der Informationsform mittels Interessenabwägung 226
aa. Rechtsprechung 227
bb. Schrifttum 229
cc. Stellungnahme 230
(1) Geeignetheit 232
(2) Erforderlichkeit 232
(a) Regeln zur Bestimmung des mildesten Mittels 233
(b) Belastungsberechung 241
(3) Zumutbarkeit 246
3. Zusammenfassung 247

VI. Fazit 248

E. Erfüllung von Informationspflichten . . . 249

I. Umfang der Informationspflicht . . . 250

1. Bestimmung der Informationsmenge . . . 250
2. Negative Begrenzung . . . 253
   a. Geschäftssphäre . . . 254
      aa. Geheimnis . . . 254
      bb. Betriebs- und Geschäftsgeheimnis . . . 255
         (1) Schutzgut . . . 256
         (2) Schrankenwirkung . . . 259
         (3) Zur Verschwiegenheit verpflichtete Sachverständige als »Informationsschleuse« . . . 262
      cc. Berufsgeheimnis . . . 268
      dd. Datenschutz . . . 269
      ee. Rechtsgeschäftliche Verschwiegenheitsvereinbarung . . . 270
   b. Personalsphäre . . . 272
   c. Verfahrensfragen . . . 274

II. Pflichten des Informationsschuldners . . . 275

1. Bestimmung des Empfängerhorizonts und Informationsbedürfnisses . . . 275
2. Pflichten aufgrund Zuweisung der Informationsinitiierung . . . 278
3. Informationsbeschaffungspflicht . . . 279
   a. Wertungskriterium: Schuldner . . . 280
   b. Wertungskriterium: Anspruchsgrundlage . . . 282
      aa. Beratung . . . 282
      bb. Auskunft . . . 283
      cc. Einsicht . . . 284
      dd. Spontane Informationspflichten . . . 286
4. Informationsaufbewahrungspflicht . . . 287
5. Leistungspflicht: Handlung oder Erfolg? . . . 291
6. Informationsvorgang . . . 293
   a. Reihenfolge der kommunizierten Zeichen . . . 294
      aa. Modell der semantischen Stufen . . . 294
      bb. Schlußfolgerungen . . . 295
   b. Qualität der kommunizierten Zeichen . . . 296

III. Obliegenheiten des Informationsgläubigers . . . 299

1. Unerkennbares Nichtverstehen . . . 299
2. Fehlen der Aufnahmebereitschaft . . . 301

IV. Ausübungsgrenzen des Informationsrechts . . . 307

1. Unmöglichkeit . . . 307
   a. Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB . . . 307
   b. Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 2 BGB . . . 309
   c. Unverhältnismäßigkeit nach § 242 BGB . . . 312
2. Allgemeine Ausübungsschranken . . . 314

F. Schlußbemerkung . . . 317

Zusammenfassung . . . 321

Summary . . . 323

Résumé . . . 325

Abkürzungen 327
Literatur 329
Sachregister 349

A. Einleitung

I. Inhalt der Untersuchung

Am 18.12.2000 verneinte der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs die Möglichkeit, formwechselnde Beschlüsse wegen der Verletzung bewertungsrelevanter Informations-, Auskunfts- und Berichtspflichten anzufechten.[1] Der BGH setzte damit einen ersten, jedoch sehr spezifischen, Markstein in einer seit Jahren schwelenden gesellschaftsrechtlichen Diskussion um die Rechtsfolgen von Informationspflichtverletzungen in Zusammenhang mit Strukturveränderungen. Hintergrund des sowohl in der Praxis als auch in der Wissenschaft geführten Streits war und ist die Frage, wie dem Problem der sogenannten »räuberischen Anfechtungsklage« entgegenzutreten ist.[2] In der Vergangenheit tat sich nämlich eine Gruppe von Berufsklägern dadurch hervor, daß sie die Umsetzung beschlossener Strukturmaßnahmen ihrer Aktiengesellschaften blockierten, indem sie, unter Berufung auf Informationsmängel, die entsprechenden Beschlüsse gem. § 243 AktG anfochten. Versuchen, diesem Phänomen unter Rückgriff auf den Mißbrauchsgedanken Herr zu werden, war jeweils nur für kurze Zeit Erfolg und ein geringes Maß an Rechtssicherheit beschieden, weil nicht die Ursachen, sondern die Symptome angegangen wurden. Einen anderen Weg geht nunmehr der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs für die formwechselnde Umwandlung mit den eingangs erwähnten Entscheidungen. Im Gegensatz zu früheren Entscheidungen lehnt er nunmehr, unter Verweis auf § 210 UmwG, grundsätzlich die Anfechtbarkeit von Informationsmängel im Zusammenhang mit der gemäß § 207 UmwG anzubietenden Barabfindung ab und verweist die Kläger statt dessen allein auf das Spruchstellenverfahren.[3]

Beide Entscheidungen fordern geradezu auf, das gesellschaftsrechtliche Informationssystem im allgemeinen und das aktienrechtliche im besonderen erneut näher zu untersuchen und gegebenenfalls Reichweite und Bedeutung gesellschaftsrechtlicher bzw. aktienrechtlicher Informationspflichten neu auszuloten. Grund ist das in den Urteilsgründen zum Ausdruck kommende neue Verständnis vom Prinzip »Minderheiten-

1 BGHZ 146, 179 [MEZ]; bestätigt in BGH ZIP 2001, 412 [Aqua Butzke-Werke].

2 Im Jahre 2000 hat sich der 63. Deutsche Juristentag mit dieser Frage auseinandergesetzt (vgl. dazu *Schindler/Witzel*, NZG 2001, 577 ff.).

3 BGHZ 146, 179, 182 ff. [MEZ]; bestätigt in BGH ZIP 2001, 412 [Aqua Butzke-Werke].

schutz durch Information«.[4] Dies war auch Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung. Jedoch stellte sich sehr schnell heraus, daß trotz der Fülle von Rechtsprechung und wissenschaftlichen Arbeiten zu diesem Thema grundsätzliche Fragen zum Komplex Informationsrechte meist ausgeblendet werden und daher nach wie vor einer Antwort harren. Nur vereinzelt finden sich Arbeiten, die sich allgemein[5] oder unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten[6] grundsätzlichen informationsrechtlichen Fragestellungen widmen. Eine umfassende Dogmatik zum allgemeinen Umgang mit informationsrechtlichen Sachverhalten können aber auch sie nur ansatzweise bieten. Ungeklärt ist beispielsweise nach wie vor, was eigentlich Information im Rechtsinne ist, worauf Informationspflichten gerichtet und wie sie zu erfüllen sind. Nur ganz am Rande wird hingegen die vor allem im öffentlichen Recht geführte Diskussion zur Definition einer Informationsordnung gestreift.[7]

4 Vgl. dazu nur *Bayer*, ZGR 1995, S. 613 ff.

5 *Druey*, Information, passim.; *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, passim.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie, passim.; *Stürner*, Aufklärungspflichten, passim.; *Druey*, in: FG Schluep, 1988, S. 147 ff.; *Gasser*, in: FS Druey, 2002, S. 727 ff.; *Mansel*, in: FS Schütze, 1999, S. 485 ff.; *Mastronardi*, in: FS Druey, 2002, S. 833 ff.

6 Zu nennen sind hier vor allem *Ebenroth*, Auskunftsrecht, passim. und *K. Schmidt*, Informationsrechte, passim., die neben Detailfragen auch versucht haben, eine Dogmatik zumindest der gesellschaftsrechtlichen Informationsrechte herauszuarbeiten.

7 Für einen Überblick siehe *Hoeren*, in: Globalisierung und Rechtskultur, S. 144 ff.; *Burkert*, in: Globalisierung und Rechtskultur, S. 113 ff., *Kube*, JZ 2001, 944 ff.; *Bull*, Informationsrechts, passim; *Kloepfler*, Informationsrecht, § 1.

II. Gang der Untersuchung

Im Teil B wird der Frage nachgegangen, wie Information im Rechtssinne sinnvoll definiert werden kann. Dazu werden von den Ursprüngen des Informationsbegriffs im alten Griechenland bis in die Gegenwart die verschiedenen allgemeinen und wissenschaftlichen Deutungen des Phänomens Information analysiert. Anschließend werden die verschiedenen rechtlichen Definitionen der Gegenwart näher kritisch untersucht. Ergebnis wird die Definition von Information als die potentielle Ursache für Reduktion von Ungewißheit durch Kommunikation zwischen Menschen, die Ausgangspunkt für die weiteren Untersuchungen ist.

Im sich anschließenden Teil C werden die einzelnen Merkmale dieses Informationsbegriffs näher konkretisiert und spezifische informationstheoretische Problemkreise im Zusammenhang mit der Erfassung des Phänomens Information durch das Recht aufgezeigt. Von Bedeutung ist dabei, wegen der Subjektivität von Information einerseits und der Notwendigkeit abstrakt-genereller Rechtsnormen andererseits, vor allem die Kennzeichnung des maßgeblichen Empfängerhorizonts als wesentlicher Maßstab zur gebotenen Objektivierung im Rahmen der Erfüllung von Informationspflichten. Ebenso werden die Grundlagen für die *These vom einheitlichen Recht auf Information* geschaffen, indem gezeigt wird, daß die einzelnen Informationsmittel im Verhältnis der Komplementarität und Gleichrangigkeit zueinander stehen.

Daß jedem Informationsanspruch alle Informationsmittel immanent sind, auch wenn die Anspruchsgrundlage nur eine einzelne Informationsform ausdrücklich nennt, ist schließlich Kernaussage der *These vom einheitlichen Recht auf Information*, wie sie in Teil D ausführlich hergeleitet und begründet wird.

Das letzte Kapitel (Teil E) widmet sich schließlich der konkreten Umsetzung der *These vom einheitlichen Recht auf Information* unter besonderen Berücksichtigen der Erfüllung von Informationsansprüchen. Im Blickfeld steht dabei zunächst die Bestimmung des Inhalts von Informationspflichten. Neben den in den vorangegangenen Kapiteln gewonnenen Erkenntnissen in bezug auf die positive Bestimmung der Informations*menge* werden die begrenzende Funktion von Geheimnissphären und allgemeine Schranken aufgezeigt. Abgeschlossen wird die Untersuchung mit der Konkretisierung der Schuldner- und Gläubigerpflichten.

Zum Schluß sei noch auf folgenden Punkt hingewiesen: Dem aufmerksamen Leser wird auffallen, daß die Mehrzahl zitierter Rechtsprechung und Literatur dem Gesellschaftsrecht zuzuordnen ist. Grund dafür ist die in diesem Teilgebiet seit langem besonders intensive Auseinandersetzung mit Informationsansprüchen, mit der ein fortgeschrittener Diskussionsstand einhergeht.

B. Informationsbegriff

Informationsrecht, Informationspflicht und Informationsverletzung sind die Schlüsselwörter der nachfolgenden Untersuchung. Gemein ist ihnen, daß sie ihre Wesensbeschreibung und ihren Wesensinhalt durch das Wort »Information« erhalten. Was aber ist eigentlich Information? Es scheint, als bedürfe es dazu keiner weiteren Ausführungen, gebrauchen wir das Wort doch fast alltäglich und intuitiv.[8]

Umgangssprachlich bezeichnet es eine Nachricht, Mitteilung, Botschaft oder Auskunft bzw. eine Serie davon, die aufgrund eines Transmissionsprozesses[9] das Wissen des Empfängers vermehrt.[10] Im Dunkeln dieses Verständnisses bleibt, welcher Natur der zugrundeliegende Transmissionsprozeß ist und wann von einer Wissensmehrung gesprochen werden kann. In den verschiedenen Wissenschaftszweigen wurden demgegenüber Informationstheorien entwickelt, die vor allem auf einem mathematisch-statistischen und oder formal-logisch präzisierten Informationsbegriff aufbauen. Sie entstanden aus der Erkenntnis heraus, daß die umgangssprachliche Beschreibung wissenschaftlichen Anforderungen zu ungenau und unpräzise ist. Für die Rechtswissenschaft gilt nichts anderes.[11] Ist Information Bestandteil des Tatbestandes oder der Rechtsfolge einer Norm, kann die Norm als Elementarteil der Rechtsordnung ihrer ordnenden, steuernden, (um-)gestaltenden oder sichernden Funktion[12] nur gerecht werden, wenn Klarheit über den Begriff der Information herrscht. Sind Merkmale des Tatbestandes oder der angeordneten Rechtsfolge unklar, mag zwar eine Norm bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen eine bestimmte Rechtsfolge anordnen, es würde jedoch an der für eine Rechtsverwirklichung notwendigen (praktischen) Handhabbarkeit der betroffenen Norm fehlen. Die in der Vorschrift angelegte und geregelte Konfliktentscheidung versagt oder bleibt dem Zufall überlassen. Verbunden ist damit ein Verlust an Rechtssicherheit.

Aus dem Bedürfnis nach Begriffsklarheit heraus widmet sich die Untersuchung zunächst der Suche nach einer zweckmäßigen Definition des Begriffs Information. Dabei ist ein Blick in deren umgangssprachliche Bedeutungsentwicklung ebenso hilfreich, wie der auf Definitionen anderer Wissenschaftszweige. Ausgangspunkte der nachfolgenden Untersuchung sind daher sowohl die umgangssprachlichen Begriffsdeutungen

8 *Völz*, Information, S. 4.
9 *Capurro*, Information, S. 197, der vom Vermittlungsmoment der Information spricht.
10 *Masuch*, in: Information und Informationsträger, S. 10; *Seiffert*, Information, S. 29; *Capurro*, Information, S. 46, 140.
11 Zur Bedeutung der Begriffsbildung in der (rechts-)wissenschaftlichen Arbeit vgl. *Röhl*, Rechtslehre, § 5 I (S. 35 f.).
12 Zur Funktion des Rechts vgl. *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn 72 ff.

wie auch ein Überblick über die Entwicklung der unterschiedlichsten wissenschaftlichen Auslegungen. Nachfolgend werden ausführlich juristische Definitionen des Informationsbegriffs vorgestellt und diskutiert. Beginnend mit der historischen Entwicklung werden dabei sowohl legislative als auch rechtswissenschaftliche Begriffsbeschreibungen der Gegenwart erörtert. In einem letzten Schritt wird, unter Verwendung und Erweiterung als geeignet empfundener Ansätze eine eigenständige juristische Definition entwickelt.

I. Informationsverständnis allgemein

1. Umgangssprachliches Verständnis[13]

Während unser gegenwärtiges alltagssprachliches Verständnis von Information seine Wurzeln im Griechenland der Antike hat, entstammt das Wort Information selbst dem lateinischen *informatio.* Das Substantiv *informatio* (1. Vorstellung, Begriff, 2. Unterweisung, Belehrung) leitet sich von dem Verb *informare* (1. formen, bilden, gestalten, 2. vorstellen, 3. unterrichten) ab, welches sich aus den Bestandteilen *in* und *forma* (Form, Gestalt, Figur) zusammensetzt. Der Begriff *forma* verweist wiederum auf die Zentralbegriffe der griechischen Philosophie: τψποζ (Typos), μορπη (Morphe) ιδεα (Idea) und ειδοζ (Eidos).[14] Allgemein bedeuten diese Begriffe die äußere Gestalt eines Gegenstandes bzw. dessen Aussehen, Darstellung, Abbildung (Form), sinnlich wahrnehmbare Gestalt oder im Geiste gestaltet. Platon und Aristoteles verwenden diese Deutungen im ontologischen Sinn, wenn sie davon sprechen, daß die Form dem Stoff seine äußere Gestalt im Seinsbereich gibt. Im erkenntnistheoretischen wie auch pädagogischen Sinn werden diese Deutungen durch die beiden Philosophen genutzt, um die Formung des Bewußtseins so zu erklären, daß sich die sinnlich wahrnehmbaren Formen dem Bewußtsein mitteilen und es damit prägen.[15] Dieses Verständnis von Form und Stoff hat das Denken der Philosophen, Theologen und Pädagogen der folgenden Jahrhunderte entscheidend geprägt. Im Mittelalter gingen daraus erkenntnistheoretische und pädagogische Begriffsdeutungen hervor,[16] aus denen sich ab Mitte

13 Die folgenden Darstellungen beziehen sich auf den deutschsprachigen Raum. Für die Entwicklung in anderen Sprachen siehe ausführlich *Capurro*, Information, S. 106 ff.
14 Ausführlich dazu *Capurro*, Information, S. 51, 17 ff.
15 Diese Aussage ist für den vorliegenden kurzen Überblick stark vereinfacht. Im Detail bestehen erhebliche Unterschiede zwischen Platon und Aristoteles.
16 Ausführlich *Capurro*, Information, S. 106 ff.

des 19. Jahrhunderts im deutschen Sprachraum der gegenwärtige umgangssprachliche Informationsbegriff herausgebildet hat. Mit dem Einzug des Wortes Information in die Alltagssprache vollzog sich eine zunehmende Bedeutungsverschiebung von der wissenschaftlichen hin zur umgangssprachlichen Begriffsverwendung. Eindrucksvolle Belege finden sich dafür in den Wörterbüchern und Enzyklopädien der jeweiligen Zeit, wobei der Umfang der Erläuterungen die Bedeutung des Wortes Information für die Alltags- oder Fachsprache der jeweiligen Zeit widerspiegelt.[17] Die umfangreichen Erläuterungen zum Begriff in aktuellen Ausgaben belegen die Bedeutung von Information im danach benannten Zeitalter. Es wird ausgeführt, daß unter Information allgemein die Unterrichtung über eine bestimmte Sache, Mitteilung, Nachricht, Auskunft über etwas oder jemanden oder Äußerung oder Hinweis, mit dem jemanden von einer Sache in Kenntnis gesetzt wird zu verstehen ist.[18] Das Allgemeinverständnis von Information ist folglich entscheidend durch die Vermittlung von Wissen zwischen Menschen gekennzeichnet. Information setzt somit immer eine Relation zum menschlichen Bewußtsein, also einem erkenntnisfähigen Subjekt voraus. Daneben lassen sich drei zusätzliche Merkmale, nämlich das der Sachbezogenheit, die praktische Nützlichkeit und die Neuigkeit der Information festmachen. Sie helfen den Informationsbegriff in groben Konturen zu beschreiben, indem sie weitere wesentliche Aspekte aufzeigen.

Die Sach- oder Kontextbezogenheit bringt zum Ausdruck, daß Information die Mitteilung von Tatbeständen bedeutet.[19] Verbunden ist damit die Erwartung, daß die Information richtig bzw. zuverlässig ist. Zugleich folgt aus der Kontextbezogenheit, die Möglichkeit falscher oder einseitiger Information;[20] denn erst durch die Kontextbezogenheit wird ein Vergleichsmaßstab geschaffen, der eine Beurteilung der Information als richtig, falsch oder einseitig ermöglicht.

Das pragmatische Moment der Information kommt zum Vorschein, wenn, über die Sachbezogenheit hinaus, die Information dem Empfänger zu einem bestimmten Zweck[21] dienen, sie also von praktischer Nützlichkeit[22] sein soll. Es wird ein Tatbe-

17 So findet sich in der Allgemeinen Enzyklopädie der Wissenschaften und Künste aus dem Jahre 1840 unter dem Stichwort Information keine allgemeine Erklärung zum Stichwort Information. In Meyers Universal Lexikon aus dem Jahre 1877 findet sich schon die allgemeine Erklärung, Information stamme von informieren, unterrichten und bedeute Belehrung, Unterrichtung, Auskunft. Diese oder vergleichbar kurze Erläuterungen finden sich in den meisten großen Wörterbüchern oder Enzyklopädien dann bis zum Ende der 80er Jahre des 20. Jahrhunderts.

18 Brockhaus – Die Enzyklopädie, 1996, Band 10, S. 524; Brockhaus – Die Enzyklopädie – Deutsches Wörterbuch, 1995, Band 27, S. 1698; Duden – Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 1999, Band 5, S. 1935; siehe auch oben unter B.

19 C.F. von Weizsäcker, Natur, S. 41.

20 *Capurro*, Information, S. 198.

21 Der Neuigkeitswert liegt in der Aktivierung der Form und der dadurch hervorgerufenen Veränderung (*Capurro*, Information, S. 60).

22 Die praktische Nützlichkeit ist hierbei nicht eng zu verstehen; ausreichend ist die bloße Möglichkeit.

stand mitgeteilt (Sachbezogenheit), der dem Empfänger – im Augenblick der Mitteilung – zu wissen wichtig ist.[23]

Die Neuigkeit schließlich unterscheidet umgangssprachlich die Information von der bloßen Nachricht. Nur wenn neues Wissen mitgeteilt wird, das einen subjektiv bedingten Neuigkeitswert hat, spricht man von Information. Anderenfalls liegt nur eine Nachricht vor.[24]

Zusammenfassend läßt sich für die umgangssprachliche Verwendung des Informationsbegriffs feststellen, daß dieser – geprägt von der Wissensmitteilung zwischen Menschen – umfassende Deutungs- und Interpretationsvarianten im erkenntnistheoretischen Sinn enthält. Im Gegensatz zu den meisten wissenschaftlichen Begriffsbestimmungen findet dabei keine Fixierung auf einen der vier möglichen Teilaspekte der Wissensmitteilung – Gegenstand, Sender, Mittel (Träger) oder Empfänger – statt. Vielmehr legen verschiedene Redewendungen eine variierende Schwerpunktsetzung auf einen, mehrere oder sogar alle Teilaspekte je nach Zusammenhang und Verwendung nahe. So weist zum Beispiel die Formulierung »Information sammeln, erhalten oder verlieren« auf den Gegenstand, das Objekt, den Inhalt hin und beschreibt Information als vorgangsähnlich.[25] Die Aussage »der Brief enthält Information über …« rückt dagegen auch das Mittel – den Informationsträger – in den Blickpunkt der Bedeutung. Eine Konzentration auf Sender oder Empfänger findet dagegen statt, wenn davon die Rede ist, daß man von etwas Kenntnis hat oder etwas weiß. Hier wird Information zugleich als Zustand der Informiertheit verstanden.

Information als Nachricht, Mitteilung, Botschaft oder Auskunft, die das Wissen des Empfängers vermehrt, erfaßt somit in seinem umgangssprachlichen Verständnis den gesamten Informationsprozeß in seiner Bedeutung für die Wissensvermittlung und wird sowohl vorgangsähnlich als auch als Zustand der Informiertheit gebraucht.[26]

2. Wissenschaftliches Verständnis[27]

Die wissenschaftliche Begriffsbildung fand bis in die Neuzeit überwiegend auf den Gebieten der Philosophie, Pädagogik und Rechtswissenschaften[28] statt. Mit der oben beschriebenen Gewichtsverschiebung von der wissenschaftlichen zur umgangssprachlichen Verwendung des Begriffs Information, verschwanden jedoch einige bis dahin benutzte Fachdeutungen ganz. So wurde zum Beispiel unter Information im pädagogi-

23 *Seiffert*, Information, S. 24.
24 *A. Schulz*, Informatik, S. 33 f.
25 *Druey*, Information, S. 5, weist in diesem Zusammenhang auf die Verdinglichung der Information hin und spricht in diesem Zusammenhang von Wissens*inhalt.*
26 *Windsheimer*, Information, S. 17; auf weitere Deutungsmöglichkeiten hinweisend *Druey*, Information, S.5.
27 Einen Überblick findet sich bei *Lyre*, Information, S. 2 ff.
28 Ausführlich unter A.I.

schen Sinn nur noch die Wissensvermittlung und nicht mehr auch die sittliche Bildung verstanden.[29] Mit Aufkommen der modernen Nachrichtentechnik erlangte der Informationsbegriff für die Wissenschaften wieder an Beachtung und Bedeutung. Es entstanden Begriffsdeutungen, denen im Sinne der Semiotik ein syntaktisches, semantisches, pragmatisches oder umfassendes[30] Zeichenverständnis zu Grunde liegt. Die syntaktische Ebene eines Zeichens beschreibt das Auftreten von Zeichen und ihr Verhältnis zueinander.[31] Die Beziehung der Zeichen (Mittel) zu einer Tatsache (Objekt) wird über die semantische(n) Ebene(n) dargestellt. Die Semantik fragt nach Sinn und Bedeutung der Zeichen.[32] Die pragmatische Ebene bindet schließlich den Zeichenbenutzer oder -interpretanten (Sender oder Empfänger) in die Betrachtung ein und beschäftigt sich mit dem Zeichen als Ganzes. Im Mittelpunkt steht dabei der Interpretant, wie er Bezeichnungen sinnvoll vornimmt, wie er Zeichen gebraucht, wozu er sie benutzt und welche Wirkung sie hervorrufen.[33]

Die wohl einfluß- und folgenreichste Begriffsneudeutung entstammt den technischen Disziplinen. Durch den Einsatz von Telegrafie und Telefon als Übertragungsmittel von Nachrichten bildete sich hier ein völlig neues Informationsverständnis heraus. War der Informationsbegriff bis dato sowohl in seiner umgangssprachlichen als auch geisteswissenschaftlichen Deutung durch seinen griechisch-lateinischen Ursprung und seiner Verbindung zum menschlichen Bewußtsein geprägt, so versteht man Information nunmehr auch im Sinne der Informationstheorie.[34] Sehr vereinfacht ausgedrückt versteht die Informationstheorie unter Information die Anzahl der notwendigen Ja/Nein-Entscheidungen, die zur eindeutigen Identifizierung eines Zeichens aus einem bekannten Zeichenvorrat notwendig sind.[35] Der Informationsgehalt eines Zeichens ist dabei gleich der Anzahl der notwendigen Ja/Nein-Entscheidungen.[36] Die Einheit des Entscheidungs- oder Informationsgehaltes ist 1 Bit.[37] Je mehr Ja/Nein-Entscheidungen notwendig sind, desto mehr Information enthält das übertragene Zeichen. Information wird damit rein quantitativ erfaßt. *Shannon* und *Weaver* erweiterten dieses Informationsverständnis um die Aussage, mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Zeichen aus einem bekannten Zeichenvorrat ausgewählt und anschließend übermittelt

29 *Seiffert*, Information, S. 29.

30 Ein umfassendes Zeichenverständnis wird von denjenigen favorisiert, die entgegen der klassischen Zeichentheorie keine einseitig aufsteigende Abhängigkeit von der Syntaktik über die Semantik zur Pragmatik sondern vielmehr eine umfassend wechselseitige Abhängigkeit der drei Teilaspekte der Semiotik für richtig halten.

31 *Maser*, Kommunikationstheorie, S. 39.

32 *Maser*, Kommunikationstheorie, S. 39, 99 ff.

33 *Maser*, Kommunikationstheorie, S. 39, 126 ff.

34 Die Informationstheorie geht auf *R.V.L. Hartley*, Bell System Technical Journal 1928, 535 ff. zurück.

35 *Masuch*, in: Information und Informationsträger, S. 10.

36 Wenn fünf binäre Entscheidungen zum Auffinden eines Buchstabens notwendig sind, so hat er den Informationsgehalt 5 Bit.

37 Diese Abkürzung (vom engl. *binary digit*, binäre Ziffer) bedeutet soviel wie elementare binäre Entscheidung.

wird.[38] Durch die mathematisch-statistische Beschreibung von *Shannon* und *Weaver* ist Information ein *Maß* der Ungewißheit über ein Zeichen. Die Information, genauer der Informationsgehalt eines Zeichens ist um so größer, je unwahrscheinlicher die Auswahl des Zeichens und je größer damit die Beseitigung von Ungewißheit über dessen Auswahl ist.[39] Information liegt somit nur dann vor, wenn Neuigkeiten übertragen werden, d.h. beim Empfänger Ungewißheit über die Auswahl des gesendeten Zeichens besteht. Das Merkmal der Neuigkeit teilt die *Shannon*sche Informationstheorie mit dem Alltagsverständnis von Information. Elemente die der Bestätigung oder Sicherung in Form von Redundanzen dienen, sind dagegen vom diesem Informationsverständnis ausgeschlossen. Das Begriffsverständnis konzentriert sich somit allein auf die syntaktische Ebene[40] des Informationsprozesses und beschreibt lediglich quantitativ das Informations*maß* als Gehalt an Neuem.[41]

Die Übernahme des quantitativen Informationsverständnisses als Maß, welches die Beseitigung von Ungewißheit im Rahmen eines Auswahlprozesses beschreibt, erschien auch anderen Wissenschaftsbereichen zweckmäßig und sinnvoll. Als schwierig erwies sich dabei jedoch die völlige Ausblendung der semantischen und pragmatischen Ebenen.[42] Soll das so bestimmte Informationsmaß sinnvolle Aussagen über den Informationsgehalt einer Zeichenfolge machen, ist es erforderlich, daß die Bedeutung der übertragenen Zeichen Berücksichtigung findet.[43] Besonders deutlich wird diese Notwendigkeit, wenn in die zu untersuchenden Informationssysteme Menschen eingebunden sind. Denn wie sich beim umgangssprachlichen Informationsverständnis durch das Wissensmoment gezeigt hat, stellt der semantisch-pragmatische Aspekt den Bezug zum menschlichen Bewußtsein her. Fehlt hingegen dieser Bezug und ist in das Sende- und Empfangssystem der Organismus Mensch eingebunden ist, wird die *Shannon*sche Informationstheorie überflüssig und sinnlos, wenn nicht verstehbare Informationen in Form von Zeichen, deren Bedeutung erkannt wird, übermittelt werden.[44] Information

38 *Shannon/Weaver*, Informationstheorie, S. 18.

39 In Shannon/Weaver, Informationstheorie, S. 28 heißt es dazu: »Information ist, daran sollten wir uns ständig erinnern, ein Maß für die Freiheit der Entscheidung, eine Nachricht auszuwählen. Je größer diese Wahlfreiheit und damit auch die Information ist, desto größer ist die Unsicherheit, ob die Nachricht, die wirklich gewählt wird, eine ganz bestimmte Nachricht ist. So gehen größere Wahlfreiheit, größere Unsicherheit, größere Information Hand in Hand.« Shannon bezeichnet dies als Informationsentropie.

40 Korrekt ist die *Shannon*sche Informationstheorie auf der vorgelagerten statistischen Ebene angesiedelt. In Hinblick auf die übliche Beschreibung wird in diesem Zusammenhang nur von der Syntax die Rede sein.

41 *Gitt*, Siemens-Zeitschrift 4/1989, 4.

42 *Klaus*, Kybernetik, S. 182; *Gitt*, Siemens-Zeitschrift 4/1989, 4 ff.

43 *Küppers*, Information, S. 81 f., erläutert am Beispiel einer Nukleotide-Kette, daß das *Shannon*sche Informationsmaß für die Erbinformation kaum aussagekräftig ist.

44 *Seiffert*, Information, S. 80. Das Defizit der rein maschinellen Betrachtungsweise liegt darin, daß man bei der Humankommunikation die Übereinstimmung der Regeln zur Codierung und Decodierung auf Sender und Empfängerseite nicht unterstellen kann. Gleichlau-

kann nur das sein, was auch verstanden wird. Um das neue Informationsverständnis nicht verwerfen zu müssen, wurde daher die *Shannon*sche Informationstheorie um semantische und pragmatische Aspekte erweitert. Dabei wurde der Versuch unternommen, den Informationsgehalt mittels der Ungewißheit über einen Auswahlprozeß unter Berücksichtigung der Bedeutung/Wirkung zu bestimmen. In der Pädagogik wurden damit zum Beispiel Möglichkeiten aufgezeigt, das Informations*maß* der Sprache und damit auch das Maß der Wissensaufnahme zu bestimmen.[45] An anderer Stelle wurde versucht, den Informationsbegriff formal-logisch zu definieren, um damit eine Aussage über den semantischen Gehalt einer Wortfolge treffen zu können.[46]

Einen engeren Bezug zum pragmatischen Aspekt unter Beachtung der Wechselbeziehungen der Teilaspekte der Semiotik stellt das objektiv-semantische Informationsverständnis *v. Weizsäckers* dar. Wesentlich ist dabei die Erkenntnis, daß Information nur das sein kann, was verstanden wird und selbst wieder Information erzeugt.[47] Mit diesen zwei Thesen bringt *v. Weizsäcker* zum Ausdruck, daß zwischen dem semantischen und pragmatischen Aspekt eine enge Wechselbeziehung bzw. -wirkung besteht. Grundlage seiner Thesen ist ein Modell der semantischen Ebenen. In diesem Modell entspricht jede Ebene einer Begriffsbildung. In bezug auf zwei semantische Ebenen stellt die obere die Entscheidung (Begriffsbildung) aus den möglichen Alternativen der unteren dar. Der objektiv-semantische Gehalt einer Aussage ist somit vom Vorverständnis (Vorwissen) und einer vorherigen Begriffsbildung abhängig.[48]

Eine weitere Annäherung an den umgangssprachlichen Informationsbegriff erfolgte durch die sich seit den 1960`er Jahren entwickelnde Informationswissenschaft. Sie stellt die Wissensvermittlung in den Vordergrund ihrer Untersuchungen und orientiert daran auch ihr Informationsverständnis. So findet sich bei *Wersig* die Definition, daß Information die Beseitigung oder Verringerung von Ungewißheit aufgrund von Kommunikation sei.[49] Ungewißheit wird dabei nicht als statistische Größe im Rahmen eines Auswahlprozesses sondern als eine problematische Situation verstanden, die der Empfänger nur durch Veränderung seines inneren Außenweltmodells oder seiner inneren Programme lösen kann.[50] Damit wird besonders der Wirkungsmoment von Information betont. Außer der Verwendung des Wortes Ungewißheit hat dieses Begriffsverständnis mit dem *Shannon*schen Informationsmaß nichts mehr gemein. Von Interesse

tende Nachrichten können unterschiedlich verstanden werden (*Urban*, in: Gene, Neurone, Qubits, S. 31, 32).

45 Überblick in Wörterbuch der Pädagogik, 1977, Band 2, S. 94.

46 *Maser*, Kommunikationstheorie, S. 159. Der Informationsgehalt ergibt sich dabei als Maß, mit dem die Ungewißheit ausgeschlossen werden kann, daß eine andere Bedeutung anhand der Einbettung in das Satzgefüge möglich ist. Bei Tautologie ist der Informationsgehalt gleich null, bei Kontradiktion ist er gleich unendlich.

47 *C.F. von Weizsäcker*, Natur, S. 351 f.; **a.A.** zum Merkmal des Verstehens *Gitt*, Siemens-Zeitschrift 4/1989, 4, 8.

48 *C.F. von Weizsäcker*, Natur, S. 347 ff.

49 *Wersig*, Information, S. 74.

50 *Wersig*, Information, S. 70.

ist nicht mehr das Wie des Übertragens, sondern was übertragen wird, von welcher Qualität die Nachricht und die Art der bewirkten Veränderung ist.

Für die Philosophie läßt sich schließlich konstatieren, daß die *Shannon*sche Informationstheorie in der kybernetischen Weiterbildung *Wieners* Auslöser eines Neuordnungsversuchs der metaphysischen Prinzipien war. *Wiener* sagt: »Information is information not matter or energy.«.[51] Er meint damit, daß Information weder an Stoff noch Energie festgemacht werden kann, sondern etwas ist, was davon zu unterscheiden ist.[52] Anders wird die Aussage *Wieners* von *Günther* interpretiert und fortentwickelt. Er sagt: »Wir haben deshalb nach kybernetischer Auffassung mit drei protometaphysischen Komponenten unserer phänomenalen Wirklichkeit zu rechnen.«.[53] *Günther* stellt damit die These auf, daß Information neben Materie und Bewußtsein ein drittes, die traditionelle metaphysisch-dualistische Denkweise aufhebendes Prinzip ist.[54]

Wie sich an den bisherigen Ausführungen leicht feststellen läßt, hat ausgehend von der Adaption des *Shannon*schen Informationsmaßes durch die nichttechnischen Wissenschaftsbereiche eine Art Atomisierung des wissenschaftlichen Informationsbegriffs stattgefunden. Es existiert eine Vielzahl von Definitionen, die alle mehr oder weniger unverbunden, selbstständig und inhomogen nebeneinander stehen.[55] Oftmals findet sich nicht einmal innerhalb einer Wissenschaftsdisziplin ein einheitlicher Informationsbegriff. Diese Tendenz wird zunehmend erkannt und als problematisch empfunden. Es wird daher versucht, den Begriff der Information aus seiner unüberschaubaren Vielfalt wieder auf eine einzige universale Definition zurückzuführen.[56] Ob dies gelingen wird, ist derzeit noch offen. Ein vielversprechender und notwendiger Ansatz ist dabei, den Begriff der Information zunächst von anderen Begriffen ähnlichen Aussagehalts klar abzugrenzen.[57] Ein gänzlich anderer Ansatz findet sich bei *Lyre*. Unter Herleitung eines abstrakten, vollständigen, transzendentalen Informationsbegriffs versucht er, Information unter Berücksichtigung ihrer Dreidimensionalität (transklassisches Zeichenverständnis) zu definieren. Vereinfacht ausgedrückt, versteht er Information als das durch ein Subjekt an einem Objekt Erfahrbare, wobei er die apriorische Begründung

51 *Wiener*, Cybernetics, S. 132.

52 Diese Aussage *Wieners* hat in der Folgezeit zu erheblichen Mißverständnissen beigetragen. Während von einem Großteil der Literatur die dritte Dimension von Information lediglich im Rahmen des philosophischen Begriffs der Materie neben Stoff und Energie diskutiert wird (siehe dazu *Völz*, Information, S. 4 ff.; *C.F. von Weizsäcker*, Natur, S. 342 ff.), wird an andere Stelle Information als etwas von Bewußtsein und Materie grundsätzlich Verschiedenes verstanden (*Klaus*, Kybernetik, S. 183; *Günther*, Maschinen, S. 24). *Kornwachs*, Information, S. 1, weist zutreffend daraufhin, daß das englische *matter* nicht dem deutschen Wort Materie im philosophischen Sinn entspricht.

53 *Günther*, Maschinen, S. 24.

54 Ablehnend *Klaus*, Kybernetik, S. 194 f.

55 *Kornwachs*, Information, S. 1; *Capurro*, Information, S. 218.

56 Passim, in: Hofkirchner (Hrsg.), The quest for a unified theory of information.

57 *Staudinger*, in: Information und Informationsträger, S. 1 ff., schlägt z.B. vor, zwischen verursachendem Impuls, Anweisung und Information zu unterscheiden; kritisch zur Begriffsverwendung und -abgrenzung *Klaus*, Kybernetik, S. 129 f., 191 f.

von Information und ihre objektive Subjektgebundenheit hervorhebt.[58] Dadurch ist es ihm möglich, den Informationsbegriff auf ein breiteres und allgemeineres Fundament zu stellen.

In der modernen Wirtschaftswissenschaft findet schließlich unter dem Stichwort Information eine weitreichende Auseinandersetzung vor allem mit der Verarbeitung von Information im Rahmen der Entscheidungsfindung, scil. dem Entscheidungsprozeß statt.[59] Im Gegensatz zu den Modellansätzen der Kybernetik liegt das Schwergewicht der Untersuchungen auf einer wirklichkeitsnahen Betrachtung der Informationsverarbeitung. Von Bedeutung sind dabei Effiziensgesichtspunkte[60] (Kosten der Informationsbeschaffung und Verarbeitung im Verhältnis zum Nutzen), die Rationalität von Entscheidungsvorgängen[61] und die Erkenntnis, daß praktisch nie vollständige und fehlerfreie Informationen einem Entscheidungsprozeß zugrunde gelegt werden können[62]. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse sind in zwischen von der Rechtswissenschaft rezipiert und als Grundlage für eine ökonomische Analyse von Informationspflichten und –ansprüchen herangezogen worden.[63] Im Zusammenhang mit der Entscheidungsfindung steht auch die Signalisierungstheorie, die maßgeblich durch die Untersuchung von *Spence*, *Akerlof* und *Stiglitz* geprägt worden ist.[64] Die Frage nach der Eigenart und dem Begriff der Information selbst, ist dagegen nicht Gegenstand der aufgezeigten wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion. Gleichwohl lassen sich vor allem aus den zur sogenannten Entscheidungstheorie gewonnenen Erkenntnissen für die vorliegende Untersuchung vielfältige Rückschlüsse ziehen.

3. Zusammenfassung

Der Begriff der Information hat eine sehr wechselvolle Geschichte. Sein ideengeschichtlicher Ursprung – die Formung des Geistes und des Bewußtseins – ist bis heute vor allem in der Alltagssprache erhalten geblieben. Umgangssprachlich verwendet man das Wort Information in seiner Bedeutung für die Wissensvermittlung. Aber auch

58 *Lyre*, Information, S. 164 ff., 216 f.

59 Vgl. statt aller nur *Bamberg/Coenenburg*, Entscheidungslehre, passim; *Laux*, Entscheidungstheorien, 16 ff.

60 Die Berechnungskomplexität mißt die minimalen Kosten, die zur Lösung eines Problems führen (vgl. dazu statt aller *Traub/Wasilikowski/Woźniakowski*, Information, passim.).

61 *Bamberg/Coenenburg*, Entscheidungslehre, S. 4 ff.

62 *Bamberg/Coenenburg*, Entscheidungslehre, S. 21.

63 *Fleischer*, Informationsasymmetrie, passim. Dieser Themenkreis wird daher von der vorliegenden Untersuchung ausgeschlossen und soweit sich Schnittmengen ergeben, auf die vorhandenen Erkenntnisses zurückgegriffen.

64 *Spence*, *Akerlof* und *Stiglitz* erhielten 2001 für ihre Untersuchungen zu »Märkte mit asymmetrischer Information« den Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften. Details zu den einzelnen Untersuchungen sowie die jeweilige *Prize Lecture* sind unter http://nobelprize.org/economics/laureates/2001/press-ge.html abrufbar (Stand: Oktober 2005).

in den geisteswissenschaftlichen und anderen nichttechnischen Fachdisziplinen erfolgt unter Lösung vom begrenzten Informationsverständnis der *Shannon*schen Informationstheorie eine Rückbesinnung auf den Ursprung. In Annäherung an das umgangssprachliche Verständnis wird das Phänomen Information in seiner gesamten semiotischen Bedeutung erfaßt und damit besonders der Aspekt des Verstehens und der Bedeutungserfassung von Zeichenketten in den Vordergrund der Begriffsbildung gerückt. Information kann in Abgrenzung zu den verwandten Begriffen Signal, Impuls und Nachricht nur etwas sein, was auch verstanden wird. Trotz dieser Rückbesinnung auf den Ursprung ist es der Wissenschaft bisher nicht gelungen, einen allgemeinen, universalen Informationsbegriff zu bilden. Neben den Schwierigkeiten einer Begriffsbildung im Allgemeinen liegt eine wesentliche Ursache auch in der umgangssprachlichen Universalität des Wortes Information. Damit führt die Begriffseinengung in dem einen Wissenschaftszweig fast zwangsläufig zu einem für andere Wissenschaftszweige wenig nützlichen Verständnis.

II. Juristische Begriffsbildung

1. Historische Entwicklung

Mit der Übertragung der erkenntnistheoretisch-pädagogischen Bedeutung gelangte der Begriff der Information bereits im Mittelalter in den juristischen Bereich. Für die Neuzeit läßt sich ein beachtenswerter Gebrauch des Informationsbegriffes im juristischen Sinne feststellen. Zeitweilig nahm er sogar eine herausragende Stellung als terminus technicus ein und verdrängte die sich lediglich erhaltende bzw. bereits absterbende aristotelisch-scholastische Terminologie.[65] Daß die Begriffsübernahme dabei in den einzelnen Ländern nicht einheitlich erfolgte, soll folgender kurzer Überblick verdeutlichen.

a. *Frankreich und England*

In Frankreich fand mit der Übernahme des lateinischen Informationsbegriffs eine leichte Bedeutungsverschiebung von der pädagogischen Deutung der Information als Wissens*ver*mittlung hin zur Wissens*er*mittlung statt.[66] Im 14. Jahrhundert wurde zwischen der ausdrücklich verordneten Nachforschung eines Falles (*enquête ou information*) und der einfachen Erkundigung des Richters (*apprise*) unterschieden. Mit Information bezeichnete man sowohl den Ermittlungsprozeß als auch den erstatteten Bericht, der als Grundlage des Urteils diente. Hervorgehoben wurde damit das aktive Element des Sicherkundigens. Im 18. Jahrhundert verstand man unter Information nunmehr allein den juristischen Bericht (*acte*) mit der Zeugenaussage. Diese Deutung legte den Schwerpunkt sowohl auf das Ergebnis des Prozesses der Wissens- bzw. Wahrheits*er*mittlung als auch auf die schriftliche Fixierung, wie sie auch heute noch teilweise[67] für die Information als kennzeichnend gesehen wird.

In England fand mit der Übernahme des Informationsbegriffs in den juristischen Bereich keine vergleichbare Bedeutungsverschiebung wie in Frankreich statt. Im Mittelpunkt stand zunächst die Wissens*ver*mittlung im Sinne des Anklagens oder Beschuldigens.[68] Später kamen auch andere Aspekte der Wissens*ver*mittelung hinzu, so zum Beispiel die Aussage vor Gericht. Ebenso wie in Frankreich war in England der juristi-

65 *Capurro*, Information, S. 185.
66 *Capurro*, Information, S. 106 f., 185 ff.
67 *Capurro*, Information, S. 198.
68 *Capurro*, Information, S. 190.

sche Informationsbegriff durch die Momente der schriftlichen Fixierung und der Neuigkeit geprägt.

b. *Deutschland*

Um das 15. Jahrhundert wurde in Deutschland das lateinische *informatio* in die Nationalsprache übernommen. Für diese Zeit findet sich neben der pädagogischen auch eine von *Luther* geprägte juristische Deutung. *Luther* verwendete den Begriff der Information im Sinn der schriftlich verfaßten Beschwerde.[69] *Zedler* gebrauchte ca. 200 Jahre später zum Begriff Information bereits das Verständnis im Sinne von »Belehrung des Rechtens«.[70] In französisch-deutschen Wörterbüchern des 18. Jahrhunderts finden sich dagegen überwiegend Ausführungen zum französischen Begriff *information*. Er wird dort überwiegend im Sinne von Erkundigung, Nachfrage, Untersuchung oder Nachforschung die von Gerichtswegen erfolgen oder angeordnet sind ins Deutsche übersetzt. Die Verfestigung eines juristischen Fachausdrucks läßt sich für das 19. Jahrhundert in verschiedenen deutschen Enzyklopädien nachweisen. Es finden sich dort neben einem allgemeinen juristischen Informationsbegriff zwei weitere spezielle Ausdruckformen. Im Allgemeinen verstand man unter Information überhaupt die rechtliche Belehrung und die Instruktion die jemandem erteilt wurde, um ihn über die tatsächlichen Grundlagen zu einem in Frage stehenden rechtlichen Verfahren in Kenntnis zu setzen.[71] Eng verbunden sind damit die besonderen Ausdrucksformen des Informativ-Gutachtens und des Informativ-Prozesses. Unter einem Informativ-Gutachten verstand man ein Gutachten, welches sich der Unterrichter oder Sachwalter zum Zweck seiner Belehrung von einer juristischen Fakultät (Advokat) einholte bzw. was von einer untergeordneten Behörde zur Stützung eines Verfahrens angefertigt wurde. Der Ausdruck Informativ-Prozeß fand im Sinne der Einholung von Tatsachen, der Erteilung der Kenntnis über die tatsächlichen Grundlagen (Tatumstände) eines in Fragestehenden (strafrechtlichen) Sachverhaltes Verwendung.[72] Letzteres verstand sich nach heutigem Verständnis als Ermittlungsverfahren.

c. *Zusammenfassung*

Für den neuzeitlichen juristischen Informationsbegriff läßt sich damit festhalten, daß er durch die Momente der Wissens*er*mittlung und Wissens*ver*mittlung sowie die schriftliche Fixierung der Mitteilung gekennzeichnet ist. Im Mittelpunkt der Begriffsdeutung steht damit der Prozeß, durch den neues Wissen ermittelt oder mitgeteilt wird. Information im rechtlichen Sinn kann dabei nur von Menschen erzeugt und zwischen diesen

69 Nachweis bei *Capurro*, Information, S. 190.
70 Nachweis bei *Capurro*, Information, S. 190.
71 Enzyklopädie der Wissenschaften und Künste, 2. Section, 18. Theil, Leipzig 1840.
72 Meyers Universallexikon Band 10, 6. neub. Auf., Leipzig 1877.

ausgetauscht werden. Besondere Beachtung verdient der Umstand, daß in Frankreich und Deutschland die Wissens*er*mittlung und damit die aktive Selbsterkundigung im Vordergrund stand, hingegen in England die Wissens*ver*mittlung.

2. Gegenwart

Dem Geist der Zeit entsprechend findet sich heute eine Vielzahl aktueller juristischer Abhandlungen, in deren Mittelpunkt die Erörterung unterschiedlichster informationsrechtlicher Probleme steht. Trotz der Unterschiede im Detail lassen sich dabei im wesentlichen zwei Gruppen erkennen. Werke der ersten Gruppe setzen sich detailliert mit einzelnen speziellen Informationspflichten oder -ansprüchen auseinander. Überraschend geht die überwiegende Mehrzahl dieser Arbeiten auf den Informationsbegriff überhaupt nicht ein. Sie setzen ihn vielmehr als vorhanden voraus, ohne ihn wenigstens als Arbeitsgrundlage zu definieren oder zu benennen. Der zweiten Gruppe gehören dagegen Abhandlungen an, die der allgemeineren Frage nach einer generellen Informationsordnung nachgehen.[73] Im Mittelpunkt steht dabei vielfach wiederum nicht der Informationsbegriff, sondern statt dessen die Schlagwörter Informations*zu*ordnung und Informations*zugangs*ordnung. Aktualität haben Arbeiten der zweiten Gruppe besonders vor dem Hintergrund der Möglichkeiten des modernen Informationsaustauschs – Stichworte: Multimedia, Datenschutz, Informationsfreiheit – erlangt. Gerade im Medienrecht findet unter dem Einfluß der Digitalisierung und Verschmelzung bislang separat agierender Medien ein Systemwechsel vom Schutz der Form hin zum Schutz des Inhalts statt.[74] Dort stellt sich die Frage, ob und wie die Information, die Idee selbst – und nicht wie bisher ihre Verkörperung (Form) – durch Zugangs- und Zuordnungsregelungen umfassend geschützt werden kann und soll. Auf europäischer[75] und nationaler Ebene existieren Bestrebungen, die Informations*zugangs*ordnung im öffentlichrechtlichen Bereich zu regeln. Neben dem Dauerbrenner Datenschutz steht dabei in jüngster Zeit der Zugang für jedermann zu Dokumenten der EU-Organe bzw. des Bundes und der Länder im Mittelpunkt des Interesses. Durch die Gewährung umfassender Informationszugangsrechte[76] wird hier mit alten obrigkeitsstaatlichen Traditio-

73 Skizzen zu allgemeinen Grundsätzen einer Informationsordnung finden sich etwa bei *Zöllner*, Informationsordnung, S. 17 ff.

74 *Hoeren*, in: Globalisierung und Rechtskultur, S. 144 ff.

75 Art. 255 EGV und dessen Umsetzung durch die Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission Amtsblatt Nr. L 145 vom 31/05/2001 S. 0043 – 0048. Weitere umfangreiche Nachweise zu Regelungen und Rechtsprechung auf europäischer Ebene finden sich unter http://europa.eu.int/eur-lex/de/news/20020117_01.html (Stand: 06.02.2002).

76 Neben dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates vom 7.6.1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt (UIG) vom 8.7.1994 (BGBl. I 1994, S. 1490) in der Fassung vom 23.8.2001 (BGBl. I 2001, S. 2218) findet sich

nen gebrochen und damit der Bedeutung, die der Informationsfreiheit in einem demokratischen Gemeinwesen zukommt, Rechnung getragen.[77]

Für den zur Untersuchung stehenden Informationsbegriff ist an dieser Stelle der ernüchternde Befund festzuhalten, daß trotz der Vielzahl verfügbarer juristischer Literatur zum Thema Information der Informationsbegriff selbst in der wissenschaftlichen Literatur wenig Beachtung und Interesse gefunden hat. Diesem Umstand trägt auch die Tatsache Rechnung, daß in den allgemeinen Wörterbüchern und Enzyklopädien der Informationsbegriff nicht mehr im juristischen Zusammenhang erörtert wird. Insoweit kann man paradoxer Weise von einer Stagnation der Verständnisentwicklung des juristischen Informationsbegriffs im Informationszeitalter sprechen.

Dieser Befund soll zum Anlaß genommen werden, sich mit der Frage nach einem juristischen Informationsbegriff intensiver auseinanderzusetzen. In einem ersten Schritt werden dazu die wenigen vorgefundenen Definitionen eines juristischen Informationsbegriffs dargestellt. Mit Blick auf die anschließende Entwicklung eines eigenen Informationsbegriffs, werden sie gleichzeitig kritisch analysiert.

a. *Informationsbegriffe der Legislative*

Am Beginn der Darstellung stehen bewußt legislative Begriffsbestimmungen. Diese Vorrangstellung kommt ihnen wegen des zugrundeliegenden gesetzgeberischen Willens und der darauf beruhenden allgemeinen Bindungswirkung für nachfolgende Definitionen zu. Ihre Leitfunktion können sie freilich nur dann und soweit in Anspruch nehmen, als die einzelne Begriffsbestimmung über Sinn und Zweck des Einzelgesetzes hinaus Geltung beanspruchen kann und das hier thematisierte Phänomen definiert. Anzumerken ist, daß nur solche legislativen Akte in die Darstellung einbezogen werden, die eine Legaldefinition des Begriffs Information enthalten. Unberücksichtigt bleibt dagegen die Vielzahl der Gesetze, die lediglich Informationspflichten begründen oder den Informationszugang regeln.

aa. Bundesumweltinformationsgesetz[78]

In dem seit 1994 geltenden UIG findet sich eine erste Legaldefinition des Begriffs Information. Nach § 3 Abs. 2 UIG sind »… Informationen über die Umwelt [sind] alle in

auf Bundesebene seit dem 13.9.2005 ein Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG; BGBl. I S. 2722). Einen umfassenden Überblick über die Entwicklung der Informationsfreiheitsgesetze bietet *Burkert*, in: Globalisierung und Rechtskultur, S. 113 ff.

77 Auf S. 12 der Begründung des Gesetzentwurfs für ein Bundesinformationsfreiheitsgesetz (Stand: 20.12.2000) wird daher zu Recht von einer Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses und der Aufwertung demokratischer Beteiligungsverhältnisse des Bürgers gesprochen.

78 Im folgenden kurz UIG.

Schrift, Bild oder auf sonstigen Informationsträgern vorliegenden Daten über …«. Analysiert man diese Begriffsbestimmung losgelöst von den übrigen Normen des Gesetzes, ergibt sich folgendes Bild eines Informationsbegriffs: Das Gesetz unterscheidet zwischen dem Getragenem (Daten) und seinen potentiellen Informationsträgern, indem es davon spricht, daß Information nur diejenigen Daten sind, die auf Informationsträgern vorliegen. Wie an anderer Stelle zu zeigen sein wird, kommt dieser Differenzierung erhebliche Bedeutung zu. Gleichzeitig bringt das UIG damit auch zum Ausdruck, daß Information zwingend eine Verbindung von (Informations-)Träger und Getragenem (Daten) voraussetzt. Der Gesetzgeber würde sich mit diesem Verständnis in guter Gesellschaft befinden, ist es doch in der informationswissenschaftlichen Literatur weit verbreitet.[79] Dieses Verständnis fordert hingegen zur Kritik heraus und zeigt zugleich, daß die Begriffsbestimmung des § 3 Abs. 2 UIG nur im Zusammenspiel mit den übrigen Normen des Gesetzes sinnvoll interpretiert werden kann. Ein Informationsverständnis, das Information allein über die Verbindung von Träger und Getragenem zu definieren sucht, scheitert an der Ausrichtung des Rechts am Menschen. Ist letztlich der Mensch Adressat von Rechten und Pflichten, so müssen sich diese an ihm ausrichten. Für den Begriff der Information bedeutet dies, daß er nicht losgelöst von seinen pragmatischen Aspekten sinnvoll erfaßt werden kann. Anderenfalls würde der Bezug zum menschlichen Bewußtsein unbeachtet bleiben. Eng damit verbunden ist auch ein weiterer Kritikpunkt: Die Formulierung, daß Information nur solche Daten sein können die auf Informationsträgern *vorliegen*, schließt in Umkehrschluß solche Daten vom Informationsbegriff aus, die noch keine »Verbindung« mit einem Träger eingegangen sind; anders ausgesprochen, denen es noch an einer kommunizierbaren Form fehlt. Damit werden die Daten vom Informationsbegriff ausgeschlossen, die nur als Wissen der Angehörigen der auskunftspflichtigen Stelle vorhanden sind. Im praktischen Ergebnis führt dies dazu, daß der Informationsbegriff faktisch auf einen weiten Aktenbegriff reduziert wird. Aufgrund der Erkenntnis, daß Information – genauer: Informationsbedürfnisse – unendlich sind und Information häufig erst durch weitere Information verständlich wird, ist die Ausklammerung von Nichtaktenwissen problematisch.[80] So können beispielsweise Daten über den Zustand eines Gewässers nur dann richtig interpretiert werden, wenn zusätzlich die Meßmethode und auch andere interpretationsbeeinflussende Begleitumstände dem Informationsbegriff unterliegen. Fand ein Eintrag dieser Daten in den Akten nicht statt, werden sie trotz ihrer Bedeutung für die Informationsinterpretation nach der Formulierung des Gesetzes nicht als Information erfaßt. Dem kann entgegengehalten werden, daß die Einbeziehung von derartigem Nichtaktenwissen in den Informationsbegriff die betroffene Auskunftsstelle vor nicht unerhebliche organisatorische Probleme stellen kann.[81] Die Gegenkritik zeigt damit

79 *Völz*, Information, S. 6 f.

80 Siehe dazu ausführlich unter C.II.2.a (S. 86 ff). Bedenken äußernd auch *Engel*, Akteneinsicht, S. 241, da gerade auf dem Gebiet der Umweltinformationen keine Klarheit über Bewertungs- und Aufarbeitungsmaßstäbe für Rohdaten bestehen.

81 Vor diesem Hintergrund schlägt *Engel*, Akteneinsicht, S. 242, eine Differenzierung nach aufzubereitenden Informationen und sonstigen Daten vor. Sonstige Daten unterliegen kei-

deutlich die Notwendigkeit, dem Informationsbedürfnis Schranken zu setzen. Dennoch erscheint der generelle Ausschluß von Nichtaktenwissen vom Informationsbegriff dafür nicht als sachgerechte Lösung. Vielmehr lassen sich statt durch starre Schrankensetzung auf andere Weise im Rahmen des Informationsvorgangs hinreichende Schranken mit der notwendigen Flexibilität begründen.[82] Schließlich eröffnet ein Verbindungserfordernis auch erhebliche Mißbrauchsgefahren. Der Informationspflichtige kann sich durch Nichtherstellung der geforderten Verbindung von Daten und Träger seiner Informationspflicht schon dem Grunde nach entziehen. Eine entgegenwirkende »Verbindungspflicht« der Daten mit einem Träger kann dem nur bedingt Einhalt gebieten.[83]

Diese Gesichtspunkte sind schließlich auch die Gründe, warum der Informationsbegriff des § 3 Abs. 2 UIG nur in seiner Einbindung in das Gesamtkonzept des Gesetzes interpretiert werden kann. Sowohl aus der Entstehungsgeschichte[84] als auch aus dem Zweck des Gesetzes (§ 1 UIG) ergibt sich ein von der vorliegenden Arbeit abweichendes Regelungsziel, nämlich das der Regelung des Informations*zuganges*. Damit rückt aber der der Information vorgelagerte Informations*vorgang* in den Mittelpunkt der Betrachtung. Es soll also geregelt werden, wie und in welchem Umfang auf Daten zugegriffen werden darf, die Grundlage von Information sein können. Die Formulierung in § 1 UIG »… den freien Zugang … zu gewähren …« hebt dies deutlich hervor. Der Begriff der Information wird damit nur zur Benennung der Objekte des Zugangsinteresses definiert. Eine Antwort auf die Frage, was Information im allgemeinen rechtlichen Sinn ist, will und braucht das Gesetz dagegen nicht zu geben. Zur besseren Unterscheidung hätte der Gesetzgeber freilich das Objekt des Zugangsinteresses besser mit dem neutraleren Begriff der Daten bezeichnen können und damit den der Information nicht unnötig belastet.[85] Aber auch die angezeigte Interpretationsform entzieht die Begriffsbestimmung des § 3 Abs. 2 UIG nicht jeder Kritik. Das Bestreben des Gesetzgebers, die dem Informations*zugang* unterliegenden Daten möglichst exakt zu benennen, und damit deren quantitative Begrenzung zu erreichen, ist legitim und notwendig. Das dazu eingesetzte Mittel einer starren Schrankenziehung steht aber auch nach korrigiertem Interpretationsblickwinkel im Konflikt mit der Bedeutung von Zusatzwissen für das Entstehen und Interpretieren von Information.

Zusammenfassend ist zur Begriffsbestimmung des § 3 Abs. 2 UIG festzuhalten, daß er eine Definition von Information nicht enthält. Trotz der Verwendung des Wortes

nem vorrangigen staatlichen Zugriff und sollten daher in jeder bei der Behörde vorhandenen Form veröffentlicht werden.

82 Siehe dazu ausführlich unter E (S. 249 ff).

83 Im Bereich der öffentlichen Verwaltung folgt diese Pflicht aus der allgemeinen Aktenführungspflicht.

84 Das Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates vom 7.6.1990 über den freien Zugang zu Information über die Umwelt [ABl. EG Nr. L 158 S. 56]).

85 Vgl. dazu auch *Engel*, Akteneinsicht S. 192 f., in bezug auf die Vorgaben durch die Richtlinie 90/313/EWG. Informationen stehen danach synonym für Daten, Kenntnis, vorhandenes Wissen.

Information benennt er lediglich die Daten über die Umwelt, die grundsätzlich als Objekt eines Zugangsanspruches in Frage kommen. In diesen Zusammenhang unterscheidet das Gesetz zwischen Informationsträger und Getragenem (Daten). Die geforderte zwingende Verbindung von Träger und Getragenem überzeugt hingegen nur soweit, als Information nicht ohne Informationsträger zwischen Sender und Empfänger kommuniziert werden kann. Damit hat die Verbindung aber lediglich Bedeutung für den Informationsvorgang, der seinerseits notwendige Vorbedingung von Information, von dieser aber nicht nur zeitlich zu unterscheiden ist. Die Legaldefinition des § 3 Abs. 2 UIG berücksichtigt somit einen wichtigen Aspekt eines rechtlichen Informationsbegriffs, kann aber letztlich nicht für eine umfassendere Anwendung im Recht herangezogen werden.

bb. Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG)[86]

Am 3.6.2005 hat der Bundestag das IFG verabschiedet, welches am 8.7.2005 den Bundesrat passiert hat. In der ab 1.1.2006 in kraft tretenden Fassung[87] wird in § 2 Nr. 1 IFG Information im Sinne des Gesetzes wie folgend definiert: »amtliche Information [ist] jede amtlichen Zwecken dienende Aufzeichnung, unabhängig von der Art ihrer Speicherung. Entwürfe und Notizen, die nicht Bestandteil eines Vorgangs werden sollen, gehören nicht dazu.« In § 2 Abs. 1 des Entwurfs eines Informationsfreiheitsgesetzes des Bundesministeriums des Inneren hieß es noch in Anlehnung an die Begriffsbestimmung in § 3 Abs. 2 UIG »Amtliche Informationen sind alle amtlichen Zwecken dienenden schriftlich, elektronisch, optisch, akustisch oder anderweitig festgehaltenen Aufzeichnungen, insbesondere Akten, Schriftstücke, Magnetbänder, Disketten, Filme, Fotos, Tonbänder, Pläne, Diagramme, Bilder und Karten. Vorentwürfe und Notizen gehören nicht dazu.« Mit dem Verzicht auf die ausdrückliche Aufzählung denkbarer Darstellungs- und Speichermöglichkeiten ist eine inhaltliche Änderung gegenüber dem Entwurf allerdings nicht verbunden. Der Gesetzgeber hat nur statt der konkreten Benennung einzelner Darstellungs- und Speichermöglichkeiten durch den Rückgriff auf den – interpretationsfähigen – Begriff der Aufzeichnung und die Unabhängigkeit der Art der Speicherung eine zukunftsoffene(re) Gesetzesformulierung gewählt. Ein Blick auf den angestrebten Gesetzeszweck und die umliegenden Paragraphen verdeutlicht, daß, wie auch im Umweltinformationsgesetz, nicht der Begriff der Information als solcher sondern die Benennung der einem Zugang unterliegenden amtlichen Daten wahre Grundlage der Begriffsbildung ist. Indem § 1 Abs. 1 von dem »… Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen …« und § 1 Abs. 2 von »… bestimmten Arten des Informationszugangs …« sprechen, kennzeichnen sie das Öffnen und Schließen von Informationskanälen (Informationsvorgang) als das eigentliche Regelungsziel. Zugang, Mittel und Art werden dem Informationsvorgang als Teilaspekte zugeordnet.

86 Im folgenden IFG.

87 Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes vom 5.9.2005 (BGBl. I, S. 2722).

Gegenüber der Begriffsbestimmung des § 3 Abs. 2 UIG ist der Informationsbegriff des § 2 Abs.1 IFG enger, soweit er über Satz 2 explizit Vorentwürfe und Notizen als Zugangsobjekte ausschließt. Diesbezüglich stellt sich wiederum die Frage, ob eine starre Schrankenbildung in bezug auf die besonderen Eigenschaften von Information der richtige Ansatz zur Verfolgung legitimer Zwecke ist. Für den weiteren Fortgang der Untersuchung kann konstatiert werden, daß die Begriffsbestimmung des § 2 Abs. 1 IFG keine über den Zweck der Zugangsregelung reichende Legaldefinition enthält.

cc. Informationsfreiheitsgesetze der Länder

Die Gesetzgeber der Länder Brandenburg[88], Berlin[89], Schleswig-Holstein[90] und Nordrhein-Westfalen[91] haben eigene Gesetze zur Regelung des Zugangs auf Daten öffentlicher Stellen erlassen. Abgesehen von Unterschieden im Detail sucht man auch in diesen Gesetzen vergebens nach einer umfassenderen Begriffsbestimmung. Wie auf Bundesebene beschränken sich Sinn und Zweck der maßgeblichen Norm im jeweiligen Gesetz darauf, über den Begriff der Information die potentiellen Objekte eines Zugangsanspruchs zu benennen. Im Vordergrund steht damit wiederum nur der Vorgang, und nicht die ihn voraussetzende eigentliche Information.

dd. Zusammenfassung

Für die legislativen Begriffsbestimmungen läßt sich zusammenfassend sagen, daß sie Information nur im Hinblick auf den Vorgang, also das Öffnen und Schließen von Kommunikationskanälen und die Bestimmung der dazu rechtlich verfügbaren Medien definieren. Sie verfolgen damit unter dem Postulat der Informationsfreiheit das hehrere Ziel, der Transparenz der Verwaltung als Säule einer modernen Demokratie zum Durchbruch zu verhelfen. Richtig ist, daß der Zugang zu Information ebenso wie deren gerechte Verteilung im Informationszeitalter einer Regelung durch das Recht bedarf. Es darf aber nicht übersehen werden, daß der Informations*zugang* nur die erste Etappe zum eigentlichen Ziel ist. Nimmt das Recht seine Aufgabe zum Dienst menschlicher Zwecke ernst, so muß dies auch in bezug auf Information gelten. Dazu ist es erforderlich, über den Vorgang des Öffnen und Schließens von Kommunikationskanälen hinaus, auch die Wirkung der kommunizierten Zeichen auf das einzelne Individuum zu erfassen.

88 Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz (AIG) vom 10.03.1998 (GVBl. I, S. 46).

89 Gesetz zur Förderung der Informationsfreiheit im Land Berlin (IFG) vom 15.10.1999 (GVBl. I, S. 305).

90 Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Schleswig-Holstein (IFG – SH) vom 9.02.2000 (GVOBl. 2000, S. 166).

91 Gesetz über die Freiheit des Zugangs zu Informationen für das Land Nordrhein-Westfalen (IFG NRW) vom 27.11.2001 (GV. NRW 2001. S. 806).

b. *Informationsbegriffe in der rechtswissenschaftlichen Literatur*

Im Folgenden werden ohne Anspruch auf Vollständigkeit Informationsbegriffe aus rechtswissenschaftlichen Publikationen vorgestellt. Ein Großteil der Untersuchungen beleuchtet den Begriff der Information vor der Frage, was allgemein unter Informationsrecht bzw. Informationsordnung zu verstehen ist. Insofern betrachten sie das Phänomen Information aus einer anderen Blickrichtung als es Anliegen der hiesigen Arbeit ist.

aa. Steinmüller[92]

Steinmüller setzt sich im Rahmen der Gegenstandsbestimmung des Informationsrechts mit dem Begriff der Information auseinander. Unter Verwendung eines an kybernetischen Prinzipien orientierten Systembegriffs versteht er das »verwickelte« Phänomen der Information als »… Abbild von etwas für jemandes Zweck …«.[93] Information stellt damit eine Kopplung zwischen Sender und Empfänger her und ermöglicht letzterem die Rückkopplung wieder zum Sender, weil der Empfänger durch die Information in die Lage versetzt wird, besser als bisher auf den Sender einwirken zu können, sofern die Information für die Zwecke des Empfängers dienlich war. Der Zweck selbst soll darin bestehen, für »Probleme« Lösungswege und –mittel anzugeben, und diese Probleme schließlich mit weiteren (materiellen) Informationen zu lösen.[94] Die Zweckbindung stellt damit die Existenzbedingung von Information dar, da ohne bestimmten Zweck – hier wird der Ansatz am kybernetischen Modellbegriff deutlich – Information nicht existent sein kann.[95] Neben den syntaktischen und semantischen Aspekten der Information erfaßt *Steinmüller* mit diesem Modell der Information auch deren pragmatische Dimension. Information kann nämlich nur dann für jemanden zur Problemlösung dienlich sein, wenn über die Semantik der Zeichen hinaus auch deren Wirkung auf und Bedeutung für den Empfänger erfaßt werden. Mit dieser Beschreibung bestätigt *Steinmüller* abstrakt die eingangs aufgestellte These, daß Information nur das sein kann, was auch verstanden wird. Zugleich definiert er über den Zweckbegriff die Qualität der Information: Sie ist bestimmt durch ihre Tauglichkeit (Unentbehrlichkeit und Nützlichkeit) zur Lösung definierter Probleme. Information ist damit Entscheidungsgrundlage, auch wenn mehr Information und bessere Entscheidungen kaum korrelieren sollen.[96] Sein Modell der Information enthält damit wesentliche Merkmale eines zweckmäßigen rechtlichen Informationsbegriffs. Dennoch bleiben im Detail Fragen offen. Unklar ist das Verhältnis von Information zu dem notwendig vorgelagerten Informationsvorgang. Dadurch, daß *Steinmüller* den Informationsbegriff nur als Zwi-

92 *Steinmüller*, in: Informationsrecht und Informationspolitik, S. 1 ff.
93 *Steinmüller*, in: Informationsrecht und Informationspolitik, S. 1, 6.
94 *Steinmüller*, in: Informationsrecht und Informationspolitik, S. 1, 9 Fn. 29.
95 *Steinmüller*, in: Informationsrecht und Informationspolitik, S. 1, S. 11 Fn. 34.
96 *Steinmüller*, in: Informationsrecht und Informationspolitik, S. 1, 7 Fn. 19, unter Verweis auf *Lutterbeck*, in: Informationsrecht und Informationspolitik, S. 164, 173.

schenschritt auf dem Weg zu seinem Primärziel definiert, findet eine ausdrückliche Abgrenzung zwischen Information und Informationsvorgang nicht statt. Der Kontext der Begriffsbestimmung und einzelne Formulierungen deuten sogar auf das Gegenteil hin: Ein Unterschied besteht gar nicht. Information stellt sich vielmehr als Ganzes eines mehraktigen Geschehens dar, zudem auch der Informationsvorgang gehört. Für die Zielsetzung *Steinmüllers*, Gegenstand und Umfang des Informationsrechts zu bestimmen, mag eine solche Gleichsetzung überzeugen. Steht hingegen die globale Betrachtung eines wie auch immer gearteten Informationsrechts nicht zur Diskussion, ist eine Unterscheidung zwischen dem Vorgang und dem Phänomen Information selbst zur besseren Problemverortung und –lösung angezeigt.

bb. Egloff/Werkmeister[97]

Eine kritische Analyse der Diskussion um die Gegenstandsbestimmung eines Informationsrechts nehmen *Egloff* und *Werkmeister* zum Anlaß, Information kategorial zu erfassen. Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, daß Information nicht losgelöst von, sondern nur als Gegenstand und Produkt menschlichen Verhaltens existent sei.[98] Information soll aber in vielen gängigen Formulierungen Subjektsfunktion erfahren, die auf den Schluß deutet, daß damit eine Verkehrung der Subjekt-Objekt-Relation im Verhältnis Mensch – Information einhergeht. Damit wollen *Egloff* und *Werkmeister* zum Ausdruck bringen, daß in einem solchen Fall Beziehungen zwischen Menschen vergleichbar denen zwischen Objekten erscheinen. Eine derartige Verobjektivierung führt dazu, daß Produkte, gesellschaftliche Verhältnisse, Institutionen und Ideologien menschlicher Tätigkeit dem Menschen als fremde, sie beherrschende Mächte gegenüber treten. Sie bezeichnen eine solche zum Subjekt erhobene Information als *entfremdet* von ihrem Produzenten. Um ihren Ausgangspunkt nicht ad absurdum zu führen, beziehen sie den Menschen gleichwohl auch als Subjekt im Informationsbereich ein: Indem der Mensch aus Natur und Gesellschaft Information über die Natur und die menschliche Gesellschaft erzeugt, ist er zugleich Subjekt und Objekt von Information. Anders ausgedrückt regelt der Mensch mit Hilfe von Information sein Verhalten zur Natur und Gesellschaft. Information ist somit Kontrolle. Sie verstehen Information damit als das Stellwerk eines Regelsystems, das durch Optimierung und Rationalisierung menschlicher Tätigkeit für andere und höhere Aufgaben Arbeitspotentiale freisetzt und damit den menschlichen Handlungsspielraum erweitert.[99] Auch wenn *Egloff* und *Werkmeister* mit ihrer Definition von Information deren Bedeutung und Funktion im gesellschaftlichen und sozialen Bereich zutreffend beschreiben und damit an der empirischen Realität der Informationsverarbeitung anknüpfen, vermögen sie damit keinen, in größerem Umfang zweckmäßigen, Informationsbegriff zu definieren. In der

97 *Egloff/Werkmeister*, in: Informationsrecht und Informationspolitik, S. 280 ff.; zustimmend *Gaigl*, DSWR 1978, 39, 41.
98 *Egloff/Werkmeister*, in: Informationsrecht und Informationspolitik, S. 280, 289.
99 *Egloff/Werkmeister*, in: Informationsrecht und Informationspolitik, S. 280, 291.

Abstraktheit des Ansatzes verliert sich ihre eigentliche Aufgabe, »… einen rechtswissenschaftlich brauchbaren Begriff von 'Information' zu finden.«.

cc. Sieber[100]

Unter Abgrenzung von Begriffen, die anderen semiotischen Ebenen zuzuordnen sind, versteht er Information unter dem Aspekt der Zweckorientierung als die Kenntnis eines bestimmten Empfängers über Sachverhalte und Vorgänge.[101] Damit steht seine Definition in inhaltlicher Nähe zum Informationsbegriff *Steinmüllers*. Auch bei *Sieber* kommt der pragmatischen Ebene über den Zweckbezug hervorragende Bedeutung für die Begriffsbestimmung zu. Den Informationsgehalt von Daten stellt er zu Recht in Abhängigkeit vom jeweiligen Empfänger und sieht darin zugleich einen der Gründe für die Praktikabilitätsprobleme des Informationsrechts. Einen Lösungsvorschlag für dieses Problem zeigt *Sieber* aber nicht auf. Seine Begriffsbestimmung wirft vielmehr neue Fragen auf. Die Aussage, Information sei Kenntnis über Sachverhalte und Vorgänge bleibt in seiner Abstraktheit ohne Leben. Was ist unter Kenntnis zu verstehen? Da allein Wissen als die Menge der aktuell verfügbaren Information eines Menschen definiert wird[102], scheidet eine Gleichsetzung aus; Kenntnis muß daher ein Minus, ein Weniger sein. Versteht man Kenntnis dagegen umgangssprachlich, so ließe dies die Deutung zu, daß Kenntnis mit dem bloßen geistigen Wahrnehmen, dem »Ansammeln« von etwas vergleichbar ist. Damit würde kaum mehr ein Unterschied zur Nachricht oder Botschaft bestehen, da auch diese – ohne Erfassung ihrer Bedeutung für das Individuum – Sachverhalte und Vorgänge zur Kenntnis bringen können. Der Begriff der (geistigen) Einsicht hätte hier zur Angrenzung dienen können. Mit diesem Begriff verbindet man auch umgangssprachlich ein Plus gegenüber der Kenntnis, weil die Einsicht das Moment des sich innerlichen Aneignens, des sich zu nutze machen können beinhaltet. Kurz: Das Merkmal der Kenntnis ist als Beschreibung unzweckmäßig, weil es den entscheidenden Umstand des Verstehens nicht berücksichtigt. Über diesen Befund hilft nicht hinweg, daß *Sieber* nachfolgend unter Hinweis auf *Steinbuch* und *Haefner* die Bedeutung einer Nachricht für den Empfänger hervorhebt, wenn von Information gesprochen wird.

dd. Steinbuch[103]

Eine mehr die Funktion und Leistung von Information beschreibende Definition formulierte *Steinbuch*: »Information ist der Stoff, aus dem Entscheidungen gemacht werden können.«[104] Mit dieser Beschreibung hebt auch *Steinbuch* die pragmatische Dimension von Information hervor. Unbeachtet bleibt freilich, daß Information zugleich

100 *Sieber*, NJW 1989, 2569 ff.
101 *Sieber*, NJW 1989, 2569, 2572.
102 *Sieber*, NJW 1989, 2569, 2572.
103 *Steinbuch*, GRUR 1987, 579 ff.
104 *Steinbuch*, GRUR 1987, 579, 581.

auch Ergebnis solcher Entscheidungen ist.[105] Dem hiesigen Anliegen, einen operablen Informationsbegriff zu definieren, leistet *Steinbuchs* Ansatz Vorschub, indem er zutreffend eine wichtige Eigenschaft des Phänomens Information benennt: Information ist Grundlage rationaler Entscheidungen. Er muß daher Aufnahme in jede Definition finden, die Anspruch erhebt, Information aus rechtlicher Sicht zu beschreiben. Trotz – oder gerade wegen – dieser fundamentalen Aussage bleibt der Informationsbegriff auch bei *Steinbuch* im Detail verschwommen. Für das Anliegen *Steinbuchs*, einen wesentlichen Ansatzpunkt für die Wertbestimmung von Information zu geben, ist er dagegen ausreichend.

ee. Beyer[106]

Beyer definiert den Begriff der Information, um den Patentschutz von programmbezogenen Erfindungen (Computerprogramme) auf eine fundierte juristische Basis zu stellen. In Anlehnung an *v. Weizsäcker* und *Gitt* beschreibt er dazu den Wirkaspekt von Information als deren Wesensmoment. Information ist danach etwas, was beim Empfänger aufgrund der ihr zugemessenen Bedeutung ein Handeln auslöst. Voraussetzung dazu ist die Erfassung des Sinngehalts und der Bedeutung der übermittelten Nachricht, also deren Verstehen, durch den Empfänger. Die damit verbundene subjektive Auslegung der Bedeutung von Information versucht *Beyer*, über die Ebene der Pragmatik hinaus, mit Hilfe der Apobetik objektiv zu bestimmen. Das Verstandensein von Information soll sich demnach daran messen lassen, inwieweit das beim Empfänger ausgelöste Handeln – Pragmatik – mit der Zielvorgabe des Senders – Apobetik – übereinstimmt, d.h. die der Information zugemessene Aufgabe gelöst wird.[107] Gleichzeitig betont er damit, daß die charakteristische Wechselbeziehung zwischen Informationsquelle und Informationsempfänger zu berücksichtigen ist.

Dem Ansatz *Beyers* kann insoweit zugestimmt werden, als er die Notwendigkeit hervorhebt, die Bedeutung von Information objektiv zu erfassen. Will man nämlich das Vorliegen von Information an das Verstehen und damit auch an die Verknüpfung mit einer Bedeutung binden, so bereitet dies wegen der oft sehr verschiedenen subjektiven Beurteilung der Bedeutung Probleme. Denn wie soll beispielsweise eine Auskunft hinsichtlich ihres Informationsgehaltes – und letztlich damit hinsichtlich ihrer Erfüllungswirkung – beurteilt werden, wenn jeder Empfänger der durch die Auskunft mitgeteilten Zeichen eine andere Bedeutung beimißt. Ob aus rechtlicher Sicht eine Objektivierung über die Apobetik erreicht werden kann, erscheint hingegen zweifelhaft. Indem auf dieser Stufe der vom Sender verfolgte Zweck zum Maßstab der Objektivierung erhoben wird, könnte eine ungerechtfertigte Gewichtsverschiebung zu dessen Gunsten erfolgen. Dem steht aber entgegen, daß Informationsansprüche empfängerbezogen sind, und damit die Erfüllungswirkung grundsätzlich auf der Empfängerseite des Kommunikationsprozesses festzustellen ist. Die durch den Sender intendierte Zweck-

105 Vgl. *Lyre*, Information, S. 170 ff. und B.III (S. 33).
106 *Beyer*, GRUR 1990, 399, 401 ff.
107 *Beyer*, GRUR 1990, 399, 404.

richtung kann aber aus einem anderen Grund von Bedeutung sein. Entspricht nämlich der beabsichtigte Zweck nicht den Vorgaben des jeweiligen Informationsanspruchs, so könnte dieser Widerspruch einer Erfüllungswirkung von vornherein entgegenstehen.

Ingesamt überwiegen aber die Bedenken gegen *Beyers* Ansatz. Hauptgrund dafür ist die Motivation und die daraus folgende Richtung seiner Begriffsbildung. Der Argumentationsweg zum Beweis der Patentfähigkeit von Computerprogrammen besteht darin, die Technikzugehörigkeit von Information zu begründen. Da dem Patenschutz nur eine Lehre zum planmäßigen Handeln unter Einsatz beherrschbarer Naturkräfte zur Erreichung eines kausal übersehbaren Erfolges zugänglich ist,[108] verwendete *Beyer* einen Informationsbegriff, der genau diese Einordnung zuläßt. Wie bereits erwähnt zieht er dazu den naturwissenschaftlich-technischen Ansatz von *v. Weizsäckers* und den informationstheoretischen Ansatz von *Gitt* zu Hilfe. Beiden Ansätzen ist aber gemein, daß sie auch verstandene Zeichenfolgen als Information begreifen, die einer Interpretation durch den Empfänger nicht zugänglich sind, d.h. die von ihnen ausgelöste Wirkung keine Folge der Handlungsfreiheit des Empfängers ist.[109] In Abhängigkeit vom Grad der Handlungsfreiheit des Empfängers sollte hingegen nur dann von Information gesprochen werden, wenn die ausgelöste Wirkung sich als Folge einer Willensentscheidung des Empfängers darstellt.[110] Dagegen sind Zeichenfolgen, die eine naturgesetzliche kausale Handlung des Empfängers hervorrufen, lediglich verursachende Impulse oder Signale.

ff. Reisinger[111]

Nach kurzer Darstellung der Forschungsergebnisse *Wersigs* konstatiert *Reisinger*, daß der Vielzahl von Definitionstypen nur durch klare Begriffsabgrenzung Herr zu werden ist. Hierzu stellt er den »Werdegang« vom physikalischen Signal zur Information dar, um unter Einbeziehung der drei semiotischen Dimensionen wichtige Begriffsabgrenzungen vorzunehmen. Am Anfang stehen die physikalischen Signale, welche bei Kenntnis der ihnen innewohnenden Ordnung zu Daten für den Empfänger werden (syntaktische Dimension). Daten sind damit geordnete Signalfolgen, die im speziellen Fall als eine geordnete Zeichenfolge auftreten. Ist dem Empfänger die Bedeutung der Daten bekannt, transformieren sie sich in eine Nachricht (semantische Dimension). Kommt der Nachricht für menschliches Handeln und Denken oder für das Subsystem, in dem der Mensch arbeitet, Relevanz zu, werden diese Nachrichten Information genannt (pragmatische Dimension). Der Übergang zur syntaktischen und semantischen Dimension erfordert jeweils ein Vorwissen des Empfängers. Die Ordnung der Signale kann nur erkannt werden, wenn das Ordnungsprinzip (z.B. Alphabet als Ordnung von Punkten) bereits bekannt ist. Ebenso kann die Bedeutung von Daten (Wörter oder ganze Sätze) eines Fachaufsatzes nur bei entsprechender Vorbildung erkannt werden. Ob

108 BGH GRUR 1969, 672 [Rote Tauben].
109 *C.F. von Weizsäcker*, Natur, S. 346 ff., 351; *Gitt*, Siemens-Zeitschrift 4/1989, 4, 8.
110 Ähnlich *Staudinger*, in: Information und Informationsträger, S. 1 ff.
111 *Reisinger*, Rechtsinformatik, S. 76 f.

für den Empfänger bestimmte Signale Daten und Nachrichten sind, läßt sich damit über den – wenn auch nicht ganz leicht festzustellenden – Bildungsstand ermitteln. Schwieriger ist jedoch die Bestimmung der Frage nach der Relevanz von Nachrichten für ein Individuum, ist diese doch für Außenstehende selten und auch für das Individuum häufig nur schwer bestimmbar. *Reisinger* will dieses Problem dadurch lösen, daß die Abgrenzung Nachricht – Information über die Wirkung der Information erfolgen soll. In Anschluß an *Wersig* definiert er Information daher als die Reduktion von Ungewißheit aufgrund von Kommunikationsprozessen.[112] Die Wirkung von Information soll nach dieser Definition also gerade in der Reduktion von Ungewißheit liegen.

Dieser Informationsbegriff enthält eine wichtige Grundlage für die weitere Untersuchung. Er erfaßt die schon an anderer Stelle genannte wesentliche Unterscheidung der verschiedenen semiotischen Dimensionen der Information, wobei klargestellt wird, daß für eine rechtswissenschaftliche Begriffsbildung die pragmatische Dimension von ausschlaggebender Bedeutung ist. Mit dem Merkmal der Kommunikation nimmt er im weiteren eine Klarstellung des Verhältnisses Informationsvorgang und Information vor: Information setzt in aller Regel Kommunikation, daß heißt einen speziellen Transmissionsprozeß, voraus, ist mit diesem aber nicht identisch. Um *Reisingers* Begriffsbestimmung in weiten Rahmen operabel zu machen, bedarf sie weiterer Konkretisierung. Zu klären ist insbesondere, welcher Grad an Reduktion erreicht werden muß und was unter Ungewißheit zu verstehen ist. Der Verweis auf *Wersig* bietet sich diesbezüglich freilich zur Klarstellung an, eine Klarstellung und Erläuterung unter rechtlichen Gesichtspunkten ist wünschenswert und notwendig.

gg. Mansel[113]

Einen ähnlich auf die Bedürfnisse der Rechtswissenschaft abstellenden Informationsbegriff definiert *Mansel*. Unter Information versteht er jedes Mittel, welches der Reduzierung von Beurteilungs- und Entscheidungsunsicherheit dient. Mit dem Informationstheoretiker *Karl Steinbuch* sieht er die Hauptfunktion der Information in der Entscheidungsvorbereitung, also in der Einwirkung auf die nachfolgende freie Willensbildung der Informationsempfänger. *Mansels* Ansatz weist somit erhebliche Gemeinsamkeiten mit dem *Reisingers* auf. Beide Autoren sehen die Problembewältigung auf Empfängerseite als den spezifischen Wirkaspekt von Information an. Unter Problem verstehen sie dabei grundsätzlich eine Situation, die der Empfänger nicht oder nicht in der gewünschten Art und Weise bewältigen kann.[114] Durch die Betonung der Reduktion einer Beurteilungs- und Entscheidungsunsicherheit beleuchtet[115] er indirekt das Bedürfnis eines jeden denkenden Individuums, eine Entscheidung auf eine mög-

112 Im Gegensatz zu *Wersig* betont *Reisinger*, Rechtsinformatik, S. 77, daß das einschränkende Merkmal »aufgrund von Kommunikationsprozessen« manchmal weggelassen werden muß.

113 *Mansel*, in: FS Schütze, 1999, S. 485, 489.

114 Siehe ausführlich dazu unten B.IV.1.a (S. 36 f.).

115 Ob dies bewußt oder unbewußt erfolgt, läßt sich dem Text nicht entnehmen.

lichst breite Wissensbasis zu stellen, um an Hand dieser die richtige Entscheidung treffen zu können. Mit diesem Bedürfnis korrespondiert die Unsicherheit, ob die vorhandene Wissensbasis dafür ausreichend ist. Das Bedürfnis nach einer breiteren und damit womöglich besseren Entscheidungsbasis tendiert nämlich zur Unendlichkeit.[116] Die von *Mansel* vorausgesetzte Beurteilungs- und Entscheidungsunsicherheit besteht daher prinzipiell immer, wenn ein Mensch sich in einer Beurteilungs- und Entscheidungssituation befindet.

Ebenso wie *Reisinger* führt *Mansel* nicht näher aus, wie der Begriff Reduktion inhaltlich auszufüllen ist. Es fehlen außerdem Erläuterungen zu dem Definitionsbestandteil Entscheidungs- und Beurteilungsunsicherheit.

hh. Zöllner[117]

Im Lichte der Skizzierung einer grundlegenden Regelungsidee, die für den Informationsverkehr vergleichbar dem Modell der Wirtschaftsordnung maßgeblich sein soll, geht *Zöllner* auch auf den Begriff der Information kurz ein. Zunächst stellt er klar, daß das laienhafte Verständnis, Information entstünde von selbst in Gestalt realer Ereignisse in der Außenwelt, für informationsrechtliche Überlegungen nicht zweckmäßig ist. Für rechtliche Zusammenhänge soll sich vielmehr bewährt haben, Information als zur Übermittlung geeignete Zeichen mit Bedeutungsgehalt zu verstehen.[118] Im übrigen hält er eine weitere Auseinandersetzung mit dem Informationsbegriff im Zusammenhang mit informationsrechtlichen Fragestellungen für relativ unergiebig und unfruchtbar.[119] *Zöllner* ist beizutreten, soweit er hervorhebt, daß für die Informationsentstehung aus rechtlicher Sicht erst die intersubjektiv vermittelbare Ausformung von Ereignissen, wie auch von Meinungen und sonstigen geistigen Schöpfungsprozessen von Bedeutung sein kann. Nicht beigetreten werden kann hingegen dem im übrigen recht pauschalen und zu weiten Informationsbegriff. Wollte man jedes zur Übertragung geeignete Zeichen mit Bedeutungsgehalt als Information im rechtlichen Sinn verstehen, würden auch Zeichenfolgen erfaßt, die allein aufgrund kausaler naturgesetzlicher Vorgänge mit Bedeutung angereichert sind.[120] Hierfür bieten sich andere Begriffspaare zur klaren Abgrenzung an.[121] *Zöllners* Informationsbegriff steht insoweit auch im Widerspruch zu seinem Verständnis der Informationsentstehung, wenn man diese nicht als Einschränkung des zu weiten Informationsbegriffs begreift. Legt man diese einschränkende Interpretation *Zöllners* Aussage zu Grunde, fragt sich, warum er, wenn er schon den geistigen Vermittlungsaspekt zwischen menschlichen Subjekten als wesentlich

116 Vgl. *Druey*, Information, S. 9; *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S.147, 158.
117 *Zöllner*, Informationsordnung, S. 17 f.
118 *Zöllner*, Informationsordnung, S. 18.
119 *Zöllner*, Informationsordnung, S. 18.
120 Als Beispiel sei aus der Biologie die DNS genannt. Im technischen Bereich sind in diese Kategorie Computerprogramme einzuordnen. Vgl. auch *Druey*, Information, S. 3 und die Kritik zum Ansatz *Beyers* unter B.II.2.b.ee (S. 26).
121 Vgl. unten B.IV.3 (S. 42 f.).

betont, auf »halber Strecke« stehen bleibt. Daß Information Zeichen mit Bedeutungsgehalt zwingend voraussetzt, ist allgemein anerkannt.[122] Für die rechtlich Betrachtung, in welcher wegen der geforderten Intersubjektivität auch die Empfängerbezogenheit[123] herausragende Bedeutung hat, ist zusätzlich die Wirkung der Information auf Empfängerseite zu berücksichtigen. Denn eine Zeichenkette kann formal einen Bedeutungsgehalt haben, ohne daß dieser beim Empfänger eine Wirkung auszulösen vermag, weil der Bedeutungsgehalt nicht verstanden wird. Für den Empfänger stellt sich die Zeichenkette dann nicht als Information dar. Freilich könnte man bei einem großzügigen Verständnis des Wortes Bedeutungsgehalt auch den Aspekt der Wirkung in Form des Verstehens erfassen. Dafür hätte es aber einer klaren Aussage bedurft, zumal sich *Zöllner* an informationstheoretischen Arbeiten orientiert, die den Aspekt der Wirkung klar vom bloßen Bedeutungsgehalt einer Zeichenfolge unterscheiden.

ii. Druey[124]

Die derzeit ausführlichste Untersuchung zum Begriff der Information ist Teil einer Monographie *Drueys.* Er beschreibt Information aus der Optik des Rechts als etwas Geistiges, das dadurch hinreichend gekennzeichnet ist, das Moment zu sein, welches die Bewußtseinslage verändert. Die Veränderung soll durch eine Erweiterung des Bewußtseins erfolgen und insofern positiv auf dieses einwirken. Die dem bloß Geistigen eigene Unfaßbarkeit bedinge aber, daß sowohl die Information als Rechtsgegenstand als auch die durch sie bewirkte Bewußtseinsveränderung unmittelbar nicht erfahrbar sind. Als derartiges Abstraktum kann Information nur als Reflex – ähnlich anderen Immaterialgütern – Gegenstand rechtlicher Regelungen und Betrachtungen sein. Ist damit schon die grundsätzliche Erfassung von Information problematisch, so soll die Feststellung der Bewußtseinerweiterung, dem Wirkmoment von Information, noch schwieriger, vereinzelt sogar unmöglich sein.[125] Im Hinblick auf die Zeichendimensionen kennzeichnet er damit zugleich die pragmatische Dimension als diejenige, in welcher rechtliche Informationsinteressen gemessen werden müssen, weil das Recht auf den Dienst an menschlichen Zwecken ausgerichtet bleibt.[126] Trotzdem versteht *Druey* Information nicht allein als Zustand der Kenntnis im Sinne von informiert sein. Ebenso faßt er Information auch als Vorgang oder Inhalt auf. Aus der Erkenntnis heraus, daß Informationsbedürfnisse unendlich sind und Information in der Folge einer ständigen weitergehenden »Veredelung« zugänglich ist – sie also weder einen Anfang noch ein Ende haben soll –, hebt er den Vorgang sogar als einen zwingenden Teil rechtlicher

122 Vgl. nur aus informationstheoretischer Sicht *Gitt*, Siemens-Zeitschrift 4/1989, 4, 7. Für die Nachrichtentechnik beansprucht diese Aussage keine Gültigkeit, da hier Zeichen nur bis zur syntaktischen Ebene von Interesse sind.

123 *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 158.

124 *Druey*, Information, S. 3 ff.

125 *Druey*, Information, S. 4.

126 *Druey*, Information, S. 10.

Informationsüberlegungen hervor.[127] Er lehnt daher auch eine Begriffsverengung auf Merkmale wie das nutzbare oder entscheidungsvorbereitende[128] Wissen ab.[129]

Es ist der Verdienst von *Druey*, wesentliche bisher unbeachtete Aspekte der Information in das Licht der rechtlichen Betrachtung zu rücken. Dennoch vermag der sich aus den obigen Darstellungen ergebende Informationsbegriff nicht umfänglich zu überzeugen. *Druey* ist besonders zu erwidern, daß der Versuch, Information sowohl als Vorgang, Inhalt und Zustand zu verstehen, nicht überzeugt. Zum einen ist damit das Risiko der Rechtsunsicherheit verbunden, da je nach Einzelfall das Informationsverständnis und damit auch der Blickwinkel des Rechts verändert wird.[130] Zum anderen vermischt er damit unnötig informatorische Aspekte, die sehr wohl im Detail durch verschiedene Begrifflichkeiten beschrieben werden können. Insbesondere Probleme des Informationsvorgangs können zutreffend mit den Begriffen Medienrecht und Datenschutz erfaßt werden.

jj. Zusammenfassung

Thesenartig lassen sich Gemeinsamkeiten, allgemeine Erkenntnisse sowie hervorzuhebende Einzelpositionen der dargestellten Ansätze wie folgt zusammenfassen:

- Information dient dem Individuum zur Lösung von Problemsituationen. Sie kann insoweit über ihre Funktion als Entscheidungsgrundlage beschrieben werden.
- Information weist damit einen starken Sach- und Kontextbezug auf.
- Information ist empfängerbezogen. Hilfe zur Problemlösung kann nur mit Blick auf die Situation eines Individuums erfolgen.
- Die Empfängerbezogenheit erschwert eine praktikable Begriffsbestimmung. Es bedarf eines Maßstabes, der den rein innerlichen Vorgang (Problemsituation und -erkennung sowie Problemlösung) intersubjektiv wahrnehmbar – und damit auch für das Recht faßbar – macht.
- Mit der Information als Entscheidungsgrundlage korrespondiert ein grundsätzlich unendliches Informationsbedürfnis, welches ebenso einer Objektivierung bedarf.
- Information setzt in der Sprache der Semiotik die Einbeziehung der pragmatischen Dimension voraus. Rein quantitative Betrachtungen sind deplaziert.
- Information kann nur durch Menschen erzeugt und zwischen Menschen kommuniziert werden. Sie setzt somit Intersubjektivität voraus; anderenfalls bleibt es bei einem rein innerlichen Vorgang, der einer Regelung durch das Recht selbst entzogen ist.

Information ist von anderen Begriffen klar abzugrenzen.

127 *Druey*, Information, S. 16.
128 Vgl. dazu *Steinbuch*, GRUR 1987, 579, 581; *Mansel*, in: FS Schütze, 1999, S. 485, 489.
129 *Druey*, Information, S. 23.
130 Vgl. dazu selbst *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 151.

3. Zusammenfassung

Information ist aus der Sicht des Rechts kein neues Phänomen, wenngleich sie in jüngster Vergangenheit besondere Aufmerksamkeit erfahren hat. In naher Verwandtschaft zum umgangssprachlichen Verständnis verbindet die Rechtswissenschaft mit Information seit jeher eine zur Wissenserweiterung führende Bewußtseinsveränderung des Empfängers. Dem Wechsel der Zeit war lediglich die Betonung der möglichen Wege – Wissens*er*mittlung als aktive Selbsterkundigung oder Wissens*ver*mittlung als Form des Instruiertwerdens – dahin unterworfen. In der heutigen Zeit werden beide Wege gleichzeitig vom Informationsverständnis erfaßt. Mit der Herausbildung der Informationsgesellschaft wurde der Blick, und damit auch das Informationsverständnis, zunehmend auf den Vorgang der Ermittlung oder Vermittlung gerichtet. Schlagwörter wie Informationszugang, Informationsverteilung, Datenschutz oder Informationsfreiheitsgesetz stehen für diese Entwicklung. Der Mensch als »Zielobjekt« von Information wurde dennoch nicht aus den Augen verloren.

III. Zwischenergebnis und Ausgangsthesen

Die bisherigen Erkenntnisse zum Begriff der Information sollen nachfolgend in Ausgangsthesen zusammengefaßt werden. Sie dienen als Grundlage für die anschließende Formulierung eines operablen Informationsbegriffs. Notwendigerweise findet dabei eine Selektion der für das Recht relevanten Aspekte statt.

1. These: Information ist über die Bedeutung von Zeichen für den menschlichen Empfänger zu definieren. Information ist empfängerbezogen. Information ist Entscheidungsgrundlage.

2. These: Information kann nur etwas sein, was vom Empfänger verstanden werden kann.

3. These: Information wird nur von Menschen für Menschen erzeugt und übermittelt, indem realen Ereignissen oder geistigen Schöpfungen eine intersubjektive Ausformung gegeben wird.

4. These: Information setzt Kommunikation voraus. Information ist von dem ihr zeitlich vorgelagerten Übermittlungsvorgang zu unterscheiden.

5. These: Information bedarf zu ihrer Kommunikation eines Trägers (Medium). Der Träger ist von der Information zu unterscheiden.

6. These: Information sind nur Zeichen mit Bedeutungsgehalt, die beim Empfänger keine Wirkung im Sinne eines kausalen naturgesetzlichen Vorgangs auslösen. Dem Empfänger von Information müssen Art und Weise ihrer Verwertung frei stehen (umfassende Handlungsfreiheit).

7. These: Der Informationsbegriff ist von anderen ähnlichen Phänomenen klar abzugrenzen.

IV. Konkretisierung des Informationsbegriffs

Sucht man das Phänomen Information aus rechtlicher Sicht zu fassen, ist es zunächst unumgänglich, die für das Recht relevanten Gesichtspunkte hervorzuheben. Klare Begriffsbildungen helfen, die so markierten Aspekte weiter untereinander abzugrenzen, und jedem Terminus einen begrenzten Ausschnitt aus dem Ganzen zu zuweisen. Damit ist ein Punkt angesprochen, der bisher nur unzureichend Beachtung gefunden hat: Die Erkenntnis, daß eine rechtliche Erfassung aller Fragen rund um die Informationsgesellschaft mit einem allumfassenden Begriff der Information im Detail nicht möglich ist. Unter dem Stichwort Information finden sich Untersuchungen zum Datenschutz, zum Schutz immaterieller Rechte, insbesondere Urheber- und Patenrechte, zum Zugang zu Dokumenten öffentlicher Stellen oder allgemein zur gerechten Informationsverteilung, zu Ansprüchen auf Information aus Verträgen oder sonstigen Sonderbeziehungen und schließlich auf verfassungsrechtlicher Ebene zum Rundfunk- und Presserecht und zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Will man all´ dies unter einem Begriff vereinigen, in einer Definition verpacken, verliert die Definition ihre Zweckmäßigkeit, weil sie aufgrund ihrer Reichweite und Ungenauigkeit nicht mehr zur spezifischen Problembeschreibung und -lösung geeignet ist.

Daher wird zunächst der Begriff der Information soweit konkretisiert, daß er zur genauen Erörterung einzelner Aspekte der Informationsgesellschaft zweckmäßig ist. Zwangsläufig bedingt dieses Vorgehen, andere relevante Gesichtspunkte des Phänomens Information auszuklammern. Dem wird dadurch Abhilfe geleistet, daß vom Informationsbegriff nicht mehr erfaßte Gesichtspunkte anderen Begriffen zugewiesen werden. Weil für besonders wichtige Punkte bereits zutreffendere Begriffe existieren, kann dieses Vorhaben auch ohne Systemumwälzungen verwirklicht werden.

1. Informationsbegriff

Wie bereits die Ausführungen zum Informationsbegriff der rechtswissenschaftlichen Literatur gezeigt haben, besteht Einigkeit darüber, daß eine Definition an der Bedeutung von Zeichen für den menschlichen Empfänger ansetzen muß. Der Zweck von Information besteht darin, dem Mensch als Entscheidungsgrundlage bei der Auflösung von Problemsituationen nützlich zu sein.[131] Zudem wurde ausgeführt, daß die notwendige Abgrenzung von Information zu anderen Begriffen wie Signal, Impuls, Daten oder Nachricht über den Wirkaspekt am erfolgversprechendsten ist.[132] Nach *Wersig*[133]

131 *Steinbuch*, Maßlos informiert, S. 58 ff.

132 Vgl. dazu aus der Sicht der Informationstheorie *Steinbuch*, Maßlos informiert, S. 55; aus der Sicht des Rechts ausdrücklich *Reisinger*, Rechtsinformatik, S. 76 f.

werden zur Definition von Information über ihre Wirkung drei Ansätze vorgeschlagen: Im einfachsten Fall wird Information lediglich als beliebiges Ergebnis eines ebenso nicht interessierenden Prozesses verstanden (allgemeine Wirkung). Eine spezifischere Wirkung wird vorausgesetzt, wenn Information als Wissensveränderung definiert wird. Der engste Ansatz versteht Information als Veränderung (Reduktion) von Ungewißheit, Unsicherheit/Unbestimmtheit. Information über ihre allgemeine Wirkung zu definieren, führt zu keinem weiteren Erkenntnisgewinn. Information könnte danach durch alles bewirkt werden.[134] Aber auch ihre Wirkung als Wissensveränderung überzeugt als Basis einer praktikablen Begriffsdefinition nicht, weil Wissen nicht ohne Verlust seines wesentlichen Charakters operabel gehandhabt werden kann.[135] Gegen die dritte Wirkmöglichkeit – Reduktion von Ungewißheit – wurden bisher keine überzeugenden Argumente hervorgebracht, was für eine Definition des Informationsbegriffs auf Basis dieses Informationsverständnisses spricht. Für eine juristische Begriffsbildung empfiehlt sich daher, Information sowohl unter Beachtung ihrer Funktion als Entscheidungsgrundlage als auch über ihre Wirkung im engen Sinne – nämlich die Reduktion von Ungewißheit – zu definieren. Die gleichzeitige Berücksichtigung beider Ansätze bereitet keine Probleme, weil sie beide in ihrem Wesen übereinstimmen. Dies zeigt sich beim Vergleich der Informationsbegriffe von *Mansel*[136] und *Reisinger*[137]. *Mansel* definiert Information ausdrücklich als die Beseitigung oder Verringerung von Entscheidungs- und Beurteilungsunsicherheit.[138] Er steht damit in Tradition zum rechtswissenschaftlichen Informationsverständnis. Einen scheinbar anderen Weg geht *Reisinger*, indem er in Anlehnung an *Wersig* Information über ihre spezifische Wirkung, nämlich die Reduktion von Ungewißheit, beschreibt. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber die bereits angedeutete Übereinstimmung beider Ansätze: Weil Ungewißheit immer in unauflösbaren Entscheidungssituationen vorliegt[139] und die Reduktion der Ungewißheit zugleich die Verringerung von Entscheidungsunsicherheit bewirkt, definiert *Reisinger* Information auch über ihre Bedeutung als Entscheidungsgrundlage. Ist somit beiden Ansätzen der enge Bezug zur Funktion der Information als Entscheidungsgrundlage gemein, stellt sich *Reisingers* Ansatz als der weitere und zukunftsoffenere dar. Er schließt in seinem Hauptanwendungsbereich die Definition *Mansels* als eine spezifische Ausformulierung ein, und setzt über die grundsätzliche Einbeziehung des Merkmals der Kommunikation per Definition spezifische Eigenschaften der Information bewirkenden Zeichenübertragung voraus. Deshalb soll folgend *Reisingers* Ansatz Ausgangspunkt weiterer Überlegungen sein, weil er zudem der Forderung nach einer interdisziplinären Verwendbarkeit am ehesten gerecht werden

133 M.w.N *Wersig*, Information, S. 32 f.
134 *Wersig*, Information, S. 42 f.
135 *Wersig*, Information, S. 43 ff. (49).
136 Siehe bereits oben unter B.II.2.b.gg (S. 28 f.).
137 Siehe bereits oben unter B.II.2.b.ff (S. 27 f.).
138 *Mansel*, in: FS Schütze, 1999, S. 485, 489.
139 Ausführlich dazu sogleich unter B.IV.1.a (S. 36 f.).

kann.[140] Er kann damit dem Trend einzelfachspezifischen Begriffsbildung und den daraus resultierenden interdisziplinären Verständnisschwierigkeiten entgegengewirkt. Für die anschließende Untersuchung wird Information daher vorläufig als die Reduktion von Ungewißheit durch Kommunikation zwischen Menschen definiert. Um die bereits kritisierten Unklarheiten dieser Bestimmung auszuräumen, werden in einem ersten Schritt die Definitionsbestandteile Ungewißheit, Kommunikation, zwischen Menschen und Reduktion näher erläutert und allgemeingültig präzisiert.

a. *Ungewißheit*

Reisinger selbst äußert sich zum Begriff der Ungewißheit nicht. Zur Begriffserhellung hilft jedoch der Rückgriff auf *Wersig* weiter, der sich mit dem Begriff der Ungewißheit ausführlich auseinandergesetzt hat.[141] Sie soll gegeben sein, wenn für eine beliebige problematische Situation des Organismus kein Programm zur Lösung vorliegt, sondern der Organismus durch Einsatz einer Reihe von Programmen sein Situationsmodell, sein internes Außenweltmodell oder sein Programm verändern muß, um sich situationsangemessen zu verhalten.[142] Vereinfacht ausgedrückt beschreibt er damit eine Situation des Organismus, in der die tatsächliche aktuelle Lage (Situationsmodell) von der innerlich gewünschten Lage (Motivationsvorgaben) abweicht und diese Differenz nicht direkt ohne weitere innere oder äußere Wahrnehmungen (Perzeptionen) aufgelöst werden kann. Weil der Organismus – um sich situationsangemessen verhalten zu können – diesen Unterschied ausgleichen muß, kann Ungewißheit auch als eine unauflösbare Entscheidungssituation verstanden werden: Der Organismus steht vor der Alternative, sein Situationsmodell an die Motivationsvorgabe anzupassen oder umgekehrt. Die Entscheidung für den einen oder anderen Weg kann er aber nicht treffen, weil ihm dazu ein weiteres Perzeptionsereignis fehlt. In der Folge bedingt die Umsetzung der getroffenen Entscheidung weitere Entscheidungssituationen. Der Organismus muß nämlich bestimmen, wie die zuvor festgelegte Anpassung durch die einzusetzenden Programme erfolgen soll, ob also Veränderungen am Situationsmodell, am inneren Außenweltmodell oder an Programmen vorgenommen werden. Und selbst die dabei ausgewählten Programme stellen sich als Entscheidungssituation dar, weil der Algorithmus für die vorzunehmenden Veränderungen an der ausgewählten Funktionseinheit durch die vorangegangenen Entscheidungsprozesse noch nicht zwingend vorgegeben ist. Gleichwohl wird der Zustand von Ungewißheit im hier verstandenen Sinn mit der Zahl der vorangegangen Entscheidungsprozesse typischerweise abnehmen oder gar nicht mehr gegeben sein. Der Organismus ist vielmehr zunehmend in der Lage, nachfolgende Entscheidungssituation ohne weitere Perzeptionsereignisse aufzulösen. Es fehlt dann die Unlösbarkeit als weitere Voraussetzung. Unzureichend wurde bisher auf

140 Er wurde in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts durch *Wersig* für die Informations- und Dokumentationswissenschaften entwickelt.

141 *Wersig*, Information, S. 47 ff, 52 ff.

142 *Wersig*, Information, S. 70.

die Situationsgebundenheit der Ungewißheit eingegangen. Ungewißheit kann immer nur in bezug auf eine bestimmte Situation bestehen. Eine Differenz zwischen Situationsmodell und Motivationslage kann anderenfalls nicht festgestellt werden. Mehr noch, bereits die Feststellung des Situationsmodells als auch der Motivationslage muß scheitern, weil sie unmöglich ist, werden sie doch entscheidend durch äußere und/oder innere Einflüsse zu einem Zeitpunkt t geprägt.[143]

Der Begriff der Ungewißheit, verstanden als eine unauflösbare Entscheidungssituation, steht somit in Übereinstimmung mit der anderenorts[144] herausgearbeiteten Funktion der Information als Entscheidungsgrundlage und hebt zugleich den Kontextbezug von Information hervor, wie es auch dem umgangssprachlichen Informationsverständnis entspricht.[145]

b. *Kommunikation*

Der Begriff der Kommunikation sieht sich – ebenso wie der der Information – einer Vielzahl von Definitionsversuchen gegenüber.[146] Im Interesse der Kompaktheit ist es daher geboten, die Ausführungen auf das zur Klarstellung Notwendigste zu beschränken. Ein Anspruch auf eine Begriffsdefinition wird daher an dieser Stelle nicht erhoben. Unter dem Punkt Kommunikation sei nur soviel gesagt: Nachdem der Begriff der Ungewißheit geklärt ist, bleibt offen, welcher Natur die Perzeption sein kann, die den Organismus zur Auflösung der Entscheidungssituation befähigen soll. Grundsätzlich kann der Organismus Signale aus seiner physischen Umwelt (Exterozeption) oder aus sich selbst empfangen (Interozeption). Der Signalempfang aus dem Organismus selbst scheidet zwanglos als in Betracht kommendes Perzeptionsereignis aus. Das Recht kann

143 Die Erfassung rein kognitiv simulierter Problemsituationen ist damit unproblematisch möglich. Der Zeitpunkt t kann auch in der Zukunft liegen.

144 *Steinbuch*, Maßlos informiert, S. 52; *derselbe*, GRUR 1987, 579, 581.

145 Einen besonderen Aspekt der Kontextbezogenheit hebt *Mastronardi*, in: FS Druey, 2002, S. 833, 836, hervor. Er weißt daraufhin, daß in der Wissensgesellschaft Information als Entscheidungsgrundlage *disziplinär differenziert* bewertet werden muß. Was aus rechtlicher Sicht die richtige Entscheidung ist, kann aus betriebswirtschaftlicher Sicht unerwünscht sein. Im Ergebnis führt diese Differenzierung dazu, daß die verschiedenen disziplinären Entscheidungsvorgaben im Rahmen der *praktischen Konkordanz* zu einer Entscheidungsvorgabe zusammenzuführen sind (S. 836). Juristischen Entscheidungskriterien soll dabei im Rahmen des Verwaltungshandeln nicht a priori die stärkste Stellung zukommen (S. 837). *Mastronardi* kommt daher zu dem Schluß, daß »Die Entscheidung [~~wird~~] auf diese Weise in einem Prozeß der Differenzierung und der Integration verschiedener *Informationstypen* hergestellt [wird]« (S. 839).

146 Es finden sich bei *Merten*, Kommunikation, S. 168 – 182, 160 Definitionen des Begriffs der Kommunikation.

und soll keine rein inneren Vorgänge erfassen und regeln.[147] Der Signalempfang von Außen läßt sich weiter unterteilen in durch den Empfänger selbst unmittelbar wahrgenommene Abbilder von Objekten der realen Welt – etwa das Abbild eines Vogels – und die Vermittlung derart entstandener Abbildern von einem Organismus durch Dritte. Wie die Interozeption ist auch die unmittelbare Wahrnehmung von Objekten der realen Welt durch den Empfänger dem Recht entzogen und scheidet damit als Perzeptionsereignis aus.[148] In die engere Betrachtung kommen damit nur Signale, die aufgrund von Sprache[149] übermittelt werden. Hierzu gehört neben dem Austausch von Zeichen zwischen Menschen auch der Zeichenaustausch von Maschine zu Mensch und umgekehrt, zwischen Maschinen oder zwischen handlungsunfreien Organismen, z.B. Tieren. Kommunikation ist daher die Übertragung von Zeichen vom Sender zum Empfänger. Der Begriff der Kommunikation wird mit Blick auf seine umgangssprachliche Verwendung nicht auf den rein zwischenmenschlichen Zeichenaustausch beschränkt.[150] Daraus folgt zugleich, daß Kommunikation als Vorgang von der sie voraussetzenden Information zu unterscheiden ist. Information setzt Kommunikation voraus, ist mit ihr aber weder identisch noch deren Voraussetzung.[151]

c. *Zwischen Menschen*

Das weite Kommunikationsverständnis schließt nicht aus, daß auch die Zeichenübertragungen zwischen Maschinen oder nichtmenschlichen Organismen vom Informationsbegriff eingeschlossen werden. Es besteht aber allgemeiner Konsens darüber, daß Information im rechtlichen Sinn nur im Zusammenhang zwischenmenschlichen Zeichenaustausches existieren kann. Die Abgrenzung erfolgt über das Merkmal »zwischen Menschen«. Statt durch einen engen Kommunikationsbegriff kann die notwendige Beschränkung nämlich ebensogut durch Begrenzung des Sender- und Empfängerkreises auf den Menschen erfolgen. Der Mensch als Empfänger zeichnet sich besonders dadurch aus, daß ihm die Verwertung der empfangenen Zeichen freisteht (These 6).[152] Nichtmenschliche Empfänger können damit zwar untereinander kommunizieren, die bei ihnen dadurch hervorgerufene kausal naturgesetzliche Wirkung (Reduktion von

147 **A.A.** *Reisinger*, Rechtsinformatik, S. 77. Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob – wie etwa im Strafrecht bei Vorsatz oder Schuld – innere Umstände bei der Beurteilung äußerer Geschehensabläufe unberücksichtigt bleiben.

148 Vgl. *Druey*, Information, S. 17 mit der Einschränkung, daß derartige innere Vorgänge bei Verwertungsverboten doch von rechtlichem Interesse sind; **a.A.** *Reisinger*, Rechtsinformatik, S. 77.

149 Sprache im weiten Sinne, so daß dazu neben den natürlichen Sprachen auch formalisierte Sprachen (z.B. Maschinensprachen) zu zählen sind.

150 So aber *Druey*, Information, S. 27.

151 **A.A.** *Druey*, Information, S. 27.

152 Frei im Sinne von nicht naturgesetzlich kausal. Die Zeichenverwertung ist daher auch dann frei, wenn der Empfänger eines Verbotes oder einer Anweisung sich nur deshalb entsprechend verhält, weil ihm sonst Rechtsnachteile drohen.

Ungewißheit) ist aber nicht Folge von Information, sondern lediglich von verursachenden Impulsen, weil sie in der Verwertung der empfangenen Zeichen unfrei sind.[153] Die Forderung nach einem geistigen Schöpfungsprozeß, der das Innere des Senders intersubjektiv wahrnehmbar macht,[154] gewährleistet senderseitig die notwendige Ausgrenzung.

Durch die Voraussetzung zwischenmenschlicher Kommunikation ist es ohne weiteres möglich, den Zeichenaustausch von Maschine zu Mensch und umgekehrt widerspruchslos in den Informationsbegriff einzubeziehen. Ist die Maschine nur Zeichenmittler, insbesondere der Computer, dem Daten zur Verwertung für andere Menschen eingegeben werden, können die übertragenen Zeichen für den Empfänger Information sein. Ebenso verhält es sich, wenn eine Maschine Zeichen ausgibt, die zur Kenntnisnahme für einen Menschen durch einen Menschen bestimmt sind, wenngleich die unmittelbare Zeichenerzeugung allein durch die Maschine bewirkt wird. So ist etwa die aufleuchtende Warnlampe im Auto Information, da die Zeichenerzeugung (das Aufleuchten) durch einen Menschen – den Konstrukteur oder Ingenieur – für einen Menschen – den Fahrzeugführer – als Zeichen mit einem bestimmten Bedeutungsgehalt veranlaßt worden ist.[155] Die Abgrenzung, ob Maschinen lediglich Zeichenmittler zwischenmenschlicher Kommunikation oder selbst Zeichenempfänger sind, ist nicht immer zweifelsfrei möglich. Zum einen läßt sich möglicherweise jede Maschinenkommunikation sowohl auf Sender- als auch auf Empfängerseite auf Menschen zurückführen. Zum anderen ist z.B. die Zuordnung des Outputs von Computerprogrammen zu einer der beiden Kategorien nicht zwingend vorgegeben. Hier hängt die Einordnung davon ab, ob das Programm als Arbeitsanweisung in einer Maschine läuft (verursachender Impuls) oder einem Menschen – z.B. Programmierer – zur Weiterentwicklung oder Optimierung vorliegt. Entscheidend für eine Abgrenzung ist somit die Frage, ob die empfangenen Zeichen von Menschen zum Empfang durch Menschen veranlaßt sind oder nicht. In naher Zukunft könnte freilich auch diese Angrenzung wenig hilfreich sein, zumindest aber willkürlich erscheinen. Durch die Entwicklung von Maschinen mit sogenannter künstlicher Intelligenz wird es schwer oder sogar unmöglich sein zu entscheiden, welche Zeichen von Menschen veranlaßt sind und welche nicht.

Werden bedeutungstragende Zeichen zwischen Menschen kommuniziert, können sie unter den weiteren genannten Voraussetzungen Information sein. Verursachende Impulse sind sie dagegen, wenn sie in Systemen kommuniziert werden, in denen dem Empfänger die Verwertungsfreiheit hinsichtlich der empfangenen Zeichen fehlt.

153 *Staudinger*, in: Information und Informationsträger, S. 1 f.

154 Vgl. *Zöllner*, Informationsordnung, S. 18.

155 Bei der Einbindung datenverarbeitender Maschinen in den Kommunikationsprozeß bestehen aus rechtlicher Sicht erhebliche Erklärungsschwierigkeiten. Diskutiert wird dieses Problem besonders im Zusammenhang mit sogenannten Computererklärungen. Umfassend dazu *Kuhn*, Rechtshandlungen, S. 47 ff. m.w.N.

d. *Reduktion*

Durch die Perzeptionsereignisse wird der Organismus in die Lage versetzt, die Differenz zwischen Situationsmodell und Motivationsvorgaben zu beseitigen. Reduktion ist daher immer gegeben, wenn die Unfähigkeit zur Entscheidungsfindung vollständig beseitigt ist. Die teilweise Herstellung dieser Fähigkeit ist gleichwohl für die Annahme einer Reduktion dem Sprachgebrauch nach nicht ausgeschlossen. Hierfür ist allerdings zu klären, welcher Grad notwendig ist, damit von einer beachtlichen Verringerung gesprochen werden kann. Der Ansatz, Information über ihre Wirkung und damit über die Strukturveränderung beim Empfänger zu definieren, setzt ein Mindestmaß an Reduktion nur soweit voraus, als sie zur Annahme einer Strukturveränderung überhaupt notwendig ist. Da somit auch die geringsten Veränderungen innerhalb des empfangenden Organismus einbezogen sind, wird schon an dieser Stelle deutlich, daß eine Einheit Strukturveränderung aus rechtlicher Sicht kein praktikables Maß sein kann.[156]

e. *Ursache oder Wirkung?*

Die Definition von Information über den Wirkaspekt grenzt Information von dem zeitlich vorausgehenden Vorgang ab. Eine Entscheidung, ob Information Ursache oder Wirkung ist, wurde damit hingegen nicht getroffen. Setzt man Information mit der eingetretenen Wirkung, also der erfolgten Reduktion von Ungewißheit gleich, kann man Information vergleichbar einem Zustand, nämlich den des Informiertseins verstehen. Ist Information dagegen die Ursache für die Reduktion von Ungewißheit, wäre sie nichts anderes als Zeichen mit der besonderen Eigenschaft, genau die Bedeutung zu tragen, die zur Auflösung der Entscheidungssituation führt. Information wäre dann Inhalt. Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, den rechtswissenschaftlichen Terminus der Information sowohl mit einer Inhalts- als auch einer Zustandsbedeutung zu belegen. Der umgangssprachliche Informationsbegriff würde jedenfalls beide Betrachtungsweisen tragen. Der Nutzen einer alternierenden kontextbezogenen Verwendung wäre aber, auch wenn er die Entscheidung für eine der Positionen entbehrlich machen würde, von trügerischer Einfachheit. Denn die Zweifelsfragen und Probleme würden nur auf einen späteren Zeitpunkt verschoben. Zudem ist die alternierende kontextbezogene Verwendung mit einem Verlust an Rechtssicherheit verbunden.[157] Eine Entscheidung für die eine und gegen die andere Position ist daher unausweichlich.

Information als Wirkung verstanden, ist wegen ihrer Subjektivität durch das Recht nicht oder nur sehr schlecht zu erfassen. Sicherlich, für innere Vorgänge können äußere Reflexe Anknüpfungspunkt sein; es bleiben trotzdem Fragen: Was sind die – relevanten – Reflexe? Wie sind diese Reflexe zu bewerten? Sind sie repräsentative Abbil-

156 Vgl. dazu auch *Druey*, Information, S. 104, der für bestimmte Kategorien von Information auf die Möglichkeit hinweist, eine Einheit Information an deren Funktion unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung festzumachen.

157 Ebenso ablehnend *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 151.

der des menschlichen Inneren? Die (Rechts-)Praxis sähe sich mit reichlich Unsicherheit konfrontiert, würde Information als die im Menschen *bewirkte* Strukturveränderung verstanden werden.[158]

Der Ursachenansatz scheint demgegenüber leichter zu handhaben. Gleichwohl kommt auch hier zunächst die eben genannte Einschränkung zum Tragen. Denn das Vorliegen von Information als Ursache läßt sich nur anhand ihrer spezifischen Wirkung nachweisen. Nur die Zeichen, deren Folge eine entsprechende Strukturveränderung ist, können Information beinhalten. Damit steht man auch hier vor dem Problem, innere Vorgänge nach Außen intersubjektiv wahrnehmbar machen zu müssen. Dennoch sprechen gewichtige Gründe dafür, Information als Ursache und nicht als Wirkung zu verstehen.

Die äußeren Reflexe sind für beide Ansätze nur zum Nachweis der Wirkung erforderlich. Ihr Fehlen läßt folglich nur bedingt Rückschlüsse auf die Nichtbeseitigung von Ungewißheit zu. Information kann also auch dann vorliegen, wenn die Wirkung mangels äußerer Reflexe nicht intersubjektiv wahrgenommen werden kann. Praktisch relevant ist dieser Umstand zunächst immer dann, wenn sich Informationsansprüche oder –pflichten an einen großen bzw. unbestimmten Empfängerkreis richten. Hier ist es augenscheinlich notwendig, das Vorliegen von Information unabhängig vom konkreten Individuum, also anhand eines objektiven Maßstabs bestimmen zu können.[159] Weil es eben nicht darauf ankommt, daß bei jedem Empfänger eine vorhandene Entscheidungssituation aufgelöst wird, bedeutet Objektivierung in diesem Zusammenhang, daß das Vorhandensein von Information zu bejahen ist, wenn die Beseitigung von Ungewißheit im konkreten Zusammenhang durch die Zeichen grundsätzlich bewirkt werden kann. Daraus folgt aber, daß die Wirkung nur Beleg (Nachweis) für Information und nicht selbst Information ist. Anderenfalls würde man sich möglicherweise in einem unauflösbaren Widerspruch befinden: Die Objektivierung führt gleichzeitig – in gewissen Umfang – zu einer Fiktion des Eintritts der Wirkung. Ist Information mit der Wirkung gleichgesetzt, würde folglich auch die Information selbst fingiert und wäre damit als tatsächliches Faktum in Frage gestellt. Versteht man Information hingegen als Ursache, bedarf es der (fiktiven) Wirkung lediglich zum Nachweis, daß etwas anderes tatsächlich vorhanden ist. Information selbst würde also nicht fingiert. Information würde sich als das darstellen, was die Potenz besitzt, Ungewißheit zu reduzieren. Der Ursachenansatz erlaubt es zudem, sich neben den Reflexen widerspruchslos zu Nutzen zu machen, daß Information nur mittels Träger von einem Sender zum Empfänger übertragen werden kann. Die rein geistige Information erfährt eine Verkörperung durch ihren Träger, der in Grenzen Anknüpfungspunkt für das Recht sein kann.[160]

Information ist die Ursache für die Reduktion von Ungewißheit durch Kommunikation zwischen Menschen. Weil die Reduktion von Ungewißheit als spezifisch innerer Vorgang nicht oder nur schwer intersubjektiv wahrnehmbar ist, muß die Wirkung

158 So aber *Steinbuch*, Maßlos informiert, S. 55.
159 Ausführlich dazu unten C.I.1 (S. 49 ff.).
160 Zu den Einschränkungen dieser Möglichkeit siehe C.II.1.b (S. 50).

durch das Recht objektiv fingiert werden. Information hat dann die Potenz, Ungewißheit zu reduzieren.[161]

2. Zwischenergebnis

Information ist die potentielle Ursache für die Reduktion von Ungewißheit durch Kommunikation zwischen Menschen. Der Zustand der Ungewißheit stellt für den betroffenen Menschen eine unlösbare Entscheidungssituation dar, den er nur durch Kommunikation mit anderen Menschen überwinden kann. Somit sind kommunizierte Zeichen jedenfalls dann Information, wenn sie bestehende unauflösbare Entscheidungssituationen auflösen. Durch die inhaltliche Gleichsetzung der Begriffe Ungewißheit und ungelöste Entscheidungssituation ist es zudem möglich, den hier konkretisierten Begriff der Information in Einklang mit den informationstheoretischen Erkenntnissen anderer Wissenschaftsbereiche zu bringen. *Lyre* hat umfassend herausgearbeitet und begründet, daß Information Unterscheidbarkeit voraussetzt.[162] Eben diese Unterscheidbarkeit, hier als Entscheidungssituation bezeichnet, wird vorausgesetzt, wenn Information als die Reduktion von Ungewißheit verstanden wird. Anderenfalls kann Information nicht ihre spezifische Wirkung entfalten – es liegt dann keine Information vor.

3. Notwendige Begriffsabgrenzung

Eingangs wurde die Notwendigkeit betont, den Begriff der Information gegen andere Termini abzugrenzen, denen ebenso rechtlich relevante Gesichtspunkte der Informationsgesellschaft zugewiesen sind. Nachdem der Begriff der Information konkretisiert ist, kann diese Abgrenzung vorgenommen werden. Darüber hinaus werden auch Begriffe einbezogen, deren Klarstellung allgemein zur Vermeidung von Mißverständnissen im Zusammenhang mit Information und dem hier relevanten Kontext notwendig ist.

a. *Signal, Datum, Nachricht, Zeichen*

Information ist allgemein von den Begriffen Signal, Daten, Nachricht und Zeichen zu unterscheiden. Das Signal ist auf der untersten physikalischen Ebene angeordnet und ist etwas, das über menschliche Sinnesorgane oder von technischen Einrichtungen

161 Zur Vereinfachung soll zukünftig Information als die potentielle Ursache für die Reduktion von Ungewißheit verstanden werden.

162 *Lyre*, Information, S. 164 ff. Die Aussage *Lyres* baut auf die Untersuchungen *C.F. von Weizsäckers* auf und konkretisiert dessen Modell der semantischen Ebenen.

wahrgenommen werden kann. Besteht innerhalb der empfangenen Signale eine Ordnung, die dem Empfänger bekannt ist, sprechen wir zukünftig von Daten. Daten sind auf der syntaktischen Ebene einzuordnen. Kann der Empfänger den Daten eine Bedeutung beimessen, so transformieren sich die Daten in Nachrichten, die sich auf der semantischen Ebene darstellen lassen.[163] Das Wort Zeichen ist schließlich ein Terminus aus der Semiotik, der je nach Betrachtungsebene gleichbedeutend mit Daten – man spricht soweit auch von der syntaktischen Zeichendimension –, mit Nachricht – semantische Zeichendimension – oder schließlich auch mit Information – pragmatische Zeichendimension – Verwendung findet. Um Mißverständnisse zu vermeiden, wird das Wort Zeichen nur als Synonym für Nachricht verwendet. Sollte ausnahmsweise eine andere Bedeutung gemeint sein, so wird dies durch Angabe der jeweiligen semiotischen Ebene zweifelsfrei dokumentiert.

b. *Verursachende Impulse*

Der Begriff des verursachenden Impulses wurde bereits unter dem Merkmal »zwischen Menschen« eingeführt. Darunter sind also Zeichen zu verstehen, die beim jeweiligen Empfänger infolge kausal naturgesetzlicher Reaktionen ein bestimmtes Verhalten (Wirkung) hervorrufen.[164] In der Sprache der Semiotik besitzt er ebenso wie Information eine pragmatische Zeichendimension. Der Unterschied zur Information besteht unter pragmatischen Gesichtspunkten allein darin, daß die Verwertung der Perzeptionsereignisse dem empfangenden System nicht freisteht. Handlungsunfreie Empfänger können damit zwar untereinander kommunizieren, die bei ihnen dadurch hervorgerufene kausal naturgesetzliche Wirkung (Reduktion von Ungewißheit) ist aber nicht Folge von Information.

c. *Übertragungsvorgang*

Der hier konkretisierte Informationsbegriff beschränkt sich in seiner Anwendungsmöglichkeit auf die Wirkung beim Empfänger. Er setzt den üblicherweise miteinbezogen Vorgang der Zeichenübertragung zwar voraus, schließt ihn aber als ein der Information vorgelagertes Faktum nicht mit ein. Im Gegensatz dazu steht im Mittelpunkt vieler informationsrechtlicher Abhandlungen häufig allein der Vorgang der Zeichenübertragung, also die Übermittlung von Zeichen zwischen Sender und Empfänger. In Konsequenz dessen liegt dem jeweils ein weites Informationsverständnis zugrunde. Um Mißverständnisse und Ungenauigkeiten im Detail zu vermeiden, werden zur Benennung der im Übertragungsvorgang verankerten Probleme, folgende Begriffe verwenden.

163 Anders die Legaldefinition in § 2 Nr. 5 Referentenentwurf UWG vom 23.1.2003.
164 *Staudinger*, in: Information und Informationsträger, S. 1 ff.

aa. Medienproblem

Arbeiten, die sich vornehmlich mit den für die Bedeutungsübertragung notwendigen Trägern beschäftigen, haben den Begriff des Mediums geprägt und in die Rechtswissenschaft eingeführt. Hinter den Begriffen Medium und Medien verbirgt sich daher nichts anderes als eine spezifische Bezeichnung für den Träger von Zeichen. Der primäre Träger ist die Sprache die zur Überwindung von Zeit und Raum mit weiteren Trägern, Schallsignalen, Papier, elektrischen Signalen gekoppelt wird. Der Ausdruck des Medienrechts steht für eben diese Bedeutung. Warum also diese Sachverhalte unter den Terminus der Information zwängen? Es steht außer Frage, daß beide Begriffe eng miteinander verbunden sind. Der Zwang, deshalb den einen in dem anderen aufgehen zu lassen, bringt nur vordergründig Vorteile. Für die Erörterung im Zusammenhang mit dem Träger von Zeichen sind die Ausdrücke Medium bzw. Medienrecht dem Informationsbegriff vorzuziehen.

bb. Zugangsproblem

An einem umfassenden Begriff fehlt es Arbeiten, die sich mit den Anfangs- und Endpunkten von Übertragungsvorgängen beschäftigen. Ihr Interesse gilt ganz dem Öffnen und Schließen von Kommunikationskanälen oder anders formuliert, Zeichenübertragung zu erlauben, zu verbieten oder zu gebieten. Für Teilausschnitte, die vielfach eine Schnittmenge aus allen Problembereichen des Übertragungsvorganges sind, haben sich spezielle Bezeichnungen herausgebildet und konkretisiert. Prominentester Kandidat ist sicherlich der Datenschutz. Ebenso findet das Wort Geheimnisschutz insbesondere im Unternehmensbereich immer dann Verwendung, wenn es darum geht, Kommunikationskanäle verschlossen zu halten. Steht das Gegenteil, nämlich die Öffnung von Kommunikationskanälen, im Blickpunkt des wissenschaftlichen Interesses, fehlt es an einem spezifischen Begriffsinstrumentarium. Das Modewort Informationsfreiheit erfreut sich in diesem Zusammenhang zwar großer Beliebtheit, mehr als ein Schlagwort ist es jedoch nicht.[165] Eine Analyse der unter diesem Schlagwort geführten Diskussionen zeigt, daß zur Benennung der behandelten Detailfragen vielfach auf vorhandene Termini zurückgegriffen werden kann. In Wahrheit geht es nämlich nicht um die Freiheit der Information, sondern um die Freiheit des Zugangs zu Trägern von potentieller Information.[166] Im Mittelpunkt steht damit – freilich zwangsläufig – der Zugang. Das wahre Interesse gilt aber auch hier vornehmlich dem, was sich durch den Zugang offenbart: ein hoffentlich reichhaltiges Zeichenreservoir. Umgangssprachlich als Information bezeichnet, folgt aus dem hier verwendeten Informationsbegriff, daß es sich nur um Zeichen handelt, die potentiell Information sind. Im konkreten Zusammenhang

165 Ausführlich dazu *Druey*, Information, S. 397 ff.

166 Vgl. nur die amtlichen Bezeichnungen der sogenannten Informationsfreiheitsgesetze der Länder Brandenburg (oben Fn. 88), Schleswig-Holstein (oben Fn. 90) und Nordrhein-Westfalen (oben Fn. 91).

sollte daher besser von der Freiheit des Zeichen- oder gar nur des Datenzugangs gesprochen werden.

cc. Publizität

In den Kontext des Übertragungsvorgangs gehört schließlich noch die Abgrenzung zum Begriff der Publizität. *Hanno Merkt* hat umfassend die Unternehmenspublizität untersucht und ihr dogmatisches Fundament herausgearbeitet. Er grenzt Publizität und Information über die Art der Datenübermittlung ab. Publizität soll durch einen generellen und anonymen, an einen unbestimmten Empfängerkreis gerichteten, und Information durch einen individuellen und persönlichen Übermittlungsvorgang gekennzeichnet sein.[167] Diese Abgrenzung verwirrt mehr, als daß sie Klarheit stiftet. Richtig ist, daß es Übertragungsvorgänge gibt, die sich an einen bestimmten Empfängerkreis richten und solche, die sich an einen unbestimmten Empfängerkreis richten. Letzterer wird zutreffend als Publizität bezeichnet. Unzutreffend ist aber, Information als deren individuellen Gegenpart zu verstehen. Damit wird unausgesprochen Information fälschlicherweise als Vorgang verstanden. Richtig ist, Publizität als eine spezielle Modalität der Übermittlung von Information zu definieren, die zugleich Grund für die unterschiedliche Auslösung[168] von Informationspflichten ist.

d. *Information im weiten Sinn*

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, daß sich bei der Erörterung von Detailfragen statt des Terminus Information vielfach präziser beschreibende Begriffe finden lassen, die zudem häufig bereits in die Rechtswissenschaft eingeführt worden sind. Durch die Verwendung dieser speziellen Termini ist es möglich, die jeweiligen Phasen des einheitlichen Lebensvorganges Informationserteilung präzise zu beschreiben und für die rechtliche Betrachtung sinnvoll voneinander abzugrenzen. Andererseits folgt daraus, daß der hier vorgeschlagene enge Informationsbegriff nicht alle Bereiche seiner umgangssprachlichen Verwendung abdeckt. Zwangsläufig ergeben sich daraus auch im rechtswissenschaftlichen Bereich Probleme, die nicht oder nur sehr unbefriedigend[169] durch Rückgriff auf andere Termini gelöst werden können. Namentlich die Verwendung als Schlagwort zur unspezifischen Bennennung eines ganzen Konglomerats von Rechtsproblemen zwingt zu dieser Erkenntnis. Um weder die zweckmäßige

167 *Merkt,* Unternehmenspublizität, S. 6 ff., 10.

168 Vgl. *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 10, 389 ff. Danach ist Auslöser von Informationspflichten i.e.S. im Fall der Publizitätspflichten die Marktteilnahme des Verpflichteten, wogegen Auskunfts- und Einsichtspflichten der Geltendmachung durch den jeweiligen Berechtigten bedürfen.

169 Wenn sich durch die Prägung der Fachsprachen durch die Umgangssprache ein fester Terminus für bestimmte Sachverhalte eingebürgert hat, ist es schwer, dafür einen (neuen) fachspezifischen Begriff einzuführen.

Beschreibung ganzer Problembereiche noch die präzise Bennennung von Detailausschnitten zugunsten der einen oder anderen von der Verwendung des Informationsbegriffs auszunehmen, wird mit Rücksicht auch auf das umgangssprachliche Informationsverständnis zwischen Information im weiten Sinn und Information im engen Sinn zu unterschieden. Information im weiten Sinn steht synonym für das unspezifische umgangssprachliche Informationsverständnis, also für den einheitlichen Lebensvorgang Informationserteilung.[170] Darunter lassen sich alle Rechtsfragen fassen, die von Information im engen Sinn über Datenschutz, Geheimnisschutz, Medienrecht, Zeichenzugang bis hin zur Informationsordnung reichen. Information im engen Sinn ist hingegen gleichbedeutend mit der potentiellen Reduktion von Ungewißheit durch Kommunikation zwischen Menschen. Die Aufspaltung des Terminus Information in eine weite und enge Bedeutung birgt natürlich die Gefahr, statt Klarheit nur Verwirrung zu stiften. Der Mißdeutung kann vorgebeugt werden, wenn neben der Klarstellung der jeweils beabsichtigten Bedeutung auf den Begriff der Information im weiteren Sinn nur zurückgegriffen wird, wenn kein spezifischer Terminus zur Problembenennung vorhanden ist. Darüber hinaus erübrigt sich eine Klarstellung häufig auch aus der Verwendung im jeweiligen Kontext. Im Folgenden wird Information im engen Sinn verstanden, anderenfalls kennzeichnet ein Zusatz das weite Verständnis.

Zum Schluß sei nochmals eines deutlich hervorgehoben: Der Versuch, Information operabel zu definieren, zwingt zu Einschnitten, vielleicht auch zu Kompromissen. Nicht, weil nur so die vorgeschlagene Definition Bestand haben kann, sondern vielmehr deshalb, weil die vorgefundenen Verwendungen des Wortes Information eine Fülle von Sachverhalten erfassen, die mit *einem* – dann zwangsläufig ungenauen – Begriff nicht praktikabel gehandhabt werden können. Der Zwang zu Einschnitten, die der spezifischen Problemstellung entsprechen, ist vielmehr logische Konsequenz dieser Erkenntnis, wenngleich die Schnittführung dadurch nicht vorgezeichnet ist. Die Entscheidung, Ansprüche auf Information als zu erfassenden Ausschnitt auszuwählen, folgt der Einsicht, daß gerade dieser Bereich den Wirkmoment von Information einbindet und damit sowohl in besonderer Nähe zur etymologischen Herkunft als auch zur umgangssprachlichen Bedeutung des Wortes Information steht, nämlich der Formung des Bewußtseins und des Geistes. Zwingend und alternativlos ist diese Entscheidung freilich nicht.

170 Insgesamt kritisch zur Ausweitung des Informationsbegriffs *Steinbuch*, Maßlos informiert, S. 55.

C. Umsetzung des Informationsbegriffs im Recht

Information verstanden als die potentielle Ursache für die Reduktion von Ungewißheit durch Kommunikation zwischen Menschen, ist die kompakte Definition eines schwierigen Phänomens. Gerade deshalb muß die Definition beweisen, wie mit ihrer Hilfe Probleme praktisch gehandhabt und gelöst werden können. Dieser Nachweis entscheidet über die Zweckmäßigkeit des Terminus. Für den hier zur Rede stehenden Informationsbegriff bedeutet dies vor allem eins: Wie kann Information als potentielle Ursache innerer Vorgänge eines Menschen derart operabel gemacht werden, daß sie Tatbestand oder Rechtsfolge von Normen sein kann? Was ist der konkrete Leistungsgegenstand einer auf Information gerichteten Schuld? Wie ist eine derartige Schuld zu erfüllen? Wann tritt die Erfüllungswirkung ein?

Im Folgenden sollen auf diese und weitere Fragen Antworten gesucht werden, um in der Folge ein allgemeingültiges Konzept zum Umgang mit Informationspflichten zu entwickeln. Dazu werden in einem ersten Schritt die Besonderheiten der Information aus rechtlicher Sicht weiter konkretisiert (dazu unter C.I). Anschließend werden die unter C.I herausgearbeiteten wesentlichen Besonderheiten einzeln näher untersucht (dazu II bis B.IV), um sich dann abschließend der Frage nach einem Rangverhältnis der einzelnen Informationsmittel untereinander zuwenden zu können (dazu unter A.I).

I. Subjektivität von Information

Information ist empfängerbezogen und damit im höchsten Maße subjektiv. Kommunizierte Zeichen, die für den einen Menschen zur Bewältigung unauflösbarer Entscheidungssituationen von Bedeutung sind, können für einen anderen Menschen völlig belanglos sein. Ihnen kommt daher nur dann die Qualifikation als Information zu, wenn sie subjektspezifisch eine bestimmte Wirkung erzielen: nämlich die Reduktion von Ungewißheit. Verallgemeinert man diesen Gesichtspunkt dahin, daß kommunizierte Zeichen einen individuellen und keinen generellen Erkenntnisgewinn haben, könnte man mit *Druey* diese Eigenschaft auch mit der Wertneutralität von Information beschreiben.[171] Ob kommunizierte Zeichen damit Information nach der hiesigen Definition sind oder nicht, kann somit nicht abstrakt und generell, sondern nur konkret und individuell entschieden werden. Für die Information als Inhalt einer rechtlichen Verpflichtung bedeutet dies, daß der Leistungsgegenstand eine Unbestimmtheit aufweist, wie sie von anderen Leistungspflichten nicht bekannt ist. Dies bestätigt sich beim Vergleich mit anderen Leistungspflichten, etwa dem Kauf einer Sache, bei dem der Kaufgegenstand wenigstens der Gattung nach bestimmt ist, aber auch bei sonstigen Pflichten, sei es eine Dienstpflicht oder eine Herstellungspflicht im Rahmen eines Werkvertrages. Der Leistungsgegenstand ist jeweils konkret und objektiv bestimmt bzw. bestimmbar.[172] Für eine auf Information gerichtete Leistungspflicht kann dies so nicht gesagt werden.

Dieser Unbestimmtheit und Individualität von Information steht die Methodik des Rechts gegenüber, das seine Funktionen[173] durch Rechtsnormen in Form von abstrakt generellen Sollensnormen zu verwirklichen sucht. Das Recht muß eine Vielzahl von Lebensvorgängen erfassen, wobei die zu erfassenden Lebenssachverhalte nie eine vollständige Übereinstimmung aufweisen. Um dennoch die Zahl der Rechtssätze überschaubar zu halten, müssen die Sollensnormen generelle, vom Einzelfall losgelöste Handlungs- oder Verhaltensanweisungen enthalten. Besonders stark ist die Verallgemeinerung ausgeprägt, wenn umfangreiche regelungsbedürftige Vorgänge oder Fallgruppen erfaßt werden sollen. Es werden somit vom Einzelfall losgelöste abstrakt generelle Rechtssätze geschaffen.

Dieser vordergründig unlösbare Konflikt zwischen der Subjektivität von Information einerseits und der grundsätzlichen Abstraktheit von Rechtssätzen auf der anderen Seite verlangt nach einer Lösung, die den Kernbereich beider unberührt läßt und trotzdem eine Annäherung ermöglicht, welche die widerstreitenden Prinzipen auf einen gemeinsamen Nenner bringt.

171 *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 157; ebenso *Dettwiler*, Gleichbehandlung, S. 7.
172 *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 158.
173 Zu den Funktionen des Rechts *Rüthers*, Rechtstheorie, S. 48 ff.

Dazu ist es angezeigt, sich zunächst der diesem Konflikt zugrundeliegenden Besonderheiten von Information bewußt zu werden. Diese werden anschließend vor dem Hintergrund genauer analysiert, mögliche Lösungen für den beschriebenen Konflikt aufzuzeigen.

1. Maßgeblichkeit des Empfängerhorizonts

Am Anfang der Leistungserfüllung steht die konkrete Bestimmung der Leistungspflicht. Weil diese bei einer auf Information gerichteten Schuld in Abhängigkeit vom jeweiligen Gläubiger steht, setzt dies zunächst die genaue Bestimmung des Gläubigers voraus. Denn nur anhand eines konkreten Gläubigerbildes kann das Informationsbedürfnis als Ausgangspunkt der weiteren Konkretisierung der Leistungspflicht bestimmt werden. Im weiteren Verlauf der Leistungskonkretisierung kommt der Bestimmung des relevanten Gläubigers unter dem Stichwort der Verarbeitungslast tragende Bedeutung zu, die schließlich in der Antwort auf die Frage mündet, wann die Leistung bewirkt ist, der geschuldete Leistungserfolg also eingetreten ist.

a. *Leistungsbestimmung und divergierende Informationsinteressen*

Insbesondere gesellschaftsrechtliche Abhandlungen widmen sich mit fast leidenschaftlicher Hingabe dem ausgemachten Zentralkonflikt Information gewährender Normen: dem Interessengegensatz zwischen Informationsverpflichtetem und Informationsberechtigten. Der Informationsverpflichtete möchte möglichst wenig preisgeben, die Informationsberechtigten möchten möglichst alles erfahren. Anders ausgedrückt steht das Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens dem Durchleuchtungsinteresse der Gesellschafter scheinbar unversöhnlich gegenüber. Praktisch relevant wird dieser Interessenkonflikt immer dann, wenn die Gesellschafter nicht an der Unternehmensleitung beteiligt sind.[174]

Aufgrund der zentralen Bedeutung dieses Konflikts wird jedoch ein vorgelagertes Problem häufig übersehen oder einfach unterschlagen. Die Rede ist von Interessenwidersprüchen unter den Informationsberechtigten selbst. Ist nämlich nicht nur ein Rechtssubjekt, sondern eine Gruppe von Rechtssubjekten berechtigt, führt die Subjektivität von Information fast zwangsläufig zu einer Vielzahl möglicherweise höchst unterschiedlicher Informationsinteressen.[175] Dabei gilt: Je inhomogener der Kreis berechtigter Informationsempfänger ist, desto größer sind die Differenzen und desto klarer

174 Dies ist vor allem bei Publikumsgesellschaften der Fall.

175 Beispielsweise ist das Informationsinteresse eines kurzfristigen (Spekulations-)Anlegers in bezug auf ein Unternehmen ein anders, als das eines Anlegers, der an maximaler Ausschüttung bei vorgegebenem Wohlstandsniveau interessiert ist. An welchem Informationsinteresse hat sich ein Jahresabschluß auszurichten?

treten sie hervor. Konsequenzen zeitigt dieser Konflikt bereits bei der Leistungsbestimmung. Da der Inhalt der Leistung maßgebend durch das Informationsinteresse bestimmt wird,[176] sieht sich der Verpflichtete nicht nur einem diffusen Bild unterschiedlichster Informationsinteressen, sondern auch unterschiedlichster Informationsansprüche gegenüber. Soll sich, was im Einzelfall allerdings durchaus erwünscht sein kann, der Verpflichtete nicht mit dieser Vielfalt – sich möglicherweise auch (partiell) widersprechenden Interessen – auf Seite der Berechtigten auseinandersetzen müssen, ist es notwendig, die verschiedenen Informationsinteressen auf *ein* rechtlich relevantes Interesse zu kanalisieren und zu reduzieren.[177] Erst wenn dies geschehen ist, kann der eingangs in diesem Abschnitt erwähnte zentrale Konflikt einer Lösung zugeführt werden. Dabei besteht freilich eine wechselseitige Abhängigkeit dergestalt, daß auch der Konflikt zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem Rückwirkung auf das zuvor bestimmte *eine* relevante Informationsinteresse hat und sich daraus wiederum Konsequenzen für dessen Bestimmung selbst ergeben können. Kommt der Bestimmung des rechtlich relevanten Informationsinteresses somit eine wichtige Bedeutung zu, stellt sich sofort die Frage, woran sich dessen Feststellung und Festlegung orientieren soll? Die Kanalisierung/Reduzierung der verschieden Interessen auf ein einzig relevantes läuft im Ergebnis darauf hinaus, das Interesse eines bestimmten Empfängers zum einzig maßgeblichen zu erklären.[178] Damit erfolgt die Bestimmung des rechtlich relevanten Informationsinteresses über die Ermittelung des maßgeblichen Empfängers und seines Informationsinteresses. Für die Leistungsbestimmung sind dabei vor allem zwei Aspekte entscheidend: Wie ist der maßgebliche Empfänger zu bestimmen, und aus wessen Sicht ist dessen Informationsinteresse zu ermitteln?

b. *Leistungsbewirkung*

Eng mit den Problemen der Konkretisierung der Leistungspflicht sind auch die der Leistungserfüllung verbunden. Hier geht es vornehmlich um zwei Aspekte: Erstens ist zu klären, welcher Wissensstand des Informationsgläubigers der Leistungserfüllung zugrunde gelegt werden kann. Dieser Punkt bildet damit quasi die Schnittstelle zwischen Leistungsbestimmung und –bewirkung, weil er sowohl Wirkung auf die Leistungspflicht als auch deren Erfüllung zeitigt. Zweites ist zu erörtern, wie der Eintritt des Leistungserfolges nachzuweisen ist. Wie zu zeigen sein wird, läßt sich nämlich die Erfüllungswirkung von Informationspflichten nur mittelbar über die äußerlichen Reflexe des Wirkungseintritts feststellen.[179] Die Interpretation dieser Reflexe ist der ein-

176 Dazu ausführlich unter C.III (S. 92 ff.).
177 *Coenenberg*, Jahresabschluß, S. 36.
178 Enger *Hommelhoff*, in: HGB-Bilanzrecht, § 289 Rn 50 ff., der wohl davon ausgeht, daß das zu befriedigende Informationsinteresse vom informationspflichtigen Schuldner her konzipiert werden sollte, wenngleich dabei auf typisierte Informationsinteressen der Gläubiger Rücksicht zu nehmen ist.
179 Ausführlich dazu unter C.II.1.b (S. 55 ff.).

zige Anhaltspunkt für die Feststellung der Erfüllungswirkung. Für den Informationsverpflichteten ist es damit wichtig zu wissen, wie er die Außenreflexe zu interpretieren hat und interpretieren darf. Er muß folglich wissen, welche Interpretationsergebnisse den Schluß auf den Wirkungseintritt zulassen. Die Interpretation der Außenreflexe sollte im Idealfall von den Eigenarten und Besonderheiten des jeweiligen Empfängers abhängen. Probleme bereiten folglich solche Kommunikationssituationen, in denen aus den verschiedensten Gründen die Wahrnehmung von äußerlichen Reflexen nicht möglich ist. Sei es deshalb, weil man sich des Einsatzes von Fernkommunikationsmitteln – Brief, Telefon, Fax, E-Mail, WWW usw. – bedient oder aber die Informationspflicht gegenüber einem größren Kreis Berechtigter besteht und damit die Verwertung möglicher Reflexe jedes einzelnen Empfängers praktisch nicht zu bewerkstelligen ist.

Sowohl für den voraussetzbaren Wissensstand als auch den Nachweis des Leistungserfolges treten damit wie bereits unter a. die zwei entscheidenden Aspekte in den Focus des Interesses: Wer ist der maßgebliche Empfänger und aus welcher Perspektive, aus wessen Sicht ist dessen Wissensstand zu bestimmen bzw. seine Reflexe zu interpretieren.

c. *Bedeutung des maßgeblichen Empfängerhorizonts*

Es hat sich damit gezeigt, daß im Mittelpunkt der weiteren Analyse zunächst die Suche nach allgemeinen Regeln zur Bestimmung des maßgeblichen Empfängers und die Ermittelung der jeweils zutreffenden Interpretationssichtweise stehen muß.

Bei der Bestimmung des maßgeblichen Empfängers geht es vornehmlich um die Frage, wie bei einer Vielzahl von Informationsberechtigten aus der Masse von Berechtigten *ein* maßgeblicher Empfänger, an dem sich die weiteren rechtlichen Fragestellungen orientieren, zu bestimmen ist. Es geht mithin um eine wie auch immer geartete Typisierung. Aber auch wenn nur ein Rechtssubjekt informationsberechtigt ist, kann sich aufgrund der Besonderheiten der Kommunikationssituation die Frage nach einer Typisierung stellen.

Die Ermittlung der zutreffenden Interpretationssichtweise wirft dagegen die nachgelagerte Frage auf, ob die Perspektive des Informationsverpflichteten, des Informationsberechtigten oder die eines neutralen objektiven Dritten bei der Bestimmung des Informationsinteresses oder des Leistungserfolges entscheidend sein soll. Schlagwortartig sollen beide Gesichtspunkte zusammengefaßt und zukünftige durch den Begriff des *maßgeblichen Empfängerhorizonts* umschrieben werden. Der maßgebliche Empfängerhorizont ist der Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen und Feststellungen.

2. Informationsbedürfnis

Aus dem im Informationsbegriff vorausgesetzten Merkmal der Ungewißheit folgt, daß ihm für die Bestimmung der Leistungspflicht, aufbauend auf dem maßgeblichen Empfängerhorizont, ebenfalls entscheidende Bedeutung zukommt.

3. Verarbeitungslast

Mit der Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts sind allerdings noch nicht alle informationsrechtlichen Besonderheiten gelöst. Mit ihm ist nur der Rahmen für die weiteren Überlegungen zum Leistungsumfang und zur Leistungserfüllung festgelegt. Nunmehr gilt es, unter Beachtung der Subjektivität von Information und der Unendlichkeit des Informationsbedürfnisses, den konkret zu bewirkenden Leistungserfolg und die dazu notwendigen Handlungen seitens des Schuldners zu bestimmen. Aufgeworfen ist damit primär die Frage, ob und wie der Schuldner die mitzuteilenden Tatsachen derart verknüpfen, selektieren und aufbereiten muß, daß der Eintritt des Leistungserfolges nur noch einen »konsumierenden« Empfang des Gläubigers voraussetzt oder ob dieser selber die kommunizierten Zeichen bewerten, selektieren, mit anderen Daten verknüpfen oder aufbereiten muß.[180] Auf den ersten Blick mag dies im Widerspruch zum hier entwickelten Informationsbegriff stehen, der als Leistungserfolg nur die Herstellung des geschuldeten Grads an Entscheidungssicherheit in Betracht kommen läßt. Gleichwohl ist es erlaubt und auch zwingend erforderlich, zwischen den einzelnen Informationsmitteln zu unterscheiden, weil nur bei unterschiedlicher Zuweisung der Verarbeitungslast sich die einzelnen Informationsmittel ergänzen können, um umfänglich die Reduktion von Entscheidungsunsicherheit zu bewirken.[181]

180 Eine intensive Erörterung der Folgen der Zuweisung der Verarbeitungslast mit Blick auf die Leistungserfüllung findet sich in OLG Köln, Urteil vom 19.3.1999, Az. 4 U 42/98 (abrufbar unter http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/olgs/koeln/j1999/4_U_42_98.html [Stand: Oktober 2003]).

181 Vgl. dazu ausführlich unter C.V (S. 159 ff.).

II. Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts

Für eine praktikable Handhabung des Informationsbegriffs kommt der Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts als Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen grundsätzliche Bedeutung zu. Sowohl das Merkmal der Ungewißheit, als Ausdruck des Informationsinteresses des Empfängers, als auch deren Reduktion setzen auf Seiten des Informationsverpflichteten die Kenntnis des maßgeblichen Empfängerhorizonts voraus. Im Mittelpunkt der nachfolgenden Untersuchungen steht daher die Ausarbeitung von allgemeinen Kriterien zur Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts. Zur Vermeidung einer voreiligen Generalisierung und Außerachtlassung spezifischer Aspekte soll die Untersuchung für die Definitionsbestandteile Ungewißheit und Reduktion getrennt erfolgen. Um bedeutsame Spezifika zu erkennen, wird die separate Betrachtung gleichzeitig genutzt, um jeweils auf das einzelne Definitionsmerkmal näher einzugehen.

1. **Reduktion***Allgemein*

Das Merkmal der Reduktion wurde bei der Herleitung des hier verwendeten Informationsbegriffs als der Definitionsbestandteil markiert, welcher Auskunft über die Auflösung der Differenzen zwischen Situationsmodell und Motivationsvorgabe gibt. Einfacher formuliert, kann von Reduktion immer dann gesprochen werden, wenn eine bisher ungelöste Entscheidungssituation mit Hilfe der kommunizierten Zeichen bewältigt werden kann. Die in einer offenen Entscheidungssituation zwingend bestehende Entscheidungsunsicherheit über die richtige Entscheidung wäre somit im – nur theoretisch denkbaren – Idealfall gänzlich beseitigt. Praktisch ist dieser Zustand jedoch nicht erreichbar. Die Gründe dafür sind sehr vielschichtig. Ein wesentlicher Grund wird mit der Unendlichkeit des Informationsinteresses zutreffend beschrieben.[182] Im Gegensatz zu anderen Gütern und Werten führt die Zuerkennung von Information an ein Subjekt nicht zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses; vielmehr verhält es sich genau umgekehrt. Die Verfügbarkeit von Information weckt sogleich das Bedürfnis nach mehr Information. Der Grund liegt in der Hermeneutik zwischen Informationsbedürfnis und Problemverständnis.[183] Information führt zu einem besseren Problemverständnis. Zunächst sind nur die Informationen relevant, welche für das vorläufige Problemverständnis bedeutsam erscheinen. Diese (Teil-)Information führt einerseits zur Verringerung der vorhandenen Ungewißheit. Die damit verbundene erweiterte Sichtweise auf die Dinge bedingt aber andererseits zugleich das Entstehen neuer Ungewiß-

182 *Druey*, Information, S. 59 ff.; siehe ausführlicher unter C.II.2.a (S. 86 f.).
183 *Mastronardi*, in: FS Druey, 2002, S. 533, 839.

heit.[184] Umstände die mangels ausreichenden Sachverstands bisher als nicht entscheidungsrelevant ausgeblendet wurden, erscheinen nunmehr für die Entscheidung als relevant.[185] In der Konsequenz führt dies dazu, daß die »richtige« Beurteilung eines Sachverhalts unbeschränkte Information erfordert, weil nicht ausgeschlossen werden kann, daß ein noch so entferntes Glied in der Überlegungskette das Entscheidungsergebnis völlig umkehren kann.[186] Der unbeschränkten Verfügbarkeit von Information kann – schon wegen berechtigter Gegeninteressen Dritter – in der Praxis aber nicht Rechnung getragen werden. Eine Reduktion von Ungewißheit in dem Sinne, daß eine Entscheidungssituation derart aufgelöst wird, daß zweifelsfrei *die* richtige Entscheidung getroffen werden kann, ist folglich nicht möglich.[187] Einzig erreichbar ist ein akzeptables Maß an Entscheidungssicherheit. Anders gewendet kann es bei dem Merkmal der Reduktion nur darum gehen, zu bestimmen, welcher Grad an Restunsicherheit im Einzelfall unter Berücksichtigung der Entscheidungsfolgen hinnehmbar ist. Reduktion ist somit nicht nur als die Beseitigung von Ungewißheit, sondern auch als deren Verringerung auf ein sozial adäquates Maß (Restunsicherheit) zu verstehen. Daher ist es bei der Regelung informationsrelevanter Sachverhalte Aufgabe des Rechts zu bestimmen, welches Maß an Entscheidungssicherheit im Einzelfall geboten bzw. erforderlich ist.[188] Die Bestimmung der hinnehmbaren verbleibenden Ungewißheit muß sich an den Folgen der Entscheidung für die betroffenen Rechtsgüter orientieren. Je gravierender die Folgen und je schützenswerter die betroffenen Rechtsgüter sind, desto geringer muß die verbleibende Restunsicherheit sein.[189] Wegen der praktischen Unerreichbarkeit von Sicherheit in Entscheidungssituationen kann sie allerdings nie null sein.

184 In diese Richtung weist auch die zweite These von *C.F. von Weizsäcker*, Natur, S. 352, wenn er davon spricht, daß Information Information erzeugt.

185 *Mastronardi*, in: FS Druey, 2002, S. 833, 839.

186 *Druey*, Information, S. 59.

187 Vgl. dazu BVerfGE 49, 89, 143, unter Verweis auf die Grenzen der menschlichen Erkenntnisfähigkeit. Neuerdings beruht die unzureichende Entscheidungssicherheit nicht nur auf einem Mangel an Information, sondern teilweise auch auf einem Überfluß an Information. Die für einen Entscheidungsprozeß verfügbaren Informationen können nicht adäquat genutzt werden.

188 Eine (unbewußte) gesetzgeberische Umsetzung dieses Ansatzes findet sich etwa in § 31 Abs. 2 Nr. 2 WpHG. Die Pflicht »alle zweckdienlichen Informationen« mitzuteilen ist zwar diesbezüglich sehr unbestimmt. In der Beschlußempfehlung und dem Bericht des Finanzausschusses (BT-Drucks. 12/7918, S. 103) heißt es zur Konkretisierung: »Durch die Erfüllung der Verhaltensregeln soll der Kunde eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens in die Lage versetzt werden, die Tragweite und Risiken seiner Anlageentscheidung einzuschätzen und somit die wirtschaftlichen Folgen seiner Entscheidung tragen zu können.« Aus der Dependenz von Information und Recht folgt ein zweiter Weg: Recht ist selbst Information und kann damit zur Auflösung von ungelösten Entscheidungssituationen beitragen. Vgl. dazu ausführlich *Druey*, Information, S. 29 ff.

189 BVerfGE 49, 89, 143.

b. *Rechtliche Erfassung/ Handhabung*

Wie bereits angedeutet, bereitet die rechtliche Handhabung von Information erhebliche Probleme. Für den Definitionsbestandteil »Reduktion« folgt dies aus dem Umstand, daß die Auflösung einer offenen Entscheidungssituation (= Wirkung der Information) ein rein innerer Vorgang ist. Als solcher ist er naturgemäß der unmittelbaren Wahrnehmung durch Dritte entzogen. Die Intersubjektivität ist aber Voraussetzung für eine rechtliche Erfassung. Anderenfalls wäre es nicht möglich abstrakt generelle Normen zu formulieren, die Information als Regelungsgegenstand haben.

Aus diesem Grund liegt der Versuch nahe, dem Recht die Verkörperung der Information durch ihre notwendige Verbindung mit einem Träger nutzbar zu machen. Der große Vorteil dieser Vorgehensweise wäre, daß der Träger per definitionem intersubjektiv wahrnehmbar ist und damit eine wesentliche Voraussetzung für eine zweckmäßige und praktikable Handhabung erfüllt. Auf die Leistungserfüllung übertragen würde dies bedeuten, daß der Leistungserfolg von der quantitativen Erfassung entsprechender Verbindungen abhinge. Zu bedenken ist allerdings, daß die erzielbare einfache rechtliche Handhabung nicht Information im hiesigen Verständnis zum Inhalt hätte. Nicht die Information selbst, sondern lediglich der Kommunikationsvorgang, beginnend von der Verknüpfung der Zeichen mit einem Träger, über den Zugang zu diesem, dessen Übertragung bis hin zum Empfang der Zeichen durch den Empfänger stünde im Blickfeld der Betrachtung. Diese Blickrichtung bietet sich daher nur an, wenn nicht Information als die potentielle Ursache der Reduzierung von Ungewißheit, sondern beispielsweise der Zugang zu Trägern (Akten, Unterlagen) potentieller Information rechtlich zu würdigen ist.

Soll hingegen Information selbst Gegenstand rechtlicher Regelungen sein, ist in Hinblick auf das Feststellen des Eintritts des Leistungserfolges allein die Anknüpfung an die entsprechende Wirkung von Information, nämlich die Reduzierung der Entscheidungsunsicherheit auf ein sozial akzeptables Maß, der richtige Ansatzpunkt. Schwierigkeiten bereitet dabei weniger die Frage, ob überhaupt ein entsprechender Leistungserfolg möglich ist,[190] sondern vielmehr der Nachweis seines Eintritts im konkreten Einzelfall. Aufgrund der Rechtsfolgen, welche an die Leistungserfüllungen geknüpft sind (§ 362 BGB), kommt der Nachweisbarkeit des eingetretenen Leistungserfolges herausragende Bedeutung zu. Für den Schuldner ist es deshalb ungünstig, daß ein direkter Nachweis von vornherein aufgrund fehlender intersubjektiver Wahrnehmbarkeit des Leistungserfolges ausscheidet. Anknüpfungspunkt kann allerdings der Umstand sein, daß das Erreichen der erforderlichen Entscheidungssicherheit mit nach außen wahrnehmbaren Folgen einhergeht,[191] die sich durch mehr oder weniger deutliche körperliche Reaktionen manifestiert, speziell durch Erklärungsinhalte, Handlungen

190 Neben dem rein tatsächlichen Problem wurde durch die Neureglung der Rechtsfolgen (§ 311a Abs. 1 BGB) bei objektiv anfänglicher Unmöglichkeit auch die rechtliche Problemlage entschärft.

191 Das Modell des Informationsbegriffs setzt eine solche Außenwirkung dem Grund nach voraus.

oder Verhaltensweisen.[192] Es bedarf dann »nur noch« der Interpretation dieser Außenreflexe, um eine objektive Aussage über den Eintritt des Leistungserfolges treffen zu können.[193] Problematisch ist allerdings die Interpretation im konkreten Einzelfall. Welches Verhalten läßt mit welcher Sicherheit den Schluß auf den Eintritt des Leistungserfolgs zu oder eben nicht? Man ist geneigt zu sagen: »Frag den Empfänger, der wird es schon wissen!« Vorausgesetzt, er wüßte es selbst,[194] versagt diese Methode spätestens dann, wenn eine unbestimmte oder wenigstens große Anzahl von Menschen Empfänger ist. Hier kann bereits aus organisatorischen Gründen nicht jeder gefragt werden. Gänzlich unbrauchbar wird diese Methode bei lediglich potentiellen Empfängern. Woran soll etwa die Leistungserfüllung im Rahmen der verschiedenen Publizitätspflichten gemessen werden? In jenen Fällen ist es aus tatsächlichen oder faktischen Gründen unmöglich, den Nachweis der Leistungserfüllung über interpretierbare Außenreflexe zu führen. Wie kann dem abgeholfen werden? Hilfe verspricht das unter I.1.c. (S. 51 f.) eingeführte Modell des maßgeblichen Empfängerhorizonts. Aus der Vielzahl (potentieller) Berechtigter ist ein einziger Empfänger zum maßgeblichen zu erklären. In der praktisch Umsetzung bedeutet dies dem Grunde nach, daß es für den Nachweis des Leistungserfolges bei einer Vielzahl von Empfängern nicht auf die Interpretation intersubjektiv wahrnehmbarer Strukturveränderungen[195] aller (potentiellen) Empfänger, sondern allein auf die beim maßgeblichen Empfänger eingetretene Strukturveränderung, welche dann typisierte[196] ist, ankommt.[197] Das Modell des maßgeblichen Empfängerhorizonts bedingt damit eine Objektivierung, deren Folge die Loslösung von Einzelfall (Abstraktion) und zugleich je nach Grad der Objektivierung eine zunehmende Fiktion der Leistungsbewirkung ist. Letzteres ergibt sich aus dem Umstand, daß gerade diese Objektivierung den Nachweis im konkreten Fall verzichtbar machen soll. Eine grenzenlose Objektivierung würde allerdings unvereinbar mit dem hiesigen Informationsbegriff sein. Denn je objektiver die Nachweiskriterien sind, desto weniger kann auf die Subjektivität von Information Rücksicht genommen werden. Will man den Individualbezug durch die Objektivierung nicht gänzlich in Abrede

192 Das BVerfG NJW 1993, 2165, 2166, weist darauf hin, daß innere Tatsache durch äußerliches Verhalten dem Recht zugänglich werden.

193 So auch *John*, AcP 184 (1984), S. 385, 394, zum vergleichbaren Problem, das sich bei der Zugangsprüfung nichtverkörperter empfangsbedürftiger Willenserklärungen ergibt. *John* weist zu Recht daraufhin, daß die Feststellung des Zugangs der Erklärung nur anhand äußerer Anhaltspunkte möglich ist, die den mittelbaren und mehr oder weniger normativen Schluß auf die Bewußtseinslage des Empfängers zu lassen.

194 Daß dies nicht zwingend der Fall ist, zeigt das Beispiel unerkannt »unwahrer« Zeichen.

195 Strukturveränderung sei hier verstanden als ein Prozeß im Wege der Anpassung von Situationsmodell und Motivationsvorgabe. Die Qualität der Strukturveränderung ist letztlich ausschalgebend für das Erreichen der intendierten Entscheidungssicherheit oder nicht.

196 Die typische Strukturveränderung hängt dabei entscheidend von der tradierten Zeichenbenutzung und dem allgemeinen Wissensstand ab. Dem Wissensstand kommt allerdings nur dann eigenständige Bestimmungswirkung zu, wenn man ihn nicht bereits als Bestandteil der tradierten Zeichenbenutzung erfaßt.

197 *Steinbuch*, Maßlos informiert, S. 55 f.

stellen, sind ihr durch den Informationsbegriff definitorische Grenzen gesetzt. Klar ist dies bei individuellen Informationsansprüchen: Würde man hier über Gebühr eine Objektivierung als zulässig erachten, wäre der Informationsanspruch nur noch für denjenigen Empfänger von Nutzen, dessen persönliche Parameter zufällig mit denen übereinstimmen oder zumindest stark daran angenähert sind, welche Grundlage bei der Festlegung objektiver Nachweiskriterien waren. Fehlt es an dieser Übereinstimmung, läuft die grenzenlose Objektivierung letztlich auf eine Entwertung des Informationsanspruchs hinaus, weil den Besonderheiten des jeweiligen Empfängers – beispielsweise Vorwissen, Auffassungsgabe – nicht hinreichend Rechnung getragen wird und damit – auch potentiell – keine Reduzierung von Ungewißheit eintritt. Ebenso verhält es sich aber auch bei Informationspflichten und -ansprüchen, die gegenüber einem mehr oder weniger großen Empfängerkreis bestehen.[198] Auch hier sind die individuellen Umstände eines jeden Empfängers grundsätzlich zu beachten, wenn auch in einem deutlich geringeren Umfang.[199]

Aus alledem ergibt sich ein unausweichlicher Konflikt: Dem allein subjektiv geprägten Informationsbegriff steht die Unmöglichkeit gegenüber, auf objektive Maßstäbe gänzlich zu verzichten, will man Information durch das Recht wenigstens in Teilen regeln. Einen gangbaren Weg zur Milderung der Gegensätzlichkeit bietet eine maßvolle Objektivierung der Kriterien zum Leistungsnachweis. Die Zulässigkeit dieses Kompromisses folgt aus der Natur der Sache und gibt zugleich den Maßstab seiner Rechtfertigung vor: Die Anforderungen an die Objektivierungsmaßstäbe und deren Rechtfertigungsaufwand werden um so größer, je konkreter und individueller ein Informationsanspruch ist. Von Bedeutung ist deshalb, wie groß und inhomogen der (potentielle) Empfängerkreis ist. Je kleiner und homogener er ist, desto weniger ist es gerechtfertigt, sich unter Ausblendung individueller Besonderheiten einzelner Empfänger objektiver Interpretationskriterien zu bedienen. Freilich kann auf sie auch dann nicht gänzlich verzichtet werden, wenn nur eine einzige Person berechtigter Empfänger ist. Denn auch hier bleibt das grundsätzliche Problem bestehen, daß innere Vorgänge nur mittels Reflex Teil der Außenwelt werden. Die Deutung dieser Reflexe erfordert jedoch ebenso eine gewisse Objektivierung,[200] die man Erfahrung nennt.

Das Vorgehen zum Nachweis des Eintritts des Leistungserfolges steht somit fest: Anhand von interpretationsfähigen Außenreflexen ist die Leistungsbewirkung zu prüfen. Die Interpretation hat sich dabei an maßvoll und zweckmäßig objektivierten Maßstäben unter gleichzeitiger Beachtung der Empfängerbezogenheit von Information zu orientieren. In der praktischen Umsetzung heißt dies, daß der Nachweis des Leistungserfolgs im konkreten Einzelfall erheblich vom jeweils maßgeblichen Empfängerhorizont abhängt. Der Bestimmung des jeweils maßgeblichen Empfängerhorizonts kommt

198 Dabei kann hier zunächst unberücksichtigt bleiben, ob jedem einzelnen oder nur in Gemeinschaft mit den anderen der Informationsanspruch zusteht.

199 Ähnlich *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 158. Die Loslösung vom Einzelfall ist nur notwendige Voraussetzung. Sie kann daher nur erfolgen, soweit auf sie nicht verzichtet werden kann.

200 Verstanden als die Abstraktion von Wahrnehmungen zur Begriffsbildung.

somit mit Blick auf die Erfüllung von Informationspflichten und deren Nachweis die bereits angedeutete Tragweite zu. Darum soll sich im Folgenden intensiv mit der Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts auseinandergesetzt werden.

c. *Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts*

Dazu ist es sinnvoll und dient der Vereinfachung und der gleichmäßigen Regelbildung, wenn man Informationsrechte mit einheitlichen Merkmalen zusammenfaßt und die für die jeweilige Gruppe geltenden Gemeinsamkeiten aufzeigt. Die Gruppenbildung kann dabei aus verschiedenen Blickwinkeln erfolgen. Als primäres Einteilungskriterium mit der größten Aussagekraft hat sich die Unterteilung nach dem Kreis der berechtigten Empfänger erwiesen. Daneben wird die Unterscheidung nach der Art und Weise der Pflichtenbegründung zu weiteren Untergruppen führen.

aa. Einzelempfänger

Nach dem Kreis der berechtigten Empfänger unterteilt, stehen zuerst Sachverhalte zur Untersuchung, in denen die Informationspflicht gegenüber einem einzelnen Adressaten besteht, der zudem als Einzelperson dem Informationspflichtigen gegenübertritt. Kennzeichnend für diese Gruppe ist somit primär die Begrenzung der konkreten Informationspflicht auf eine Person. Nach der Art und Weise der Pflichtenbegründung soll weiter unterschieden werden, ob das Informationsrecht erst durch ein konkretes Informationsverlangen ausgelöst wird (für das Auskunftsrecht (1) und für das Recht auf Einsicht (2), oder eine Pflicht zur Information auch ohne Geltendmachung besteht (3).

(1) Anspruch auf Auskunft

Am unproblematischsten ist die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts bei Sachverhalten, in denen ein Einzelner gegenüber dem Anspruchsverpflichteten einen ihm subjektiv zustehenden Auskunftsanspruch geltend macht. Derartige, der Geltendmachung bedürfende Informationspflichten sind vielfach vertraglicher Natur. Sie können dabei sowohl als Hauptleistung, etwa beim Auskunftsvertrag, aber auch lediglich als Nebenpflicht[201] ausgestaltet sein. Im letzteren Fall werden die Informationsansprüche regelmäßig von Gesetzes wegen begründet, und setzen lediglich eine vertragliche oder sonstige Sonderbeziehung voraus. Hierzu zählen beispielsweise das zwingende Auskunftsrecht der Ehegatten nach Beendigung des Güterstandes (§ 1379 BGB),[202] der Auskunftsanspruch gem. § 19 BDSG oder der dispositive Anspruch des

201 Allgemein zu Informationspflichten als Nebenpflicht *Teichmann*, in: Soergel, § 242 Rn 135 ff.
202 *Brudermüller*, in: Palandt, § 1379 Rn 1.

Auftraggebers gegen den Beauftragten auf Auskunftserteilung über den Stand der Geschäfte (§ 666 2. Alt. BGB)[203].

In diesen Fällen entspricht der maßgebliche Empfängerhorizont dem des jeweiligen Auskunftsberechtigten.[204] Der Auskunftspflichtige hat anhand wahrnehmbarer Reaktionen des Auskunftsberechtigten den Wirkungseintritt in Folge von Information zu überprüfen. Die Außenreflexe sind unter Würdigung der Besonderheiten und Eigenarten des Empfängers zu interpretieren. Insoweit ist die Situation vergleichbar mit der Auslegung einer einseitigen nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung[205]. Hier wie dort kommt es allein darauf an, anhand äußerer Tatsachen (Reflex, Erklärung, Verhalten etc.) möglichst zutreffend auf einen inneren Zustand (Reduzierung von Ungewißheit bzw. den wahren Willen des Erklärenden) zu schließen.

Den Schuldner trifft grundsätzlich keine aktive Nachforschungspflicht. Er kann sich mit der Interpretation der vorhandenen Außenreflexe begnügen. In Zweifelsfällen oder bei Unklarheit über die richtige Interpretation der Außenreflexe hat er jedoch durch geeignete Maßnahmen deren zutreffende Interpretation sicherzustellen. Soweit möglich, bietet sich dazu besonders ein Nachfragen an. Antwortet der Empfänger auf Nachfrage, daß er alles verstanden habe, so bietet dies regelmäßig ausreichend Sicherheit, um auf den Wirkungseintritt schließen zu dürfen. Es kann aber auch vorkommen, daß eine bestätigende Antwort den Schluß auf den Wirkungseintritt nicht zuläßt. Die Gründe dafür können sehr verschieden sein. Praktisch bedeutsam sind unter anderem folgende Situationen: Dem Empfänger ist es peinlich zuzugeben, daß er die kommunizierten Zeichen nicht verstanden hat und bejaht deshalb wider besseren Wissens die Nachfrage (Beispiel 1). Zum anderen kann er die kommunizierten Zeichen nicht verstanden haben, ohne daß ihm dies bewußt ist und bejaht deshalb die Nachfrage oder suggeriert durch andere Reaktionen den Wirkungseintritt (Beispiel 2). In derartigen Fällen ist es fraglich, ob und welche weiteren Nachforschungspflichten dem Auskunftspflichtigen aufzuerlegen sind. Im Beispiel 1 läuft die Frage auf die Reichweite der Selbstverantwortung des einzelnen im Rahmen von Informationspflichten hinaus. Muß das Recht jemanden schützen, der wider eigener Erkenntnis handelt? Ein solcher Schutz ist abzulehnen, weil der Empfänger bewußt einen unzutreffenden Vertauenstatbestand geschaffen hat, und damit das Interesse desjenigen, der vertraut hat und dies auch durfte, höher zu bewerten ist. Bei späterer Berufung auf den fehlenden Wirkungseintritt käme auch eine Versagung von Rechten aus dem Grundsatz *venire contra factum proprium* in Betracht.[206] Trotz der Individualität der Informationssituation ist daher ein Schutz des Rechtsverkehrs dahin zu bejahen, daß er sich bei der Interpretation menschlichen Verhaltens auf allgemeine Erfahrungsgrundsätze verlassen darf. Bejaht der Empfänger auf Nachfrage das Verstehen der kommunizierten Zeichen und

203 *Sprau*, in: Palandt, § 666 Rn 1.

204 Vgl. bereits C.II.1.b (S. 55 f.) und *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 158 ff. unter den Gesichtspunkten Informationsinteresse und Verarbeitungspflicht.

205 Zur Auslegung von nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen *Stumpf*, Auslegung, S. 124 ff, 127 f.

206 *Koller*, BB 1990, 2202, 2208.

sind keine gegenteiligen Anhaltspunkte erkennbar, kann und darf der Rechtsverkehr auf den Wirkungseintritt vertrauen. Der Eintritt des Leistungserfolges wird zugunsten des Schuldners fingiert.[207] Damit sind zugleich die Kriterien für die Lösung von Beispiel 2 vorgegeben: Liegen erkennbar Anhaltspunkte für ein Nichtverstehen vor, kann und darf sich der Schuldner auf die Erklärung des Empfängers als scheinbar eindeutiges Indiz nicht verlassen. Durch geeignete Maßnahmen, etwa durch Fragen, die auf eine Verständnisüberprüfung abzielen, ist eine erweiterte Überprüfung des Wirkungseintritts vorzunehmen und gegebenenfalls der Informationsvorgang fortzusetzen.

In einigen Fällen darf sich der Schuldner allerdings mit der bloßen passiven Interpretation der vorhandenen Außenreflexe nicht begnügen. Sie lassen sich durch das Schlagwort »Schutz durch Information« zusammenfassend beschreiben. Gemeint sind Konstellationen, in denen die Rechtsordnung statt starrer Verbote zum Schutz bestimmter Personengruppen auf das flexiblere Mittel Information setzt. Die gehörige Informationsleistung ist dann Wirksamkeitsbedingungen von Rechtsgeschäften. Prägnantes Beispiel ist die Terminfähigkeit kraft Information (§ 37d WpHG). Ebenso gehören hierzu die vielfältigen Informationspflichten bei Rechtsgeschäften zwischen Unternehmern und Verbrauchern[208] und die ärztliche Aufklärungspflicht. In diesen Fällen ist es aufgrund des beabsichtigten Schutzes durch hinreichende Information gerechtfertigt, dem Schuldner aktive Nachforschungspflichten aufzuerlegen. Der Arzt hat sich zu vergewissern, daß der Patient den geplanten Eingriff und die damit verbundenen Risiken verstanden hat.[209] Der Finanzdienstleister hat zu überprüfen, ob dem Verbraucher die Gefahren und Risiken von Finanztermingeschäften hinreichend bewußt geworden sind. Der Gläubiger ist aber auch in diesen Fällen von einer Mitverantwortung zur Herbeiführung des Leistungserfolges nicht frei.[210]

(2) Anspruch auf Einsicht

Schwieriger gestaltet sich die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts, wenn das Informationsrecht primär keinen Auskunftsanspruch, sondern ein Recht auf Einsicht in die Unterlagen des Informationspflichtigen begründet. Im Unterschied zum Auskunftsanspruch ist das Recht auf Einsicht aus zeitlicher Perspektive dadurch gekennzeichnet, daß die einsichtspflichtigen Unterlagen in aller Regel bereits vor Geltendmachung des Anspruchs erstellt worden sind. Dem Berechtigten können die Unterlagen nur in der bereits existierenden Form zur Einsichtnahme zugänglich gemacht werden. Zum Zeitpunkt der Zurverfügungstellung und Einsichtnahme kann somit nicht mehr – sieht man von der nachträglichen Veränderung (Manipulation) der Unterlagen

207 Vgl. OLG Koblenz WM 2002, 1224, 1227.

208 Es kommen allerdings nur solche Verträge zwischen Verbraucher und Unternehmer in Betracht, die auf einen unmittelbaren und individualisierten Kontakt basieren. Nicht erfaßt werden damit vor allem Fernabsatzverträge; hier gilt ein verobjektivierter Empfängerhorizont (vgl. sogleich unter (3)).

209 *Mertens*, in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn 442, 444.

210 Vgl. zur Mitwirkungspflicht des Gläubigers E.III (S. 299 ff.).

ab[211] – auf den individualisierten Empfänger und dessen Verständnishorizont im Rahmen der Anspruchserfüllung Rücksicht genommen werden. Damit stellt sich die Frage, ob bereits im Vorfeld, also bei der Erstellung der Unterlagen, auf den später Berechtigten Rücksicht zunehmen ist. Dabei sind zwei Gesichtspunkte für die Antwort von entscheidender Bedeutung.

Zum einen kann nicht unberücksichtigt bleiben, ob der Einsichtsberechtigte ein subjektives Recht auf Unterlagenerstellung hat.[212] Aber selbst wenn ein solches Recht bestehen sollte,[213] ist die Beachtung des persönlichen Empfängerhorizonts zum anderen gleichwohl keine zwingende Folge. Denn die regelmäßige Unkenntnis des Schuldners vom späteren Gläubiger zum Zeitpunkt der Unterlagenerstellung könnte für eine Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts entsprechend den Fallkonstellationen mit einer Vielzahl bekannter oder unbekannter Gläubiger sprechen.[214] Jeweils ist dem Schuldner die umfassende Rücksichtnahme bereits aus faktischen Gründen unmöglich. Aber selbst dieses Maß an Rücksichtnahme widerspricht den Besonderheiten des Informationsmittels Einsicht. Wie unter C.IV.2.b. zu zeigen sein wird, führt die umfängliche Zuweisung der Verarbeitungslast an den Gläubiger zu einer Verschiebung des maßgeblichen Empfängerhorizonts hin zu dem eines sachverständigen Dritten. Dieser Umstand ist dem Dokumentationszweck der Unterlagenerstellung geschuldet, weil so am ehesten eine getreue Abbildung des zu dokumentierenden Geschehensablaufs gewährleistet ist.[215]

(3) Spontane Informationspflicht

Informationspflichten, die nicht von einer Geltendmachung durch den jeweiligen Informationsadressaten abhängen, treten überwiegend in Form von Anzeige-[216], Hinweis-[217], Aufklärungs-[218] Berichts-[219] und Warnvorschriften auf. Kennzeichen dieser

211 Von nachträglichen Veränderungen der Unterlagen ist strikt zu unterscheiden, daß der Schuldner nach Geltendmachung des Einsichtsrechts dem Gläubiger eine »Kopie« der Dokumentation in Form eines auf seinen Empfängerhorizont angepaßten Schriftstücks zugänglich macht bzw. ihm die Unterlagen erläutert.

212 Vgl. dazu ausführlich unter C.IV.2.b.aa (S. 131 ff.).

213 Ein solches subjektives Recht besteht aufgrund vertraglicher Pflicht beispielsweise aufgrund des Behandlungsvertrages zwischen Patient und Arzt (BGHZ 72, 132, 137; BGHZ 85, 327, 329; KG NJW 1981, 2521, 2522). Nach § 50 Abs. 1 BRAO ist jeder Rechtsanwalt zur Führung einer Handakte verpflichtet, die zumindest auch dazu dient, den Mandanten einen geordneten Einblick in die Tätigkeit des Rechtsanwalts in seiner Angelegenheit zu geben (offen hinsichtlich der Begründung eines subjektiven Rechts allerdings Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks. 12/4993, S. 31; vgl. auch BGHZ 109, 260, 264 ff.).

214 Dazu sogleich unter C.II.1.c.bb (S. 63 ff.).

215 Vgl. zum Dokumentationszweck ausführlich C.IV.2.b.bb (S.138 ff.).

216 §§ 536c Abs. 1 S. 1, 663 BGB.

217 § 139 ZPO, 265 Abs. 1 StPO.

218 §§ 312c, 312e Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 675a BGB, § 37a HGB

219 §§ 186 Abs. 4 S. 2; 327c Abs. 2 S. 1 AktG; § 53 BörsZulV.

Informationspflichten ist, daß der Informant ohne entsprechende Leistungsnachfrage durch den Gläubiger zur Informationsleistung verpflichtet ist. Spontanität ist dabei freilich vielfach nicht im eigentlichen Sinn des Wortes zu verstehen. So finden sich zahlreiche Vorschriften, die dem Schuldner Zeitpunkt, Inhalt und Form der Informationsleistung detailliert und schematisiert vorgeben.[220] Dennoch sollen auch diese Informationspflichten als spontane behandelt werden, weil auch bei ihnen eine Geltendmachung durch den Gläubiger entbehrlich ist. Um dennoch eine klare begriffliche Unterscheidung zu jenen spontanen Informationspflichten zu ermöglichen, bei denen es an gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich Zeit, Ort und Inhalt der Erfüllung fehlt, werden letztere in Anschluß an *Eppenberger*[221] zukünftige als spontanen Informationspflichten i.e.S. und erstere als spontane Informationspflichten i.w.S. bezeichnet. Bedarf es der Unterscheidung nicht, soll zukünftig allgemein von spontanen Informationspflichten in Abgrenzung zu den reaktiven Informationspflichten (Auskunft und Einsicht) die Rede sein.[222] Soweit sie gegenüber einem konkreten Empfänger bestehen, liegt die Übertragung der unter (1) erarbeiteten Grundsätze nahe. Im Mittelpunkt der Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts steht dabei wiederum die Frage, ob eine über die Personifizierung des Empfängers hinausgehende Individualisierung statt findet, die eine Rücksichtnahme ermöglicht. Denn nur soweit der Informationspflichtige nähere Kenntnis über die Person des Berechtigten hat, ist er in der Lage, auf dessen Eigenarten und Besonderheiten einzugehen. Soweit dies der Fall ist, ergeben sich keine Abweichungen zu den Ausführungen unter (1). In diesen Fällen ist somit der Horizont desjenigen maßgeblich, dem gegenüber die Pflicht besteht.[223] Daß aber auch bei den spontanen Informationspflichten der Schuldner trotz der Individualität des Informationsanspruchs häufig keine Kenntnisse über den Berechtigten hat, zeigen beispielhaft die §§ 312c, 312e Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 675a BGB. Dem Informationspflichtigen ist es in einer derartigen Fallkonstellation unmöglich, bei der Pflichterfüllung näher auf den Empfänger einzugehen. Aus der Sicht des Informationspflichtigen ist es dann wiederum unerheblich, ob die Pflicht nur gegenüber einem oder einer Vielzahl von Berechtigten besteht. Für ihn ist allein ausschlaggebend, daß er sich jeweils nicht auf die Besonderheiten des Berechtigten einstellen kann. Der maßgebliche Empfängerhorizont muß daher so bestimmt werden, als ob die spontane Informationspflicht von vornherein gegenüber einem größeren Empfängerkreis besteht. Zu Details sei auf die Ausführungen unter bb(5) (S. 72 f)verwiesen.

220 Beispiele: § 37d WpHG, §§ 1 Abs. 1, 5, 8 Abs. 1 BGB-InfoV, §§ 121 ff., 186 Abs. 4 S. 293 f., 327c AktG.

221 *Druey*, Information, S. 64.

222 Andere, gleichbedeutende Begriffe sind generelles Informationsrecht oder aktive Information als Gegenpart zur reaktiven Information.

223 Für die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Person des Empfängers vgl. § 31 Abs. 2 WpHG (dazu *Kümpel*, WM 1995, 689, 690); BGHZ 123, 126, 128 f.; OLG Koblenz WM 2002, 1224, 1226 (Inhalt und Umfang der Beratungspflicht eines Anlageberaters). Unklar OLG Schleswig ZIP 2002, 1840, 1841, wenn es dort heißt, daß die Bank zu den Informationen verpflichtet ist, »die aus *ihrer Sicht* [hervorgehoben durch Autor] für den Kunden von erkennbarem Interesse sind.«

(4) Grundsatz und Einschränkung

In Zusammenfassung und Generalisierung der bisherigen Aussagen läßt sich festhalten, daß bei Informationspflichten gegenüber einem einzelnen und personifizierten Empfänger dessen Horizont der maßgebliche Empfängerhorizont ist. Zu dessen Ermittlung sind bei der Interpretation die Grundsätze zur Auslegung nicht empfangsbedürftiger Willenserklärungen heranzuziehen.

Über die bereits genannten Fälle hinaus ist dieser Grundsatz weiter einzuschränken, wenn die Kommunikation als solche unter Abwesenden statt findet. Beispielhaft seinen E-Mail, Fax und World Wide Web genannt. Sind durch diese Kommunikationsformen nicht bereits die unter (2) und (3) erörterten Ausnahmen verwirklicht, können ihre Besonderheiten weiteren Einschränkungsbedarf rechtfertigen. Die Gründe dafür sind vielfältig; von Bedeutung sind gleichwohl vor allem die zwei folgenden: Zum einen ist typischerweise die Möglichkeit des Schuldners erheblich eingeschränkt, durch Interpretation der Außenreflexe den Horizont des Gläubigers näher zu bestimmen und auf ihn einzugehen, weil es bereits an der Wahrnehmbarkeit von Empfängerreaktionen fehlt. So bleibt beispielsweise dem Verfasser einer per Brief versandten Auskunft das Mienenspiel des Lesers als aufschlußreicher Außenreflex verborgen. Dadurch wird auch die Möglichkeit eingeschränkt, durch weitere Kommunikation (Nachfragen) interpretationsfähige Reaktionen hervorzurufen oder anderweitig den Gläubigerhorizont näher zu erforschen. Für ein Nachfragen seitens des Informationspflichtigen fehlt es dann schlicht am Anlaß. Zum anderen ist vor allem beim Einsatz von Fernkommunikationsmitteln zu bedenken, daß Informationspflichten bereits vielfach durch erstmaligen Kontakt ausgelöst werden oder trotz nachfolgender Kontakte die Individualisierung auf die Personalien des Empfängers beschränkt bleibt. Dem Schuldner ist es dann mangels weitergehender Eindrücke und Kenntnisse erschwert, sich ein »virtuelles« Bild vom Empfänger zur Simulation des maßgeblichen Empfängerhorizonts zu entwerfen. Gleichwohl ist es ihm nicht unmöglich. Der Aufwand dafür könnte allerdings je nach Einzelfall sehr beträchtlich sein. Gerade die beiden letzten Gesichtspunkte zeigen, daß die Art und Weise des Kommunikationsvorgangs erheblichen Einfuß auf die Erkennbarkeit der Besonderheiten des maßgeblichen Empfängerhorizonts haben kann. Um den Informationsschuldner nicht zu einer Leistung zu verpflichten, die zu erfüllen ihm unmöglich ist, sind im Einzelfall in Abhängigkeit vom jeweiligen Kommunikationsmedium Einschränkungen auf die Rücksichtnahme hinsichtlich des konkreten und individualisierten Empfängers zu machen. Kriterien für die Einschränkung sind die – zumutbaren – Möglichkeiten, sich sowohl ein Bild vom Empfänger zu machen, als auch interpretierbare Außenreflexe wahrnehmen zu können. Je größer der Aufwand dazu ist, desto eher darf auf einen stärker objektivierten Empfängerhorizont abgestellt werden. Zu den Grundsätzen, nach denen ein stärker objektivierter Empfängerhorizont zu bestimmen ist, die folgenden Ausführungen.

bb. Vielzahl von Empfängern

Ist eine Vielzahl von Empfängern berechtigt, vom Schuldner Auskunft oder Einsicht zu verlangen, oder ist er ohne Geltendmachung von sich aus zur Mitteilung von Information verpflichtet, muß zur Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts geklärt werden, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die verschiedenen Horizonte

der möglichen Empfänger zu berücksichtigen sind.[224] Für den einzelnen Empfänger wäre es vorteilhaft, wenn der Schuldner auf seinen Horizont Rücksicht zu nehmen hat. Dabei ist es aus Sicht des einzelnen Gläubigers irrelevant, ob deswegen auf ihn Rücksicht genommen wird, weil der Informationspflichtige den Horizont jedes Empfängers einzeln zu beachten hat, oder weil gerade sein Horizont der allein maßgebliche ist. Für den Schuldner ist es demgegenüber wesentlich, ob er sich nur an einem – dann wie auch immer zu bestimmenden – Empfängerhorizont oder an einer Vielzahl von Empfängerhorizonten zu orientieren hat. Die Berücksichtigung des Horizonts jedes Empfängers hätte den Charme, der Subjektivität von Information im größtmöglichen Maße Rechnung zu tragen. Wie aber bereits gezeigt, würde eine dahingehende Forderung den Schuldner unverhältnismäßig belasten und vielfach sogar Unmögliches von ihm verlangen.[225] Weil es jedoch nicht Sinn und Zweck einer rechtlichen Regelung sein kann, eine von vornherein unmögliche Leistung zu verlangen,[226] kann vernünftiger Weise die Lösung nur darin bestehen, für den Fall mehrerer Informationsberechtigter nur einen einheitlichen Empfängerhorizont zum maßgeblichen zu erklären. Von vornherein auszuscheiden hat dabei die Möglichkeit, daß der Empfängerhorizont eines ganz bestimmten realen Empfängers maßgeblich ist. Dafür ließen sich keine Rechtfertigungsgründe finden. In Betracht kommt daher nur, einen wie auch immer zu bestimmenden Regelempfänger für maßgeblich zu erklären. Damit stellt sich das Problem, nach welchen Kriterien der Regelempfänger zu bestimmen ist. Zum Auffinden sachgerechter Lösungen bietet sich folgende Untergruppenbildung an.

(1) Grundsatz

Im eher theoretischen Ausgangsfall besteht die Informationspflicht gegenüber der Allgemeinheit, soll heißen gegenüber allen Rechtssubjekten. Obgleich eine solche Informationspflicht wohl eher die Ausnahme ist,[227] existiert eine Vielzahl von Informationspflichten, bei denen zumindest die Zusammensetzung der – potentiell – berechtigten Empfänger einem verkleinerten Abbild der Allgemeinheit entspricht. Hierzu gehören aus gesellschaftsrechtlicher Sicht vor allem Publizitätspflichten,[228] wie etwa die Pflicht zur Angabe eines Kaufmanns- bzw. Rechtsformenzusatz (§ 19 HGB), die Pflichtangaben auf Bestellscheinen (z.B. § 35a Abs. 3 GmbHG), Lagebericht (§§ 289, 264 HGB), Mitteilungs- und Anzeigepflichten (§ 20 Abs. 6 AktG). Auch in anderen Rechtsgebieten finden sich zahlreiche Vorschriften, beispielsweise die Anbieterkenn-

224 So bereits *Hütten*, Geschäftsbericht, S. 263 ff.

225 Aufgrund der Änderungen des Unmöglichkeitsrechts zum 1.01.2002 und der Neueinführung des § 275 Abs. 2 BGB kommt nunmehr auch Unmöglichkeit aufgrund eines groben Mißverhältnisses zwischen Leistungsaufwand und Leistungsinteresse in Betracht (*Dauner-Lieb*, in: AnwKomm-SchR, § 275 Rn 4; ausführlich dazu unter E.IV.1.b [S. 309 f.]).

226 Dem steht auch nicht § 311a Abs. 1 BGB entgegen, weil der Grundsatz *impossibilium nulla est obligatio* nicht berührt wird (*Dauner-Lieb*, in: AnwKomm-SchR, § 311a Rn 8).

227 Beispielsweise § 13 SGB I (Aufklärungspflicht gegenüber der »Bevölkerung«).

228 Publizität verstanden in einem weiten Sinn.

zeichnung nach § 6 TDG bzw. § 6 MDStV oder die Packungsbeilage nach § 11 AMG. Typisches Kennzeichen dieser Untergruppe ist neben ihrer mengenmäßigen Unbestimmtheit besonders ihre potentiell inhomogene Struktur. Es kann niemand im Voraus sagen, aus welchen (Verkehrs-)Kreisen später die tatsächlichen Empfänger stammen werden. Es bietet sich daher an, aus dem Kreis der potentiellen Empfänger einen durchschnittlichen Empfängerhorizont zu bestimmen.[229] Gewöhnlich läßt sich durch eine Durchschnittsbildung ein gerechter Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen erzielen. In einer sehr ähnlichen Situation, nämlich bei der Willenserklärung *ad incertas personas*, bedient man sich eben dieser Methode. Bei dieser, an einen unbestimmten Empfängerkreis gerichteten Willenserklärung, wird die Einheitlichkeit der Interpretation ihres Erklärungsgehaltes trotz der Vielfalt potentieller Interpreten durch Ausblendung individueller Verständnishorizonte gesichert.[230] Für die Interpretation der Erklärung ist allein die Verständnismöglichkeit eines durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers Maßstab und Basis.[231] Es wird gefragt, wie er die Erklärung redlicher Weise verstehen durfte.[232] Weil auch die Erklärung Zeichen zum Inhalt hat, die potentiell Information sind und sein sollen, besteht die erwähnte Ähnlichkeit mit der Willenserklärung *ad incertas personas*. Im Grundsatz bestehen daher keine prinzipiellen Bedenken,[233] das Bild eines durchschnittlichen Empfängers als den maßgeblichen Empfängerhorizont für die weitere Betrachtung, insbesondere die Interpretation aus Sicht eines durchschnittlichen, verständigen Empfängers, zu Grunde zu legen. Bei einer Vielzahl von Empfängern ist damit Grundlage des Wirkungsnachweises nicht der *einzelne* Empfänger sondern die typisch eintretende Strukturveränderung bei einer Vielzahl von Empfängern. Unter der Voraussetzung ausreichend großer Divergenz der potentiellen Empfänger führt dies im Ergebnis dazu, daß die Feststellung des maßgeblichen Empfängerhorizonts zugleich ohne Interpretation von Außenreflexen den Rückschluß darauf zuläßt, ob durch die kommunizierten Zeichen der Leistungserfolg eingetreten ist oder nicht. Der Nachweis von Information ist ohne weiteres möglich, weil der durchschnittliche Empfänger zwangsläufig soweit abstrahiert ist, daß er quasi »durchsichtig« und »gläsern« wird und es deshalb keiner Interpretation mehr bedarf. Der Grund ist offensichtlich: Die Fiktion eines Regelempfängers verschließt sich nicht der Intersubjektivität und damit der Erfassung durch das Recht. Die Durchschnittsbildung legt das Innere offen und gibt gleichsam den Eintritt oder Nichteintritt der Wirkung vor.[234] Es ist daher zunächst festzuhalten, daß bei einer Vielzahl von Empfängern

229 In diesem Sinne auch *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 160.

230 Für die Auslegung von Gesetzen Rüthers, Rechtstheorie, Rn 715, die in diesem Punkt der einer Willenserklärung an einen unbestimmten Empfängerkreis entspricht.

231 BGHZ 84, 268, 272; *Hefermehl*, in: Soergel, § 133 Rn 31; *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 28 Rn 72 ff.

232 BGHZ 84, 268, 272.

233 Vgl. sogleich unter auch C.II.1.c.bb(2) (S. 66 ff.).

234 Wie an anderer Stelle ausführlich zu zeigen sein wird, ist diese Durchsichtigkeit Ausgangspunkt für eine gesetzliche Normierung des Inhalts von Informationspflichten.

im Grundsatz der maßgebliche Empfängerhorizont durch Bestimmung des durchschnittlichen Horizonts der potentiellen Empfänger festzulegen ist.[235]

(2) Schwächstes Glied als Maßstab?

Das Abstellen auf den Durchschnittshorizont der potentiellen Empfänger zur Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts führt allerdings zum möglichen Ausschluß alle jener von der Wirkung der kommunizierten Zeichen, deren Horizont – vor allem Vorwissen und Verständnis – unterhalb des Durchschnitts liegt. Ihnen ist die Verarbeitung der Primärdaten dann mangels Sekundärinformation nicht möglich. Um den Informationsrechten jener Empfänger gerecht zu werden, könnte es angezeigt sein, auf sie überproportional Rücksicht zu nehmen.[236]

Gegenstand intensiver Diskussion war und ist in vergleichbarer Weise diese Frage bei der Ermittlung der Verkehrsauffassung im Rahmen des § 3 UWG.[237] Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung stand und steht überwiegend die Frage, welches Verbraucherbild für die Subsumtion des Merkmals der irreführenden Angaben maßgeblich sein soll. Unter Einfluß der Rechtsprechung des EuGHs[238] zeichnet sich hier eine Trendwende ab: Vom Bild des unaufgeklärten und flüchtigen Verbrauchers[239] vollzieht

235 So soll es etwa im Rahmen der Nebenkostenabrechnung für ein Mietobjekt von ca. 550 Einheiten für den Empfängerhorizont bei der Rechnungslegung auf das »durchschnittliche Verständnisvermögen eines juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulten Mieters« abzustellen sein (BGH NJW 1982, 573, 574; *Langenberg*, in: Schmidt-Futterer, § 546 Rn 329; *Ehlert*, in: Bamberger/Roth, § 556 Rn 26).

236 Ähnlich die Argumentation der Kritiker zur Neuerung der maßgeblichen Verkehrsauffassung in § 3 UWG entsprechend der EuGH Rechtsprechung (vgl. nur *Lindacher*, in: Groß-Komm-UWG, § 3 Rn 102 ff.; *Reuthal*, WRP 1997, 1154, 1160).

237 Vgl. dazu *Lindacher*, in: GroßKomm-UWG, § 3 Rn 98 ff. mit reichhaltigen Nachweisen; *Piper*, in: Köhler/Piper, § 3 Rn 126 ff.

238 Grundlegend: EuGH Slg. 1979, 649, 664 [Cassis de Dijon]; bestätigt und ausgebaut in EuGH Slg. 1990, I/4828, 4849 [Pall/Dahlhaus]; EuGH Slg. 1995, I/1936, 1944 [Mars]; EuGH Slg. 1998, I/4681, 4691 f. [Springerheide]; umfassender Nachweis über die Entwicklung der Rspr. des EuGHs zum sogenannten »Informationsmodell«: *Kraft*, Bild des Verbrauchers, S. 61 – 72 und *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 181 Fn. 15; z**ustimmend** *Emmerich*, in: FG 50 Jahre Bundesgerichtshof, Band II, 2000, S. 627, 643, der sarkastisch davon spricht, daß nach Vorstellung mancher deutscher Gerichte das Verbraucherbild sich am Schutzniveau des dümmsten Teils der Bevölkerung orientiert; *Schmelz*, DStR 2002, 1498, 1499; *Köhler*, GRUR 2001, 1067, 1068; **kritisch** *Kraft*, Bild des Verbrauchers, S. 72 ff.; KG Berlin EuZW 1994, 541, 542 ff.; *Piper*, in: Köhler/Piper, § 3 Rn 55 f. Umfassender Nachweis zum Streit über die Konsequenzen der EuGH-Rspr. für die Auslegung des § 3 UWG bei *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, 5. Auflage, S. 181 f.

239 So die früher ganz herrschende Meinung vgl. nur BGH GRUR 1959, 365, 366 [Englisch Lavendel]; BGH GRUR 1969, 415, 416 [Kaffeerösterei]; BGH GRUR 1970, 425, 426 [Melitta-Kaffee]; BGH GRUR 1991, 850, 851 f. [Spielzeug-Autorennbahn]; OLG Hamburg GRUR 1992, 126 f. [Wer bietet mehr]; *Lindacher*, in: GroßKomm-UWG,

sich zunehmend der Wandel hin zum Bild des durchschnittlich informierten, kritischen, vernünftigen und verständigen[240] Verbrauchers,[241] auf dessen Verständnis es nunmehr bei der Prüfung des Tatbestands der Irreführung ankommt.[242]

Aber auch in anderen Bereichen wird die Frage diskutiert, welche Zielgruppe für die Erfüllung von Informationspflichten maßgeblich sein soll. Der Aussagewert für die vorliegende Betrachtung wird allerdings zum Teil durch die Individualität der Informationssituation relativiert. So wurde beispielsweise für den inzwischen durch § 37d WpHG abgelösten § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG a.F. diskutiert, ob der Verständnishorizont eines durchschnittlichen Anlegers[243] oder ein in Anlehnung an die alte h.M. zu § 3 UWG darunter liegender Maßstab – Unbeachtlichkeit lediglich völlig unerhebliche Teile der angesprochenen Verkehrskreise – maßgeblich sein soll.[244] Letztere Ansicht hat freilich in ihrer Verallgemeinerung durch die Rechtsentwicklung zu § 3 UWG an Argumentationskraft verloren. Vielmehr entspricht es einer deutlichen Tendenz der Rechtsentwicklung, die laut Regierungsbegründung zu § 53 Abs. 2 Nr. 1 BörsG a.F. z.B. in § 3 BDSchG, § 305c Abs. 2 BGB n.F, dem früheren § 1b AbzG,[245] § 2 HaustürWG und § 7 Abs. 2 VerbrKrG zum Ausdruck kommt, auf den Verständnishorizont ei-

§ 3 Rn 98 ff.; *Piper*, in: Köhler/Piper, § 3 Rn 50 ff.; *Kisseler*, WRP 1994, 1, 5 ff.; bereits **kritisch** *Keilholz*, GRUR Int. 1987, 390, 392; *Meyer*, WRP 1993, 215, 224; *Dreher*, JZ 1997, 167, 173.

240 *Helm*, WRP 2005, 931 ff., weist aufgrund der Entstehungsgeschichte der Richtlinie 2005/29/EG und deren Erwägungsgrund 18 nach, daß das Merkmal »vernünftig« nicht Inhalt des europäischen Verbraucherleitbildes ist, was in der Konsequenz eine Erweiterung des Verbraucherschutzes – in Deutschalnd – bewirkt.

241 Der EuGH ermittelt das Bild des Referensverbrauchers *normativ* (vgl. so ausdrücklich auch Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2005/29/EG). Zu §§ 3, 5 UWG wurde bisher die maßgebliche Verkehrsauffassung *empirisch* oder soziologisch ermittelt (vgl. *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, S. 181; für eine normative Bestimmung aufgrund euraparechtlicher Vorgaben *Ulbrich*, WRP 2005, 940, 947 ff. mit Nachweisen über entsprechende Anssätze in der Rechtsprechung des BGH [S. 944 ff.]).

242 Unter Aufgabe seiner alten Rspr. so jetzt auch BGH GRUR 2000, 619, 621 [Orientteppichmuster]; BGH WM 2001, 1962, 1964 [mitwohnerzentrale.de]; BGH GRUR 2002, 550, 552 [Elternbriefe]; BGH GRUR 2002, 715, 716 [Scanner-Werbung] (situationsadäquate Aufmerksamkeit des durchschnittlich informierten und verständigen Verbrauchers); BGHZ 156, 250, 252 f. [Marktführerschaft]; BGH NJW 2005, 2229, 2230; noch auf Geschäfte des täglichen Bedarfs beschränkend: BGH K&R 2003, 140, 141; OLG Hamburg K&R 2002, 378, 379; OLG Hamburg K&R 2003, 141 (unter ausdrücklichem Bezug auf das Verbraucherbild des EuGH); die neuer Rspr. des EuGH ignorierend OLG Köln ZUM 2001, 598, 600 [Powershopping]. Auf den – durch fehlerhafte Übersetzung hervorgerufenen – Widerspruch zum europäischen Leitbild des angemessen gut unterrichteten und angemessen aufmerksamen und kritischen Verbrauchers weist *Helm*, WRP 2005, 931, 932 hin.

243 *Horn*, ZIP 1990, 1, 7; *Schwark*, in: FS Steindorf, 1990, S. 473, 483.

244 *Koller*, BB 1990, 2202, 2207; *Kleinschmidt*, Informationsmodell, S. 110, der eine Unbeachtlichkeit der unteren 15% der potentiellen Empfänger für sachgerecht hält.

245 *Löwe*, BB 1986, 1734.

nes durchschnittlichen Empfängers der Zielgruppe abzustellen.[246] Besonders prägnant zeigt sich dies bei § 305c Abs. 2 BGB. Dort entspricht es allgemeiner Ansicht, die Verständlichkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen aus Sicht eines Durchschnittskunden zu beurteilen.[247] Die Heranziehung für die hiesigen Überlegungen drängt sich besonders wegen der Parallele auf. In beiden Fällen geht es nämlich im Ergebnis um Zeichen, die einer Vielzahl von Empfänger kommuniziert werden sollen.

Für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage bedeutet dies, daß die Parameter unterdurchschnittlicher Empfänger bei der Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts grundsätzlich nicht besonders zu berücksichtigen sind. Neben der erzielbaren Praktikabilität streitet vor allem der damit verbundene Gewinn an Rechtssicherheit für diese Sichtweise. Wollte man über die Durchschnittsermittlung hinaus derartige Empfänger besonders berücksichtigen, bestünde die Gefahr, daß die Rücksichtnahme zu einem Faß ohne Boden wird und damit jegliche Rechtssicherheit verloren ginge. Denn auch die stärkere Berücksichtigung unterdurchschnittlicher Gruppen würde voraussetzen, daß, soweit dies überhaupt möglich wäre,[248] zunächst deren Mittelwerte oder ein vergleichbarer Wert bestimmt werden müßten. Damit verschiebt sich das Problem aber insgesamt nur auf eine vorgelagerte Stufe und wird nicht wirklich gelöst. Selbst wenn man den untersten Empfängerhorizont zum allein beachtlichen erklären wollte, bestünde ein Ermittlungsproblem. Denn wer kann schon sagen, was der unterste Empfängerhorizont ist. Für die Bestimmung des durchschnittlichen Empfängerhorizonts kann hingegen für viele Bereiche auf umfangreiche Quellen zurückgegriffen werden. Der Forderung nach einem hohen Maß an Rechtssicherheit wird somit am ehesten Genüge getan. Die fehlende Schaffung einer ausreichend adäquaten Entscheidungsgrundlage bei unterdurchschnittlichen Empfängern läßt sich immerhin dadurch in Teilbereichen abmildern, daß der zwangsläufig standardisierten Informationspflicht eine individuelle Informationspflicht nachfolgen kann.[249] Der Nachweis des Leistungserfolges von Informationspflichten ist daher nur anhand eines am Durchschnitt der Empfänger orientierten maßgeblichen Empfängerhorizonts zu führen.

246 BT-Drucks. 11/4177, S. 19. Eine derartige Rechtsentwicklung wird hingegen verschiedentlich mit dem Hinweis auf die unterschiedlichen Rahmenbedingungen und die gegenteilige Rspr. des BGH zum AbzG (BGH NJW 1974, 365, 366) bestritten (*Koller*, BB 1990, 2202, 2205; *Schwark*, in: FS Steindorf, 1990, S. 473, 483, der ein dahingehendes allgemeines Prinzip zwischen Verbraucher- und Anlegerschutz bezweifelt).

247 BGH NJW 1961, 212, 213; *Hennrichs*, in: AnwKomm-SchR, § 305c Rn 5; *Heinrichs*, in: Palandt, § 305c Rn 16; *Basedow*, in: MünchKomm-BGB, § 305c Rn 22 m.w.N. über die Rspr. in Fn. 69.

248 Dies erscheint aber praktisch unmöglich. Wegen der Vielzahl der Informationssituationen ist auch ein empirisches Verfahren in Entsprechung zu § 3 UWG ungeeignet.

249 So ein Vorschlag von *Assmann*, in: FS Heinsius, 1991, S. 1, 21 für den Bereich der Börsentermingeschäftsfähigkeit kraft Information nach § 53 Abs. 2 BörsG a.F. Ein entsprechend zweistufiges Informationsmodell findet sich nunmehr in § 37 a Abs. 1 und Abs. 5 WpHG.

(3) Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit tatsächlicher Kenntnisnahme verschiedener Empfängerkreise?

Dieselbe Fragestellung führt zu etwas anderen Ergebnissen, wenn entgegen der bisherigen Prämisse die Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Kenntnisnahme durch die potentiellen Empfänger verschieden ist. Können Gruppen mit größerer Wahrscheinlichkeit tatsächlicher Kenntnisnahme bei der Durchschnittsbildung stärker berücksichtigt werden? Von praktischem Interesse ist dabei besonders der Fall, daß der Empfängerhorizont der tatsächlichen Empfänger deutlich über dem der übrigen – lediglich theoretischen – Empfänger liegt. Ursachen für den überdurchschnittlichen Empfängerhorizont sind Spezialisierung verbunden mit Fachkompetenz.

Beispiele sind der grundsätzlich zum Handelsregister einzureichende Bericht über den Geschäftsverlauf und die Lage der Kapitalgesellschaft (Lagerbericht gem. § 289 HGB) und der Zwischenbericht nach § 40 BörsG. Obgleich aufgrund der Pflicht zur Veröffentlichung beider Berichte[250] die Allgemeinheit jederzeit Kenntnis nehmen kann, wird man davon ausgehen können und müssen, daß der Kreis der tatsächlichen Empfänger sich überwiegend aus interessierten und auch verständigen Personen zusammensetzt.[251] Soll sich deshalb die Leistungserfüllung vorwiegend an ihnen ausrichten? Für eine stärkere Berücksichtigung dieser Gruppe spricht, daß die gezielte Informierung der tatsächlichen Empfänger verbessert und vereinfacht werden könnte. Wesentliche Gründe dafür sind die mögliche Komprimierung durch Verwendung von Fachausdrücken, die Entbehrlichkeit grundlegender Erläuterungen und damit letztlich die Chance zu wirtschaftlicheren Berichtsanalysen. Gegen eine überproportionale Berücksichtigung läßt sich einwenden, daß damit der Informationsgehalt für einen Großteil der potentiellen Empfänger abnehmen würde. Ohne das durch ein entsprechend hohes Dokumentationsniveaus vorausgesetzte Vorwissen wären für sie die Berichte unverständlich und enthielten deshalb keine oder nur wenige Informationen. Zudem würde die überproportionale Berücksichtigung (sach-)verständiger Empfänger aus der formell an die Allgemeinheit gerichteten Informationspflicht faktisch ein Informationsrecht einer elitären Gruppe machen. Der Charakter der Norm würde zu deren Vorteil in Richtung eines subjektiven Rechts verschoben bzw. eine solche Rechtsposition verstärkt werden. Schließlich wäre die gleichmäßige Berücksichtigung aller Empfän-

250 Für den Lagebericht folgt die Pflicht zur Veröffentlichung aus § 325 Abs. 1 S. 1 2 HS HGB (Einreichung zum Handelsregister) und für den Zwischenbericht aus § 61 Abs. 1 S. 1 BörsZulV (Börsenpflichtblatt, Bundesanzeiger oder als Druckschrift).

251 Adressat der Berichte ist damit auch die interessierte Öffentlichkeit. Dies folgt für den Lagebericht mittelbar aus Art. 44 Abs.2 g EG, der vom Interesse der »Gesellschafter sowie Dritter« spricht. Nach EuGH Slg. 1997, 6843 [Daihatsu] (zustimmend *Hommelhoff*, in: HGB-Bilanzrecht, § 289 Rn 43 ff. und 53; *Crezelius*, ZGR 1999, S. 252, 260) ist der Begriff des Dritten weit zufassen; enger *Stobbe*, BB 1988, 303,305, der die Öffentlichkeit ausnehmen will. Weil er allerdings auch potentielle Gläubiger und Anleger erfaßt, dürfte sich praktisch kein Unterschied zur vorangegangenen Auffassung ergeben; im Ergebnis beschränkt sich der Begriff des Dritten nicht auf solche, die mit der Gesellschaft schuldrechtlich verbunden sind.

ger mit keinen nennenswerten Nachteilen für die tatsächlichen Empfänger verbunden. Einzig die Nichtinformation durch Überinformation könnte einen beachtenswerten Nachteil darstellen.[252] Doch wird es sich bei dem Phänomen der Überinformation genau umgekehrt verhalten: Nichtinformation durch Überinformation dürfte eher bei der Allgemeinheit eintreten, weil ihr schlicht die Verarbeitungskapazität fehlt, während die anderen durch ihre Vorkenntnisse schnell und effektiv selektieren können. Ein Kompromiß zwischen den widerstreitenden Interessen könnte aber mit dem Begriff der *interessierten Öffentlichkeit* gefunden sein.[253] Neben ihrer sprachlichen Anlehnung an die Allgemeinheit kommt sie deren Anliegen nach empfängeradäquater Verarbeitung der entsprechenden Daten und Fakten entgegen, indem nicht von Fachkreisen, sondern z.B. von einem durchschnittlich informierten Aktionär oder potentiellen Anleger ausgegangen werden darf.[254] Verallgemeinert läßt sich damit die interessierte Öffentlichkeit als jener Teil der Bevölkerung beschreiben, der sich bereits grundsätzlich mit dem Themenbereich beschäftigt hat und zumindest über Grundwissen verfügt. Den Fachkreisen ist damit wenigstens insoweit geholfen, als grundsätzliche Sekundärinformationen von der Informationspflicht grundsätzlich nicht erfaßt werden. Die größere Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Kenntnisnahme durch überdurchschnittliche Gruppen ist deshalb bei der Bestimmung des Empfängerhorizonts bei Informationspflichten gegenüber der Allgemeinheit nicht verstärkt zu berücksichtigen. Es ist jedoch bei dem Merkmal der Allgemeinheit auf die interessierte Öffentlichkeit abzustellen. Keine Aussage ist damit allerdings darüber getroffen, ob die Zuweisung der Verarbeitungslast zwischen Schuldner und Gläubiger nicht dennoch eine Verschiebung in Richtung eines erhöhten Darstellungsniveaus bedingt.[255] Hier geht es aber zunächst allein darum, die widerstreitenden Interessen auf Seiten der Empfänger zu harmonisieren.

Eher denktheoretischer Natur ist die spiegelverkehrte Situation, bei der die tatsächlichen Empfänger einen unterdurchschnittlichen Horizont aufweisen. In derartigen Fällen sprechen erhebliche Gründe dafür, bei der Kanalisierung der verschiedenen Empfängerhorizonte unterdurchschnittliche Empfänger weit stärker als die übrigen zu berücksichtigen. Anderenfalls könnte stärker als generell eingewendet werden, daß die entsprechende Informationspflicht eine leere Gesetzeshülse bleibt, weil sie rechtstatsächlich keine Bedeutung hat: Von den einen wird sie nicht oder kaum beachtet, weil es sie nicht interessiert; von den anderen nicht, weil sie aufgrund des zu hohen Darstellungsniveaus die kommunizierten Zeichen nicht verstehen. Eine stärkere Berücksichtigung würde die übrigen Gruppen von der Information auch nicht auszuschließen. Für sie wäre allenfalls ein Effizienzverlust bei der Zeichenselektion denkbar. Es sprechen daher gute Gründe dafür, die erhöhte Wahrscheinlichkeit der tatsächlichen Kenntnis-

252 *Hütten*, Geschäftsbericht, S. 266, weist aber zu Recht daraufhin, daß ein niedrigeres Informationsniveau Abstriche in der Informationsqualität mit sich bringen kann.

253 *Ammedick/Strieder*, Zwischenberichterstattung, S. 21; ähnlich *Hütten*, Geschäftsbericht, S. 266.

254 *Ammedick/Strieder*, Zwischenberichterstattung, S. 18 f.; *Hütten*, Geschäftsbericht, S. 266.

255 Vgl. dazu ausführlicher unter C.IV.2.c.bb (S. 149 f.).

nahme durch unterdurchschnittliche Empfänger gegenüber anderen Gruppen bei der Durchschnittsbildung durch eine verstärkte Gewichtung zu berücksichtigen. Voraussetzung ist allerdings in Replik zu (1), daß sich eine solche Gruppe zweifelsfrei feststellen läßt; anderenfalls würde ein möglicher Gewinn an Information mit einem tatsächlichen Verlust an Rechtssicherheit erkauft.

(4) Bereichsöffentlichkeit und maßgeblicher Empfängerhorizont

Bestimmte Informationspflichten dienen primär nur der Unterrichtung eines begrenzten Empfängerkreises. Daß darüber hinaus häufig oder sogar regelmäßig auch die »ausgeschlossene« Allgemeinheit von den Informationspflichten partizipiert, kann wegen der Intention des Gesetzes, primär die Versorgung eines bestimmten Empfängerkreises mit Information sicherzustellen, unberücksichtigt bleiben. Für die Aufstellung von Interpretationskriterien hat dies in Abweichung zu (1) zur Konsequenz, daß bei der Durchschnittsbildung nur der vom Gesetz geschützte Empfängerkreis (Bereichsöffentlichkeit) herangezogen werden darf.[256] In einem ersten Schritt ist folglich der intendierte Empfängerkreis einer Informationspflicht zu ermitteln. Dies muß für jede Informationspflicht separat erfolgen, weil sich selbst aus der Zugehörigkeit zu einem Rechtsgebiet nur bedingt ein genereller Rückschluß ziehen läßt. Bei der Feststellung des Adressatenkreises ist der Einfluß des Europarechts zu beachten, daß zahlreiche Informationspflichten europarechtlichen Ursprungs sind und der EuGH tendenziell den Adressatenkreis eher großzügig bestimmt.[257]

In einem zweiten Schritt ist die Struktur des intendierten Empfängerkreises zu eruieren. Sie ist im Ergebnis ausschlaggebend für den maßgeblichen Empfängerhorizont. Je inhomogener die Struktur ist, desto weniger kann wiederum auf die persönlichen Parameter des einzelnen Empfängers in concreto Rücksicht genommen werden und desto mehr muß der maßgebliche Empfängerhorizont objektiviert werden. Andererseits müssen die objektivierten Interpretationskriterien mit den Individualparametern um so mehr übereinstimmen, je homogener die Struktur des Empfängerkreises ist. Die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts wird dadurch nicht leichter. Gleichwohl relativiert sich in der Praxis das Problem häufig, weil für viele Adressatenkreise neben der Strukturanalyse auch der maßgebliche Empfängerhorizont bekannt ist. Prominentestes Beispiel dürfte wieder der Verbraucher sein. Praktisch ergeben sich daraus folgende Konsequenzen: Ist die Bereichsöffentlichkeit vergleichsweise homogen, etwa bei den Informationspflichten nach §§ 15 und 21 WpHG oder § 11a AMG, kann ein typisierter Empfänger der Interpretation zugrunde gelegt werden, der erheblich vom

256 Im Ergebnis ebenso *Kümpel*, WM 1995, 689, 694, wenn er im Hinblick auf die Aufklärungspflicht von Effektenbanken die Bildung von Kundengruppen nach Maßgabe von Professionalität, Risikobereitschaft und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit vorschlägt. Dadurch soll es der Bank möglich sein, mit standardisierten Informationen für die jeweilige Gruppe ihrer Aufklärungspflicht nachzukommen.

257 Z. B. EuGH Slg. 1997, 6843 = ZIP 1997, 2155, 2166 [Daihatsu] zur Auslegung des Merkmals »Dritter« in Art. 44 Abs. 2 g EG.

Empfängerbild der Allgemeinheit unter (1) abweicht. Eine Abweichung ist dabei sowohl nach »oben« als auch nach »unten« möglich. Ist die Bereichsöffentlichkeit hingegen sehr inhomogen, wird sich die Begrenztheit des Empfängerkreises im Vergleich zu (1) in der Regel nicht oder kaum auswirken, weil sie dann lediglich ein verkleinertes Abbild der Allgemeinheit ist. Derartige Konstellationen können beispielsweise bei der Informierung der Arbeitnehmer eines Großbetriebs gem. § 613a Abs. 5 BGB[258] oder § 10 Abs. 5 WpÜG oder bei behördlichen Hinweisen an die Bewohner eines Katastrophenschutzgebietes auftreten. Trotz des quantitativ begrenzten Empfängerkreises entspricht in derartigen Situationen das objektivierte Empfängerbild regelmäßig dem des Grundfalls unter (1).

Für Informationspflichten gegenüber einem begrenzten Empfängerkreis ist festzuhalten, daß der maßgebliche Empfängerhorizont entscheidend von der Struktur des intendierten Empfängerkreises einer Informationspflicht abhängt. Mit Zunahme der Homogenität der Empfängerstruktur nimmt die Möglichkeit ab, individuelle Parameter einzelner Empfänger auszublenden. Für Teilbereiche kann zur Bestimmung der Struktur der Bereichsöffentlichkeit auf fundierte Ausarbeitungen durch Literatur und Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Als Sonderprobleme können die unter (2) und (3) besprochenen Abwandlungen auch hier aktuell werden und entsprechend gelöst werden.

(5) Individualanspruch eines unbekannten Einzelempfängers

Mit den bisher gefundenen Maßstäben lassen sich auch die Fälle lösen, die systematisch zu Gliederungspunkt aa. gehören. Die Rede ist von Informationsansprüchen, die lediglich einem einzelnen Berechtigten zustehen, der Verpflichtete aber keine Anhaltspunkte für den individuellen Verständnishorizont des Berechtigten hat. Wie unter aa. gezeigt, tritt dieses Phänomen vor allem bei Einsichtsrechten und bei spontanen Informationspflichten auf. In Blickpunkt stehen zunächst nur die spontanen Informationspflichten, da die Einsichtsrechte gemeinsam unter (6) behandelt werden. Die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts folgt bei Informationspflichten gegenüber einem unbekannten Einzelberechtigten aus den bisher entwickelten Kriterien: Ausgangspunkt ist der durchschnittliche Empfängerhorizont des intendierten Verkehrskreises. Zunächst muß daher anhand der die Informationspflicht begründenden Rechtsquelle der intendierte Empfängerkreis bestimmt werden. Nunmehr ist entsprechend den Ausführungen unter (4) mittels der Strukturanalyse des ermittelten Empfängerkreises der maßgebliche Empfängerhorizont festzustellen. Bei der Bestimmung dieser beiden Eckdaten gibt das Gesetz vielfach direkte oder indirekte Hilfe. So bestimmt beispielsweise § 312c BGB, daß die Pflicht zur Unterrichtung gegenüber Verbrauchern verbrauchen besteht oder § 11a AMG nennt Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apothekern als intendierte Empfänger. In Abweichung der bisherigen Ausführungen unter bb.

258 *Sayatz/Wolff*, DStR 2002, 2039, 2041, gehen daher davon aus, daß im Regelfall ein einheitliches, in verständlicher Sprache abgefaßtes Unterrichtungsschreiben für alle Arbeitnehmer ausreicht.

zwingt die Individualität des Berechtigten aufgrund der Subjektivität von Information zur Einschränkung: Der Verpflichtete kann und darf sich nur soweit auf einen objektivierten Empfängerhorizont bei der Leistungserfüllung berufen, als ihm individuelle Parameter des Berechtigten unbekannt sind und bleiben. Denn der Rückgriff auf einen typisierten Empfänger ist nur eine rechtliche Hilfskonstruktion, um Unzulänglichkeiten im Tatsächlichen zu kompensieren.[259] Sind diese hingegen nicht existent, läßt sich der Zugriff auf das Modell des objektivierten Empfängers nach Maßgabe der unter bb.(1) bis bb.(4) herausgearbeiteten Grundsätze wegen der Subjektivität von Information nicht (mehr) rechtfertigen.

(6) Besonderheit Einsichtsrecht

Auf die besondere Situation bei dem Recht auf Einsicht wurde bereits ausführlich unter aa(2) eingegangen und soll verwiesen werden, weil sich bei einer Vielzahl von Einsichtsberechtigten nur bedingt Abweichungen ergeben. Unterstellt, daß das ein subjektives Recht auf Unterlagenerstellung besteht und die Verarbeitungslast zudem ausnahmsweise dem Unterlagenersteller zugewiesen ist, kann für die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts bei einer Vielzahl von Einsichtsberechtigten nichts anderes gelten, als unter den Punkten (1) bis (6) bereits ausgearbeitet worden ist. Insoweit ergeben sich also keine Besonderheiten.

cc. Sonderfall: Kollektivrecht

Im Gesellschaftsrecht findet sich im Kontext informationsrechtlicher Erörterungen eine Besonderheit: die Differenzierung zwischen individuellem und kollektivem Informationsrecht. Damit will man den Unterschied zwischen jenen Informationsrechten, die dem einzelnen Gesellschafter ein auf seine persönliche Unterrichtung abzielendes subjektives Recht gewähren und solchen, die dem Verband, der Gesamtheit der Gesellschafter zustehen, zum Ausdruck bringen. Der entscheidende Unterschied liegt somit in der Person des Informationsgläubigers: einerseits der Gesellschafter, andererseits die Gesellschaft.[260] Die Bezeichnung *kollektives* Informationsrecht leitet aber insoweit fehl, als sie vermuten läßt, daß die Informationspflicht gegenüber einer Mehrheit von Personen besteht; vielmehr ist nur ein Rechtssubjekt – die Gesellschaft, der Verband als Kollektiv – Gläubiger der Informationsschuld.[261] Es liegt daher nahe, die unter aa. erarbeiteten Grundsätze für die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts heranzuziehen. Dabei bliebe aber unberücksichtigt, daß Gesellschaften keine natürlichen Personen sind. Anders als natürliche Personen können sie nicht einfach am Rechtsverkehr teilnehmen. Vielmehr benötigt jede juristische Person oder als Gesamt-

259 Vgl. dazu grundlegend C.II.1.b (S. 55 f.).
260 Teilweise **a.A.** *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 16.
261 *K. Schmidt,* Informationsrechte, S. 18; **a.A.** teilweise noch RGZ 148, 278, 281 zum Informationsrecht nach § 713 BGB.

hand verselbständigter Verband organschaftliche Vertreter,[262] mit deren Hilfe die Teilnahme am Rechtsverkehr erst möglich wird.[263] Dies gilt auch für die Wahrnehmung des sogenannten kollektiven Informationsrechts. Der Unterschied zur normalen Teilnahme am Rechtsverkehr besteht hierbei lediglich darin, daß die Rechtsbeziehung rein innergesellschaftlicher Natur ist, nämlich zwischen Unternehmensführung als Schuldner und Gesellschaft als Gläubiger der Informationspflicht. Im Rahmen der Erörterungen zur Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts drängen sich damit zwei Fragen auf: Welches Organ ist für die Wahrnehmung des kollektiven Informationsrechts zuständig? Welchen Einfluß hat die Zusammensetzung des Organs auf die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts?

Die Beantwortung der ersten Frage ist vergleichsweise einfach. Klar ist zunächst, daß nicht die Unternehmensleitung, die gewöhnlich das zur Geschäftsführung berufene Organ (Vorstand, Geschäftsführer) ist, das zuständige Organ sein kann. Weil es sich hier um eine rein innergesellschaftliche Beziehung handelt, müssen für die Bestimmung des zuständigen Organs andere Regeln gelten. Kennzeichnet man mit *K. Schmidt* das kollektive Informationsrecht als Korrelat der Organverantwortlichkeit,[264] wird einsichtig, warum dies so ist. Das zur Geschäftsführung berufene Organ kann nicht informationsberechtigt sein, wenn es aufgrund seiner Leitungsverantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft zur Information verpflichtet ist; es kann nicht zu gleich verpflichtet und berechtigt sein. In diesem Fall muß ein anderes Organ für die Gesellschaft handeln. Welches andere Organ deshalb zuständig ist, hängt vom Einzelfall, insbesondere von der Gesellschaftsform und der konkreten Zuständigkeitsverteilung in der jeweiligen Gesellschaft ab.[265] In einigen Fällen, so für den Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft (§ 90 AktG) und den Aufsichtsrat in der Genossenschaft (§ 38 Abs. 1 GenG), hat der Gesetzgeber das zuständige Organ ausdrücklich benannt. Für die anderen Gesellschaftsformen fehlt es hingegen an ausdrücklichen Regelungen. Darauf soll hier jedoch nicht weiter eingegangen werden.

Es soll sich vielmehr auf die Beantwortung der zweiten Frage konzentriert werden, deren ganzes Problempotential sich erschließt, wenn man sich vergegenwärtigt, daß

262 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 10 II 1.

263 Zum Streit zwischen Organ- und Vertretertheorie vgl. nur *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 10 I.

264 *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 16. Anders ist die Situation etwa im Schweizerischen Obligationenrecht mit seiner monoistischen Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft. In Art. 715a OR, der in seiner Grundfunktion mit § 90 Abs. 3 AktG vergleichbar ist, werden individuelle Informationsrechte der einzelnen Verwaltungsratmitglieder statuiert (unstrittig, vgl. nur *Wernli,* in: OR, Art. 715a Rn 3). Zwar wird auf die hier interessierende Frage, wer Adressat der Information ist, nicht explizit eingegangen. Doch die Ausgestaltung, insbesondere von Art 715a Abs. 1, 3 und 6 OR, die keine Beschränkung auf die Mitteilung an den Verwaltungsrat wie etwa § 90 Abs. 3 S. 2 AktG kennen, legen den Schluß nahe, daß selbstverständlich das einzelne Ratsmitglied auch Adressat der Information ist.

265 Vgl. dazu auch *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 18.

Organe selbst auch nicht per se handlungsfähig sind, sondern diese Fähigkeit erst mittels natürlicher Personen[266] erlangen. Es ist daher zu klären, ob auf die Organmitglieder bei der Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts Rücksicht zu nehmen ist oder ob ein allgemeinverbindlicher – anhand der Aufgaben und Funktionen des Organs – typisierter Maßstab gilt, der eine Rücksichtnahme auf die einzelnen Organmitglieder ausschließt. Für eine Rücksichtnahme spricht, daß auch das Organ nur durch seine Mitglieder handlungsfähig ist. Die Handlungsfähigkeit – insbesondere Beratungs-, Kontroll- und Überwachungsfunktionen – könnte daher eingeschränkt sein, wenn der Verständnishorizont der Organmitglieder völlig unbeachtet bliebe. Die Nichtinformation der Organmitglieder käme einer Nichtinformation des Organs und damit letztlich auch der Gesellschaft gleich. Der Kennzeichnung des Organs als Adressat der Information würde es hingegen entsprechen, eine Rücksichtnahme grundsätzlich zu verneinen. Insbesondere erscheint es vor dem Hintergrund, daß das Organ unabhängig von der jeweiligen Mitgliederstruktur Adressat der Information und die Organzusammensetzung einem – ständigen – Wechsel unterworfen ist, unzweckmäßig, die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts von den zum jeweiligen Leistungszeitpunkt gerade berufenen Organmitgliedern abhängig zu machen.

Einen Weg zur Lösung dieses Problems könnte sich aus den im Gesetz geregelten Fällen der Organzuständigkeit hinsichtlich der Wahrnehmung kollektiver Informationsrechte ergeben. Weil besonders das Konzept des kollektiven Informationsrechts in der Aktiengesellschaft immer wieder im Blickfeld von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft stand, soll die Regelung des § 90 AktG daraufhin näher analysiert werden.

(1) Regelungskonzept des § 90 AktG

Sinn und Zweck der in § 90 AktG statuierten Informationsrechte und spontanen Informationspflichten ist es, dem Aufsichtsrat die ihm als Organ zugewiesene Kontroll- und Überwachungsfunktion (§ 111 Abs. 1 AktG) durch eine umfassende Regelunterrichtung durch den Vorstand zu ermöglichen.[267] Denn ohne detaillierte Informationen über das Unternehmen ist eine Überwachung und Kontrolle der Vorstandstätigkeit nicht denkbar. Dem Verständnis, daß Adressat der Überwachungs- und Kontrollpflicht gem. § 111 Abs. 1 AktG das Organ Aufsichtsrat und nicht das einzelne Mitglied ist,[268]

266 Es ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß auch die Mitglieder des Organs wiederum nur Gesellschaften sind, wie es besonders häufig beim Organ Gesellschafterversammlung vorkommen wird. Da sich hier die Kette bis zu einer natürlichen Person nur verlängert, soll diese Besonderheit unberücksichtigt bleiben.

267 *Hüffer*, AktG, § 90 Rn 1; *Mertens*, in: KölnKomm-AktG, § 90 Rn 2; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten, § 6 Rn 192; *Bosse*, DB 2002, 1592; *Götz*, NZG 2002, 599, 600; *Schenck*, NZG 2002, 64, 65; *Elsing/M. Schmidt*, BB 2002, 1705.

268 BGHZ 106, 54, 63 [Adam Opel AG]; OLG Frankfurt a.M. AG 1988, 109, 110 [Adam Opel AG]; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten, § 9 Rn 531; *Mertens*, in: KölnKomm-

entspricht es, daß Adressat der Informationen der Aufsichtsrat als Organ ist und nicht seine Mitglieder.[269] Dies ergibt sich zum einen durch die Betonung der Berichtspflicht gegenüber dem Aufsichtsrat als Organ in § 90 Abs. 1 S. 1[270] und § 107 Abs. 3 S. 3 AktG[271]. Die §§ 90 Abs. 3 S. 2, 120 Abs. 1 und 170 Abs. 3 AktG, in denen jeweils explizit vom Mitglied des Aufsichtsrats die Rede ist, zeigen zudem, daß das Gesetz dabei den Begriff »Aufsichtsrat« nicht synonym für das »Aufsichtsratsmitglied« verwendet, sondern zwischen beiden Begriffen nicht nur sprachlich sondern auch inhaltlich differenziert.[272] Zum anderen folgt dies auch aus § 90 Abs. 3 S. 2 AktG. Dort wird dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied zwar das Recht eingeräumt, Berichte vom Vorstand zu verlangen. Die Leistungserbringung kann »… jedoch nur an den Aufsichtsrat …«, nicht aber an das einzelne Mitglied verlangt werden.[273] Der Aufsichtsrat als Organ ist damit zweifelsfrei Empfänger der Information.[274] Zwischen der Zuweisung von Pflichten (§ 111 Abs. 1 AktG) und der zu ihrer Wahrnehmung nötigen Rechte (§§ 90, 111 Abs. 2 AktG) besteht somit ein unmittelbarer Zusammenhang.[275] Gleichwohl darf

AktG, § 111 Rn 10; *Meyer-Landrut*, in: GroßKomm-AktG, § 90 Rn 11; *Hüffer*, AktG, § 111 Rn 9; *Wardenbach*, Interessenkonflikte, S. 184.

269 BayObLG AG 1968, 329, 330; *Lutter,* Information, S. 39; *Mertens*, in: KölnKomm-AktG, § 90 Rn 24; *Hüffer*, AktG, § 90 Rn 12, 14 (Berichte) und § 111 Rn 11 (Einsichtsrecht); *Oltmanns*, in: AnwKomm-AktG, § 90 Rn 19; *Elsing*/*M. Schmidt*, BB 2002, 1705.

270 »Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat zu berichten …«.

271 Neu eingeführt durch Art. 1 des Gesetzes zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG) vom 19.7.2002 (BGBl. I 2002, S. 2681 ff.). In Satz 3 heißt es: »Dem Aufsichtsrat ist … zu berichten.« Die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG (NZG 2002, 213, 220) betont, daß Sinn und Zweck der Norm im Ausgleich eines möglichen Informationsdefizits des Gesamtaufsichtsrats liegen, das Folge umfangreicher Aufgabenübertragungen an Ausschüsse sein kann und im Widerspruch zu den Aufgaben und Pflichten des Gesamtaufsichtsrats stünde. Ziffer 5.3.1 S. 2 DCGK enthält eine entsprechende Empfehlung zur Unterrichtung des Gesamtaufsichtsrats durch die jeweiligen Ausschußvorsitzenden. Die Gesamtverantwortung aller Aufsichtsratsmitglieder als Hintergrund der Gesetzesanpassung betont *Götz*, NZG 2002, 599, 601.

272 So auch *Steinbeck*, Überwachungspflicht, S. 21.

273 *Oltmanns*, in: AnwKomm-AktG, § 90 Rn 15; *Elsing*/*M. Schmidt*, BB 2002, 1705, 1706; *Hüffer*, AktG, § 90 Rn 12. So auch § 18 Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft vom 22.12.2004 (SEEG – BGBl. I 2004, S. 3675 ff.).

274 Allg. M. siehe nur *Lutter*, Information, S. 40.

275 In diesem Zusammenhang wird in der jüngeren Zeit intensiv diskutiert, inwieweit der Aufsichtsrat zur Inanspruchnahme vorstandsunabhängiger Informationsquellen aufgrund seiner Kontroll- und Überwachungsaufgabe befugt ist. Während dies bisher aufgrund der Trennung von Geschäftsführung (Vorstand) und Kontrolle (Aufsichtsrat) überwiegend abgelehnt bzw. auf konkrete Einzelfälle beschränkt wird, sind unter dem Eindruck zunehmender Unternehmenskontrolle, -transparenz, -publizität und Unternehmensintegrität vermehrt Stimmen für ein umfassenderes vorstandsunabhängiges Informationssystem des Aufsichtsrats zu vernehmen (vgl. dazu nur *M. Roth*, AG 2004, 1 ff. mit umfassenden Überblick über den aktuellen Meinungsstand).

nicht verkannt werden, daß letztlich die Überwachungs- und Kontrollfunktion des Aufsichtsrats nur verwirklicht werden kann, wenn die Mitglieder des Aufsichtsrats informiert sind. Die bloße *Kenntnis*nahmemöglichkeit des einzelnen Mitglieds, die § 90 Abs. 5 AktG sicher stellt, könnte dafür jedoch unzureichend sein.[276] Mithin ist der Frage nachzugehen, ob und in welchem Umfang das einzelne Aufsichtratsmitglied aufgrund seiner Rolle bei der Erfüllung der Überwachungsaufgaben des Aufsichtsrats gem. § 111 Abs. 1 AktG dennoch Einfluß auf die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts hat.

Im Rahmen der Aufgabenerfüllung besteht Einigkeit darüber, daß, aus der Adressatenstellung des Organs folgend, nicht jedes einzelne Mitglied selbst gleichermaßen aktiv an allen Aufgaben und Pflichten des Aufsichtsrats mitwirken muß.[277] Mit Ausnahme zwingender Mitwirkungspflichten, die sämtliche Mitglieder treffen, obliegt dem einzelnen Mitglied vielmehr nur eine seinen spezifischen Aufgaben entsprechende Mitwirkungspflicht.[278] Dem entspricht es auch, daß nach der gesetzlichen Konzeption nicht die Fähigkeiten einzelner Aufsichtsratsmitglieder, sondern die Leistungsfähigkeit des Gesamtaufsichtsrats im Mittelpunkt steht.[279] Diese setzt sich aus der Summe der Fähigkeiten und Kenntnisse der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder zusammen.[280] Eine möglichst breit gefächerte Vielfalt der – speziellen – Fähigkeiten und Kenntnisse[281] ist somit mit Blick auf die Leistungsfähigkeit des Organs wünschenswert[282] und hinsichtlich der Forderung nach Autarkie[283] des Aufsichtsrats von Rechts wegen geboten.[284] Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK)[285] bringt diesen Gesichtspunkt in

276 *Hüffer*, AktG, § 90 Rn 14

277 *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten, § 10 Rn 758 f.; *Steinbeck*, Überwachungspflicht, S. 23 ff.; *Wardenbach*, Interessenkonflikte, S. 186. Auf die arbeitsteilige Überwachung weist auch S*emler*, Anmerkung zum Urteil des OGH vom 31.5.1977 AG 1983, 82, 83 f. hin.

278 Ausführlich zu den Mitwirkungspflichten *Wardenbach*, Interessenkonflikte, S. 185 ff.

279 *Wardenbach*, Interessenkonflikte, S. 186; *Steinbeck*, Überwachungspflicht, S. 23; *Wirth*, ZGR 2005, S. 327, 335.

280 *Hommelhoff*, ZGR 1983, S. 551, 571.

281 *Peltzer*, NZG 2002, 10, 12 spricht von einem »Mix der Talente«. *Säcker*, AG 2004, 180, 182, konkretisiert die Forderung nach einem »Mix der Talente« dahin, daß jede Aufsichtsratsposition in ihrem Anforderungsprofil mit dem eines Vorstandsmitgliedes des konkreten Unternehmens korrespondieren muß. Im Aufsichtsrat müssen die gleichen Spezialkenntnisse vorhanden sein wie im Vorstand, weil nur so der Aufsichtsrat über die Fähigkeit verfügt, die vom Vorstand entwickelten Ideen zur strategischen Planung in ihren einzelnen Komponenten und ihren implizierten Voraussetzungen zu verstehen und zu kontrollieren.

282 *Hommelhoff*, ZGR 1983, S. 551, 572 f.; S*emler*, Anmerkung zu Urteil des OGH vom 31.5.1977 AG 1983, 82, 83 f.; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten, § 1 Rn 23; *Scheffler*, ZGR 1993, S. 63, 71, 73 f.

283 Vgl. dazu BGHZ 85, 293 ff. [Hertie]; *Hommelhoff*, ZGR 1983, S. 551, 561 ff.; *Säcker*, AG 2004, 180, 182.

284 BGHZ 135, 244, 254 f. [ARAG/Garmenbeck]; *Hommelhoff*, ZGR 1983, S. 551, 572.

285 Gem. § 161 AktG (Bekanntmachung im amtlichen Teil des elektronischen Bundesanzeigers).

Ziffer 5.4.1 unmißverständlich zum Ausdruck. Nach Ziffer 5.4.1 soll bei den Vorschlägen zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern darauf geachtet werden, daß dem Aufsichtsrat jederzeit Mitglieder angehören, die für die wahrzunehmenden Aufgaben hinreichend qualifiziert sind.[286] Anders gewendet, entlastet der Einsatz des Kollektivorgans Aufsichtsrat das einzelne Mitglied hinsichtlich der Anforderungen an seine speziellen Fähigkeiten und Kenntnisse,[287] ohne daß damit zugleich die Leistungsfähigkeit des Gesamtorgans systembedingt in Frage gestellt wird. Nicht jedes Aufsichtsratsmitglied muß die ganze Palette der (möglicherweise) sehr breiten und speziellen Kenntnisse abdecken, die der Unternehmensgegenstand der Gesellschaft erfordert.[288] Die Leistungsfähigkeit des Gesamtorgans steht theoretisch[289] nur dann in Frage, wenn erstens davon abgesehen wird, von jedem einzelnen Mitglied eine unternehmensunabhängige Mindestqualifikation zu verlangen[290] und zweitens die spezifischen Kenntnis-

286 Unter Ziffer 5.4.1 des Kodex heißt es: »Bei Vorschlägen zur Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern soll darauf geachtet werden, dass dem Aufsichtsrat jederzeit Mitglieder angehören, die über die zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Aufgaben erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und fachlichen Erfahrungen verfügen …«. Damit das Verlangen nach Professionalität des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds nicht im Widerspruch zur Unabhängigkeitsregelung in Ziffer 5.4.2 des Kodex steht, sollte das Merkmal »… bei wesentlichen Wettbewerbern …« in Ziffer 5.4.2 nicht extensiv ausgelegt werden (*Claussen/Bröcker*, DB 2002, 1199, 1202; einschränkend auch *Lieder*, NZG 2005, 569, 570 ff.). Für den Vorsitzenden des Prüfungsausschusses (Audit Commitee) empfiehlt der DCGK in Ziffer 5.3.2 Satz 2 in der Fassung vom 2.7.2005, daß dieser über besondere Kenntnisse und Erfahrungen in der Anwendung von Rechnungslegungsgrundsätzen und internen Kontrollverfahren verfügen soll. Dem Atiengesetz selbst lassen sich – im Gegensatz zur den Vorgaben für den Vorstand – dagegen keine unmittelbaren Vorgaben hinsichtlich Sachkunde und Zuverlässigkeit (im gewerberechtlilchen Sinn) entnehmen (*Wirth*, ZGR 2005, S. 327, 331). Lediglich einzelne Spezialgesetze enthalten Vorgaben hinsichtlich der besonderer persönlicher Eigenschaften von Aufsichtsratsmitgliedern (so z.B. § 4 Abs. 2 KAGG).

287 *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten, § 1 Rn 23. Im Ergebnis ebenso BGHZ 85, 293, 296 [Hertie]; *Hommelhoff*, ZGR 1983, S. 551, 572; *Mutter/Gayk*, ZIP 2003, 1773, 1774.

288 *Peltzer*, NZG 2002, 593, 597; *Steinbeck*, Überwachungspflicht, S. 23; tendenziell so auch BGHZ 85, 293, 296 [Hertie].

289 Praktisch ergibt sich ein weit aus größeres Problem daraus, daß die Tätigkeit im Aufsichtsrat regelmäßig als Nebenamt wahrgenommen wird. Dies führt dann häufig zu einer Doppelbelastung, die eine angemessene Wahrnehmung des Aufsichtsratsmandats unmöglich macht. So weist *Lüderitz*, in: FS Steindorff, 1990, S. 113, 121 daraufhin, daß allein das Studium der in regelmäßigen Abständen vorgelegten Planungen des Unternehmens (Langfristplanung, Jahresplanung, Sonderplanung) einen Zeitaufwand von mehreren Tagen erfordern (können).

290 Vgl. zu der Notwendigkeit einer Mindestqualifikation BGHZ 85, 293, 295 f. [Hertie]; OGH AG 1983, 81, 82 [mit Anmerkung *Semler*], der sehr hohe Anforderungen an die Mindestqualifikation stellt; *Hommelhoff,* ZGR 1983, S. 551, 572 ff.; S*emler*, Anmerkung zum Urteil des OGH vom 31.5.1977 AG 1983, 82, 83 f.; ausführlich *Wardenbach*, Interessenkonflikte, S. 165 ff. Nach *Peltzer*, NZG 2002, 593, 597 m.w.N. erfordert dies, daß das einzelne Mitglied mindestens über genügend »*financial literacy*« verfügen muß, um die Zahlen, Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechnungen zu verstehen; ähnlich *Wirth*, ZGR

se der Aufsichtsratsmitglieder in ihrer Gesamtheit nicht alle Facetten des Unternehmensgegenstandes abdecken.

Steht somit im Rahmen der Aufgabenerfüllung nicht die Leistungsfähigkeit des Einzelnen, sondern die des Kollektivorgans im Mittelpunkt, läßt dies den Schluß zu, daß für die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts der Einzelne keine Rolle spielt.[291] Eine Stütze dafür findet sich zunächst in der gesetzlichen Ausgestaltung des Informationssystems zwischen Vorstand und Aufsichtsrat. Wenig aufschlußreich ist dabei allerdings die vordergründig erfolgversprechende Regelung des § 90 Abs. 4 AktG. Sie ordnet an, daß die Berichte den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen haben. Daraus wird geschlußfolgert, daß den Berichten Unterlagen oder Aufstellungen beizufügen sind, soweit diese zum Verständnis der Berichte erforderlich sind.[292] Zwar eröffnet sich mit dem Hinweis des Gesetzes auf die Rechenschaftspflicht das Tor zu § 666 BGB und dessen reichhaltiger Kasuistik; doch gerade diese macht es wegen der Vielschichtigkeit der von § 666 BGB erfaßten Rechtsbeziehungen nicht einfacher.[293] Ergiebiger ist da schon der Hinweis auf § 90 Abs. 5 S. 1 AktG. Denkbar wäre, die Gesetzesformulierung »… von den Berichten Kenntnis zu nehmen …« wörtlich zu interpretieren. Da Kenntnis (-nahme) weniger als Verstehen ist, weil lediglich im Sinne einer bewußten Entgegennahme zu begreifen,[294] könnte man daraus ableiten, daß eine Nichtinformierung einzelner Ratsmitglieder im Sinne des hier vertretenen Informationsbegriffs einer Erfüllung der Informationspflicht des Vorstands nicht entgegensteht. Gestützt wird dieses Verständnis auch dadurch, daß in § 90 Abs. 5 S. 1 AktG nur ein Anspruch auf Kenntnisnahme begründet wird. Dem einzelnen Ratsmitglied steht demnach die Geltendmachung dieses Rechts im Rahmen einer ordnungsgemäßen Mandatswahrnehmung frei.[295] Diese Freizügigkeit stünde aber im Widerspruch zu einer Orientierung des maßgeblichen Empfängerhorizonts an den einzelnen Mitgliedern. Zwingend ist diese Schlußfolgerung allerdings nicht. Für die vorgetragene Position kann weiter § 111 Abs. 2 S. 2 AktG angeführt werden. Aus ihm wird zu Recht abgeleitet, daß das einzelne Ratsmitglied erst dann

2005, S. 327, 333 f. Aus informationsrechtlicher Sicht zeichnet *Druey*, Informationsrecht, S. 431 f., anhand der gesetzlichen Regelung das Bild eines qualifizierten – aber mit beträchtlichen Abstand zum *day-to-day-business* des Unternehmens – Ratsmitglieds.

291 Anders für den Prüfungsbericht gem. § 321 Abs. 1 HGB: *Zimmer*, in: Staub, § 321 Rn 7; *Mattheus*, ZGR 1999, S. 682, 695 f. Dieser soll sich an den individuellen Kenntnissen der Aufsichtsratsmitglieder orientieren. Ein Widerspruch zur hier vertretenen Position liegt darin aber nicht, da der Prüfungsbericht durch das KonTraG auch die Lücken in der internen Kommunikation aufgrund unzureichenden Sachverstandes von Aufsichtsräten schließen soll.

292 *Meyer-Landrut*, in: GroßKomm-AktG, § 90 Rn 13.

293 *Druey*, Information, S. 431.

294 Vgl. oben B.II.2.b.cc (S. 25 f.).

295 Zur Pflicht, von den gesetzlichen eingeräumten Informationsrechten Gebrauch zu machen *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten, § 10 Rn 762. Mit *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 28 könnte man lediglich von einer »funktionellen Informationsveranlassung« sprechen.

außerhalb der Gesellschaft individuelle Unterstützung in Anspruch nehmen kann und darf, wenn der Gesamtaufsichtsrat die notwendige Unterstützung nicht leisten kann, weil sowohl die Fähigkeiten und Kenntnisse der anderen Ratsmitglieder als auch der durch externe Beratung des Gremiums hinzu gewonnene Sachverstand nicht ausreichen.[296] Das einzelne Ratsmitglied muß sich daher primär durch das Gremium beraten und informieren lassen. Eines solchen Vorgehens bedürfte es hingegen nicht, wenn auf seine Fähigkeiten und Kenntnisse im Rahmen des Informationsflusses Vorstand ⇒ Aufsichtsrat Rücksicht zu nehmen wäre. Der Vorstand müßte dann nämlich die Berichte und sonstigen Unterlagen derart aufbereiten, daß sie jedes einzelne Aufsichtsratsmitglied auch bei ungenügendem Sachverstand verstehen kann. Zwingend ist diese Erkenntnis, soweit man die Zulässigkeit externer Beratungsmöglichkeiten nicht auf die genannten Ausnahmen beschränkt. Kann sich nämlich das Aufsichtsratsmitglied jederzeit durch Hinzuziehung Dritter den für das Verständnis der Berichte notwendigen Sachverstand verschaffen, ist kein Grund ersichtlich, warum auf die Unzulänglichkeiten einzelner Mitglieder Rücksicht zunehmen ist. Der Vorstand würde durch eine parallel fortbestehende Pflicht zur Rücksichtnahme nur unnötig von seinen eigentlichen (Führungs-)Aufgaben abgehalten. Schließlich spricht für die Ausrichtung des maßgeblichen Empfängerhorizonts an den Aufgaben und Funktionen des Organs, daß nur so eine zweifelsohne zweckmäßige Unabhängigkeit der Informationspflicht von der jeweiligen Organzusammensetzung sichergestellt werden kann.[297]

Gegen eine derartige Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts ohne Rücksichtnahme auf den Verständnishorizont der einzelnen Ratsmitglieder könnten allerdings folgende Punkte sprechen:

1. Das Verstehen der Vorstandsberichte ist Grundvoraussetzung jeglicher Aufsichtsratstätigkeit.[298] Ohne dem kann sich das einzelne Aufsichtsratsmitglied kein eigenes Bild von der Lage der Gesellschaft, dem Gang der Geschäfte oder der zukünftigen Unternehmensplanung machen und somit auch seiner Mitwirkungspflicht im Organ Aufsichtsrat nicht nachkommen. Ist dem einzelnen Mitglied die Beurteilung der Vorstandsberichte mangels Verstehens der darin enthaltenen Fakten, Tatsachen und Einschätzungen nicht möglich, wäre es in der Wahrnehmung seiner Mitwirkungspflicht teilweise oder völlig eingeschränkt; in Hinblick auf die Haftung gem. § 116 S. 1 i.V.m. § 93 AktG eine fatale Konsequenz.[299]

2. Damit ist der zweite Gesichtspunkt genannt, der gegen die Unbeachtlichkeit des Verständnishorizonts des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds spricht: die Verantwortlich-

296 BGHZ 85, 293, 299 f. [Hertie]; *Hommelhoff,* ZGR 1983, S. 551, 566. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob und in welchen Umfang aus § 111 Abs. 2 S. 2 AktG ein Recht des Aufsichtsrats auf vorstandsunabhängige Information abgeleitet werden kann (vgl. dazu *M. Roth*, AG 2004, 1, 7 ff.).

297 Vgl. dazu bereits oben C.II.1.c.cc. (S. 73 ff.).

298 Im Ergebnis ebenso *Wardenbach*, Interessenkonflikte, S. 211 ff.; *Hommelhoff,* ZGR 1983, S. 551, 574.

299 Vgl. zur Haftung BGHZ 69, 207, 208 (Aufsichtsrat einer KG); **a.A.** offenbar im Hinblick auf die Haftung wegen unzureichender Sachkunde *Kindl*, Aufsichtsratsitzung, S. 21.

keit für das eigene Tun, dessen Generalisierung und die Steigerung des Haftungsmaßstabs auf die »Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters« in § 116 S. 1 i.V.m. § 93 Abs. 1 AktG. Es erscheint widersprüchlich, eine Rücksichtnahme auf die persönlichen Fähigkeiten und Kenntnisse bei der Schaffung wesentlicher Grundlagen für die Aufgabenwahrnehmung zu verneinen, und darauf statt mit einer Haftungserleichterung zu antworten, mit einer Haftungsverschärfung für weitere »Unbilligkeit« zu sorgen.[300]

3. Schließlich scheint die Nichtbeachtung des persönlichen Empfängerhorizonts eines jeden Aufsichtsratsmitglieds mit der Stärkung seiner Position durch das TransPuG in Widerspruch zu stehen.[301] Durch das TransPuG wurden die §§ 90 Abs. 3 S. 2 und 110 Abs. 2 AktG dahingehend geändert, daß ein Mitglied des Aufsichtsrats zur Anforderung von Vorstandsberichten (§ 90 Abs. 3 S. 2 AktG) bzw. dem Verlangen nach Einberufung einer Aufsichtsratsversammlung nicht mehr der Unterstützung eines weiteren Ratsmitglieds bedarf. Diese Bedenken dringen jedoch nicht durch.

Zu den Punkten 1 und 2 ist zu sagen, daß die Haftungsverschärfung zum einen primäre Folge der kapitalistischen Struktur der Aktiengesellschaft (Verwaltung fremden Vermögens) ist.[302] Es widerspricht allgemeinen Grundsätzen, daß jemand Treuhänder fremder Belange ist, und sich – ohne das Bestehen eines persönlichen Vertrauensverhältnisses – im Falle des Versagens auf seine persönlichen Unzulänglichkeiten berufen kann.[303] Der freiwilligen Übernahme eines (Aufsichtsrats-)Mandats entspricht es vielmehr, sich im Voraus das zur Aufgabenerfüllung unverzichtbare (Fach-)Wissen angeeignet zu haben.[304] Es obliegt allein dem zukünftigen Mandatar, für seinen zur ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung notwendigen Sachverstand Sorge zu tragen.[305] Der letzte Gesichtspunkt ist Ausfluß eines allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatzes, wo-

300 In diese Richtung weist auch die Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG (NZG 2002, 213, 220). Dort heißt es, daß die Beschränkung in § 90 Abs. 3 S. 2 2. HS AktG Berichte vom Vorstand anzufordern der Verantwortlichkeit aller Aufsichtsratsmitglieder nicht gerecht wird.

301 Vgl. zur Stärkung der Stellung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds *Bosse*, DB 2002, 1592; *Knigge*, WM 2002, 1729, 1731; *Götz*, NZG 2002, 599, 601; *Elsing*/*M. Schmidt*, BB 2002, 1705,1706 f.; *Heckschen*, in: Transparenz- und Publizitätsgesetz, S. 81.

302 OLG Zweibrücken NZG 1999, 506, 507; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 43 Rn 8.

303 *K. Schmidt*, Gesellschaftsecht, § 14 V 1. Damit erklärt sich auch, warum in der Publikums-KG der Haftungsmaßstab von § 708 BGB generell nicht gelten soll (BGHZ 69, 207, 209 f.; BGHZ 75, 321, 327 f.).

304 Vgl. dazu Fn. 290. Nach der h.M. führen individuelle Sachkunde von Aufsichtsratsmitgliedern oder die Übernahme besonderer Funktionen (Ausschußmitgleid, Vorsitzender des Aufsichtsrats odes eines Ausschusses) zur Erhöhung des Sorgfalts- und Haftungsmaßstabs vgl. nur LG Hamburg ZIP 1981, 194, 197; *Mutter/Gayk*, ZIP 2003, 1773, 1774 ff.; *Lieder*, NZG 2005, 569, 574 Fn. 60 m.w.N.; **a.A.** für individuelle Fähigkeiten der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder als Maßstab für eine Haftungsdifferenzierung *Hüffer*, AktG, § 116 Rn 3; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 28 III 1 d; mit Ausnahme bei Vorsatz ablehnend insoweit auch *Wirth*, ZGR 2005, S. 327, 336.

305 OGH AG 1983, 81, 82; ähnlich auch *Meyer-Landrut*, in: GroßKomm-AktG, § 111 Rn 2.

nach man für die Unzulänglichkeit eigener Fähigkeiten in bezug auf übernommene Aufgaben oder Tätigkeiten haftet.[306] Zum anderen ist die exponierte Verantwortung gerade in jüngster Zeit Folge der Erwartungen, die der Kapitalmarkt an ein vertrauenswürdiges Anlageumfeld stellt und betont damit zusätzlich den erstgenannten Gesichtspunkt. In diesem Zusammenhang weisen *Hommelhoff/Mattheus* darauf hin, daß ein effektives System der Organhaftung die einzig sinnvolle gesetzliche Möglichkeit ist, den menschlichen Schwächen und deren negative Folgen auf die Arbeit der Aufsichtsratsmitglieder zu begegnen.[307] Unberücksicht darf auch nicht bleiben, daß das einzelne Aufsichtsratsmitglied damit nicht rechtlos gestellt wird. Sollte der Sachverstand im Einzelfall trotz Aneignung des geforderten (Fach-)Wissens nicht ausreichen, bleibt es dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied unbenommen, innerhalb des Gremiums um individuelle Beratung bzw. Aufklärung zu ersuchen.[308] Sollten sich dabei Informationsdefizite des gesamten Gremiums herausstellen, kann der Gesamtaufsichtsrat entweder nach § 90 Abs. 3 S. 1 AktG weitere Berichte anfordern oder sein Einsichtsrecht nach § 111 Abs. 2 S. 1 AktG wahrnehmen. Für den Fall, daß es dem gesamten Aufsichtsrat an Sachverstand zur Beurteilung der vorgelegten Berichte fehlt, bleibt die Möglichkeit, einen Sachverständigen hinzu zuziehen (§ 111 Abs. 2 S. 2 AktG).[309]

306 *Hüffer*, AktG, § 116 Rn 3; *Altmeppen*, ZGR 2004, S. 390, 412; *Mutter/Gayk*, ZIP 2003, 1773, 1775; *Lieder*, NZG 2005, 569, 574; zum Übernahmeverschulden im Aktienrecht allgemein: *Feddersen*, AG 2000, 385, 389; *Schwark*, Corporate Governance, S. 75, 106; allgemein zum Übernahmeverschulden: BGHZ 88, 248, 257; BGH NJW 1994, 3008 ff.; BGH NJW 1993, 2989 ff.; *Deutsch*, Sorgfalt, S. 111 f., 137 f. und 307 ff.; **a.A.** für die Haftung des Aufsichtsrats wegen mangelnder Sachkunde als Ausgangspunkt seiner weiteren Überlegungen offenbar *Kindl*, Aufsichtsratsitzung, S. 21.

307 *Hommelhoff/Mattheus*, AG 1998, 249, 250, weisen darauf hin, daß nur ein System effektiver Organhaftung die Aufsichtsratsmitglieder zu einem pflichtgemäßen Verhalten veranlassen kann. Dem Gesetzgeber ist es nämlich nicht möglich, auf die menschlichen Schwächen mit zwingenden Handlungsvorgaben zu reagieren, weil er sich mit dann notwendigen Einzelregelungen übernehmen würde. Zudem würden sich die Aufsichtsratsmitglieder bei Befolgung der gesetzlichen Vorgaben nur in der trügerischen Gewißheit wiegen, pflichtgemäß gehandelt zu haben.

308 BGHZ 85, 293, 299 [Hertie]; *Hommelhoff*, ZGR 1983, S. 551, 564; *Lutter/Krieger*, DB 1995, 257, 259. Wird der Dritten dagegen lediglich als zuarbeitendes Hilfspersonal eingesetzt, ohne das dadurch ein fehlender Sachverstand des Mandatsträgers kompensiert werden soll, verneinen *Lutter/Krieger* a.a.O. eine Beschränkung der Einbeziehung Dritter. Mit dem Verweis auf die Informationserlangung innerhalb des Gremiums wird der Aspekt des innerkollegialen Informationsaustausches angesprochen, der in § 90 Abs. 5 AktG rudimentär geregelt wird. Trotz der systembedingten Nähe ist der innerkollegiale Informationsaustausch vom kollektiven Informationsrecht zu unterscheiden.

309 BGHZ 85, 293, 296 [Hertie]; *Hommelhoff*, ZGR 1983, S. 551, 566. Nach *Kindl*, Aufsichtsratsitzung, S. 21, besteht nicht nur die *Möglichkeit* der Hinzuziehung, sondern vielmehr die *Pflicht* dazu. Durch das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) vom 27.4.1998 (BGBl. I 1998, S. 786 ff.) wurde die Zusammenarbeit von Abschlußprüfer und Aufsichtsrat derart verstärkt, daß sie nunmehr als Funktionsträger im aktienrechtlichen Überwachungssystem zusammengeführt worden sind, und der Abschluß-

Greifen in Extremfällen diese Möglichkeiten nicht,[310] ist es dem einzelnen Organmitglied im Einzelfall gestattet, seinerseits Rat von sachverständigen Dritten (Hilfspersonal) einzuholen.[311] Indes dürfte diese Fallkonstellation in der Praxis sehr selten eintreten, weil in derartigen Situationen der Vorstand von sich aus Rücksicht auf den individuellen Verständnishorizont der Aufsichtsratsmitglieder nehmen wird. Weitergehend wird man dann sogar eine dahingehende Pflicht des Vorstands aus dem Interesse der Gesellschaft, der Anleger und gegebenenfalls Dritter (Gläubiger, Kapitalmarkt) herleiten können.

Die in Punkt 3 zum Ausdruck gebrachten Bedenken greifen ebensowenig durch. Die Stärkung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds ist zwar nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum TransPuG[312] konsequente Folge der Erkenntnis, daß sich eine schwache Stellung des einzelnen Mitglieds mit der gleichen Verantwortlichkeit und Verantwortung aller Aufsichtratsmitglieder nicht verträgt. Gleichwohl wäre es übereilt, daraus auf die Rücksichtnahme bei der Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts zu schließen. Eine umfassende Verantwortlichkeit steht unstrittig im Widerspruch zu einer Situation, in der das einzelne Ratsmitglied seiner Verantwortung nur dann jederzeit umfänglich gerecht werden kann, wenn sich zumindest ein weiteres Ratsmitglied seinem Standpunkt anschließen muß, um weitere notwendige Vorstandsberichte anfordern zu können oder eine Zusammenkunft des gesamten Gremiums herbeizuführen.[313] Insbesondere das Verlangen nach weiteren Berichten kann Ausdruck einer andersartigen Informationsgewichtung als Folge der Subjektbezogenheit des Informationsbedürfnisses sein und erklärt sich schließlich auch mit der notwendigen Selektion von Daten bei jeder spontanen Informationspflicht bzw. einer Auskunftspflicht.[314] Die dabei vom Informationsverpflichteten gesetzten Schwerpunkte können aber von der Sichtweise des Ratsmitglieds erheblich divergieren.[315] Zudem muß man sich zusätzlich vergegenwärtigen, daß der Vorstand die Informationen geben soll, die möglicherweise sein eigenes Fehlverhalten aufdecken und damit Grundlage seiner In-

prüfer die Berichte gezielt für den Aufsichtsrat aufarbeitet (*Mattheus*, ZGR 1999, S. 682, 694 ff.). Der Abschlußprüfer ist damit zu einem wichtigen externen Sachverständigen zur Unterstützung des Aufsichtsrats geworden. *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten, § 5 Rn 172 sprechen vom Gehilfen des Aufsichtsrats.

310 Für einen Vorrang dieser Möglichkeiten vor einer individuellen Beratung *Kindl*, Aufsichtsratsitzung, S. 22.

311 BGHZ 85, 293, 300 [Hertie] unter Klarstellung von BGHZ 64, 325, 331 f. [Bayer]; *Hüffer*, AktG, § 111 Rn 23; *Hommelhoff*, ZGR 1983, S. 551, 556 ff.; *Kindl*, Aufsichtsratsitzung, S. 22; *Lutter/Krieger*, DB 1995, 257, 259. Diese Hinzuziehung Sachverständiger darf nicht mit der durch § 111 Abs. 2 AktG geregelten Befugnis verwechselt werden; jene steht nämlich nur dem Aufsichtsrat als Organ zu (*Lutter*, Information, S. 71).

312 NZG 2002, 213, 220.

313 So sahen es die § 90 Abs. 3 S. 2 2. HS a.F. und § 110 Abs. 2 a.F. AktG vor.

314 Vgl. zum informationstheoretischen Aspekt C.IV.2.a.aa (S. 125 f.).

315 *Lutter*/*Krieger*, Rechte und Pflichten, § 6 Rn 212; *Elsing*/*M. Schmidt*, BB 2002, 1705, 1706.

anspruchnahme nach § 93 AktG sein können.[316] Ein solches Verhalten widerstrebt jedoch der menschlichen Natur. Zunächst erhebt sich daher primär die Forderung nach vorstandsunabhängigen Informationsmöglichkeiten des Aufsichtsrats.[317] Sekundär ist dann mit Blick auf die Verantwortung des einzelnen Mandatsträgers erforderlich, ihm die Mittel in die Hand zu geben, die er benötigt, um seiner Verantwortung gerecht zu werden. Genau dies ist Aufgabe des § 90 Abs. 3 S. 2 AktG in seiner Fassung durch das TransPuG. Dazu gehört jedoch nicht, ihm die Möglichkeit zu eröffnen, Unzulänglichkeiten zu nivellieren, die keine gesellschafts- oder informationsspezifische Ursache haben, sondern allein in seiner Person begründet liegen, zuvorderst ungenügender Sachverstand.[318] Es ist daher nicht Aufgabe des Informationssystems zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, derartige persönliche Unzulänglichkeiten bei einzelnen Ratsmitgliedern dadurch zu kompensieren, daß die Kommunikation dem Niveau unqualifizierter Aufsichtsratsmitglieder angepaßt wird. Diese Aufgabe obliegt vielmehr der Kommunikation innerhalb des Gremiums selbst, das dabei nach der gesetzlichen Intention auch auf den Sachverstand des Abschlußprüfers und dessen managementunabhängige Informationsmöglichkeit zurückgreifen kann und soll.[319] Es muß folglich zwischen den Informationssystemen Vorstand – Aufsichtsrat und Aufsichtsrat – Aufsichtsratsmitglied (gegebenenfalls ergänzt um den Abschlußprüfer) unterschieden werden, wobei die Diskrepanz beider Systeme vornehmlich aus den verschiedenen Maßstäben zur Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts herrührt; einmal orientiert an Funktion und Aufgabe des Gesamtorgans mit Blickrichtung auf den Sorgfaltsmaßstab des § 93 Abs. 1 AktG und zum anderen orientiert an den tatsächlichen Fähigkeiten der einzelnen Ratsmitglieder. Bestätigt wird dieser Befund zum einen durch die Möglichkeit, Aufsichtsratsausschüsse zu bilden und ihnen bestimmte Aufgaben zu übertragen. Soweit eine derartige Aufgabenzuweisung erfolgt ist, soll nur noch dem Ausschuß, nicht aber dem einzelnen Mitglied oder dem Gesamtorgan, das Informationsrecht nach § 90 Abs. 3 zustehen.[320] Zum Ausgleich daraus resultierender Informationsasymmetrien innerhalb des Organs sind die Ausschüsse gem. § 107 Abs. 3 S. 3 AktG verpflichtet, dem Aufsichtsrat regelmäßig über ihre Arbeit zu berichten.[321]

316 Darauf weist auch *M. Roth*, AG 2004, 1, 2, im Zusammenhang mit der Forderung nach mehr vorstandsunabhänigiger Information des Aufsichtsrats hin.

317 Zur Zulässigkeit und Umfang managementunabhängiger Information des Aufsichtsrats *M. Roth*, AG 2004, 1 ff.

318 Die damit hervorgehobene Selbstverantwortung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds wird nunmehr auch durch Ziffer 5.4.3 DCGK bestätigt.

319 Nach *M. Roth*, AG 2004, 1, 8, stellt der Abschlußprüfer eine der wichtigsten vorstandsunabhängigen Informationsmöglichkeiten des Aufsichtsrates dar. Nach *Wirth*, ZGR 2005, S. 327, 337, ist der Anschlußprüfer eines der wichtigsten Prüfungsinstrumente des Aufsichtsrats zur Überwachung des Vorstandes.

320 *Lutter*/*Krieger*, Rechte und Pflichten, § 9 Rn 652; *Mertens*, in: KölnKomm-AktG, § 107 Rn 124; *Siebel*, in: Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, Rn G 108; *Lutter*, Information, S. 115 f.; *Semler*, AG 1988, 60, 64 f. Im Detail wird zwischen beschließendem und vorbereitendem Ausschuß unterschieden.

321 Vgl. nur *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten, § 9 Rn 628 m.w.N.

Zum anderen sprechen auch Gründe der Praktikabilität und Effizienz für die Differenzierung zwischen den beiden Informationssystemen. Durch die Einsetzung von Ausschüssen und der damit verbundenen Spezialisierung seiner Mitglieder im jeweiligen Aufgabenbereich ist eine Kommunikation zwischen Vorstand und Aufsichtsrat auf einem höheren Niveau möglich.[322] Dadurch wird die Überwachung des Vorstands effizienter und qualitativ besser. Gleichzeitig wird der Vorstand nicht mit unnötigen und vermeidbaren Verwaltungsaufgaben belastet, weil die Unternehmensdaten und -fakten nicht zusätzlich mit Blick auf den unzureichenden Sachverstand der Aufsichtsratsmitglieder aufbereitet werden müssen.[323] Die Informationsverarbeitung obliegt dann vielmehr dem jeweiligen Ausschuß mit Blick auf seine Unterrichtungspflicht nach § 107 Abs. 3 S. 3 AktG.

Eher allgemeiner Natur ist schließlich das letzte Pro-Argument für die hier vertretene Position: Niemand wird gezwungen, sich als Aufsichtsratsmitglied wählen zu lassen.[324] Die Übernahme erfolgt vielmehr freiwillig, weil damit regelmäßig auch persönliche Vorteile, insbesondere Prestige verbunden sind.[325]

Es kann daher aus den Punkten 1 bis 3 nicht der generelle Rückschluß gezogen werden, daß im »Vorfeld« eine besondere Rücksichtnahme geboten ist. Es spricht somit nichts dagegen, die Maßgeblichkeit der Leistungsfähigkeit des Organs hinsichtlich der Aufgabenerfüllung auch auf die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts zu übertragen. Die vom Gesetz geforderte Leistungsfähigkeit eines Organs bestimmt somit richtungsweisend, welcher Maßstab für den maßgeblichen Empfängerhorizont anzulegen ist. Für das Organ Aufsichtsrat folgt daraus mit Blick auf die Verantwortlichkeit der einzelnen Ratsmitglieder (§ 116 i.V.m. § 93 AktG), daß der maßgebliche Empfängerhorizont dem Bild eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu entsprechen hat. Etwas anderes kann ausnahmsweise nur dann gelten, wenn das Informationssystem innerhalb des Aufsichtsrats nicht ausreicht, um die Berichte des Vorstands zu verstehen. Weist der Aufsichtsrat auf diesen Umstand hin, ist der Vorstand, insbesondere im Rahmen der Berichtanforderung nach § 90 Abs. 3 AktG, verpflichtet, einen an der konkreten Zusammensetzung des Aufsichtsrats orientierten maßgeblichen Empfängerhorizont seiner Berichterstattung zugrunde zu legen.[326]

322 In diesem Zusammenhang wird auch der Einsatz von Aufsichtsratsassistenten, eines »back-office« des Aufsichtsrats oder eines *company secretary* diskutiert (siehe dazu *M. Roth*, AG 2004, 1, 10 f.).

323 Wenn der Vorstand die Unternehmensdaten und –fakten nicht speziell auf den Sachverstand der Aufsichtsräte aufbereiten muß, ergibt sich daraus auch der Vorteil, daß unbewußte oder bewußte Verfälschungen im Rahmen des Verarbeitungsprozesses minimiert werden können.

324 Nach OGH AG 1983, 81, 82 muß bei ungenügendem Sachverstand das Mandat abgelehnt werden.

325 Vgl. allerdings zum Wandel des Aufsichtsratsmandats vom Prestigeamt zum Arbeitsamt infolge des Komplexerwerdens der unternehmerischen Abläufe *Claussen/Bröcker*, DB 2002, 1199, 1203.

326 Zur konkreten Bestimmung C.II.1.c.bb(4) (S. 71 f.).

(2) Generalisierung

Das für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft gefundene Ergebnis läßt sich auch auf andere Kollektivorgane übertragen und verallgemeinern, die zur Wahrnehmung kollektiver Informationsrechte berufen sind. Die Aufgabenzuweisung an Kollektivorgane macht besonders deshalb Sinn, weil durch Summierung der Fähigkeiten und Kenntnisse seiner Mitglieder, unter gleichzeitiger Entlastung des einzelnen Mitglieds, die Leistungsfähigkeit des Organs selbst gesteigert werden kann. Korrespondieren mit der Aufgabenzuweisung entsprechende Informationsrechte des Organs, hat sich deren Erfüllung am typisierten Verständnis des Gesamtorgans und nicht des einzelnen Mitglieds auszurichten. Denn so wie die Summe der einzelnen Fähigkeiten und Kenntnisse zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit hinsichtlich der Erfüllung zugewiesener Aufgaben beiträgt, summiert sich auch die Kompetenz hinsichtlich des Verstehens kommunizierter Zeichen und damit der Informierung des Organs. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn nach Sinn und Zweck der Zuständigkeitsnorm jedes einzelne Organmitglied Adressat der Information ist.[327] Dann ist der Empfängerhorizont des einzelnen Mitglieds maßgeblich, wobei sich Einschränkungen einer umfassenden Rücksichtnahme wiederum aufgrund der allgemeinen Grenzen ergeben.

2. Ungewißheit

a. *Allgemeines*

Bei der allgemeinen begrifflichen Erfassung von Information wurde Ungewißheit als eine offene Entscheidungssituation definiert.[328] Die so verstandene Ungewißheit ist gleichbedeutend mit dem bereits in die Rechtswissenschaft eingeführten Begriff des Informationsbedürfnisses. Beide bringen sie das Bedürfnis nach äußerer Hilfeleistung zur Bewältigung bisher unaufgelöster Entscheidungssituationen zum Ausdruck. Die Hilfe selbst soll durch die Kommunikation von Zeichen erfolgen, die den Empfänger in die Lage versetzen, eine bestimmte Entscheidungssituation auflösen zu können. Es wird Information verlangt. Aus diesem Verständnis folgen für die rechtliche Handhabung von Informationspflichten drei wesentliche Eckpunkte. Erstens folgt daraus, daß das Informationsbedürfnis immer einen Bezug zu einem konkreten Sachverhalt aufweist. Ein Informationsbedürfnis und damit eine Informationspflicht kann nicht losgelöst von einem konkreten Sachverhalt bestehen. Zweitens folgt aus der Identität von Ungewißheit und Informationsbedürfnis, daß auch letzteres nur angenommen werden kann, wenn eine offene Entscheidungssituation besteht. Folglich fehlt es an einem Informationsbedürfnis, wenn der Empfänger auch ohne die kommunizierten Zeichen in

327 So etwa gem. Art. 715a OR für den Verwaltungsrat in der Schweizerischen Aktiengesellschaft (*Wernli, in:* OR, Art. 715a Rn 3).

328 Vgl. B.IV.1.a (S.36 f.).

der Lage ist, die Entscheidungssituation aufzulösen oder eine solche gar nicht (mehr) existiert.[329] Das Informationsbedürfnis bestimmt somit maßgeblich Inhalt und Umfang der Pflicht zur Information.[330] Der dritte Eckpunkt wird schließlich von der Unbegrenztheit des Informationsbedürfnisses markiert.[331] Im Gegensatz zu anderen Leistungsinhalten gilt für Information nicht, daß mit ihrer Zuerkennung an ein Subjekt dessen Bedürfnis nach Information befriedigt ist. Vielmehr verhält es sich genau umgekehrt. Die Verfügbarkeit von Information beim Subjekt schafft zugleich ein neues Bedürfnis nach weiterer Information. Neben der Tatsache, daß durch die Auflösung einer Entscheidungssituation eine neue, bis dato unbekannte entstehen kann, ergibt sich dieser Umstand zudem aus der Sache selbst.[332] Denn wer kann schon genau bestimmen, was an Information notwendig ist, um eine Entscheidungssituation tatsächlich aufzulösen, um also die richtige Entscheidung zu treffen?[333] Eine noch so entfernte Tatsache oder ein fernliegender Umstand könnten für den Entscheidungsprozeß maßgeblich sein. Bereits die vergleichsweise simple Entscheidungssituation beim Kauf eines hochwertigen technischen Gerätes veranschaulicht das Phänomen des unbegrenzten Informationsbedürfnisses eindrucksvoll. Wieviel Zeit verwendet man darauf, von möglichst vielen Seiten möglichst viele Fakten und Meinungen über die in Betracht kommenden Geräte in Erfahrung zu bringen. Und trotz der ganzen Mühen erfolgt die Entscheidung letztlich mehr aus dem Gefühl heraus und nicht aufgrund absoluter Gewißheit kraft Information. Jede Entscheidung ist folglich zwangsläufig mit einer mehr oder weniger großen (Rest-)Unsicherheit verbunden, ob die richtige Alternative gewählt worden ist.[334] Der Grund dafür ist das Fehlen immanenter Grenzen des Informationsbedürfnisses.[335] Aufgrund der Individualität von Information kommt erschwerend hinzu, daß die Entscheidungserheblichkeit von Umständen und Tatsachen

329 Unbewußt auch schon BGH WM 1971, 1196, der ein Recht auf Rechnungslegung mangels Erforderlichkeit ablehnte. Im konkreten Fall war der Gläubiger in Besitz von Unterlagen, aus denen er sich alle notwendigen Informationen beschaffen konnte. Ein Informationsbedürfnis ist aber dann zu bejahen, wenn die mögliche oder bereits erfolgte Entscheidung verifiziert werden soll. Aus diesem Grund schließt das Verlangen nach Bestätigung ein Informationsbedürfnis nicht aus. Nach *Witte*, Informationsverhalten, S. 35, könne nämlich zwei Nachrichten *gleichen* Inhalts dadurch zu einem Reduktionseffekt führen, indem die zweite Nachricht die erste bestätigt und dadurch die Unsicherheit weiter reduziert. Mithin ergibt sich ein Optimum an Information Neuigkeit und Bestätigung.

330 So bereits andeutend *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 329 ff. und *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 51 f., 118, 156 ff., freilich ohne den informationstheoretischen Bezug.

331 Vgl. dazu bereits C.II.1.a (S. 49) und *Druey*, Information, S. 59 ff.

332 *Druey*, Information, S. 59.

333 Die Klärung der Frage, welches Maß an Information zu einer rationalen Entscheidung notwendig ist, ist Gegenstand der Entscheidungstheorie vgl. *Bambger/Coenenburg*, Entscheidungslehre, S. 4 ff.

334 BVerfGE 49, 89. 143.

335 Vgl. dazu *Druey*, Information, S. 60; *derselbe*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 809, 815.

von Empfänger zu Empfänger verschieden ist.[336] Darum ließe sich selbst bei Feststellung einer Grenze des Informationsbedürfnisses für einen Empfänger das Ergebnis nicht pauschal auf alle anderen Empfänger übertragen. Für offene Entscheidungssituationen, die Auslöser eines rechtlich relevanten Informationsbedürfnisses sind und Informationspflichten aktivieren, gilt nichts anderes.

b. *Rechtliche Erfassung/Handhabung*

Aus Sicht des Rechts sind diese Feststellungen freilich mehr als unbefriedigend, weil das Informationsinteresse als Basis der Leistungspflicht zwar generell eine Informationspflicht zu begründen vermag, der inhaltlichen Ausgestaltung und dem Umfang hingegen nur bedingt Grenzen setzen kann. Eine praxisgerechte Handhabung erfordert aber genau eine solche Grenzziehung, die im Rahmen der Leistungserfüllung den Soll-Zustand der Leistung markiert und damit dem Schuldner vorgibt, welche Leistungspflicht ihn (noch) trifft. Wie gezeigt, folgt das Fehlen immanenter Grenzen aus dem Umstand, daß theoretisch jedes scheinbar noch so unbedeutende Datum Einfluß auf den Entscheidungsprozeß haben kann. Je weiter der Kreis erfaßter Tatsachen und Umstände ist, desto größer wird der Aufwand des Schuldners zur Erfüllung seiner Leistungspflicht werden. Der Nutzen des Empfängers an den weiteren Informationen steigt hingegen nicht zwangsläufig im gleichen Maße an.[337] Vielmehr wird von einem bestimmten Punkt an die weitere Verringerung der Entscheidungsunsicherheit in keinem Verhältnis mehr zu dem Aufwand stehen, der dem Schuldner durch Erbringung seiner Informationspflicht erwächst.[338] Während der Aufwand immer größer wird, nimmt die Entscheidungsunsicherheit in immer geringer werdenden Umfang ab. Der Aufwand des Schuldners ist dann zum Nutzen des Gläubigers nicht mehr verhältnismäßig. Eine nur unter unverhältnismäßigem, vernünftigerweise nicht zumutbarem Aufwand zu erbringende Leistung kann der Gläubiger allerdings vom Schuldner nicht verlangen.[339] Dem steht ein dahingehender allgemeiner Rechtsgrundsatz,[340] wie er seit dem 1.1.2002 in § 275 Abs. 2 S. 1 BGB auch gesetzlich manifestiert ist, entgegen.[341] Um sowohl dem allgemeinen Rechtsgrundsatz zu entsprechen, als auch dem Verdikt der Unmöglichkeit einer Informationspflicht nach § 275 Abs. 2 S. 1 BGB vorzubeugen, ist es daher angezeigt, dem Informationsinteresse des Gläubigers künstlich Gren-

336 *Druey*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 809, 818 f.

337 Information weist, ökonomische gesprochen, einen abnehmenden Grenznutzen auf. Optimum und Maximum sind nicht deckungsgleich (*Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 115).

338 Vgl. zum Beleg die Studien bei *Witte*, Informationsverhalten, S. 37, in denen er die Abhängigkeit der Entscheidungseffizienz von der (vollkommenen) Informationsversorgung untersucht. Übersteigt die Informationsversorgung die Verarbeitungskapazität des Empfängers, sinkt die Entscheidungskraft wieder.

339 BGHZ 62, 388, 391.

340 Vgl. dazu BGHZ 62, 388, 391.

341 Allg. dazu *Canaris*, JZ 2001, 499, 501 f.

zen zu setzen, und somit dem Gedanken der Verhältnismäßigkeit zwischen Leistungsaufwand und Leistungsnutzen Rechnung zu tragen. Dem kann durch eine sachgerechte und zweckmäßige Begrenzung des Informationsinteresses auf einen rechtlich relevanten Bereich Genüge getan werden. Die Grenzziehung hat sich dabei daran zu orientieren, welcher Grad an Entscheidungsunsicherheit im Einzelfall unter Berücksichtigung des Informationsaufwands und dem berechtigten Informationsinteresse des Gläubigers hinnehmbar ist. Das berechtigte Leistungsinteresse und damit der zumutbare Aufwand können um so größer sein, je bedeutsamer eine Entscheidung mit Blick auf ein betroffenes Rechtsgut oder die wirtschaftlichen Folgen ist.[342]

Mit einer derartigen Begrenzung des Informationsinteresses auf einen beschränkten – aber wesentlichen – Teil entscheidungstragender Informationen ist allerdings nur ein erster Schritt zur Handhabung des Merkmals der Unkenntnis getan. Wie in der Einleitung unter C.I.1.a. bereits angesprochen worden ist, setzen nämlich die bisherigen Ausführungen voraus, daß *ein* relevantes Informationsinteresse dem Grunde nach festgemacht werden kann. Als innere Tatsache ist die Feststellung von Ungewißheit wie auch deren Reduktion nur mittelbar über Außenreflexe möglich. Es bedarf darum wiederum Kriterien, an Hand derer zulässige Rückschlüsse auf das Vorhandensein von Ungewißheit gezogen werden können. Ausgangspunkt ist dafür wiederum die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts.

c. *Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts*

Aufgrund der engen Verbindung zwischen Ungewißheit und Reduktion und bestehender Gemeinsamkeiten ergeben sich für die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts keine von den Ausführungen unter C.II.1.c. abweichenden Besonderheiten. Folglich ist bei einem einzelnen Informationsberechtigten allein dessen Empfängerhorizont und damit sein tatsächliches Informationsinteresse maßgeblich. Den Schuldner trifft, soweit es ihm zumutbar und möglich ist, die Verpflichtung, das Informationsinteresse des Gläubigers zu ergründen.[343] Im Mittelpunkt steht dabei die Ermittlung des Wissensstands des Gläubigers in bezug auf die in Betracht kommende Entscheidungssituation unter Berücksichtigung vorhandenen Fachwissens.[344] Soweit keine zumutbaren Möglichkeiten zur Ermittlung des Informationsinteresses bestehen, ist das Informationsinteresse eines typisierten Regelempfängers der Informationspflicht zu Grunde zu legen. Dies gilt sowohl für Informationspflichten gegenüber einem unbestimmten Empfängerkreis, als auch solchen gegenüber einem Einzelempfänger, wenn sich aus der Art der Informationspflicht (Einsicht oder spontane Informationspflicht) oder aus der Kommunikationssituation keine Möglichkeiten zur Berücksichtigung eines indivi-

342 Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist damit die Frage angesprochen, wann von einer befriedigenden – nicht zwingend auch optimalen – Lösung des Entscheidungsproblems gesprochen werden kann.

343 Vgl. § 31 Abs. 2 Nr. 1 WpHG; *Kümpel*, WM 1995, 689, 690, 692.

344 BGHZ 123, 126, 128 f.; OLG Koblenz WM 2002, 1224, 1226.

duellen Informationsinteresses ergeben. Für die Bestimmung eines typisierten Regelempfängers sei auf die Ausführungen unter Punkt C.II.1.c.bb. verwiesen.

3. Zusammenfassung

Das Recht kann seiner ordnenden, steuernden, (um-)gestaltenden und sichernden Funktion im Rahmen der Konfliktbewältigung zwischen den Rechtssubjekten nur durch klare und zweifelsfreie Normierung von Sachverhalten gerecht werden. Information entzieht sich einer solch klaren und zweifelsfreien Regelbarkeit,[345] und läßt sich somit als Gegenstand des Rechts nur schwer erfassen. Neben dem Umstand, daß Recht selbst Information ist,[346] erschließt sich diese Erkenntnis auch aus den weiteren Eigenarten von Information: Information ist allseits präsent und doch nicht klar und präzise faßbar. Information ist subjektbezogen und damit nur begrenzt der notwendigen Objektivierung zugänglich. Das Verlangen nach Information ist ein »Faß ohne Boden«[347] und kann daher nie wirklich befriedigt werden.

Um dennoch wenigstens in Teilbereichen Information als Gegenstand des Rechts handhabbar zu ordnen, muß das Recht den Besonderheiten von Information Rechnung tragen. Ausgehend von der Erkenntnis, daß Information die potentielle Ursache zur Reduktion von Ungewißheit durch Kommunikation zwischen Menschen ist, kann es bei Informationspflichten nicht um die Schaffung von Gewißheit im Sinne *der* richtigen Entscheidung gehen. Informationspflichten können nur darauf angelegt sein, ein – möglichst hohes – subjektives Maß an Entscheidungssicherheit zu garantieren, das unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls sozial-adäquat ist. Der Unbegrenztheit des Informationsbedürfnisses werden so normative Grenzen gesetzt. Die Bestimmung der hinnehmbaren Restunsicherheit markiert aber nur einen groben Rahmen für eine mögliche rechtliche Handhabe von Information. Die Ausfüllung im konkreten Einzelfall erfolgt über den maßgeblichen Empfängerhorizont. Mittels dieser Figur läßt sich sowohl konkret der zur Erreichung der rechtlich gebotenen Entscheidungssicherheit nötige Leistungsinhalt als auch dessen Befriedigung bestimmen.

Der so bestimmte idealisierte Leistungsinhalt vermittelt zudem einen – gerechten – Ausgleich zwischen semantischem und pragmatischem Informationsgehalt. Ersterer erscheint in aller Regel ungeeignet, weil er, ausgehend von der Zeichenbedeutung im Abstrakten, keinen Bezug zum Leistungsempfänger hat, und somit zwar den absoluten Gewinn an Information ermöglicht – es werden ja alle denkbaren Deutungsvarianten der Zeichen erfaßt –, auf der anderen Seite aber unberücksichtigt läßt, ob und welche Wirkung beim Einzelnen tatsächlich eintritt. Umgekehrt verhält es sich mit dem pragmatischen Informationsgehalt. Durch die umfassende Bezugnahme auf den einzelnen Zeichenempfänger fließen neben den Umständen des Einzelfalls in erheblichem Um-

345 Ähnlich auch *Druey*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 809, 811 f.
346 Siehe dazu ausführlich *Druey*, Information, S. 29 ff.
347 *Druey*, Information, S. 59.

fang auch Besonderheiten der Person des Empfängers in die Bestimmung der zu erfüllenden Leistung ein. Wie gezeigt, würde eine solche Beachtlichkeit die Fähigkeiten des Rechts regelmäßig übersteigen. Indem jedoch nur bedingt die pragmatische Dimension der Zeichen eingefordert wird, ist es möglich, die Subjektbezogenheit von Information zu beachten und bei Bedarf untypische Besonderheiten in der Person des einzelnen Empfängers auszublenden. Der Rückgriff auf den maßgeblichen Empfängerhorizonts ermöglicht somit einen praktikablen Ausgleich zwischen der Subjektbezogenheit von Information und der Notwendigkeit ihrer Objektivierung für das Recht.

Hinsichtlich der Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizontes hat sich gezeigt, daß – abgesehen von einem kleinen Bereich – im Regelfall allein ein idealisierter, typisierter Empfängerhorizont rechtliche Relevanz beanspruchen kann. Der typisierte Regelempfänger entspricht im Grundsatz dem Durchschnittshorizont der intendierten Empfänger. Abweichungen von diesem Grundsatz gelten in Fällen unterschiedlicher tatsächlicher Kenntnisnahme durch die verschiedenen Verkehrskreise. Trotz der Ausrichtung der Informationspflicht an die Allgemeinheit ist dann der Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts allein die interessierte Öffentlichkeit zugrunde zu legen. Dies kann zu einer Verschiebung des maßgeblichen Empfängerhorizonts sowohl nach unten als auch nach oben führen. Eine weitere Besonderheit ergibt, wenn ein Kollektivorgan Informationsgläubiger ist. In diesem Fall orientiert sich die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts nicht am Durchschnittshorizont der jeweiligen Organmitglieder sonder am typisierten Verständnis entsprechend der Aufgabenzuweisung an das Organ.

Der konkrete Inhalt von Informationspflichten hängt damit maßgeblich vom Grad der gebotenen Entscheidungssicherheit und dem im jeweiligen Kontext maßgeblichen Empfängerhorizont ab. Informationstheoretische erweist sich diese Konfliktlösung als eine Mittelstufe zwischen der semantischen und pragmatischen Zeichendimension.

III. Informationsbedürfnis als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal

Jede Pflicht setzt einen durch Tatbestandsmerkmale beschriebenen Rechtsgrund voraus; für Informationspflichten gilt nichts anderes. Dennoch unterscheiden sich Informationspflichten von der Masse durch das aus dem Merkmal der Ungewißheit abgeleitete Tatbestandsmerkmal des Informationsbedürfnisses. Daß es eine wesentliche Rolle bei der Begründung von Informationspflichten spielt, wurde bereits ausgeführt.[348] Ohne Informationsbedürfnis besteht keine Pflicht zur Information.[349] Dies gilt unabhängig davon, ob man Informationspflichten nach ihrer Rechtsnatur (objektives bzw. subjektives Recht, welches wiederum öffentlich-rechtlicher oder zivilrechtlicher Natur sein kann) oder nach der Notwendigkeit einer Geltendmachung durch den Berechtigten (spontane oder reaktive Informationspflicht) unterscheidet. Damit ist die Reichweite des Informationsbedürfnisses als – ungeschriebenes – Tatbestandsmerkmal allerdings nur unvollständig skizziert. Neben der positiven Geltungsanordnung erweist es sich vor allem als einschränkendes, begrenzendes Tatbestandsmerkmal.[350] Informationstheoretisch begründet sich diese Funktion aus dem sonst nicht stillbaren Verlangen nach Information.[351] Das natürliche Informationsverlangen kennt im Gegensatz zu dem rechtlich relevanten Informationsbedürfnis keine Grenzen. Eine Grenzziehung ist jedoch notwendig, weil anderenfalls ein Zustand der Erfüllung, bei einer auf Information gerichteten Pflicht, nicht erreichbar wäre. Jeder Informationspflicht ist daher das Informationsbedürfnis sowohl als Grund als auch als Begrenzung immanent.[352]

348 Vgl. dazu C.II.2.a (S. 86 f.).

349 Ausführlich dazu bereits unter C.II.2.a (S. 86 f.); *G H. Roth, in:* MünchKomm-BGB, § 241 Rn 163. So aber auch die Kritiker der Tatbestandszugehörigkeit des Informationsbedürfnisses *Lutter*, ZGR 1982, S. 1, 6.

350 Auf die legitimierende und begrenzende Funktion weist bereits *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 36 f. hin.

351 *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 51a Rn 20b weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß die Erforderlichkeit eines Informationsbedürfnisses dem allgemeinen informationsrechtlichen Grundsatz entspricht, daß Informationszugang, wo er schutzwürdige Interessen berührt [gemeint sind solche des Informationsschuldners], nur bei Vorliegen eigener schutzwürdiger Interessen verlangt werden kann.

352 Ohne die informationstheoretische Herleitung bereits *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 35 ff.; *derselbe*, in: FS Kellermann, 1991, S. 389, 391; *derselbe*, in: Scholz, § 51a Rn 8, der die Aussage – unnötig – auf mitgliedschaftliche Informationsrechte in Verbänden beschränkt. Zur legitimierenden Funktion des Informationsbedürfnisses auch *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 318, 319 m.w.N. aus der Rechtsprechung.

1. Lehre vom Informationsbedürfnis

Die Erkenntnis, daß dem Informationsbedürfnis neben seiner legitimierenden auch eine begrenzende Funktion zu kommt, ist nicht neu. Sie wurde von *K. Schmidt* im Rahmen der GmbH-Novelle 1980 entwickelt[353] und seit dem weiter ausgebaut und konkretisiert.[354] Was besagt die Lehre vom Informationsbedürfnis? Nach ihr zergliedert sich das Informationsrecht in ein dem Gesellschafter als Bestandteil der Mitgliedschaft ununterbrochen zur Seite stehendes »Stammrecht« und die aus diesem »Stammrecht« von Fall zu Fall resultierenden konkreten Informationsansprüche. Diese konkreten Informationsansprüche sollen dem Gesellschafter nicht ununterbrochen jederzeit und allumfassend zustehen, sondern können nur von Fall zu Fall aus dem »Stammrecht« erwachsen. Kriterium zur Entscheidung, ob im Einzelfall aus dem »Stammrecht« ein Informationsanspruch erwächst, soll – ähnlich wie das Rechtsschutzbedürfnis beim Verhältnis zwischen dem allgemeinen Rechtsschutzanspruch und dem Klagerecht im Zivilprozeß – das Informationsbedürfnis sein. Um das Merkmal des Informationsbedürfnisses mit Leben zu erfüllen, soll es einer auf Organisation und Funktion in der Gesellschaft bezogenen Konkretisierung, einer »funktionellen« Betrachtung des Informationsrechts bedürfen. Ist nach dieser ein Informationsbedürfnis vorhanden, soll auch ein Informationsanspruch bestehen. Darüber hinaus soll es auch den Ausschlag für die Abgrenzung zwischen dem Recht auf Einsicht und dem auf Auskunft geben.[355] Durch die Trennung zwischen »Stammrecht« und daraus erwachsenden konkreten Informationsansprüchen bei Bejahung eines Informationsbedürfnisses, ist es *K. Schmidt* möglich, das Informationsrecht im Einzelfall sachgerecht zu beschränken.

2. Kritik an der Lehre vom Informationsbedürfnis

Heftiges Aufsehen hat diese, von *K. Schmidt* allein für das Verbandsrecht angeschlagene, These vor allem im Rahmen der Bemühungen hervorgerufen, dem allgemein als mißglückt erachteten § 51a Abs. 1 GmbH Konturen zu geben. Sie ist überwiegend auf Ablehnung gestoßen, soweit es um die begrenzende Wirkung des Informationsbedürfnisses als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal geht.[356] Was kritisiert die Gegenan-

353 *K. Schmidt*, in: Das neue GmbH-Recht in der Diskussion, 1981, S. 87, 99 ff.

354 *K. Schmidt*, in: FS Kellermann, 1991, S. 389, 392 ff.; *derselbe*, in: FS 100 Jahre GmbH, 1992, S. 559, 565 ff.; *derselbe*, in: Scholz, § 51a Rn 8; ihm folgend: OLG Düsseldorf ZIP 1990, 1346, 1347; BayObLG BB 1993, 1547; OLG Hamm GmbHR 2002, 163, 166; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 51a Rn 20 ff.; *Veltins/Hikel*, DB 1989, 465,467; allgemein anerkennend *G H. Roth, in:* MünchKomm-BGB, § 241 Rn 163.

355 *K.* Schmidt, in: FS Kellermann, 1991, S. 389, 394.

356 BGHZ 135, 48, 54; KG Berlin ZIP 1988, 714, 715; *Lutter*, ZGR 1982, S. 1, 4 f.; . *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 51a Rn 2; *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 211, 222; *Koppen-*

sicht an dieser These? Im Wesentlichen stützt sich die ablehnende Meinung darauf, daß das Merkmal des Informationsbedürfnisses überflüssig sei, weil es nicht über die allgemeinen mitgliedschaftlichen (Mißbrauchs-)Schranken hinaus zu einer sachgerechten Begrenzung beitragen könne.[357] Zudem widerspreche eine derartige Schrankenziehung dem eindeutigen Wortlaut der Norm und dem Willen des Gesetzgebers.[358] Überzeugend sind die Argumente nicht. Methodisch spricht zunächst der spezifische Einzelbezug des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals im Kontext informationeller Sachverhalte gegen den generellen Rückgriff auf die Mißbrauchsschranke. Wenn auch dieses Argument als solches wenig zwingend ist, führt es zumindest zu einer anderen Frage: Ist der Rückgriff auf die allmächtige Generalklausel des § 242 BGB seinerseits überhaupt zur sachgerechten und zugleich gesetzeskonformen Begrenzung tauglich?[359] Der Versuch einer Konturenziehung durch einen eng oder weit gezogenen Mißbrauchsvorbehalt führt zwangsläufig in eine Sackgasse.[360] Ein enges Mißbrauchsverständnis läßt Korrekturen nur im Extrembereich zu. Die geforderte und notwendige Konkretisierung findet also nicht statt. Dagegen unterscheidet sich ein weites Vorbehaltsverständnis vor allem sprachlich von einer tatbestandlichen Begrenzung mit Hilfe des Informationsbedürfnisses.[361] Ein Mehr an Gesetzestreue kann dieses Vorgehen für sich daher nicht wirklich beanspruchen.[362] Deutlich zeigt sich dies etwa bei *Lutter* und seinem auf Antizipation und Systematisierung von Information ausgerichteten Ansatz. Danach soll die Geschäftsführung durch Aufbau eines § 90 AktG nachempfundenen Informationssystems im Bereich der Kontrolle einen zentralen Teil ihrer Informationspflichten vorab erfüllen können.[363] Auf diesem Weg soll die Pflicht aus § 51a Abs. 1 GmbHG in Teilen *funktionsgerecht* erfüllt sein und der einzelne Gesellschafter deshalb nicht beliebig »vorwegfragen« können, sondern die regelmäßige Information abwarten müssen. Zu Zwischenfragen soll er nur aus wichtigem Anlaß berechtigt sein. Anders gewendet soll die Geschäftsführung auf dem Wege des »geordneten Zuvorkommens« in der Lage sein, zeitlich und gegenständlich beliebige konkrete Informationswünsche

steiner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 51a 15; *Raiser*, Kapitalgesellschaften, § 27 Rn 14; *Krug*, Auskunfts- und Einsichtsrecht, S. 108.

357 *Lutter*, ZGR 1982, S. 1, 4.

358 *Lutter*, ZGR 1982, S. 1, 4; KG Berlin ZIP 1988, 714, 715, das trotz dieser Feststellung eine Schrankenziehung nach Treu und Glaube und – entscheidend – nach Sinn und Zweck der Norm für zulässig erachtet.

359 Kritisch zur Grenzziehung von Individualrechten mittels der Generalklausel des § 242 BGB *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 211, 217.

360 Kritisch zur Tauglichkeit des Mißbrauchsvorbehalts zur Konturenziehung auch *K. Schmidt*, in: FS Kellermann, 1991, S. 389, 391.

361 Dies anerkennt auch *Krug*, Auskunfts- und Einsichtrecht, S. 108, als Vertreter der Gegenmeinung, der den Vorteil seiner Auffassung daher vor allem in der für den Minderheitsgesellschafter günstigeren Beweislastverteilung glaubt ausmachen zu können.

362 Kritisch auch *K. Schmidt*, in: FS für Kellermann, 1991, S. 389, 391.

363 *Lutter*, ZGR 1982, S. 1, 7 f.

der Gesellschafter vermeiden bzw. deren Erfüllung verweigern zu können.[364] Wie soll das aber möglich sein, wenn das Recht auf Information doch tatbestandlich unbeschränkt sein soll? *Lutter* begründet seinen Beschränkungsansatz mit dem Hinweis auf die Pflicht aller Gesellschafter zur Förderung der gemeinschaftlichen Ziele und zur Rücksicht auch auf die Belange der Geschäftsführung.[365] Dieser universelle, jedes Mitgliedschaftsrecht begrenzende Grundsatz[366] vermag freilich das von *Lutter* anvisierte Ziel zu begründen; doch neben der Methodik – Vorrang des Speziellen vor dem Generellen – spricht auch die Ausgestaltung des § 51a Abs. 1 GmbHG als Individualrecht gegen diesen Begründungsansatz: Mitgliedschaftlichen Individualrechten kann der Grundsatz der Rücksichtnahme nämlich nur in deutlich geringerem Umfang Grenzen setzen.[367] Nicht zu erklären vermag der Ansatz *Lutters* schließlich, warum in der Beschränkung des Informationsrechts durch die Einführung eines Informationssystems kein Verstoß gegen § 51a Abs. 3 GmbHG liegen soll.[368] Der Gegensatz zur Begrenzung des Informationsrechts mit Hilfe des Informationsbedürfnisses ist jedoch weniger gravierend, als es zunächst erscheinen mag. Zu dieser Erkenntnis führt folgendes: In einer Funktionsanalyse des § 51a Abs. 1 GmbHG kommt *Lutter* zu dem Ergebnis, daß § 51a Abs. 1 GmbHG vor allem der Vorbereitung unternehmerischer Entscheidungen und der permanenten Kontrolle der Geschäftsführung dient.[369] Das Informationssystem soll sich folglich im Rahmen des Möglichen an diesen Funktionen ausrichten. Damit weist *Lutter* in die entscheidende Richtung: Mitgliedschaftliche Informationsrechte sind anhand ihrer Funktion zu interpretieren.[370] Sie sollen die Position des Gesellschafters unterstützen und damit handhabbar machen, nicht aber erweitern.[371] Klar wird damit, warum durch das »geordnete Zuvorkommen« mit Hilfe des Informationssystems bestimmte Zwischenanfragen vom Informationsrecht des § 51a Abs. 1 GmbHG ausgeschlossen werden können: Ausgerichtet an der Funktion des § 51a Abs. 1 GmbHG, die Überwachung der Geschäftsführung zu ermöglichen,[372] sind die dazu notwendigen In-

364 *Lutter*, ZGR 1982, S. 1, 7 f.; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 51a Rn 17, der insoweit auch in Rn 16 von »konstruktiven« Schranken des Informationsrechts spricht. Nach KG Berlin ZIP 1988, 714, 715, soll neben § 242 BGB eine Schrankenziehung durch Sinn und Zweck des Informationsrechts erfolgen.

365 *Lutter*, ZGR 1982, S. 1, 8.

366 Allgemein dazu *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, § 7 I 2 b und II 2 a aa); dazu bereits RGZ 146, 385, 95 f. (zur AG); RGZ 146, 71, 76 f. (zur AG); *Immenga*, Kapitalgesellschaft, S. 263; *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 211, 271.

367 Allgemein dazu *Immenga*, Kapitalgesellschaft, S. 268 ff; *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 211, 271.

368 Darauf zu Recht hinweisend *K. Schmidt*, in: FS Kellermann, 1991, S. 389, 398.

369 *Lutter*, ZGR 1982, S. 1, 7 f.

370 Deutlich so *K. Schmidt*, in: FS Kellermann, 1991, S. 389, 395; *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 211, 217 f.; *Mertens*, in: FS Werner, 1984, S. 557, 568 ff.; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 51a Rn 20a; der Sache nach ebenso BGHZ 135, 48, 54, 56.371 BT-Drucks. 8/1347, S. 44; *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 211, 217.

372 Vgl. dazu BT-Drucks. 8/1347, S. 43 ff.

formationen den Gesellschaftern bereits mitgeteilt. *Lutter* bestimmt somit lediglich anhand der Funktion des § 51a Abs. 1 GmbHG die Informationsmenge, die gewöhnlich zur Kontrolle der Geschäftsführung durch die Gesellschafter notwendig und geboten und damit auch grundsätzlich ausreichend ist. Die so ermittelte Informationsmenge entspricht aber im Wesentlichen dem hier verwendeten Merkmal des Informationsbedürfnisses. Wird das Informationsbedürfnis – hier eben durch das Informationssystem – befriedigt, kann kein darüber hinaus gehender Anspruch auf Information geltend gemacht werden; die Rechtsordnung anerkennt dann nicht (mehr) die rechtliche Relevanz des dem Anspruch zugrundeliegenden Informationsinteresses. Das konkrete Begehren eines Gesellschafters begründet dann keine weitergehende Informationspflicht der Gesellschaft. Umgekehrt erklärt sich, warum bei wichtigen Anlässen keine generelle Einschränkung des Informationsrechts erfolgen kann: Kennzeichen dieser Anlässe ist es gerade, daß durch das Informationssystem das Informationsbedürfnis in diesen Fällen nicht befriedigt werden kann.

Besteht damit Einigkeit, daß anhand einer Funktionsanalyse der konkrete Anspruch des Gesellschafters auf Auskunft oder Einsicht in der jeweiligen Situation auf das normativ gebotene Maß zu begrenzen ist,[373] beschränkt sich der Widerspruch allein auf das methodische »Wie« der Umsetzung.[374] Wenn die Gegenstimmen zur Lehre vom Informationsbedürfnis an dieser Stelle darauf verweisen, daß die Belebung des – ungeschriebenen – Tatbestandsmerkmals mit einem eigenständigen Sinn nur durch einen, dann kaum erfüllbaren, Nachweiszwang in Richtung eines »wichtigen Grundes« erreicht werden könne, verkennen sie am Einzelfall verhaftet, die Potenz des Informationsbedürfnisses als Tatbestandsmerkmal. Sie interpretieren die Funktion im Tatbestand fehl; es geht hier nicht um Beweisfragen.[375] Es geht vielmehr darum, die *jedem* Informationsanspruch immanente Grenze auf Tatbestandsebene zu verankern. Methodisch ist dazu das – ungeschriebene – Tatbestandsmerkmal des Informationsbedürfnisses das Mittel erster Wahl. Die informationstheoretische Erkenntnis, daß das Verlangen nach Information einerseits unbegrenzt, andererseits Information aber nur in Verbindung mit einem darauf gerichteten Bedürfnis existent ist, kann so zwanglos für die Rechtsordnung nutzbar gemacht werden. Dem scheinbar inhaltsleeren Tatbestandsmerkmal kommt somit eine bedeutungstragende und wichtige Funktion zu.

373 *K. Schmidt*, in: FS Kellermann, 1991, S. 389, 395 polarisiert deshalb auch nicht, wenn er die »funktionelle Betrachtungsweise« als zwingend bezeichnet.

374 Die Belanglosigkeit des Meinungsstreits deutet sich bei *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 51a Rn 21 an, wenn er davon spricht, daß der Gesellschafter das Informationsbedürfnis bzw. den Funktionsbezug bei der Geltendmachung nicht beweisen braucht.

375 Tendenziell so aber *Lutter*, ZGR 1982, S. 1, 4 f.; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 51a Rn 15. Gegen dieses Mißverständnis seiner Auffassung *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 37 f., 56 f.; *derselbe*, in: Scholz, § 51a Rn 8.

3. Stellungnahme

Am Beispiel des § 51a GmbHG wurde gezeigt, daß die Lehre vom Informationsbedürfnis geeignet ist, dem mitgliedschaftlichen »Stammrecht« auf Information im Einzelfall Konturen zu verleihen, indem je nach Einzelfall anhand einer funktionellen Betrachtung des Informationsrechts einem konkreten Verlangen nach Information die rechtliche Anerkennung zuerkannt wird oder nicht. Diese Aussage ist dabei nicht auf das »Stammrecht« des GmbH-Gesellschafters beschränkt, sondern läßt sich auf alle privaten Verbände übertragen.[376] Schlüssig erklärt sich somit beispielsweise die »Spannweite« der konkreten Informationsansprüche des Aktionärs bei Abschluß von (Unternehmens-)Verträgen. In Abhängigkeit davon, ob der Vertrag der Zustimmung der Aktionäre bedarf oder nicht, ergeben sich unterschiedlich weitreichende Informationspflichten. Bei »einfachen« und zustimmungsfreien Verträgen ist das Informationsrecht der Aktionäre auf das Auskunftsrecht in der Hauptversammlung beschränkt, soweit die Auskunft über den jeweiligen Vertrag für die Beurteilung eines Tagesordnungspunktes erforderlich ist. Bedarf der Vertrag hingegen der Zustimmung der Hauptversammlung, manifestiert sich das gesteigerte Informationsbedürfnis zunächst in der generellen Pflicht, bei der Einberufung der Hauptversammlung den wesentlichen Inhalt des Vertrages bekanntzumachen (§ 124 Abs. 2 S. 2 AktG).[377] Wird damit bei einem Teil der zustimmungspflichtigen Verträge dem gesteigerten Informationsbedürfnis bereits ausreichend Rechnung getragen, verlangt der andere Teil zusätzlich die Auslegung der Verträge in den Geschäftsräumen der Gesellschaft, gegebenenfalls die unverzügliche Abschrifterteilung, die Auslegung des Vertrages in der Hauptversammlung sowie die Pflicht zur Erläuterung durch den Vorstand zu Beginn der Versammlung.[378] Verträge mit besonders gravierenden Folgen für die Mitgliedschaft bedürfen schließlich einer noch umfassenderen Entscheidungsgrundlage. Aus diesem Grund ordnet das Gesetz in diesen Fällen an, daß zusätzlich ein Bericht des Vorstandes mit Erläuterung und Begründung, ein Prüfungsbericht sowie Jahresabschlüsse und Lagebericht der vertragsschließenden Unternehmen zur Einsicht der Aktionäre auszulegen sind.[379] Der Umfang der Informationspflicht nimmt danach mit den möglichen

376 *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 21, 48 ff.; *derselbe*, in: FS 100 Jahre GmbH, 1992, S. 559, 565.

377 Nachgründungsverträge (§ 52 AktG), Vermögensübertragungsvertrag (§ 179a AktG), Abschluß und Änderung von Unternehmensverträgen (§§ 293, 295 AktG), Verzicht oder Vergleich über Ersatzansprüche der Gesellschaft (§ 50 Abs. 1, §§ 53, 93 Abs. 4, §§ 116, 117 Abs. 4, § 309 Abs. 3, § 310 Abs. 4, § 317 Abs. 4, § 318 Abs. 4 AktG), Verschmelzung- (§§ 13, 60 ff. UmwG) und Spaltungsverträge (§§ 13, 60 ff , 125UmwG), Verträge betreffend die Vermögensübertragung im Wege der Universalsukzession (§ 176 UmwG).

378 Abschluß und Änderung von Unternehmensverträgen (§§ 293, 295 AktG), Verschmelzung- (§§ 13, 60 ff. UmwG) und Spaltungsverträge (§§ 13, 60 ff., 125UmwG), Verträge betreffend die Vermögensübertragung im Wege der Universalsukzession (§ 176 UmwG).

379 Abschluß und Änderung von Unternehmensverträgen (§§ 293, 295, 293f Abs. 1 AktG), Verschmelzung- (§§ 13, 60 ff UmwG) und Spaltungsverträge (§§ 13, 60 ff, 125UmwG),

Auswirkungen des zustimmungspflichtigen Vertrages auf die mitgliedschaftliche Stellung zu. Je stärker der zu befürchtende Eingriff in die Mitgliedschaft ist, desto umfänglicher sind die Aktionäre bereits im Vorfeld zu informieren.[380] Informationstheoretisch formuliert, nimmt das rechtlich relevante Informationsbedürfnis zu. Die Entscheidung des einzelnen Aktionärs bezüglich der Zustimmung zum Vertrag soll auf einer der Tragweite der Entscheidung angemessen und zuverlässigen Grundlage basieren.[381] Der sozial-adäquat hinnehmbare Grad an Entscheidungsrestunsicherheit verringert sich mit der Zunahme potentieller Beeinträchtigungen der Aktionärsstellung, wenn gleich er praktisch nie null sein kann. Vergleichbares läßt sich für andere Strukturmaßnahmen feststellen, die wegen ihrer Bedeutung eines zustimmenden Beschlusses der Hauptversammlung bedürfen. Besteht die Möglichkeit, daß sie, neben dem jeder Satzungsänderung immanenten Beeinträchtigungspotential, weitere zusätzliche Nachteile für die Mitgliedschaft mit sich bringen, löst dies ebenso entsprechend weitergehende Informationspflichten aus.[382] Schließlich gilt dieser Grundsatz auch dann, wenn die Zustimmung der Hauptversammlung nicht kraft Gesetzes, sondern (nur) aufgrund der ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenz entsprechend der Holzmüller-Doktrin[383] erforderlich ist. Jedenfalls dann, wenn die Zustimmung entsprechend der Holzmüller-Doktrin zwingend erforderlich ist, rechtfertigt dies wegen des damit verbundenen erheblichen Eingriffs in die Mitgliedschaft entsprechend gesteigerte Informationsrechte der Aktionäre.[384] Allgemein gesprochen, nimmt mit der möglichen Intensität des Eingriffs in die Mitgliedschaft des einzelnen Aktionärs das rechtlich anerkannte Bedürfnis nach Information zu. Die Aktionäre sollen nur in Kenntnis der Tragweite ihrer Entscheidung abstimmen. Mit Hilfe dieser funktionalen Betrachtung kann aus dem

Verträge betreffend die Vermögensübertragung im Wege der Universalsukzession (§ 176 UmwG).

380 *Tröger*, ZIP 2001, 2029, 2031, 2034; andeutend *Schockenhoff*, NZG 2001, 921, 923.

381 In diesem Sinne auch *Tröger*, ZIP 2001, 2029, 2033.

382 Kapitalerhöhung unter Ausschluß des Bezugsrechts (§§ 182, 186 Abs. 4, §§ 202, 203 Abs. 2 AktG), Eingliederungsbeschluß (§ 319 f. AktG), Beschluß über ein Squeeze Out der Minderheitsaktionäre (§§ 327a, 327c Abs. 3), Umwandlungsbeschluß (§§ 190, 192).

383 BGHZ 83, 122, 131 f. [Holzmüller] = ZIP 1982, 568, 571; BGH, Urteil vom 26.4.2004 – Az: II ZR 154/02.

384 BGH ZIP 2001, 416, 418 [Altana/Milupa], der klarstellt, daß es mangels einer einheitlichen gesetzlichen Regelung für weitergehende Informationsrechte der Aktionäre bei zustimmungsbedürftigen Verträgen einer Prüfung im Einzelfall bedarf, ob eine mit der jeweiligen speziellen Norm vergleichbare Fallkonstellation vorliegt, die ihre entsprechende Anwendung auf das Einsichtsrecht der Aktionäre in den Vertrag rechtfertigt. **A.A.** noch die Vorinstanz OLG Frankfurt/M. ZIP 1999, 842, 844 (für Gesamtanalogie); ähnlich auch OLG München AG 1996, 327, 328. Für den Fall, daß die Voraussetzungen einer HV-Zustimmung nach Holzmüller nicht gegeben sind, sind die Folgen für die konkreten Informationsrechte strittig. Zur Diskussion steht, ob allein die Übertragung der Entscheidungskompetenz weitergehende Informationsrechte rechtfertigt (wohl h.M., vgl. nur *Schockenhoff*, NZG 2001, 921, 924) oder nur ein Eingriff in die Mitgliedschaft gem. der Holzmüller-Doktrin (*Zöllner*, in: KölnKomm-AktG, § 124 Rn 25; *Groß*, AG 1996, 111, 115; *Tröger*, ZIP 2001, 2029, 2031 m.w.N. zur Gegenmeinung).

»Stammrecht« des Aktionärs auf Information ein situationsgerechter Informationsanspruch abgeleitet werden. Das Informationsbedürfnis projiziert die so ermittelte Informationsmenge als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in die Voraussetzungen der jeweils konkreten Informationspflicht. Stellt sich damit das Informationsbedürfnis nur als tatbestandliche Projektionsfläche für das Ergebnis der funktionalen Betrachtung des Informationsrechts dar, entscheidet letztlich über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Informationsanspruchs im konkreten Einzelfall die Funktionsbestimmung des jeweiligen Informationsrechts. Diese Funktionsbestimmung bereitet die eigentlichen Schwierigkeiten, wie sich an den Meinungsverschiedenheiten zur Funktion des Auskunftsrechts des Aktionärs (§ 131 AktG) besonders prägnant zeigt.[385] Hierin liegt denn auch die wahre Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. Der immanenten Begrenzung mitgliedschaftlicher Informationsansprüche mittels des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals des Informationsbedürfnisses ist daher uneingeschränkt zuzustimmen.

4. Verallgemeinerung der Lehre vom Informationsbedürfnis

a. *Funktionale Betrachtung*

Die Lehre vom Informationsbedürfnis kann zunächst dahingehend verallgemeinert werden, daß sie alle Informationspflichten erfaßt, also sowohl Informationsansprüche (reaktive Informationspflichten) als auch spontane Informationspflichten. Darüber hinaus ist auch der Gesichtspunkt der funktionalen Betrachtung zur Bestimmung des Informationsbedürfnisses einer stärkeren Generalisierung zugänglich. Bei der Funktionsbestimmung wird anhand teleologischer und systematischer Interpretation der betreffenden Norm bzw. des Normenkomplexes die gebotene, weil vom Interpretationsergebnis betrachtet adäquate, Entscheidungssicherheit bestimmt. Ziel der funktionalen Betrachtung ist damit, anhand von Sinn und Zweck der Norm bzw. eines Normenkomplexes die von der Rechtsordnung – respektive des Gesetzgebers – für adäquat erachtete Entscheidungssicherheit zu erfragen, um Informationsrechten normative Grenzen zu setzen. Die so aufgezeigten Grenzen determinieren das rechtlich relevante Informationsbedürfnis. Insoweit läßt sich die Lehre vom Informationsbedürfnis als rechtswissenschaftliche Umsetzung informationstheoretischer Grunderkenntnisse begreifen:

Erstens muß und kann Information nur dort gewährt werden, wo überhaupt eine Entscheidungssituation besteht. Die Lehre vom Informationsbedürfnis wirkt somit pflichtbegründend.

385 Mit Abweichungen im Detail stehen sich hier vor allem die Funktionsinterpretation des Aktionärs als Kapitalanleger bzw. als Verbandsmitglied gegenüber. Neuerdings wird das Auskunftsrecht gem. § 131 AktG als Bestandteil eines umfassenden Informationssystems gesehen. Vgl. auch Fn. 449 und D.III.3 (S.190 ff.).

Zweitens bedarf das unstillbare Verlangen nach Information in der Praxis einer sinnvollen Begrenzung. Die Grenzziehung hat dabei dort zu erfolgen, wo der nach Sinn und Zweck und Systematik der Norm bzw. des Normkomplexes gebotene Grad an Entscheidungssicherheit gewährleistet ist. Der gebotene Grad an Entscheidungssicherheit beschreibt die Grenze eines rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses. Die Lehre vom Informationsbedürfnis wirkt somit auch pflichtbegrenzend.

b. *»Stammrecht«*

Schwieriger erweist sich hingegen eine Generalisierung des methodischen Ausgangspunktes der Lehre vom Informationsbedürfnis. Die Rede ist vom unbeschränkten und unbeschränkbaren »Stammrecht« auf Information. Mit Hilfe der Figur des abstrakten »Stammrechts«, aus dem im jeweiligen Einzelfall konkrete Informationsansprüche erwachsen können, ist es *K. Schmidt* möglich, eine gesetzeskonforme Auslegung seines Denkansatzes im Speziellen (§ 51a GmbHG)[386] und für das mitgliedschaftliche Informationsrecht im Allgemeinen zu begründen. Dem hiesigen Anliegen, eine für das gesamte (Zivil-)Recht möglichst allgemeingültige Dogmatik der Informationspflichten zu erarbeiten, entspricht es, nach der Verallgemeinerungsfähigkeit auch dieser Figur zu fragen. Zwei Schritte sind dazu denkbar: Primär ist die Verallgemeinerungsfähigkeit zu untersuchen. Gibt es also etwa ein – verfassungsrechtliches – abstraktes Recht auf Information?[387] Der zweite Schritt, quasi der Ausweg im Falle der Verneinung des ersten, führt zu der Frage, ob es überhaupt einer Verallgemeinerung der Figur des »Stammrechts« bedarf. Eine Verallgemeinerung würde sich nämlich als entbehrlich erweisen, wenn das »Stammrecht« auf Information als methodischer Ausgangspunkt sämtlicher Informationsansprüche und –pflichten überflüssig oder nicht haltbar ist; es somit nur eine Besonderheit des Verbandsrechts wäre.

Dazu muß zunächst geklärt werden, was sich hinter der Figur des »Stammrechts« verbirgt. Aufschluß darüber gibt seine Verortung in der Mitgliedschaft. Die Mitgliedschaft ist ein, in seiner Art für alle privaten, mitgliedschaftlich verfaßten Verbände einheitliches Rechtsinstitut, daß sowohl Rechtsverhältnis als auch subjektives Recht ist.[388] Das mitgliedschaftliche Rechtsverhältnis – eine Dauerrechtsbeziehung – begründet Rechte und Pflichten der Mitglieder und des Verbandes, deren Inhalt und Reichweite allerdings je nach Verbandsstruktur unterschiedlich sind. Grundsätzlich besteht aber Gleichartigkeit. Neben so wichtigen Rechten wie dem Stimm- oder Gewinnrecht gehört dazu auch das einer jeder Mitgliedschaft immanente Teilhaberechte, sich über die »Angelegenheiten der Gesellschaft« zu informieren. Es soll die Verbandsmitglieder von den Umständen in Kenntnis setzen, die zur Wahrnehmung ihrer mitglied-

386 Dazu *K. Schmidt*, in: FS Kellermann, 1991, S. 389, 392.

387 In diese Richtung könnten die Ausführungen von *Kloepfer*, Informationsrecht, § 4 C I Rn 17 weisen, wenn dort von der Existenz eines »… Recht[s] auf ein essentielles Informationsminimum i.S. leistungsrechtlicher Gehalte …« die Rede ist.

388 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 19 I 3 a; *Raiser*, Kapitalgesellschaften, § 12 I 1 Rn 1.

schaftlichen Positionen wesentlich sind.[389] Der zwingende Charakter des Rechts auf Information reicht dabei soweit, daß es als Institutsgarantie der Willkür des Gesetzgebers entzogen ist.[390] Das Recht des Gesellschafters, sich über die »Angelegenheiten der Gesellschaft« zu informieren, ist damit ein untrennbar mit der Mitgliedschaft verbundenes Recht, ein mitgliedschaftliches Grundrecht,[391] was in seiner Substanz unentziehbar ist.[392] Dies gilt unabhängig von den rechtsformspezifischen Unterschieden im Detail. Damit versteht sich das »Stammrecht« auf Information als eine dem Wesen der Mitgliedschaft immanente und unentziehbare Rechtsposition, die freilich einer Konkretisierung bedürftig und fähig ist. Rechtsgrund des »Stammrechts« auf Information ist somit das Rechtsverhältnis Mitgliedschaft[393] als privatrechtliche Sonderrechtsbeziehung zwischen dem Mitglied und dem Verband und zwischen den Mitgliedern selbst.[394]

Stellt sich das mitgliedschaftliche »Stammrecht« auf Information somit als immanentes und unentziehbares Teilrecht der durch ein Bündel von Pflichten und Rechten gekennzeichneten Mitgliedschaft dar, könnte Ausgangspunkt für eine Verallgemeinerung sein, daß sowohl Mitgliedschaft als auch der Verband als Zweckgemeinschaft rechtsgeschäftlicher Natur sind,[395] und damit ein Sonderrechtsverhältnis zwischen Informationspflichtigen und –berechtigten besteht. Weiterhin müßte eine Feststellung dahingehend möglich sein, daß der Sonderbeziehung ein abstraktes Recht auf Information der Art immanent ist, daß es keiner Begründung seiner grundsätzlichen Existenz bedarf, sondern nur noch der Konkretisierung im Einzelfall. Ein solches Recht wäre dabei in Entsprechung zur Mitgliedschaft auf die Umstände der Rechtsbeziehung beschränkt.

aa. Treuhandverhältnis und Fremdnützigkeit von Sonderrechtsverhältnissen

Einerseits kann man für Sonderrechtsbeziehungen, die eine treuhänderische Interessenwahrnehmung zum Inhalt haben, die Existenz eines Stammrechts auf Information

389 Allgemein: *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 23; zum Aktienrecht: Begründung Regierungsentwurf, in: *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 184.

390 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 21 III 1 a.

391 *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, § 7 II 2 a aa. Für das mitgliedschaftliche Informationsrecht des Aktionärs hat das BVerfG die grundrechtliche Verankerung in Art. 14 Abs. 1 GG ausdrücklich in den Urteilen ZIP 1999, 1801 ff. = AG 2000, 72 f. [Scheidenmandel] und ZIP 1999, 1798 ff. = AG 2000, 74 f. [Daimler-Benz] bestätigt.

392 Vgl. nur *K. Schmidt*, in: FS 100 Jahre GmbH, 1992, S. 559, 565.

393 Ausführlich zur Mitgliedschaft als Rechtsgrund *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 33 ff., 44 f.

394 *Lutter*, AcP 180 (1980), S. 85, 122 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, § 2 I 1 b bb; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 19 III 1 a; *Raiser*, Kapitalgesellschaften, § 12 I 1 Rn 3.

395 Unbeachtlich ist hierbei, daß der Gesellschaftsvertrag neben einer schuldrechtlichen auch eine organisationsrechtliche Komponente beinhaltet und sich damit von reinen schuldrechtlichen Rechtsverhältnissen unterscheidet.

zweifelsfrei bejahen. Es gehört geradezu zu ihrer Wesensnatur (§ 666 BGB).[396] Informationsrechte sind daher seit alters[397] her als Ausfluß der treuhänderischen Geschäftsbesorgung anerkannt und sollen dazu beitragen, die Funktionsbedingungen derartiger Interessenwahrungsverträge zu sichern.[398] Im Verbandsrecht spiegelt sich dieser Gedanke vor allem bei der Begründung von Informationspflichten der Geschäftsführung gegenüber dem Verband als Ausdruck einer treuhänderischen Beziehung wider (§ 713 i.V.m. § 666 BGB).[399] Die besonderen Funktionsbedingungen bei der Wahrnehmung fremder Interessen sprechen daher für die Annahme eines abstrakten immanenten Stammrechts auf Information derartiger Sonderverbindungen. Ein Anspruch auf Information steht damit nicht grundsätzlich in Frage; es bedarf nur seiner Konkretisierung ausgerichtet am jeweils rechtlich anerkannten Informationsbedürfnis.

bb. Fehlen einer Sonderrechtsbeziehung

Dem steht zumindest für das Zivilrecht, einschließlich der Zivilprozeßordnung, die Erkenntnis gegenüber, daß Informationspflichten und erst Recht Informationsansprüche zumindest die Existenz einer näher zu konkretisierenden Sonderrechtsbeziehung bedürfen.[400] Wo es an einer solchen Rechtsbeziehung fehlt, können keine Informationspflichten hergeleitet werden.[401] Denn selbst Treu und Glauben können nur dort zur Begründung konkreter Informationspflichten herangezogen werden, wo sich Rechtsbeziehungen wenigsten anbahnen (vgl. § 311 Abs. 2 BGB).[402] Wollte man auch ohne

396 *Lüke*, JuS 1986, 1, 4, bezeichnet § 666 BGB daher zu Recht als »Mustervorschrift«.

397 Zu den historischen Wurzeln vgl. *Ikels*, Rechnungslegung, S. 10 ff.

398 RGZ 73, 286, 288; BGHZ 10, 385, 387; *Fleischer*, AG 2000, 309, 312; *Larenz*, Schuldrecht-AT, § 10 II f (S. 129); *Grundmann*, Treuhandvertrag, S. 41, spricht bei der Auskunftspflicht von einem »Herzstück« treuhänderischer Rechtsverhältnisse; enger *Budde*, in: FS Semler, 1993, S. 789, 790. Nach BGH NJW 1979, 1304, 1305, leitet sich aus §§ 666, 675, 681 Abs. 2, 713 BGB der allgemeine Grundsatz ab, »daß rechenschaftspflichtig ist, wer fremde Angelegenheiten oder solche, die zugleich fremde und eigene sind, besorgt.«

399 In diesem Zusammenhang spricht man auch von kollektiven Informationsrechten. Daß im Verbandsrecht der Treuhandgedanke nur zur Begründung kollektiver Informationsrechte herangezogen wird, nicht aber auch für Individualrechte (so lehnt z.B. BGHZ 14, 53, 60 ausdrücklich einen Bezug auf §§ 662, 666 BGB beim Anspruch des GmbH-Gesellschafters auf Information ab), versteht sich aus der vordergründigen Treuhandbeziehung zwischen Verband und Geschäftsführung.

400 Für den Bereich des öffentlichen Rechts erschwert die unter Demokratie- und Rechtsstaatsgesichtspunkten erfolgte Öffnung von Staat und Verwaltung unter dem Stichwort der »Informationsfreiheitsgesetze« eine Aussage. Dabei geht es inhaltlich aber vor allem um die Zugänglichmachung von Daten für den Bürger. Zum Informationsanspruch des Bürgers gegen den Staat vgl. *Hauer*, Informationsbeschaffung, S. 41 ff.

401 Zur grundsätzlichen Notwendigkeit des Bestehens einer »*materiellrechtlichen Sonderverbindung*« ausführlich *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 317 ff. und S. 326 ff.

402 *Teichmann*, in: Soergel, § 242 Rn 65; *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 242 Rn 74 ff. Beide weisen allerdings zu Recht darauf hin, daß der Grundsatz von Treu und Glauben

Vorhandensein einer Sonderrechtsbeziehung eine generelle Informationspflicht begründen, so würde damit eine in ihrer Reichweite bisher unbekannte Haftung im Falle der Nicht- oder Schlechterfüllung statuiert, die in der Konsequenz dazu führen würde, daß sich Fremde vorsorglich in die Angelegenheiten Dritter einmischen, nur um einer möglichen Inanspruchnahme zuvor zukommen.[403] Aber selbst die Befürworter einer dahingehenden Informationspflicht können den Ausnahmecharakter dieser Pflicht nicht leugnen. Ausnahme und Regel stehen damit in einem Verhältnis, daß die Annahme eines Stammrechts auf Information im *Schmidtschen* Sinn bei Fehlen einer Sonderrechtsbeziehung verbietet.

cc. Zweifelsfälle

Schwieriger ist die Bewertung jener Fälle, in denen zweifelsohne eine Sonderrechtsbeziehung besteht oder sich zumindest im Sinne von § 311 Abs. 2 BGB anbahnt, die aber weder durch Fremdnützigkeit noch durch eine auf Information gerichtete Hauptleistungspflicht gekennzeichnet sind. Hier stellt sich die Frage, ob ihnen trotzdem ein Recht auf Information im Sinne eines »Stammrechts« immanent ist. Kann man bei den Interessenwahrungsverträgen nicht von einem strukturbedingten Interessengegensatz,[404] sondern vielfach von einem grundsätzlichen Gleichlauf der Interessen ausgehen, und darin zumindest auch einen Grund für die Bejahung eines »Stammrechts« auf Information erblicken,[405] stehen sich vor allem bei Austauschverträgen die Interessen der Vertragsparteien prinzipbedingt diametral gegenüber. Hier ist es selbstverständlich legitim, daß jeder zunächst nur seine eigenen Interessen verfolgt und die der Gegenpartei nicht mitbedenkt.[406] Dementsprechend obliegt es primär jeder Partei, vorhandene Informationsasymmetrien aus eigener Kraft und auf eigene Kosten aufzulösen.[407]

auch zur Begründung von Rechtsbeziehungen führen kann. *G. H. Roth* spricht in diesen Zusammenhang vom qualifizierten sozialen Kontakt.

403 *Eppenberger*, Information, S. 16, der folgendes illustrative Beispiel nach *Young* zitiert: A sieht das Haus des B brennen und begegnet diesem kurz darauf. B weiß noch nichts von dem Feuer. Ist A dem B zur Mitteilung des Feuers verpflichtet? Zu Recht verneint *Eppenberger* unter Bezugnahme auf *Young* eine dahingehende rechtliche Pflicht des A. Zu widersprechen ist *Eppenberger* hingegen, wenn er einen »Kontrahierungszwang« bei reaktiven Informationspflichten annimmt (S. 82) und damit zugleich einen Informationsanspruch begründen will. So etwa, wenn ein Tourist einen Einheimischen nach dem Weg fragt. Richtigerweise besteht hier keine Auskunftspflicht.

404 Der strukturbedingte Interessengegensatz beschränkt sich auf die Möglichkeit des sogenannten *Principal-Agent-Conflict.*

405 Ähnlich *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 135, der im abgemilderten Interessengegensatz bei Rechtsverhältnissen mit besonderer Vertrauensprägung den Grund für das Schuldnerverbot zur ungehinderten Verfolgung seiner Eigeninteressen sieht.

406 *Teichmann*, in: Soergel, § 242 Rn 40; *Eppenberger*, Information, S. 16 ff.

407 *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 123 ff. betont, daß eine zu weitreichende Aufklärungspflicht die Ausnutzung besser Marktkenntnisse unmöglich machen würde. Eine Grenzziehung muß sich daher zwischen dem berechtigten Gewinnstreben einerseits und

Anderenfalls würden über die Statuierung von Informationspflichten die Risikosphären verschoben. Die Rechtsprechung betont dementsprechend unermüdlich, daß das deutsche Recht keine allgemeine, nicht aus besonderen Gründen abgeleitete Informationspflicht kennt.[408] Gleichwohl durchbricht sie ihren eigenen Grundsatz sowohl bei den spontanen als auch den reaktiven Informationspflichten. Denn Grenzen fehlender gegenseitiger Rücksichtnahme ergeben sich aus dem allgemeinen Gebot der §§ 241 Abs. 2 und 242 BGB. Es fragt sich daher, ob für diese Durchbrechungen unter Berufung auf Treu und Glauben ein generelles »Stammrecht« auf Information verantwortlich zeichnet.[409]

(1) Aufklärungspflichten

Im Vergleich zur Begründung einer Rechenschaftspflicht kraft Ausübung eines »Amtes« sind die Aufklärungspflichten eine vergleichsweise junge Schöpfung des Informationszeitalters.[410] Auch wenn die Terminologie nicht einheitlich ist, lassen sich bei näherer Betrachtung wenigstens zwei verschiedene Grundlagen erkennen:[411]

Zum einen können Aufklärungspflichten aus dem allgemeinen Prinzip von Treu und Glauben abgeleitet werden. So ist anerkannt, daß trotz des Grundsatzes der Obliegenheiten zur eigenen Informationsvorsorgung,[412] besonders im vorvertraglichem Bereich Aufklärungspflichten bestehen können.[413] Die künftigen Vertragsparteien sind sich

der Pflicht zur Wahrnehmung der Interessen der Gegenpartei andererseits orientieren (Rn 124). *Grigoleit*, Informationshaftung, S. 35, stellt in diesem Zusammenhanf klar, daß im historisch-teleologischen Kontext die »informationelle Selbstverantwortung« – jedenfalls im Grundsatz – eine geradezu notwendige Konsequenz der Einräumung freier Selbstbestimmung bei der Entscheidung über den Vertragsschluß ist. Ähnlich *Teichmann*, in: Soergel, § 242 Rn 137, der in der Konsequenz eine umfassende Informationspflicht bei einem Abschlußzwang, z.B. Vorkaufsrecht (§ 469 BGB) befürwortet.

408 BGH ZIP 1996, 495; BGH ZIP 1997, 1058, 1060; OLG Köln WM 1995, 1965; OLG Karlsruhe WM 1997, 2122; OLG Oldenburg WM 1997, 2076 (Aufklärung des Bürgen); BGH WM 1996, 196; BGH NJW 1997, 1361; BGH WM 1999, 678; OLG Hamm, WM 1998, 1230 (Aufklärung des Darlehensnehmers).

409 So wohl *Hauser*, Informationsbeschaffung, S. 187.

410 *Druey*, Information, S. 232.

411 *Druey*, Information, S. 232.

412 Vgl. dazu *Fleischer*, Informationsasymmetrien, S. 993 f.

413 Zuletzt monographisch *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 234 ff.; kritisch zur Herleitung aus § 242 BGB *Grigoleit*, Informationshaftung, S. 44 f. *Klingler*, Aufklärungspflichten, S. 67, spricht in diesem Zusammenhang (unter Bezugnahme auf die Begründung in RG JW 12, 743 f., Nr.5) von Tautologie: »Hier werden Aufklärungspflichten tautologisch so begründet, daß nach Treu und Glauben eine Aufklärung notwendig sei, weil der Verstoß gegen eine Aufklärungspflicht gegen Treu und Glauben verstieße.« Die Grundkritik *Klinglers* zielt auf das Vorgehen von Rspr. und der ihr folgenden Literatur ab. Statt sich mit den meist schwierigen Fragen einer passenden Vertragshaftung auseinanderzusetzen, gehe man den einfacheren Weg durch Annahme einer Informationspflichtverletzung im Rahmen der

trotz der gegensätzlichen Interessen zumindest über solche Umstände gegenseitig zur Aufklärung verpflichtet, die den Vertragszweck vereiteln könnten und daher für den anderen Teil von wesentlicher Bedeutung sind, sofern dieser die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte.[414] Eine solche Erwartung der Verkehrsauffassung wird mit zurückhaltender Tendenz insbesondere diskutiert, wenn im Einzelfall ein konkreter Wissensvorsprung gegenüber der anderen Vertragspartei besteht und dieser auch erkannt wird,[415] ein Irrtum hervorgerufen wird,[416] schwerwiegende Interessenkonflikte bestehen[417] oder ein strukturellen Ungleichgewichts zwischen den Vertragsparteien vorhanden ist.[418] Darüber hinaus können sich aus den persönlichen Verhältnissen der Parteien sowie aus den näheren Umständen des Vertragsschlusses Aufklärungspflichten ergeben.[419]

c.i.c. (S. 77 ff., siehe aber auch S. 108). Er spricht sogar von einer Instrumentalisierung der vorvertraglichen Aufklärungspflichten (S. 62 f., 83).

414 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur RGZ 132, 305, 309 f.; BGH BB 1954, 360 = LM BGB § 276; BGH WM 1970, 68, 70; BGH WM 1971, 1096, 1097; BGH NJW 1971, 1795, 1799; BGH NJW 1974, 849, 851; BGH NJW-RR 1988, 394; BGH NJW-RR 1996, 429; BGH WM 2002, 446, 448; BGH NJW, 2001, 483 mit Anmerkung [*Ehlers*]; BGH NJW 2001, 2021, der besonders hervorhebt, daß grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, daß sich die künftige Vertragspartei im eigenen Interesse über die für sie wichtigen Umstände erkundigt; *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 170 ff. mit umfangreichen Einzelbeispielen; *Fleischer*, Informationsasymmetrien, S. 579 ff. und 985 ff.; *Bergjan*, ZIP 2004, 395, 401; *Richrath*, WM 2004, 653, 654.

415 BGH ZIP 2003, 22, 24 mit Anmerkung [*Rörig*] = BGH BB 2003, 221, 222; BGH ZIP 2000, 1430, 1431 m.w.N. zur ständigen Rspr.; BGH ZIP 1999, 574, 575 = WM 1999, 678, 679; BGH ZIP 1997, 580, 581; OLG Stuttgart WM 2003, 343, 345; BGH WM 1990, 479, 480; BGH NJW 1991, 1673, 1674; *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 131; *Vortmann*, Aufklärungs- und Beratungspflichten, S. 7. Sehr plastisch wird in diesem Zusammenhang der Begriff des »Informationsgefälles« geprägt, der im neueren Schrifttum zutreffend neben der »Informationszuständigkeit« als eine von zwei zwingenden Voraussetzungen einer Aufklärungspflicht genannt wird (vgl. zuletzt *Richrath*, WM 2004, 653, 656).

416 Nach der Konzeption des BGB ist die zentrale Haftungsnorm im vorvertraglichen Bereich die vorsätzliche Irrtumsherbeiführung (*Grigoleit*, Informationshaftung, S. 28); weitergehend allerdings die Rechtsprechung BGH ZIP 1997, 1058, 1060; BGH ZIP 1999, 574, 575 = WM 1999, 678, 679; BGH ZIP 2002, 1771, 1773 = EWiR § 311 BG 1/03 [*Pfeiffer*]; OLG Schleswig ZIP 2002, 1840, 1841.

417 Im Gesetz findet diese Wertung in 32 WpHG neuerdings seinen Niederschlag. Vgl. zudem BGH ZIP 1992, 990, 991; BGH ZIP 1992, 912, 913; BGH NJW 1985, 41; OLG Stuttgart WM 2003, 343, 345; OLG Stuttgart WM 2000, 292, 295;

418 BGH ZIP 1999, 574, 575 = WM 1999, 678, 679; OLG Düsseldorf WM 93, 2207, 2210; ablehnend OLG Stuttgart WM 2000, 292, 294.

419 BGH WM 2002, 446, 448; BGH WM 2004, 417, 417 (besonderes zusätzliches Risiko aus dem Bereich des Schuldners); ausführlich *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 136 f.

Zum anderen können sich Aufklärungspflichten aus einer etwas spezielleren Grundlage ergeben, nämlich den Schutzpflichten.[420] Nach *Druey* erscheint Information hier als eine Alternative zum faktischen Handeln aus einem einheitlichen Rechtsgrund heraus.[421] Dem liegt folgende Überlegung zugrunde: Wer durch Tun oder Unterlassen eine Gefahrenquelle schafft, ist verpflichtet, andere Rechtssubjekte vor Schäden zu bewahren, die von dieser Gefahrenquelle ausgehen. Ihn treffen diesbezüglich Schutz- und Abwehrpflichten. Gewöhnlich kann derjenige, der eine Gefahr geschaffen hat, diese aus eigener Kraft abwehren und so Dritte vor Schäden bewahren. Wird jedoch der Punkt überschritten, ab dem eine Gefahrenabwehr ohne Mithilfe des anderen bedrohten Rechtssubjektes oder eines Dritten nicht mehr möglich ist, kann die Erzielung eines Optimums an Sicherung nur durch Zusammenwirken des Gefahrverursachers und des Bedrohten oder eines Dritten sichergestellt werden. In diesem Moment tritt an die Stelle der eigenen Sicherungsleistung die Information: Der Hinweis auf die Risiken ermöglicht die beste Art, sie zu beseitigen. »Aufklärungspflicht ist insofern *Organisationspflicht*, Rollenverteilung zwischen dem Gutsinhaber, oder auch Dritten, und dem Informationsträger.«[422]

Im Vergleich zum Wesen des »Stammrechts« im *Schmidtschen* Sinn muß allerdings konstatiert werden, daß bei den angeführten Fallgruppen zur Bejahung von Aufklärungspflichten der grundsätzliche Ausnahmecharakter immer wieder betont wird.[423] Im Gegensatz zum Verbandsrecht und den Interessenwahrungsverträgen ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt worden. Ist in jenen Fällen das Recht auf Information dem Grunde nach bereits angelegt und bedarf nur noch seiner Konkretisierung im Einzelfall, bedarf im übrigen bereits seine grundsätzliche Annahme der besonderen Begründung. Soweit ausnahmsweise ein besonderer Begründungstatbestand rechtlich anerkannt ist, ist zudem die daraus folgende Informationspflicht qualitativ andersartig: Ihr fehlt die Möglichkeit der prozessualen Durchsetzbarkeit.[424] Sie kann nicht, wie etwa die Pflicht zur Einsichtsgewährung, im Klageweg durchgesetzt werden. Folgen entfaltet ein Verstoß gegen derartige Informationspflichten lediglich auf der Rechtsfolgenseite, indem er die Grundlage für etwaige Schadenersatzansprüche bilden kann.[425] Es darf allerdings nicht verkannt werde, daß die fehlende Einklagbarkeit Folge einer Besonderheit von Aufklärungspflichten ist:[426] Was eingeklagt werden muß, kann nicht

420 *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 22; *Reich*, NJW 1978, 513, 519; *Druey*, Information, S. 233.

421 *Druey*, Information, S. 233.

422 *Druey*, Information, S. 233.

423 Vgl. dazu die Rechtsprechung in Fn. 415.

424 *Winkler von Mohrenfelds*, Informationsleistungspflichten, S. 22, unterscheidet dementsprechend auch zwischen Informations*leistungs*pflichten und *Schutz*pflichten auf Information.

425 Vgl. dazu auch die umfangreichen Nachweise zur Rspr. in Fn. 414. In diesen Fällen ging es ausschließlich um die Herleitung von Schadenersatzansprüchen aufgrund unzureichender Aufklärung.

426 Dies betont *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 114.

(mehr) spontan erfüllt werden.[427] Zudem macht Schadenersatz statt einklagbare Nacherfüllung Sinn, weil mit Aufdeckung der Pflichtverletzung zugleich die aufzuklärenden Umstände bekannt werden.[428] Angesprochen ist damit im Kern die Frage nach der richtigen Methode, Rechtssubjekte zu Erfüllung sie treffender Pflichten anzuhalten. Schadenersatzleistungen, allgemein die Haftung mit dem eigenen Vermögen, haben sich dabei vielfach als eine sehr einfache und zugleich äußerst wirksame Antriebsfeder erwiesen.[429]

(2) Auskunftspflichten[430]

Lassen sich somit aus den Sondertatbeständen zur Begründung von Aufklärungspflichten keine Gesichtspunkte ableiten, die für eine Verallgemeinerungsfähigkeit der Figur des »Stammrechts« auf Information sprechen, bedient sich die Rechtsprechung[431] und ihr folgend die Literatur[432] zur Begründung von Auskunftspflichten einer »Generalklausel«, die scheinbar in Richtung eines abstrakten Rechts auf Information weist. Das RG[433] hat die besagte Formel wie folgt umschrieben: »In Fällen, in denen ein Recht auf Auskunft gegenüber dem Verpflichteten die Rechtsverfolgung in hohem Maße erleichtert, oft überhaupt erst möglich macht, ist – auch abgesehen von der Geschäftsführung ohne Auftrag – nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dem Berechtigten ein Anspruch auf Auskunft bei Rechtsverhältnissen zu gewähren, deren Wesen es mit sich bringt, daß der Berechtigte entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen, der Verpflichtete aber in der Lage ist, unschwer solche Auskunft zu erteilen.« Anknüpfungspunkt der Auskunftspflicht ist damit ein Rechtsverhältnis,[434] dessen *Wesen* entschuldbare Informationsasymmetrien mit sich bringt, die zudem durch den Schuldner ohne Preisgabe eigener Belange unschwer beseitigt

427 Der Einordnung als spontane Informationspflicht widerspricht ihre Einklagbarkeit. So schon *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 22.

428 *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 114.

429 Vgl. aus dem Bereich des Handelsrechts *K. Schmidt*, ZIP 2002, 413, 415 ff.

430 Zur Entwicklung eines allgemeinen Informationsanspruchs aus § 242 BGB ausführlich *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 33 ff.

431 RGZ 108, 1, 7; RGZ 158, 377, 379; ihm folgend der BGH in BGHZ 10, 385, 387; BGHZ 55, 201, 203; BGHZ 81, 21. 24 f.; BGHZ 95, 274, 279 und 285, 287 f; BGHZ 97, 188, 192; BGHZ 126, 109, 113; BGH NJW 1978, 1002.

432 Zum allgemeinen Informationsanspruch grundlegend *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 300 ff.; *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 260 Rn 12 ff.; *Wolf*, in: Soergel, § 259 Rn 8; *Heinrichs*, in: Palandt, § 261 Rn 8; *Köhler*, NJW 1992, 1477, 1480 spricht insoweit von einem Rechtsgrundsatz, der inzwischen zum Gewohnheitsrecht erstarkt ist.

433 RGZ 108, 1, 7.

434 Unter Rechtsverhältnis ist eine Sonderbeziehung zwischen den Parteien zu verstehen, die sowohl rechtsgeschäftlicher als auch gesetzlicher Natur sein kann, wobei ein Anspruch auf Leistung, zumindest dem Grunde nach, bestehen muß (BGHZ 95, 274, 279 m.w.N.; *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 326 ff.; ausführlich *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 44; *Köhler*, NJW 1992, 1477, 1480).

werden können. Neben der Anknüpfung des Auskunftsanspruchs an die (mögliche) Existenz eines Hauptanspruches,[435] bedarf es damit im Einzelfall jeweils besondere Umstände, die eine Auskunftspflicht begründen. Diese sind nur dann zu bejahen, wenn dem *Wesen* des Rechtsverhältnisses nach der Berechtigte sich in entschuldbarer Unwissenheit bezüglich Bestehen und Umfang seiner Rechte befindet, der Verpflichtete darüber aber unschwer Auskunft geben kann.[436] Indem das *Wesen* der Sonderverbindung als Grund für die entschuldbare Unwissenheit bezüglich Bestehen und Umfang von Rechten betont wird, weist die Generalklausel in weiten Bereichen erhebliche Gemeinsamkeiten zu den Interessenwahrungsverträgen auf. Denn auch ihrem *Wesen* ist es immanent, daß entschuldbare Informationsasymmetrien entstehen. Darüber hinaus lassen sich jedoch keine Gemeinsamkeiten erkennen. Während nämlich für die Interessenwahrungsverträge daraus ein generelles Recht auf Information abgeleitet wird, beherrscht der Grundsatz der Subsidiarität maßgeblich die Anwendbarkeit der Generalklausel. Sie ist *ultima ratio*, wo anders Billigkeit durch Ausgleich von Informationsasymmetrien nicht zu erzielen ist.

(3) Fazit

Die Durchbrechungen des Grundsatzes eigener Informationsverantwortlichkeit bei fehlendem Interessengleichlauf haben gezeigt, daß ohne Bestehen bzw. Anbahnung einer Sonderbeziehung keine Informationspflichten zu begründen sind.[437] Auch wenn Tendenzen in Richtung eines allgemeinen Informationsrechts nicht zu verkennen sind, kennt das deutsche Recht keinen allgemeinen Informationsanspruch außerhalb bestehender Sonderrechtsbeziehungen.[438] Aber auch wenn eine Sonderbeziehung zwischen den Parteien besteht, folgt daraus kein Grundsatz, der lautet, daß einer jeden Sonderbeziehung ein Recht auf Information im Sinne der *Schmidtschen* Figur des »Stammrechts« immanent ist.[439] Trotz der umfangreichen Einzelfälle, in denen die Rechtsprechung ein Informationsrecht gestützt auf die Grundsätze von Treu und Glauben bejaht hat, wird sie im gleichen Rahmen nicht müde zu betonen, daß das deutsche Recht keine allgemeine auf § 242 BGB gestützte, nicht aus besonderen Gründen abgeleitete Informationspflicht kennt.[440] Die erörterten Durchbrechungen bestätigten ihren Charak-

435 BGHZ 85, 16, 29; zu den Voraussetzungen *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 329 ff.

436 BGH WM 1970; 68, 70; *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 336 ff.

437 Ähnlich *Druey*, Information, S. 235.

438 *Krüger*, MünchKomm-BGB, § 260 Rn 1; vgl. auch BGHZ 74, 379, 380; BGH NJW 1981, 1733.

439 Eine allgemeine Auskunftspflicht ablehnend auch *Krug*, Auskunfts- und Einsichtsrecht, S. 78, solange kein besonderer Rechtsgrund vorliegt.

440 BGHZ 74, 379, 380; BGH NJW 1957, 669, 670; BGH NJW 1978, 1002 m.w.N.; BGH NJW 1990, 3151, 3152 = ZZP 104 (1991), S. 208 ff. [*Stürner*]; *Heinrichs*, in: Palandt, § 261 Rn 3. Für den Bereich des Zivilprozeßrechts anerkennt *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 322 ff.; *derselbe*, ZZP 98 (1985), S. 237, 242 ff., die Existenz eines allgemeinen prozeßvorbereitenden Informationsanspruchs. Er stellt jedoch klar, daß dieser Anspruch an das Bestehen einer materiellrechtlichen Sonderbeziehung gebunden ist und von »selbstän-

ter als *ultima ratio* und nicht als Generalia im Sinne eines »Stammrechts«. Sie sorgen lediglich in jenen Fällen für die Wahrung von Billigkeit, in denen die Informationsasymmetrien nicht nur systembedingt bestehen, sondern darüber hinaus von der informationsbedürftigen Partei aus eigener Kraft nicht überwunden werden können,[441] während die verpflichtete Partei sie unschwer ohne Gefährdung eigener Interessen nivellieren kann. Ein allgemeines Recht auf Information im Sinne des *Schmidtschen* »Stammrechts« kann nur dort angenommen werden, wo es der Natur der Sonderbeziehung entspricht, daß der Schuldner die Belange des Gläubigers wahrzunehmen hat. Neben der Sonderbeziehung Mitgliedschaft gehören dazu lediglich treuhand- bzw. auftragsgeprägte Sonderbeziehungen.[442]

5. Zwischenergebnis

Es ist damit zu konstatieren, daß eine sinnvolle Verallgemeinerung der Figur des »Stammrechts« auf Information nicht ohne Systembrüche möglich ist. Ein gemeinsamer Nenner, etwa das Rechtsverhältnis als generelle Grundlage eines solchen Rechts, läßt sich nicht finden. Zwar hat sich gezeigt, daß über bestimmte Sonderfälle hinaus sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur eine »allgemeine« Informationspflicht auch dann ausnahmsweise anerkennen, wenn eine Partei einer Sonderbeziehung in entschuldbarer Weise bestehende Informationsasymmetrien nicht, die andere diese jedoch unschwer beseitigen kann. Bei dieser »allgemeinen« Pflicht zur Information handelt es sich allerdings nur um eine konkrete Ausprägung von Treu und Glauben, die zudem Ausnahme und nicht Regel ist. Mit der Figur des »Stammrechts« im *Schmidtschen* Sinne hat dies allerdings nichts mehr gemein. Letzteres ist nämlich nicht bloß eine Konkretisierung des jede Sonderrechtsbeziehung beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben, sondern hat seine eigenen unabhängigen Wurzeln in der besonderen Struktur der Mitgliedschaft. Eine vergleichbare Situation findet sich nur noch bei den Interessenwahrungsverträgen. Ein allgemeines »Stammrecht« auf Information läßt sich zumindest für das Zivilrecht nicht begründen.[443]

digen« Informationsrechten strikt zu unterscheiden ist. Ihm folgend *Schlosser*, JZ 1991, 599, 604 ff. Diese Ansicht wird aber überwiegend abgelehnt, weil die Pflicht zur Auskunft oder Herausgabe von Unterlagen allein eine Frage des materiellen Rechts sei (vgl. nur BGH NJW 1990, 3151, 3152; *Leipold*, in: Stein-Jonas, § 138 Rn 22 f. mit umfangreichen Nachweisen).

441 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 336, mißt dem Umstand der eigenen Aufklärungsunfähigkeit eine solch große Bedeutung zur Begründung des allgemeinen Informationsanspruches zu, daß er die eigene Aufklärungsunfähigkeit neben das Informationsbedürfnis als weitere Anspruchsvoraussetzung stellt.

442 Für die Dokumentationspflicht so BGH NJW 1986, 59, 61 (Zwangsverwalter); zustimmend *Hirte*, Berufshaftung, S. 33.

443 Ausdrücklich ablehnend bezüglich einer allgemeinen Informationspflicht auch *Loritz*, NZG 2002, 889, 893; *Grigoleit*, Informationshaftung, S. 37 ff., der auf die klare Konzepti-

Aktuell wird damit die Frage, ob eine Verallgemeinerung der Figur des »Stammrechts« auf Information außerhalb des Verbandsrechts zur Bewältigung informationsrechtlicher Fragen überhaupt notwendig ist. In seiner Gesamtheit ist eine Verallgemeinerung nicht möglich und auch nicht angezeigt. Unmöglich ist eine Generalisierung deshalb, weil mit der Figur des »Stammrechts« nicht nur ein der Mitgliedschaft immanentes Modell gefunden worden ist, die Variationsbreite mitgliedschaftlicher Informationsansprüche trotz einheitlichen Fundaments, nämlich der Mitgliedschaft, schlüssig zu erklären, sondern damit vorrangig auch die Funktion als generelle Grundlage mitgliedschaftlicher Informationsrechte verbunden ist. Die Existenz eines generellen Anspruchs auf Information außerhalb des Verbandsrechts ist jedoch zu verneinen. Verallgemeinerungsfähig könnte damit allenfalls das mit dem »Stammrecht« auf Information verbundene Erklärungsmodell sein, daß aus einem bestehenden (grundsätzlichen) Informationsrecht alle Arten von Informationsansprüchen abgeleitet werden können. Wie im Abschnitt D zu zeigen sein wird, bedarf es dazu aber nicht des Rückgriffs auf die Figur vom »Stammrecht« auf Information. Die Polypotenz hinsichtlich aller Informationsmittel eines jeden Informationsrechts läßt sich zutreffender mit der These vom einheitlichen Recht auf Information beschreiben und begründen. Die Figur vom »Stammrecht« auf Information sollte daher nicht verallgemeinert werden und als spezifisches Erklärungsmodell informationsrechtlicher Sachverhalte dem Verbandsrecht vorbehalten bleiben.

Zur Bewältigung informationsrechtlicher Sachverhalte muß daher auf eine Generalisierung der Figur des »Stammrechts« auf Information verzichtet werden, hingegen nicht auf das jeder Informationspflicht immanente Tatbestandsmerkmal des Informationsbedürfnisses. Ihm kommt für den konkreten Fall sowohl legitimierende als auch begrenzende Funktion zu und steuert damit wesentlich Begründung und Erfüllung von Informationspflichten.[444]

6. Praktische Verankerung des Informationsbedürfnisses

Nachdem theoretisch die Bedeutung des Informationsbedürfnisses umfassend herausgearbeitet worden ist, werden abschließend die Folgen für das Verständnis und die Interpretation von Informationspflichten beleuchtet. Unterschiede zeigen sich dabei vorwiegend zwischen spontanen und reaktiven Informationspflichten.

on des BGB verweist, wonach nur die vorsätzliche Irreführung (§§ 123, 826 BGB) aus informationsrechtlicher Sicht relevant sein soll. Zu den Einschränkungen des Vorsatzdogmas durch die neuere Rechtsentwicklung siehe allerdings auch S. 79 ff.; zurückhaltend auch *Eppenberger*, Information, S. 16 ff.

444 Ebenso *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 163, allerdings beschränkt auf die Aufklärungspflichten.

a. *Reaktive Informationspflichten*

Bei jenen Informationspflichten, die zu ihrer »Aktivierung« der Geltendmachung durch den Berechtigten bedürfen, bereitet die legitimierende Funktion des Informationsbedürfnisses keine Schwierigkeiten. In dem Verlangen nach Information kommt es unproblematisch zum Ausdruck. Unklar könnte allenfalls die konkrete Ausrichtung des Informationsinteresses sein. Mit der expliziten Kundgabe konkreter Informationsinteressen rückt vielmehr allein die Unbegrenztheit des natürlichen Informationsverlangens in den Mittelpunkt der Betrachtungen. Diesem unersättlichen Verlangen nach Information muß Einhalt geboten werden, indem das individuelle Informationsinteresse auf ein rechtlich relevantes Maß begrenzt wird.

Primär hat die Grenzsetzung durch den Gesetzgeber zu erfolgen, indem er Informationspflichten explizit auf einen speziellen Sachkontext beschränkt.[445] Er gibt also ausdrücklich vor, welche Entscheidungssituationen überhaupt nur ein zu befriedigendes Informationsinteresse auslösen können. Beispielhaft wird dies an § 131 Abs. 1 S. 1 AktG verdeutlicht: Indem es dort heißt, daß »… der Vorstand Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben [hat], soweit sie zur sachgemäßen Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich ist …«, wird nur ein sehr kleiner Ausschnitt des unendlichen Informationsinteresses der Aktionäre rechtlich anerkannt, nämlich nur jener betreffend die Gesellschaft,[446] der darüber hinaus auch zur Beurteilung des Gegenstands der Tagesordnung erforderlich sein muß. Das Merkmal der »Erforderlichkeit«[447] gibt allerdings nur eine sehr unbestimmte Grenzziehung zwischen Relevanz und Unbeachtlichkeit vor.[448] Ähnlich einer Generalklausel bedarf es der Konkretisierung durch Interpretation, welche sich an Sinn und Zweck der Norm orientiert.[449] Nach der hiesigen Terminologie muß demnach gefragt werden, welches Maß

445 So bereits *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 37. Die begrenzende Wirkung über den Sachkontext folgt aus der Eigenschaft von Information, daß sie immer einen konkreten Bezug zu einem Sachverhalt (Entscheidungssituation) voraussetzt. Abstrakte Information gibt es nicht.

446 Zur Eigenschaft als Tatbestandsmerkmal BayObLG ZIP 1996, 1945, 1947 [Hypobank]; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 130; *Kubis*, in: MünchKomm-AktG, § 131 Rn 33 ff.; aber auf die geringe Begrenzungswirkung hinweisend *Hüffer*, AktG, § 131 Rn 11; *Zöllner*, in: KölnKomm-AktG, § 131 Rn 18.

447 Ausführlich zum Merkmal der Erforderlichkeit *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 132 ff.

448 So schwankt denn auch die Spruchpraxis zwischen einem großzügigen und einem strengen Verständnis. Vgl. dazu *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 133 m.w.N.

449 Der Normzweck wir dabei sehr unterschiedlich interpretiert. Als Normzweck werden gesehen: traditionell die Mißbrauchsschranke (Begründung Regierungsentwurf bei *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 185), das Interesses des Aktionärs auch als Kapitalanleger (KG Berlin ZIP 1995, 1585, 1587; KG WM 1994, 1479, 1483; BayObLG WM 1997, 117, 119; *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 259 ff., 323), die Verwirklichung eines allgemeinen Rechenschaftsanspruchs (KG Berlin ZIP 1995, 1585, 1587; KG Berlin ZIP 1993, 1618, 1619 [Siemens]; BayObLG WM 1996, 119, 121) sowie neuerdings als Funktions-

an Entscheidungssicherheit Sinn und Zweck der Norm gebieten, um für das konkrete Auskunftsverlangen eine Aussage bezüglich ihrer Erforderlichkeit unter Einbezug der objektiven Sicht eines Durchschnittsaktionärs[450] machen zu können.

Fehlt es, wie beispielsweise bei § 51a GmbHG, an einer ausdrücklichen normativen Begrenzung des Informationsbedürfnisses, gilt das unter Punkt III allgemein Herausgearbeitete: Ohne den »Umweg« der Interpretation eines einzelnen Tatbestandsmerkmals ist anhand des Normzwecks das gebotene Maß an Entscheidungssicherheit zu bestimmen, und mit Hilfe der Figur des maßgeblichen Empfängerhorizonts im Hinblick auf den jeweiligen Einzelfall die Schranke der Informationspflicht zu konkretisieren.

Die normative Ausgestaltungsmöglichkeit des Informationsbedürfnisses zeigt sich – spiegelbildlich zu den bisherigen Ausführungen – auch in § 131 Abs. 4 AktG. In dem besonderen Fall, daß einem Aktionär in dieser Eigenschaft außerhalb der Hauptversammlung Auskunft gegeben worden ist, ordnet das Gesetz an, daß auch den übrigen Aktionären auf der nächsten Hauptversammlung diese Auskunft ohne Einschränkungen zu geben ist.[451] Es wird damit einem Informationsbedürfnis rechtliche Relevanz zugesprochen, dem diese nach der Grundkonzeption des § 131 Abs. 1 AktG gewöhnlich zu versagen wäre. Der Gesetzgeber grenzt damit das Informationsinteresse nicht ein, sondern erkennt es ausnahmsweise über die sich aus § 131 Abs. 1 AktG ergebende Erforderlichkeit hinaus an. Gesellschaftsrechtlich betrachtet liegt die innere Rechtfer-

bestandteil eines gesetzlichen Systems von Informationspflichten (andeutend KG Berlin ZIP 1995, 1585, 1587; KG WM 1994, 1479, 1483; BayObLG WM 1996, 119, 121; sehr deutlich BayObLG WM 1997, 117, 119, das auf die dadurch begründete Ausschlußwirkung hinweist, wenn die Information schon anderweitig gegeben worden ist; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 139; *Hirte*, ZHR 167 [2003], S. 8, 14 ff.).

450 Zur Maßgeblichkeit der objektiven Sicht eines Durchschnittaktionärs etwa BGH ZIP 2001, 416, 417 [Altana/Milupa]; BGHZ 103, 184, 186 [Linotype] = JZ 1989, 443, 446 [*Wiedemann*] = EWiR § 262 AktG 1/88, 529 [*Drygala*]; BGHZ 107, 296, 306 [Kochs Adler] = EWiR § 246 AktG 1/89, 843 [*Hirte*]; BGH ZIP 1990, 168, 171 [DAT/Altana II] = EWiR § 243 AktG 2/90, 321 [*Timm*]; BGHZ 119, 1, 18 ff. [ASEA/BBC] = EWiR § 295 AktG 1/92, 953 [*Windbichler*]; BGHZ 122, 211, 238 ff. [SSI I] = EWiR § 297 AktG 1/93, 529 [*Priester*]; BGH ZIP 1995, 1256 [SSI II] = EWiR § 253 HGB 1/95, 897 [*Großfeld*]; dazu – teilweise kritisch – *Hirte*, in: Das Zweite Finanzmarktförderungsgesetz in der praktischen Umsetzung, S. 50 ff. Nach hiesigem Verständnis füllt die objektive Sicht eines Durchschnittsaktionärs die Figur des maßgeblichen Empfängerhorizonts aus. § 243 Abs. 4 S. 1 E-AktG eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) sieht indirekt einen derartigen maßgeblichen Empfängerhorizont vor, wenn es da heißt: »… wenn ein objektiv urteilender Aktionär sein Verhalten vom Inhalt abhängig machen würde.« In der Begründung RegE (S. 41) heißt es dazu weiter: »Der objektiv urteilende Aktionär ist der vernünftig und im wohlverstandenen Unternehmensinteresse handelnde Aktionär. Dieser Aktionär verfolgt keine kurzfristigen Ziele, sondern ist an der langfristigen Ertrags- und Wettbewerbsfähigkeit seiner Gesellschaft interessiert.«

451 Davon ist nunmehr der Fall zu unterscheiden, daß die Verwaltung gem. § 131 Abs. 3 Nr. 8 bzw. Abs. 6 E-AktG (UMAG) Fragen außerhalb der Hauptversammlung für alle Aktionäre zugänglich auf ihrer Internetseite beantwortet.

tigung im Gleichbehandlungsgrundsatz[452] und der Verhinderung eines Informationsmonopols einzelner Aktionäre.[453] Aus der Warte des Informationsrechts betrachtet liegt die innere Rechtfertigung in der situationsspezifischen Konkretisierung des Informationsbedürfnisses. Indem die Gesellschaft dem begünstigten Aktionär Auskunft erteilt, anerkennt sie ein über die Schranken der §§ 131 Abs. 1 und Abs. 3 AktG hinausgehendes Informationsbedürfnis, indem sie bestimmte Umstände aus der unendlichen Weite potentieller Entscheidungsfaktoren als entscheidungserheblich markiert, die es nach der rein normativen Selektion (möglicherweise) nicht wären. Die objektiv-abstrakte und damit zwangsläufig pauschale Bestimmung des rechtlich anzuerkennenden Informationsbedürfnisses nach Maßgabe der §§ 131 Abs. 1 und Abs. 3 AktG erfährt eine vorgehende Konkretisierung durch den Einzelfall. Der Vorrang des Konkreten vor dem Abstrakten erklärt sich aus der Subjektbezogenheit von Information. Die Abstraktion informationeller Sachverhalte ist nur Hilfsinstrumentarium, um ein Mindestmaß ihrer Regelbarkeit durch das Recht zu gewährleisten. Wo dieses Ziel auch ohne Hilfsinstrumentarium erreicht werden kann, ist die Relativierung der Subjektbezogenheit von Information durch nicht mehr begründbar. Zudem entfällt auch der Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes.[454]

b. *Spontane Informationspflichten*

Bei spontanen Informationspflichten ist die Sachlage grundsätzlich nicht viel anders. Aufgrund der Tatsache, daß die Informationspflicht ohne die Geltendmachung eines entsprechenden Informationsbedürfnisses ausgelöst wird, ergeben sich in der praktischen Umsetzung jedoch Unterschiede im Detail. Verantwortlich ist dafür vor allem die Tatsache, daß es sowohl an der Offenbarung eines legitimierenden Informationsbedürfnisses als auch an der Kundgabe seiner spezifischen Ausrichtung fehlt. Deshalb könnte man geneigt sein, jene Informationspflichten auch dadurch zu beschreiben, daß sie eines legitimierenden Informationsbedürfnisses nicht bedürfen und damit bei ihnen gänzlich auf ein solches verzichtet werden kann. Informationstheoretisch läßt sich ein solches Vorgehen nicht erklären.

Die fehlende Kundgabe eines Informationsinteresses bereitet dennoch keine (informationstheoretischen) Erklärungsprobleme. Der Rechtsgrund trägt das rechtlich relevante Informationsbedürfnis in sich selbst. Indem die Rechtsordnung ein Rechtssubjekt zur spontanen Information verpflichtet, setzt sie typisiert – also wieder geleitet vom Bild des maßgeblichen Empfängerhorizonts – ein dahingehendes Bedürfnis der potentiellen Empfänger voraus. Um dem Schuldner Vorgaben für den Inhalt der Pflicht zu geben, enthalten die Rechtsgrundlagen spontaner Informationspflichten

452 So ausdrücklich Begründung Regierungsentwurf bei *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 187; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 334; **kritisch** zur Erreichung des Gleichbehandlungszwecks *Dettwiller*, Gleichbehandlung, S. 65.

453 *Hüffer*, AktG, § 131 Rn 36.

454 Vgl. dazu bereits C.II.2.b (S. 88 ff.).

mehr oder weniger konkrete Vorgaben zum Leistungsinhalt. Bei gesetzlicher Anordnung reichen diese von auslegungsbedürftigen generalklauselartigen Formulierungen (beispielsweise § 666 BGB[455]) bis hin zu Detailregelungen.[456] Soweit es an einer ausdrücklichen Normierung fehlt, haben Rechtsprechung und Literatur jeweils Kriterien entwickelt, was in Anbetracht der konkreten Entscheidungssituation Leistungsinhalt der Informationspflicht ist.[457] Neben (eventuellen) gesetzlichen Vorgaben bleibt es zudem dem Informationsschuldner unbenommen, durch Vorhersehung des Inhaltes etwaiger Informationsnachfragen – also der Bestimmung des potenntiellen Informationsbedürfnisses –, diesen durch spontane Information zuvor zukommen. So etwa, wenn die Aktiengesellschaft im Vorfeld einer Hauptversammlung über das gesetzliche Maß hinaus in den Berichten mögliche Fragen der Aktionäre vorweg »beantwortet«.[458]

Es bleibt damit festzuhalten, daß bei spontanen Informationspflichten das Tatbestandsmerkmal des Informationsbedürfnisses nicht entbehrlich ist, nur weil es an der expliziten Kundgabe eines spezifischen Informationsinteresses durch den Informationsgläubiger fehlt; eine fehlende individuelle Kundgabe wird durch eine normative Vorgabe substituiert. Mit der objektiven Vorgabe, welche Informationen aus seiner Sicht in typisierten Entscheidungssituation erforderlich sind, begrenzt der Gesetzgeber im Gegensatz zu den reaktiven Informationspflichten somit nicht nachträglich ein tatsächlich vorhandenes, weitergehendes Informationsinteresse, sondern begründet von vornherein nur ein auf die rechtliche Relevanz beschränktes.

455 Zur Konkretisierung der Berichtspflicht einer Direktanlagebank aus § 666 BGB über den drohenden Verfall von Optionsscheinen vgl. etwa BGH ZIP 2002, 1238 = EWiR § 31 WpHG 2/02, 833 [*F. Schäfer*].

456 Zum Beispiel die Informationspflichten im Rahmen von Fernabsatzverträgen (§ 312b ff i.V.m. § 1 BGB-InfoV) oder die Unterrichtungspflicht nach § 613a Abs. 5 BGB.

457 *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 114 ff. (allgemein), Rn 70 ff. (Einzelbeispiele).

458 *Dettwiler*, Gleichbehandlung, S. 60.

IV. Zuweisung der Verarbeitungslast

Die letzte wesentliche Besonderheit informationsrechtlicher Sachverhalte ist mit dem Stichwort der Verarbeitungslast angesprochen. Obwohl der maßgebliche Empfängerhorizont bestimmt und daraus das rechtlich relevante Informationsbedürfnis abgeleitet wurde, ist noch nicht abschließend geklärt, was der Schuldner konkret als Leistung schuldet. Der maßgebliche Empfängerhorizont gibt insoweit nur allgemein den Orientierungsrahmen, insbesondere mit Blick auf Vorwissen und Verständnis des Empfängers, vor, und das Informationsbedürfnis markiert in seiner beschränkenden (Teil-)Funktion lediglich die rechtliche Obergrenze der Informationspflicht. Dazwischen verbleibt jedoch ein Freiraum, der einer weiteren Konkretisierung bedarf, um den Anforderungen an die Bestimmtheit einer Leistungspflicht Genüge zu tun. Dabei geht es um die Zuweisung der Verarbeitungslast der zu kommunizierenden bzw. der kommunizierten Zeichen an den Schuldner bzw. Gläubiger. Was ist darunter zu verstehen?

1. Elemente der Verarbeitungslast

a. *Verknüpfung und Aufbereitung*

Die Reduktion von Ungewißheit durch kommunizierte Zeichen setzt voraus, daß diese verstanden werden. Verstanden werden sie aber nur, wenn der Empfänger in der Lage ist, sie mit bereits vorhandenem Wissen (Daten) zu verknüpfen. Bereitet dies bei einer auf Auskunft der aktuellen Uhrzeit gerichteten Informationspflicht noch relativ wenig Probleme, verhält es sich bei der Aufklärungspflicht des Arztes im Vorfeld einer Knochenmarktransplantation ganz anders. Schuldet der Arzt aufgrund seiner Aufklärungspflicht nur die Mitteilung der sich auf die Knochenmarktransplantation beziehenden spezifischen Tatsachen oder auch medizinischer »Selbstverständlichkeiten«, wie etwa die Gefahr von Abstoßungsreaktionen körperfremden Gewebes, deren Vermeidung durch Immunsuppression und den daraus resultierenden Nebenwirkungen?

Es geht demzufolge bei der Zuweisung der Verarbeitungslast zum einen darum, in welchem Umfang das primäre Datum mit sekundären Daten – zum Beispiel mit Allgemeinwissen – zu verknüpfen ist.[459] Zum anderen geht es um die Bearbeitung des Datums und seiner Aufbereitung im Hinblick auf die Aufnahmefähigkeit des Empfängers.

459 Eine klare Bestimmung des primären Datums ist dabei freilich nicht möglich, weil dessen Bestimmung wiederum mit der Frage nach der Verknüpfung von einem Datum mit anderen verbunden ist.

In welchem Umfang sind die verknüpften Daten aufzubereiten, daß sie möglichst individuell auf den Verständnishorizont des Empfängers abgestimmt sind?

b. *Pflicht zur Selektion*

Neben der Pflicht zur Verknüpfung und Aufbereitung kann den Informanten auch eine Pflicht zur Selektion der zu kommunizierenden Zeichen treffen.[460] Dies ist offenkundig der Fall, wenn der Schuldner aktiv im Rahmen des Informationsprozesses tätig werden muß und sich der Informationsanspruch nicht auf ein spezifisches Einzeldatum beschränkt.[461] Aus der Natur der Sache folgt hier, daß der Informant aus seinem Reservoir von Daten und Fakten diejenigen auswählen muß, die er dem Gläubiger verpflichtet ist, zu kommunizieren. In der Auswahl ist er allerdings nicht frei.[462] Vielmehr ergeben sich Vorgaben aus zweierlei Gesichtspunkten:

Erstens zwingt der Umstand, daß der Gläubiger nur eine beschränkte Möglichkeit hat, die kommunizierten Zeichen durch Verbindung mit eigenem Wissen für den Entscheidungsprozeß fruchtbar zu machen, zunächst zur quantitativen Begrenzung. Andernfalls droht die viel beschworene Informationsflut mit ihren negativen (Ausfall-)Erscheinungen.[463] Im Einzelfall kann ein Übermaß an Information sogar kontraproduktiv wirken und die Gefahr einer falschen Gewichtung[464] durch den Gläubiger erhöhen.[465] Überinformation ist »nicht ein Neutrum, sondern ein Negativum«, weil sie

460 Die Selektion der zu kommunizierenden Zeichen ist selber ein Entscheidungsprozeß, welcher ebenso durch Information gesteuert wird (*Mastronardi*, in: FS Druey, 2002, S. 833, 836).

461 Dies kann einmal aufgrund von Informationspflichten i.e.S. und zum anderen wegen Auskunftsbegehren der Fall sein. Vgl. auch *Druey*, Information, S. 118 ff.

462 Für einen weiten Ermessensspielraum *Druey*, Information, S. 119.

463 Die Komplexität der Realität verhält sich anders als die, die das beschränkte menschliche Bewußtsein extrapolieren kann und erwartet. Hierin liegt die informationelle Unzulänglichkeit des Menschen, dessen Bewußtsein der Komplexität nicht gewachsen ist (*Steinbruch*, Maßlos informiert, S. 65).

464 OLG Hamm, Urt. v. 18.1.1999, Az. 6 U-1/98 (nicht veröffentlicht); zum Begriff der Informationsgewichtung vgl. ausführlich *Kraak*, Information, S. 11. Nach *Kraak* bemißt sich die Gewichtung von Information nach dem Einfluß, der ihr für die Urteilsbildung zukommt.

465 *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 115, mit umfassender empirischer Ableitung aus der betriebswirtschaftlichen Entscheidungslehre; ebenso *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 161; BGH WM 2002,1989, 1991 = EWiR § 355 BGB 3/02, 937 [*Allmendinger*], zur Unzulässigkeit von Ergänzungen einer Widerrufsbelehrung gem. § 355 Abs. 2 S. 1 BGB, die für deren Verständnis nicht erforderlich sind. Von großer praktischer Bedeutung ist die quantitavie Informationsbegrenzung im Rahmen von allgemeinen Geschäftsbedingungen und Verbraucherinformationen. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB spricht ausdrücklich von der »zumutbaren Weise« der Kenntnisverschaffung. Eine inhaltlich vergelichabre Regelung findet sich für Fernabsatzverträge in 312c Abs. 1 S. 1 BGB.

ablenkt und verwirrt.[466] Information kann insoweit nicht nur zur Reduktion von Unsicherheit beitragen, sondern unter bestimmten Annahmen auch zugleich zusätzliche Unsicherheit generieren.[467]

Zweitens bedarf es zusätzlich einer Selektion der Information nach qualitativen Merkmalen. Zwar wurde hinsichtlich des Wesens von Entscheidungsprozessen festgestellt, daß grundsätzlich jedes Datum für eine Entscheidung von Bedeutung sein kann. Gleichwohl lassen sich Daten ausmachen, die gewöhnlich für die Entscheidung von hervorgehobenerer Bedeutung sind und sich damit als relativ wichtig erweisen. Der Schuldner hat demnach, soweit ihm eine Pflicht zur Selektion trifft, die für den Empfänger als relativ am wichtigsten erkannten Informationen auszuwählen.[468] Dieser Auswahlprozeß steht allerdings unter dem Gebot, die Verarbeitungskapazität des Empfängers nicht zu gefährden. Mithin gibt die quantitative Selektion einen Rahmen vor, innerhalb dessen die qualitative Auswahl vorzunehmen ist.[469] Zu beachten ist allerdings, daß eine gegenseitige Wechselwirkung besteht, und somit auch die qualitative Auswahl Rückwirkung auf die Pflicht zur quantitativen Selektion haben kann. Zusammenfassend läßt sich sagen: Die Qualität der Information ist entscheidend, nicht die Quantität, weil durch zuviel Information die »Schlüsselinformationen« untergehen können.[470]

c. *Zeit- und Formfaktor*

Daß die grundsätzliche Zuweisung der Verarbeitungslast und damit die Intensität von Selektion, Aufbereitung und Verknüpfung seitens des Schuldners nicht nur vom einzelnen Informationsmittel, sondern darüber hinaus auch von den weiteren Faktoren Zeit und Form abhängt, bedarf keiner näheren Begründung. Das Ergebnis des notwendigen Verstehensprozesses, an dessen Ende die Befriedigung des Informationsbedürfnisses stehen soll, wird nämlich entscheidend dadurch mitbeeinflußt, in welcher Form die zu kommunizierenden Zeichen mitgeteilt werden und wieviel Zeit dem Empfänger zur Verarbeitung dieser Zeichen verbleibt. Jeder, dem schon einmal mündlich ein komplexer Sachverhalt kommuniziert worden ist und der aufgrund dieser Mitteilung in kurzer Zeit eine Entscheidung treffen sollte, wird die Brisanz des Problems nachvollziehen können.[471]

466 *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 161; *Eppenberger*, Information, S. 69; *Witte*, Informationsverhalten, S. 36 f., weil die Verarbeitungskapazität durch die Perzeption völlig aufgebraucht wird, so daß die transformierende Einordnung der Daten und Fakten nicht stattfindet (aus entscheidungstheoretischer Sicht).

467 *Kasperzak*, Publizität, S. 33.

468 *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 162; im Ergebnis so für das Auskunftsrecht gem. § 131 Abs. 1 AktG OLG Stuttgart AG 2001, 540, 542 [Daimler Chrysler AG].

469 *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 162.

470 *Merkt*, ECFR 2004, S. 3, 31 f.

471 Vgl. dazu auch untern E.II.6.b (S. 296 ff.). Den Zeitfaktor bezüglich der Verarbeitung kommunizierter Zeichen mit dem Ziel einer sachgemäßen Entscheidungsfindung betont

Für den Faktor Zeit gilt, daß grundsätzlich die Verarbeitungslast um so mehr dem Schuldner zuzuweisen ist, je kürzer die Zeit zum Verstehen der kommunizierten Zeichen ist, sei es wegen der zeitlichen Begrenzung des Informationsrechts oder der Notwendigkeit baldiger Entscheidung. In diesen Fällen muß der Schuldner die zu kommunizierenden Zeichen derart selektieren, verknüpfen und aufbereiten, daß es dem Gläubiger innerhalb des vorgegebenen Zeitfensters möglich ist, sie zu verstehen, um sie als Entscheidungsgrundlage verwenden zu können.

Neben dem Zeitfaktor hat auch die (Kommunikations-)Form Einfluß auf die Pflicht zur Selektion.[472] Klassisch ist die Frage, ob die Information mündlich oder schriftlich zu erteilen ist. Der Fortschritt der Technik erweitert diesen Themenkomplex und stellt der Schriftform die elektronische Textform zur Seite. Daß das Verstehen der Zeichen davon abhängen kann, ob sie schriftlich oder mündlich kommuniziert worden sind, steht außer Frage.[473] Bei der mündlichen Mitteilung besteht sehr schnell die Gefahr, daß die Verarbeitungskapazität des Empfängers allein schon durch die Aufnahme der kommunizierten Zeichen ausgeschöpft wird und eine sich anschließende Verarbeitung überhaupt nicht mehr stattfindet.[474] Besonders bei komplexen Sachverhalten und umfangreichen Daten und Fakten wird die Leistungsfähigkeit des menschlichen Gehirns sehr schnell überschritten.[475] Hier wird regelmäßig auch schon die umfassende Aufnahme der kommunizierten Zeichen scheitern. Weil die Mündlichkeit gerade durch das Fehlen von Reproduktionsmöglichkeiten der Mitteilung (Nachlesen in Schriftstück oder Textdatei, Anhören einer Tonbandaufnahme) gekennzeichnet ist,[476] scheidet auch eine nachträgliche Verarbeitung bei umfangreicheren Daten und Fakten regelmäßig mangels Wiederholungsmöglichkeit des Gesprochenen aus. Technische Neuerungen (Spracherkennungssoftware oder kompakte Aufnahmegeräte) versprechen hier zumindest bei ausreichender Zeit zur Nachbereitung einen adäquaten Ausgleich für diese »Unzulänglichkeit« des menschlichen Gehirns. Können die kommunizierten Zeichen infolge der verschiedenen Faktoren nicht vollständig verstanden werden, würde der Informationsanspruch mangels Befriedigung des Informationsbedürfnisses nicht erfüllt

§ 3 Abs. 2 WpÜG, der durch § 16 Abs. 1 bzw. Abs. 2 (vgl. dazu auch *Versteegen*, in: KölnKomm-WpÜG, § 3 Rn 29).

472 Dies folgt im Umkehrschluß auch aus § 312 c Abs. 1 BGB, wenn dort die Art und Weise der Informierung vor Abschluß eines Fernabsatzvertrages vom eingesetzten Fernkommunikationsmittel abhängig gemacht wird.

473 Darauf weisen auch *Claussen/Bröcker*, DB 2002, 1199, 1202, hin. Diese allgemeingültige Erkenntnis wird vom TransPuG dahin umgesetzt, daß Berichte des Vorstands an den Aufsichtsrat gem. § 90 Abs. 4 S. 2 AktG in der Regel in Textform zu erstatten sind (Begründung Regierungsentwurf, NZG 2002, 213, 220). Der DCGK übernimmt dies in Ziffer 3.4 Abs. 3 S. 2 des Kodex.

474 Aus empirischer Sicht *Witte*, Informationsverhalten, S. 36.

475 *Heidel*, in: AnwKomm-AktG, § 131 Rn 25.

476 Zur Vergänglichkeit der Erklärung als entscheidendes Abgrenzungskriterium der mündlichen von der schriftlichen Erklärung *Roth/Groß*, K&R 2002, 127, 130. Auf die Möglichkeit wiederholten Studiums bei Druckform weist auch *Kümpel*, WM 1995, 689, 693, im Zusammenhang mit der Risikoaufklärung von Wertpapierdienstleitern hin.

werden.[477] Die Zuweisung der Verarbeitungslast hat daher mehr zu Lasten des Schuldners zu erfolgen, wenn die Zeichen mündlich und nicht schriftlich kommuniziert werden. Bei der mündlichen Leistungserbringung ist der Schuldner zu einer stärkeren Selektion und Aufbereitung, verbunden mit einer sparsameren aber gezielteren Verknüpfung von Sekundärdaten, verpflichtet. Anderenfalls droht der »Informationsoverkill«.

Theoretisch und praktisch eignet sich damit die mündliche Form zur Erfüllung einer Informationspflicht vornehmlich dann, wenn es um die Auflösung einfacher Entscheidungssituationen geht.[478] Zu verneinen ist deshalb auch die Disponibilität der (Kommunikations-)Form, wenn der Rechtsgrund diesbezüglich keine Vorgaben enthält.[479] Die Formenwahl kann nach dem Vorhergesagten keinesfalls zur Disposition des Schuldners stehen. Wie für einige Fälle ausdrücklich gesetzlich geregelt,[480] ist der Schuldner auch in der Vielzahl der diesbezüglich ungeregelten Informationspflichten nur in den Grenzen einer pflichtgemäßen Ermessensausübung[481] bzw. von Treu und Glauben[482] in der Entscheidung zwischen Schriftform und mündlicher Form frei. Zu berücksichtigen sind insbesondere die Belastung des Informanten durch die jeweilige Form,[483] die Leistungsfähigkeit des Empfängers[484] und die Frage, ob der Gläubiger aus anderen Gründen Schriftstücke benötigt[485]; der notwendige Umfang bzw. die Komplexität der Antwort[486] und die Notwendigkeit von Detailinformationen[487] grenzen ebenso das Auswahlermessen des Schuldners ein. Der Schuldner muß folglich die Form wählen, die zur Erreichung der gebotenen Entscheidungssicherheit unter Beachtung der

477 *Römermann*, in: Michalski, § 51a Rn 155 (Auskunftsanspruch des GmbH-Gesellschafters).

478 So ausdrücklich *Krämer/Theiß*, AG 2003, 225, 237 (Verneinung eines schriftlichen Vorstandsberichts beim Delisting); vgl. *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 260 Rn 42; *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 340; OLG München FamRZ 1995, 737; anklingend BGH AG 2003, 273, 276 = NJW 2003, 1032, 1035 [Macrotron].

479 Vorgaben finden sich in §§ 260 Abs. 1 BGB, 1379 Abs. 1 BGB, 1605 Abs. 1 BGB (schriftlich); § 613a Abs. 5 BGB, § 1 Abs. 2 BGB-InfoV (Textform).

480 § 19 Abs. 1 BDSchG, § 4 Abs. 1 UIG.

481 *Römermann*, in: Michalski, § 51a Rn 155, spricht von einem Entscheidungsspielraum des GmbH-Geschäftsführers.

482 *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 135.

483 *Wegener*, in: HK-UIG, § 4 Rn 22.

484 *Turiaux*, UIG, § 4 Rn 26.

485 Etwa zum Beweis über Inhalt bzw. die Verweigerung der Auskunft (*Wegener*, in: HK-UIG, § 4 Rn 22; *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 340; **a.A.** *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 135, da der Verpflichtete seine Mitteilung wiederholen kann bzw. zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung aufgefordert werden kann.).

486 Nach *Turiaux*, UIG, § 4 Rn 30, reicht bei einem Einzeldatum ein Telefonat aus. So kann selbst die grundsätzlich schriftlich zu erteilende Auskunft nach § 260 Abs. 1 BGB ausnahmsweise mündlich erteilt werden, wenn es sich um einen einfach gelagerten Sachverhalt handelt (*Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 260 Rn 42). Für generelle Mündlichkeit bei einfachen Sachverhalten *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 135.

487 *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 93.

schützenswertenden Belange beider Seiten am dienlichsten ist.[488] Als Faustregel gilt, daß in komplexen Entscheidungssituationen immer Schrift- bzw. Textform angezeigt ist.[489] Auf einen mehr psychologischen Aspekt des Formfaktors sein noch zum Schluß hingewiesen: Da mündliche Aussagen meistens einen tieferen Eindruck beim Gläubiger hinterlassen, können schriftliche Ausführungen sehr leicht durch spätere mündliche Auskünfte überspielt werden und damit die vorgeschützte »Papieraufklärung« relativieren.[490]

d. *Ergebnis*

Aus dem Vorhergesagtem folgt, daß der Begriff der Verarbeitungslast die Aspekte der Verknüpfung der Primärdaten mit Sekundärdaten, deren am Verständnishorizont und Wissensstand des Empfängers orientierte Aufbereitung sowie die Selektion der zu kommunizierenden Zeichen sowohl unter quantitativen als auch qualitativen Gesichtspunkten umfaßt. Für die Zuweisung der Verarbeitungslast gilt daher:

Trifft den Schuldner überhaupt keine Pflicht, das primäre Datum mit sekundären Daten zu verknüpfen, aufzubereiten und zu selektieren, liegt die Verarbeitungslast allein beim Gläubiger. In diesem Fall schuldet der Schuldner lediglich Zugang[491] zu den bei ihm vorhandenen Unterlagen, ohne daß er zu deren Anfertigung unter Beachtung rudimentärer Grundanforderungen verpflichtet wäre.[492] Als Extrem am anderen Ende der Verarbeitungsskala findet sich der Fall, daß der Schuldner nicht nur zur Selektion, umfassenden Verknüpfung und Aufbereitung der kommunizierten Zeichen verpflichtet ist, sondern darüber hinaus dem Gläubiger auch die Bewertung der sich daraus ergebenden Entscheidungsalternativen abnehmen muß, indem er die jeweiligen Vor- und Nachteile der Alternativen benennt und unter Bezugnahme auf die konkrete Entscheidungssituation eine der Alternativen empfiehlt. In einem solchen Fall spricht man von

488 Ähnlich *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 112, der jene Form für geboten hält, die zur Befriedigung des Informationsinteresses erforderlich ist.

489 Vgl. BGHZ 105, 108, 110 f.; BGH ZIP 2003, 940, 942; BGH WM 1994, 453, 454 = ZIP 1994, 447, 448; BGH WM 1994, 2231, 2232 (Schriftform bei gewerblicher Vermittlung von Terminoptionen). In BGH WM 1994, 2231, 2232, heißt es dazu: »Eine schriftliche Aufklärung ist notwendig, wenn mündliche Hinweise und Erklärungen für den aufklärungsbedürftigen Kunden nicht ausreichen, um vom Geschäft ein zutreffendes Bild zu gewinnen und insoweit sachgerechte Entschlüsse zu fassen.«

490 BGHZ 105, 108, 111 und BGHZ 124, 151, 156, sprechen von Vereitelung der Risikoaufklärung durch Beschönigung; *Heeb,* Börsentermingeschäftsfähigkeit, S. 66; *Henssler*, ZHR 153 (1989), S. 611, 622.

491 Der Begriff des Zugangs sei hier im informationsrechtlichen Sinn und nicht im Sinne von § 130 BGB verstanden.

492 Ausführlich dazu unten C.IV.2.b.bb (S. 138 ff.). *Druey*, Information, S. 120 f., 220, weist daraufhin, daß es eine 100 % Zuweisung an den Gläubiger praktisch nicht gibt. Denn selbst beim Recht auf Einsicht trifft den Schuldner immer auch eine minimale Verarbeitungspflicht dahin gehend, die einzusehenden von den übrigen Unterlagen zu trennen.

Beratung.[493] Auch wenn damit die Verarbeitungslast ganz überwiegend dem Schuldner zugewiesen ist, verbleibt ein Rest denknotwendig beim Gläubiger. Das Verstehen als rein innerer Prozeß kann dem Gläubiger nämlich selbst bei der Beratung durch den Schuldner nicht abgenommen, sondern nur erleichtert werden.[494] Schließlich muß er sich noch entscheiden, ob er der Empfehlung folgt oder nicht.

Zwischen beiden Zuweisungsextremen findet ein fließender Übergang statt. Die Zuweisung der Verarbeitungslast erfolgt dabei freilich in Abhängigkeit von der jeweiligen konkreten Informationspflicht. Generelle Aussagen sind insoweit gar nicht oder nur sehr unbestimmt möglich.[495] Gleichwohl ermöglicht die Bezugnahme auf den maßgeblichen Empfängerhorizont zumindest die Festlegung eines allgemeingültigen Scheidepunkts, von welchem die weitere Verarbeitung grundsätzlich vom Schuldner auf den Gläubiger übergeht, wenn sich aus der konkreten Informationspflicht nichts anderes ergibt.[496] Dieser Punkt wird durch den Wissensstand und die Verständnisfähigkeit des maßgeblichen Empfängers markiert. Aus dem Informationsbegriff folgt nämlich, daß Information – und damit die Erfüllung einer darauf gerichteten Pflicht – der Definition nach vorliegt, wenn beim Empfänger der vom Rechtsgrund der Informationspflicht vorgegebene Grad an Entscheidungssicherheit erreicht worden ist. Voraussetzung dazu ist das Verstehen der kommunizierten Zeichen. Aus diesem Grund obliegt es grundsätzlich dem Schuldner, die kommunizierten Zeichen vorab derart zu verarbeiten, daß sie mit dem Wissenstand, der Verständnisfähigkeit und der Verarbeitungskapazität des Empfängers harmonieren. Dem Gläubiger obliegt es dagegen, anhand der mitgeteilten Informationen die gegebenen Entscheidungsalternativen zu bewerten, abzuwägen und sich letztlich für eine der Alternativen zu entscheiden. Die grundsätzliche Zuweisung der Verarbeitungslast stellt sich daher unter Ausblendung des Einflusses der konkreten Informationspflicht wie in Abbildung 1 gezeigt dar.

493 Ausführlich dazu unten C.IV.2.d (S. 154 ff.); *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 116, der hier allerdings nicht mehr von Informations- sondern von Beratungspflicht spricht; *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 160. Aus dem hiesigen Informationsverständnis folgt, daß die Beratung Endpunkt der Skala ist.

494 Ähnlich *Druey*, Information, S. 121.

495 *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 159.

496 Ähnlich *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 160.

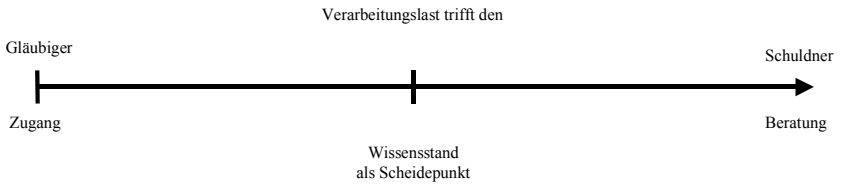

Abbildung 1: Grundsätzliche Zuweisung der Verarbeitungslast

Auf einen gewissen Widerspruch zwischen den einzelnen Aspekten der Verarbeitungslast sei zum Schluß hingewiesen. Einerseits ergibt sich aus der Verpflichtung zur Verknüpfung der primären Daten mit sekundären Daten die Pflicht zusätzlicher Information, um das Verstehen sicherzustellen. Dem stehen konträr die Verpflichtungen zur Selektion und Aufbereitung gegenüber, die letztlich eine Unterdrückung von Information bedeuten, um der beschränkten Verarbeitungskapazität des Gläubigers Rechnung zu tragen.[497] Den Schuldner trifft daher zusätzlich die Pflicht, zwischen den einzelnen Aspekten der Verarbeitungslast abzuwägen, um die optimale Mischung zur Bewirkung des Leistungserfolges, nämlich die Erreichung des vorgegebenen Grads an Entscheidungssicherheit, auszuwählen.

e. *Sondergesichtspunkt: Informationsinitiierung*[498]

Eine Sonderstellung nimmt der zentrale Gesichtspunkt zur Einordnung einer Informationspflicht als spontane oder reaktive ein, nämlich die Zuweisung der grundsätzlichen Entscheidung über die Frage, ob Information zu leisten ist – ja oder nein. Bei spontanen Informationspflichten erfolgt sie zu Lasten des Schuldners und bei reaktiven zu Lasten des Gläubigers. Bei genauerer Betrachtung sind bei diesem Entscheidungsprozeß zwei Teilgesichtspunkte zu unterscheiden: Zum einen das »Ob« hinsichtlich einer Informationsnotwendigkeit, zum andern das »Wann« der Informationsleistung. Beide Gesichtspunkte wirken dabei wechselseitig aufeinander ein. Dem Prozeß der Informationsinitiierung kommt so betrachtet vorrangig eine – um in zivilrechtlichen Kategorien zu sprechen – leistungs- und fälligkeitsbegründende Wirkung zu. Eine Beziehung zur Zuweisung der Verarbeitungslast besteht insoweit nicht. Die »Relativität des Informationswertes« führt aber mittelbar dazu, daß in der Entscheidung über die Infor-

497 *Druey*, in: FG Schluep, 1995, S. 147, 160.
498 Ausführlich dazu *Eppenberger*, Information, S. 66 ff., der weiter zwischen spontanen Informationspflichten i.e.S. und solchen i.w.S. unterscheidet.

mationsnotwendigkeit zugleich auch Elemente der Verarbeitung enthalten sind. Wenn nämlich der Schuldner einer spontanen Informationspflicht darüber entscheidet, ob bestimmte Daten und Fakten dem Gläubiger mitzuteilen sind, also die Informationspflicht »fällig« stellt, so liegt dem letztlich auch ein Selektionsprozeß zu Grunde. Vergleichbares gilt auch für den Gläubiger.

2. Zuweisungskriterien bei einzelnen Leistungsformen von Information

Beim Thema Information wird fast immer zwischen einzelnen Informationsarten unterschieden. Die Differenzierung zwischen Auskunft und Einsicht ist dabei Pflichtprogramm, darüber hinaus wird vielfach weiter differenziert. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien Publizität, Rechnungslegung, Bericht, Aufklärung, Warnung und Nachricht als weitere Differenzierungsmöglichkeiten genannt. Auch wenn Zweckmäßigkeit und Richtigkeit solcher Unterscheidungen im Einzelfall fraglich erscheinen, soll dies nicht vertieft werden. Denn unabhängig davon sind sie zumindest Ausdruck des Bedürfnisses, zwischen einzelnen Informationssituationen – exakt: zwischen verschiedenen Informationsmitteln – zu unterscheiden, um deren Besonderheiten Rechnung tragen zu können. Dabei geht es immer auch um die Frage nach der Zuweisung der Verarbeitungslast. Nur mag dies nicht immer offensichtlich sein. Weil sich generelle Aussagen zur Zuweisung der Verarbeitungslast aufgrund der Unterschiede zwischen den einzelnen Informationspflichten sowohl im Grundsätzlichen als auch im Konkreten nur sehr vage machen lassen, werden im Folgenden für einzelne Informationsmittel spezifische Kriterien zur Zuweisung der Verarbeitungslast heraus gearbeitet. Dazu werden die Besonderheiten der jeweiligen Informationsform hervorgehoben und deren Einfluß auf die Zuweisung der Verarbeitungslast aufgezeigt. Freilich können dabei trotz der Differenzierung keine verbindlichen Aussagen über die Zuweisung der Verarbeitungslast im Einzelfall getroffen werden; dies verbietet sich schon wegen der Individualität der einzelnen Informationssituation trotz Zuordnung eines speziellen Informationsmittels. Die Herausarbeitung von Wertungskriterien ist dennoch möglich.

Für die Differenzierung der Informationsarten wird auf die bewährte Unterscheidung Auskunft, Einsicht und spontane Informationspflichten zurückgegriffen. Dies bietet sich auch angesichts der hermeneutischen Interdependenz von maßgeblichem Empfängerhorizont und Verarbeitungslast an. Ergänzend wird die Beratung als zusätzliche vierte Kategorie eingeführt. Dieses Vorgehen ist dem Umstand geschuldet, daß besonders der Begriff der Beratung vielfach als Form einer besonders intensiven spontanen Informationspflicht aber genauso als gesteigerte Auskunft betrachtet wird. Da beide Ansätze Rückhalt in der Rechts- und Sprachwirklichkeit finden und für die Zuweisung der Verarbeitungslast die Einordnung als spontane oder reaktive Informationspflicht unerheblich ist, ist die gemeinsame Darstellung auch zur Vermeidung unnötiger Redundanzen angezeigt. Ausgangspunkt der inhaltlichen Konkretisierung der Zuweisung der Verarbeitungslast ist die Erkenntnis, daß der Wissensstand und die Verständnisfähigkeit des maßgeblichen Empfängerhorizontes grundsätzlicher Scheidepunkt für die Zuweisung der Verarbeitungslast sind.

a. *Auskunft*[499]

Auskunft ist die Beantwortung einer Frage. Die Antwort muß dabei einen thematischen Bezug zur gestellten Frage aufweisen, d.h. auf die Befriedigung des mit der Frage geäußerten Informationsbedürfnisses abzielen. Vorausgesetzt ist damit zunächst ein Tätigwerden des Gläubigers. Ohne Auskunftsverlangen besteht keine Pflicht des Schuldners, von sich aus aktiv zu werden.[500] Mit dem Auskunftsverlangen löst der Gläubiger jedoch nicht nur die Handlungspflicht des Schuldners aus, sondern benennt zugleich den Gegenstand seines Informationsverlangens. Dies muß er sogar, weil anderenfalls die Befriedigung seines speziellen, nur durch das Auskunftsbegehren zum Ausdruck kommenden Informationsbedürfnisses nicht möglich wäre. Ist das Auskunftsrecht daher prädestiniert, um sehr gezielt Informationen beim Schuldner abzufragen, so setzt dies ein gewisses Problemverständnis für den jeweiligen Auskunftsgegenstand voraus.[501] Ohne Problemverständnis aufgrund ausreichenden Vorwissens ist der Gläubiger nicht in der Lage, den Gegenstand seines Informationsverlangens zu benennen, wenn das Verlangen nicht sogar gänzlich fehlt. Problemsituationen, die der Gläubiger nicht einmal erahnt, können damit nicht sinnvoll[502] Gegenstand eines Auskunftsverlangens sein. Darin liegt aus Sicht des Gläubigers auch eine der Schwächen des Auskunftsrechts. Fragen kann man nur, wenn man weiß, was sich zu fragen lohnt. Das heißt, man muß wissen, daß man etwas nicht weiß.

Nach der hinreichenden Kundgabe des Informationsbedürfnisses obliegt es dem Schuldner, die zur Befriedigung des Gläubigerbegehrens geeigneten Maßnahmen zu ergreifen. Hinsichtlich der dabei den Schuldner treffenden Pflichten ist der Begriff der Auskunft sehr weit gefaßt. So kann den Schuldner eine nur sehr geringe Verarbeitungslast treffen oder eine sehr hohe, etwa beim Übergang der Auskunft zur Beratung.

499 Die folgenden Ausführungen stehen zum Teil stark unter dem Einfluß des Gesellschaftsrechts, weil in diesem Bereich eine außerordentlich umfangreiche Erörterung des Auskunftsrechts statt fand und noch findet. Gleichwohl wurden die Aussagen soweit als möglich von gesellschaftsrechtlichen Sondereinflüssen bereinigt.

500 Soweit vereinzelt eine Pflicht des Vorstands zur unaufgeforderten Auskunft gegenüber der Hauptversammlung bejaht wird (LG Berlin AG 1997, 183, 185), handelt es sich in Wahrheit nicht um eine Auskunftspflicht, sondern um eine Informationspflicht i.e.S. in Form einer ungeschriebenen Berichtspflicht. Davon ist der Frage zu unterscheiden, ob der Informant bei der Beantwortung einer Frage Querverbindungen zu anderen Umständen ziehen muß, auch wenn diese nicht primär vom Auskunftsverlangen erfaßt sind.

501 *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 121; *Wischenbart*, Informationsbedarf, S. 36. Beim Auskunftsverlangen zeigt sich besonders prägnant die Hermeneutik zwischen Informationsbedürfnis und Verstehen.

502 Mit der Beschränkung auf »sinnvoll« seien Auskunftsverlangen ausgeschlossen, die da lauten könnten: »Bitte geben Sie mir Auskunft über alle Umstände.« Abgesehen von der Frage der Zulässigkeit eines solchen Verlangens (Stichwort: Aushorchen), wäre zu berücksichtigen, daß die Konkretheit der Auskunft von der Konkretisierung des Auskunftsverlangens abhängig ist (*Schaaf*, Hauptversammlung, E II Rn 615c; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 249).

Eine besondere Form der Auskunft ist die Rechenschaft, als besondere, genauere Art der Auskunft.[503] Den rechenschaftspflichtigen Schuldner trifft in besonderem Maße die Pflicht zur Verarbeitung, weshalb die Auskunftspflicht gegenüber der Rechenschaftspflicht vielfach als ein Minus bezeichnet wird.[504] Ist der Schuldner darüber hinaus verpflichtet, die Rechenschaft im wesentlichen durch Rechnungslegung zu geben, enthält § 259 BGB hinsichtlich der Verarbeitungslast eine allgemeingültige Regelung. Zu eng ist es hingegen, unter Auskunft lediglich die auf Anfrage erteilte Unterrichtung zu verstehen.[505] Vielmehr trifft den Schuldner einer jeden Auskunftspflicht neben der Pflicht zur Selektion auch die zur Aufbereitung und Verknüpfung der zu kommunizierenden Zeichen.

aa. Selektion, Verknüpfung und Aufbereitung

Die thematische Begrenzung durch das Auskunftsverlangen erfordert zuvörderst eine entsprechende Selektion der zu übermittelnden Daten aus dem Wissensreservoir des Schuldners. Das Auswahlermessen verhält sich dabei reziprok zur Konkretisierung der Frage. Je genauer das Auskunftsverlangen konkretisiert ist, desto weniger liegt es im Ermessen des Schuldners, die Relevanz bestimmter Daten und deren Mitteilungsbedürftigkeit zu beurteilen. Weil aber fast immer ein Auswahlermessen verbleibt, darf oder muß – dies hängt von der Sichtweise ab – der Schuldner entscheiden, welche Tatsachen dem Gläubiger mitzuteilen sind. Er kann die Leistungserfüllung nicht einfach durch Mitteilung all seines Wissens,[506] sondern nur durch Kommunikation von Daten

503 BGHZ 93, 327, 329 f. [Thermotransformator]; BGHZ 126, 109, 113 (Gleichsetzung von Auskunft und Rechnungslegung); OLG Düsseldorf WM 1991, 2148, 2151 = AG 1992, 34 [Deutsche Depeschendienst AG]; *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 21; *Heinrichs*, in: Palandt, § 261 Rn 1; *Stürner*, Aufklärungspflicht, S. 356 ff.; *Rogge*, in: Benkard, § 139 Rn 92.504 *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 21; *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 260 Rn 8; *Wolf*, in: Soergel, § 260 Rn 18.

505 So etwa im Sozialrecht, wenn unter Auskunft i.S.v. § 15 SGB I primär die Benennung des richtigen Sozialleistungsträgers verstanden wird (*Mrozynski,* SGB-I, § 15 Rn 1). Für die Allgemeingültigkeit dieser Bedeutung wohl *Hadding*, in: FS Schimansky, 1999, S. 67, 74.

506 *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 122. Aus diesem Grund überzeugen die neu vorgesehenen Verweigerungstatbestände in § 131 Abs. 3 Nr. 8 und 9 E-AktG (UMAG) nicht in jeder Hinsicht. Zwar kann eine Auskunft inhaltlich verweigert werden, wenn die nachgefragten Informationen schon kommuniziert sind. Dies ist zwingend, weil insoweit ein anzuerkennendes Informationsbedürfnis nicht (mehr) besteht. Daraus folgt aber nur, daß der Schuldner den *Inhalt* nicht zu wiederholen braucht. Eine Verweigerung der *Inhalts*wiederholung ist jedoch nur zulässig, soweit der Schuldner im übrigen seine aus der generellen Auskunfstpflicht resultierende Verarbeitungslast erfüllt oder es darauf nicht mehr ankommt, weil der Gläubiger eine entsprechende Verarbeitung selbst vorgenommen hat. Konkret heißt dies, daß der Vorstand den Aktionär, will er von § 131 Abs. 3 Nr. 8 oder Nr. 9 E-AktG (UMAG) Gebrauch machen, konkret auf die vorab erteilte Information inklusive Fundstelle verweisen muß. Anderenfalls wird das Auskunfstrecht des Aktionärs über die neuen Verweigerungstatbestände zu einem zweitklassigen Einsichtsrecht degra-

mit (engem) thematischem Bezug zum Auskunftsverlangen herbeiführen. Das Gebot zur Selektion, als Ausdruck der Rücksichtnahme auf die begrenzte Verarbeitungskapazität des Gläubigers, findet sich dabei verschiedentlich auch ausdrücklich[507] oder konkludent[508] in Auskunftstatbeständen verankert. Letztlich handelt es sich dabei um eine Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben in Form des Gebotes der Rücksichtnahme auf die Belange der Gegenseite.[509] In quantitativer Hinsicht muß der Umfang der Auskunft auf ein Maß begrenzt sein, so daß, orientiert am maßgeblichen Empfängerhorizont, eine zeitnahe und zumutbare Aufnahme der kommunizierten Zeichen möglich ist. Um dennoch die gebotene Entscheidungssicherheit zu erzielen, setzt dies eine Konzentration auf die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte (qualitative Selektion) voraus. Durch konkretisierendes Nachfragen kann der Gläubiger den Themenbereich jedoch eingrenzen, erweitern oder verschieben, sein Problemverständnis Stück für Stück ausbauen und damit letztlich den Prozeß des Verstehens seinen Belangen entsprechend steuern.

Zudem fördert die aufgrund der Selektion erforderliche, an der Fragestellung orientierte Datenaufbereitung und -verknüpfung die Verständlichkeit und Aussagekraft der kommunizierten Zeichen. Der Gläubiger muß sich nicht mit den Rohdaten befassen, sondern bekommt diese in Abstimmung auf sein Informationsverlangen aufbereitet kommuniziert. Verständnis und Aussagekraft können insbesondere dadurch gesteigert werden, daß der Informant undokumentiertes Wissen einbezieht oder inhaltliche Querverbindungen zu anderen Themenbereichen herstellt, die aus den Rohdaten so – auch bei Einsicht in die Unterlagen des Schuldners – nicht erkennbar sind, der Reduktion von Entscheidungsunsicherheit jedoch zuträglich sind. Es drängt sich somit die Frage auf, ob der Schuldner nicht generell verpflichtet ist, über die Grenzen des Auskunftsverlangens hinaus Querverbindungen zu ziehen, wenn diese offensichtlich oder auch nur möglicherweise geeignet sind, die Verständlichkeit und Aussagekraft der primär eingeforderten Auskunft zu verstärken.[510] Für offensichtlich entscheidungserhebliche Querverbindungen ist dies zu bejahen und zwar auch dann, wenn nicht ausdrücklich danach gefragt worden ist.[511] Besteht hingegen nur die Möglichkeit einer Verstärkung,

diert (**a.A.** wohl *Weißhaupt*, WM 2004, 705, 708 f., der in diesen Fällen den Aktionären die Verarbeitungslast zuweisen will).

507 So etwa in § 64 Abs. 2 UmwG und § 293g Abs. 3 AktG, wenn es dort heißt, daß über die *wesentlichen* Angelegenheiten Auskunft zu geben ist.

508 So etwa bei § 131 Abs. 2 AktG, wonach die Auskunft den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen hat. Dazu zählt nicht nur die Pflicht zur vollständigen, sachgemäßen und zutreffenden Auskunftserteilung (OLG Braunschweig ZIP 1998, 1585, 1591 [VW/Wenger]; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 246; *Hüffer*, AktG, § 131 Rn 21), sondern auch die entsprechende Selektion der zu kommunizierenden Daten.

509 Ähnlich, allerdings allein auf § 131 Abs. 2 AktG bezogen, *Ebenroth*, Auskunftsrecht, S. 125.

510 Ohne Differenzierung ablehnend BGH ZIP 1995, 1256, 1257 f. = AG 1995, 462 f. [Rieter/SSI II); OLG Stuttgart ZIP 2003, 2024, 2026.

511 *Schaaf*, Hauptversammlung, E II Rn 618; *Zöllner*, in: KölnKomm-AktG, § 131 Rn 31.

sollte die Entscheidung darüber im pflichtgemäßen Ermessen des Schuldners liegen, weil der Grad zwischen zweckfördernden und nachteiligen[512] Querverbindungen sehr schmal ist.[513] Besteht die Pflicht, Querverbindungen zu ziehen und aufzuzeigen, geht die Auskunftspflicht in eine Informationspflicht i.e.S. über.[514]

Gesetzliche Konkretisierungen der Verarbeitungslast finden sich in §§ 259 und 260 BGB. Auffällig ist zunächst, daß § 260 Abs. 1 BGB scheinbar von dem Vorhergesagten abweichende Anforderungen stellt. Da das von § 260 BGB rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis im Vergleich z.B. zu § 259 BGB eher als gering eingestuft werden muß – es soll schließlich nur Klarheit und Gewißheit über den Bestand eines Inbegriffs von Gegenständen verschafft werden –, bedarf es nicht mehr als eines Bestandsverzeichnisses. § 260 BGB ist somit eine auf das konkrete Informationsbedürfnis zugeschnittene Spezialregelung,[515] die einer Verallgemeinerung insoweit nicht zugänglich ist und daher nicht im Widerspruch zum Vorhergesagtem steht. Nach § 259 Abs. 1 BGB ist zur ordnungsgemäßen Rechnungslegung eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und/oder Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen. Erforderlich ist dazu neben der Schriftlichkeit eine zweckmäßige und übersichtliche Aufgliederung der einzelnen Abrechnungsposten in Form einer Gegenüberstellung der Einnahmen und Ausgaben.[516] Durch bloße Übergabe der, alle Informationen enthaltenden, Unterlagen, insbesondere Belege etc., kann der Schuldner seine Informationspflicht nicht erfüllen, sondern muß die Daten und Fakten für den Gläubiger in geeigneter Form aufbereiten, also verarbeiten.

bb. Zeit- und Formfaktor

Zeit und Form können bei der Auskunft einen entscheidenden Einfluß auf die Zuweisung der Verarbeitungslast haben. Neben dem generellen Gewicht der Faktoren Zeit und Form[517] ist bei der Auskunft diesbezüglich nämlich zusätzlich zu berücksichtigen, daß das Auskunftsrecht stark von der Möglichkeit geprägt wird, durch gezieltes (Nach-)Fragen Stück für Stück das eigene Problemverständnis zu erweitern. Die Effektivität dieser Vorgehensweise hängt jedoch entscheidend von der Fähigkeit des Auskunft Begehrenden ab, weiterführende Fragen zu stellen. Neben dem Intellekt des

512 Stichwort: unbewußte Irreführung.

513 Für eine tendenziell weite Fassung des Auskunftsthemas und damit wohl indirekt auch für eine Verbindungspflicht *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 361, weil er die wertende Vorzensur durch den Schuldner glaubt vermeiden zu können. Der Aspekt der Verarbeitungskapazität bleibt dabei allerdings unberücksichtigt. Aus der Sicht *Stürners* (grundsätzlich schriftliche Auskunft) ist die Tendenz zur Beschränkung des Auswahlermessens konsequent.

514 Daß es sich in diesen Fällen nicht mehr um Auskunft, sondern um eine Informationspflicht i.e.S. handelt, verkennt LG Berlin AG 1997, 183, 185, wenn es meint, der Vorstand müsse auch ungefragt über bestimmte Umstände *Auskunft* geben.

515 Im Ergebnis ebenso *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 260 Rn 10.

516 *Keller*, in: MünchKomm-BGB, Rn 27 f.

517 Siehe dazu unter C.IV.1.c (S. 117 f).

Nachfragenden kann die Effektivität des Nachfragens erheblich von der zeitlichen Begrenzung des Auskunftsrechts abhängen.[518] Je kürzer die Zeit für die Ausübung des Fragerechts ist, desto weniger wird der Empfänger in der Lage sein, die erteilte Antwort zu verarbeiten und auszuwerten,[519] um anschließend gezielt und darauf aufbauend weiter nachfragen zu können. Der Faktor Zeit hat damit bei der Auskunft in besonderem Maße Einfluß auf den Grad der Verarbeitung der kommunizierten Zeichen durch den Schuldner. Aber auch die Form der zu kommunizierenden Zeichen wird durch den Faktor Zeit vorgezeichnet. Durch die richtige Formwahl (mündlich oder schriftlich/Textform) muß die schnellste und zuverlässigste Unterrichtung des Gläubigers sichergestellt werden.[520] Dabei kann zunächst festgestellt werden, daß dem Begriff »Auskunft« nicht zwingend entnommen werden kann, ob die Antwort mündlich oder schriftlich zu erteilen ist.[521] Für das wohl am meisten untersuchte Auskunftsrecht des Aktionärs (§ 131 Abs. 1 AktG) wird zwar von der grundsätzlichen Mündlichkeit der Auskunft ausgegangen und ein Anspruch auf schriftliche Auskunft abgelehnt.[522] Diese Beschränkung wird man allerdings auf den Umstand zurückführen müssen, daß die Antwort gem. § 131 Abs. 1 AktG *in* der Hauptversammlung gegenüber *allen* Aktionären zu geben ist.[523] Eine schriftliche Antwort scheidet damit vor allem aus praktischen

518 Vgl. dazu ausführlich bereits unter C.IV.1.c (S.117 f.). So ist etwa das Auskunftsrecht des Aktionärs auf den Zeitraum der Hauptversammlung begrenzt.

519 Diesen Aspekt verkennt *Martens*, AG 2004, 238, 245, wenn er zur Verkürzung der Hauptversammlung dafür plädiert, Aukünfte nicht durch mündlichen Vortrag zu erteilen, sondern auf sonstige Weise – also irgendwie textformbasierend – zugänglich zu machen. Praktisch würde dieser Forderung zu einer Versagung des Rechts zum Nachfragen führen und daß ein Großteil der textformbasierenden Auskünfte keinen Eingang in den Entscheidungsprozeß der Aktionäre findet. Die Verfügbarkeit von Daten und Fakten kann nämlich nicht mit deren Rezeption gleichgestellt werden. Auf letzters kommt es aber nach Sinn und Zweck von Information als Mittel zur Verringerung von Entscheidungsunsicherheit an. Untauglich ist zudem der pauschale Verweis auf den Einsatz moderner Kommunikationsmittel als scheinbares »Allheilmittel« (so aber offenbar die Einschätzung von *Martens*, AG 2004, 238, 244). In der Hauptversammlung selbst ist es praktisch nämlich kaum möglich, den »kollektiven Zugriff auf die von dem einzelnen Aktionär verlangte Auskunft« mittels moderner Kommunikationsmittel (z.B. durch Infoterminals) bei mehreren tausend Aktionären sicherzustellen. Moderne Kommunikationsmittel sind damit nur im Vorfeld einer Hauptversammlung sinnvoll einsetzbar.

520 Andeutend BGHZ 101, 1, 16.

521 Grundsätzlich für schriftliche Auskunft *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 340.

522 Ganz allgemeine Auffassung BGHZ 101, 1, 15; BGHZ 122, 211, 236; *Decher*, in: Großkomm-AktG, § 131 Rn 92 f. Der Grundsatz der Mündlichkeit wird durch die Begrüdnung des RegE eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) bestätigt (S. 28; weitergehend sogar *Martens*, AG 2004, 238, 244, der das Informationsverhalten der Gesellschaft auf ihrer Hauptversammlung sogar gegenübe der bisherigen Rechtslage für restringiert hält.).

523 Zutreffend beschreibt *Martens*, AG 2004, 238, 244 Sinn und Zweck des Mündlichkeitsprinzips der Hauptversammlung damit, daß es gewährleisten soll, daß jeder Aktionär die vom Vorstand erteilte Auskunft erfährt und sie zur Grundlage seines Abstimmungsverhal-

Gründen grundsätzlich aus.[524] Der Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) läßt nunmehr in § 131 Abs. 3 Nr. 9 i.V.m. Abs. 6 E-AktG ausdrücklich in engen Grenzen die Möglichkeit einer schriftlichen Auskunftserteilung etwa auf der Internetseite des Unternehmens im Vorfeld der Hauptversammlung zu.[525] Im übrigen verbietet sich eine allgemeine Aussage zur Form. Sie hängt vielmehr sehr vom Einzelfall ab. Zu beachten sind im Einzelfall folgende Gesichtspunkte: Bei der mündlichen Auskunft bestehen dem Grunde nach keine Möglichkeiten zum Nachlesen, sonstiger Nachbereitung der Antwort oder Hinzuziehung (sachverständiger) Dritter.[526] Zwar kann sich der Gläubiger durch Mitschrift eine derartige Grundlage in eigener Verantwortung schaffen, doch beschränkt dies wiederum seine aktuelle Verarbeitungskapazität. In Grenzen versprechen hier technische Neuerungen Milderung, insbesondere die automatische Spracherkennung zur Erstellung einer Mitschrift. Allerdings tun sich auch für die Technik unüberwindliche Grenzen auf, wenn das Auskunftsrecht zeitlich beschränkt ist. In diesen Fällen hilft die nachträgliche Aufbereitungsmöglichkeit anhand der erstellten Mitschriften nämlich nicht darüber hinweg, daß Anschlußfragen nicht mehr gestellt werden können. Bei der mündlich erteilten Auskunft ist daher der geringeren Aufnahme- und Verarbeitungsfähigkeit durch eine zusätzliche Selektion auf die als relativ am wichtigsten erscheinenden Daten Rechnung zu tragen.[527] Eine schriftliche Auskunft kann hingegen quan-

tens machen kann. In diesem Zusammenhang spricht er treffend vom »kollektiven Zugriff auf die von dem einzelnen Aktionär verlangte Auskunft«.

524 *Heidel*, in: AnwKomm-AktG, § 131 Rn 24; diesen Ausschlußaspekt andeutend auch *Decher*, in: Großkomm-AktG, § 131 Rn 93, wenn er eine Einsichtnahme als Antwort zuläßt, wenn dazu allen Aktionären während der Hauptversammlung Gelegenheit gegeben wird.

525 Entgegen der Begründung des RegE (S. 28) und *Seibert/Schütz*, ZIP 2004, 252, 256 beschränkt sich die Möglichkeit der textformbasierenden Auskunft nach der insoweit eindeutigen Systematik des Gesetzentwurfes auf das Vorfeld einer Hauptversammlung (*Martens*, AG 2004, 238, 244). Gem. §131 Abs. 6 S. 3 2. HS E-AktG sind die Antworten »wie die Fragen zugänglich zu machen«. Nach S. 3 1. HS sind die Fragen aber bis spätestens drei Tage *vor* und während der Hauptversammlung auf der Internetseite der Gesellschaft zugänglich zu machen. Im Umkehrschluß ist damit eine erstmalige Beantwortung von Fragen in der Hauptversammlung nur mündlich zulässig (*Martens*, AG 2004, 238, 244).

526 Zur Vergänglichkeit der Erklärung als entscheidendes Abgrenzungskriterium der mündlichen von der schriftlichen Erklärung *Roth/Groß*, K&R 2002, 127, 130. Diesen Aspekt betont auch BGHZ 124, 199, 204, wenn die Auskunft über die Bewertung des Abfindungsanspruchs gegenüber dem ausgeschiedenen LPG-Mitglied schriftlich zu erfolgen hat, damit dieser in den Stand gesetzt wird, einen Sachverständigen zur Prüfung hinzuziehen zu können.

527 OLG Stuttgart AG 2001, 540, 542 [Daimler Chrysler AG]. § 64 Abs. 2 UmwG und § 293g Abs. 3 AktG ordnen an, daß sich der Auskunftsanspruch auch auf die wesentlichen Angelegenheiten des anderen Vertragsteils bezieht. Darin wird zu Recht allgemein eine Erweiterung des Auskunftsanspruchs des Aktionärs gegenüber § 131 Abs. 1 AktG gesehen (dazu nur *Grunewald*, in: Lutter-UmwG, § 64 Rn 6 und *Altmeppen*, in: MünchKomm-AktG, § 293g Rn 9 ff.). Dennoch enthalten diese Normen auch eine – vom Gesetzgeber

titativ umfangreicher und damit auch in qualitativer Hinsicht weniger selektiv sein, weil es keiner so starken Komprimierung bedarf. Eine schriftliche Auskunft kommt daher vorrangig in Betracht, wenn eine Fülle an Daten und Fakten zur Erfüllung des Informationsbedürfnisses notwendig ist.[528] Die schriftliche Auskunft stößt allerdings auf ihre Grenzen, wenn das mit der Auskunft verbundene Fragerecht zeitlich begrenzt ist. Beim Umfang des Schriftstücks muß deshalb darauf geachtet werden, daß die Möglichkeit zur Stellung von Anschlußfragen nach Durcharbeitung des Schriftstücks noch nicht durch Zeitablauf verstrichen ist.[529]

Im Ergebnis führt die Pflicht des Schuldners zur Auskunft tendenziell zu einer verstärkten Zuweisung der Verarbeitungslast zu Ungunsten des Schuldners. Er ist damit über den allgemeinen Wendepunkt hinaus zur Verarbeitung verpflichtet. Dieser Effekt wird bei einer gebotenen mündlichen Mitteilung verstärkt.

cc. Vor- und Nachteile

Aus Sicht des Gläubigers ergeben sich die *Vorteile* der Auskunft aus der umfänglichen Pflicht des Schuldners zur Verarbeitung. Neben der dadurch eintretenden allgemeinen Entlastung des Gläubigers ist das Auskunftsrecht besonders geeignet, wenn Informationen durch Einsicht in Akten und Unterlagen nur schwer oder gar nicht erschlossen werden können oder wenn es überhaupt an Informationsträgern fehlt, weil die Unterlagenerstellung nicht selbstverständlich ist.[530] *Nachteil* des Auskunftsrechts ist wegen der notwendigen Verarbeitung die damit zwangsläufig verbundene Bewertung der Daten. Problematisch wird dies besonders dann, wenn die Bewertung für den Gläubiger nicht erkennbar ist. Zudem kann der Gläubiger nie mit letzter Sicherheit ausschließen, daß der Informant Daten von der Weitergabe ausgeschlossen hat.[531] Die Pflicht zur Selektion ist damit für den Gläubiger ein zweischneidiges Schwert: Einerseits befreit sie ihn von der Auswahl der (besonders) entscheidungsrelevanten Informationen; andererseits führt sie zu einer Abhängigkeit von der (subjektiven) Auswahlentscheidung des Schuldners. Der Schuldner kann unbewußt oder bewußt Feinheiten verwischen.[532] Im schlimmsten Fall kann dieser durch geschickte Selektion in Kombination mit passenden Formulierungen den Gläubiger in die Irre führen und einen Zustand herbeiführen, der umgangssprachlich zutreffend als des- oder fehlinformiert charakterisiert wird.

wohl eher unbewußt verordnete – Pflicht zur Beschränkung auf die wesentlichen Angelegenheiten.

528 OLG Düsseldorf GmbHR 1991, 18 f.; *K. Schmidt*, in: Scholz, § 51a Rn 23; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 51a Rn 22; *Römermann*, in: Michalski, § 51a Rn 155.

529 *Heidel*, in: AnwKomm-AktG, § 131 Rn 23.

530 *Wegener*, in: HK-UIG, § 4 Rn 21; *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 123.

531 *Wischenbart*, Informationsbedarf, S. 36; *Turiaux*, UIG, § 4 Rn 17; *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 123.

532 *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 123; *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 341.

Außerdem bedarf es immer schon einer gewissen Problemsensibilisierung und eines Grundwissens, um überhaupt eine (präzisierte) Frage stellen zu können.[533]

Für den Schuldner liegen die *Vorteile* vor allem in der Selektion. Er kann damit geheimhaltungsbedürftige Daten und Fakten von der Kenntnisnahme durch den Gläubiger ausschließen, ohne damit zwangsläufig gegen seine Pflicht zur Informationsleistung zu verstoßen.[534] *Nachteilig* können sich der mit der Selektion verbundene Arbeitsaufwand sowie die Inanspruchnahme von Ressourcen für die eigentliche Auskunftserteilung auswirken.

b. *Einsicht*

Das Recht auf Einsicht unterscheidet sich von dem auf Auskunft zum einen dadurch, daß die Leistungserfüllung primär ein passives Tun erfordert. Zum Zeitpunkt der Fälligkeit schuldet der Informant lediglich die Gewährung des Zugangs zu vorhandenen Unterlagen. Gegebenenfalls ist er allerdings verpflichtet, Unterlagen von Dritten zu beschaffen.[535] Zum anderen werden die einsichtspflichtigen Unterlagen in aller Regel vor Geltendmachung eines Informationsanspruchs erstellt.[536] Aufgrund dieser zeitlichen Vorverlagerung aktiven Handelns könnte es erforderlich sein, die Zuweisung der Verarbeitungslast abweichend vom Ausgangspunkt wie in Abbildung 1 dargestellt[537] zu regeln. Eine solche erforderliche oder gebotene Abweichung soll nachfolgend untersucht werden. Weil eine Rücksichtnahme auf den später Berechtigten offensichtlich nur dann geboten ist, wenn die Unterlagenerstellung zumindest auch in seinem Interesse erfolgt, soll zunächst dieser Vorfrage nachgegangen werden.

aa. Unterlagenerrichtung im Interesse des Anspruchstellers?

Eine Zuweisung der Verarbeitungslast an den Schuldner setzt zunächst ganz allgemein voraus, daß die Errichtung der Unterlagen zumindest auch im Interesse des Einsichtsberechtigten erfolgt. Fehlt es bereits daran, sind keine Gründe ersichtlich, die eine besondere Rücksichtnahme auf den Gläubiger und damit eine Verschiebung der Verarbeitungslast zu Lasten des Schuldners rechtfertigen können. Für die Frage, wann die Unterlagenerstellung auch im Interesse des Gläubigers erfolgt, lassen sich grundsätzlich drei verschiedene Fallgruppen unterscheiden: Erstens, daß ein Anspruch auf Unterlagenerstellung besteht, zweitens, daß lediglich eine dahingehende Pflicht besteht und drittens, daß die Unterlagenerrichtung im freien Ermessen des Schuldners steht.

533 *Wischenbart*, Informationsbedarf, S. 36.
534 Vgl. dazu E.II.6.a.aa (S. 294 f.).
535 Ausführlich dazu E.II.1 (S. 275 ff.).
536 Vgl. ausführlich dazu bereits unter C.II.1.c.aa(2) (S. 60 f.).
537 Siehe S. 122.

1. Fallgruppe

Die Errichtung der Unterlagen erfolgt zumindest auch im Interesse des Einsichtsberechtigten, wenn dieser einen dahin gehenden Anspruch gegen den Einsichtsverpflichteten hat. Dies folgt bereits per se aus dem Anspruchsverständnis. Dabei kann weiter nach dem Anspruchsgrund unterschieden werden.

Zum einen kann ein Anspruch aus der Norm folgen, die den Schuldner zur Unterlagenerstellung verpflichtet. Voraussetzung wäre, daß die objektiv-rechtliche Pflicht zur Erstellung der Unterlagen mit der dem Gläubiger durch dieselbe Rechtsnorm zuerkannten Rechtsmacht korrespondiert, aufgrund derer er zur Verfolgung eigener Interessen vom Verpflichteten die Erstellung der Unterlagen zu fordern berechtigt ist.[538] Grundsätzlich unerheblich ist dabei die Natur der Pflicht als privat- oder öffentlich-rechtliche. Denn sowohl im privat-rechtlichen als auch im öffentlich-rechtlichen Bereich begründet ein subjektives Recht die Rechtsmacht, zur Befriedigung eigener Interessen ein Tun, Dulden oder Unterlassen fordern zu können.[539] Schwierigkeiten bereitet allerdings seit je her die Einstufung einer Norm als Vermittlerin subjektiver Rechte. Besonders im öffentlich-rechtlichen Bereich fand dazu eine intensive Auseinandersetzung statt. Aufgrund der zahlreichen und umfassenden Spezialliteratur zu diesem Thema braucht auf diese Abgrenzungsfrage vorliegend nicht weiter eingegangen zu werden, zumal sie für jede Norm separat vorzunehmen ist. Für die hier interessierende Problemlage sei zur Bewältigung der Abgrenzung nur Folgendes gesagt: Informationsrechtliche Besonderheiten und daraus die folgenden Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich aus der »Zweistufigkeit« der Einsichtsgewährung. Während subjektive Rechte gewöhnlich unmittelbar der Erreichung eines Primärziels dienen – etwa der Übergabe- und Übereignungsanspruch des Käufers gegen den Verkäufer (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) –, soll ein Anspruch auf Unterlagenerstellung nur die prinzipielle Durchsetzbarkeit des eigentlichen Hauptziels – die Einsichtnahme – sicherstellen. Aufgrund dieser Hilfs- oder Brückenfunktion der Unterlagenerstellung könnte es nahe liegen, den Vorteil des Einzelnen aufgrund von Normen, die eine entsprechende Pflicht anordnen, lediglich als Rechtsreflex, nicht aber als rechtlich geschütztes Interesse einzuordnen. So wäre beispielsweise zu überlegen, ob die allgemeine Pflicht[540]

538 Zum subjektiv-öffentlichen Recht *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 8 I 1 Rn 2; zum privaten subjektiven Recht *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 14 II 1 Rn 11 ff., mit Betonung auf die der Willensmacht unterliegende Rechtsmacht als entscheidendes Kriterium.

539 *Maurer*, Verwaltungsrecht, § 8 I 1 Rn 2.

540 Die Pflicht der Verwaltung zur Aktenführung ergibt sich daraus, daß eine Vollziehung der Gesetze ohne Dokumentation nicht denkbar ist. Den Akten kommt damit eine die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sichernde Dokumentationsfunktion zu. BVerfG NJW 83, 2135; BVerwG NVwZ 88, 621, 622; VGH Bad.-Württ. DVBl. 1995, 1358, 1359; Kopp/*Ramsauer*, VwVfG, § 29 Rn 11; *Clausen*, in: Knack, § 29 Rn 7. Das BVerfG NJW 1983, 2135 weißt daraufhin, daß die Aktenführung neben der Gewährung fortlaufender Kenntnis der vollziehenden Gewalt zugleich auch im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen erfolgt, um ihm die effektive Verfolgung rechtlich geschützter Ansprüche zu ermöglichen. Deshalb könnte für Bereiche der Verwaltung, die keinen Bezug zu rechtlich

zur Aktenführung in der Verwaltung – zumindest auch – dazu bestimmt ist, den Verfahrensbetroffenen Einsichtsrechte zu gewähren. Ähnlich verhält es sich mit der Pflicht zur Führung von Handelsbüchern (§§ 238 f. HGB). Sind sie – zumindest auch – dazu bestimmt, das Recht auf Einsicht des oHG-Gesellschafters gem. § 118 HGB zu gewährleisten?[541] Beruht die Verpflichtung zur Unterlagenerstellung auf einer öffentlich-rechtlichen Pflicht, ergeben sich zusätzliche Abgrenzungsschwierigkeiten daraus, daß diese Pflichten zur Unterlagenerstellung häufig dem Funktionen- bzw. Institutionenschutz dienen. In diesen Fällen stellt sich in besonderem Maße die Frage, ob die Normen – zumindest auch – dem Schutz der Interessen Einzelner dienen sollen. Resultiert hingegen die Pflicht zur Unterlagenerstellung aus einer privatrechtlichen Verpflichtung, kann nur in seltenen Fällen ein subjektives Recht auf Unterlagenerstellung verneint werden. Wurde eine dahingehende Pflicht ausdrücklich vertraglich begründet, steht dies außer Zweifel. Fehlt es aber an einer ausdrücklichen Begründung, *kann* die Pflicht zur Unterlagenerstellung aus den sogenannten »zivilrechtlichen Buchführungspflichten« folgen.[542] Zu diesen zählen vor allem die Pflicht zur Rechnungslegung als (Teil-)Bewirkung der Rechenschaftspflicht bei der Verwaltung fremden Vermögens[543] sowie die Gewinn- oder Umsatzbeteiligungspflicht.[544] Die so begründete Schuld zur Unterlagenerstellung ist unmittelbare (Neben-)Pflicht des gesetzlichen oder vertraglichen Schuldverhältnisses.[545]

geschützten Ansprüchen von Dritten haben, der Charakter der Aktenführungspflicht als subjektives Recht fraglich sein.

541 Es besteht nahezu Einigkeit in der Einschätzung der Buchführungspflicht als öffentlich-rechtliche, auf die Wahrung der Allgemeinheit gerichteten Pflicht. BGHZ 125, 366, 377 f.; monographisch *Icking*, Handelsbilanzrechts, S. 166 ff.; *Hüffer*, in: Staub, § 238 Rn 2 f.; *Winnefeld*, Bilanzhandbuch, A Rn 10; Baumbach/*Hopt*, HGB, § 238 Rn 4; *Wiedemann*, in: E/B/J, § 238 Rn 1. Den Individualbezug zu Gesellschaftern ausdrücklich verneinend *Hüffer*, in: Staub, § 238 Rn 4 und 73. Die in den §§ 238 f. HGB angeordnete Buchführungspflicht hat die Besonderheit, daß die Pflicht auch durch die öffentliche Gewalt nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann. Der Pflichtige kann nur mittelbar zur Buchführung gezwungen werden (vgl. dazu *Hüffer*, in: Staub, § 238 Rn 5 und 64 ff.). Ausdrücklich verneinend ein Recht auf Erstellung eines Jahresabschlusses OLG Hamburg NZG 2004, 715 (stille Gesellschaft) unter Berufung auf die öffentlich-rechtliche Natur der handels- und steuerrechtlichen Buchführungsplfichten.

542 Baumbach/*Hopt*, HGB, § 238 Rn 6; *Hüffer*, in: Staub, § 238 Rn 73; *Selb*, in: Staudinger, § 259 Rn 12.

543 BGH NJW 1986, 59, 61 (Dokumentationspflicht des Zwangsverwalters). § 259 Abs. 1 BGB (allgemein), §§ 662, 666, 675, 713 BGB (für den Beauftragten, Geschäftsbesorger, geschäftsführenden Gesellschafter), §§ 666, 681 BGB (Geschäftsführer ohne Auftrag), §§ 1840 ff BGB (Vormund), § 1985 BGB (Nachlaßverwalter), §§ 2215, 2218 BGB (Testamentsvollstrecker); **a.A.** *Druey*, Information, S. 228, »Rechenschaft heisst abliefern, also nicht Informationen sammeln, sondern verfügbare weitergeben. «

544 RGZ 103, 71, 72. Zu nennen sind Lizenz-, Darlehns- oder Dienstvertrag.

545 *Hüffer*, in: Staub, § 238 Rn 73.

Zum anderen könnte ein Anspruch auf Unterlagenerstellung möglicherweise auch aus dem Anspruch auf Einsicht selbst folgen.[546] Von praktischer Bedeutung ist diese Fallgruppe vor allem dann, wenn eine ausdrückliche gesetzliche oder vertragliche Pflicht zur Unterlagenerstellung fehlt. In derartigen Fällen wäre jedes Recht auf Einsicht nur formaler Natur, weil es mangels einsichtspflichtiger Unterlagen materiell entwertet ist, es würde schlicht leerlaufen. Die denkbare Konsequenz, vom Recht auf Einsicht auf eine korrespondierende Pflicht oder sogar einen Anspruch zu schließen, entspricht allerdings nicht der gesetzlichen Wertung der Einsichtsrechte.[547]

Einleuchtend ist dies zum einen, wenn das Recht auf Einsicht ausdrücklich unter dem Vorbehalt steht, daß Unterlagen existieren. Das Einsichtsrecht steht dann unter der »aufschiebenden Bedingung« der Unterlagenexistenz. So entspricht es beispielsweise ständiger Rechtsprechung[548] und herrschender Meinung in der Literatur[549] zum Personengesellschaftsrecht, daß das Einsichtsrecht eines Gesellschafters auch auf private Unterlagen der anderen Gesellschafter zu erstrecken ist, wenn darin Geschäftsvorgänge der Gesellschaft dokumentiert sind. Es besteht aber nur dann und soweit, als Privatunterlagen über Geschäftsvorgänge überhaupt angefertigt worden sind. Zur Anfertigung derartiger Unterlagen ist der einzelne Gesellschafter hingegen nicht verpflichtet.[550] Zum anderen leuchtet dies ebenso ein, wenn das Einsichtsrecht auch Unterlagen umfaßt, die von Dritten erstellt worden sind. Hier kann dem Einsichtsverpflichteten keine Pflicht zur Erstellung auferlegt werden. In Betracht kommt allerdings eine solche zur Aufbewahrung[551] bzw. Beschaffung.[552]

546 So wohl *Wohlleben*, Informationsrecht, S. 137, wenn er von der Informationsbeschaffungspflicht als Annex des Einsichtsrechts im speziellen und allgemein der Informationsbefugnis spricht. **A.A.** *K. Schmidt*, in: MünchKomm-HGB, § 166 Rn 8: Der Kommanditist hat weder gegen die Gesellschaft noch gegen die Komplementäre ein Anspruch auf Unterlagenerstellung.

547 Eine »Ausnahme« macht § 29 VwVfG, der nach allgemeiner Ansicht auch eine Pflicht der Verwaltung zur Aktenführung begründet (Nachweis in Fn. 540). Zu beachten ist allerdings, daß § 29 VwVfG insoweit nur die einfachgesetzliche Konkretisierung allgemeiner Grundsätze ist, die aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip abgeleitet werden. Abhilfe schafft hier auch nicht die Möglichkeit einer Beweislastumkehr aufgrund fehlender Dokumentation, weil dazu zunächst eine Pflicht zur Dokumentation bestehen müßte (BGH NJW 1986, 59, 61; *Hirte*, Berufshaftung, S. 32.

548 ROHGE 6, 296, 297 f.; RGZ 103, 71, 73; BGH BB 1970, 187.

549 *Ulmer*, in: Staub, § 118 Rn 19; *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 119; *von Gerkan*, in: Röhricht/Graf von Westphalen, 2001, § 118 Rn 6.

550 Vgl. zur Aufbewahrungspflicht E.II.4 (S. 287 ff.).

551 Von den Fällen gesetzlicher Aufbewahrungspflicht abgesehen, verneint BGH NJW 1989, 2974 (keine Befundsicherungspflicht einer Hochschule), eine dahingehende Pflicht. Ebenso OVG Schleswig, Beschluß v. 16.8.1996, AZ: 3 M 51/96, wenn es ausführt: »Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, § 4 Abs. 3 Nr. 2 FPersG dahingehend auszulegen, daß sich die Vorlagepflicht nur auf jene Unterlagen erstreckt, zu deren Aufbewahrung das Unternehmen gesetzlich verpflichtet ist.«

552 Vgl. dazu auch E.II.3.b.cc (S. 284 f.).

Auch in den übrigen Fällen gilt nichts anderes, als daß dem Recht auf Einsicht keine Pflicht zur Unterlagenerstellung korrespondiert. Dem Grunde nach folgt dies schon aus dem passiven Charakter des Einsichtsrechts.[553] Dieser würde verdrängt, wenn neben dem passiven Gewährenlassen auch eine Pflicht zur aktiven Erstellung der Unterlagen bestünde. Zudem wäre nicht sinnvoll zu erklären, warum die Rechtsordnung vielfach eine Pflicht zur Unterlagenerstellung anordnet, obwohl aus Einsichtsrechten eine identische Pflicht folgen soll. Der Klarheit wegen könnte man sich auf die Gewährung von Einsichtsrechten beschränken.[554] Weil eine solche Beschränkung jedoch nicht erfolgt, sondern neben dem Recht auf Einsicht in der überwiegenden Zahl der Fälle auch eigens eine Pflicht zur Unterlagenerstellung ausdrücklich angeordnet wird, muß von der grundsätzlichen Unabhängigkeit beider voneinander ausgegangen werden. Ist Rechtsgrundlage des Rechts auf Einsicht eine Norm, setzt das Gesetz die Existenz der einsichtspflichtigen Unterlagen voraus[555] oder gewährt das Recht nur unter Vorbehalt.[556] Wollte man hingegen aus dem Recht auf Einsicht auf eine Pflicht oder sogar einen Anspruch auf Unterlagenerstellung schließen, würden sich vielfach Verwerfungen aufzeigen. So steht beispielsweise die Errichtung des Inventars gem. § 1994 Abs. 1 BGB selbst dann im Belieben des Erben,[557] wenn der nach § 2010 BGB einsichtsberechtigte Nachlaßgläubiger beim Nachlaßgericht einen Antrag auf Inventarerrichtung gestellt hat. Diese gesetzliche Wertung würde unterlaufen, wenn aus dem Recht auf Inventareinsicht zumindest eine Pflicht zur Inventarisierung folgt. Im Bereich des öffentlichen Rechts könnte dies sogar zur Verschiebung von Kompetenzen innerhalb der und zwischen den einzelnen Behörden und Staatsgewalten führen. Das Recht auf Einsicht reicht damit nur soweit, wie tatsächlich einsichtspflichtige Unterlagen vorhanden sind.[558] Fehlt es daran, weil sie nicht erstellt worden sind,[559] kann aus dem Recht auf

553 BGHZ 14, 53, 59.

554 In Fällen, in: denen allein eine Pflicht zur Unterlagenerstellung begründet werden soll, macht die Trennung freilich auch aus anderen Gründen Sinn.

555 Deutlich zeigt sich dies etwa bei den Einsichtsrechten in Registerakten. Die entsprechenden Normen setzen die Existenz der Register und damit der einsichtspflichtigen Unterlagen voraus. In der Begründung des Entwurfs eines Informationsfreiheitsgesetzes heißt es in diesem Zusammenhang auf S. 19: »Der in § 2 Nr. 1 definierte Begriff der amtlichen Informationen impliziert, dass es sich um bereits vorhandene Informationen handeln muss. Demgegenüber verpflichtet der Informationszugangsanspruch die Behörden nicht, sich die nachgefragten Informationen überhaupt erst zu beschaffen«. **A.A.** scheinbar *Hüffer*, in: Staub, § 238 Rn 73, der zwar auch davon ausgeht, daß Einsichtsrechte, insbesondere §§ 118, 166, 233 HGB, die Führung von Büchern voraussetzen. Er geht aber offensichtlich einen Schritt weiter und leitet aus dem Recht auf Einsicht selbst eine zivilrechtliche Buchführungspflicht ab. Eine solche kann aber nur aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis folgen.

556 Beispielsweise § 810 BGB, § 2010 BGB.

557 RGZ 129, 239, 243 f.; *Siegmann*, in: MünchKomm-BGB, § 1994 Rn 10; *A. Stein*, in: Soergel, Vor. § 1993 Rn 2 und § 1994 Rn 1. Die Inventarerrichtung ist lediglich Obliegenheit und kann nicht eingeklagt werden. Der Rechtsnachteil bei Nichterstellung des Inventars besteht in der Unbeschränkbarkeit der Haftung des Erben auf den Nachlaß.

558 *Turiaux*, UIG, §§ 2, 3 Rn 37.

Einsicht weder ein Erfüllungs- noch Schadenersatzanspruch hergeleitet werden. In diesen Fällen läuft das Informationsmittel Einsicht leer. Unbilligkeiten sind dennoch nicht zu befürchten, weil der Anspruch auf Information weiterhin durchsetzbar und erfüllbar ist. Denn entsprechend der These vom einheitlichen Recht auf Information kann der Gläubiger auf die anderen Informationsmittel, insbesondere die Auskunft zurückgreifen.[560]

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob, wenn aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung, vertraglicher Vereinbarung, Übung oder üblicher Sitte der betroffenen Verkehrskreise eine Pflicht zur Unterlagenerstellung besteht[561], daraus ein Anspruch auf Erfüllung bzw. ein solcher auf Schadenersatz bei Nichtbeachtung begründet werden kann.[562]

Die Versagung einer Pflicht zur Unterlagenerstellung aufgrund eines Rechts auf Einsicht ist auch ohne die These vom einheitlichen Recht auf Information nicht dem Vorwurf der Unbilligkeit ausgesetzt. In der überwiegenden Zahl der Fälle wird das Einsichtsrecht durch entsprechende gesetzlich statuierte Pflichten zur Unterlagenerstellung, und diese werden wiederum durch staatliche[563] oder individuelle[564] Sanktionsmöglichkeiten flankiert. Soweit es an gesetzlichen Pflichten fehlt, bleibt es den Parteien unbenommen, diese rechtsgeschäftlich zu begründen. In den verbleibenden Fällen muß die Abstraktheit von Einsicht und Unterlagenerstellung als gesetzgeberische Grundwertung akzeptiert werden. Keine Ausnahme, sondern konsequente Umsetzung des Verständnisses der These vom einheitlichen Recht auf Information,[565] stellt die insbesondere im Gesellschaftsrecht diskutierte Frage dar, ob bei fehlenden Unterlagen neben dem Recht auf Einsicht ergänzend (ausnahmsweise) ein solches auf Auskunft bestehen kann.[566] Hier wird nämlich nicht die Abstraktheit von Einsicht und Un-

559 Sind Unterlagen zunächst erstellt worden, diese aber nachträglich beiseite geschafft, vernichten oder ist anderweitig Unmöglichkeit nach § 275 BGB herbeigeführt worden, kommen freilich Erfüllungs- und Schadenersatzansprüche unmittelbar aus dem Recht auf Einsicht in Betracht.

560 Vgl. ausführlich dazu unter D.II. (S. 180 ff.).

561 Nach RGZ 103, 71, 72 entspricht es der üblichen Sitte der Kaufleute, Bücher zu führen.

562 Zum Erfüllungsanspruch des Patienten auf Dokumentation *Dolle*, Dokumentations- und Befundsicherungspflichten, S. 86 ff., der den Anspruch auf Erfüllung auch allgemein für solche Dokumentationspflichten bejaht, die Folge einer Rechenschaftspflicht des Schuldners sind.

563 Register für Handelssachen § 125a FGG, §§ 132 ff FGG, Vereinsregister § 159 FGG; Partnerschaftsregister § 160b FGG. Die Erfüllung der vom handelsrechtlichen Registerzwang (§ 14 HGB) nicht erfaßten Buchführungspflichten wird mittelbar über die Strafandrohungen des § 283b StGB als Auffangtatbestand und die §§ 283, a, c und d StGB als Spezialtatbestände sichergestellt.

564 Vorwiegend kommt hier ein Anspruch auf Schadenersatz gem. §§ 280, 283 BGB in Betracht.

565 Dazu ausführlich unten D.II (S. 180 ff.).

566 Grundlegend RG JW 1907, 523; OLG Hamburg JW 1921, 687; *Ulmer*, in: MünchKomm-BGB, 3. Auflage, § 716 Rn 6; indirekt so auch *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 1.A Rn 94; *K. Schmidt*, Informationsrecht, S. 64; ebenso *Huber*, ZGR 1982, S. 539, 543, allerdings

terlagenerstellung in Frage gestellt; vielmehr geht es darum, ob von der gesetzlich bevorzugten Art und Weise der Informationsgewährung abgewichen werden kann.

2.Fallgruppe

Weiterhin könnte die Errichtung von Unterlagen auch im Interesse des Einsichtsberechtigten erfolgen, wenn lediglich eine Pflicht zur Unterlagenerstellung ohne korrespondierenden Anspruch besteht. Gegen die mögliche Existenz einer derartigen Pflicht ergeben sich aus dem Vorhergesagten allerdings grundsätzliche Bedenken. Denn hängt die Einordnung einer objektiv-rechtlichen Pflicht als subjektives Recht gerade davon ab, daß ihre Befolgung zumindest auch im Interesse eines Dritten angeordnet ist, so ist kein Fall denkbar, in dem der subjektive Charakter einer objektiv-rechtlichen Pflicht zu verneinen wäre, obgleich die Pflicht auch im Interesse eines Dritten wahrzunehmen wäre. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn man zwischen der Pflicht zur Erstellung einerseits und der Beachtung der Interessen Dritter bei deren Erfüllung andererseits unterscheidet. Eine solche Differenzierung würde jedoch den Unterschied zur dritten Fallgruppe aufheben. In Fällen, in denen lediglich eine Pflicht zur Unterlagenerstellung, jedoch kein korrespondierendes subjektives Recht besteht, erfolgt die Unterlagenerstellung daher nicht (auch) im Interesse des Einsichtsberechtigten.

3. Fallgruppe

Zum Schluß verbleibt jene Fallgruppe, in der eine Pflicht zur Unterlagenerstellung zumindest auch im Interesse des Gläubigers nicht besteht, im Falle der Errichtung von Unterlagen eine derartige Interessenbindung jedoch begründet wird. Durch Verallgemeinerung der Ratio des § 810 BGB kann dies angenommen werden, wenn die *erstellten* Unterlagen auch dazu bestimmt sind, dem Anspruchsteller als Beweismittel zu dienen, oder allgemeiner wenigstens seine rechtlichen Beziehungen fördern sollen.[567] Für eine derartige Beurteilung ist allein der Zweck der Unterlagen entscheidend.[568] Beispielsweise steht es den Parteien eines Vertrags zugunsten Dritter frei, eine entsprechende Vertragsurkunde zu errichten oder nicht. Wird jedoch eine solche errichtet, erfolgt dies auch im Interesse des begünstigten Dritten.

Davon zu unterscheiden sind Pflichten des Schuldners, die aus der öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Unterlagenerstellung folgen und nur als Reflex auch zu Gunsten des Gläubigers wirken. Zu nennen ist dabei insbesondere die Pflicht, die Unterlagen nicht unter Außerachtlassung jeglicher Maßstäbe zu erstellen. Von primärem Interesse ist somit die Frage, wann der Gläubiger ein subjektives Recht auf Unterlagenerstellung hat.

aufgrund anderer Grundwertung. Im Grunde so auch für den Anspruch des Handelsvertreters auf Vorlage eines Buchauszuges gem. § 87c Abs. 2 HGB *Brüggemann*, in: Staub, § 87c Rn 21; *Schröder*, in: Schlegelberger, § 87c Rn 6.

567 BGHZ 94, 105, 116; *Hüffer*, in: MünchKomm-BGB, § 810 Rn 5; *Sprau*, in: Palandt, § 810 Rn 3; *Grunewald*, ZGR 1989, S. 545, 546 m.w.N.

568 *Hüffer*, in: MünchKomm-BGB, § 810 Rn 5.

bb. Auswirkung auf die Zuweisung der Verarbeitungslast

Erfolgt die Unterlagenerstellung auch im Interesse des Einsichtsberechtigten, ist nunmehr dessen Einfluß auf die Zuweisung der Verarbeitungslast zu klären.

Um eine gesicherte Ausgangsbasis zu haben, soll zunächst untersucht werden, welche Verarbeitungslast den Schuldner trifft, wenn er lediglich aufgrund öffentlich-rechtlicher Pflicht zur Unterlagenerstellung verpflichtet ist. Denn wenn sich dabei ein bestimmtes Mindestmaß an Zuweisung der Verarbeitungslast zu Lasten des Informanten feststellen läßt, kann dieses bei einem subjektiven Recht auf Unterlagenerstellung nicht unterschritten werden; anderenfalls bestünde ein Wertungswiderspruch zwischen beiden Fallgruppen. Soweit den Schuldner also eine Pflicht zur Verarbeitung treffen sollte, steht sie für ein Mindestmaß an Verarbeitungslast, daß dann jeder Pflicht zur Unterlagenerstellung immanent wäre.

Eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf einzelne Gläubiger besteht bei einer öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Unterlagenerstellung mangels subjektiver Rechte nicht. Auch wenn einer öffentlich-rechtlichen Pflicht kein subjektives Recht entspringt, folgt daraus nicht die Unbeachtlichkeit jedweder anderer Interessen. Denn insofern folgt aus der Versagung eines korrespondierenden subjektiven Rechts des Einzelnen lediglich, daß diesem von der Rechtsordnung nicht die Macht zuerkannt wird, die Erfüllung der Pflicht vom Schuldner – auch nicht mit Hilfe der Gerichte – zu verlangen. Hingegen hat der Staat als Repräsentant der Allgemeinheit sowohl einen Anspruch auf Erfüllung als auch die rechtlichen Möglichkeiten zu dessen Durchsetzung.[569] Die Durchsetzungsmöglichkeit einer durch das objektive Recht angeordneten Pflicht ist Funktionsbedingung einer jeden Rechtsordnung. Der Staat muß den Geltungsanspruch der Rechtsnormen sichern und Verstöße sanktionieren können, weil anderenfalls der Rechtsstaat selbst Autorität und Glaubwürdigkeit verlieren würde.[570] Die Auferlegung einer (»echten«) Pflicht[571] ohne die Möglichkeit sie auch einfordern zu können, wäre »… ein Widerspruch in sich selbst, ein Feuer, das nicht brennt, ein Licht, das nicht leuchtet.«[572] Weil somit auch bei einer lediglich öffentlich-rechtlichen Pflicht ein »Gläubiger« existent ist, der die Nichtbeachtung der Pflicht unmittelbar oder mittelbar sanktionieren kann, kann die Art und Weise der Unterlagenerstellung davon nicht unberührt bleiben. Die auf Wahrung des Allgemeininteresses gerichtete Funktion einer öffentlich-rechtlichen Pflicht setzt voraus, daß ein Mindestmaß an Verständlichkeit der Unterlagen vorhanden ist, damit diese prinzipiell auch für Dritte und nicht bloß für den Schuldner selbst als Informationsquelle tauglich sind. Dazu ist zum einen notwendig, daß es dem Schuldner nicht gestattet ist, sich einer Geheimsprache oder vergleichbarer

569 Im Detail ist hier problematisch, ob der Anspruch des Staates aus seiner Funktion als solches folgt, oder ob dem Staat ein dahingehendes subjektives Recht zusteht. Vgl. dazu *Bauer,* DVBl 1986, 208 ff.

570 *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn 55.

571 Nicht verwechselt werden darf die »echte« Pflicht mit den sogenannten Obligationen oder nichteinklagbaren Nebenpflichten. Vgl. dazu ausführlich *Henß*, Obliegenheiten, S. 79 ff.

572 *Jhering, v.*, Der Zweck im Recht, Bd. I, S. 321.

Mittel[573] zur Dokumentation zu bedienen.[574] Über diese Formalia hinaus ist zum anderen erforderlich, dem Schuldner eine Verarbeitungslast bei der Unterlagenerstellung dahingehend aufzuerlegen, die Unterlagen so anzufertigen, daß sie zumindest für sachverständige Dritte in angemessener Einarbeitungszeit verständlich sind. Durch die Einhaltung entsprechender Maßstäbe und Grundsätze bei der Unterlagenerstellung muß sichergestellt sein, daß die Unterlagen in ihrer Struktur und inhaltlichen Zusammensetzung geeignet sind, Grundlage selbstständiger Verarbeitungsprozesse sachverständiger Dritter zu sein.[575] Die grundsätzliche Verschiebung des maßgeblichen Empfängerhorizonts auf den sachverständiger Dritter ergibt sich aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Soweit aus Sinn und Zweck der Dokumentationspflicht nichts anderes abzuleiten ist, darf die Belastung des Schuldners einer öffentlich-rechtlichen Pflicht nicht weiter reichen, als zur Erlangung des Dokumentationszwecks im Interesse der Allgemeinheit mindestens erforderlich ist. Für die Maßgeblichkeit dieses qualifizierten Empfängerhorizonts spricht auch, daß sich die Allgemeinheit ohne weiteres sachverständiger Dritter bedienen kann. Die Erfüllung einer jeden Pflicht zur Unterlagenerstellung setzt damit zwingend voraus, daß die Dokumentation in einer Art und Weise erfolgt, daß sie für sachverständige Dritte nach angemessener Zeit verständlich und damit als Informationsquelle tauglich ist.

Soweit mit dieser Mindestanforderung eine Basis für die weitere Untersuchung gefunden ist, kann nunmehr der Frage nachgegangen werden, ob eine weitere Verschiebung der Verarbeitungslast zu Lasten des Schuldners daraus resultieren könnte, daß die Unterlagenerstellung zumindest auch im Interesse der späteren Einsichtsberechtigten erfolgt. Zu diesem Zweck sollen einzelne Beispiele untersucht werden, um daraus gegebenenfalls verallgemeinerungsfähige Rückschlüsse ziehen zu können.

Das erste Beispiel ist die ärztliche Dokumentationspflicht. Sie ist zur möglichen Regelbildung besonders geeignet, weil zum einen der Kreis möglicher Einsichtsberechtigter sehr klein ist und zum anderen die Gläubiger zum Zeitpunkt der Unterlagenerstellung bekannt sind.[576] Soweit es den Patienten betrifft, besteht heute nach

573 Die Forderung nach Verbot von Geheimsprachen oder vergleichbarer Mittel wirft im Zeitalter elektronischer Datenverarbeitung allerdings einen bisher wenig beleuchteten Interessenkonflikt auf. Dem Interesse der Einsichtsberechtigten steht nämlich teilweise das schutzwürdige Interesse des Verpflichteten gegenüber, seine elektronischen Unterlagen vor unberechtigten Zugriffen zu schützen. Mithin stellt sich die Frage, ob der Einsatz von Dateiformaten mit entsprechendem Rechtemanagement (so z.B. der *Right Management Service* [RMS] in Windows Server 2003 auf Basis von *Extensible Rights Markup Language* [XrLM]) oder von Verschlüsselungen (z.B. PGP) gegen das Verbot von Geheimsprachen oder vergleichbarer Mittel verstößt.

574 Vgl. für die Buchführungspflicht nach § 238 HGB ausdrücklich § 239 Abs. 1 HGB.

575 Für den Jahresabschluß eines Kaufmanns ordnet daher beispielsweise § 243 Abs. 1 und 2 HGB an, daß er nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung aufzustellen ist und klar und übersichtlich sein muß.

576 Als Einsichtsberechtigte in die Krankenunterlagen kommen die Abrechnungsstellen (zu den Grenzen vgl. § 301 SGB V; BSG NJW 2003, 845, 847 [Vorrang der Einsicht durch den MDK] und *Gebauer*, NJW 2003, 777 ff.) und der Patient gegebenenfalls dessen Er-

anfänglichen Unsicherheiten Einigkeit darüber, daß eine Pflicht des Arztes zur Dokumentation besteht, der ein daraufgerichteter Anspruch des Patienten korrespondiert.[577] Die Erstellung und Führung der Krankenakte dient damit zumindest auch dem Interesse des Patienten,[578] welches sich zum einen auf Beweis- und Rechenschaftszwecke,[579] zum anderen auch auf den Zweck der Therapiesicherung konkretisieren läßt.[580] Der von diesen Zwecken getragenen Dokumentationspflicht soll Genüge getan sein, wenn der pflichtige Arzt stichwortartige Aufzeichnungen anfertigt, die Irrtümer anderer Ärzte ausschließen und damit eine Therapiefortsetzung sicherstellen.[581] Entscheidend soll dabei immer sein, daß die Angaben für einen Fachmann verständlich sind. Selbstverständliche Routinehandreichungen und –kontrollen sind hingegen nicht dokumentationspflichtig.[582] Auf den auch berechtigten Empfänger, nämlich den Patienten, ist bei der Unterlagenerstellung hingegen keine gesonderte Rücksicht zunehmen. Dieser Befund überrascht insoweit, als dem Unterlagenersteller zum Zeitpunkt der Aktenerstellung der spätere Einsichtsberechtigte in persona bekannt ist und damit eine Berücksichtigung seines Verständnishorizonts möglich wäre.

Als zweites Beispiel soll die Dokumentationspflicht der Verwaltung dienen, wenn es sich um Vorgänge mit Bürgerbeteiligung handelt. In diesen Fällen erfolgt aufgrund der Ratio des § 29 VwVfG die Aktenführung zumindest auch im Interesse der Beteiligten.[583] Ihnen soll die Möglichkeit gegeben werden, über die an sie gerichteten Bescheide hinaus Kenntnis von den zugrundeliegenden Ereignissen, Motiven und Stellungnahmen zu erlangen.[584] Der Pflicht zur ordnungsgemäßen Aktenführung kommt die Behörde nach, wenn sie die Unterlagen vollständig,[585] objektiv, fehlerfrei und

ben/Angehörige in Betracht. Ein Einsichtsrecht des Patienten sieht § 10 Abs. 2 Musterberufsordnung der Berufsärztekammer (MBO-Ärzte) vor (vgl. dazu nur *Hinne*, NJW 2005, 2270, 2271). In der (zivilrechtlichen) Praxis ist es aber nach wie vor umstritten, in: welchem Maße dem Patienten ein umfängliches Einsichtsrecht zusteht (vgl. dazu *Hinne*, NJW 2005, 2270, 2271 ff. m.w.N.).

577 Vgl. nur *Uhlenbruck*, in: Laufs/Uhlenbruck, § 59 Rn 1 mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 1 und 2; *Hinne*, NJW 2005, 2270, 2271 unter Hinweis auf § 10 Abs. 1 MBO-Ärzte.

578 *Hinne*, NJW 2005, 2270, 2271 unter Hinweis auf § 10 Abs. 1 MBO-Ärzte.

579 *Uhlenbruck*, in: Laufs/Uhlenbruck, § 59 Rn 5.

580 BGH NJW 1978, 2337, 2339; BGH NJW 1987, 1482, 1483.

581 Der Arzt kommt somit seiner Dokumentationspflicht nach, wenn sie in einer für den Fachmann hinreichend klaren Form erfolgt. Dem medizinischen Laien muß sie hingegen nicht verständlich sein (ausführlich zum Umfang der ärztlichen Dokumentationspflicht *Dolle*, Dokumentations- und Befundsicherungspflichten, S. 92 ff.; *Laufs*, Arztrecht, Rn 455; *Uhlenbruck/Schlund*, in: Laufs/Uhlenbruck, § 59 Rn 11; indirekt auch BGHZ 85, 327, 332).

582 *Uhlenbruck*, in: Laufs/Uhlenbruck, § 59 Rn 13.

583 BVerfG NJW 83, 2135; BVerwG NVwZ 88, 621, 622; VGH Bad.-Württ. DVBl. 1995, 1358, 1359.

584 *Clausen*, in: Knack, § 29 Rn 6.

585 Vollständig bedeutet, daß alle für das Verfahren und die Entscheidung der Behörde wesentlichen Vorgänge festzuhalten sind, insbesondere auch solche, die für das rechtliche Gehör des Beteiligten von Bedeutung sind (VGH Bad.-Württ. DVBl. 1995, 1358, 1359).

wahrheitsgetreu erstellt.[586] Auf diese Weise soll sichergestellt werden, daß der Geschehensablauf in jeder Hinsicht nachprüfbar festgehalten wird.[587] Darüber hinaus werden jedoch keine Anforderungen an die Aktenführung gestellt. Insbesondere findet keinerlei Zuschnitt auf den Verständnishorizont des konkreten Verfahrensbeteiligten statt. Grund dafür ist der Zweck der Dokumentationspflicht: Besteht dieser nämlich – auch im Interesse des Beteiligten – darin, die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns nachprüfen zu können, bedarf es dazu keiner Rücksichtnahme auf den einzelnen Einsichtsberechtigten. Im Gegenteil könnten dadurch erst unbeabsichtigt Verfälschungen der Unterlagen auftreten. Zu berücksichtigen ist auch, daß der Einzelne das Recht zur Hinzuziehung eines sachverständigen Dritten hat.[588] Im Umkehrschluß folgt daraus, daß aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten eine Verschiebung der Verarbeitungslast zu Gunsten des Bürgers nicht geboten ist.

Die beiden Beispiele lassen bereits erkennen, daß Sinn und Zweck einer jeden Dokumentation erheblichen Einfluß auf die Anforderungen ihrer Erstellung haben.[589] Der allgemeine Wortsinn und die Herkunft des Wortes Dokumentation legen nahe,[590] Sinn und Zweck einer daraufgerichteten Pflicht in der Schaffung einer Sammlung von Erfahrungen, Erkenntnissen, Geschehnissen, Unterlagen und Vorgängen zu sehen, um ex-post einen Geschehensablauf möglichst exakt nachvollziehen bzw. nachprüfen zu können. Ähnliches legt auch der Begriff der Unterlage nahe.[591] Durch die Rechtsordnung wird der Dokumentation und der Pflicht zur Unterlagenerstellung eine vergleichbare Bedeutung beigemessen. Dem Schuldner dienen sie dabei vielfach als Gedächtnisstütze, um auch komplexere Geschehens- oder Gedankengänge der Vergangenheit in der Gegenwart oder Zukunft nachvollziehen zu können.[592] Dies kann aus dem Bedürfnis oder der Pflicht zur Selbstkontrolle, Zukunftsplanung, Folgenabschätzung, zur Rechenschaftslegung oder zu Analyse- oder Prognosezwecken notwendig werden. Neben diesen eher materiellen Aspekten tritt zunehmend ein prozessualer Aspekt in den Bedeutungsvordergrund. Die Rechtsprechung hat mit meist überwiegender Zustimmung der Wissenschaft in zahlreichen Bereichen die Beweisnot der klagenden Partei

586 BVerfG NJW 83, 2135; BVerwG NVwZ 88, 621, 622; VGH Bad.-Württ. DVBl. 1995, 1358, 1359.

587 BVerwG NVwZ 88, 621, 622.

588 Das Recht auf Hinzuziehung eines sachverständigen Dritten folgt aus § 29 VwVfG i.V.m. § 14 VwVfG. Zum Recht auf Hinzuziehung sachverständiger Dritter allgemein *Clausen*, in: Knack, § 14 Rn 2; Kopp/*Ramsauer*, VwVfG, § 14 Rn 1.

589 Auf diesen Zusammenhang hinweisend: *Dolle*, Dokumentations- und Befundsicherungspflichten, S. 94 f.

590 Ursprung ist das lateinische *documentum*, das ursprünglich als das zur Erhellung einer Sache dienliche verstanden worden ist. Unter einer Dokumentation wird die Sammlung von Zeugnissen verstanden.

591 Nach *Duden*, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Band 19, 3. Auflage (1999), wird Unterlage beschrieben als: »… schriftlich niedergelegtes, das als Beweis, Beleg, Bestätigung o.Ä, für etwas dient.«

592 Ähnlich *Dolle*, Dokumentations- und Befundsicherungspflichten, S. 30; BGHZ 109, 260, 261 = ZIP 1990, 48, 50 zu Notizen in der Handakte eines Rechtsanwalts.

durch die Bejahung einer Beweislastumkehrung gemildert.[593] In Folge dessen obliegt es nunmehr der beklagten Partei, den Verdacht einer kausalen Pflichtverletzung zu widerlegen.[594] Gelingen kann ihr dies nur durch hinreichende Dokumentation des streitigen Geschehensablaufs. Dokumentationspflichten dienen damit immer häufiger auch dazu, Beweis über ein vorangegangenes Geschehen führen zu können. Dieser Zweck wird am ehesten durch eine objektive, vollständige, wahrheitsgetreue und fehlerfreie Aufzeichnung des vorangegangenen Geschehens erzielt. Die dazu erforderliche Objektivität[595] der Unterlagen steht jedoch in Frage, wenn den individuellen Bedürfnissen einzelner Personen bei der Unterlagenerstellung Rechnung getragen wird. Denn insoweit gilt auch hier der allgemeingültige informationelle Grundsatz, daß jede Informationsverarbeitung zwangsläufig eine mehr oder weniger gewollte Veränderung (Manipulation) zur Folge hat. Eine derartige Veränderung steht jedoch im Widerspruch zum Dokumentationszweck. Gleichwohl kann die Objektivität der Unterlagen nur in Grenzen erzielt werden. Die Auswahl der aufzuzeichnenden Fakten ist nämlich bereits ein Verarbeitungsprozeß in Form der Selektion und Verknüpfung und damit zwangsläufig subjektiv gesteuert. Daran kann auch nur bedingt die Vorgabe objektiver Dokumentationskriterien etwas ändern. Entsprechendes gilt für die Vollständigkeit. Weil somit jede Unterlagenerstellung bereits Kraft Natur der Sache einen Verarbeitungsprozeß mit seinen negativen Begleiterscheinungen voraussetzt, ist es Sinn und Zweck einer Dokumentation am förderlichsten, wenn weitere Verarbeitungsprozesse unterbunden werden. Eine stärkere Berücksichtigung des maßgeblichen Empfängerhorizonts über den Wendepunkt entsprechend Abbildung 1[596] hinaus durch eine Verschiebung der Verarbeitungslast zugunsten des Gläubigers steht somit folglich außer Frage. Ob allerdings eine Verschiebung der Verarbeitungslasten in die entgegengesetzte Richtung – hin zum sachverständigen Dritten – stattzufinden hat, wurde bisher noch nicht endgültig beantwortet. Entgegen den bisherigen Erwägungen[597] sprechen dafür folgende Gesichtspunkte:

- Erstens vermag die prozessuale Dimension der Dokumentationspflicht (noch) nicht, die ältere materielle Dimension, insbesondere ihre Bedeutung als Gedächtnisstütze für den Schuldner, zu verdrängen.[598] Letzterem ist es am dienlichsten, wenn die Unterlagenerstellung den Bedürfnissen des sachverständigen Schuldners folgt.

593 Begonnen hat die Rechtsentwicklung im Arztrecht und hat sich über die Produkthaftung bis zu einem allgemeinen Bestandteil der Berufshaftung (*Hirte*, Berufshaftung, S. 474 f.) fortgebildet.

594 *Ernst*, in: MünchKomm-BGB, § 280 Rn 144, 159 f.

595 Objektivität sei in diesem Zusammenhang vor allem im Sinn von neutraler Wiedergabe (Abbildungstreue) des zu dokumentierenden Geschehensablaufs verstanden.

596 Siehe S.122.

597 Siehe oben unter C.II.1.c.bb (S. 63 ff.).

598 Auf den sekundären Charakter der prozessualen Dimension im Rahmen der Unterlagenerstellung hinweisend: *Dolle*, Dokumentations- und Befundsicherungspflichten, S. 96 m.w.N.

- Damit ist der zweite Gesichtspunkt eng verknüpft. Die Erstellung von Unterlagen ist immer mit einem mehr oder weniger großen Arbeitsaufwand verbunden. Zumindest dann, wenn die Dokumentation nicht die einzige oder primäre Pflicht des Schuldners ist, könnte es hinderlich sein, dem Schuldner die Pflichterfüllung durch weitergehende Anforderungen, als sie zur Sicherstellung des Dokumentationszwecks zwingend erforderlich sind, zu erschweren. Der Schuldner wird seiner Verpflichtung eher dann nachkommen, wenn sich deren Anforderungen mit denen des eigenen Dokumentationsbedürfnisses decken. Steht er zusätzlich unter ständigem Zeitdruck, wie beispielsweise die Klinikärzte, wird seine Bereitschaft zur zusätzlichen Informationsverarbeitung eher noch geringer sein.
- Drittens gewährleistet die weitere Verschiebung der Verarbeitungslast zu Lasten des Gläubigers und damit die Maßgeblichkeit des sachverständigen Empfängerhorizonts eine besonders wirklichkeitsgetreue Abbildung des zu dokumentierenden Geschehensablaufs. Während sich nämlich einfache, alltägliche Tatsachen noch zutreffend mit der Alltagssprache dokumentieren lassen, nimmt diese Möglichkeit mit der Komplexität und Fachbezogenheit eines Sachverhalts ab. Dieser Umstand zeichnet letztlich für die Herausbildung von Fachsprachen verantwortlich. Der Rückgriff auf Fachausdrücke und Fachbeschreibungen wäre jedoch versperrt, wollte man auf einen weniger qualifizierten Empfängerhorizont abstellen.
- Viertens spricht damit vor allem die Verringerung von Transformationsverlusten während der Dokumentation und ihrer späteren Interpretation durch Dritte oder den Schuldner selbst für die Maßgeblichkeit eines sachverständigen Empfängerhorizonts. Wollte man nämlich den dokumentationspflichtigen Schuldner verpflichten, fachbezogene Sachverhalte, Gedanken oder Äußerungen mit Rücksicht auf einen weniger qualifizierten Empfänger zu dokumentieren, ginge damit zwangsläufig ein Verlust an Präzision, Prägnanz und Eindeutigkeit der Aufzeichnungen einher. Neben der fehlenden Eindeutigkeit der Alltagssprache wird dies auch dadurch determiniert, daß sich fachbezogene Sachverhalts- oder Gedankenbeschreibungen nicht zweifelsfrei in die Alltagssprache übersetzen lassen, weil es schlicht an einer allgemeingültigen Übersetzung fehlt. Aus diesem Grund ist es nicht unwahrscheinlich, daß identische dokumentationspflichtige Vorgänge von mehreren sachverständigen Schuldnern unterschiedlich in die Alltagssprache überführt werden. Wäre dies ein einmaliger Vorgang, könnte man ihn vielleicht noch hinnehmen, weil die Streuweite noch relativ gering ausfallen würde. Bei der späteren Einsichtnahme und dem Versuch der Rekonstruktion des dokumentierten Geschehensablaufs reicht jedoch diese geringe Streuweite unter Umständen aus, um bei der Rückinterpretation zu deutlich divergierenden Geschehensabläufen zu gelangen.[599] Damit wären dann aber Sinn und Zweck der Unterlagenerstellung in Frage gestellt.

599 Im Grunde ist damit das, einer jeden Kommunikation inhärente, Problem von Verlusten aufgrund Kodierung und Dekodierung angesprochen. Je umfassender und häufiger Kodierung und Dekodierung stattfinden, umso größer ist die Wahrscheinlichkeit von Fehlern.

Die umfassende Erzielung des Dokumentationszwecks durch Ausblendung jeglicher vermeidbarer Transformationsverluste bei der Unterlagenerstellung streitet daher für die Maßgeblichkeit eines sachverständigen Empfängerhorizonts bei der Erstellung der Unterlagen. Als Nebenprodukt wird dabei zusätzlich auf die Bedürfnisse des Schuldners Rücksicht genommen. Im Ergebnis, nicht aber in der Begründung kann dies überzeugen, wenn der Schuldner im dokumentationspflichtigen Bereich gerade nicht sachverständig ist.[600] Hier streitet dann allein die umfassende Erzielung des Dokumentationszwecks für den qualifizierten Empfängerhorizont, weil nur so Transformationsverluste vermieden werden können. Sie rechtfertigt es auch, dem (unqualifizierten) Schuldner die Pflicht zur sachverständigen Dokumentation aufzuerlegen, wie dies insbesondere bei den Buchführungspflichten der Fall ist. Nicht sachgerecht erscheint die Rekrutierung des sachverständigen Dritten, wenn es sich nicht um Sachverhalte mit besonderem Fachbezug handelt. Gleichwohl vermag sie auch hier zu überzeugen. Fehlt nämlich der Fachbezug, braucht der zunächst nach den allgemeinen Regeln bestimmte maßgebliche Empfängerhorizont mangels qualitativer Differenz zum sachverständigen Dritten nicht verändert werden. Vielmehr stimmen beide ausnahmsweise überein.

Die herausgearbeitete Verschiebung der Verarbeitungslast bei der Unterlagenerstellung zu Lasten des Gläubigers in Abweichung von Grundmodell der Abbildung 1[601] wird, wie gezeigt, durch die Rechtswirklichkeit bestätigt, indem Dokumentationspflichten als Maßstab für die Art und Weise der Unterlagenerstellung das Bild eines sachverständigen Dritten zugrunde liegt. In dessen Gefolgschaft wird die Verarbeitungslast dann weitestgehend dem Gläubiger zugewiesen.

Damit ist zwingend die Unbeachtlichkeit des Empfängerhorizonts des späteren Einsichtsberechtigten verbunden. Für ihn kann dadurch zwar die Möglichkeit eigener Verarbeitungsprozesse mehr oder weniger stark eingeschränkt bzw. sogar ganz ausgeschlossen sein, doch muß dies zur Erreichung des Dokumentationszwecks hingenommen werden. Zweifelsfrei gerechtfertigt ist dies, wenn dem Gläubiger das Recht zusteht, sachverständige Dritte hinzuziehen. In diesen Fällen ist kein Grund ersichtlich, dem Schuldner eine Verarbeitungslast zuzuweisen, die über die Mindestanforderungen einer jeden Dokumentation hinausgeht. Es darf nämlich nicht unberücksichtigt bleiben, daß das Einsichtsrecht den Schuldner nur zu einem passiven Gewährenlassen verpflichtet und damit die Hauptlast der Verarbeitung per definitionem dem Gläubiger zugewiesen ist. Diese Wertung würde unterlaufen werden, wenn man dem Schuldner auf der Vorstufe, also bei der Unterlagenerstellung, Verpflichtungen auferlegt, die über die Sicherstellung der Realisierbarkeit seines Einsichtsrechts als Primärinteresse hinausgehen. Ist es dem Gläubiger hingegen verboten, einen sachverständigen Dritten hinzuzuziehen, könnte es an einer Rechtfertigung der Unbeachtlichkeit seines Empfängerhorizonts bei der Unterlagenerstellung fehlen. Dem ist jedoch nicht so. Zum einen ist zu beachten, daß Auskunft, Einsicht und spontane Informationspflichten nur

600 Dies wird vor allem bei den Pflichten nach §§ 238 f HGB vorkommen.
601 Siehe dazu S. 122.

Formen des einheitlichen Rechts des Gläubigers auf Information sind.[602] Kann der vorgegebene Grad an Entscheidungssicherheit mit der primär vorgegebenen Einsicht nicht erzielt werden, ist dem Gläubiger der Rückgriff auf die anderen Informationsmittel nicht verwehrt. Der Schuldner kann vorliegend daher zur Auskunft oder Erläuterung[603] verpflichtet sein. Zum anderen würde die Berücksichtigung des Empfängerhorizonts des Einsichtsberechtigten die Abgrenzung zwischen den einzelnen Formen der Informationsgewährung verwischen und damit deren gegenseitiges Ergänzungspotential in Frage stellen. So besteht beispielsweise ein wesentlicher Vorteil des Einsichtsrechts gegenüber dem Recht auf Auskunft in der weitestgehenden Unberührtheit der Daten von Verarbeitungsprozessen des Schuldners und den damit zwangsläufig einhergehenden subjektiven Verfärbungen. Ebenso würde der Unterschied zwischen Dokumentation und Bericht verwischt werden. Erstere ist die neutrale Aufzeichnung vergangenen Geschehens zur möglichst exakten Reproduktion dieses Geschehens in der Gegenwart oder Zukunft. Inhalt von Berichten kann hingegen lediglich die Reproduktion der Vergangenheit aus Unterlagen unter Berücksichtigung des maßgeblichen Empfängerhorizonts sein. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ist schließlich ein generelles Recht auf Hinzuziehung sachverständiger Dritter zu fordern. Neben der effektiveren Nutzung des Einsichtsrechts könnte damit zugleich in weitaus größerem Umfang den berechtigten Geheimhaltungsinteressen des Schuldners Rechnung getragen werden, wenn dem Dritten zusätzlich die Rolle eines Informationsmittlers zugewiesen wird, der geheimhaltungswürdige Detailinformationen aus den Unterlagen in einen abstrakteren Zustand überführt und deshalb auch die Qualität[604] der Information gewährleistet.[605]

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist für die Zuweisung der Verarbeitungslast beim Recht auf Einsicht daher festzuhalten, daß den Schuldner grundsätzlich bei allen Dokumentationspflichten nur eine minimale Verarbeitungslast trifft.[606] Sie besteht darin, zunächst die zu dokumentieren Fakten, Daten, Erkenntnisse usw. aus der Masse zu selektieren und sie anschließend so festzuhalten, daß sie in ihrer Struktur und inhaltlichen Zusammensetzung geeignet sind, für einen sachverständigen Dritten in angemessener Zeit Grundlage selbstständiger Verarbeitungsprozesse zu sein. Dazu ist mindestens eine objektive, vollständige, wahre, fehlerfreie und unchiffrierte Dokumentation erforderlich.

Eine andere Frage ist in diesem Zusammenhang, ob es dem Unterlagenersteller erlaubt sein soll, auf den Empfängerhorizont des Einsichtsberechtigten Rücksicht zu nehmen. Die dadurch zu erreichende bessere Eignung der Unterlagen als Grundlage eigener Verarbeitungsprozesse des Gläubigers spricht für eine Zulassung. Dagegen ist allerdings wiederum der Dokumentationszweck anzuführen. Mit der Berücksichtigung

602 Vgl. zum einheitlichen Recht auf Information ausführlich unter C.IV.2.d (S. 154 f.).
603 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 346.
604 Zu den Dimensionen der Informationsqualität siehe *Druey*, Information, S. 243 ff.
605 Vgl. ausführlich zur Einschaltung Dritter als Informationsmittler E.I.2.a.bb(3) (S. 262 ff.).
606 Zu weitgehend *Druey*, Information, S. 242, der bei reinen Offenlegungspflichten den Pflichtigen von jeder Be- und Verarbeitungslast entledigt sieht.

subjektiver Bedürfnisse erhöht sich aufgrund von Transformationsverlusten die Gefahr (un-)gewollter Abbildungsfehler des tatsächlichen Geschehensablaufs in der Dokumentation. Eine exakte Reproduktion in der Zukunft wird damit erschwert oder ganz bzw. teilweise vereitelt. Zumindest im Rahmen rechtsgeschäftlich begründeter Dokumentationspflichten sollte jedoch einer abweichenden Parteivereinbarung Vorrang eingeräumt werden.

cc. Zeit- und Formatfaktor

Dem Zeitfaktor kommt beim Einsichtsrecht nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Es liegt bereits in der Natur der Sache, daß die Einsicht in die Unterlagen des Schuldners mit einem erheblichen Zeitaufwand verbunden ist. Im Gegensatz zum Auskunftsrecht wird die Wahrnehmung des Einsichtsrechts dadurch jedoch nicht in Frage gestellt. Sind die Unterlagen allerdings so umfangreich, daß eine komplette Durchsicht in zumutbarer Zeit nicht mehr gewährleistet ist, ist der Schuldner zur Führung eines Unterlagenregisters verpflichtet.[607] Je nach Umfang des Unterlagenbestandes ermöglicht ein Unterlagenregister einen relativ eingegrenzten Zugriff auf die gewünschten Unterlagen.

Wesentlich mehr Bedeutung kommt der Form, genauer dem Format, der Unterlagen zu. Aufgrund der zunehmenden Technisierung werden Unterlagen immer häufiger nur noch elektronisch geführt. Dabei werfen sich zwei grundsätzliche Problemkreise auf: Zum einen stellt sich die Frage nach der Zulassung von Mechanismen zum Schutz der Unterlagen vor unberechtigtem Zugriff, also von Verschlüsselungstechniken. Daß ein dahingehendes Bedürfnis oder sogar eine Pflicht dazu besteht, kann aufgrund der zunehmenden Vernetzung technischer Anlagen nicht ernsthaft in Frage gestellt werden. Durch Verschlüsselung lassen sich allerdings ebenso leicht Einsichtsberechtigte ausschließen. Lösen läßt sich dieser Konflikt grundsätzlich durch eine Schlüsselhinterlegung. Problematisch ist dabei freilich die Zuverlässigkeit und Integrität der Hinterlegungsstelle. Zum anderen muß die Lesbarkeit der Unterlagen sichergestellt werden. Dies gilt einmal für die Gegenwart. Abhilfe schafft hier die Verwendung hinreichend gängiger Datenformate bzw. die Zurverfügungstellung entsprechender Software.[608] Mehr Probleme wirft jedoch die Aufrechterhaltung der Lesbarkeit des Datenformats für die entferntere Zukunft auf.[609]

dd. Vor- und Nachteile

Für den *Gläubiger* eines Einsichtsrechts ist dieses mit einer Reihe von *Nachteilen* verbunden, die nur teilweise ihren Grund in der Verschiebung der Verarbeitungslast ha-

607 So ein Vorschlag von *Turiaux*, UIG, § 4 Rn 25.
608 Fortschrittlich ist in diesem Zusammenhang die Entwicklung bei der elektronischen Steuererklärung.
609 Vgl. ausführlich dazu unter E.II.4 (S. 287 ff.).

ben.[610] Die zwei hervorstechendsten sind die Abhängigkeit von der Richtigkeit und Vollständigkeit der Unterlagen[611] und deren Menge[612]. Der Gläubiger muß sich auf der Suche nach den gewünschten Informationen durch alle Unterlagen durcharbeiten, will er vermeiden, die entscheidenden Daten und Fakten zu übersehen. Der Gläubiger muß daher unter Umständen einen erheblichen Zeitaufwand einkalkulieren.[613] Dem nichtsachverständigen oder außenstehenden Gläubiger geben die Unterlagen zudem regelmäßig kein zutreffendes oder leicht erfaßbares Bild vom Sachverhalt. In diesen Fällen ist die Hinzuziehung eines sachverständigen Dritten oder die Notwendigkeit erklärender Erläuterungen des Schuldners angezeigt. Durch den zunehmenden Einsatz elektronischer Dokumentationssysteme können sich schließlich Schwierigkeiten aus der Inkompatibilität zwischen den Hard- und Softwaresystemen von Schuldner und Gläubiger oder dem berechtigten Einsatz von Verschlüsselungsverfahren ergeben. Diesen Nachteilen stehen jedoch auch entscheidende *Vorteile* gegenüber. Zum einen führt die minimale Zuweisung der Verarbeitungslast dazu, daß subjektive Verzerrungen seitens des Schuldners weitestgehend unterbunden werden. Insbesondere findet keine so starke Selektion der als relevant empfundenen Daten und Fakten wie bei den anderen Informationsmitteln statt.[614] Der zweite Vorteil liegt in der Möglichkeit, bis dato völlig unbekannte Aspekte eines Sachverhaltes in Erfahrung zu bringen. Während nämlich bei der Auskunft der Berechtigte durch sein Auskunftsbegehren den thematischen Rahmen der Antwort vorgibt, fehlt es bei der Einsicht an einer derartigen thematischen Begrenzung des Informationsrechts. Drittens bietet die Einsicht die Möglichkeit zur Verifikation bereits kommunizierter Zeichen.[615]

Für den *Schuldner* liegen die *Nachteile* des Einsichtsrechts insbesondere in der möglichen Aufdeckung bisher unbekannter Aspekte oder im schlimmsten Fall in der Offenlegung von (Betriebs-)Geheimnissen. Weiterhin kann der Geschäftsbetrieb je nach Zahl der einsichtswilligen Gläubiger beeinträchtigt werden.[616] Ein *Vorteil* kann demgegenüber darin liegen, daß aufgrund des rein passiven Gewährenlassens, anders als bei den anderen Informationsmitteln, keine weiteren Ressourcen des Schuldners während der Informationsleistung in Anspruch genommen werden.[617]

610 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 341, betont in diesem Zusammenhang die fehlende persönliche Haftung des Schuldners für die Richtigkeit der Information. Gemeint ist wohl die Haftung für die Interpretation der Unterlagen.

611 *Bunte*, Informationsrechte, S. 36; *Wischenbart*, Informationsbedarf, S. 36.

612 *Wischenbart*, Informationsbedarf, S. 36; *Turiaux*, UIG, § 4 Rn 22.

613 *Wischenbart*, Informationsbedarf, S. 36; *Bunte*, Informationsrechte, S. 37.

614 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 341. Aus diesem Grund kann dem Einsichtsverlangen durch Übersendung von Kopien der Unterlagen nicht generell hinreichend Genüge getan werden (so aber wohl *Grunewald*, ZGR 1989, S. 545, 548 m.w.N). Es besteht nämlich die Gefahr der unberechtigten Unterlagenselektion durch den Schuldner.

615 *Hirtz*, EWiR § 259 BGB 1/98, 437.

616 *Wischenbart*, Informationsbedarf, S. 36; im Ergebnis kritisch *Bunte*, Informationsrechte, S. 35.

617 So auch *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 341.

c. *Spontane Informationspflichten*

Eine grundsätzliche Aussage über die Zuweisung der Verarbeitungslast bei spontanen Informationspflichten fällt aufgrund der Vielfalt und Verschiedenheit der Ausgestaltung der einzelnen Pflichten besonders schwer. Mit der beispielhaften Aufzählung von Offenlegungs-, Offenbarungs-, Hinweis-, Anzeige-, Mitteilungs-, Kundgabe-, Unterrichtungs-, Warn-, Berichts-, Publizitäts-, Belehrungs- und Aufklärungspflicht präsentiert sich die ganze begriffliche Mannigfaltigkeit der spontanen Informationspflichten. Gemeinsam ist ihnen auf den ersten Blick die Pflicht des Schuldners zu einem aktiven Tun, ohne daß es dazu der Fälligstellung durch den Gläubiger bedarf. Das Tun beinhaltet dabei zwingend neben dem Transport- auch ein Selektionselement, weil der Schuldner nämlich auch die Auswahl jener Daten und Fakten aus seinem Wissensreservoir schuldet, die von der spontanen Informationspflicht erfaßt werden.[618] Im Gegensatz zur Auskunftspflicht, die durch das konkrete Auskunftsbegehren thematisch strikt begrenzt ist, besteht bei den spontanen Informationspflichten umfänglich die Pflicht, auch all jene Daten und Fakten mitzuteilen, die zwar außerhalb des eigentlichen Themenbereiches liegen, für dessen Beurteilung dennoch von Bedeutung sein könnten.[619] Denn nur bei Bejahung einer solchen Pflicht zur Herstellung von Querverbindungen sind insbesondere Berichts- und Aufklärungshandlungen geeignet, den Grundstein für eine sachgerechte Ausübung des Auskunftsrechts zu legen[620] und das Einsichtsrecht zu ergänzen.[621]

Um den sich aus der begrifflichen Vielfalt möglicherweise ergebenden rechtlichen Unterschieden genügend Beachtung schenken und die jeweiligen Unterschiede hinreichend akzentuieren zu können, werden für die weitere Untersuchung vier Gruppen gebildet. Die Unterteilung lehnt sich dabei an die reichhaltige und fortgeschrittene Aufarbeitung dieses Themenkomplexes in der bankrechtlichen Literatur ergänzt um Gesichtspunkte des Handels- und Gesellschaftsrechts an. Es wird daher zwischen der Unterrichtung, dem Bericht, der Aufklärung und der Warnung zu unterscheiden sein.[622]

618 *Eppenberger*, Information, S. 69.

619 Vgl. zur Verknüpfungspflicht bei der Auskunft C.IV.2.a.aa (S. 125 f.).

620 Zur ärztlichen Aufklärungspflicht BGHZ 90, 103, 106, 108 f. Auf das vorbereitende Moment der Aufklärung weisen besonders *Mrozynski*, SGB-I, § 13 Rn 9 und *Schellhorn, in:* Burdenski/v. Maydell/Schellhorn, § 13 Rn 13 hin. Im Zusammenhang mit der ärztlichen Aufklärungspflicht spricht *Mertens*, in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn 435, 443 BGB, von einer zunächst erforderlichen Basisaufklärung, der sich Einzelerklärungen aufgrund von Fragen des Patienten anschließen können.

621 Die Ergänzungsfunktion liegt vornehmlich darin begründet, daß Umstände dargelegt werden müssen, die den Unterlagen so nicht entnommen werden können, insbesondere solche, die bereits angelegt, sich aber erst in der Zukunft in den Unterlagen niederschlagen werden.

622 Kritisch zu derartigen Unterscheidungen *Druey*, Information, S. 222.

aa. Unterrichtung

In der Unterrichtung wird die am wenigsten intensive Form der spontanen Mitteilungen gesehen. Nach *Hadding* entspricht sie der bloßen Benachrichtigung. Bei ihr geht es allein um den Empfang des Inhalts der Mitteilung, die dem Empfänger zur Kenntnis gebracht wird, die ihm gleichsam »gemeldet« wird.[623] Es handelt sich damit um ein bloßes Verschaffen der Kenntnis von Tatsachen,[624] wobei das Element der Aufbereitung gänzlich fehlt.[625] Insoweit besteht kein Unterschied zum Recht auf Einsicht. Der Empfänger hat deshalb die Mitteilung selbstständig zu bewerten und mit Wissen zu verknüpfen, um sie als Grundlage für eigene Entscheidungen verwenden zu können.[626] Den Schuldner trifft allerdings eine Pflicht zur Selektion. Er hat aus seinem Wissensfundus jene Daten zu extrahieren, die er dem Gläubiger verpflichtet ist, mitzuteilen. Die Selektion hat dabei sowohl unter qualitativen als auch unter quantitativen Gesichtspunkten zu erfolgen. Der Unterrichtung sind gleichzustellen die Offenlegung, der Hinweis, die Anzeige, die Mitteilung und die Kundgabe.

bb. Bericht[627]

Der Begriff des Berichts ist insbesondere im Kapitalgesellschaftsrecht Gegenstand zahlreicher Erörterungen. Zusammenfassend läßt sich unter einem Bericht eine zweckentsprechende Unterrichtung verstehen, die über die Wiedergabe von Tatsachen (Tatsachenbericht) hinaus zusätzlich durch Elemente der Verknüpfung und Aufbereitung (Erläuterung) gekennzeichnet ist,[628] die sich auch in den zusammenfassenden und prognostischen Momenten des Berichts widerspiegeln. Insbesondere die neueren informationsrechtlichen Regelungen der §§ 293a Abs. 1 S. 1, 319 Abs. 3 Nr. 3, 327c Abs. 2 S. 1 AktG, § 8 Abs. 1 S. 1 UmwG und § 40 Abs. 1 BörsG bringen die Pflicht zur Erläuterung als Wesensbestandteil eines Berichts klar zum Ausdruck.[629] Für den Zwi-

623 Ähnlich *Klingler*, Aufklärungspflichten, S. 21, der von bloßer Kundgabe spricht.

624 *Hadding*, in: FS Schimansky, 1999, S. 67, 73.

625 **A.A.** *Hadding*, in: FS Schimansky, 1999, S. 67, 73, der das Element der Belehrung für möglich hält.

626 Ähnlich *Hadding*, in: FS Schimansky, 1999, S. 67, 73.

627 Die Einordnung des Berichts als spontane Informationspflicht ist nicht zwingend. Vielfach ist der Bericht auch den reaktiven Informationspflichten zugeordnet (z.B. § 90 Abs. 3 AktG).

628 Zur erläuternden Funktion des Geschäftsberichts bis zum Bilanzrichtliniengesetz vom 19.12.1985 bereits RGSt 38, 195, 196 f.; RGSt 41, 293, 298 f.; OLG München NZG 2002, 1113, 1114; *Haesen*, Abhängigkeitsbericht, S. 67 f.

629 Soweit die neueren informationsrechtlichen Regelungen überwiegend europäischen Ursprungs sind (§§ 293a Abs. 1 S. 1, 319 Abs. 3 Nr. 3, 327c Abs. 2 S. 1 AktG, § 8 Abs. 1 S. 1 UmwG gehen auf Art. 9 Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9.10.1978, Abl. EG Nr. L 295, S. 36 [Verschmelzungsrichtlinie] und § 40 BörsG auf die Richtlinie 82/121/EWG des Rates vom 15.2.1982, Abl. EG Nr. L 48, S. 26 ff [Zwischenberichts-Richtlinie] zurück), steht dies einer vergleichenden Heranziehung vorliegend nicht entge-

schenbericht findet sich mit § 55 BörsZulV sogar eine eigenständige Norm zu Art und Weise sowie Umfang der Erläuterung.[630] Zudem folgt die Pflicht zur Verknüpfung und Aufbereitung auch aus der verwandtschaftlichen Nähe zur Rechenschaftspflicht, wie sie § 312 Abs. 2 AktG für den Abhängigkeitsbericht ausdrücklich anordnet. Unter Rechenschaft i.S. des § 666 BGB ist nämlich die Pflicht zur Darlegung der wesentlichen Einzelheiten der Auftragsdurchführung in verkehrsüblicher Weise und die Verschaffung der notwendigen Übersicht über die Art und Weise der Auftragsabwicklung zu verstehen.[631] Der Begriff der Rechenschaft ist dabei in einem weiteren Sinn gemeint als der der Rechnungslegung des § 259 BGB.[632] Dementsprechend erfordert die Rechenschaft mehr als ein bloßes Verzeichnis über die Einnahmen und Ausgaben, um den Auftraggeber gegebenenfalls auch über mögliche Regreßansprüche aufzuklären.[633] Rechtstatsächlich spiegelt sich die gegenüber der bloßen Unterrichtung gesteigerte Verarbeitungslast des Schuldners auch in der weiterreichenden Verdrängung anderer Informationsmittel, explizit der Auskunft, wider.[634] Denn was an Entscheidungssicherheit durch den Bericht bereits erzielt worden ist, braucht durch eine Auskunft nicht wiederholt zu werden. Gleichwohl ist eine weitere Reduktion der Entscheidungsunsicherheit durch eine Wiederholung des Berichtsinhalts, beispielsweise im Rahmen der Erfüllung eines Auskunftsbegehrens, nicht ausgeschlossen, weil die Bestätigung bereits kommunizierter Daten und Fakten zu deren Verifikation und damit zur weiteren Erhöhung der Entscheidungssicherheit beitragen kann:[635] Information erreicht ihr Maximum bei optimaler Kombination von Erstmaligkeit und Bestätigung.

gen. Der europäische Gesetzgeber verwendet den Begriff »Bericht« im gleichen Sinn wie der deutsche Gesetzgeber.

630 Ausführlich dazu *Ammedick*/*Strieder*, Zwischenberichterstattung, S. 21 ff.

631 BGHZ 41, 318, 321; BGHZ 109, 260, 266 = ZIP 1990, 45, 50; *Beuthien*, in: Soergel, § 666 Rn 11; *Steffen*, in: RGRK, § 666 Rn 10.

632 BGHZ 109, 260, 266; *Beuthien, in:* Soergel, § 666 Rn 11; *Ikels*, Rechnungslegung, S. 50, der ausführt, daß die Rechenschaft über eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung im *wesentlichen* durch Rechnungslegung zu erfüllen ist. Siehe auch die Nachweise in Fn. 631; ohne diese Differenzierung *Wittmann*, in: Staudinger, § 666 Rn 8 f.; *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 4, 22. Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob eine Rechnungslegung geschuldet ist, wenn das Gesetz die Synonyme »Rechenschaft« oder »Rechnung legen« verwendet. Dahin ist wohl auch *Wolf*, in: Soergel, § 259 Rn 4 zu verstehen.

633 Zu diesem Sinn und Zweck der Rechenschaft BGHZ 41, 318, 322 ff.; *Steffen*, in: RGRK, § 666 Rn 10.

634 So eine neuere Sichtweise insbesondere im Kapitalgesellschaftsrecht *Hirte*, ZHR 167 (2003), S. 8, 14 ff.; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 38 ff. (40); *Zöllner*, AG 2000, 145, 152 f.; *Joussen*, AG 2000, S. 241, 251; andeutend *Groß*, AG 1996, 111, 118. Im Ergebnis ebenso BGHZ 93, 327, 329 f., zum Verhältnis Rechnungslegung – Auskunft jedoch unter unklarer oder sogar fehlender Differenzierung zwischen Rechenschaft und Rechnungslegung.

635 *Witte*, Informationsverhalten, S. 35.

cc. Aufklärung

Der Begriff der Aufklärung ist neben den Kommentierungen[636] zu § 13 SGB I vor allem durch das Bankrecht geprägt und anschließend von anderen Bereichen übernommen worden. Nach heute allgemeiner Auffassung kann Aufklärung als die »Verschaffung von Wissen, die Belehrung über bestimmte Tatsachen«,[637] durch die ein Mangel an Wissen beseitigt werden soll, verstanden werden.[638] Die Pflicht des Schuldners beschränkt sich dabei auf die Weitergabe von Fakten, die allerdings in aller Regel ausführlich erläutert werden müssen, so daß dem Gläubiger ein Verständnis für die Zusammenhänge vermittelt wird.[639] Generalisiert man diese vornehmlich zum Bankrecht getroffenen Aussagen, und verbindet sie mit den eingangs aufgezeigten Gesichtspunkten der Verarbeitungslast,[640] ergibt sich folgendes Bild: Den Schuldner trifft, neben der für spontane Informationspflichten immanenten Pflicht zur Selektion, auch die Pflicht zur weitgehenden Aufbereitung der Daten und Fakten in bezug auf das Verständnis des maßgeblichen Empfängerhorizonts. In einem über den Bericht hinausgehenden Grad soll sichergestellt werden, daß der Gläubiger die Daten und Fakten versteht. Deshalb muß der Schuldner auch Querverbindungen zu Sekundärinformationen herstellen, soweit es sich dabei nicht um Grundsätzliches handelt. Der Gläubiger wird damit letztlich von einem erheblichen Teil der ihn nach dem Grundmodell treffenden Verarbeitungslast entbunden; es obliegt nunmehr dem Schuldner, diesen Teil der Verarbeitungsleistung zu vollbringen. Denn nur soweit ist insbesondere die Aufklärung als bevorzugte Informationsform geeignet, das Prinzip »Schutz durch Information« zu rechtfertigen.[641] Gleichwohl gilt es den Grundsatz zu beachten, daß die Verarbeitungs-

636 Vgl. dazu *Mrozynski*, SGB-I, § 13 Rn 9; *Schellhorn, in:* Burdenski/v. Maydell/Schellhorn, § 13 Rn 13.

637 Vgl. nur *Lang*, Informationspflichten, S. 33 mit umfangreichen Nachweisen; aus dem Bereich des allgemeinen Zivilrechts *Breidenbach*, Informationspflichten, S. 4; *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 114; *Richrath*, WM 2004, 653, 655.

638 In der sozialrechtlichen Literatur wird der Begriff der Aufklärung aufgrund des Systems der §§ 13 ff SGB I tendenziell enger verstanden. Es soll damit eher nur ein genereller Überblick, eine Grundinformierung erfolgen, die dem Bürger die Ableitung konkreter Rechts und Pflichten ermöglichen soll. Vgl. dazu *Mrozynski*, SGB-I, § 13 Rn 9; *Schellhorn, in:* Burdenski/v. Maydell/Schellhorn, § 13 Rn 13.

639 *Lang*, Informationspflichten, S. 33; *Hadding*, in: FS Schimansky, 1999, S. 67, 73; *Kleinschmitt*, Informationsmodell, S. 89; einschränkend hinsichtlich der Erläuterungspflicht offenbar *Balzer*, DB 1997, 2311, 2313.

640 Vgl. zu den allgemeinen Gesichtspunkten der Verarbeitungslast oben C.IV.1 (S. 115 ff.).

641 Vgl. dazu *Drexl*, Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 452 ff.; *Kind*, Verbraucherschutzes durch Information, S. 38 ff. (grundlegend), 504 ff, 546 f. (kritisch); insgesamt kritisch zu dieser Fähigkeit eines Informationsmodells im Vergleich zu anderen Schutzmechanismen im Rahmen von Termingeschäften: *Heeb*, Börsentermingeschäftsfähigkeit, S. 58 ff.; *Horn*, ZIP 1990, 2, 8; *Schäfer*, ZIP 1989, 1103; *Henssler*, ZHR 153 (1989), S. 611, 621 ff.; *Assmann*, in: FS Heinsius, 1991, S. 1, 18 Fn. 77.

last nicht so weit reicht, den Gläubiger von jeglichem Entscheidungsrisiko zu befreien.[642]

dd. Warnung

Eine, im Einzelfall sogar beträchtliche, Steigerung erfährt die Aufklärungspflicht, wenn nicht nur die Integrität der Willensfreiheit und das Vermögen geschützt werden sollen, sondern darüber hinaus Gefahren von geschützten Rechtsgütern i.S. des § 823 Abs. 1 BGB abgewendet werden sollen.[643] Zutreffend bezeichnet man diese gesteigerte Aufklärungspflicht als Warnpflicht. Unter Warnpflicht wird daher eine Tatsachenmitteilung und deren Bewertung durch den Informationspflichtigen verstanden,[644] deren Ergebnis das Erkennen einer konkreten Gefahr für geschützte Rechtsgüter § 823 Abs. 1 BGB[645] durch den zu Warnenden ist. Die Aufklärungspflicht steigert sich damit in der Variante Warnpflicht zu einer allgemeinen Verkehrssicherungspflicht,[646] wobei der Übergang fließend ist.[647] Weil eine Warnung nur dann ihren Zweck erfüllen kann, wenn sie vom Empfänger intellektuell verstanden wird, um gegebenenfalls entsprechende Abwehrmaßnahmen einzuleiten, trifft den Schuldner eine besonders starke Pflicht zur Verarbeitung der Tatsachen. Dies drückt sich in einer eigenen Bewertung der Tatsachen, der sprachlich unmißverständlichen Aufbereitung – sowohl der Wertung als auch der Tatsachen selbst –, sowie in der gegebenenfalls notwendigen Verknüpfung mit Sekundärwissen, welches dem Gläubiger möglicherweise fehlt, aus.

ee. Zeit- und Formfaktor

Dem Zeitfaktor kann lediglich insoweit Bedeutung zu kommen, als dem Gläubiger nach der Aufklärung genügend Zeit zur Entscheidungsfindung verbleiben muß.[648] Auswirkungen auf die Zuweisung der Verarbeitungslasten hat dies jedoch nicht. Demgegenüber kommt der Form insbesondere bei der Aufklärung erhebliche Bedeutung zu.[649] Eine generelle Aussage läßt sich dabei jedoch nur bedingt machen. Zum Teil

642 *Horn*, ZBB 1997, 139, 144.

643 *Breidenbach*, Informationspflichten, S. 3. In der Abgrenzung ähnlich *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 19, der zwischen leistungsbezogenen und integritätsbezogen Nebenpflichten differenziert und zur letzten Gruppe auch die Warnpflicht zählt (Rn 118). Gegen die Beschränkung auf Rechtsgüter i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB *Lang*, Informationspflichten, S. 36.

644 Ähnlich *Horn*, ZBB 1997, 139, 141.

645 Auf den Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB als Abgrenzung zwischen Warn- und Aufklärungspflicht stellt *Breidenbach*, Informationspflicht, S. 3 ab.

646 Vgl. dazu bereits C.III.4.b.cc(1) (S. 104 ff.); *Horn*, ZBB 1997, 139,148; *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 118 f.

647 *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 120.

648 So vor allem bei der ärztlichen Aufklärung *Mertens*, in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn 442.

649 Umfangreiche Rspr. und Literatur finden sich zur Aufklärungspflicht im Bank- und Wertpapiersektor. Die Aufklärungspflicht im bankmäßigen Wertpapierhandel kann grundsätz-

wird die Pflicht zur Schriftform angenommen, wenn über ein besonders hohes Risiko aufgeklärt werden soll. Je größer das Risiko ist und je stärker es zudem vom Informanten gesetzt wird, desto eher vermag dann allein eine schriftliche Aufklärung die Gefahren deutlich und unmißverständlich vor Augen führen.[650] Der Grund liegt darin, daß durch die Schriftform eine spätere Reproduzierung der Mitteilung möglich ist, was bei Mündlichkeit und komplexeren und/oder längeren Aufklärungen nicht gewährleistet wäre.[651] Andererseits wird eine schriftliche, formularmäßige Aufklärung des Patienten für unzureichend erachtet. Sie soll das eigentliche Aufklärungsgespräch mit dem Arzt nur vorbereiten können.[652] Die umgekehrte Wertung bei der Patientenaufklärung wird man zum Teil mit der hervorgehobenen individuellen Prägung erklären können, der nur durch eine individuelle und damit nicht formularmäßigen Aufklärung Rechnung getragen werden kann. Zudem muß wegen des Eingriffs in die körperliche Integrität ausgeschlossen werden, daß wichtige Informationen übersehen werden, weil sie im Formular »versteckt« sind.[653]

ff. Vor- und Nachteile

Für den Gläubiger liegt der *Vorteil* der spontanen Informationspflichten vor allem in der Pflicht des Schuldners den Informationsprozeß von sich aus zu initiieren.[654] Von Bedeutung ist dies besonders dann, wenn dem Gläubiger aufgrund eigenen Wissens noch gar nicht bewußt ist, daß er sich in einer Problemsituation befindet oder ihm aber die Reichweite des Problems nicht hinreichend bewußt ist. Dieser Vorteil wird durch

lich mündlich erfolgen (BGH WM 1998, 1391 = ZIP 1998, 1220; BGH WM 2001, 1718, 1719; BGH NJW 2002, 1943; *Zietsch*, NJW 2002, 1925; *Dötsch/Kellner*, WM 2001, 1994, 1999; *Jörg Müller*, ZBB 2001, 363, 373, allerdings unter unzutreffenden Hinweis auf § 125 BGB, da dort die grundsätzliche Formfreiheit von Rechtsgeschäften, nicht aber die Erfüllung daraus resultierender Pflichten geregelt ist; *Schwark*, EWiR § 675 BGB 40/01, 713; *Köndgen*, ZIP 2001, 1197, 1198, mit dem Hinweise, daß »die Schriftrom die beratenden Institute zu einer – unerwünschten – Standardisierung der Information« zwänge; **a.A.** KG ZIP 2001, 1194, 1195 [Schriftrom bei *reverse convertible bond*]).

650 So die ständige Rechtssprechung zu hochspekulativen Anlagen als Ausnahme vom Grundsatz der Mündlichkeit BGHZ 105, 108, 110 f.; BGHZ 124, 151, 154 ff., der zudem ausdrücklich auf die besondere, durch den Informanten selbst geschaffene Risikolage hinweist; zuletzt bestätigt in BGH ZIP 2002, 1289 = EWiR § 826 BGB 3/02, 907 [*Jaskulla*] (jeweils für gewerbliche Vermittler von Terminoptionen); OLG Düsseldorf BKR 2002, 544, 545 (Penny-Stocks). Ein Überblick über die Rspr. findet sich bei *Zietsch*, NJW 2002, 1925, 1926.

651 Der Gesichtspunkt der Reproduzierbarkeit liegt auch den Vorschriften zum Verbraucherschutz zu Grunde, die daher Schrift- oder Textform der Aufklärung anordnen.

652 *Mertens*, in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn 444.

653 Dieser Aspekt ist in den übrigen Fällen freilich ebenso von Bedeutung. Wegen der regelmäßig gegebenen Kompensationsfähigkeit (Schandensersatz wegen unzureichender Aufklärung) darauf beruhender Schäden erlangt dieses Problem allerdings nicht die gleiche Brisanz.

654 Vgl. zur Zuweisung der Initiierungspflicht ausführlich E.II.2 (S. 278 ff.).

die Pflicht zur umfassenden Einbeziehung aller relevanter Daten und Fakten verstärkt. Bei gehöriger Erfüllung der Informationspflicht wird dem Gläubiger damit der sachgerechte Einsatz anderer Informationsmittel, insbesondere der Auskunft, ermöglicht. Spontane Informationspflichten können damit für den Gläubiger auch sehr zeitsparend sein. Ein *Nachteil* liegt darin, daß sich die Verletzung spontaner Informationspflichten nur retrospektiv feststellen läßt.[655] Anders als bei der Auskunft oder Einsicht fehlt es zudem für den großen Bereich der Aufklärungs- und Warnpflichten an der Einklagbarkeit der Informationspflicht. Für Unterrichtungs- und Berichtspflichten gilt dies hingegen nur sehr beschränkt.

Für den Schuldner liegt der *Nachteil* vor allem in der Pflicht zur umfassenden Einbeziehung aller relevanten Daten. Daraus ergeben sich zum einen nicht unerhebliche Schwierigkeiten in der Beurteilung, was im Einzelfall einzubeziehen ist und was nicht. Zum anderen trifft den Schuldner meist zugleich auch die Pflicht, sich selbst das notwendige Wissen zu verschaffen, so daß sich daraus erhebliche finanzielle und organisatorische Belastungen ergeben können. Die Pflicht zur umfassenden Einbeziehung kann allerdings dann zum *Vorteil* des Schuldners gereichen, wenn er auf diesem Weg die gebotene Entscheidungssicherheit herbeiführen und dadurch insbesondere die Einsichtnahme in Unterlagen unterbinden kann. Zudem ist in weiten Bereichen der Aufklärungspflichten eine gewisse Standardisierung durch Form-, Merk- oder Aufklärungsblätter möglich.[656] Dadurch kann die Belastung des Schuldners deutlich reduziert werden.

d. *Beratung, Rat und Empfehlung*

Die Tatsache, daß entgegen der bisherigen Vorgehensweise eine weitere Unterteilung der Informationsformen vorgenommen wird, ist dem Umstand geschuldet, daß besonders der Begriff der Beratung vielfach als Form einer besonders intensiven spontanen Informationspflicht[657] aber genauso als gesteigerte Form der Auskunft[658] betrachtet wird.[659] Da beide Ansätze Rückhalt in der Rechts- und Sprachwirklichkeit finden, sich aber bis auf den Unterschied spontan/reaktiv keine inhaltlichen Differenzen ergeben, ist eine gemeinsame Darstellung angezeigt.

Die umfänglichste Zuweisung der Verarbeitungslast an den Schuldner findet bei Beratung, Rat und Empfehlung statt. Über die Anforderungen der Aufklärung bzw. Auskunft hinaus, ist der Schuldner zur Abgabe einer eigenen Stellungnahme (Bewertung)

655 Zur Aufklärungspflicht *Klingler*, Aufklärungspflichten, S. 21.

656 Darauf weisen besonders *Schnapp*, in: Bochumer Kommentar, § 13 Rn 3; *Schellhorn, in:* Burdenski/v. Maydell/Schellhorn, § 13 Rn 15 hin.

657 *Richrath*, WM 2004, 653, 655, spricht von der Aufklärung als Kern der Beratung.

658 *Hadding*, in: FS Schimansky, 1999, S. 67, 74 ff.

659 BGHZ 140, 111, 115; BGH BKR 2003, 372, 374, wenn er ausführt, daß »es einem auf Befragen des Käufers erteilten Rat gleich [steht], wenn der Verkäufer als Ergebnis intensiver Vertragsverhandlungen eine Berechungsbeispiel … vorlegt.«

zu den Entscheidungsalternativen, die dem ratsuchenden Gläubiger nach Ansicht des Schuldners offen stehen, verpflichtet.[660] Der Schuldner stellt dem Gläubiger die verschiedenen Entscheidungsalternativen mit ihren Vor- und Nachteilen vor und legt dar, unter welchen Aspekten man sich für die eine oder andere Alternative entscheiden könne.[661] Mithin ist der Schuldner zur umfassenden Aufbereitung und Verknüpfung der entscheidungsrelevanten Daten und Tatsachen und darüber hinaus, ähnlich der Warnung, zu deren umfänglicher Bewertung aus der Perspektive des Gläubigers verpflichtet. Dazu gehört es auch, daß der Schuldner die Informationen, die er der eigenen Beratungsleistung zu Grunde legt, verifiziert und gegebenenfalls auf eine unzureichende Überprüfung der Daten und Fakten hinweist.[662] Bei Auskunft und Aufklärung treffen den Schuldner hingegen keine so weitgehenden Überprüfungspflichten.[663] Die intensivste Form der Beratung ist schließlich diejenige, die in eine Empfehlung mündet. Dabei versetzt sich der Schuldner in die Situation des Gläubigers und gibt nicht nur eine eigene Stellungnahme über die möglichen Alternativen ab, sondern entscheidet sich für eine der Alternativen, die er an Stelle des Gläubigers favorisieren würde.[664] Dem Gläubiger obliegt es nunmehr nur noch, sich die Empfehlung zu eigen macht oder nicht. Auch wenn man damit in der Empfehlung eine eigenständige Form der Information zur Beratung erblicken könnte,[665] ist der Übergang zwischen »bloßer« Beratung und Empfehlung so fließend und unbestimmt,[666] daß in rechtlicher Hinsicht eine weitere Unterscheidung nicht weiterführend ist.[667]

660 *Hadding*, in: FS Schimansky, 1999, S. 67, 74; *Lang*, Informationspflichten, S. 34 m.w.N.; unklar, ob die eigene Tatsachenbewertung erfaßt ist, bei *Schnapp*, in: Bochumer Kommentar, § 15 Rn 4; *Schellhorn, in:* Burdenski/v. Maydell/Schellhorn, § 15 Rn 13 hin.

661 *Hadding*, in: FS Schimansky, 1999, S. 67, 74.

662 BGHZ 100, 117, 121 f.; BGH, Urteil v. 11.9.2003, Az: III ZR 381/02; *Armbrüster*, EWiR § 652 BGB 1/03, 206. Nicht zu verwechseln ist diese »Verifizierungspflicht gegenüber sich selbst« mit jener nach §§ 259, 260 BGB in Form der Versicherung an Eides Statt gegenüber dem Gläubiger. Soweit das Gesetz eine Versicherung an Eides Statt nicht vorsieht, kann der Informationsgläubiger eine solche nicht verlangen (BayObLG DB 2003, 439, 440 [Richtigkeit der Auskunft gegenüber Aktionär]). Vgl. dagegen aber §§ 259, 260 BGB, wobei das BayObLG (S. 440) unter Bezugnahme auf *Kuckuck*, in: Erman, § 259 Rn 20 einen allgemeinen dahingehenden Grundsatz aus §§ 259, 260 BGB ablehnt, daß für jede Information im Rahmen eines Rechtsverhältnisses eine Versicherung an Eides Statt abzugeben ist. Ebenso wohl OLG Hamburg NJW-RR 1993, 868; kritisch zur Tauglichkeit einer Versicherung an Eides Statt zur Verifizierung BGHZ 32, 302, 304; *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 341 und 350.

663 Vgl. zu den Pflichten des Schuldners auch unter E.II (S. 275 ff.).

664 *Hadding*, in: FS Schimansky, 1999, S. 67 ,75.

665 So *Hadding*, in: FS Schimansky, 1999, S. 67 ,75 f.

666 Dies anerkennt auch *Hadding*, in: FS Schimansky,1999, S. 67 ,75.

667 Im Ergebnis ebenso die h.M. *Horn*, ZBB 1997, 139, 141; *Richrath*, WM 2004, 653, 655; *Lang*, Informationspflichten, S. 34 m.w.N., die bereits der Beratung das empfehlende Moment beimessen.

aa. Selektion, Verknüpfung, Aufbereitung

Aus dem Vorhergesagten folgt, daß den Schuldner bei der Beratung die umfassendste Verarbeitungspflicht trifft. Sie geht deutlich über die der Aufklärung[668] oder Auskunft hinaus. Im Falle der Steigerung zur Empfehlung muß der Schuldner dem Gläubiger schließlich auch die Entscheidung zwischen mehreren Alternativen abnehmen.

bb. Zeit- und Formfaktor

Hinsichtlich Zeit- und Formfaktor ergeben sich keine Unterschiede zu den Ausführungen zur Auskunft[669] und den spontanen Informationspflichten.[670]

cc. Vor- und Nachteile

Die *Vorteile* des Gläubigers liegen bei der Beratung in der umfassenden Bewertung der Entscheidungsalternativen und dem Aufzeigen ihres jeweiligen Für und Wider. *Nachteile* können aus der fehlerhaften Bewertung folgen, wenn der Gläubiger eigene Bewertung unterlassen hat. Zudem kann er sich nie sicher sein, daß ihm alle Umstände offen gelegt worden sind und der Berater nichts Wesentliches verschwiegen hat.

Für den Schuldner wird sich vor allem der immense Aufwand an Zeit, Ressourcen und Kosten nachteilig auswirken.

3. Fazit

Die Ausführungen zur Verteilung der Verarbeitungslast bringen zwei Dinge deutlich zum Ausdruck: Erstens hat die Zuweisung der Verarbeitungslast erheblichen Einfluß auf die konkrete Ausgestaltung der auf Information ausgerichteten Leistungspflicht. Sie legt fest, in welchem Maß der Schuldner neben der Kommunikation der selektierten Primärinformation auch zur Sekundärinformation in Form der Aufbereitung und Verknüpfung verpflichtet ist. Dabei bestehen zwischen den einzelnen Informationsmitteln zum Teil erhebliche Unterschiede, die für die Vor- und Nachteile einer jeden Informationsform verantwortlich zeichnen. Was dem Gläubiger einerseits in Form der Abnahme der Informationsverarbeitung zum Vorteil gereicht, offenbart andererseits zugleich einen generellen Nachteil, nämlich die Abhängigkeit von der Verarbeitungsbereitschaft des Schuldners, kumuliert mit einer eingeschränkten oder sogar gänzlich fehlenden Verifikationsmöglichkeit der kommunizierten Zeichen. Zudem bestehen Differenzen abstrakter Art. Sie spiegeln sich in der generellen Unterscheidung zwi-

668 Der Unterscheidung zwischen Aufklärungs- und Beratungspflicht zeigt sich beispielsweise zwischen Anlageberatung und Anlagevermittlung dazu *Horn*, ZBB 1997, 139, 147.

669 Siehe oben C.IV.2.a.bb (S. 127 f.).

670 Siehe oben C.IV.2.c.ee (S. 152 f.).

schen spontanen und reaktiven Informationspflichten wider. Bei ersteren trifft den Schuldner umfänglich die Verantwortung für das Auslösen eines Informationsvorgangs; er entscheidet: Information – ja oder nein. [671] Der Informant schafft aufgrund der geschuldeten Informationsinitiierung häufig überhaupt erst ein Problembewußtsein des Gläubigers. Es werden also Problemsituationen bewußt gemacht, die ihm bisher unbekannt oder zumindest so nicht präsent waren. Spontane Informationspflichten initialisieren damit ein – noch nicht einmal zwingend – latent vorhandenes Bedürfnis nach Information. Zeitgleich geht damit vielfach auch die Offenlegung bisher versteckter Informationsquellen einher. Den spontanen Informationspflichten kommt damit eine herausragende Bedeutung hinsichtlich Aktualisierung und Konkretisierung des Informationsbedürfnisses des Gläubigers zu. Erst die Problemsensibilisierung ermöglicht ihm in diesen Fällen die sachgerechte Ausübung reaktiver Informationsformen.[672] Von der Einsicht kann nur Gebrauch machen, wenn man Kenntnis von der Existenz einzusehender Unterlagen hat bzw. den Gegenstand seiner Suche kennt; Auskunft kann nur verlangen, wer den Gegenstand des Auskunftsbegehrens wenigstens umreißen kann.[673] Fehlt es daran, handelt es sich nicht mehr um ein Auskunftsbegehren, sondern um ein unerlaubtes Aushorchen des Schuldners.[674] Anders verhält es sich im amerikanischen Recht. Dieses kennt mit der *pre-trial-discovery* ein Verfahren, welches ein »Ausspähen« ermöglicht.[675] Die reaktiven Informationspflichten erlangen vor allem Bedeutung, um den subjektiven Aspekt des Informationsbedürfnisses zur vollen Entfaltung zu bringen. Im Regelfall kann nämlich davon ausgegangen werden, daß der Gläubiger am besten in der Lage ist, sein Informationsdefizit zu analysie-

671 *Eppenberger*, Information, S. 66.

672 *Eppenberger*, Information, S. 133. Der Gläubiger äußert bei komplexeren Entscheidungssituationen unvollkommene Informationsbegehren, wenn und soweit er seinen objektiven (personenbezogenen) Informationsbedarf nicht kennt (*Witte*, Informationsverhalten, S. 62).

673 Besondere praktische Bedeutung erlangt dieses Problem beim Anspruch des Aktionärs gem. § 131 Abs. 4 AktG. Dort ist es umstritten, ob ein Auskunftsbegehren darüber, ob überhaupt Auskünfte außerhalb der Hauptversammlung gegeben worden sind, nach Abs. 4 zulässig ist oder nicht. **Verneinend**, weil eine unzulässige Ausforschung annehmend die h.M. Statt aller nur LG Frankfurt a.M. AG 1968, 24; OLG Dresden AG 1999, 274, 275 f.; LG Düsseldorf AG 1992, 461, 462 [Feldmühle Nobel AG]; *Hüffer*, AktG, § 131 Rn 41; *Zöllner*, in: KölnKomm-AktG, § 131 Rn 74; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 360; *Hoffmann-Becking*, in: FS Rowedder, 1994, S. 155, 161. Die h.M. beurteil die Pflicht zur Beantwortung eines dahingehenden Auskunftsbegehrens allein nach § 131 Abs. 1 AktG. Im Ergebnis wohl ebenso BayObLG DB 2003,439, 440 = ZIP 2002, 1804, 1805, daß im konkreten Fall – es ging um ein Auskunftsverlangen nach § 131 Abs. 4 AktG – über diese Frage nicht entscheidend mußte, da sich das Auskunftsbegehren nicht auf das »Ob«, sondern auf den Inhalt der außerhalb der Hauptversammlung erteilten Auskünfte bezog. **Bejahend** dagegen *Ebenroth*, Auskunftsrecht, S. 103; *Heidel*, in: AnwKomm-AktG, § 131 Rn 80, *Meilicke/Heidel*, DStR 1992, 113, 114; *Uwe H. Schneider*, in: FS Lutter, 2000, S. 1193, 1202.

674 *Burgert*, in: Globalisierung und Rechtskultur, S. 115; so im Ergebnis auch die h.M. unter Fn. 673.

675 Vgl. ausführlicher dazu E.II.4 (S. 287 ff.).

ren, um entsprechend Auskunft bzw. Einsicht zu verlangen.[676] Daran vermag auch eine noch so umfassende Pflicht zur Feststellung des individuellen Informationsbedürfnisses nichts zu ändern.[677] Nach Sensibilisierung des Problembewußtseins durch spontane Informationspflichten kann auf diesem Wege eine sehr effiziente Informationsversorgung zur Erreichung der rechtlich gebotenen Entscheidungssicherheit erfolgen.

676 Zu Recht weist *Witte*, Informationsverhalten, S. 1, 45 f., darauf hin, daß diese Aussage unter Annahme der Figur des »*homo informaticus*« nur modelltheoretischer Natur ist. Die empirische Praxis zeigt hingegen, daß erhebliche Differenzen zwischen dem – modelltheoretisch bestimmbaren – Informationsbedarf und der tatsächlichen Informationsnachfrage bestehen. Neben der Bereitschaft sein Nichtwissen durch Nachfragen zu offenbaren trägt dazu auch die unzureichende Artikulation des Informationsbedürfnisses bei.

677 Vgl. dazu grundsätzlich unten E.II.1 (S. 275 ff.). Zu beachten ist freilich, daß gegebenenfalls durch (standardisierte) Fragebögen das individuelle Informationsbedürfnis schon sehr genau ermittelt werden kann; vgl. aber auch Fn. 676.

V. Rangverhältnis zwischen den einzelnen Informationsformen?

Die im Detail ausgeführten Unterschiede und das daran erkennbare notwendige Ineinandergreifen der verschiedenen Informationsmittel lassen Zweifel aufkommen, ob es *die* Form der Leistungserbringung schlechthin gibt. Auch unter dem Primat, daß es bei allen informationellen Sachverhalten um die Erreichung des als sozial adäquat anerkannten Grads an Entscheidungssicherheit geht, kann keiner Leistungsform eine dahingehende Alleinstellung bedenkenlos zugesprochen werden. Zwar sollte es der Natur der Sache entsprechen, daß mit Zunahme der Verarbeitungslast seitens des Schuldners die Sicherheit der vorgegebene Grad an Entscheidungssicherheit auch tatsächlich erzielt wird. Doch setzt dies voraus, daß der Schuldner willens und in der Lage ist, die von ihm geforderte Verarbeitung zu leisten und dem Gläubiger dagegen die Fähigkeit zur Verarbeitung abgesprochen wird. Bezieht man in die Bestimmung der erzielten Entscheidungssicherheit zudem auch die Notwendigkeit der Verifikation der kommunizierten Zeichen ein, ist offenkundig, daß die Zuweisung der Verarbeitungslast nur ein – wenn auch sehr wichtiger – Teilaspekt des Ganzen ist. Fehlendes Vertrauen in die Vollständigkeit, Richtigkeit oder Wahrheit der kommunizierten Zeichen kann ebenso Ursache zur Nichtinformation i.S. der Nichtauflösung einer bestehenden Entscheidungsunsicherheit sein wie die unzureichende Verarbeitung durch den Schuldner. Die Bedeutung der Verifikation der kommunizierten Zeichen erschließt sich aus der Eigenart des Leistungsgegenstandes Information: Bei keinem anderen Leistungsgegenstand erheben sich für den Gläubiger so umfassende Zweifel, ob ordnungsgemäß geleistet worden ist und bei keinem Leistungsgegenstand ist es für den Gläubiger so schwer, die Ordnungsmäßigkeit der Leistung zu überprüfen.

In diesem Kapitel ist daher zu untersuchen, ob die vorgetragenen Zweifel eine fundierte Bestätigung finden oder ob sich trotz der Bedenken eine innere Ordnung zwischen den verschiedenen Informationsmitteln feststellen läßt mit der Folge, daß einem bei der Informationsleistung Vorrang vor den anderen einzuräumen ist und damit zumindest unter rechtlichen Gesichtspunkten eine Vorrangstellung beanspruchen kann.

1. Verhältnis zwischen Auskunft und Einsicht

Soweit ersichtlich, hat man sich mit der Frage nach dem Vorrang einer speziellen Form der Informationsgewährung bisher fast ausschließlich im Verhältnis zwischen Auskunft und Einsicht auseinandergesetzt. Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur finden sich dazu vergleichsweise ausführliche Stellungnahmen. Deren Aussagewert wird jedoch zum Teil dadurch erheblich relativiert, daß die Frage nach dem grundsätzlichen Verhältnis zwischen Auskunft und Einsicht mit den Besonderheiten des konkreten Falls vermischt werden. Es ist daher schwer zu unterscheiden, ob den einzelnen Ausführungen Überlegungen allgemeinerer Art zugrunde liegen oder sie

sehr mehr durch die Besonderheiten des Einzelfalls geprägt sind. An dieser Stelle gilt es zunächst allein festzustellen, ob Auskunft und Einsicht in einem grundsätzlichen Verhältnis der Rangordnung zueinanderstehen oder nicht. Mögliche wertende Gesichtspunkte des Einzelfalls müssen dafür unberücksichtigt bleiben. Sie sind vielmehr erst auf einer späteren zweiten Stufe relevant (dazu ausführlich unter D.V).

a. *Rechtsprechung*

Der BGH hat an verschiedenen Stellen direkt oder indirekt zum Verhältnis zwischen Auskunft und Einsicht Stellung bezogen. Die Aussagen der Urteile sind diesbezüglich allerdings zum Teil sehr vage und haben zu gewissen Interpretationsunsicherheiten geführt. Zudem scheinen sie sich zum Teil auch zu widersprechen.

In seinem Grundsatzurteil zum Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters führt der BGH aus, daß die von ihm vorgetragenen Grundsätze zum Einsichtsrecht des GmbH-Gesellschafters nicht ohne weiteres auf ein mögliches Auskunftsrecht übertragen werden können, »da es sich hier nicht wie bei dem Recht auf Vorlage und Einsicht im wesentlichen um ein Gewährenlassen, sondern um ein positives Tun handelt«.[678] Diese Aussage des BGH wird vielfach dahin überinterpretiert, daß das Auskunftsrecht das weitergehende Recht sei.[679] In der Konsequenz soll dies dann wohl heißen, daß das Auskunftsrecht dem Recht auf Einsicht folgt. Dem Urteil kann allerdings lediglich entnommen werden, daß an das Auskunftsbegehren eines GmbH-Gesellschafters höhere tatbestandliche Anforderungen im Sinne eines wichtigen Grundes zu stellen sind als beim Einsichtsverlangen.[680] Die Grenzen zulässiger Interpretation überschreitet hingegen der Schluß, die Auskunft sei das weitergehende »Recht«. Durch die GmbH-Gesetzesnovelle von 1980 hat sich die Frage der richtigen Interpretation des Urteils geklärt. Hier gilt nunmehr gesetzlich der Grundsatz der Gleichrangigkeit.[681]

In der Entscheidung[682] vom 31.3.1971 trägt der BGH hingegen Gesichtspunkte vor, die eine Deutung dahin nahelegen, daß er von einem Vorrang der Auskunft vor dem Recht auf Einsicht ausgeht.[683] In der entscheidenden Passage des Urteils heißt es, »daß das Recht auf Einsichtnahme in aller Regel stärker als ein bloßer Auskunftsanspruch in die Rechtstellung des Verpflichteten eingreift und der Berechtigte sich daher bei der gemäß § 242 BGB gebotenen Abwägung der beiderseitigen Interessen mit der Ertei-

678 BGHZ 14, 51, 59 = JZ 1955, 49 [*Schilling*].

679 *Bunte*, Informationsrechte, S. 37; *Wischenbart*, Informationsrecht, S. 39.

680 Vgl. BGHZ 14, 53, 60, wenn es da heißt: »… das Gründe, die … das Verlangen nach Einsichtnahme … rechtfertigen, [nicht] ohne weiteres auch eine Rechtfertigung für das Auskunftsverlangen bilden.«; *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 211, 212.

681 Statt aller *Römermann*, in: Michalski, § 51a Rn 148 ff. (150).

682 BGH DB 1971, 1416, 1417.

683 In diesem Sinn interpretiert auch *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 345, die Entscheidung des BGH.

lung der Auskunft begnügen muß«.[684] Zur Begründung seiner These vom Vorrang der Auskunft führt der BGH damit deren geringere Eingriffsintensität als Hauptargument an.

In BGHZ 55, 201, 204 geht der BGH schließlich – in Abgrenzung zur gegenteiligen Auffassung in BGHZ 32, 302 ff.[685] – von der grundsätzlichen Gleichrangigkeit zwischen dem Recht auf Bucheinsicht und dem Recht auf Leistung einer Versicherung an Eides Statt (§ 259 Abs. 2 BGB) aus.[686] Betrachtet man die Versicherung an Eides Statt als eine qualifizierte – nämlich strafbewehrte – Form der Auskunft,[687] ist (bedingt) ein Rückschluß auf das Verhältnis Auskunft – Einsicht möglich. Beide stünden gleichrangig neben einander. Im Ergebnis kommt der BGH jedoch in beiden Entscheidungen zu einem Vorrang der Bucheinsicht, weil der Gläubiger unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzinteresses gehalten sei, zunächst denjenigen Anspruch geltend zu machen, der ihn schneller, besser und ohne zusätzliche Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe zum Ziele führt.[688]

Im Zusammenhang mit dem Einsichtsverlangen eines ausgeschiedenen Gesellschafters in die Unterlagen der Gesellschaft geht der BGH[689] offenbar auch von einem gleichberechtigten Nebeneinander von Auskunft und Einsicht aus.[690] Den Entscheidungsgründen selbst ist eine dahingehende Aussage zwar nicht ausdrücklich zu entnehmen, sie ergibt sich jedoch mittelbar bei Einbeziehung des jeweils zugrundeliegenden Sachverhalts. In allen Fällen wurde auch Auskunft über die Kenngrößen zur Bestimmung des Abfindungsguthabens bzw. des Gewinnanteils verlangt bzw. bereits erteilt. Trotzdem hat der BGH mit keinem Wort problematisiert, daß ein Recht auf

684 BGH DB 1971, 1416, 1417; von dem weniger weitgehenden Recht spricht auch *Schröder*, in: Schlegelberger, § 87c Rn 15a, ohne daraus Rückschlüsse für den Vorrang der Auskunft zu ziehen.

685 In BGHZ 32, 302, 305 f., spricht sich der BGH für einen Vorrang der Bucheinsicht gegenüber der Versicherung an Eides Statt im Rahmen des § 87c HGB aus. Am Rande führt er allerdings aus, daß dies auch allgemein im Rahmen der §§ 259, 260 BGB gelte (BGHZ 32, 302, 306). BGHZ 55, 201, 205 f., stellt zum einen klar, daß BGHZ 32, 302 durch die Besonderheiten des Handelsvertreters geprägt ist und damit nicht verallgemeinert werden kann; zum anderen widerspricht er den verallgemeinerungsfähigen Ausführungen in BGHZ 32, 302, 306, obwohl ein solcher Widerspruch dezidiert bestritten wird (BGHZ 55, 201, 205).

686 Bestätigt in BGH NJW 1998, 1636, 1637 = WM 1998, 1461,1462 = DB 1998, 1512; zustimmend EWiR § 259 BGB 1/98, 437 [*Hirtz*], wonach diese Entscheidung »in Theorie und Praxis einhellig begrüßt worden« ist. Nachweise bleibt *Hirtz* allerdings schuldig.

687 So ausdrücklich *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 350. In diesem Sinne lassen sich auch die Ausführungen in BGHZ 55, 201, 204 und BGHZ 104, 369, 372 ff. interpretieren.

688 BGHZ 55, 201, 206; BGH NJW 1998, 1636, 1637 = WM 1998, 1461,1462 = DB 1998, 1512. In der Endkonsequenz stimmen damit BGHZ 32, 302 und BGHZ 55, 201 nicht nur im Ergebnis, sondern auch in den das Ergebnis tragenden Wertungen überein.

689 BGH WM 1961, 1329; BGH WM 1963, 989, 990; BGH WM 1963, 990; BGH WM 1968, 1245.

690 So *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 341.

Einsicht nur dann und soweit zu gewähren ist, als ein Auskunftsanspruch nicht zum Erfolg geführt hat.

Auf den ersten Blick ergibt sich ein etwas verwirrendes Bild der Rechtsprechung. Mehr Klarheit schafft zunächst die Ausblendung jener Urteilspassagen, die sich nicht auf das grundsätzliche, vorliegend allein interessierende, Verhältnis zwischen Auskunft und Einsicht, sondern auf die konkrete Abwägung im Einzelfall beziehen. Wie bereits eingangs erwähnt, ist strikt zwischen dem Grundverhältnis (1. Stufe) und der konkreten Ausgestaltung im Einzelfall (2. Stufe) zu unterscheiden. Dieser zweistufige Gedankengang liegt auch BGHZ 55, 201 zugrunde. In dieser Entscheidung wird zunächst das grundsätzliche Verhältnis der einzelnen Informationsformen zueinander untersucht. Erst in einem zweiten Schritt überträgt der BGH das Ergebnis des ersten Schritts – die grundsätzliche Gleichrangigkeit der einzelnen Informationsformen – auf den konkreten Fall und prüft, ob die Umstände des Einzelfalls es erfordern, den Gläubiger vorrangig auf eine bestimmte Informationsform zu verweisen.

Analysiert man die Urteile unter dieser geschärften Blickrichtung, ergibt sich ein widersprüchliches Bild: In BGHZ 55, 201 ff. heißt es, daß »der Senat der Ansicht des Berufungsgerichts, der Offenbarungseidsanspruch sei *grundsätzlich* gegenüber einem sich aus § 810 BGB ergebenden Recht auf Bucheinsicht *subsidiär*, nicht zu folgen [vermag]«.[691] Auch wenn diese Aussage bereits stark durch die Einzelfallanwendung auf der zweiten Stufe geprägt ist, kann ihr dennoch die Tendenz entnommen werden, daß grundsätzliche keine Rangfolge zwischen den einzelnen Informationsformen besteht. Bestätigt wird dies durch die Klarstellung im Hinblick auf BGHZ 32, 302. Wenn in diesem Urteil ein Nachrang des Offenbarungseids gegenüber dem Recht auf Bucheinsicht angenommen worden ist,[692] dann nur deshalb, weil damit den »Besonderheiten des Handelsvertreterrechts Rechnung« getragen wird.[693] Mithin enthält BGHZ 32, 302 keine Aussagen zum Grundverhältnis (1. Stufe), sondern nur zur 2. Stufe. Ein Widerspruch zwischen beiden Entscheidungen besteht daher nicht. Zweifel hinsichtlich dieser Einschätzung ergeben sich allerdings durch Erwägungen am Ende von BGHZ 32, 302, wenn es dort heißt: »Daß mehrere Ansprüche nicht gleichgeordnet sind, sondern eine bestimmte Rangfolge haben, ist auch sonst der Rechtsordnung nicht fremd. So ist nach der ausdrücklichen Regelung der §§ 259, 260 BGB der Offenbarungseidsanspruch den Ansprüchen auf Auskunft und Rechnungslegung nachgeordnet, wie es auch der Natur der Sache entspricht.«[694] In die gleiche Richtung weist auch die Entscheidung vom 31.3.1971, in der der BGH einen grundsätzlichen Vorrang der Auskunft vor der Einsicht postuliert. Separat betrachtet, besteht danach eine eindeutige Rangfolge. Bindet man die Aussage hingegen in ihren Kontext ein, verliert sich die Klarheit der Aussage in bezug auf die 1. Stufe, weil sie schon deutlich von Gesichtspunkten beeinflußt ist, die erst auf der 2. Stufe Beachtung finden dürfen. Trotz dieser Relativierung der Aussagekraft, ist die Tendenz der Entscheidung zum Vorrang der Auskunft nicht

691 BGHZ 55, 201, 204.
692 BGHZ 32, 302, 305.
693 BGHZ 55, 201, 206.
694 BGHZ 32, 302, 306.

zu leugnen. Zusammenfassend läßt sich daher feststellen, daß sich in der Rechtsprechung Belege finden, die sowohl für eine Gleichrangigkeit als auch eine klare Rangfolge auf der 1. Stufe streiten. Eine klare Richtung der Rechtsprechung fehlt damit.

Einigkeit besteht hingegen auf der 2. Stufe, also der Übertragung der grundsätzlichen Überlegungen auf den konkreten Einzelfall. Hier ist zu prüfen, ob die Umstände des Einzelfalls es nicht geboten erscheinen lassen, den Gläubiger vorrangig auf eine bestimmte Informationsform zu verweisen, weil sie den schnelleren und besseren Weg zur Erreichung der gebotenen Entscheidungssicherheit bietet und dabei mindestens ebenso geeignet ist wie die anderen.[695] Daß der BGH in BGHZ 55, 201, 206 auf das Rechtsschutzbedürfnis als Rechtfertigungsgrund der notwendigen Abwägung zurückgreift, überzeugt freilich nicht. Hier geht es um die zeitliche Konkurrenz möglicher Ausgestaltungsformen ein und desselben materiellen Anspruchs; dies kann nicht mit prozessualen Mitteln entschieden werden.[696] Hierzu muß man sich materieller Kategorien bedienen, wie es im Urteil vom 31.3.1971 geschehen und bereits in BGHZ 32, 302, 304 angeklungen ist. Die zeitliche Konkurrenz der Informationsformen ist im Einzelfall allein am Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu entscheiden.[697]

Im Ergebnis kann die Rechtsprechung dahin zusammengefaßt werden, daß sie hinsichtlich des Bestehens oder Nichtbestehens eines grundsätzlichen Rangverhältnisses keine verbindliche Aussage trifft.

b. *Literatur*

aa. Informationsrechte von (GmbH-)Gesellschaftern

Sehr frühzeitig hat in der Literatur eine intensive Diskussion um das Verhältnis der verschiedenen Informationsformen begonnen, die vor allem vor dem Hintergrund eines – ungeschriebenen – Informationsrechts des GmbH-Gesellschafters geführt worden ist. Zu Beginn der Diskussion überwogen in der Literatur die Stimmen, denen mehr oder weniger deutlich die Vorstellung eines internen Stufenverhältnisses mit Vorrang der Auskunft zugrunde lag.[698] Nur vereinzelt fanden sich Stimmen, die ein Stufenverhältnis zwischen Auskunft und Einsicht verneinten.[699] Für das nunmehr in § 51a GmbH geregelte Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters geht die wohl

695 BGHZ 32, 302, 305 f.; BGHZ 55, 201, 206; BGHZ 104, 369, 373 f.; BGH DB 1971, 1416, 1417; BGH NJW 1998, 1636, 1637; BGH WM 1961, 1329; BGH WM 1963, 989, 990; BGH WM 1963, 990; BGH WM 1968, 1245; zustimmend auch OLG Hamm NJW 1959, 51.

696 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 354.

697 Ausführlich dazu unter D.V.2.c (S. 226 ff.).

698 Vgl. nur *Schilling*, in: Hachenburg, 7. Auflage, § 45 Rn 26; *Schilling*, JZ 1955, 49; *K. Schmidt*, in: Scholz, 6. Auflage, Anh. § 51 Rn 17; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, § 7 II 2 a (S. 378); **zurückhaltender** *Geßler*, GmbHR 1966, 102, 109.

699 *Ebenroth*, Kontrollrechte, S. 76; *ders.*, ZGR 1972, S. 427, 438; zustimmend *Bunte*, Informationsrechte, S. 37 ff.; tendenziell *Pleyer/Schaudwet*, GmbHR 1967, 250, 253 f.

h.M. inzwischen von einem gleichberechtigten Nebeneinander von Einsicht und Auskunft aus,[700] gleichwohl ein Teil dieser Meinung zu Unrecht zumindest eine faktische Subsidiarität der Einsicht bejaht.[701] Zudem setzt sich immer weiter die Erkenntnis durch, daß Auskunft und Einsicht nur Ausprägungen eines einheitlichen Rechts auf Information sind.[702] Nicht zuletzt die Novellierung des GmbH-Gesetzes mit dem weitreichenden gesetzlichen Informationsrecht in § 51a GmbHG hat zu Überlegungen geführt, inwieweit der Gedanke vom einheitlichen Recht auf Information – verbunden mit der Gleichrangigkeit von Auskunft und Einsicht – einer Generalisierung zugänglich ist.[703] Überlegungen in diese Richtung finden sich vor allem zum Informationsrecht des oHG-Gesellschafters[704] und des Kommanditisten.[705] Eindeutige Stellung-

700 KG GmbHR 1988, 221, 222; OLG Düsseldorf GmbHR 1991, 18; *K. Schmidt*, in: Scholz, § 51a Rn 10; *Römernmann*, in: Michalski, § 51a Rn 150; *Hüffer*, in: Hachenburg, § 51a Rn 8, 37; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 51a Rn 7; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 51a Rn 12; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, § 51a Rn 10; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 51a Rn 22; *Tietze*, Informationsrechte, S. 56; W*ohlleben*, Informationsrechte, S. 131 ff.; **a.A.** noch *Roitzsch*, Minderheitenschutz, S. 161.

701 *K. Schmidt*, in: Scholz, § 51a Rn 21, 26; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 51a Rn 12; *Mertens,* in: FS Werner, 1984, S. 557, 566.

702 Die Lehre vom einheitlichen Recht auf Information geht wohl auf *Ebenroth*, Kontrollrechte, S. 76 zurück. Er führt bereits aus, daß es sich bei Auskunft und Einsicht um verschiedene Ausprägungen eines als notwendig erachteten Kontrollrechts handelt, dessen Umfang denktheoretisch konstant ist. Auskunft und Einsicht stehen zueinander im Verhältnis der Komplementarität. Zustimmend *Bunte*, Informationsrechte, S. 38 f. Von *K. Schmidt*, in: Das neue GmbH-Recht in der Diskussion, S. 87, 99 ff.; *derselbe*, in: FS Kellermann, 1991, S. 389, 392 ff.; *derselbe*, in: FS 100 Jahre GmbH, 1992, S. 559, 565 ff.; *derselbe*, in: Scholz, § 51a Rn 8, wurde diese Ansicht fortgeführt und dogmatisch zur Lehre vom Informationsbedürfnis verbunden mit dem mitgliedschaftlichen Stammrecht auf Information verfeinert; *Tietze*, Informationsrechte, S. 57; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 51a Rn 12; *Hüffer*, in: Hachenburg, § 51a Rn 8; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, § 51a Rn 10; *Zöllner*, NZG 2003, 354 ff.; **a.A.** *Wohlleben,* Informationsrechte, S. 47.

703 BGH NJW 1992, 1890, 191 zur KG ohne allerdings in der Sache zu entscheiden; *Grunewald*, in: MünchKomm-HGB, § 166 Rn 12; *Schießl*, GmbHR 1985, 109, 111, spricht von einer »… allgemeinen Aufwertung der Informationsbedürfnisse von Gesellschaftern …« durch § 51a GmbHG; **beschränkt** auf die Gleichrangigkeit von Auskunft und Einsicht *Krug*, Auskunfts- und Einsichtsrecht, S. 35.

704 *Roitzsch*, Minderheitenschutz, S. 161; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 47 V 3 (S. 1398); *Mayer*, in: E/B/J, § 118 Rn 10; *Krug*, Auskunfts- und Einsichtsrecht, S. 40 f.; *Martens*, in: Schlegelberger, § 118 Rn 14; Baumbach/*Hopt*, HGB, § 118 Rn 1; zu weitgehend allerdings *Schießl*, GmbHR 1985, 109, 111; **ablehnend** *Ulmer*, in: Staub, § 118 Rn 24; *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 82 ff.; *Wischenbart*, Informationsbedarf, S. 56 f.; *von Gerkan*, in: Röhricht/Graf von Westphalen, § 118 Rn 7 f.;

705 BGH NJW 1992, 1890, 191; BGH WM 1988, 1447, 1448 = GmbHR 1988, 434, 435 f. = DB 1988, 2090 (obiter dictum); *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, S. 376 f; *Roitzsch*, Minderheitenschutz, S. 161; *Grunewald*, ZGR 1989, S. 545, 552 f.; *dieselbe*, in: MünchKomm-HGB, § 166 Rn 1; *Schilling*, in: Staub, § 166 Rn 2, 7; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 53 III 3 (S. 1540 ff.); *Veltins/Hikel*, DB 1989, 465, 467, unter ausdrücklichen

nahmen finden sich allerdings nur vereinzelt.[706] Ein nicht unerheblicher Teil der Ausführungen differenziert nicht hinreichend zwischen *dem* Anspruch auf Information als einheitliches Recht einerseits und der Konkretisierung auf eine bestimmte Informationsform im Einzelfall andererseits.[707] Aufgrund der gesetzlichen Wertung in §§ 118 und 166 HGB, die das Einsichtsrecht als die bevorzugte Form hervorheben,[708] verwundert dies allerdings nicht. Im Ergebnis läßt sich jedoch trotz der fehlenden Unterscheidung zwischen den einzelnen Problemschichten eine deutliche Tendenz dahin feststellen, nicht so sehr die möglichen Ausprägungen des Informationsrechts, sondern vielmehr die Sicherstellung eines bestimmten – freilich gesellschaftsformabhängigen – Informationsniveaus in den Vordergrund zu stellen. Damit löst sich der frühere Streit um ein mögliches Stufenverhältnis zwischen Auskunft und Einsicht in der Frage nach der »richtigen« Informationsform im konkreten Einzelfall auf. Logische Prämisse ist, daß von der Gleichrangigkeit der Informationsformen ausgegangen wird, da anderenfalls die Fragestellung lauten müßte, ob gegebenenfalls eine Ergänzung der vorrangi-

Verweis auf die Lehre vom Informationsbedürfnis; *Martens*, in: Schlegelberger, § 166 Rn 4, 18, der stark auf den Funktionenzusammenhang abstellt; daran anlehnend *Hahn*, BB 1997, 741, 745; ebenso *Budde*, in: FS Semler, 1993, S. 789, 801, *Nitschke*, Personengesellschaft, S. 203 ff. und *Binz*/*Freudenberg*/*Sorg*, BB 1991, 485, 487, die allerdings neben dem zweck- und funktionsbezogenen Auskunftsanspruch ein allgemeines Informationsrecht entsprechend §§ 713, 666 BGB im Wege der *actio pro socio* befürworten; *von Gerkan*, in: Röhricht/Graf von Westphalen, § 166 Rn 26; *Goerdeler*, in: FS: Kellermann, 1991, S. 77, 80; *Weipert*, in: MünchHdb. GesR 2, § 11 Rn 9; andeutend *Koller*, in: Koller/Roth/Morck, § 166 Rn 1 f.; zu weitgehend allerdings *Schießl*, GmbHR 1985, 109, 111; **abweichend** in der Begründung *Krug*, Auskunfts- und Einsichtsrecht, S. 88 ff., der das Auskunftsrecht aus § 166 Abs. 3 HGB ableitet, indem er den »wichtigen Grund« mit der »Erforderlichkeit« nach § 131 AktG gleichsetzt; **ablehnend** *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 85 ff., unter Hinweis auf § 166 Abs. 2 HGB (kritisch zur beschränkenden Funktion von § 166 Abs. 2 HGB *Grunewald*, ZGR 1989, S. 545, 552); *Wischenbart*, Informationsbedarf, S. 72 f.

706 *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 64, 68 f.; *Mayer*, in: E/B/J, § 118 Rn 10; *Grunewald*, in: MünchKomm-HGB, § 166 Rn 1.

707 So etwa *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 82 ff. Er verkennt den von *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 62 f. sorgsam skizzierten Unterschied zwischen dem Recht auf Information und seiner konkreten Ausgestaltung im Einzelfall, die sich auch maßgeblich an den Bedingungen der einzelnen Gesellschaft(-sform) ausrichtet. Auch die Begründung der h.M. (vgl. nur *Ulmer*, in: Staub, § 118 Rn 25 m.w.N.) zur Anerkennung eines Auskunftsrechts des oHG-Gesellschafters aus § 118 Abs. 1 HGB bringt die unzureichende Differenzierung zum Ausdruck. Wenn es dort heißt, daß nur dann (ausnahmsweise) Auskunft verlangt werden kann, wenn das Einsichtsrecht kein vollständiges Bild der Lage gibt, so ist dies richtigerweise lediglich die Konkretisierung des einheitlichen Informationsrechts im Einzelfall und nicht erst die Begründung eines Auskunftsrechts (*K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 64; RG JW 1907, 523, daß davon spricht, daß die Notwendigkeit zur Auskunftserteilung fortfalle, wenn, wie das Gesetz voraussetzt, die Bücher und Papiere sorgfältig geführt würden, daß sie in sich verständlich sind und namentlich für einen Sachverständigen die Geschäftslage klarlegten.).

708 *Krug*, Auskunfts- und Einsichtsrecht, S. 41.

gen Form erfolgen muß. Die »richtige« Form stünde nämlich bereits mit der vorrangigen fest.

bb. Stürners Ansatz eines allgemeinen Informationsanspruchs

Eine sehr ausführliche Stellungnahme mit allgemeinerem Charakter, weil nicht auf den Besonderheiten des Verbandsrechts gegründet, findet sich in der Habilitationsschrift von *Stürner*.[709] Ausgangspunkt seiner Überlegungen ist die bestrittene These von der Existenz eines allgemeinen vorprozessualen Informationsanspruchs.[710] Im Rahmen der Konkretisierung und Ausformung dieser These beschäftigt sich *Stürner* auch intensiv mit dem Inhalt dieses Anspruchs, insbesondere mit dem Verhältnis von Auskunft und Einsicht. Daß zu seinem Inhalt die Auskunft gehört, versteht *Stürner* als eine Selbstverständlichkeit.[711] Unter sachlichen Gesichtspunkten soll das Einsichtsrecht jedoch ebenso zum Regelinhalt des Informationsanspruchs gehören. Denn, wenn man schon den Eingriff in die gegnerische Rechtssphäre zur vorprozessualen Information zuläßt, sollte man nicht bei Halbheiten stehen bleiben, sondern möglichst taugliche und überzeugende Information gewähren. Genau diese Fähigkeit stellt *Stürner* bei der Auskunft aufgrund der latenten Gefahr bewußter oder unbewußter subjektiver Verfälschungen zu Recht in Frage.[712] Auch überzeugt wegen der zu einseitigen Betrachtung nicht das Argument der Gegenposition von der stärkeren Eingriffintensität der Einsicht.[713] *Stürner* kommt daher zu dem Ergebnis, daß sich eine Beschränkung des Informationsanspruchs auf die Auskunft nur schwer rechtfertigen läßt. Vergegenwärtigt man sich

709 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 340 ff.

710 **A.A.** BGH WM 1990, 1844, 1845 f. = NJW 1990, 3151 f.; *Peters*, in: MünchKomm-ZPO, § 138 Rn 22; *Arens*, ZZP 96 (1983), S. 1, 11 ff.; *Leipold*, in: Stein-Jonas, § 138 Rn 22 ff. m.w.N. über den Streitstand in Fn. 55. Etwas anderes folgt auch nicht aus § 142 ZPO n.F., da es erstens an der Durchsetzbarkeit zumindest gegenüber den Parteien fehlt, weil die Durchsetzbarkeit nicht erzwingbar ist (*Stadler*, in: Musielak, § 142 Rn 7; *Greger*, DStR 2005, 479, 481, der allerdings auf die mit der Weigerung möglicherweise verbundenen [massiven] prozessualen Nachteile hinweist) und zweitens eine inhaltliche Einschränkung gegenüber dem Ansatz von *Stürner* erfolgt (**a.A.** *Schlosser***,** JZ 2003, 427, 428). Das in den USA gebräuchliche *pre trial discovery* Verfahren soll durch § 142 ZPO nicht ins deutsche Prozeßrecht übernommen (Begründung zur Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/6036, S. 120; *Gruber/Kießling*, ZZP 116 [2003], S. 305 ff.; *Greger*, aaO 482 unter Hinweis auf die Notwendigkeit hinreichender Substantiierung der Bezugnahme entsprechend von Beweisanträgen). Aufgrund eines Urteils des Supreme Court der USA vom 20.4.2004 im Fall Intel Corp. v. Advanced Micro Dives Inc., 542 U.S. (2004) besteht auch für deutsche Gesellschaften bei Berührung mit den USA die Gefahr, daß bei einer Klage vor deutschen Gerichten der Kläger erfolgreich ein *pre trial discovery* in den USA anstrengt.

711 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 340. Die betonte Selbstverständlichkeit resultiert allerdings wohl auch daraus, daß er die Auskunft als die einfachste Form von Information, als bloße Wissenserklärung versteht.

712 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 341.

713 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 341; ausführlich dazu sogleich unter C.V.1.c (S. 168 ff.).

Stürners Ausgangspunkt, so überzeugt dies auch deshalb, weil auch dessen theoretische Beschränkung auf das Informationsmittel Auskunft keine andere Eingriffsintensität mit sich bringen würde. Der Einblick in den gegenständlichen Bereich mittels Einsicht legt im wesentlichen nur Umstände in objektiver und kontrollierbarer Form offen, die ohnehin Inhalt der konkreten Auskunft wären.[714] Zudem tritt die Nachbarschaft von Auskunft und Einsicht nach Ansicht *Sürners* unverkennbar hervor, wenn man sich die Möglichkeit der Vollstreckbarkeit des Auskunftsanspruchs bei vorhandenen Unterlagen gem. § 887 ZPO (vertretbare Handlung) vor Augen führt.[715] Dieses Argument vermag jedoch nicht zu überzeugen. Zunächst ist bereits die Einschlägigkeit von § 887 ZPO auf jene Sachverhalte äußerst zweifelhaft, weil die Auskunftserteilung keine vertretbare Handlung ist.[716] Augenscheinlich wird dies, wenn der Schuldner bei der Auskunft Querverbindungen herstellen muß, die den vollständigen Unterlagen so nicht zu entnehmen sind, es also auf das spezielle Wissen des Schuldners zur Auskunftserteilung ankommt.[717] Ein weiteres Gegenargument resultiert aus der Berücksichtigung der unterschiedlichen Zuweisung der Verarbeitungslast bei Einsicht und Auskunft. Unterstellt man den eher nur theoretisch denkbaren Fall, den wohl auch *Stürner* vor Augen hat, daß einem Dritten mittels der Unterlagen die gleiche Verarbeitungsleistung möglich ist, wie sie der Schuldner eines Auskunftsanspruchs verpflichtet ist zu leisten, kann zwar eine Nachbarschaft zwischen Auskunft und Einsicht nicht generell geleugnet werden; von einer Vergleichbarkeit im Sinne einer Austauschbarkeit kann aber auch dann keine Rede sein. Die Ersatzvornahme in Form der Einsicht durch den Gläubiger oder einen Dritten könnte zwar unter idealisierten Bedingungen den gleichen Grad an Entscheidungssicherheit herbeiführen wie die Auskunft durch den Schuldner selbst. Die damit verbundene Verhaftung für die zutreffende Verarbeitung der Unterlagen kann den Schuldner in einem solchen Fall freilich nicht treffen.[718] Aus der festgestellten Nachbarschaft zwischen Einsicht und Auskunft folgert *Stürner* schließlich, daß das vorprozessuale Informationsbedürfnis nur sinnvoll befriedigt werden kann, wenn außer der Auskunft auch Einsicht in rechtserhebliche Urkunden gewährt wird. Auskunft und Einsicht sind lediglich unterschiedliche Ausformungen des

714 Ebenso OLG Düsseldorf GmbHR 1991, 18 (Einsichtsrecht des GmbH-Gesellschafters).

715 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 342.

716 Für die regelmäßige Einordnung einer Auskunftspflicht als unvertretbare Handlung BGH NJW 1975, 258, 259; OLG Frankfurt NJW-RR 1987, 1472; OLG Köln OLGR Köln 2001, 431, 432; OLG Jena InVo 2002, 66, 67; *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO, § 888 Rn 4 m.w.N; *Brehm*, in: Stein-Jonas, § 887 Rn 6.

717 Immer für diesen Fall *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO, § 888 Rn 4 m.w.N; *Brehm*, in: Stein-Jonas, § 887 Rn 6.

718 Nach allgemeiner Ansicht wird durch die Handlung zur Ersatzvornahme keine schuldrechtliche Beziehung zwischen dem Schuldner und den Gläubiger begründet. Eine solche besteht ggf. nur zwischen Gläubiger und beauftragtem Dritten (*Brehm*, in: Stein-Jonas, § 887 Rn 41; *Schilken*, in: MünchKomm-ZPO, § 887 Rn 13; *Walker*, in: Schuschke/Walker, § 887 Rn 23). Vielmehr verhält es sich genau umgekehrt, daß der Gläubiger dem Schuldner möglicherweise aus der Verletzung des Prozeßverhältnisses – auch unter Einbeziehung von § 278 BGB – haftet.

einheitlichen Rechtsinstitutes »prozeßvorbereitender Informationsanspruch«.[719] Zum Beleg seiner Auffassung führt er neben den Normen, welche die Analogiebasis des von ihm befürworteten allgemeinen Informationsanspruchs bilden und verweisend auf § 259 Abs. 1 BGB die Pflicht zur Vorlage von belegenden Urkunden anordnen,[720] als konstruktive Hauptstütze die Regelungen in §§ 809, 810 BGB und das daneben stehende Einsichtsrecht aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung[721] an.[722] Angesichts dieser Wertung erscheinen nach *Stürners* Ansicht »alle positivrechtlich geregelten Fälle der Urkundeneinsicht zur Erleichterung der Rechtsverfolgung als Ausdruck einer verallgemeinerungsfähigen Grundregel. Selbst Vorschriften, die nur Auskunft und keine Einsicht in den gegenständlichen Bereich gewähren, können um der engen Verwandtschaft von Auskunft und Einsicht willen zur Erweiterung der Analogiebasis dienen.«[723] Weil Auskunft und Einsicht in einem Verhältnis der Ergänzung zueinander stehen – die eine Form kompensiert die Nachteile der anderen – können sie schließlich grundsätzlich kumulativ verlangt werden. Eine Rangfolge besteht nicht.[724]

c. *Stellungnahme*

Der Auffassung von der Gleichrangigkeit von Auskunft und Einsicht ist umfassend zuzustimmen. Zur Begründung dieses Ergebnisses sind zwei eng miteinander verwobene Aspekte zu unterscheiden.

Vorrangig wird ein mögliches Rangverhältnis unter dem Gesichtspunkt der Eingriffsintensität diskutiert. Nicht zutreffend und überzeugend, weil zu einseitig argumentiert, ist hierbei jene Meinung, die den Vorrang der Auskunft mit der größeren Eingriffsintensität der Einsicht zu begründen versucht.[725] Diese These stimmt nämlich nur, wenn die Eingriffsintensität allein gegenständlich bestimmt wird.[726] Denn nur dann und soweit kommt ausschlaggebend zum Tragen, daß der Einblick in die Unterlagen die Sphäre des Schuldners in stärkerem Maße fremden Zugriffen öffnen kann als die bloße Auskunft. Betrachtet man hingegen die Gesamtsituation, bezieht also auch jene Momente ein, die Folge der wesentlich höheren Verarbeitungslast bei der Aus-

719 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 344.
720 §§ 666 3. Alt., 681, 687 Abs. 2, 740 Abs. 2 1. Alt., 1214 Abs. 1, 1698, 1890, 1978 Abs. 1, 2130 Abs. 2 BGB, § 340 Abs. 3 1. Alt. HGB, § 97 Abs. 1 UrhG.
721 Vgl. dazu bereits RG DR 1942, 465, 466 mit Anm. [*Haupt*]; BGH DB 1971, 1416; zurückhaltender BGH LM Nr. 14 zu § 242 (Be) BGB.
722 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 343 f.
723 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 343.
724 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 346.
725 So aber BGH DB 1971, 1416, 1417; siehe hierzu auch unter C.V.1.a (S. 160 f.). Andeutungen hinsichtlich einer stärkeren Eingriffsintensität der Einsicht finden sich auch in BGH NJW 1992, 1890, 189; tendenziell so *K. Schmidt*, in: Scholz, § 51a 26; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 51a Rn 12.
726 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 341; kritisch auch *Bunte*, Informationsrechte, S. 140; *Tietze*, Informationsrechte, S. 56; *Krug*, Auskunfts- und Einsichtsrecht, S. 35.

kunft sind,[727] kann von einer pauschal stärkeren Eingriffsintensität der Einsicht keine Rede mehr sein.[728] Zur Erfüllung der ihn treffenden Verarbeitungslast muß sich der Schuldner nämlich gegebenenfalls selbst erst sehr zeit-, kosten- und ressourcenintensiv in den eigenen Unterlagen informieren, um anschließend die Auskunft konzeptionieren und formulieren zu können.[729] Warum diese Gesichtspunkte bei der Bestimmung der Eingriffsintensität unberücksichtigt bleiben sollen, ist nicht ersichtlich. Stellt man allein auf die Vermeidbarkeit der einzelnen Eingriffsmomente ab, ergibt sich sogar ein gänzlich entgegengesetztes Bild. Der Eingriff in den gegenständlichen Bereich kann (zumindest teilweise) dadurch erheblich gemildert werden, daß nicht der Gläubiger selbst, sondern ein (sachverständiger und beruflich) zur Verschwiegenheit verpflichteter Dritter Einsicht in die Unterlagen des Schuldners nimmt.[730] Bei der Auskunft kann sich der Schuldner den Eingriffen als Folge der Zuweisung der Verarbeitungslast hingegen nicht entziehen. Auch wenn sich der Schuldner durch Einschaltung Dritter (§ 278 BGB) von den einzelnen Vorbereitungshandlungen (Sichtung der Unterlagen, Selektierung der Daten, Verknüpfung der Daten) der Auskunftserteilung »befreien« kann, treffen ihn nach wie vor ungemildert – eher sogar gesteigert – die damit verbundenen Kosten.[731] Unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten ist zudem die persönliche

727 Ähnlich auch *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 341; auf diesen Gesichtspunkt stellt auch BGHZ 55, 201, 207 ab; in diese Richtung auch, allerdings sehr vage BGHZ 14, 53, 59, wenn die Notwendigkeit positiven Tuns betont wird. *Dettwiller*, Gleichbehandlung, S. 9, weist auf die mit der Verarbeitungslast mögliche Steigerung der Informationsqualität hin.

728 *K. Müller*, GmbHR 1987, 87, 93; i.E. ebenso *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 132.

729 So im Fall von BGHZ 55, 201, 207; *K. Müller*, GmbHR 1987, 87, 93. In der Praxis nimmt ein auf Auskunft und Rechnungslegung gerichteter (Klage–)Antrag nicht selten folgendes Ausmaß an: »Es wird beantragt, die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger hinsichtlich der X-GmbH, Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen über alle Geschäfte, Einnahmen und Ausgaben der GmbH im Zeitraum vom 01.0.1998 bis 31.12.20000, und zwar a) durch Vorlage einer schriftlichen und systematisch gegliederten Zusammenstellung von Einnahmen und Ausgaben, b) unter Beifügung aller die GmbH betreffenden Unterlagen im Original, insbesondere unter Beifügung des vollständigen Kassenbuches, der monatlichen betriebswirtschaftlichen Auswertungen, der Kontoauszüge, aller an die GmbH gerichteten Rechnungen, aller von der GmbH erstellten Rechnungen, der entsprechenden Jahresabschlüsse einschließlich Bilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnung sowie aller die GmbH betreffenden schriftlichen und vertraglichen Unterlagen – jeweils in geordneter Übersicht, c) unter weiterer Beifügung aller die GmbH betreffenden Unterlagen im Original, insbesondere aller Kontoauszüge, aller Giro- und Sparkonten der GmbH, der vollständigen monatlichen Summen- und Saldenlisten einschließlich der Aufschlüsselung der in diesen Summen- und Saldenlisten einzeln aufgeführten Konten sowie der einzelnen Kontenaufschlüsselung hinsichtlich der monatlichen betriebswirtschaftlichen Auswertung, hinsichtlich der Bilanzen sowie der Gewinn- und Verlustrechnung.«

730 Vgl. dazu ausführlich unter E.I.2.a.bb(3) (S. 262 ff.).

731 Zur Belastung durch die Auskunft bereits *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 132; *Bunte*, Informationsrechte, S. 140. Zur Berechung der Kosten einer Auskunftserteilung vgl. BGHZ 128, 85, 89 ff.; BGH WM 1998, 1463; BGH NJW 2001, 1284 = WM 2001, 826, 827 [Beschwerdewert].

Haftung des Schuldners für die Richtigkeit seiner Auskunft zu berücksichtigen. Die Einsicht verlangt hingegen keine (sachverhalts-)aufklärende Tätigkeit des Schuldners und begründet erst recht keine Verantwortung für die fehlerhafte Verarbeitung der eingesehenen Daten und Fakten.[732] Aber auch unter weniger starker Berücksichtigung des Moments der Verarbeitungslast vermag das Globalurteil von der stärkeren Eingriffsintensität der Einsicht nicht zu überzeugen. Die augenscheinliche Fokussierung der zur Stützung vorgebrachten Argumente verschleiert nämlich den Blick auf eine Vielzahl von Sachverhalten, in denen die Gewährung von Einsicht eine Entlastung des Schuldners bedeutet. Als höchstrichterlich entschiedenes Beispiel[733] sei die Auslegung von Listen mit detaillierten Daten und Fakten zur Erfüllung eines Auskunftsverlangens gem. § 131 Abs. 1 AktG genannt.[734] Unter informationstheoretischer Betrachtung sind mithin keine Gesichtspunkte erkennbar, nach denen die Eingriffsintensität der Einsicht überzeugend grundsätzlich als höher eingestuft werden kann.[735] Der Aspekt der Eingriffsintensität begründet daher kein Rangverhältnis zwischen Einsicht und Auskunft.[736] Eine Relativierung im Praktischen erfährt diese Aussage allerdings dadurch, daß es im Regelfall schwer ist, das Einsichtsrecht auf die einsichtsberechtigten Unterlagen zu beschränken. Dieser im Faktischen angesiedelte (Einzel-)Umstand kann jedoch das Grundverhältnis nicht verschieben, zumal eine hinreichende Berücksichtigung auf der zweiten Stufe möglich ist.

Ein zweiter meist unberücksichtigter Aspekt[737] ist die Verarbeitungslast. Auch sie könnte geeignet sein, ein Rangverhältnis zwischen den einzelnen Informationsformen zu begründen. Dagegen spricht jedoch grundsätzlich, daß Auskunft und Einsicht im Verhältnis der Komplementarität zu einander stehen.[738] Die eine Form vermag das zu leisten, was die andere nicht zu leisten im Stande ist. Beide ergänzen sich im Hinblick auf das Ziel, den Grad an Entscheidungssicherheit zu erreichen, der von der Information gewährenden Anspruchsgrundlage vorgegeben wird.[739] Dies überzeugt auch deshalb, weil es bei *dem* Recht auf Information allein um die Beseitigung von Entscheidungsunsicherheit geht, die einzelnen Informationsformen mit ihren Vor- und

732 Für die fehlerhafte Errichtung der Unterlagen kann dagegen zweifelsohne eine Haftung bestehen.

733 BGH AG 1987, 344, 347 f. = ZIP 1987, 1239, 1244 [Deutsche Bank AG] mit Anm. [*Niehaus*].

734 An diesem Beispiel verdeutlich sich, wie fließend der Übergang von Auskunft und Einsicht ist und das nicht nur in sprachliche Hinsicht.

735 *Bunte*, Informationsrechte, S. 140; *Tietze*, Informationsrechte, S. 56.

736 *K. Schmidt*, in: Scholz, § 51a Rn 21.

737 Soweit ersichtlich geht nur *Eppenberger*, Information, S. 64 ff., unter diesem Blickwinkel auf die Verarbeitungslast ein, allerdings im Verhältnis spontaner – reaktiver Informationspflicht.

738 *Ebenroth*, Kontrollrechte, S. 76; siehe auch Fn. 699.

739 Ähnlich *Bunte*, Informationsrechte, S. 143 f., 148, sowohl im Hinblick auf die Ergänzungsfunktion als auch den Grad an Information – in der hiesigen Terminologie »Entscheidungssicherheit«.

Nachteilen nur Ausprägungen dieses einheitlichen Anspruchs auf Information sind[740] und damit zur Erfüllung des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses gleichberechtigt und sich gegenseitig ergänzend nebeneinander stehen. Die Auskunft ergänzt die Einsicht, wenn Unterlagen fehlen oder unvollständig sind,[741] Zusammenhänge und Querverbindungen sich nicht umfänglich erschließen lassen. Die Einsicht ergänzt die Auskunft, wenn der Inhalt der Auskunft verifiziert werden muß,[742] objektive unverfälschte Informationen aus erster Hand erforderlich sind[743] oder überhaupt erst Problemsituationen aufgedeckt werden müssen, um sie zum Gegenstand eines Auskunftsverlangens machen zu können. Ist damit aber weder die Auskunft noch die Einsicht aus der Natur der Sache her besser geeignet, ein rechtlich anerkanntes Informationsbedürfnis zu befriedigen, ist kein Grund ersichtlich, warum dennoch eine wie auch immer geartete grundsätzliche Rangordnung zwischen diesen beiden Informationsmitteln bestehen soll. Etwas anderes folgt im Verhältnis Auskunft – Einsicht auch nicht aus dem der Verarbeitungslast zuzuordnenden Gesichtspunkt der Informationsinitiierung.[744] Weil beide Informationsformen zu den reaktiven Informationspflichten gehören, trifft jeweils den Gläubiger die Initiierungslast mit der Geltendmachung des Anspruchs auf Information.

d. *Rangordnung aufgrund der Wertung des § 87c HGB?*

Kann damit ein Rangverhältnis zwischen Auskunft und Einsicht sowohl unter dem Gesichtspunkt der Eingriffsintensität als auch der Zuweisung der Verarbeitungslast der Natur der Sache nach nicht festgestellt werden, sondern vielmehr ein Verhältnis der Gleichrangigkeit und Ergänzung, gilt es abschließend zu prüfen, ob dem gesetzliche Regelungen und Wertungen entgegenstehen oder sich andererseits sogar weitere dafürsprechende Argumente finden lassen.

Gegen die hier vertretene Ansicht könnte die Regelung des § 87c HGB sprechen. Nach dieser Vorschrift ergibt sich eine im einzelnen allerdings umstrittene Rangfolge der einzelnen Informationsformen.[745] An erster Stelle steht die Pflicht zur Abrechnung (Abs. 1). Soweit diese erfolgt ist oder verweigert wurde, kann der Handelsvertreter gem. Abs. 2 zunächst nur einen Buchauszug verlangen. Erst wenn dieser ebenso verweigert wurde oder begründete Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Abrechnung oder des Buchauszugs bestehen, kann der Handelsvertreter auch Einsicht

740 Vgl. zur These vom einheitlichen Recht auf Information unter D.I (S. 180 ff.).
741 RG DR 1942, 465, 466; *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 351.
742 BGHZ 41, 318, 323.
743 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 341.
744 Vgl. dazu *Eppenberger*, Information, S. 64.
745 BGHZ 56, 290, 297; *Löwisch*, in: E/B/J, § 87c Rn 3; *Küstner*, in: Röhricht/Graf von Westphalen, § 87c Rn 2.

in Geschäftsbücher und sonstige Urkunden des Unternehmers verlangen (Abs. 4).[746] Das Recht auf Einsicht ist somit der Abrechung bzw. der Auskunft in der Form des Buchauszugs subsidiär. Dem Handelsvertreter steht neben dem Recht auf einen Buchauszug zusätzlich ein Auskunftsrecht nach Abs. 3 zu, das sich auf Tatsachen beschränkt, die sich nicht aus den Büchern ergeben.[747] Schließlich soll der Handelsvertreter als letztes und äußerstes Mittel eine Versicherung an Eides Statt verlangen können, wenn alle anderen Möglichkeiten zur Überprüfung der Abrechnung fehlgeschlagen sind.[748] Die weitreichende Subsidiarität des Einsichtsrechts findet ihren Grund allerdings nicht in allgemeinen Erwägungen, sondern begründet sich aus den Besonderheiten des Handelsvertreterrechts. Aufgrund der regelmäßig gegebenen Kaufmannseigenschaft ist der Handelsvertreter nämlich selbst zur Führung von Büchern (§§ 238 ff. HGB) verpflichtet. Er kennt daher aus eigener Anschauung die Rechnungsposten und kann deshalb Mängel des Buchauszugs oder der Abrechnung besonders leicht feststellen.[749] Ein gleichrangiges Nebeneinander zu den anderen Informationsformen ist daher nicht angezeigt. Weil anderen Informationsgläubigern eine derartige Möglichkeit zur Feststellung der Mangelhaftigkeit erteilter Auskünfte regelmäßig nicht eröffnet ist, verbietet es sich, dem § 87c Abs. 4 HGB eine grundsätzliche Subsidiarität der Einsicht gegenüber der Auskunft zu entnehmen.[750]

Aufgrund der Besonderheiten der Regelungsmaterie kann die in § 87c HGB vorgegebene Rangfolge nicht als gesetzlicher Beleg gegen die Verneinung eines Rangverhältnisses zwischen den einzelnen Informationsformen herangezogen werden. Dies folgt aber nicht nur aus der besonderen Regelungsmaterie, sondern vielmehr aus der zutreffenden Einordnung der Regelungsanordnung selbst: Sie enthält eine gesetzliche Vorgabe für die Billigkeitsabwägung, die nach dem hier vertretenen Modell auf der 2. Stufe durchzuführen ist.[751] Da somit § 87c BGB keine Aussage zum grundsätzlichen Verhältnis der einzelnen Informationsformen enthält, kann er nicht gegen das Fehlen einer Rangordnung ins Feld geführt werden.

746 BGHZ 56, 290, 297; *Löwisch*, in: E/B/J, § 87c Rn 3; *Schröder, in:* Schlegelberger, § 87c Rn 14; **enger** *Brüggemann*, in: Staub, § 87c Rn 2; *Küstner*, in: Röhricht/Graf von Westphalen, § 87c Rn 2, die das Recht auf Einsicht nach Abs. 4 sogar erst nach erfolglosem Auskunftsbegehren nach Abs. 3 gewähren wollen.

747 BGH NJW 2001, 2333, 2334= ZIP 2001, 876, 878; *Löwisch*, in: E/B/J, § 87c Rn 3; *Schröder, in:* Schlegelberger, § 87c Rn 12; **a.A.** OLG Hamm DB 1967, 592, 593; *Brüggemann*, in: Staub, § 87c Rn 2; *v. Hoyningen-Huene*, in: MünchKomm-HGB, § 87c Rn 54, 57, die das ergänzende Auskunftsrecht nur subsidiär zum Buchauszug gewähren wollen.

748 BGHZ 32, 302, 305; BGHZ 55, 201, 206; OLG Hamm NJW 1959, 51; *Brüggemann*, in: Staub, § 87c Rn 2; *v. Hoyningen-Huene*, in: MünchKomm-HGB, § 87c Rn 7.

749 BGHZ 55, 201, 206; *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 346.

750 BGHZ 55, 201, 206; *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 346.

751 Vgl. zur 2. Stufe ausführlich D.V (S. 217 ff.).

2. Verhältnis zwischen spontanen und reaktiven Informationspflichten

Schwieriger ist die Analyse des Verhältnisses von spontanen und reaktiven Informationspflichten zueinander. Zumeist findet eine Auseinandersetzung mit diesem Problemkreis nicht statt. Die Gründe dafür mögen sehr vielschichtig sein. Tragend dürfte vor allem der Umstand sein, daß die Erfüllung spontaner Informationspflichten vielfach erst ein tatsächliches Informationsbedürfnis initiiert, und ihnen deshalb zumindest rein faktisch eine Vorrangstellung beigemessen werden könnte.[752] Um eines methodisch einheitlichen Vorgehens willen soll das Verhältnis zwischen spontanen und reaktiven Informationsarten ebenfalls unter den Gesichtspunkten Eingriffsintensität und Verarbeitungslast näher untersucht werden.

Wurde bereits für das Verhältnis Auskunft – Einsicht festgestellt, daß eine unterschiedliche Eingriffsintensität beider Informationsformen bei einer Gesamtbetrachtung nicht zu begründen ist, so gilt dies erst recht für das Verhältnis zwischen spontanen und reaktiven Informationspflichten. Denn selbst wenn man die Eingriffsintensität lediglich gegenständlich beschreiben wollte, relativiert sich ein möglicher Unterschied zwischen Aufklärung und Einsicht bereits aus folgenden Gründen: Den aufklärungspflichtigen Schuldner trifft nicht nur die Pflicht, den Informationsprozeß als solchen zu initiieren. Vielmehr bedingt die Eigenart spontaner Informationspflichten, daß der Schuldner auch alle Daten und Fakten von sich aus zu kommunizieren hat, die zur Befriedigung des rechtlich relevanten Informationsbedürfnisses als notwendig erkannt worden sind. Der Schuldner hat mit anderen Worten von sich aus offenzulegen und zu kommunizieren, was auch Inhalt eines Einsichtsrechts wäre.[753] Ein Unterschied zwischen beiden Informationsformen besteht dann nur noch insoweit, als bei der Einsicht die grundsätzliche Möglichkeit besteht, Kenntnis von Daten und Fakten zu erlangen, die von dem Informationsanspruch eigentlich nicht erfaßt werden. Damit ist allerdings ein Problem angesprochen, welches seine Ursache allein in der praktischen Durchführung der Einsicht – genauer seiner Begrenzung – hat. Es ist nämlich vergleichsweise schwierig, die Einsicht auf jene Daten und Fakten zu beschränken, die allein vom Informationsanspruch erfaßt werden.[754] Meist kann zwar Abhilfe dadurch erfolgen, daß der Schuldner die Unterlagen vorsortiert, also jene entfernt, die zweifelsfrei nicht vom Informationsanspruch erfaßt sind.[755] Die Grenzziehung ist in unklaren Fällen aller-

752 In diesem Sinn wohl *Dettwiler*, Gleichbehandlung, S. 57 ff., da nur durch spontane Informationspflichten eine weitgehende Gleichbehandlung der Informationsgläubiger, scil der Aktionäre, zu erreichen sei. Anderenfalls trete der Umstand, daß reaktive Informationsrechte ein hinreichendes Vorwissen bedürfen, zu sehr in den Vordergrund.

753 Ähnlich auch BGH NJW 2001, 2333, 2334 = ZIP 2001, 876, 878, zum Verhältnis von Buchauszug und Einsicht nach § 87c HGB.

754 BGHZ 25, 115, 120 f. (Auswahlrecht des Kommanditisten); BGH DB 1967, 592.

755 So bestehen etwa keine Bedenken, daß der oHG-Gesellschafter Unterlagen aussortiert, die lediglich Privatkorrespondenz enthalten.

dings sehr schwierig.[756] Eine zu großzügige Erlaubnis zur Aussonderung beinhaltet die Gefahr, daß ein entscheidender Gesichtspunkt der Einsicht, nämlich Feststellung der Vollständigkeit etwa der Auskunft, entwertet wird; eine zu großzügige Einbeziehung grenzwertiger Unterlagen beeinträchtigt wiederum den schützenswerten Geheimnisbereich des Schuldners.[757] Kann unter diesem Gesichtspunkt eine höhere Eingriffsintensität bejaht werden, muß andererseits auch die größere Reichweite spontaner Informationspflichten berücksichtigt werden. Während nämlich bei der Einsicht ein Eingriff nur möglich ist, wenn Unterlagen vorhanden sind, gilt diese Beschränkung für die spontanen Informationspflichten nicht. Der Schuldner hat alle Daten und Fakten, unabhängig davon, ob sie in Unterlagen festgehalten oder nur zu seinem Wissen zu zählen sind, zu kommunizieren. Unter diesem Blickwinkel kann sich ein wesentlich intensiverer Eingriff ergeben. Qualitativ unterscheidet sich dieser allerdings von dem zuvor Beschriebenen dadurch, daß er – um sich grundrechtsdogmatischer Begrifflichkeit zu bedienen – durch das Informationsbedürfnis gedeckt und damit zumindest gerechtfertigt ist. Daher spricht bereits die rein gegenständliche Betrachtung für ein non-liquet. Bei einer Gesamtbetrachtung der Eingriffsintensität gilt dies erst recht.[758]

Möglicherweise ergibt sich jedoch ein zumindest rein faktischer Vorrang der spontanen Informationspflichten aus dem Gesichtspunkt der Verarbeitungslast. Sicherlich vermögen die Teilaspekte Selektion, Verknüpfung und Aufbereitung keinen generellen Vorrang zu begründen. Insoweit fehlt es zum einen insgesamt an einem signifikanten Unterschied, und zum anderen sind diese Aspekte der Verarbeitungslast auch zu sehr von Einzelfall abhängig, als daß sich daraus grundsätzliche Aussagen ableiten lassen.[759] Grundsätzlicher Art ist jedoch Aspekt der Informationsinitiierung. Bei den reaktiven Informationspflichten obliegt sie dem Gläubiger, bei den spontanen Informationspflichten trifft den Schuldner eine dahingehende Pflicht. Die Bedeutung der spontanen Informationspflichten für die Sensibilisierung des Problembewußtseins und damit für die Initiierung einer Informationsnachfrage durch den Gläubiger ist folglich beachtlich.[760] Dennoch weist *Eppenberger* zu Recht darauf hin, daß damit die Frage des Zusammenspiels zwischen spontanen und reaktiven Informationspflichten noch nicht abschließend geklärt ist.[761]

Hilfreiche Überlegungen für die Untersuchung des Verhältnisses zwischen den beiden grundlegenden Informationsformen finden sich bei *Witte* und *Eppenberger*. So hat *Witte* herausgearbeitet, daß unter dem Gesichtspunkt der Optimierung der Informati-

756 So etwa, wenn in Schriftstücken des oHG-Gesellschafters sowohl private als auch gesellschaftsbezogene Daten und Fakten enthalten sind.

757 Ein Kompromiß zwischen den widerstreitenden Interessen ist durch Einschaltung eines neutralen Dritten möglich. Vgl. dazu ausführlich unter E.I.2.a.bb(3) (S. 262 ff.).

758 Für die auch hier ausschlaggebenden Gesichtspunkte vgl. C.V.1.c (S. 168 f.).

759 Insbesondere die verschiedenen Zuweisungsgrade der Verarbeitungslast bei Auskunft und den Informationspflichten i.e.S. (von Unterrichtung bis Warnung [vgl. ausführlich C.IV.2.c (S. 148 ff.)]) belegen dies eindrucksvoll.

760 Vgl. zum Beleg die Studienergebnisse bei *Witte*, Informationsverhalten, S. 80.

761 *Eppenberger*, Information, S. 96 f.

onsversorgung ein Zusammenspiel von Schuldner und Gläubiger in Form der Anregung und der Angebots-Mitgestaltung maximale Ergebnisse erwarten läßt. Information ist als »Bringschuld« – und nicht als reine »Holschuld« – in einer Weise zu befriedigen, die Anbieter und Nachfrager in eine Interaktionsverknüpfung stellt. Der Anbieter agiert als Nachfrage-Anreger, und der Nachfrager agiert als Angebots-Nutzer. Durch dieses Wechselspiel erhöht sich die Nachfrage in Richtung auf den objektiven Bedarf, und es erhöht sich die Nutzung des objektiv verfügbaren Informationspotentials.[762] *Witte* bestätigt damit einerseits die schon vermutete Bedeutung spontaner Informationsbereitstellung für die Vitalisierung und Steigerung[763] der Informationsnachfrage. Andererseits weist er aber ausdrücklich daraufhin, daß die ungefragte Lieferung von Information ebenfalls kein Ausweg ist, sondern in die Sackgasse namens »Informationsschwemme« führt.[764] *Eppenberger* greift diese grundlegenden Ausarbeitungen zum Verhältnis von Informationsversorgung und Entscheidungseffizienz auf, und reflektiert sie unter rechtlichen Gesichtspunkten. Zunächst stellt er fest, daß die Herstellung von Konvergenz zwischen Informationsbedarf und Informationsversorgung unabhängig von der Informationsform (spontan oder reaktiv) erhebliche Probleme bereitet. Liegt es bei den reaktiven Informationspflichten »nur« an der unvollkommenen Informationsnachfrage durch den Gläubiger, ist es für den Schuldner spontaner Informationspflichten noch schwieriger, den Informationsbedarf zu bestimmen. Denn dem Informanten verbleibt lediglich die Ermittlung des hypothetischen Informationsbedarfs des zu Informierenden.[765] Nach Auffassung *Eppenbergers* ergibt sich damit, »dass bei Informationsbeziehungen die Mitteilungs- oder Auskunftspflichten nicht isoliert, sondern als Teil einer Interaktionsbeziehung gesehen werden [müssen], die Ausdruck in einem zusammenhängenden Informationssystem finden müssen.«[766] Insbesondere mit Blick auf die Bestimmung des Informationsbedarfs zeigt sich somit, daß auch spontane und reaktive Informationspflichten in einem sehr engen Verhältnis der Gegenseitigkeit stehen. Ist der Gläubiger in der Lage, seinen (anfänglichen) Informationsbedarf hinreichend zu bestimmen und zu artikulieren, bedarf es keiner spontanen Informationen. Das hypothetische Element spontaner Information könnte sogar kontraproduktiv sein. Fehlt es dem Gläubiger hingegen an dieser Fähigkeit, bedarf es zu Initialisierung und Vitalisierung der Informationsnachfrage eines Informationsangebots durch den Schuldner. Letzteres gilt auch für den Fall, daß sich das Unvermögen des Gläubigers erst während einer durch ihn bereits initiierten Informationsversorgung herausstellt.

Für das Verhältnis zwischen spontanen und reaktiven Informationsformen folgt aus dem Vorhergesagten, daß bei allgemeiner Betrachtung kein Vorrangverhältnis spontaner Informationspflichten begründet werden kann. Sowohl reaktive als auch spontane

762 *Witte*, Informationsverhalten, S. 84 f.
763 *Witte*, Informationsverhalten, S. 84, weist nach, daß sowohl eine quantitative als auch eine qualitative (i.S. von präziserer Artikulation des Informationsbedürfnisses) Steigerung erfolgt.
764 *Witte*, Informationsverhalten, S. 84.
765 *Eppenberger*, Information, S. 132.
766 *Eppenberger*, Information, S. 133.

Informationspflichten können jeweils Initialwirkung für eine weiterreichende Informationsversorgung durch die andere Form haben. So kann nämlich auch das Auskunfts- oder Einsichtsbegehren einen Informationsbedarf erkennen lassen, der in einem von der Auskunft oder Einsicht an sich nicht erfaßten Bereich liegt und deshalb im Einzelfall eine spontane Informationspflicht nach sich zieht.

3. Fazit

Als Ergebnis der vorangegangen Untersuchung ist somit festzuhalten, daß es sowohl an einem informationstheoretisch als auch rechtlich begründeten Rangverhältnis zwischen den einzelnen Informationsformen fehlt. Zunächst wurde durch eine informationstheoretische Betrachtung die Erkenntnis gewonnen, daß die einzelnen Informationsformen in einem grundsätzlichen Verhältnis der gegenseitigen Ergänzung stehen. Maßgeblich haben dazu die Untersuchungen zur Zuweisung der Verarbeitungslast beigetragen.[767] Dabei konnte gezeigt werden, daß jede Informationsform entscheidende Vorteile aber ebenso auch beachtliche Nachteile aufweist. Erst die gegenseitige Ergänzung der Informationsmittel bietet die Chance, die Nachteile einer Informationsform durch die Vorteile eines anderen Informationsmittels aufzuheben, um auf diesem Weg das Informationsbedürfnis des Empfängers zu stillen. In der sich anschließenden rechtlichen Untersuchung konnten keine überzeugenden Gegengesichtspunkte aufgezeigt werden. Vielmehr besteht auch aus der Sicht des Rechts kein festes grundsätzliches Rangverhältnis zwischen den einzelnen Informationsformen. Gleichwohl hat die Analyse der einschlägigen Rechtsprechung deutlich gezeigt, daß mit der Feststellung der grundsätzlichen Gleichrangigkeit nur der erstere von zwei Schritten in der zweistufigen Prüfung konkreter Informationsbeziehungen gemacht ist (zum entscheidenden zweiten Prüfungsschritt ausführlich unter D.V.2.c [S. 226 ff.]).

767 Vgl. ausführlich C.IV (S. 115 ff.).

D. These vom einheitlichen Recht auf Information

Die grundsätzliche Gleichrangigkeit der verschiedenen Informationsmittel und ihr Verhältnis der gegenseitigen Ergänzung können nicht ohne Auswirkung auf die Erfüllung von Informationsansprüchen bleiben. In Zusammenschau mit den bereits anderenorts in dieser Arbeit gewonnen informationstheoretischen Erkenntnissen wird in diesem Kapital die These vom *einheitlichen Recht auf Information* als dogmatische Grundlage aller Informationsansprüche herausgearbeitet. Neben der theoretischen Ableitung und Untermauerung der These in den Abschnitten I bis IV werden die praktischen Umsetzungsfragen unter V ausführlich erörtert.

I. Vorüberlegungen

Zu Beginn der vorliegenden Arbeit wurde unter ausführlicher inter- und intradisziplinärer Analyse Information als die potentielle Ursache für die Reduktion von Ungewißheit durch Kommunikation zwischen Menschen definiert.[768] Ausgehend von dieser Definition wurde im nächsten Schritt die Kompatibilität zwischen informationstheoretischen und rechtlichen Grundbedingungen problematisiert und konkretisiert.[769] Als Herausforderung an die Rechtsordnung und die Rechtstheorie wurde dabei die Notwendigkeit erkannt, die grundsätzliche Subjektbezogenheit von Information mit der Objektivität des Rechts in Einklang zu bringen. Als besonders problematisch erwies sich dabei das natürlich unbegrenzte Verlangen nach Information. In rechtlichen Kategorien kann Information damit nur gefaßt werden, wenn man diesem Bedürfnis durch das Recht künstlich Grenzen setzt. Ein Informationsverlangen kann im Rechtssinne folglich nur innerhalb dieser Grenzen beachtlich sein; nämlich nur soweit, als es um die Befriedigung eines rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses geht.[770] In diesem Sinne hat das rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis sowohl eine legitimierende als auch eine begrenzende Funktion. Weil das Informationsbedürfnis im un-

768 Ausführlich unter B.IV (S. 34 ff.).
769 Ausführlich unter B (S. 5 ff.).
770 Ausführlich unter C.II.1.a (S. 53 ff.).

trennbaren Zusammenhang mit Entscheidungssituationen steht, um deren adäquate Auflösung es letztlich bei allen informationstheoretischen Sachverhalten geht, ist einem Informationsbedürfnis die rechtliche Anerkennung zuzusprechen, soweit die nachgefragten Informationen notwendig sind, den Grad an Entscheidungssicherheit zu erzielen, der nach der konkreten Entscheidungssituation unter Berücksichtigung der betroffenen Interessen sozialadäquat akzeptabel ist. Im Mittelpunkt informationsrechtlicher Sachverhalte steht mithin die Befriedigung des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses. Der Leistungsinhalt auf Information gerichteter Pflichten ist daher die Herstellung eines Zustands beim Empfänger, der *idealiter* einem Zustand der Gewißheit, wegen der Unendlichkeit des Informationsbedürfnisses praktisch jedoch nur einem bestimmten Grad an Entscheidungssicherheit entspricht. Normen, die ein Rechtssubjekt zur Informationsleistung verpflichten, regeln in Wahrheit somit nicht primär das »Wie« der Leistungsbewirkung, sondern bestimmen das »Was«, also den Grad an Entscheidungssicherheit, der durch die Leistungspflicht erreicht werden soll.

Eine Redewendung besagt: »Viele Wege führen nach Rom.«[771] Für die Befriedigung des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses beansprucht dieser Satz im übertragenen Sinn ebenso Gültigkeit, obwohl es hier nicht um Wege, sondern um Handlungen, genauer um Erfüllungshandlungen geht. Die Varianz des Informationsbedürfnisses aufgrund der Subjektbezogenheit von Information sowohl in personeller als auch in zeitlicher und räumlicher Dimension erschwert dessen Befriedigung nach starren normativen Vorgaben in bezug auf Art und Weise (des »Wie«). Dem Verkäufer einer Sache stehen hinsichtlich der Erfüllung seiner Hauptpflichten aus dem Kaufvertrag (Übergabe und Übereignung der Kaufsache) so gut wie keine Handlungsalternativen zur Verfügung. Davon unterscheidet sich signifikant die Situation des Informationsschuldners. Zur Leistungserfüllung kann er theoretisch auf verschiedene Informationsmittel zurückgreifen. Wie unter C.IV ausführlich herausgearbeitet wurde, stehen die verschiedenen Informationsmittel auch nicht in einem Verhältnis der ausschliessenden Konkurrenz, sondern vielmehr der gegen- und wechselseitigen Ergänzung.

Mit einem gewissen Erstaunen stellt man vor diesem Hintergrund fest, daß bei Informationsansprüchen und Informationspflichten ganz überwiegend die Betonung mehr auf dem »Wie« als dem »Was« der Leistungserfüllung liegt.[772] Eine Ausnahme sind die Diskussionen um das Auskunftsrecht des nichtgeschäftsführenden oHG-Gesellschafters und des Kommanditisten.[773] Hier setzt sich unter dem Eindruck der Figur

771 Die genaue Herkunft dieser aus dem Lateinischen stammenden Redewendung ist unklar. Sie geht wohl von der Vorstellung aus, das Rom der (geistige) Mittelpunkt der Welt ist (Duden – Redewendungen (Band 11), 2. neubearbeitete und aktualisierte Auflage, Mannheim 2002)

772 RGZ 100, 150, 152; *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 259, Rn 43; *Wolf*, in: Soergel, § 260 Rn 60; *Ikels*, Rechnungslegung, S. 158 ff.; *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 24 f.; tendenziell *Löwisch*, in: E/B/J, § 87c Rn 28; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 259 Rn 12.

773 BGH ZIP 1983, 935, 936 = WM 1983, 910, 911 (KG); BGH WM 1992, 875, 876 (KG); OLG Stuttgart NZG 2002, 1105, 1106; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, § 7 II 2 a bb (S. 377); *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 68 f.; *Huber*, ZGR 1982, S. 539 ff.; *Mayen*, in:

vom Stammrecht auf Information zunehmend die Einsicht durch, daß Auskunft und Einsicht nur verschiedene Mittel zur Erfüllung ein und desselben Informationsanspruches sind. Im Mittelpunkt steht damit bereits das »Was« und weniger das »Wie« der Informationspflicht. Im Übrigen konzentriert sich das Interesse primär auf die Frage nach dem »Ob« eines Informationsanspruchs und man sieht sich, in der traditionellen Dogmatik verharrend, gezwungen, damit zwingend und abschließend auch das »Wie« der Informationserfüllung zu verknüpfen und zu beantworten. »Ob« und »Wie« werden als untrennbare Einheit des Informationsanspruchs verstanden. So wird beispielsweise ein Anspruch nur hinsichtlich des Informationsmittels Auskunft bejaht, die Möglichkeit der Einsicht hingegen auch dann abgelehnt, wenn die Auskunft nicht weiterhilft, weil die Anspruchsgrundlage hinsichtlich des »Wie« der Leistungserfüllung nur die Auskunft und nicht aber die Einsicht nennt.

E/B/J, § 118 Rn 13; *Ulmer*, in: Staub, § 118 Rn 25; *Weipert*, in: E/B/J, § 166 Rn 28 f.; *Grunewald*, in: MünchKomm-HGB, § 166 Rn 11 ff.; *Martens*, in: Schlegelberger, § 166 Rn 18 ff.

II. These

Dieses Problem der traditionellen Auffassung, für jedes Informationsmittel eine eigene Anspruchsgrundlage vortragen zu müssen, um zu dem als richtig erkanntem Ergebnis – der Befriedigung eines rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses – zu gelangen, ist hausgemacht und vermeidbar.[774] Die Figur vom Stammrecht auf Information weist den richtigen Weg, den es weiter auszubauen und zu begradigen gilt. Mittel dazu ist die Erkenntnis, daß es bei Informationspflichten einzig und allein um die Erreichung eines im Verpflichtungsgrund selbst vorgegebenen Grads an Entscheidungssicherheit geht. Ist eine Verpflichtung zur Information einmal begründet, gilt es einzig das rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis zu befriedigen. Allein darauf ist die Leistungsbeziehung, der Anspruch auf Information gerichtet und nicht, wie es die noch herrschende Sichtweise sieht, auf die Vornahme einer bestimmten Leistungshandlung (Auskunft, Einsicht oder Aufklärung).[775] Daraus folgt, daß der Weg zur Leistungserfüllung weitestgehend offen ist. Unvereinbar ist damit, den Gläubiger abschließend auf jene Informationsform zu verweisen, die regelmäßig durch die Information gewährende Norm (mit) vorgegeben ist. Es verbietet sich unter dem Primat der Befriedigung *des* Informationsbedürfnisses, Auskunft, Einsicht und spontane Informationsformen als eigenständige, abschließende und jeweils begründungsbedürftige Ansprüche zu behandeln; genau das Gegenteil muß der Fall sein.

Macht man sich diese Erkenntnis zu eigen, ist es nur noch ein kleiner und konsequenter Schritt zur These vom *einheitlichen Recht auf Information*. Die Kernaussage der These vom *einheitlichen Recht auf Information* lautet: Begründet eine Rechtsbeziehung einen Anspruch auf Information, beinhaltet dieser zwangsläufig *alle* Informationsformen, die notwendig sind, um das jeweils rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis zu befriedigen. Alle Informationsmittel sind nur Teilaspekte eines Ganzen, dem *einheitlichen Recht auf Information*, und sind dem Anspruch auf Information systembedingt immanent. Folglich gibt es nicht *die* Rechte auf Information differenziert nach Informationsmitteln, sondern nur *das* Recht auf Information. Es bedarf nicht für jedes Informationsmittel einer eigenständigen (neuen) Anspruchsgrundlage. Notwendig aber zugleich ausreichend ist vielmehr *eine* Information gewährende Anspruchsgrundlage. Das konkrete Informationsmittel rückt damit in den Hindergrund. Die gesetzliche Vorgabe hinsichtlich einer bestimmten Form der Leistungserbringung hat nur noch tendenziellen aber keinen abschließenden Charakter mehr. Der Gläubiger braucht sich folglich nicht auf das gesetzlich vorgegebene Informationsmittel verweisen zu

774 Ebenso bereits *Eppenberger*, Information, S. 128, in bezug auf die Aktionärsinformation.

775 In bezug auf das Informationsrecht des Gesellschafters so auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 21 III 1 c (S. 627); **a.A.** *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 259, Rn 43; *Wolf*, in: Soergel, § 260 Rn 60; *Ikels*, Rechnungslegung, S. 158 ff.; *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 24 f.

lassen, sondern kann ohne Aktivierung einer neuen Anspruchsgrundlage auf die anderen Informationsformen zurückgreifen, sollte sein rechtlich anerkanntes Informationsbedürfnis durch das gesetzlich bevorzugte Informationsmittel nicht befriedigt werden können.[776] Wollte man es anders sehen, ließe man die Leistungsbewirkung im hier vertretenen Sinne den Zufälligkeiten des Einzelfalls überlassen. Die Befriedigung des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses kann und darf aber nicht davon abhängen, ob der Gläubiger, dem einzig Einsicht durch die Anspruchsgrundlage gewährt wird, die notwendigen Fähigkeiten zur Herstellung von Querverbindungen zu Sekundärwissen hat bzw. entsprechende Unterlagen erstellt worden sind, der Auskunftssuchende sein Informationsbedürfnis hinreichend präzise artikulieren kann bzw. der Auskunftsverpflichtete »freiwillig« Querbezüge aufzeigt oder der Aufklärungspflichtige im entscheidenden Zeitpunkt die für den Gläubiger relevanten Daten und Fakten mitteilt. Ordnen Recht oder Gesetz an, daß ein Rechtssubjekt in einer bestimmten Situation durch ein anderes Rechtssubjekt zu informieren ist, damit ersteres in die Lage versetzt wird, eine offene Entscheidungssituation mit einer der Rechtsordnung ausreichend erscheinenden Sicherheit auflösen zu können, so kann, will man diese Grundentscheidung des Gesetzes ernst nehmen, den Zufälligkeiten des Einzelfalls nicht dadurch zum Sieg verholfen werden, daß beim »Versagen« der primär vom Gesetz bevorzugten Informationsform die anderen Informationsmittel partout ausgeschlossen sind.

Der entscheidende Vorzug der These vom *einheitlichen Recht auf Information* liegt also im Wegfall der Notwendigkeit, für jedes Informationsmittel eine eigene Anspruchsgrundlage vorweisen zu müssen. Soweit und solange ein rechtlich anerkanntes Informationsbedürfnis nicht befriedigt ist, stehen, ihre Geeignetheit vorausgesetzt, alle Informationsmittel zur Anspruchserfüllung zur Verfügung und sind auch einforderbar. Zwischen den einzelnen Informationsmitteln findet ein fließender Übergang vom einen zum anderen statt, wenn das letztere zu diesem Zeitpunkt der Leistungserfüllung zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses besser geeignet erscheint. Ein späterer Rückgriff auf das zunächst verwendete Informationsmittel ist damit nicht ausgeschlossen. Die Informationsformen stehen in einem ständigen Wechselspiel der gegenseitigen Ergänzung und Erweiterung mit dem Ziel einer optimalen Informationsversorgung des Gläubigers. Die These vom *einheitlichen Recht auf Information* projiziert das informationstheoretisch herausgearbeitete Wechselspiel der Informationsmittel in die rechtliche Dimension.

Beispiel: Aufklärung sensibilisiert vielfach erst das Informationsverlangen. In der Folge bittet der Gläubiger um Auskunft über diese oder jene Tatsache. Die so erlangten Erkenntnisse leiten sein Informationsbedürfnis in eine bis dato vollkommen unbekannte Richtung. Weil in diesem Zusammenhang aber eine über das Notwendige hinausgehende Verarbeitung der Daten und Fakten durch den Schuldner unerwünscht ist, bedarf es nunmehr der Einsicht in vorhandene Unterlagen. Nicht alle sich daraus ergebenden Fragen lassen sich aber mit Hilfe der Unterlagen beantworten. Das Wissen des Schuldners ist gefragt, um die fehlenden Querverbindungen herstellen zu können.

776 Ausführlich zur Bestimmung des Informationsmittels D.V (S. 217 ff.).

Mußte der Schuldner erkennen, daß der mit der Frage angesprochene Themenkreis in Zusammenhang mit einem anderen, bis dahin unangesprochenen steht, so hat er den Gläubiger auch darauf hinzuweisen. Voraussetzung ist jedoch immer, daß das jeweilige Informationsmittel zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses erforderlich ist.[777]

Das soeben beschriebene Wechselspiel der Informationsmittel führt natürlich nicht dazu, daß bei jedem Informationsanspruch der Gläubiger den Einsatz aller Informationsformen einfordern kann. Im Regelfall sollte durch die vom Gesetz vorgegebene Form das rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis befriedigt werden können, so daß überhaupt kein Grund für den Rückgriff auf die anderen Informationsmittel besteht. Die These vom *einheitlichen Recht auf Information* entfaltet daher vor allem dann ihre volle »Schlagkraft«, wenn der Schuldner mit Hilfe der vom Gesetz vorgesehenen Mittel nicht gewillt ist, seiner Informationspflicht nachzukommen. Ein weiteres wichtiges Anwendungsfeld sind jene Fälle, in denen der Schuldner zwar prinzipiell Willens ist, seiner (allgemeinen) Informationspflicht nachzukommen, dazu aber mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Mittel nicht in der Lage ist, einen freiwilligen Einsatz anderer Formen gleichwohl – aus traditioneller Sicht zu Recht – verweigert. Eine Informationsverweigerung kann der Schuldner in diesen Fällen und generell nicht mehr mit dem formalen Argument begründen, seine geschuldete Informationsleistung bewirkt zu haben, indem er die in der Anspruchsgrundlage genannte Leistungshandlung vorgenommen hat, ohne daß das Informationsbedürfnis damit befriedigt worden wäre:[778] Es ist Information und nicht bloß eine bestimmte Leistungshandlung geschuldet!

777 Dazu ausführlich unter D.V.2.c.cc(2) (S. 232 ff.).

778 So aber die wohl ganz herrschende Meinung; vgl. nur RGZ 100, 150, 152; OLG Hamm NZG 2001, 73 ,74; *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 259, Rn 43; *Wolf*, in: Soergel, § 260 Rn 60; *Ikels*, Rechnungslegung, S. 158 ff.; *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 24 f.; tendenziell auch *Löwisch*, in: E/B/J, § 87c Rn 28; wie hier im Ansatz *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 125; so auch offenbar OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 1464, 1465.

III. Konkretisierung und Abgrenzung

Die so verstandene These vom *einheitlichen Recht auf Information* vermag bei der Pflichterfüllung bestehende Unzulänglichkeiten aufgrund der Behandlung der einzelnen Informationsmittel als eigenständige Rechte/Ansprüche zu beheben. Gleichwohl ist die These vom *einheitlichen Recht auf Information* kein Wundermittel für den Gläubiger und zugleich kein Alptraum für den Schuldner.

1. Grundvoraussetzung: Anspruch auf Information

Zuvörderst gilt es, ein möglicherweise aufgekeimtes Mißverständnis zu korrigieren: Die These vom *einheitlichen Recht auf Information* begründet *kein* Recht auf Information. Zwingend setzt sie einen Anspruch auf Information voraus. Insoweit unterscheidet sich die hier vertretene These von der Figur des Stammrechts auf Information.[779] Jene dient in verbandsrechtlichen Beziehungen nämlich auch der Begründung des mitgliedschaftlichen Anspruchs auf Information.[780] In einem Schichtenmodell betrachtet, steht das Stammrecht auf Information in dieser Funktion eine Ebene unter der These vom *einheitlichen Recht auf Information*, nämlich auf der anspruchsbegründenden. Im Verbandsrecht baut damit die hier vertretene These auf die Figur vom Stammrecht auf Information auf. Ein weiterer Unterschied besteht zudem darin, daß die Lehre vom mitgliedschaftlichen Stammrecht auf Information aus diesem einzelne, auf jeweils ein passendes Informationsmittel bezogene Informationsansprüche ableiten will.[781] Sie spricht daher noch von dem Auskunfts- oder dem Einsichtsrecht – obwohl immer wieder betont wird, daß es sich nur um Teilausprägungen des Ganzen handle – und nicht wie nach der hiesigen These konsequent von dem *einen* einheitlichen Recht auf Information. Dieser Unterschied ist freilich eher akademischer Natur. In der praktischen Anwendung kommen beide Ansichten in aller Regel zu identischen Ergebnissen. Für die übrigen informationsrechtlichen Sachverhalte spielt der Unterschied hingegen eine herausragende Bedeutung, weil es dort an einer polypotenten Anspruchsgrundlage, wie sie mit der Lehre vom mitgliedschaftlichen Stammrecht auf Information für das Verbandsrecht existiert, fehlt.

Setzt somit die These vom *einheitlichen Recht auf Information* zwingend eine auf Informationsgewährung gerichtete Anspruchsgrundlage voraus, gilt es nunmehr den Begriff der Anspruchsgrundlage (des Anspruchs) zu konkretisieren. Was ist unter dem

779 Vgl. dazu ausführlich unter C.III (S. 92 ff.), insbesondere C.III.4 (S. 99 ff.).

780 *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 38 f.; *derselbe*, Gesellschaftsrecht, § 21 III 1. (S. 624 ff.); *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, § 7 II 2 a aa (S. 374).

781 *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 38; ähnlich *Ebenroth*, Kontrollrechte, S. 51 f.

Begriff des Anspruchs im Sinne der These vom *einheitlichen Recht auf Information* zu verstehen?

Nach der Legaldefinition des § 194 Abs. 1 BGB ist ein Anspruch das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen zu können. Ein Anspruch im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB kann dabei vermögensrechtlicher als auch nichtvermögensrechtlicher Natur sein. Er kann daher auf Tun oder Unterlassen jeglicher Art gerichtet sein.[782] Wesentlich für den Begriff des Anspruchs sollen zudem die Bestimmtheit des Berechtigten, des Verpflichteten und sein Inhalt sein.[783]

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Information im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB zu, so führt dies zum *einheitlichen Recht auf Information*.

Daran bestehen keine Zweifel, wenn der Gläubiger einen Anspruch gegen den Informant auf spontane Information hat und dieser auch einklagbar ist. Wer einem anderen Rechtssubjekt spontane Information schuldet, wird unter keinem Gesichtspunkt benachteiligt, wenn reaktive Informationsformen von dieser Pflicht mit umfaßt werden.[784] Zu einer Benachteiligung des Schuldners würde die Erfassung reaktiver Informationsmittel nur dann führen, wenn durch ihre Geltendmachung mehr Information preisgegeben werden müßte, als nach Sinn und Zweck der Anspruchsgrundlage zur Befriedigung des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses geschuldet ist. Die These vom *einheitlichen Recht auf Information* deckt einen derartigen weitergehenden Einsatz nichtbenannter Informationsmittel nicht.

Die überwiegende Anzahl spontaner Informationspflichten ist hingegen dadurch gekennzeichnet, daß sie nicht einklagbar sind. Ihre schuldhafte Verletzung zieht lediglich Schadenersatzansprüche nach sich. In diesen Fällen überzeugt die Anwendung der These vom *einheitlichen Recht auf Information* nicht. Eine sinnvolle Einbeziehung dieser Pflichten in den Anwendungsbereich ist nicht möglich, weil die Aufdeckung der Nichterfüllung in aller Regel den Verlust des zu befriedigenden Informationsbedürfnisses voraussetzt. Die Erkenntnis unzureichender Informationsleistung setzt seitens des Gläubigers nämlich genau jene Information voraus, die der Schuldner verpflichtet war zu leisten. Die These vom *einheitlichen Recht auf Information* ist somit nur auf die Gruppe spontaner Informationspflichten anwendbar, die auch im Falle ihrer Nichterfüllung einklagbar sind. Sie kommen vor allem im Gesellschaftsrecht in Form von periodischen oder ereignisabhängigen Berichtspflichten vor.

Kann der Gläubiger hingegen nach der Anspruchsgrundlage nur Auskunft verlangen, so soll aus der Auskunftspflicht des Schuldners nicht schlechthin eine Informationspflicht *sua sponte* abgeleitet werden können.[785] Eine Begründung wird nicht gegeben. Als Grund könnte allenfalls die mit den spontanen Informationspflichten ein-

782 *von Feldmann*, in: MünchKomm-BGB, § 194 Rn 21.

783 *Walter*, in: Soergel, § 194 Rn 1.

784 Ähnlich bereits *Eppenberger*, Information, S. 72: »Nach dem Grundsatz a majore ad minus darf wohl aus jeder Mitteilungspflicht auch eine 'Informationspflicht auf Anfrage hin' abgeleitet werden, soweit die verlangte Information im Bereich des schon spontan Geschuldeten liegt.«

785 *Eppenberger*, Information, S. 33; ähnlich auch *Hauser*, Informationsbeschaffung, S. 187.

hergehende Zuweisung der Initiierungslast angeführt werden. Wie unter D.V.2.a (S. 219 ff.) aber ausführlich zu zeigen sein wird, ist dem Schuldner diese Last nur in jenen Fällen zugewiesen, in denen anderenfalls der Informationsprozeß zum Erliegen käme. Diese Bedenken können daher nicht durchgreifen.

Ist der Schuldner nach der Anspruchsgrundlage zur Gewährung von Einsicht verpflichtet, ergeben sich ebenso keine Bedenken hinsichtlich des Rückgriffs auf die anderen Informationsmittel.

Die These vom *einheitlichen Recht auf Information* ist mithin auf all´ jene Fälle anwendbar, in denen kraft Gesetz oder Rechtsgeschäft der Gläubiger die Rechtsmacht besitzt, vom Schuldner die Befriedigung seines Informationsbedürfnisses zu verlangen, er also ein subjektives Recht auf Information hat.[786] Der Anspruch auf Information gibt ihm die Rechtsmacht, Information verlangen zu dürfen und ggf. gerichtlich durchzusetzen.[787]

Auf der anderen Seite überzeugt der so verstandene Anspruchsbegriff, wenn er alle jene vornehmlich handels-[788] und kapitalmarktrechtlichen[789] Normen aus dem Anwendungsbereich der These vom *einheitlichen Recht auf Information* ausnimmt, die dem Schuldner zwar eine Pflicht zur Information auferlegen, dem Gläubiger aber keinen eigenen Anspruch auf diese Information geben.[790] Fehlt dem Gläubiger mangels Zuordnung eines subjektiven Rechts auf Information die Rechtsmacht, von einem anderen Rechtssubjekt Information verlangen zu können, weil die diesem auferlegte Informationspflicht nur in Form einer objektiv-öffentlichen Pflicht besteht, so würde es der

786 Zum Begriff des subjektiven Rechts und die Einordnung des Anspruchs als Unterfall *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 14 (S. 270 ff.), § 15 IV (S. 302 ff.).

787 Vgl. zur »Brückenfunktion« des Anspruchsbegriffs zwischen der materiellen Berechtigung und deren prozessualen Durchsetzung *Larenz/Wolf*, BGB-AT, § 15 IV 1. b) (S. 303).

788 Registerpublizität z.B. §§ 10, 13 ff, 29, 31, 53, 106, 143, 162, 325 HGB; § 4 PartGG; §§ 7, 39, 40, 54, 57, 65, 67 GmbHG; §§ 10, 11, 12, 14, 16 Abs. 5, 28, 59, 78 Abs. 2, 82, 84 GenG; §§ 20 Abs. 6, 36, 40, 42, 97, 106, 124, 188, 190, 195, 169, 201 AktG; § 33 VAG; §§ 16, 19, 38, 51, 61, 77, 86, 104, 111, 119 f., 130, , 137, 140 UmwG (ausführlich *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 133 ff. und 149 ff.).

789 §§ 15, 15a , 25 i.V.m. 21, 26 WpHG, § 39 Abs. 1 Nr. 3 BörsG i.V.m. §§ 63 ff BörsZulV; § 40 BörsG i.V.m. §§ 53 ff BörsZulV, § 42 (amtlicher Markt) und 54 S. 2 (geregelter Markt) BörsG i.V.m. der Börsenordnung des jeweiligen Handelsplatzes (z.B. §§ 63, 64 bzw. 71 BörsO FWB).

790 Soweit die Informationspflicht aber auch im Interesse Dritter besteht, steht dem fehlenden subjektiven Recht nicht entgegen, ihnen wenigstens die Rechtsmacht zu mittelbaren Durchsetzung einzuräumen. Z.B. können Dritte hinsichtlich der Pflicht zur Offenlegung gem. § 325 HGB nach § 335a S. 3 1. HS HGB einen Antrag auf Einschreiten des Registergerichts stellen (vgl. hierzu auch EuGH Slg. 1997, I-6843 Tz. 18 ff [Daihatsu]; LG Berlin ZIP 2001, 1636 ff. mit Anm. *Hirte*). Dieses hat nach § 335a S. 1 HGB i.V.m. 140a Abs. 2 FGG ein Zwangsgeld gegen die Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs der säumigen Kapitalgesellschaft festzusetzen. In Anlehnung an den Gedanken des § 335a Abs. 1 S. 3 1. HS HGB wäre denkbar, daß der einzelne bei fehlender Drittschutzwirkung einer öffentlich-rechtlichen Informationspflicht zumindest im eigenen Namen Erfüllung der Pflicht gegenüber der Allgemeinheit, also »Leistung an alle«, verlangen kann.

fehlenden gesetzlichen Anerkennung eines subjektiven Rechts auf Information widersprechen, wenn dem Gläubiger quasi über die Hintertür eine vergleichbare Rechtsposition mit Hilfe der These vom *einheitlichen Recht auf Information* zugesprochen werden würde. Die These vom *einheitlichen Recht auf Information* findet damit auf lediglich objektiv-öffentliche Informationspflichten keine Anwendung. Der Gläubiger einer GmbH kann von dieser daher beispielsweise nicht Auskunft oder Einsicht verlangen, wenn die gem. § 325 Abs. 1 HGB zum Handelsregister einzureichenden Unterlagen unvollständig oder unrichtig und daher ungeeignet sind, das in § 325 HGB rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis zu befriedigen. Die Erkenntnisse, die zur Ableitung der These vom *einheitlichen Recht auf Information* geführt haben, bleiben allerdings auch hier nicht ganz ohne Wirkung. Insbesondere kann sich der Informationspflichtige nicht auf die Erfüllung seiner Informationspflicht allein kraft Vornahme formaler Handlungen berufen.[791] Auch hier gilt: Die Pflicht zur Information heißt Befriedigung des jeweils rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses, nicht mehr aber auch nicht weniger. Konsequenzen zeitigt dieses Verständnis vor allem dann, wenn zur Kompensation der fehlenden Rechtsmacht wenigstens im Falle der Nichterfüllung Sanktionen, beispielsweise in Form von Schadenersatzansprüchen,[792] bestehen.

Die These vom *einheitlichen Recht auf Information* stellt somit ein adäquates rechtliches Instrumentarium zur Verfügung, wenn die Rechtsordnung dem Gläubiger lediglich *eine* Anspruchsgrundlage zur Seite stellt. Lassen sich mit der These vom *einheitlichen Recht auf Information* aber auch komplexere Strukturen schlüssig erklären? Wie verhält es sich, wenn innerhalb einer Rechtsbeziehung eine Vielfalt von Anspruchsgrundlagen existiert oder ein gestaffeltes System von Informationspflichten und Informationsansprüchen besteht? Markantes Beispiel für eine Rechtsbeziehung mit einer Vielfalt von Anspruchsgrundlagen ist das Recht des Handelsvertreters auf Information gem. § 87c HGB. Als Beispiel für ein gestaffeltes Informationssystem aus Informationspflichten und Informationsansprüchen ist die börsennotierte Aktiengesellschaft besonders instruktiv. Bei diesen Konstellationen fragt sich, ob die These vom *einheitlichen Recht auf Information* nicht der gesetzlichen Regelung widerspricht. Dem ist jedoch nicht so. Vielmehr verhält es sich genau umgekehrt: Der Gesetzgeber hat – wohl unter unbewußter Berücksichtigung der hier herausgearbeiteten informationstheoretischen Aspekte – durch sehr detaillierte Vorgaben die Erkenntnisse, die zur These vom *einheitlichen Recht auf Information* geführt haben, normativ umgesetzt. Durch die zeitlich klare Staffelung der einzelnen Informationspflichten und gegebenenfalls deren Ergänzung durch Informationsansprüche hat er, unter Abwägung des Interesses des Schuldners an möglichst geringer Belastung einerseits und dem Interesse des Gläubigers an einer weitgehenden Befriedigung seines Informationsbedürfnis-

791 So aber für die »Verwirkung« des Zwangsgelds, die allein an formelle Erfordernisse knüpft, während die Nichteinhaltung der materiellen Einzelpflichten in der Regel als Ordnugswidrigkeit oder in gravierenden Fällen sogar als Straftat verfolgt wird (*Dannecker*, in: GroßKomm-HGB, Vor §§ 335 Rn 3; *Quedenfeld*, in: MünchKomm-HGB, § 335 Rn 3; *Budde/Hense*, in: Beck Bil-Komm, § 335 Rn 2).

792 Vgl. etwa die Neuregelung der §§ 37b – c WpHG.

ses andererseits, für den jeweiligen Informationszeitpunkt das passendste Informationsmittel gewählt, um den Informationsbedarf möglichst situationsgerecht zu stillen.

2. Informationsrecht des Handelsvertreters gem. § 87c HGB

Ohne weiteres einsichtig ist dies beim Informationsrecht des Handelsvertreters. Gem. § 87c HGB stehen dem Handelsvertreter zur Geltendmachung und Durchsetzung seiner Provisionsansprüche[793] und sonstiger Ansprüche[794] (mit Ausnahme des § 89b HGB) aus dem Handelsvertretervertrag verschiedene Informationsmittel zur Verfügung, die es ihm ermöglichen, situationsspezifisch auf mögliche Defizite der anderen Informationsformen zu reagieren. § 87c HGB schreibt dazu in zeitlicher Hinsicht in gewissen Bahnen eine Rangfolge der einzelnen Informationsmittel vor.[795] Auf diese Weise werden sinnvoll die widerstreitenden Interessen von Schuldner und Gläubiger in Einklang gebracht, wobei auch bereits anderenorts gewonnene informationstheoretische Überlegungen Eingang gefunden haben. Weil es im Ergebnis vor allem um Provisionsansprüche des Handelsvertreters gegen den Unternehmer geht, verpflichtet § 87c Abs. 1 HGB den Unternehmer zunächst über die Provisionen abzurechnen, auf die der Handelsvertreter Anspruch hat. Im Normalfall ist mit der Abrechnung das rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis des Handelsvertreters befriedigt. Durch die schriftliche Zusammenstellung aller provisionspflichtigen Geschäfte ist der Handelsvertreter nämlich in der Lage, die ihm gebührenden Provisionen nachzuprüfen, insbesondere durch Abgleich mit seinen eigenen ordnungsgemäß geführten Unterlagen. Sind sich Unternehmer und Handelsvertreter aufgrund der Abrechung über die Provisionen einig, bedarf es mangels bestehender Unsicherheit der weiteren Rechte aus § 87c Abs. 2 bis 4 HGB nicht.[796] Sie sollen dem Handelsvertreter nämlich nur ermöglichen, die Richtigkeit der Abrechnung zu prüfen, so daß sie gegenstandslos werden, wenn der Handelsvertreter die Abrechnung anerkannt hat. Bestehen hingegen Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Abrechnung, bieten Buchauszug, Auskunft und Bucheinsicht die Möglichkeit zur »Ergänzung« der Abrechnung, indem der Handelsvertreter seinen Verdacht auf unzureichende Abrechnung bestätigen und offene Fragen klären kann bzw. sich beantworten läßt. Mittel erster Wahl ist dazu im Regelfall der Buchauszug. Er ermöglicht dem Handelsvertreter auf einfache und sehr effek-

793 So die h.M. BGH NJW 1981, 457; *v. Hoyningen-Huene*, in: MünchKomm-HGB, § 87c Rn 2 f.; *Küstner*, HVR I, Rn 1353; *Roth*, in: Koller/Roth/Morck, § 87c Rn 1.

794 So weitergehend *Löwisch*, in: E/B/J, § 87c Rn 39.

795 *Küstner*, HVR I, Rn 1358; *v. Hoyningen-Huene*, in: MünchKomm-HGB, § 87c Rn 21; *Löwisch*, in: E/B/J, § 87c Rn 3.

796 BGH NJW 1961, 1059; BGH NJW 1981, 457; BGH WM 82, 152, 153, BGH NJW 1996, 588; *Küstner*, HVR I, Rn 1438; *v. Hoyningen-Huene*, in: MünchKomm-HGB, § 87c Rn 21; *Roth*, in: Koller/Roth/Morck, § 87c Rn 9; **a.A.** *Löwisch*, in: E/B/J, § 87c Rn 4; Baumbach/*Hopt*, HGB, § 87c Rn 19.

tive Weise die mit der Abrechnung mitgeteilten Daten und Fakten zu verifizieren.[797] Aus diesem Grund kann der Handelsvertreter auf das Auskunftsrecht nach § 87c Abs. 3 HGB erst zurückgreifen, wenn trotz der Rechte aus den Absätzen 1 und 2 weiterhin Unklarheiten bestehen, weil die notwendigen Daten und Fakten nicht in den Geschäftsunterlagen enthalten sind.[798] Der Auskunftsanspruch gibt dem Handelsvertreter die Möglichkeit, auch solche für die Berechnung des Provisionsanspruchs erhebliche Umstände zu erfahren, die sich nicht aus den Büchern des Unternehmens ergeben.[799] Er dient somit ebenfalls der leichteren Nachprüfung der Provisionsabrechnung.[800] Dieser Ergänzungsfunktion entspricht es auch, daß der Anspruch auf Auskunft nicht nur bei Unvollständigkeit, sondern auch bei Unklarheit besteht, etwa weil der Buchauszug so umfangreich ist, daß er nur mit unverhältnismäßigem Aufwand gesichtet werden kann, dem Unternehmer hingegen die Auskunft ohne unzumutbarem Aufwand möglich ist.[801] Ähnlich verhält es sich mit dem Recht auf Einsicht. Zwar hat der Handelsvertreter die Wahl, ob er Erteilung eines Buchauszuges oder Bucheinsicht verlangt, doch kann er beide Rechte nicht kumulativ geltend machen.[802] Darüber hinaus schließt die Bucheinsicht ein nachträgliches Verlangen auf Erteilung eines Buchauszuges aus.[803] Der Buchauszug kann nämlich nicht mehr zu Tage bringen als die Bucheinsicht selbst. Umgekehrt kann aber die Bucheinsicht Kraft der eigenen Inaugenscheinnahme der Geschäftsunterlagen oder der durch einen vertrauenswürdigen Dritten ein Mehr an Gewißheit bringen.[804] Wegen des vielfach mit der Einsicht in die Unterlagen des Unternehmers verbundenen stärkeren Eingriffs in dessen Rechtssphäre unter Geheimhaltungsgesichtpunkten kann Einsicht nur unter der engen Voraussetzung »begründeter

797 BGH WM 1982, 152, 153. Neben der Verifikation, der in der Abrechnung enthaltenen Informationen, kommt dem Buchauszug auch eine mittelbare Kontrollfunktion zu. Im Buchauszug sind nämlich *alle* Geschäfte aufzuführen, für die dem Handelsvertreter nach § 87 HGB Provision gebührt, mithin auch die lediglich aufschiebend bedingten Provisionsansprüche nach § 87 Abs. 1 oder 3 HGB.

798 Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks. 1/3856, S. 29; BGH BB 1964, 409; BGH NJW 2001, 2333, 2334; OLG Hamm MDR 1967, 770 = DB 1967, 592, 593; *Löwisch*, in: E/B/J, § 87c Rn 44; *v. Hoyningen-Huene*, in: MünchKomm-HGB, § 87c Rn 54, 57; *Küstner*, HVR I, Rn 1470; *Brüggemann*, in: Staub, § 87c Rn 21; *Roth*, in: Koller/Roth/Morck, § 87c Rn 12; Baumbach/*Hopt*, HGB, § 87c Rn 23.

799 BGH BB 1964, 409 = BGH LM Nr. 4a zu 87c HGB; OLG Hamm MDR 1967, 770 = DB 1967, 592, 593; OLG Köln BB 1972, 467, 468; *Küstner*, HVR I, Rn 1471; *Löwisch*, in: E/B/J, § 87c Rn 44.

800 *v. Hoyningen-Huene*, in: MünchKomm-HGB, § 87c Rn 54.

801 *v. Hoyningen-Huene*, in: MünchKomm-HGB, § 87c Rn 58.

802 BGHZ 56, 290, 296 f.; *v. Hoyningen-Huene*, in: MünchKomm-HGB, § 87c Rn 81; *Küstner*, HVR I, Rn 1356; *Schröder*, in: Schlegelberger, § 87c Rn 15.

803 BGHZ 56, 290, 296 f.; *Schröder*, in: Schlegelberger, § 87c Rn 15, 15a; *Küstner*, HVR I, Rn 1356; *v. Hoyningen-Huene*, in: MünchKomm-HGB, § 87c Rn 81; *Löwisch*, E/B/J, § 87c Rn 3, 17.

804 BGHZ 56, 290, 296 f.; *v. Hoyningen-Huene*, in: MünchKomm-HGB, § 87c Rn 81; *Brüggemann*, in: Staub, § 87c Rn 2.

Zweifel« verlangt werden.[805] Zusätzlich wird der Unternehmer dadurch geschützt, daß er nach seiner Wahl statt dem Handelsvertreter einem von diesem zu bestimmenden Wirtschaftsprüfer oder vereidigten Buchprüfer die Einsicht gewährt. Für den Fall, daß auch Auskunft und Einsicht die Zweifel an der erteilten Abrechnung und dem Buchauszug nicht zu beseitigen vermögen, verbleibt dem Handelsvertreter als *ultima ratio* schließlich noch der Rückgriff auf die eidesstattliche Versicherung gem. §§ 259, 260 BGB.[806] Für das in § 87c HGB normierte Informationsrecht läßt sich mithin festhalten, daß ausgehend von einem Basisinformationsmittel dem Gläubiger flexibel weitere Informationsmittel an die Hand gegeben werden, die geeignet sind, weiterhin bestehende Informationsdefizite zu beseitigen.[807] Hierbei zeigt sich auch sehr deutlich, daß im Zweifelsfall nur das Zusammenspiel verschiedener Informationsmittel geeignet ist, das rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis zu befriedigen. Würde man sich nur eines der Informationsmittel wegdenken, wäre die Befriedigung des Informationsbedürfnisses in vielen Fällen gefährdet. Der Grund läge häufig schlicht darin, daß dem Handelsvertreter keine Mittel zur Kontrolle der bisher geleisteten Information zur Seite stehen würden. Unter diesem Aspekt führen die Informationsrechte nach § 87c HGB im Konkreten und die These vom *einheitlichen Recht auf Information* im Generellen auch zur Überprüfung der Leistungserfüllung durch den Gläubiger. Setzt somit § 87c HGB in Gesetzesform nur jene Erkenntnis um, die letztlich zur Ableitung der These vom *einheitlichen Recht auf Information* geführt haben, besteht doch in einem Punkt ein unaufgelöster Widerspruch: § 87c HGB normiert eigenständige Ansprüche auf Information mit der Folge, daß sie einer selbstständigen Verjährung unterliegen.[808] Anders dagegen die These vom *einheitlichen Recht auf Information*: Wie der Name bereits suggeriert, ist ihr wesenseigen, daß nur ein Anspruch auf Information bestehen muß, dem alle Informationsmittel immanent sind. Praktische Unterschiede werden daher immer dann zu konstatieren sein, wenn es entscheidend auf das Hin und Her, das Wechselspiel der Informationsmittel zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses ankommt. Nach § 87c HGB kann es nämlich durchaus passieren, daß der Anspruch auf eines der Informationsmittel zwischenzeitlich verjährt ist und es somit zur Ergänzung der noch verbliebenen nicht mehr in Betracht kommt.[809] Dieser Widerspruch vermag aber die gemeinsame und unbestrittene Zweckbasis der Regelung nach § 87c HGB und der These vom *einheitlichen Recht auf Information* nicht zu überdecken. Ausgangs-

805 Zum Teil wird in diesem Zusammenhang von der Subsidiarität der Einsicht gesprochen (*Küstner*, HVR I, Rn 1356).

806 Mit Unterschieden im Detail BGHZ 32, 302 ff.; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1995, 351, 352; *Küstner*, HVR I, Rn 1359 (nur in bezug auf Bucheinsicht); *v. Hoyningen-Huene*, in: MünchKomm-HGB, § 87c Rn 65 (nur in bezug auf Auskunft); *Löwisch*, E/B/J, § 87c Rn 28; *Roth*, in: Koller/Roth/Morck, § 87c Rn 14 (Auskunft und Einsicht).

807 **A.A.** Baumbach/*Hopt*, HGB, § 87c Rn 1, wonach in der Reihenfolge Buchauszug, Auskunft, Einsicht nicht beliebige Änderungen oder Kopplungen möglich sind.

808 Ganz h.M., vgl. nur BGH NJW 1979, 764; BGH WM 1979, 463, 464; BGH NJW 1981, 457; *Löwisch*, in: E/B/J, § 87c Rn 20; *v. Hoyningen-Huene*, in: MünchKomm-HGB, § 87c Rn 5; *Schröder*, in: Schlegelberger, § 87c Rn 11c, 17e; Baumbach/*Hopt*, HGB, § 87c Rn 1.

809 Enger wohl sogar Baumbach/*Hopt*, HGB, § 87c Rn 1 (siehe bereits Fn. 807).

und Mittelpunkt ist jeweils das Ziel, ein fest umrissenes Informationsbedürfnis zu befriedigen. In § 87c HGB wird der Weg zu diesem Ziel sehr detailliert unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Handelsvertreterrechts vorgegeben.[810] Die These vom *einheitlichen Recht auf Information* bietet dagegen eine allgemeingültige Dogmatik zur Erreichung des selben Ziels.

Mit der Konzentration der These vom *einheitlichen Recht auf Information* auf die Befriedigung eines Informationsbedürfnisses geht einher, daß grundsätzlich keine Überkreuzanwendung[811] stattfindet, wenn mehrere selbständige Informationsbedürfnisse zu stillen sind. In einem solchen Fall sind Voraussetzungen und Rechtsfolgen separat für das jeweilige Informationsbedürfnis zu behandeln. Dies gilt freilich insoweit nicht, als Informationsbedürfnis 1 und Informationsbedürfnis 2 in Teilbereichen deckungsgleich sind oder gar Informationsbedürfnis 1 Teilmenge von Informationsbedürfnis 2 ist.

3. Informationssystem in der (börsennotierten) Aktiengesellschaft

Die These vom *einheitlichen Recht auf Information* bietet auch ein überzeugendes Erklärungsmodell für komplexe Informationssituationen, wie sie beispielsweise in der börsennotierten Aktiengesellschaft vorzufinden sind. Schwierigkeiten für ein schlüssiges Erklärungsmodell bestehen dabei in zweierlei Hinsicht: Zum einen müssen die verschiedenen aktienrechtlichen Informationspflichten und Informationsansprüche sinnvoll zueinander in Beziehung gesetzt und zu einem stimmigen Gesamtbild zusammengefaßt werden. Daran anschließend ist zum anderen die Verschränkung zwischen dem gesellschaftsrechtlichen und dem kapitalmarktrechtlichen Informationssystem aufzuzeigen und zu begründen.

In bezug auf das aktienrechtliche Informationssystem wird die These vom *einheitlichen Recht auf Information* vor allem im Hinblick auf die Ausgestaltung des Informationsrechts des Aktionärs Widerspruch hervorrufen. Es besteht nämlich uneingeschränkter Konsens darüber, daß dem Aktionär – anders als dem GmbH-Gesellschafter (§ 51a GmbHG), oHG-Gesellschafter (§ 118 HGB) oder Kommanditisten (§ 166 HGB) – kein Recht auf Einsicht zusteht.[812] Nur in Ausnahmefällen soll der Aktionär Einsicht verlangen können. Über die gesetzlich geregelten Fälle[813] hinaus ist richterrechtlich anerkannt, daß dem Aktionär in der Hauptversammlung beschränkt auf ausgewählte

810 Die Spezialität von § 87c HGB betonend bereits BGHZ 55, 201, 205 f.

811 Gemeint ist ein Sachverhalt, indem mehrere rechtlich von einander unabhämgige Informationsbedrüfnisse bestehen.

812 BGHZ 122, 211, 236 f.; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 93; *Raiser*, Kapitalgesellschaften, § 16 IV Rn 39 (S. 240); kritisch *Heidel*, in: AnwKomm-AktG, § 131 Rn 25.

813 Beispielsweise §§ 129 Abs. 4, 175 Abs. 2 S. 1, 179a Abs. 2 S. 1; 293f Abs. 1, 319 Abs. 3, 327c Abs. 3 AktG, §§ 62 Abs. 3 S. 1, 63 Abs. 1, 230 Abs. 2 S. 1, 238 S. 1 UmwG.

Unterlagen Einsicht statt Auskunft gewährt werden kann,[814] wenn das geäußerte Informationsbedürfnis damit schneller und zuverlässiger befriedigt werden kann als durch eine umfängliche mündliche Auskunft, beispielsweise bei der Mitteilung umfangreicheren Zahlen- und Datenmaterials.[815] Demgegenüber ist nach der These vom *einheitlichen Recht auf Information* dem Information gewährenden Anspruch jedes Informationsmittel immanent. Mit anderen Worten hätte auch der Aktionär die grundsätzliche Möglichkeit zur Einsichtnahme in die Gesellschaftsunterlagen. Gleichwohl läßt sich dieses Ergebnis, von Ausnahmen abgesehen, auch mit der hier vertretenen These nicht begründen. Der Grund dafür liegt im Zusammenspiel der übrigen Informationsmittel in der Aktiengesellschaft und der Bedeutung der Einsicht vor allem zu Verifikationszwecken. Der Einsicht bedarf es nicht, wenn andere Mechanismen in vergleichbarem Umfang hinreichende Sicherheit bezüglich der kommunizierten Daten und Fakten gewährleisten und somit das rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis auch ohne Einsichtsgewährung befriedigt werden kann. Die Begründung liegt in dem umfassenden Informationssystem der Aktiengesellschaft.

a. *Exkurs: Umfang des Auskunftsrechts*

Im Mittelpunkt des individuellen Informationsanspruchs des Aktionärs steht das Auskunftsrecht gem. § 131 Abs. 1 AktG.[816] Daneben besteht eine Reihe von Informationspflichten des Vorstands und des Aufsichtsrats, die vor allem im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Hauptversammlung stehen.[817] Letztere werden nach der von

814 Im Einzelfall kann allerdings die Abgrenzung zwischen schriftlicher Auskunft und Einsicht schwierig sein. Ist etwa die zur Verfügung gestellte Fotokopie der Geschäftsunterlagen schriftliche Auskunft oder bloße Einsicht? Anhand der unterschiedlichen Zuweisung der Verarbeitungslast wird man vielfach eine Zuordnung vornehmen können. Ähnlich *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 122, wenn er darauf hinweist, daß bei einer schriftlichen Auskunft mittels Fotokopie die entscheidenden Passagen – z.B. mit Leuchtstift – kenntlich zu machen sind. Dies verkennend dagegen *Kubis*, in: FS Kropff, 1997, S. 171, 184. Im Ergebnis wirkt sich dies freilich wenig aus, da dem Aktionär auch kein Anspruch auf schriftliche Auskunft zustehen soll (BGHZ 101, 1, 15; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 93; *Hüffer*, AktG, § 131 Rn 22).

815 BGHZ 101, 1, 15; OLG Köln ZIP 1998, 994, 998; OLG Düsseldorf WM 1991, 2148, 2153; *Heidel*, in: AnwKomm-AktG, § 131 Rn 25; *Decher*, in: AnwKomm-AktG, § 131 Rn 95; *Henze*, Aktienrecht, F II 1 Rn 829 (S. 311); *Hüffer*, AktG, § 131 Rn 22; *Raiser*, Kapitalgesellschaften, § 16 IV Rn 45 (S. 243); **a.A.** *Kubis*, in: FS Kropff, 1997, S. 171, 184 f., 187; i.E. wohl auch *Zöllner*, in: KölnKomm-AktG, § 131 Rn 3, 81.

816 *Vossel*, Auskunftsrechte, S. 56. Bei Grundlagen- und Strukturentscheidungen finden sich in den §§ 293g Abs. 3, 295 Abs. 1 S. 2, 319 Abs. 3 S. 4, 320 Abs. 4 S. 3, 326 AktG, § 64 Abs. 2 UmwG, §§ 73 und 125 UmwG jeweils i.V.m. § 64 Abs. 2 UmwG ergänzende Informationsansprüche.

817 §§ 121 Abs. 3 und 124 AktG. Daneben bestehen bei Grundlagen- und Strukturmaßnahmen weiter hauptversammlungsbezogene Informationspflichten (beispielsweise §§ 179a Abs. 2

K. Schmidt geprägten Unterscheidung verbandsrechtlicher Informationsrechte in individuelle und kollektive[818] als kollektive Informationsrechte verstanden, die nicht gegenüber dem einzelnen Aktionär, sondern gegenüber dem Organ Hauptversammlung zu erfüllen sind.[819] Unter kollektiven Informationsrechten versteht er die Pflicht der verantwortlichen Organmitglieder zur Information. Das kollektive Informationsrecht ist damit als Korrelat zur Organverantwortlichkeit zu verstehen, nicht als Korrelat der Mitgliedschaft.[820] Zunehmend setzt sich auch die Erkenntnis durch,[821] daß das individuelle Recht auf Auskunft und die kollektiven Informationsrechte kein eigenständiges Dasein führen, sondern in ein Gesamtsystem eingebunden sind, welches letztlich vor allem der Befriedigung des Informationsbedürfnisses des Aktionärs dient.[822] Nach der hier vertretenen These ist dies eine Selbstverständlichkeit informationsrechtlicher Sachverhalte, denn – zur Wiederholung – sie sind in letzter Konsequenz auf die Befriedigung eines bestimmten Informationsbedürfnisses angelegt. Der Weg dahin ist offen und von sekundärer Bedeutung.

Die Begründung zum Regierungsentwurf zur Aktienrechtsnovelle 1965 beschreibt den Weg zur Befriedigung des Aktionärsinformationsbedürfnisses dahingehend, daß die Vielzahl von Vorschriften zur Unterrichtung des Aktionärs – vor allem jene über die Rechnungslegung und die Mitteilungspflichten im Zusammenhang mit der Einberufung der Hauptversammlung – eine entscheidende Grundinformierung des Aktionärs ermöglicht.[823] Dem Charakter einer abstrakt-generellen Regelung entsprechend, kön-

S. 1 und 2, 186 Abs.4 S. 2, 293a, 293f, 319 Abs. 3 S. 1 und 2, 319 Abs. 4 AktG, §§ 8, 63, 127, 192 UmwG).

818 *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 15 ff.; *Raiser*, Kapitalgesellschaften, § 16 IV Rn 42 f. (S. 241 f.); *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 2; *Wilde*, ZGR 1998, S. 423; *Grage*, Auskunftsrecht, S. 126 f.; *Hüffer*, AktG, § 131 Rn 2; *Groß*, AG 1997, 97, 100; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 22; *Saenger*, Beschlußfassung und Kontrolle, S. 14 ff.; kritisch dazu *Vossel*, Auskunftsrechte, S. 66.

819 *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 16 f.; *derselbe*, Gesellschaftsrecht, § 21 II 2 (S. 628); *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 22.

820 *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 16; zustimmend *Wilde*, ZGR 1998, S. 423, 424.

821 BVerfG NJW 2000, 349, 351 [Daimler-Benz AG]; KG ZIP 1994, 1267, 1269 [Allianz] = WM 1994, 1479, 1483; KG ZIP 1995, 1590 [Allianz]; andeutend BayObLG ZIP 1996, 1743, 1745 [Münchener Rück] und BayObLG ZIP 1996, 1945, 1948 [Hypobank]; *Ebenroth*, Auskunftsrecht, S. 2; *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 17 f.; *derselbe*, Gesellschaftsrecht, § 28 IV 3 a (S. 842); *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 20 ff.; *Kubis*, in: MünchKomm-AktG, § 131 Rn 7; *Groß*, AG 1997, 97; *Hirte*, ZHR 167 (2003), S. 8, 14 ff.; *Zöllner*, in: KölnKomm-AktG, § 131 Rn 6 und *Hommelhoff*, ZGR 2000, S. 748, 751, sprechen von den drei Säulen (Mitteilungspflichten im Zusammenhang mit der Einberufung der Hauptversammlung, der Erläuterung der Beschlußvorlagen durch den Vorstand sowie dem Auskunftsrecht) des aktienrechtlichen Informationssystems; *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 260 f.; andeutend *Eckardt*, in: G/H/E/K, § 131 Rn 1.

822 Aufgrund der Bedeutung der Aktiengesellschaften für das gesamte Wirtschaftsystem werden zudem die Informationsinteressen der Öffentlichkeit und Gläubiger im verstärkten Maße berücksichtigt.

823 *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 184.

nen Besonderheiten des Einzelfalls freilich nicht in dem notwendigen Umfang berücksichtigt werden.[824] Informationstheoretisch läßt sich dieser Gesichtspunkt dahin präzisieren, daß der Schuldner einer spontanen Informationspflicht zur Bestimmung des Informationsbedürfnisses bei einer Vielzahl potentieller Empfänger auf einen mehr oder weniger stark abstrahierten maßgeblichen Empfängerhorizont abstellen muß.[825] Auch unterstellt, daß dem informationspflichtigen Vorstand alle Aktionäre durch Führung eines Aktienbuches bekannt sind, ändert dies am Problem wenig. Er müßte aus der Gemengelage unterschiedlichster Interessen bestimmte selektieren und daran die Informationserfüllung ausrichten. Ein solches Vorgehen wäre mit Blick auf § 53a AktG nicht unproblematisch. Um dennoch der Subjektivität von Information in ausreichendem Maße Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber dem Aktionär das Auskunftsrecht gem. § 131 Abs. 1 AktG der zwangsläufig generalisierten Kollektivinformation ergänzend zur Seite gestellt: »Mit dessen Hilfe [kann] er sich die zusätzlichen Kenntnisse verschaffen, die er für den sinnvollen Gebrauch seiner Rechte benötigt.«[826]

Diesem Normenzusammenspiel kann auch unter rein informationstheoretischen Gesichtspunkten nur beigepflichtet werden: Mit Hilfe der kollektiven Informationsrechte wird ein Zustand der Grundinformierung erzeugt, der durch das individuelle Informationsrecht erweitert, konkretisiert und schließlich individualisiert wird.[827] Zunächst ist der Aktionär, wie *Eppenberger* überzeugend dargelegt hat, auf die Informationsinitiative der Gesellschaft angewiesen, um darauf aufbauend selbst einen sinnvollen Informationsprozeß zu starten.[828] Dies ist Aufgabe der kollektiven Informationsrechte. Mit ihrer Hilfe lassen sich im Ansatz jene Informationsasymmetrien beseitigen, die ihren Grund im Ausschluß der Aktionäre von der Geschäftsführung haben. Ein Zustand der Grundinformierung sollte das Resultat der kollektiven Informationsrechte sein.[829] Andererseits können die spontan kommunizierten Zeichen nicht hinreichend die Subjektivität von Information berücksichtigen. Dieses Defizit an Subjektivität auszugleichen ist Aufgabe und Funktion des individuellen Informationsrechts, nämlich des Auskunftsrechts gem. § 131 Abs. 1 AktG. Damit wird der grundinformierte Aktionär in

824 *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 184.

825 Vgl. dazu ausführlich unter C.II.1.c.bb (S. 63 ff.). I.E. so bereits *Dettwiler*, Gleichbehandlung, S. 60.

826 *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 184.

827 Kritisch zur Rolle des Auskunftsrechts unter dem Gesichtspunkt der informationellen Gleichbehandlung der Aktionäre *Dettwiler*, Gleichbehandlung, S. 60, 61 ff.

828 *Eppenberger*, Information, S. 141 ff.; ähnlich, jedoch ohne die informationsspezifische Herleitung *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 16 f.; *Hommelhoff*, ZIP 1983, 383, 386, 391; *Saenger*, Beschlußfassung und Kontrolle, S. 16.

829 *Kubis*, in: MünchKomm-AktG, § 131 Rn 7, spricht in diesem Zusammenhang von *Basisinformation*, die durch die (aktienrechtliche) Publizität vermittelt werden soll. In der Begründung des Gesetzesentwurfes der Fraktionen der CDU/CSU und der F.D.P. (BT-Drucks. 12/6699, S. 83 reSp) heißt es zur Berichtspflicht gem. § 8 UmwG sogar: »Ein solches formalisiertes Informationsrecht hat einen größeren Wert als die allgemeinen Unterrichtungs- und Einsichtsrechte.« Damit unterstreicht die Begründung die Bedeutung von Vorabinformationen in Form von siutationsbahängigen Berichtspflichten.

die Lage versetzt, sein individuelles Informationsbedürfnis zu äußern und noch bestehende Informationsasymmetrien in den rechtlich gesetzten Grenzen abzubauen. § 131 Abs. 1 AktG ermöglicht somit dem einzelnen Aktionär das stark verobjektivierte Informationsbedürfnis (der kollektiven Informationsrechte) zu konkretisieren und mit subjektiven Zügen zu versehen.[830] Unter Fortgeltung des maßgeblichen Empfängerhorizonts »objektiv denkender Durchschnittsaktionär«[831] wird das den spontanen Informationspflichten zugrundeliegende zwangsläufig stark verobjektivierte Informationsbedürfnis durch die Fragen der Aktionäre in bezug auf die konkrete Entscheidungssituation Schritt für Schritt spezifiziert. Weil bei der Beurteilung der Notwendigkeit des Auskunftsverlangens zur sachgemäßen Beurteilung eines Tagesordnungspunktes die Figur vom »objektiv denkenden Durchschnittsaktionär« weiterhin Bestand hat, kann ein gewisser Grad an Generalisierung des Informationsbedürfnisses gleichwohl nicht vermieden werden. Der Konkretisierungsgrad ist aber zweifelsohne höher als noch bei den spontanen kollektiven Informationspflichten.

Das derartige Zusammenwirken von kollektiven und individuellen Informationsrechten zeitigt Folgen für die Bestimmung des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses des Aktionärs: Die zahlreichen periodischen[832] und situationsbezogenen[833] spontanen Informationspflichten des Vorstands und/oder des Aufsichtsrats gegenüber den Aktionären als Gesamtheit enthalten nämlich Wertungen des Gesetzgebers, in welchem Umfang das Informationsbedürfnis generell zu befriedigen ist. Indem eine Norm explizit anordnet, daß die Gesellschaft über bestimmte Umstände zu berichten hat, gibt der Gesetzgeber deutlich zu erkennen, daß er zum einen diese vom Informati-

830 Nach *Zöllner*, in: KölnKomm-AktG, § 131 Rn 6, fügt sich das Auskunftsrecht als dritter Bereich in das Informationssystem ein, indem es die für die jeweils von den Aktionären zu treffenden Entscheidungen erforderlichen Einzelinformationen sicherstellt.

831 Vgl. zur Maßgeblichkeit dieses Empfängerhorizonts nur KG ZIP 1995, 1585, 1586 [Allianz] m.w.N.; BayObLG WM 1996, 119, 120 [Allianz]; *Spitze/Diekmann*, ZHR 158 (1994), S. 447, 459; *Saenger*, DB 1997, 145, 147.

832 Zum Beispiel die jährliche Vorlage von Jahresabschluß (§§ 242, 264 HGB), Lagebericht (§ 289 HGB) und Bericht des Aufsichtsrats (§171 Abs. 2 AktG) sowie des Vorschlags zur Verwendung eines Bilanzgewinnes gem. 175 Abs. 2 AktG.

833 Beispielsweise §§ 179a Abs. 2 S. 1, 186 Abs. 4 S. 2, 293a Abs. 1 AktG; § 147a Abs. 4 S. 7, 248a E-AktG (UMAG); §§ 8 Abs. 1, 127, 192 Abs. 1 UmwG. Ein weiterer Tatbestand situationsbezogener spontaner Information wird durch § 131 Abs. 3 Nr. 8 E-AktG (UMAG) eingeführt. Diese Regelung impliziert die Zulässigkeit – also das Recht des Vorstandes, nicht aber eine dahingehende Pflicht oder gar einen Anspruch des Aktionärs (vgl. Begründung RegE S. 26) –, typische Standardfragen in Form von sogenannten *Frequently Asked Questions* (FAQ) vorab auf der Internetseite »zu beantworten« (vgl. dazu *Seibert/Schütz*, ZIP 2004, 252, 255; *Weißhaupt*, WM 2004, 705, 708 f.). Informationstheoretisch handelt es sich somit nicht um eine »Auskunft« (anders: § 131 Abs. 6 E-AktG [UMAG]) – insoweit fehlt es nämlich an einer Konkretisierung des Informationsbedürfnisses durch einen nachfragenden Aktionär – sondern um spontane Information, durch die der Vorstand ein nach seiner Einschätzung bei den Aktionären bestehendes Informationsbedürfnis (vorab) befriedigen will und kann (vgl. dazu auch Fn. 506 [S. 125] und D.V.2.a [S. 219]).

onsbedürfnis umfaßt wissen will und zum anderen für so wichtig hält, daß er deren Mitteilung nicht dem Zufall des Nachfragens überlassen will.[834] Die kollektiven Informationspflichten legen damit das Minimum des Informationsanspruchs des Aktionärs fest.[835] Ob und in welchem Umfang darüber hinaus ein weitergehendes rechtlich anzuerkennendes Informationsbedürfnis besteht, ist ihnen nicht zweifelsfrei zu entnehmen. Aus dem soeben aufgezeigten Zusammenspiel von kollektiven und individuellen Informationsrechten folgt jedoch, daß ein anzuerkennendes Informationsbedürfnis nicht weiter reichen kann als das Auskunftsrecht gem. § 131 Abs. 1 AktG. Was nicht wenigstens theoretisch Gegenstand der Auskunft sein kann, wird vom rechtlich anerkannten Informationsbedürfnis nicht (mehr) erfaßt.[836] Zur Bestimmung der Obergrenzen des anzuerkennenden Informationsbedürfnisses kommt es damit zunächst auf die Reichweite des Auskunftsrechts gem. § 131 Abs. 1 AktG an.[837] Damit ist ein wei-

834 Vgl. dazu auch *Hommelhoff*, ZGR 2000, S. 748, 765. Besonders plastisch wird dies bei der Anzeigepflicht des Vorstandes bei Verlusten in Höhe der Hälfte des Grundkapitals gem. § 92 Abs. 1 AktG (vgl. auch die Parallelvorschrift in § 49 Abs. 3 GmbHG).

835 KG ZIP 1994, 1267, 1269 [Allianz] = WM 1994, 1479, 1483; KG ZIP 1995, 1590 [Allianz]; andeutend BayObLG ZIP 1996, 1743, 1745 [Münchener Rück] und BayObLG ZIP 1996, 1945, 1948 [Hypobank]; *Grage*, Auskunftsrecht, S. 94, mit umfassenderer Begründung; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 43.

836 Die theoretische Bestimmung schließt auch derartige Daten und Fakten ein, die der Aktionär schon auf einer früheren zeitlichen Stufe des Informationsprozesses erlangt hat.

837 Hinsichtlich der Qualität der rechtlichen Anerkennung von Informationsbedürfnissen (konkretisiert regelmäßig durch ein Auskunftsverlangen) könnte sich vor dem Hintergrund des § 243 Abs. 4 S. 2 E-AktG (UMAG) eine Art Zweiklassengesellschaft ergeben. Zur ersten – privilegierten – Klasse wären danach solche Informationsbedürfnisse zu zählen, deren Nichtbefriedigung trotz gesetzlicher Vorgaben (spontane Informationspflichten) oder individueller Kundgabe (Auskunftbegehren) als Sanktion die Anfechtbarkeit darauf beruhender Hauptversammlungsbeschlüsse nach sich zieht. Daneben stünde eine zweite – nicht privilegierte – Klasse von Informationsbedürfnissen, die von § 243 Abs. 4 S. 2 E-AktG (UMAG) erfaßt werden und deren Nichtbefriedigung praktisch mit keinen (speziellen) Sanktionsfolgen belegt ist. Problematisch ist diese Unterscheidung vor allem deshalb, weil eine klare Grenzziehung zwischen den verschiedenen Informationsbedürfnissen praktisch kaum möglich ist und dadurch auf Unternehmensseite zumindest theoretisch reichlich Raum für Mißbrauch besteht. Mit den richtigen Argumenten läßt sich nämlich mehr oder weniger jedes Informationsbedürfnis unter § 243 Abs. 4 S. 2 E-AktG (UMAG) subsumieren. Daß dies aber nicht die Intention des Gesetzgebers ist, steht außer Frage. In der Begründung zum RegE heißt es denn auch, daß der Ausschluß des Anfechtungsrechts auf Informationsmängel in Teilbereichen beschränkt sein soll. Totalverweigerung oder weitreichende Fehlangaben sollen hingegen nicht erfaßt sein (S. 42; vgl. auch *Seibert/Schütz*, ZIP 2004, 252, 256). Zum klareren Abstecken der Definitionsgrenzen anfechtungstauglicher Informationspflichtverletzungen schlägt *Weißhaupt*, WM 2004, 705, 711, die systematische Anbindung des § 243 Abs. 4 S. 2 E-AktG (UMAG) an die jeweils einschlägigen Ausschlußtatbestände wegen der Rüge kompensationsbezogener Informationsmängel (z.B. §§ 14 Abs. 2, 195 Abs. 2, 32, 210 UmwG) vor.

tes, schwieriges und -zigfach bearbeitetes Thema angesprochen,[838] das hier nicht ein weiteres Mal umfassend aufgegriffen werden soll. Es soll die Diskussion nur in Grundzügen nachgezeichnet und auf bestehende Wertungsprobleme hingewiesen werden.

Dem historischen Ausgangspunkt und seiner Fortentwicklung folgend,[839] bestimmt eine Auffassung die Reichweite des Auskunftsrechts allein an der Notwendigkeit der nachgefragten Information zur sachgemäßen Beurteilung der Tagesordnungspunkte. Danach bezweckt das Auskunftsrecht vornehmlich, den Aktionären jene Informationen zu verschaffen, welche diese zur sachgerechten Ausübung ihrer Rechte in der Hauptversammlung und damit in erster Linie zur Vorbereitung der Beschlußfassung benötigen.[840] Innerhalb dieser Ansicht wird sogar, entgegen dem insoweit klaren Wortlaut des § 131 Abs. 1 AktG, vereinzelt eine sehr enge Anbindung des Auskunftsrechts an die Tagesordnungspunkte zur Beschlußfassung vertreten. So soll nach *Saenger* das Auskunftsrecht überhaupt nur in bezug auf jene Tagesordnungspunkte bestehen.[841] *Zöllner* vertritt hingegen ein System der abgestuften Reichweite des Auskunftsrechts.[842] Unter Berufung auf den verfassungsrechtlich gewährten Anspruch des Aktionärs auf Rechenschaft der Verwaltung über das im Unternehmen investierte Kapital erweitert eine andere Ansicht das Auskunftsrecht um eine allgemeine Kontroll- bzw. Rechenschaftsfunktion.[843] Zur Untermauerung ihrer Position verweist diese Auffas-

838 Aus der neueren Literatur ohne Anspruch auf Vollständigkeit: *Grage*, Auskunftsecht, passim.; *Wüsthoff*, Auskunftsanspruch, S. 5 ff.; *Mutter*, Auskunftsansprüche, passim.; *Schäfer*; Auskunft über Beteiligungen, passim.; *Bälz*; Auskunftsanspruch, passim.; *Vossel*, Auskunftsrechte, passim.; *Hirte*, ZHR 167 (2003), S. 8 ff.; *Wilde*, ZGR 1998, S. 423, 440 ff.; *Geißler*, NZG 2001, 539 ff.; *Joussen*, AG 2000, 241 ff.; *Groß*, AG 1997, 97 ff.

839 Zur historischen Entwicklung des Auskunftsrechts *Ebenroth*, Auskunft, S. 7 ff.

840 BayObLG WM 1996, 119, 120 [Allianz]; BayObLG ZIP 1996, 1743, 1745 (offengelassen, ob darüber hinaus auch allgemeiner Rechenschaftsanspruch) [Münchener Rück]; *Zöllner*, in: KölnKomm-AktG, § 131 Rn 2 f.; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 7; *Saenger*, DB 1997, 145, 146; *Hüffer*, ZIP 1996, 401, 403 ff.; *derselbe*, AktG, § 131 Rn 1 f.; *Spitze*/*Diekmann*, ZHR 158 (1994), S. 447, 459.

841 *Saenger*, DB 1997, 145, 147.

842 *Zöllner*, in: KölnKomm-AktG, § 131 Rn 22. Für die Ansicht *Zöllners* kann allerdings die Erwägung ins Feld geführt werden, daß bei Tagesordnungspunkten ohne Beschlußfassung der Grad an Entscheidungssicherheit geringer ausfallen könnte und damit auch ein begrenzteres Auskunftsrecht verbunden wäre.

843 Ansätze dazu bereits in der Begründung des Regierungsentwurfs bei *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 184; BGHZ 86, 1, 19; KG ZIP 1993, 1617, 1619 f. [Siemens] = *Wenger*, ZIP 1993, 1622; KG ZIP 1995, 1585, 1587 [Allianz] = WM 1995, 1927, 1926; KG ZIP 1994, 1267, 1269 [Allianz] = WM 1994, 1479, 1483; *Ebenroth*, Auskunftsrecht, S. 4, 11 (nunmehr aber anders *Ebenroth*/*Wilken*, BB 1993, 1818, 1820); *Meilicke*/*Heidel,* DStR 1992, 72; *Joussen*, AG 2000, 241, 250; *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 259 , der die Unternehmensleitung als Treuhänderin des Aktionärs bezeichnet; *Grage*, Auskunftsrecht, S. 104 ff.; kritisch bezüglich eines Treuhandverhältnisses zwischen Aktionär und Vorstand mit der Folge einer Rechenschaftspflicht *Mülbert*, in: GroßKomm-AktG, Vor §§ 118 – 147 Rn 194. Ausdrücklich gegen eine allgemeine Rechenschaftspflicht *Spitze*/*Diekmann*,

sung auf die Begründung des Regierungsentwurfs. Dabei bleibt jedoch unbeachtet, daß dort lediglich neutral die Rechenschaftsablegung als eines von mehreren Interessen des Aktionärs genannt wird.[844] Inwieweit dieses Interesse Eingang in § 131 Abs. 1 AktG finden soll, kann man diesem Beleg hingegen nicht entnehmen.[845] Zur Begründung eines erweiterten Auskunftsrechts wird weiter angeführt, daß das Auskunftsrecht nicht nur der Durchsetzung der Mitverwaltungsrechte, sondern auch der Wahrung der Vermögensrechte (Dividendenanspruch, Anspruch auf Bezug junger Aktien und Liquidationserlös) dient.[846] Das ist zweifelsohne richtig. Fraglich erscheint nur, ob dies eine Erweiterung des Auskunftsrechts zu einem allgemeinen Kontrollrecht rechtfertigt. Dagegen spricht das besondere Kompetenzgefüge in der Aktiengesellschaft.[847] Im Gegensatz zu anderen Gesellschaftsformen ist die Kontrollkompetenz dem Aufsichtsrat als speziellem Kontrollorgan zugewiesen (§ 111 Abs. 1 AktG).[848] Darüber hinaus ist es zirkulär, von der durch die Auskunftserteilung eröffneten Möglichkeit zur Kontrolle eine Kontrollkompetenz des Aktionärs abzuleiten, um – den Kreis schließend – von dieser Kompetenz wieder auf die Reichweite des Auskunftsrechts (zurück) zu schließen.[849] Funktional wird schließlich das Auskunftsrecht nochmals in einem weiteren Sinn verstanden, wenn es über die Rechenschaftsfunktion hinaus den Aktionär in die Lage versetzen soll, sein Engagement als Kapitalanleger beurteilen zu können.[850] Weil aus der Mitgliedschaft neben den Mitverwaltungsrechten zugleich auch Vermögensrechte fließen, sollen die Aktionäre auch diesbezüglich umfassend Auskunft verlangen können. Für unmittelbar aus der Mitgliedschaft folgende Vermögensrechte (genannt werden vor allem der Dividendenanspruch und der Anspruch auf den Anteil am Liqui-

ZHR 158 (1994), S. 447, 459; *Hüffer*, AktG, § 131 Rn 2; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 11.

844 In der einschlägigen Passage heißt es: »Auf der einen Seite hat der Aktionär ein Interesse an einer möglichst umfassenden Unterrichtung. Er ist bestrebt, sich durch Fragen darüber zu vergewissern, wie der Vorstand mit dem von den Aktionären zur Verfügung gestellten Kapital gewirtschaftet hat.« (*Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 184).

845 In der Begründung des Regierungsentwurfs heißt es deshalb auch nur, daß ein Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen von Gesellschaft und Aktionär hergestellt werden muß.

846 BGHZ 119, 1, 17; *Ebenroth*, Auskunftsrecht, S. 4; *Grage*, Auskunftsrecht, S. 88 ff, 100ff.

847 *Saenger*, DB 1997, 145, 148; *derselbe*; Beschlußfassung und Kontrolle, S. 20, 106; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 12.

848 BVerfG NJW 2000, 349, 361 [Daimler-Benz AG]; *Hüffer*, ZIP 1996, 401, 404 f.

849 So aber der Begründungsansatz von *Grage*, Auskunftsrecht, S. 123 ff.; ähnlich *Vossel*, Auskunftsrechte, S. 66; kritisch insofern bereits *Hommelhoff*, ZIP 1983, 383, 384, wonach vom Informations*bedarf* auf den Informationsgehalt und nicht vom Informationsgehalt auf den Informations*nutzen* zuschließen ist; ebenso kritisch *Druey*, Information, S. 239 f.

850 KG ZIP 1993, 1618, 1619 ff [Siemens], spricht aufschlußreich vom Durchschnitts*anleger* = *Wenger*, ZIP 1993, 1622 ff; KG ZIP 1994, 1267, 1269 [Allianz] = WM 1994, 1479, 1483 und ZIP 1995, 1585, 1587 [Allianz] = WM 1995, 1927, 1929, sprechen von Aktienanalyse und Unternehmensbewertung; *Hommelhoff*, ZGR 2000, S. 748, 768; *Mülbert*, in: GroßKomm-AktG, Vor §§ 118 – 147 Rn 199 ff.; *Merkt*, Unternehmenspublizität, S. 259 ff., 323.

dationserlös) bedarf es freilich einer derartigen funktionalen Erweiterung des Auskunftsrechts nicht. Denn insbesondere Fragen zum Dividendenanspruch stehen mit den Tagesordnungspunkten »Vorlage des Jahresabschlusses«, »Gewinnverwendung« und »Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats« in engen Bezug. Diesen Tagesordnungspunkten ist die Erfassung vermögensrechtlicher Aspekte immanent. Zweifel erheben sich jedoch, ob im Rahmen der Erörterung besagter Tagesordnungspunkte über die Beurteilung mitgliedschaftlicher Vermögenspositionen hinaus die Möglichkeit zur umfassenden Anlageanalyse geschaffen werden soll.[851] Zum einen ist fraglich, ob das verfassungsrechtlich geschützte Desinvestitionsinteresse[852] des Aktionärs ein Informationsrecht zum Zwecke einer umfassenden Anlageanalyse als Annex nach sich zieht; mit Blick auf Art. 14 GG ist die Sicherstellung eines reinen Vermögensausgleich ausreichend.[853] Damit eng verbunden ist ein zweiter Gesichtspunkt: Tritt nämlich mit der Betonung der Kapitalanlegereigenschaft das Vermögensinteresse in den Vordergrund, ist es nur ein kleiner gedanklicher Schritt, sich generell, zumindest bei (Klein-)Aktionären börsennotierter Gesellschaften, in erster Linie auf den Schutz der Vermögensinteressen zu konzentrieren.[854] Es würden sich viele Streitfragen um Mitverwaltungsrechte entschärfen, sähe man den Aktionär in erster Linie als Kapital- und Finanzanleger.[855] Hinsichtlich des Informationsrechts ist der Ertrag dieser Einordnung jedoch ambivalent. Einerseits könnte in bezug auf die Ausübung von Mitverwaltungsrechten der Informationsumfang reduziert werden,[856] wenn die Wahrung der davon mittelbar betroffenen Vermögensinteressen, etwa im Rahmen eines Spruchstellenverfahrens, gesichert ist.[857] Andererseits erfordert gerade das Agieren als Kapital- und Finanzanleger

851 Dagegen *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 16; *Saenger*, DB 1997, 145, 14; *Hüffer*, ZIP 1996, 401, 403 ff.

852 Vgl. dazu BayObLGZ 1988, 371, 377; *Hüffer*, AktG, § 68 Rn 10: »Verfügbarkeit«; *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, S. 2 Rn 6; ausführlich *derselbe*, in: FS Kollhosser, 2004, S. 217, 220.

853 Vgl. BVerfGE 14, 263, 278, 283 [Feldmühle]; BVerfG WM 1999, 433, 434; BVerfG WM 1999, 435, 437; BVerfG ZIP 1999, 1436, 1439 ff. [DAT/Altana]; BGHZ 135, 374, 378 f. [Guano AG]; vgl. dazu auch *Joussen*, AG 2000, 241, 251.

854 *Röhricht*, ZGR 1999, S. 445, 474; *Joussen*, AG 2000, 241, 252; *Schiessel*, AG 1999, 442, 446; *Möllers*, ZGR 1997, S 334 ff.; *Mülbert*, Aktiengesellschaft, S. 54 ff., 97 ff., 154 ff.; *derselbe*, in: GroßKomm-AktG, Vor §§ 118 – 147 Rn 199.

855 *Röhricht*, ZGR 1999, S. 445, 475, führt in diesem Zusammenhang das Bezugsrecht des Aktionärs an.

856 Vgl. BGHZ 146, 179 ff. [MEZ] = GmbHR 2001, 200 ff = *Hirte*, ZHR 167 (2003), S. 8 ff. = EWiR § 210 UmwG 1/01, 331 [*Wenger*] = GmbHR 2001, 204 [*Kallmeyer*] = WuB II N. § 201 UmwG 1.01 [*Witt*]; BGH ZIP 2001, 412 ff. = NJW 2001, 1428 ff. [Aqua- Butzke-Werke] = WuB II N. § 201 UmwG 2.01 [*Witt*].

857 Nach *Mülbert*, in: GroßKomm-AktG, Vor §§ 118 – 147 Rn 199, soll das Aktiengesetz Eingriffe in die Mitverwaltungsrechte in den Grenzen von §§ 134, 138 BGB gegen volle Kompensation der damit einhergehenden Vermögenseinbußen zu lassen. Die Akzentuierung des Vermögensschutzes gegenüber dem Schutz der verbandlichen Mitverwaltungsrechte sei Konsequenz des gesetzgeberischen Bemühens, die Attraktivität der Anlageform Aktie zu verbessern.

umfassende und frühzeitige Information über alle kurs- und ertragsrelevanten Tatsachen, damit Aktien jeweils im günstigsten Zeitpunkt zugunsten einer rentierlicheren Anlage wieder abgestoßen werden können.[858] Insoweit wäre möglicherweise ein Informationsbedarf notwendig, der sogar über jenen zur sachgemäßen Ausübung von Mitverwaltungsrechten hinausgeht.

Mit Blick auf das rechtlich anzuerkennende Informationsbedürfnis des Aktionärs bleiben somit Fragen offen, weil die Bestimmung von Sinn und Zweck des Informationsrechts im Allgemeinen nicht zweifelsfrei vorgenommen werden kann. Darüber hinaus wird eine praktikable Bestimmung des rechtlich anzuerkennenden Informationsbedürfnisses neben den zum Teil erheblich divergierenden Ansichten zusätzlich durch die ambivalenten Auswirkungen der einzelnen Ansichten auf den Umfang des Informationsrechts des Aktionärs erschwert. Daher kann nicht generell gesagt werden, welche Deutung von Sinn und Zweck des Auskunftsrechts mehr und welche weniger Information für den Aktionär bedeutet. Bezieht man in diese Überlegungen die unterschiedlichen Aktionärstypen mit ein, potenziert sich die Problemlage.

Bei börsennotierten Aktiengesellschaften kommt aufgrund der umfassenden kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten ein Weiteres hinzu.[859] Die dabei auftretenden Integrations- und Interpretationsschwierigkeiten zeigen sich offenkundig bei der Rechnungslegung mit ihren zwei Funktionen Ausschüttungsbemessung und Anlegerinformation. Unter dem Stichwort *true and fair view*[860] (§ 264 Abs. 2 S. 1 HGB) wird diskutiert, wie ein Bogen zwischen beiden Funktionen mittels der (Um-)Interpretation der Reichweite des aktienrechtlichen Auskunftsrechts geschlagen werden kann.[861] Offen und bisher nur wenig berücksichtigt wurde die Frage, welche Auswirkungen die zunehmend umfassendere Regelung kapitalmarktrechtlicher Informationen auf den Umfang des rechtlich anzuerkennenden Informationsbedürfnisses haben. Dabei geht es nicht um die Frage, ob aktienrechtliche Informationspflichten vorab durch kapitalmarktrechtliche erfüllt werden können. Diesbezüglich bestehen keine Zweifel.[862] Vielmehr geht es um Grundsätzlicheres: Haben die kapitalmarktrechtlichen Vorgaben auch Einfluß auf den Inhalt des aktienrechtlichen Informationsteilsystems? Abwegig ist die Fragestellung zumindest für jene aktienrechtliche Ansicht nicht,[863] die den Aktionär vor allem als Kapitalanleger sieht. Dementsprechend soll nach *Hommelhoff* das

858 *Röhricht*, ZGR 1999, S. 445, 475.

859 *Hommelhoff*, ZGR 2000, S. 748, 749, spricht bei börsennotierten Aktiengesellschaften zu Recht von den drei Informationsteilsystemen Bilanz-, Aktien- und Kapitalmarktrecht.

860 Ausführlich zu diesem Prinzip *van Hulle*, in: FS Budde, 1995, S. 313 ff.

861 Vgl. *Hommelhoff*, ZGR 2000, S. 748, 754 ff.; *Kleindiek*, ZGR 1998, S. 466 ff.; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 44; *Möllers*, ZGR 1997, S. 334 ff.

862 So bereits *Hirte*, in: Das Zweite Finanzmarktförderungsgesetz in der praktischen Umsetzung, S. 47, 50 ff., der in diesen Zusammenhang auch § 15 WpHG die Funktion beimißt, eine »kontinuierliche Hauptversammlung« zu schaffen (S. 54); *derselbe*, ZHR 167 (2003), S. 8, 14 ff. und *Hommelhoff*, ZGR 2000, S. 748, 754 ff., 769 ff., die jeweils weitergehend einen Einfluß des Kapitalmarktrechts auf die aktienrechtliche Normeninterpretation bejahen; *Joussen*, AG 2000, 241, 250 f.

863 Vgl. Fn. 850 (S.197).

Auskunftsrecht mit der Zielsetzung des Kapitalmarktes harmonisiert werden.[864] Der Aktionär soll in seiner Rolle als Anleger auch in die Lage versetzt werden, sein Engagement in der Gesellschaft bewerten und mit Alternativanlagen vergleichen zu können.[865] Mit diesem Zweckzuwachs hat es aber möglicherweise nicht sein Bewenden. Denn andererseits könnte das Kapitalmarktrecht auch eine begrenzende Wirkung haben. Dazu folgende Überlegungen: Das kapitalmarktrechtliche Informationssystem dient einem erleichterten Geschäftsverkehr auf dem Kapitalmarkt, um im Sinne allokativer Effizienz das Kapital zu jenen Gesellschaften zu lenken, bei denen es am günstigsten eingesetzt den Anlegern die beste Rendite verspricht.[866] Das Informationsbedürfnis des Kapitalanlegers ist daher in dem Umfang rechtlich anzuerkennen, daß die Anleger derart informiert und abgesichert sind, daß zu keinem Zeitpunkt die Allokationseffizienz eingeschränkt ist.[867] Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber das Informationsniveau an den Kapitalmärkten stetig ausgebaut.[868] Dem Kapitalmarktrecht kann demnach die spezifische Wertung entnommen werden, in welchem Umfang ein Informationsbedürfnis der (potentiellen) Anleger in bezug auf die Wahrung ihrer Kapitalanlageinteressen anzuerkennen ist. Diese Wertung könnte auf das aktienrechtliche Informationssystem kapitalmarkt-aktiver Gesellschaften zu übertragen sein mit der Folge, daß der Aktionär – unter Betonung seiner Rolle als Kapital- und Finanzanleger – nicht mehr an Information verlangen kann, als bereits das kapitalmarktrechtliche Informationssystem gewährt. Kombiniert man dies mit der zu beobachtenden Tendenz, Verstöße gegen Informationsrechte sanktionsfrei hinzunehmen, wenn für die Wahrung der mittelbar betroffenen Vermögensinteressen Vorsorge getroffen ist,[869] könnte dies zu einer Nivellierung der aktien- und kapitalmarktrechtlichen Informationsteilsysteme führen. Diese Überlegungen wären dann auch nicht zwingend auf kapitalmarkt-aktive Aktiengesellschaften beschränkt. Denn wenn der Gesetzgeber für die Funktionsfähigkeit der Institution Kapitalmarkt ein bestimmtes Informationsniveau für ausreichend hält, kann für nichtbörsennotierte Aktiengesellschaften im Ergebnis nichts anderes gelten. In bezug auf das Kapitalanlageinteresse ist kein höheres Informationsniveau notwendig, zumal in den nichtkonzernierten und nichtbörsennotierten Aktiengesellschaften der Aktionär vielfach nicht auf die gesetzlichen Informationsmechanismen angewiesen sein wird, um über wesentlich detailliertere Informationen zu verfügen.

864 *Hommelhoff*, ZGR 2000, S. 748, 768 f.; ähnlich *Großfeld*/*Möhlenkamp*, ZIP 1994, 1425, 1426 f.; ausdrücklich gegen eine Erweiterung des aktienrechtlichen Auskunftsrechts durch ein kapitalmarktrechtliches Verständnis *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 44; einen Zusammenhang verneinend auch *Hüffer*, ZIP 1996, 401, 402.

865 *Hommelhoff*, ZGR 2000, S. 748, 768 f.

866 Nachweise aus spezifisch kapitalmarktrechtlicher Literatur bei *Hommelhoff*, ZGR 2000, S. 748, 754 Fn. 28.

867 Vgl. dazu *Behrens*, Anlegeschutz im Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, S. 81; *Hommelhoff*, ZGR 2000, S. 748, 754, 761.

868 Zu letzt durch das Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarkförderungsgesetz) vom 21.6.2002, BGBl. I, 2002, S. 2010.

869 Vgl. dazu BGHZ 146, 179 ff. [MEZ] und BGH ZIP 2001, 412 ff. = NJW 2001, 1428 [Aqua Butzke-Werke].

Zusammenfassend läßt sich somit für das rechtlich anzuerkennende Informationsbedürfnis in einer Aktiengesellschaft konstatieren, daß dem aktienrechtlichen Informationsteilsystem ein strenger Dualismus von kollektiven und individuellen Informationsrechten zugrunde liegt, der auf Befriedigung des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses des Aktionärs zielt. Nach wie vor verschwommen sind hingegen die Konturen des anzuerkennenden Informationsbedürfnisses. Hier gilt es zunächst Sinn und Zweck des Auskunftsrechts zu analysieren, um davon ausgehend die Reichweite des aktienrechtlichen Informationsteilsystems exakt bestimmen zu können. Klar ist hingegen unter der Maxime der Allokationseffizienz der Umfang des Informationsbedürfnisses, welches dem kapitalmarktrechtlichen Informationsteilsystem zugrunde liegt. Zweifelsfragen bestehen wiederum im Schnittbereich der beiden Informationsteilsysteme. In der Zukunft gilt es hier zu klären, ob und in welchem Maße das eine System Einfluß auf das andere nimmt und umgekehrt.

b. *Substituierung der Einsicht durch Publizität- und Prüfungspflichten*

Obwohl es somit an einer exakten Bestimmung des rechtlich anzuerkennenden Informationsbedürfnisses im Gesamtinformationssystem Aktiengesellschaft derzeit fehlt, kann der Nachweis der grundsätzlichen Vereinbarkeit der These vom *einheitlichen Recht auf Information* mit der grundsätzlichen Versagung eines Einsichtsrechts des Aktionärs durch die ganz herrschende Meinung geführt werden. Wie bereits angedeutet, kann nämlich in aller Regel der Aktionär auch nicht auf Grundlage der These vom *einheitlichen Recht auf Information* Einsicht in die Unterlagen der Gesellschaft verlangen.[870] Durch das umfassende und sehr fein geregelte Informationssystem wird der Aktionär umfänglich mit Information versorgt. Mit Blick auf die Bedeutung der Einsicht als Informationsmittel sind zwei Aspekte vordringlich: Anders als etwa in der oHG ist der Aktionär nicht darauf angewiesen, sich erst durch Einblick in die Geschäftsunterlagen einen sachgerechten Wissensstand zu verschaffen. Die hierzu notwendige Information wird ihm nach der Idee des Gesetzes vorrangig durch die spontanen Informationspflichten,[871] ergänzt durch das Auskunftsrecht, zur Verfügung gestellt. Unter normalen Bedingungen besteht daher überhaupt kein Anlaß zur Einsicht. Die Funktion der Einsicht, von bisher unbekannten Vorgängen Kenntnis zu erlangen, wird durch die umfassenden Berichts- und Vorlagepflichten der Verwaltung, wieder-

870 Ähnliche bereits *Ebenroth*, Kontrollrechte, S. 28, der zwar von einer grundsätzlichen Verdrängung der Einsicht durch vorrangige Informationsmittel ausgeht, es aber unter Beachtung der Kontrollfunktion keinen generellen Ausschluß jeglicher Einsichtsrechte geben kann.

871 Im vorliegenden Kontext spricht man gewöhnlich von den Publizitätspflichten oder auch den kollektiven Informationsrechten.

um ergänzt durch das Auskunftsrecht, substituiert.[872] Auslöser für den Wunsch nach Einsicht könnte trotz der umfassenden Berichts- und Vorlagepflichten jedoch das Mißtrauen in die Vollständigkeit und integre Verarbeitung der kommunizierten Daten und Fakten durch die Verwaltung sein. Angesprochen ist damit die Verifizierungsfunktion der Einsicht als zweiten Aspekt. Weil nämlich dem Aktionär Unternehmensdaten immer nur in sehr stark komprimierter Form kommuniziert werden, es mithin an Einzeldaten fehlt, ist es dem Aktionär weitgehend unmöglich, deren objektive Richtigkeit zu überprüfen.[873] Im gewöhnlichen Unternehmensverlauf dürfte neuralgischer Punkt diesbezüglich die Rechnungslegung, also der Jahresabschluß und der Lagebericht, sein. Insbesondere die in die Rechnungslegung eingehenden Ermessens- und Prognoseentscheidungen können Auslöser für ein Bedürfnis nach Überprüfung der ihnen zugrundeliegenden Werte sein. Vergleichbar ist die Situation bei Strukturentscheidungen, zu denen eine Unternehmensbewertung notwendig ist. Aufgrund der Vielzahl der Analysen und Einzelrechnungen und des prognostischen Elements der Unternehmensbewertung besteht ein erheblicher Beurteilungsspielraum, der den Wunsch nach Kontrolle der Jahresergebnisse durch Einblick in die ihnen jeweils zugrundeliegenden Aggregations– oder sogar Einzelwerte berechtigt erscheinen läßt.[874] Für die notwendige Verifizierung sorgt bei der Aktiengesellschaft jedoch ein gestuftes Prüfsystem.[875] Für die Rechnungslegung soll dies exemplifiziert werden:

aa. Beispiel: Rechnungslegung

Bei großen und mittleren Aktiengesellschaften (§ 267 HGB) sind der Jahresabschluß und der Lagebericht zunächst durch einen Abschlußprüfer zu prüfen (§ 316 Abs. 1 HGB). Inhalt und Umfang dieser Prüfung werden in § 317 HGB näher spezifiziert. Danach ist der Jahresabschluß unter Einbeziehung der Buchführung und wohl auch des Inventars

872 Bei *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 49, heißt es dazu in Fn. 166, daß das AktG das Einsichtsrecht durch Publizitätsregeln und gezielte Vorlagepflichten ersetzt; anklingend auch bei *Hommelhoff*, ZIP 1983, 383, 389 ff.

873 Vgl. zu den kommunikationstheoretischen Ursachen *Hütten*, Geschäftsbericht, S. 17 ff.

874 *Bayer*, AG 1988, 323, 325 ff. (in bezug auf die Unternehmensbewertung bei Verschmelzung).

875 Durch den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Kontrolle von Unternehmensabschlüssen (Bilanzkontrollgesetz – BilKoG) ist vor dem Hintergrund des Prüfungsrechts der BaFin gem. §§ 37n ff E-WpHG zu erwägen, ob nicht unter dem Gesichtspunkt der Initiierung einer Prüfung ein allgemeines Anzeigerecht Dritter – ähnlich dem Jedermann-Antragsrecht des § 335a Abs. 1 S. 3 1. HS HGB i.V.m. § 140a Abs. 2 FGG – zu befürworten ist. Das Prüfungsrecht nach §§ 37n ff. E-WpHG wird nur dann ein »schneidiges Schwert« gegen Bilanzmanipulationen, wenn die BaFin von entsprechenden Sachverhalten möglichst umfassend Kenntnis erlangt (etwa von Angestellten der betroffenen Unternehemen) und nicht nur durch die Prüfungsstelle des § 342b E-HGB und bei entsprechender Kenntnis auch entgegen § 37p E-WpHG handlungsbefugt bzw. gegenüber der Prüfstelle zumindest weisungsbefugt ist. Vgl. zu dem dahinterliegenden Problem der Informationsinitiierung allgmein C.IV.1.e (S. 122 ff.).

als den der Jahresabschlußerstellung zugrundeliegenden Unterlagen[876] und ggf. der Konzernabschluß auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und sie ergänzende Satzungsbestimmungen zu kontrollieren (§ 317 Abs. 1 HGB); eine Prüfung der Geschäftsführung findet hingegen nicht statt.[877] Eine den Grundsätzen ordnungsgemäßer Abschlußprüfung entsprechende Kontrolle gem. Abs. 1 erfordert nach allgemeiner Auffassung eigene Ermittlungen des Abschlußprüfers sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht. In tatsächlicher Hinsicht ist er gehalten, sich durch eigene Beobachtungen von der Zuverlässigkeit des Bestandsaufnahmeverfahrens zu überzeugen,[878] für Forderungen und Verbindlichkeiten von absoluter oder relativer Bedeutung Saldenbestätigungen heranzuziehen[879] und Vollständigkeits- bzw. Bestätigungserklärungen einzuholen.[880] Die Ermittlungen in tatsächlicher Art steuern somit der Gefahr entgegen, daß der Abschlußprüfer seine Prüfung auf Basis »frisierten« Zahlenmaterials vornimmt. In rechtlicher Hinsicht setzt die Urteilsbildung auf Seiten des Abschlußprüfers die Prüfung der Einhaltung der maßgebenden formellen und materiellen Regeln über die Rechnungslegung voraus.[881] Die formelle Überprüfung bezieht sich dabei darauf, ob der Jahresabschluß unter Beachtung der formellen Vorgaben aufgestellt worden ist.[882] In materieller Hinsicht ist der Jahresabschluß dahin zu überprüfen, ob die gesetzlichen Vorschriften und sie ergänzende Satzungsbestimmungen beachtet worden sind. Hierzu zählen insbesondere die Ansatz- und Bewertungsrechte, Rückstellungen und die Einhaltung der Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung.[883] Insbesondere die materielle Prüfung ist mithin Bindeglied zwischen den Einzeldaten und deren Zusammenfassung bis hin zum Jahresabschluß. Für den Lagebericht (gegebenenfalls auch den Konzernlagebericht) ist nach § 317 Abs. 2 HGB eine zweidimensionale »Einklangprüfung«, eine »Plausibilitätsprüfung« der Berichtsangaben sowie eine »Risikoprüfung« durchzuführen.[884] Im Rahmen der Einklangprüfung muß der Abschlußprüfer die Konsistenz des Lageberichts mit dem Jahresabschluß (1. Dimension) sowie mit seinen bei der Prüfung gewonnenen Erkenntnissen (2. Dimension) untersuchen. Es geht mithin darum, Widersprüche zwischen Lagebericht einerseits und Jahresabschluß und eigenen Erkenntnissen andererseits aufzudecken. Insbesondere bedarf es dazu der Feststellung, ob die der Prognoseerstellung zugrundeliegenden Angaben, Wirkungszusammenhänge und Qualität der Schätzung im erforderlichen Umfang erläutert wur-

876 OLG Düsseldorf BB 1996, 2614; *Fröschle*/*Förster*, in: Beck Bil-Komm, § 317 Rn 5.
877 *Zimmer*, in: Staub, § 317 Rn 7, *Fröschle*/*Förster*, in: Beck Bil-Komm, § 317 Rn 3.
878 OLG Düsseldorf BB 1996, 2614, 2615; *Ebke*, in: MünchKomm-HGB, § 317 Rn 29.
879 *Ebke*, in: MünchKomm-HGB, § 317 Rn 30, *Fröschle*/*Förster*, in: Beck Bil-Komm, § 317 Rn 181.
880 *Ebke*, in: MünchKomm-HGB, § 317 Rn 31, *Fröschle*/*Förster*, in: Beck Bil-Komm, § 317 Rn 180 ff.
881 *Ebke*, in: MünchKomm-HGB, § 317 Rn 32.
882 Ausführlich zu den formellen Regeln der Rechnungslegung *Ebke*, in: MünchKomm-HGB, § 317 Rn 33.
883 Vgl. dazu ausführlich *Ebke*, in: MünchKomm-HGB, § 317 Rn 35 ff.
884 *Zimmer*, in: Staub, § 317 Rn 9.

den.[885] Bei der Plausibilitätsprüfung geht es um die Wiedergabe einer zutreffenden Beschreibung der Lage des Unternehmens. Dabei ist insbesondere zu beachten, ob sämtliche verfügbaren Informationen einbezogen worden sind und die getroffenen Annahmen realistisch und widerspruchsfrei sind.[886] Im Rahmen der Risikoprüfung hat schließlich eine Einschätzung der zukünftigen Entwicklungsrisiken des Unternehmens zu erfolgen (§ 321 Abs. 1 HGB).[887] Die umfassenden Prüfungspflichten des Abschlußprüfers gewährleisten daher im Normalfall eine hinreichende Verifizierung der im Jahresabschluß und Lagebericht aggregiert dargestellten Unternehmensdaten.[888] Über die mit der Erteilung bzw. Versagung des Bestätigungsvermerks (§ 322 HGB) verbundene Information hinaus findet zwischen Prüfer und Aktionär kein weiterer Informationsaustausch statt. Der vom Abschlußprüfer zu erstattende umfassende Prüfbericht ist vielmehr nur für das Kontrollorgan Aufsichtsrat bestimmt (§ 321 Abs. 5 S.2 HGB, § 170 Abs. 3 AktG).[889] Der nach dem RefE-BilReG neu zu schaffende § 321a E-HGB sieht allerdings für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft oder dessen Abweisung mangels Masse in Abs. 2 ein quorenabhängiges Einsichtsrecht[890] der Aktionäre in den Prüfungsbericht des Abschlußprüfers vor.[891]

Unabhängig von einer Prüfung der Rechnungslegung durch einen Abschlußprüfer obliegt gem. § 171 Abs. 1 AktG in allen Aktiengesellschaften dem Aufsichtsrat die Prüfung des Jahresabschlusses, des Lageberichts und des Vorschlags für die Verwendung des Bilanzgewinns. Ist die Rechnungslegung der Gesellschaft zudem nach § 316 Abs. 1 HGB prüfungspflichtig, steht dem Aufsichtsrat mit dem Prüfbericht ein hervor-

885 *Zimmer*, in: Staub, § 317 Rn 16.

886 *Zimmer*, in: Staub, § 317 Rn 17.

887 *Zimmer*, in: Staub, § 317 Rn 19.

888 Kritisch mit Blick auf die Aufdeckung der Wahlmöglichkeiten bei der Bilanzierung *Möllers*, ZGR 1997, S. 334, 342.

889 Der Prüfungsbericht hat durch das KonTraG als vorstandsunabhängige Informationsquelle des Aufsichtsrat weiter an Bedeutung gewonnen. Da nach dem neu eingeführeten § 111 Abs. 2 S. 2 AktG der Aufsichtsrat und nicht mehr der Vorstand den Abschlußprüfer bestellt, wird dessen Unabhängigkeit betont sowie verdeutlicht, daß der Abschlußprüfer den Aufsichtsrat bei seiner Kontrolltätigkeit unterstützt (*M. Roth*, AG 2004, 1, 8).

890 Abs. 2 lautet wie folgt: »Bei einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien stehen den Gesellschaftern die Rechte nach Absatz 1 Satz 1 nur zu, wenn ihre Anteile bei Geltendmachung des Anspruchs zusammen den einhundertsten Teil des Grundkapitals oder einen Börsenwert von 100 000 Euro erreichen. Dem Abschlussprüfer ist die Erläuterung des Prüfungsberichts gegenüber den in Absatz 1 Satz 1 aufgeführten Personen gestattet.«

891 Die Begründung zum RegE (S. 92) legt aber nahe, daß die Regelung des § 321a E-HGB weniger dem Interesse der Aktionäre als dem des Abschlußprüfers dient. Dort heißt es nämlich zuvorderst: »Wird im Fall einer öffentlichen Diskussion, z.B. im Zusammenhang mit unerwarteten Unternehmensschieflagen, eine mangelhafte Prüfung oder Berichterstattung des Abschlussprüfers angenommen, hat der Abschlussprüfer aufgrund der gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht bislang keine Möglichkeiten, zu den in der Öffentlichkeit geäußerten Vermutungen Stellung zu nehmen.«

ragendes Informations- und Hilfsmittel[892] bei der Prüfung zur Seite. Obwohl den Aufsichtsrat gem. § 171 Abs. 1 S. 1 AktG eine selbständige Prüfpflicht trifft, geht die ganz herrschende Meinung im Anwendungsbereich des § 316 HGB von einer abgestuften Prüfintensität in Abhängigkeit von der Erteilung, Einschränkung oder Versagung des Bestätigungsvermerks aus. Im Grundsatz gilt dabei, daß die Prüfintensität von der Erteilung zur Versagung des Bestätigungsvermerks zunimmt.[893] Kann der Aufsichtsrat bei der Prüfung gem. § 171 Abs. 1 AktG auf einen Prüfbericht des Abschlußprüfers nicht zurückgreifen, weil eine Prüfpflicht nicht besteht[894] und auch eine »freiwillige« Prüfung[895] nicht in Auftrag gegeben worden ist, treffen ihn gesteigerte Prüfungspflichten.[896] Die Prüfung durch den Aufsichtsrat ist dann mit jener durch den Abschlußprüfer verwandt.[897] Daher ist die Rechnungslegung auf ähnliche Weise auf Rechtmäßigkeit und Ordnungsmäßigkeit zu überprüfen.[898] Im Gegensatz zum Abschlußprüfer hat der Aufsichtsrat die Rechnungslegung darüber hinaus immer einer Zweckmäßigkeitskontrolle zu unterziehen. Dies betrifft in erster Linie bilanzpolitische Ermessensentscheidungen und die Ausschüttungs- und Thesaurierungspolitik.[899] Wie auch der Abschlußprüfer ist der Aufsichtsrat über seine Prüfungstätigkeit und das Prüfungsergebnis berichtspflichtig. Der wesentliche Unterschied besteht beim Adressaten: Der Aufsichtsrat hat gegenüber der Hauptversammlung schriftlich Bericht zu erstatten (§ 171 Abs. 2 S 1 AktG).

Dieses (gestufte) Prüfsystem stellt in der Aktiengesellschaft sicher, daß die Rechnungslegung mit Blick auf die ihr zugrundeliegenden Einzeldaten durch den Abschlußprüfer aber auch weitgehend durch den Aufsichtsrat hinreichend überprüft wird. Darüber hinaus stellt die vom Aufsichtsrat durchzuführende Zweckmäßigkeitskontrolle die Ausübung von Ermessens- und Bewertungsspielräumen im Gesellschaftsinteresse sicher. Bei fachgerechter und sorgfältiger Wahrnehmung der Prüfungsaufgabe durch Abschlußprüfer und Aufsichtsrat besteht somit in einem ausreichenden Maße

892 *Forster*, in: FS Kropff, 1997, S. 71, 74; *Rürup*, in: FS Budde, 1995, S. 543, 553. Grundsätzlich zum Prüfungsbericht als Mittel zur Deckung des Informationsbedarfes des Aufsichtsrats *Hense*, in: FS Budde, 1995, S. 287, 290 ff.

893 *Forster*, in: FS Kropff, 1997, S. 71, 76 f., mit umfangreichen Nachweisen in Fn. 18, *Hüffer*, AktG, § 171 Rn 5, 9 f.; *Rürup*, in: FS Budde, 1995, S. 543, 549 f.

894 Gem. § 316 Abs. 1 HGB trifft die Prüfpflicht kleine Kapitalgesellschaften (§ 267 Abs. 1 HGB) nicht.

895 Eine »freiwillige« Prüfung kann beispielsweise erfolgen aufgrund: Satzungsregel, Gesellschafterwunsch oder daß der Vorstand von sich aus eine Überprüfung durch unabhängige Sachverständige wünscht (Beispiele nach *Forster*, in: FS Kropff, 1997, S. 71, 78).

896 *Forster*, in: FS Kropff, 1997, S. 71, 78.

897 *Brönner*, in: GroßKomm-AktG, § 171 Anm. 7; *Hüffer*, AktG, § 171 Rn 5.

898 Vgl. dazu *Hüffer*, AktG, § 171 Rn 3 f.; *Kropff*, in: G/H/E/K, § 171 Rn 3; *Brönner*, in: GroßKomm-AktG, § 171 Anm. 7. Unter Hinweis auf die geringere Sachkompetenz der Aufsichtsratsmitglieder ist im Detail die Prüfungsintensität streitig (vgl. dazu *Kropff*, in: G/H/E/K, § 171 Rn 4 ff.; *Hüffer*, AktG, § 171 Rn 9).

899 *Steiner*, in: AnwKomm-AktG, § 171 Rn 11 ff.; *Hüffer*, AktG, § 171 Rn 6 f., *Kropff*, in: G/H/E/K, § 171 Rn 13 f., 15.

Sicherheit über die Richtigkeit der Rechnungslegung.[900] Eine eigenständige Verifizierung durch den einzelnen Aktionär mittels Einsicht in die Unternehmensunterlagen wird damit entbehrlich, obwohl er nur Informationen auf einer sehr abstrakten Aggregierungsstufe erhält.

bb. Generalisierung

Mit diesen Feststellungen hat es allerdings nicht sein Bewenden. Vielmehr findet sich im Aktienrecht ein Regelungsmuster mit Blick auf das Bedürfnis nach Verifikation: Wesentliche Informationen müssen vorab einer Kontrolle durch einen Prüfer unterzogen werden. Dies gilt nicht nur, wie gezeigt, für den Jahresabschluß und den Lagebericht[901] als die zentralen Informationsquellen[902] auf der ordentlichen Hauptversammlung, sondern auch für wesentliche Strukturveränderungen wie Unternehmensverträge (§ 293b AktG) oder Umwandlungsverträge[903] (§ 9 Abs. 1 i.V.m. § 60 Abs. 1 UmwG, § 125 S. 1 i.V.m. § 9 UmwG). Die an verschiedener Stelle vorgesehene Möglichkeit zur Sonderprüfung gehört ebenfalls dazu.[904] Die Prüfung durch unabhängige Sachverständige stellt hier jeweils sicher, daß die Anteilsinhaber ihre Stimmrechte in den beschlußfassenden Versammlungen sachgemäß und verantwortlich ausüben können.[905] Umfassende Berichtspflichten der Prüfer über die von ihnen vorgenommene Prüfung sorgen für zusätzliche Transparenz.[906] Im Umkehrschluß wird man daher sagen müssen, daß in den übrigen Fällen der Gesetzgeber ein Verifizierungsinteresse der Aktionäre nur in geringerem Umfang anerkannt hat, dem durch die spontanen Informationspflichten in Verbindung mit dem Recht zur Auskunft Genüge getan ist. Zum Zweck

900 Die aktuelle Diskussion dreht sich vornehmlich um die Frage, ob dieses Prüfsystem auch zur Aufdeckung »kranker« Fälle hinreichend fähig ist. Im Mittelpunkt der Diskussion steht dabei vor allem die Gewährleistung einer hinreichenden Unabhängigkeit der Abschlußprüfer. Vgl. dazu kursorisch *Marx*, ZGR 2002, S. 292 ff.; *Kersting*, ZIP 2003, 233, 241 f.; *Heppe*, WM 2003, 714, 717 ff.; *S. Schmidt*, BB 2003, 779 ff.; *Westhoff*, DStR 2003, 2086 ff., 2132 ff.; aus betriebswirtschaftlicher Sicht mit Betonung auf die Informations- und Unsicherheitsprobleme in einer Geschäftsbeziehung *Schmitz*, Marketing, S. 20 ff.

901 Zur zunehmenden Bedeutung des Lageberichts als Informationsquelle und wichtiges Instrument für freiwillige Zusatzinformationen im Rahmen des *Value Reporting Kajüter*, DB 2004, 197 ff. Der RefE–BilReG sieht Änderungen der §§ 289 und 315 HGB mit dem Ziel vor, den Informationsgehalt und die Vergleichbarkeit zu verbessern (vgl. Begründung zum RefE–BilReG, S.25). Dazu werden die Berichtsinhalte erweitert (§ 289 Abs. 1 E–HGB) und ausführlicher umschrieben (§ 289 Abs. 2 Nr. 2 E–HGB). Zu den Konsequenzen für die zukünftige Gestaltung der Lageberichterstattung siehe *Kajüter*, DB 2004, 197, 199 ff.

902 *Kleindiek*, ZGR 1998, S. 466, 471.

903 Zur Kontrolle der Richtigkeit der im Verschmelzungsvertrag enthaltenen Angaben *Mayer*, in: Widmann/Mayer, § 9 Rn 23.

904 §§ 142, 315 AktG.

905 *Mayer*, in: Widmann/Mayer, § 9 Rn 16.

906 Vgl. beispielsweise §§ 171 Abs. 2, 293e AktG, § 12 UmwG.

der Verifikation ist daher jedenfalls für ein Einsichtsverlangen dann kein Platz, wenn ein funktionsfähiges Prüfsystem besteht.

Eine Verallgemeinerung des gefundenen Ergebnisses ist dahin möglich, daß die Verifizierungsfunktion der Einsicht in der Person des Informationsgläubigers entbehrlich wird, wenn durch Einschaltung eines neutralen Dritten eine hinreichende Überprüfung der Information sichergestellt wird.[907] In besonderer Weise geeignet sind dazu unabhängige, neutrale, zur Verschwiegenheit verpflichtete Sachverständige, die das Vertrauen der Gesellschafter genießen.[908] Durch die Einschaltung solcher Sachverständiger als Informationsintermediäre kann auch aus Sicht des Informationsschuldners dem Interesse an Geheimhaltung weitgehend Rechnung getragen werden. Neben der gewünschten Verifizierung generiert die Einbeziehung eines Informationsintermediäres für den Informationsgläubiger einen zusätzlichen Nutzen, weil er auf dessen – umfassenderen – Sachverstand zurückgreifen kann.[909]

c. *Zusammenfassung*

Zusammenfassend läßt sich für das Informationsrecht des Aktionärs feststellen, daß im Regelfall das Informationsmittel Einsicht durch die umfassenden spontanen Informationspflichten und den für wesentliche Entscheidungskonstellationen vorgesehenen Prüfungspflichten durch unabhängige Sachverständige oder den Aufsichtsrat substituiert wird. Neben den aufgezeigten informationsrechtlichen Argumenten spricht eine Vielzahl von faktischen Gesichtspunkten ebenso für dieses Ergebnis. Zu nennen wären die Besonderheiten von Gruppeninformationssystemen sowie die Untauglichkeit alternativer Konzepte. Unter dem Gesichtspunkt Informationssystem innerhalb einer Gruppe/Organisation muß berücksichtigt werden, daß die Befriedigung der Informationsbedürfnisse der Gruppenmitglieder durch das System optimal auf den Zweck des Gesamtsystems abgestimmt sein muß.[910] Für die Aktiengesellschaft spitzt sich dies auf die Frage zu: Wie können individuelle Kontrollrechte in einer großen Aktiengesellschaft überhaupt sinnvoll geltend gemacht werden, ohne daß die Unternehmung einer permanenten Störung ausgesetzt ist? Wie soll beispielsweise in einer Publikumsgesellschaft mit mehreren 100.000 Aktionären vernünftig die Einsichtnahme realisiert wer-

907 Zur Einschaltung Dritter in den Informationsprozeß vgl. ausführlich unter E.I.2.a.bb(3) (S. 262).

908 *Grunewald*, ZGR 1989, S. 545, 547 (Prüfer), 551 (Organ); allgemein zur Einbeziehung von Sachverständigen in den Informationsprozeß zwischen Gesellschaft und Gesellschafter *Hirte*, BB 1985, 2208 ff.; *derselbe*, in: FS Röhricht, 2005, S. 217 ff. Eine weiter Verallgemeinerung, daß die Verifikationsfunktion der Einsicht durch Sachverständigenprüfung ersetzt werden kann, findet sich in BGH NJW 1982, 573, 574 (Nebenkostenabrechnung in großer Wohnanlage).

909 Ähnlich bereits *Schilling*, in: Hachenburg, 7. Auflage, § 45 Rn 27 (Versachlichung der Einsicht).

910 *Eppenberger*, Information, S. 130; allgemein *Joussen*, AG 2000, 241, 252, unter Hinweis auf die »Verbandstheorie«.

den? Selbst bei umfänglicher Digitalisierung der Unterlagen würde dies noch einen erheblichen technischen und logistischen Aufwand erfordern.[911] Gleichwohl könnte mit fortschreitender digitaler Unternehmensdokumentation[912] zumindest bei einem kleineren Gesellschafterkreis das Argument, daß die Einsichtsgewährung durch alle Aktionäre zu einer Lahmlegung der Verwaltung und damit des Tagesgeschäfts führt, entfallen. Für andere Gesellschaftsformen gilt dies um so mehr. Übrig bliebe dann einzig der ewige Konflikt zwischen dem (berechtigten) Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft und dem umfassenden Informationsinteresse der Gesellschafter als wirtschaftliche Eigentümer der Gesellschaft. Zum anderen spricht das Fehlen sachgerechter Alternativen für die Substituierung der Einsicht durch umfassende spontane Informations- und Prüfpflichten. Denn wenn man dem einzelnen Aktionär generell die Einsicht erlauben würde, wäre ihm in aller Regel überhaupt nicht geholfen. Soweit man die Aussagen in der Literatur als richtig unterstellt, bedienen sich nämlich selbst institutionelle Anleger Dritter als Informationsintermediäre, um die verfügbaren Informationen weiter zu verarbeiten.[913] Dem Kleinanleger wird es am notwendigen Sachverstand fehlen und institutionelle Anleger werden die Ressourcen nicht aufbringen wollen, um eine der Pflichtprüfung gem. § 316 HGB oder der Prüfung durch den Aufsichtsrat (§ 171 AktG) entsprechende Verifizierung der mitgeteilten Unternehmensdaten zu erzielen.

911 Neben dem lösbaren Problem, ausreichende Serverkapazität bereitzustellen, wäre vor allem eine umfassende Sicherheitsinfrastruktur notwendig, vor allem Authentifizierungsverfahren und Schutz der Daten sowohl vor Veränderung durch berechtigte als auch unberechtigte »User«. In einer Publikumsgesellschaft würde freilich die Authentifizierungsfunktion weitgehend überflüssig werden, weil die Berechtigung durch jeden Interessierten leicht durch Erwerb nur einer Aktie zu erlangen wäre.

912 Ein rasches Fortschreiten digitaler Unternehmensdokumentation wird neben rein faktischen Gesichtspunkten (EDV und Internet) auch aus rechtlichen Gründen zu erwarten sein. Gem. § 147 Abs. 6 AO sind Unternehmen nämlich verpflichtet, der Finanzverwaltung Zugriff auf die digitale Unternehmensdokumentation zu ermöglichen. Damit findet zugleich die wichtige Standardisierung der Schnittstelle statt. Zudem ist zu erwarten, daß der nicht vollumfängliche Zugriff der Finanzverwaltung auf die Unternehmensdaten Softwarelösungen hervorbringt, die eine einfache Teilung in geheimhaltungs- und nicht geheimhaltungsbedürftige Unterlagen ermöglichen (vgl. dazu BMF BStBl. I 2001, S. 416; *Kruse*/*Tipke*, in: Tipke/Kruse, Stand: Februar 2002, § 147 Rn 71 ff.). Ebenso wird eine zunehmende Digitalisierung im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2003/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 68/151/EWG des Rates in bezug auf die Offenlegungspflichten von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen vom 11.6.2003 zu erwarten sein. Artikel 1 Punkt 3 dieser Richtlinie sieht nämlich die Einführung elektronischer Register bis 1.1.2007 vor. Zudem kann nach Artikel 3 Absatz 2 S. 3 der geänderten Richtlinie 68/151/EWG für alle oder bestimmte Unternehmen die Einreichung der Unterlagen in elektronischer Form vorgeschrieben werden. Schließlich schreibt bereits heute § 63 Abs. 8 BörsO-FWB die Übermittlung des Quartalsberichts an die Zulassungsstelle in elektronischer Form vor.

913 *Hommelhoff*, ZGR 2000, S. 748, 761.

Auch wenn in letzter Zeit intensiv über die Qualität dieser Prüfungen mit Blick auf Bilanzskandale wie Enron, Comroad, Flotex oder Worldcom diskutiert wird, darf nicht übersehen werden, daß neben der unsachgerechten Prüfungstätigkeit auch in erheblichem Maße eine bewußte Manipulation der Bilanzen durch die Verwaltung stattgefunden hat. Wo aber die Unterlagen absichtlich gefälscht oder vernichtet sind, hilft auch ein Einsichtsrecht des einzelnen Aktionärs zur Aufklärung/Verifizierung nicht weiter. Die wirksame Begegnung derartiger Manipulationen ist nur bedingt an die vorliegende Fragestellung gekoppelt. Dabei ist zu bezweifeln, daß es eine bessere Alternative zum jetzigen Modell unter dem Gesichtspunkt hinreichender Aktionärsinformation gibt. Ausreichend aber auch notwendig ist es daher, das bisherige Prüfsystem zu verbessern und seine offenkundigen Defizite zu beseitigen. Im Vordergrund muß dabei die Unabhängigkeit des Abschlußprüfers als Gradmesser der Qualität der Abschlußprüfung und die Prävention gegen Bilanzmanipulationen stehen. Einen ersten Schritt hat die Bundesregierung mit der Umsetzung der Punkte 4, 5 und 6 ihres sogenannten 10-Punkte-Programms »Unternehmensintegrität und Anlegerschutz« durch den Entwurf eines Bilanzrechtsreformgesetzes zur Fortentwicklung der Rechnungslegungsvorschriften sowie zur Qualitätssicherung der Abschlußprüfung (Bilanzrechtsreformgesetz – BilReG) und den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Kontrolle von Unternehmensabschlüssen (Bilanzkontrollgesetz – BilKoG) unternommen. Das BilReG widmet sich dabei der Unabhängigkeit und Stärkung der Rolle des Abschlußprüfers insbesondere durch die Neufassung des § 319 E-HGB und die Einfügung eines neuen § 319a E-HGB.[914] § 319 E-HGB enthält in Abs. 2 nunmehr eine Generalklausel,[915] die regelt, in welchen Fällen persönliche, finanzielle und geschäftliche Beziehungen zwischen dem Wirtschaftsprüfer oder einer diesem nahestehenden Person einerseits und der zu prüfenden Gesellschaft oder einem an dieser beteiligten Unternehmen andererseits zum Ausschluß von der Bestellung zum Abschlußprüfer führen. Im nicht abschließenden Beispielkatalog des Abs. 3 werden Fälle genannt,[916] die immer zu einer Inkompatibilität des Abschlußprüfers führen.[917] § 319a E-HGB enthält schließlich zwingende Inkompatibilitätsbestimmungen aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeit des Abschlußprüfers vom zu prüfenden Unternehmen (Nr. 1), der Gefahr der In-Sich-Kontrolle wegen anderweitiger Mandatierung durch das zu prüfende Unternehmen (Nr. 2 – 3) oder eines zu engen, die gebotene kritische Objektivität beeinträchtigendes Vertrauensverhältnis aufgrund langjähriger Abschlußprüfung (Nr. 5). Mit § 319a E-HGB, der verschärfte Unabhängig-

914 Vgl. Begründung RegE–BilReG, S. 39.

915 Die Begründung RegE–BilReG, S. 77, spricht von »Grundregel«. Methodisch dürfte es sich allerdings um eine Generalklausel handeln, die durch die Regelungen der §§ 319 Abs. 3, 319a E–HGB konkretisiert und ausgestaltet wird, für andere unbenannte Fälle aber offen ist. So dann auch die Begründung RegE–BilReG, S. 78. *Veltins*, DB 2004, 445, 448, sieht in Abs. 2 einen Auffangtatbestand, der eine »Brücke« zu § 318 Abs. 3 HGB schlagen soll.

916 Vgl. Begründung RegE–BilReG, S. 78.

917 Nach der Begründung RegE–BilReG, S. 54 dienen der Katalog des § 319 Abs. 3 und § 319a E–HGB einer hinreichenden Rechtssicherheit, ohne zugleich sich abschließend auf bestimmte Sachverhalte festzulegen.

keitsregelungen für Unternehmen, die den organisierten Kapitalmarkt i.S.v. § 2 Abs. 5 WpHG in Anspruch nehmen, trägt der Gesetzgeber den höheren Anforderungen an die Unabhängigkeit der Abschlußprüfer dieser Unternehmen im Hinblick auf das besondere öffentliche Interesse und dem großen Kreis der an einem Abschluß interessierten Personen Rechnung.[918] Durch diesen Maßnahmenkatalog kann die Unabhängigkeit gestärkt werden, die als wesentlicher Gradmesser für die Objektivität und Integrität des Abschlußprüfers anzusehen ist.[919] Flankiert werden die Maßnahmen zur Unabhängigkeit durch die Einführung eines zweistufigen Enforcement-Verfahrens durch die §§ 324a ff. E-HGB und §§ 37 n ff. E-WpHG durch das BilKoG. Ziel des Entforcement-Verfahrens ist die Verhinderung von Bilanzmanipulationen kapitalmarktorientierter Unternehmen mittels präventiver stichprobenartiger oder verdachtsabhängiger Kontrolle durch ein anerkanntes privatrechtliches Fachgremium (§ 324a Abs. 1 E–HGB). Auf dieser ersten Prüfungsstufe ist die Mitwirkung der Unternehmen frei; im Mittelpunkt steht die einvernehmliche Fehlerbeseitigung. Erst wenn auf dieser Stufe keine Einigkeit zu erzielen ist, kann die BaFin die Prüfung und Berichtigung der Rechnungslegung durch Verwaltungsakt anordnen (§ 37o Abs. 1 S. 1 E-WpHG). Werden dabei Fehler festgestellt, kann die BaFin das betreffende Unternehmen zur Abhilfe verpflichten (§ 37q Abs. 1. S. 2 E-WpHG) und muß die Bekanntmachung des Fehlers durch das Unternehmen anordnen (§ 37q Abs. 2. S. 1 E-WpHG). Gleichwohl wird auch der neue Maßnahmenkatalog seine natürlichen Grenzen erfahren.

918 *Veltins*, DB 2004, 445, 447.
919 Begründung RegE–BilReG, S. 50.

IV. Zweifelsfragen

Die Exemplifizierungen am Beispiel des Informationsanspruchs des Handelsvertreters und des Aktionärs haben gezeigt, daß die These vom *einheitlichen Recht auf Information* durchaus *de lege lata* Geltung beanspruchen kann. Die radikale Neuausrichtung des Informationsverständnisses durch die These vom *einheitlichen Recht auf Information* und deren Geltungsanspruch als umfassende und einheitliche Dogmatik der Informationsansprüche offenbart jedoch Widersprüche im System, die bisher durch die zusammenhanglose Betrachtung der einzelnen Informationsansprüche und Informationsmittel verdeckt geblieben sind. Mithin stellt sich die Frage, ob über die genannten Beispiele hinaus die These vom *einheitlichen Recht auf Information* mit dem Gesetz in Einklang steht oder ob sie nur *de lege ferenda* einen Geltungsanspruch erheben kann. Unabhängig von der Antwort auf diese Frage ist es Aufgabe künftiger Gesetzgebung, Informationsansprüche unter Beachtung der These vom *einheitlichen Recht auf Information* zu formulieren, und dabei den Schwerpunkt in einer möglichst exakten Bestimmung des zu befriedigenden Informationsbedürfnisses zu sehen. Derzeit sind gesetzliche Regelungen hingegen überwiegend noch an einem formalen Informationsverständnis ausgerichtet und beschränken dementsprechend das Informationsrecht auf die im Gesetz genannte Erfüllungshandlung. Mit Hilfe der These vom *einheitlichen Recht auf Information* kann in diesen Fällen *de lege lata* der Erfüllung des Informationsbedürfnisses Rechnung getragen werden. Dem stehen nicht die Grenzen der Norminterpretation entgegen, wenn, nach dem scheinbar eindeutigen und klaren Wortlaut der Norm, der Informationsanspruch auf ein bestimmtes Informationsmittel beschränkt ist. Die bisherige Praxis versucht sich der klaren Normanordnung durch Berufung auf den allgegenwärtigen Gedanken aus Treu und Glauben zu entziehen.[920] Durch die Anwendung der These vom *einheitlichen Recht auf Information* erübrigt sich der Rückgriff auf § 242 BGB. Wie noch weiter im Detail zu zeigen sein wird,[921] ist die Benennung nur eines Informationsmittels durch die Information gewährende Norm nicht dahin zu interpretieren, daß andere Informationsmittel partout ausgeschlossen sind. Der Normbefehl lautet vielmehr nur, daß die Informationspflicht zunächst mit der ausdrücklich benannten Informationsform zu bewirken ist.

Nachfolgend werden Rechtsprechung und Literatur kursorisch auf für- und widersprechende Aussagen der hier angeschlagenen These untersucht. Die Interpretation der einschlägigen Fundstellen ist allerdings mit erheblichen Unwägbarkeiten verbunden, weil die angeschlagene These naturgemäß nicht berücksichtigt werden konnte. Aufgabe und Ziel kann es damit nur sein, die Beweggründe der einzelnen Ausführungen mit jenen zu vergleichen, die zur Formulierung der These vom *einheitlichen Recht auf*

920 Vgl. etwa BGH DB 1971, 1416 f., wo trotz der Verneinung der Voraussetzungen des § 810 BGB ein Einsichtsrecht aus § 242 BGB angenommen wird.

921 Vgl. dazu ausführlich unter D.V.1 (S. 217 ff.).

Information geführt haben, um anhand derer Rückschlüsse hinsichtlich eines Für oder Wider zu ziehen.

1. Rechtsprechung

a. *Ablehnend*

Gesichtspunkte, die gegen die These vom *einheitlichen Recht auf Information* sprechen, finden sich überwiegend in der älteren Rechtsprechung. So lehnt beispielsweise BGHZ 92, 62, 65 f. [Dampffrisierstab II] einen Anspruch auf Nachprüfung der Rechnungslegung durch einen Wirtschaftsprüfer ab, obwohl Zweifel an deren Richtigkeit bestanden. Zur Begründung führt der X. Zivilsenat aus, daß »als einzige abschließende und erschöpfende Sanktion zur Sicherstellung der Richtigkeit und Vollständigkeit der mitgeteilten Rechnung § 259 Abs. 2 BGB die Abgabe einer Versicherung an Eides Statt vor[sieht], wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind.«[922] Der Wortlaut des § 259 Abs. 2 BGB spricht für die Ansicht des Gerichts. Bedenken erheben sich aber aus zwei Gründen: Erstens ist es bereits verfehlt, die Verifikation von Auskunft/Rechnungslegung nur mit Mitteln der Sanktion zuzulassen. Zweitens und wohl entscheidend ist die Nachprüfung durch einen zur Verschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer für den Gläubiger und den Schuldner vielfach das geeignetere und mildere Mittel.[923] Denn bei der eidesstattlichen Versicherung darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Informationsgewinn für den Gläubiger eher gegen Null tendiert;[924] demgegenüber muß der Schuldner mit strafrechtlichen Sanktionen rechnen, obwohl er selbst nicht über die notwendigen Kenntnisse verfügt.[925] Aber auch wenn er über die notwendigen Kenntnisse verfügt, bringt ihn das Verlangen nach einer eidesstattlichen Versicherung in ein Dilemma,[926] welches er geneigt sein wird unter opportunistischen Gesichtspunkten zu Lasten des Gläubigers zu lösen. Gegen die

922 BGHZ 92, 62, 65 f.
923 Im Ergebnis so auch die Vorinstanz.
924 Vgl. zum unzureichenden Informationswert der Versicherung an Eides Statt BGHZ 55, 201, 204.
925 BGHZ 55, 201, 204.
926 Das Dilemma für den Schuldner besteht darin, daß er egal wie er sich verhält, mit rechtlichen Konsequenzen rechnen muß. Er kann erstens zugeben, die zunächst erteilten Informationen waren falsch. Damit setzt er sich möglichen Schadenersatzansprüchen aus. Zweitens könnte er auch die eidestattliche Versicherung verweigern. Darin würde man dann wohl aber auch ein mittelbares Eingeständnis im Sinne der ersten Variante sehen können/müssen. Weitere Informationsverlangen wären die Folge. Drittens könnte der Schuldner schließlich die Versicherung an Eides Statt abgeben, in: der – meist wohl berechtigten – Hoffnung, daß die Unwahrheit nicht zu Tage kommt.

These vom *einheitlichen Recht auf Information* könnten auch die Ausführungen in BGHZ 55, 201, 205 sprechen. Zur Verneinung einer grundsätzlichen Subsidiarität der eidesstattlichen Versicherung gegenüber dem sich aus § 810 BGB ergebenden Recht auf Bucheinsicht führt der VIII. Zivilsenat nämlich aus: »Vielmehr steht dem Gläubiger, solange der Gesetzgeber ihm beide Hilfsansprüche ohne Anordnung eines Rangverhältnisses zubilligt, grundsätzlich - von der noch zu erörternden Frage des Rechtsschutzinteresses abgesehen - die Entscheidung darüber zu, welchen Anspruch er als seinen Interessen am besten entsprechend vorrangig geltend machen will.«[927] Der BGH geht damit davon aus, daß zwei separate Ansprüche (»beide Hilfsansprüche«) bestehen. Im Umkehrschluß könnte daher zu folgern sein, daß sich die Frage nach einem Rangverhältnis gar nicht erst stellt, wenn es nur einen Hilfsanspruch gibt, weil damit auch nur ein Anspruch auf ein ganz bestimmtes Informationsmittel besteht, während die nicht genannten Informationsformen von vornherein ausgeschlossen sind.

b. *Zustimmend*

Zustimmende Rechtsprechung im Sinne einer Bejahung der These vom *einheitlichen Recht auf Information* gibt es wegen der Natur der Sache nicht. Gleichwohl finden sich in dem einen oder anderen Urteil Ausführungen, die – die Kenntnis von der hier angeschlagenen These unterstellt – zumindest in die hier vorgeschlagene Richtung weisen. In BGHZ 126, 109, 115 heißt es beispielsweise, daß der Erfinder einen Anspruch auf Auskunftserteilung hat, die auch eine Pflicht zur Rechnungslegung nach § 259 BGB zum Inhalt haben kann.[928] Grund soll die andernfalls bestehende Unfähigkeit des Erfinders sein, die Höhe eventuell gezahlter Vergütungsbeträge zu überprüfen und den Umfang seiner Vergütungsansprüche zu berechnen oder zumindest das Bestehen eines Vergütungsanspruchs festzustellen. BGHZ 110, 30, 34 f. [Marder] führt im gleichen Zusammenhang aus, daß dem Erfinder neben den zur Berechnung seines Anspruchs notwendigen Auskünften auch die Unterlagen zur Einsicht zur Verfügung zu stellen sind, die erforderlich sind, damit er die gegebenen Auskünfte überprüfen kann. In der Entscheidung vom 21.2.2002 bestätigt der BGH den Verifizierungsaspekt der Einsicht gegenüber der Auskunft und führt aus, »…dem Gläubiger [wird] erst durch die Einsicht in die Einkaufs- oder Verkaufsbelege ermöglicht, die Verläßlichkeit der Auskunft zu überprüfen.«[929] Wertungen für die These vom *einheitlichen Recht auf Information* finden sich auch in einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1971. Dem um Einsicht ersuchenden Vergleichsgarant billigte der BGH in diesem Urteil zwar ein solches Recht im konkreten Fall nicht zu, führte aber aus, daß dem allgemein aus § 242 BGB ableitbaren Recht auf Einsicht quasi als Minus zumindest ein Auskunftsanspruch zu

927 BGHZ 55, 201, 205.

928 Ebenso BGH ZIP 2003, 2030, 2033 [Apollo-Optik], der im konkreten Fall alerdings einen Anspruch auf »Rechenschaft« ablehnte, weil dem Informationsbedürfnis des Gläubigers durch die zuvor erteilte Auskunft bereits hinreichend Genüge getan worden ist.

929 BGH GRUR 2002, 709, 712 [Entfernung der Herstellungsnummer III].

entnehmen sei.[930] In bezug auf ein Auskunftsrecht des oHG-Gesellschafters oder des Kommanditisten ist inzwischen allgemein anerkannt, daß dem Informationsrecht aus § 118 bzw. § 166 HGB dann die Auskunft als Informationsmittel immanent ist, wenn die Einsicht nicht zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses führt.[931] Bei den unterinstanzlichen Gerichten finden sich ebenso Urteile, die im Ergebnis für die hier angeschlagene These sprechen. Vor allem im Zusammenhang mit familienrechtlichen Auskunftsansprüchen ist anerkannt, daß diese nicht auf die bloße Auskunft beschränkt sind, sondern gegebenenfalls auch Einsicht in die entsprechenden Unterlagen verlangt werden kann. Dem Wortlaut der einschlägigen Normen zufolge ist dies nicht selbstverständlich, weil lediglich von der Auskunftspflicht des Verpflichteten die Rede ist, obwohl das BGB sehr wohl zwischen Auskunft und Einsicht unterscheidet, wie neben §§ 666 und 810 BGB auch § 1799 Abs. 2 BGB zeigt. So soll beispielsweise der auskunftsberechtigte Erbe gem. § 2314 BGB nicht nur Auskunft über den Wert des Unternehmens oder der Unternehmensbeteiligung verlangen können, sondern darüber hinaus auch die Vorlage der Geschäftsunterlagen fordern können, die er benötigt, um die Ermittlung jener Werte selbst vornehmen zu können.[932] Ebenso sollen aus § 1605 Abs. 1 BGB nicht nur Auskunft und gegebenenfalls Vorlage von Bilanzen – Abs. 1 S. 2 spricht in diesem Zusammenhang von Vorlage entsprechender Belege – gefordert werden können, sondern darüber hinaus auch Einsicht in die Unternehmensunterlagen.[933] Ebenso soll der Auskunftsanspruch der Eigentümerversammlung aus §§ 666, 675 BGB das Recht zur Einsicht in die Buchführungsunterlagen und Ausgabebelege des Verwalters mit umfassen.[934]

c. *Zusammenfassung*

Die genannten Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen ein sehr ambivalentes Bild in bezug auf die angeschlagene These. Es finden sich sowohl Urteile, die für, als auch solche, die gegen die These sprechen. Dieser Befund ist freilich wenig überraschend, weil in der Rechtsprechung und Wissenschaft nur vereinzelt das Bemühen zu erkennen ist, allgemeingültiger Aussagen in bezug auf die Erfüllung von Informationspflichten zu formulieren. Rechtsprechung und Wissenschaft beschäftigen sich vornehmlich mit der Frage nach der Anspruchsgrundlage und haben vor allem da wertvolle Systemati-

930 BGH DB 1971, 1416, 1417.

931 Vgl. dazu bereits ausführlich unter D.III (S. 183).

932 BGH FamRZ 1980, 37, 68; OLG Naumburg FamRZ 2001, 1303, 1304.

933 BGH FamRZ 1982, 680, 681 m.w.N. zur ständigen Rspr.; einschränkend OLG Stuttgart FamRZ 1991, 84, 85, wonach die Pflicht zur Vorlage von Unterlagen nicht auf ein Kontrollrecht hinauslaufen darf, wie es nur den Gesellschaftern zusteht.

934 BayObLG WuM 1990, 464, 466; *Bassenge*, in: Palandt, § 28 WEG Rn 10; KG NJW 1989, 532, weist darauf hin, daß vom Einsichtsrecht Privatunterlagen, die lediglich zur Vorbereitung der Tätigkeit des Verwalters dienen, nicht erfaßt werden. Den Grund sah das KG im entschiedenen Fall aber zumindest auch darin, daß ein dahingehendes Informationsbedürfnis mangels Vorlage von Protokollen und Niederschriften nicht anzuerkennen war.

sierungsarbeit geleistet. Soweit den Urteilen zustimmende Wertungsgesichtpunkte entnommen werden können, belegen sie das Bestreben, der Befriedigung eines rechtlich anzuerkennenden Informationsbedürfnisses in möglichst weitem Umfang Rechnung zu tragen. Zu diesem Zweck werden auch jene Informationsmittel einbezogen, die von der Anspruchsgrundlage nicht explizit genannt werden.

2. Schrifttum

Für die Betrachtung der Literatur ist die Ausgangssituation ähnlich der der Rechtsprechung. Neben den schon vertieft erörterten Ansichten von *K. Schmidt* und *Stürner*, die sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung erhebliche Gemeinsamkeiten mit der These vom *einheitlichen Recht auf Information* aufweisen, finden sich weitere Stellungnahmen vor allem im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum.[935] Aufbauend auf der Figur des Stammrechts auf Information kann es dahin zusammengefaßt werden, daß sich in diesem Bereich weitgehend die Erkenntnis durchgesetzt hat, daß die einzelnen Informationsmittel nur Teile eines Ganzen sind und nicht separat für sich betrachtet werden dürfen, weil sie sich gegenseitig ergänzen und damit jeweils die »Unzulänglichkeiten« des anderen ausgleichen.[936]

Zu § 259 BGB führt *Ikels* aus, daß dieser keine Sperrwirkung hinsichtlich solcher Angaben entfalten kann, die im Zusammenhang mit der Verwaltung fremden Vermögens stehen.[937] Die textliche Begrenzung könne nicht maßgeblich sein;[938] vielmehr sei der Begriff der Rechnungslegung nach Sinn und Zweck auszulegen. Daraus folgert er, daß § 259 BGB nur den Mindestgehalt einer jeden Rechnungslegung festlegt,[939] jedoch bei Notwendigkeit weiterer Informationen z.B. die Pflicht zur Erläuterung der Rechnungslegung zu begründen vermag.[940]

Unscharf fällt die Einordnung der Stellungnahmen in der Kommentarliteratur zu den §§ 259 ff. BGB aus. Die Einordnung der Auskunft als Teilmenge der Rechenschaftspflicht[941] ist einerseits erkennbar von dem Bestreben gekennzeichnet, entgegen dem Wortlaut andere Informationsmittel nicht *per se* auszuschließen; methodisch bedient man sich dazu des Arguments *a maiore ad minus*. Ebenso soll die Pflicht zur Vorlage eines Bestandsverzeichnisses entfallen, wenn sich der Berechtigte auf einfacherere Art

935 Eine Ausnahme macht insoweit wiederum *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 119 f.

936 Vgl. Nachweise in Fn. 702 sowie BGHZ 146, 179, 184 [MEZ]; *Bunte*, Informationsrechte, S. 143 ff.; *Kropff*, NZG 2003, 346, 350, der § 111 Abs. 2 S. 1 AktG als allgemeinen Ausdruck eines umfassenden Informationsrechts versteht.

937 *Ikels*, Rechnungslegung, S. 125.

938 *Ikels*, Rechnungslegung, S. 126.

939 *Ikels*, Rechnungslegung, S. 128, 149.

940 *Ikels*, Rechnungslegung, S. 128 f.

941 *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 260 Rn 8; *Wolf*, in: Soergel, § 260 Rn 1.

und Weise (Einsicht in die Unterlagen der Staatsanwaltschaft) die entsprechenden Kenntnisse verschaffen kann.[942] Dies spräche jeweils für die hier vertretene These. Andererseits stellt man insbesondere bei der Leistungserfüllung nach Vorgabe der §§ 259 f. BGB auf formale Kriterien ab. Mithin steht nicht die Befriedigung eines bestimmten Informationsbedürfnisses, sondern die Vornahme einer bestimmten Leistungshandlung im Mittelpunkt der Leistungserfüllung.[943] Dies widerspräche dem Verständnis vom *einheitlichen Recht auf Information*, weil die Leistungserfüllung nicht durch Vornahme einer formalen Leistungshandlung, sondern nur durch Befriedigung des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses eintritt.

3. Zusammenfassung

Die Auswertung der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur hat keine Gesichtspunkte zu Tage gefördert, die zwingend gegen die These vom *einheitlichen Recht auf Information* sprechen. Ganz im Gegenteil finden sich vor allem in der jüngeren Vergangenheit wiederholt Ausführungen, die in Richtung der hier vorgeschlagenen These weisen. Bemerkenswert ist dabei besonders die Tatsache, daß der namentlichen Beschränkung des Informationsanspruchs auf ein bestimmtes Informationsmittel nur in der Weise Bedeutung zugemessen wird, daß die übrigen nur subsidiär zur Anwendung kommen können.

942 *Selb*, in: Staudinger, § 260 Rn 15.
943 *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 24; *Selb*, in: Staudinger, § 259 Rn 16 und § 260 Rn 16.

V. Wahl des Informationsmittels

Mit Hilfe der These vom *einheitlichen Recht auf Information* ist es möglich, den Wechsel von einem Informationsmittel[944] zu einem anderen im Rahmen der Informationserfüllung widerspruchsfrei zu erklären. Nachdem in den vorangegangenen Abschnitten die theoretischen Grundlagen erarbeitet und anhand derer die These vom *einheitlichen Recht auf Information* abgeleitet worden ist, steht nunmehr die praktische Umsetzung im Blickfeld der weiteren Ausführungen. Nach der Kernaussage der These sind jedem Informationsanspruch alle Informationsmittel immanent. Weil nicht alle Informationsmittel zum Zwecke der Leistungserfüllung zeitgleich zum Einsatz kommen können, bedarf es klarer Kriterien, die im Einzelfall eine interessengerechte Bestimmung der zeitlichen Reihenfolge der Informationsformen ermöglichen. Mithin geht es um die Ausarbeitung der Kriterien der zweiten Stufe des anderenorts[945] bereits eingeführten Zweistufenmodells zur Konkretisierung der Leistungsform informationsrechtlicher Sachverhalte. Fast von selbst versteht sich dabei, daß Zentralanliegen eine gerechte Abwägung der widerstreitenden Interessen von Schuldner und Gläubiger sein muß. Denn auch die These vom *einheitlichen Recht auf Information* ändert nichts an der Grundsituation, daß der Schuldner in der Regel möglichst wenig Information preisgeben will, der Gläubiger aber möglichst viel Information erhalten möchte. Um diesem Interessengegensatz hinreichend Rechnung tragen zu können, bietet sich eine differenzierte Betrachtung der einzelnen Problemschichten an. Zur Minimierung des dabei auftretenden Widerspruchs zwischen Einzelfallgerechtigkeit einerseits und der zwangsweise notwendigen Abstrahierung einer allgemeingültigen Ausarbeitung andererseits wird wie folgt differenziert vorgegangen: Zunächst werden jene Normen näher untersucht, die ein bestimmtes Informationsmittel vorgeben (1.). Anschließend werden unter 2. Kriterien ausgearbeitet, anhand derer die Auswahl bei fehlender Benennung der primären Informationsform bzw. bei Nichtbefriedigung des Informationsbedürfnisses durch diese vorzunehmen ist.

1. Vorgabe durch die Information gewährende Norm

Unproblematisch ist zumindest die Ausgangssituation, wenn der Information gewährenden Norm selbst zu entnehmen ist, welches Informationsmittel sie unter Abwägung der widerstreitenden Interessen für das geeignetste zur Befriedigung des rechtlich an-

944 Synonym soll auch von Informationsform oder nur Form gesprochen werden.
945 Siehe dazu bereits oben unter C.V.1 (S. 159 ff.).

erkannten Informationsbedürfnisses hält.[946] Der Gesetzgeber hat dem Normunterworfenen in diesen Fällen die Entscheidung zwischen den widerstreitenden Interessen für den Augenblick abgenommen. Der Schuldner hat sich zunächst dieser Form zu bedienen; der Gläubiger muß sich vorerst auf dieses Informationsmittel verweisen lassen. Im Regelfall sollte auf diese Art und Weise eine Leistungserfüllung möglich sein, weil das rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis allein durch diese Form der Leistungserbringung befriedigt werden kann. Zu beachten ist dabei, daß die gesetzliche Wertung zwingend ist. Dem Schuldner steht es somit nicht frei, auf ein anderes Informationsmittel auszuweichen, weil es ihm in der konkreten Situation günstiger erscheint.[947] Anderenfalls könnte der Schuldner nämlich versucht sein, den mit der Informationsform verbundenen Gesichtspunkt der Verarbeitungslast zu umgehen. Zu diesem Problem findet sich bei *Eppenberger* ein sowohl praxisrelevantes als auch treffendes Beispiel:[948] Dem der Hauptversammlung berichtspflichtige Vorstand kann es unter dem Gesichtspunkt der Leistungserfüllung nicht gestattet werden, die Mangelhaftigkeit seiner Berichte durch Ergänzungen in der Hauptversammlung nachträglich zu beseitigen. Nicht nur, daß die Zuweisung der Verarbeitungslast in der Hauptversammlung eine ganz andere ist als bei den schriftlich abzufassenden Berichten; entscheidend ist vor allem, daß der Gesichtspunkt der Informationsinitiierung bei jenen Aktionären nicht mehr zu verwirklichen ist, die der Hauptversammlung aufgrund der (unerkannt) unzureichenden Berichte fern geblieben sind.[949] Eine Erfüllungswirkung ist damit zumindest gegenüber diesen Aktionären nicht mehr möglich.[950]

Eine Änderung der Situation tritt ein, wenn – entgegen der gesetzlichen Annahme – das Informationsbedürfnis des Gläubigers durch das vom Gesetz vorgegebene Infor-

946 § 118 HGB, § 810 BGB (Einsicht); §§ 312c Abs. 2, 536c Abs. 1 S. 1, 666 1. Alt. BGB (spontane Informationspflichten); §§ 666 2. Alt. BGB, 1605 Abs. 1 S. 1, 2314 Abs. 1 S. 1 BGB, § 131 Abs. 1 AktG (Auskunft).

947 *Eppenberger*, Information, S. 134; im Ergebnis ebenso BGH AG 1987, 344, 347 f. = ZIP 1987, 1239, 1244; OLG Düsseldorf AG 1992, 34, 35 = WM 1991, 2148, 2152, wenn es darauf hinweist, daß sich der Aktionär bei seinem Recht aus § 131 Abs. 1 AktG »sich grundsätzlich nicht auf eine schriftliche Beantwortung seiner Fragen oder auf die Vorlage von Unterlagen verweisen zu lassen braucht.« Zustimmend *Heidel*, in: AnwKomm-AktG, § 131 Rn 23 f.; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 93; *Henze*, Aktienrecht, F II 1 Rn 828 (S. 310); andeutend auch BGHZ 101, 1, 16.

948 *Eppenberger*, Information, S. 134 f.

949 *Eppenberger*, Information, S. 134.

950 Aber auch gegenüber den anwesenden Aktionären kann eine Erfüllungswirkung nicht angenommen werden. Denn das Recht auf Information in der Hauptversammlung ist – als Konsequenz der Verobjektivierung des maßgeblichen Empfängerhorizonts – nicht nur ein Recht auf individuelle Information sondern auch ein Recht auf Unterrichtung des Kollektivs (so bereits ausführlich *Zöllner*, in: KölnKomm-AktG, § 131 Rn 3, 81; *Eppenberger*, Information, S. 126 ff.; *Kubis*, in: FS Kropff, 1197, S. 171, 182; *derselbe*, in: MünchKomm-AktG, § 131 Rn 4, 27; **a.A.** *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 107 m.w.N. über den Streitstand; *Heidel*, in: AnwKomm-AktG, § 131 Rn 20, wenn er davon ausgeht, daß die Beantwortung einer Auskunft auch nach der HV schriftlich gegenüber dem *fragenden Aktionär* nachgeholt werden kann.).

mationsmittel nicht befriedigt werden kann. Die Gründe dafür sind vielfältiger Natur, spielen für die weitere Untersuchung jedoch insoweit keine Rolle, als sie ihre Ursache nicht in der Person des Schuldners oder Gläubigers haben. Die Reihenfolge der Informationsmittel ist in einem solchen Fall entsprechend den nachfolgend dargestellten Kriterien zu bestimmen.

2. Fehlende Vorgaben durch die Information gewährende Norm

Enthält die Information gewährende Norm keine Aussage über das primäre Informationsmittel zur Leistungsbewirkung, oder konnte durch die vorgegebene Form das Informationsbedürfnis noch nicht befriedigt werden, gilt es nunmehr Kriterien zu finden, in welcher zeitlichen Reihenfolge in derartigen Konstellationen die Informationsmittel zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses herangezogen werden können und müssen. Die Aufgabenstellung unterstellt dabei die sukzessive »Abarbeitung« der (verbleibenden) Informationsformen, bis der Anspruch auf Information bzw. die Pflicht zur Information erloschen ist. Weil die Bestimmung des richtigen Informationsmittels von der Zuweisung der Informationsinitiierung determiniert wird, ist unter a. darauf einzugehen, wer im Einzelfall den Informationsprozeß anzustoßen hat. Anschließend ist der Frage nachzugehen, ob dem Gläubiger bei reaktiven Informationsmitteln ein Recht zur Bestimmung der zeitlich vorrangigen Form zusteht (b.) und wie dessen Grenzen zu konkretisieren sind (c.).

a. *Zuweisung der Informationsinitiierung*

Die Zuweisung der Last der Informationsinitiierung kann erheblichen Einfluß auf den gesamten Informationsleistungsprozeß haben, weil die Entscheidungen über die Informationsnotwendigkeit und den Informationszeitpunkt wichtige Rahmenparameter sind.[951] Dies gilt nicht nur in Fällen fehlender gesetzlicher Vorgaben, sondern auch bei Nichtbefriedigung des Informationsbedürfnisses bei gesetzlicher Vorgabe des Informationsmittels. Denn auch bei einem bereits in Gang gesetzten Prozeß der Leistungsbewirkung kann der weiteren Zuweisung der Informationsinitiierung herausragende Bedeutung zu kommen. Als Beleg dafür sei auf die Diskussion hingewiesen, inwieweit der Auskunftspflichtige auch Daten und Fakten mitzuteilen hat, nach denen nicht ausdrücklich oder wenigstens konkludent gefragt worden ist.

Intensiv mit dem Problem der Zuweisung der Informationsinitiierung hat sich *Eppenberger* auseinandergesetzt. Nach Analyse verschiedener Informationsbeziehungen mit Blick auf die Anregung des Informationsprozesses selektiert er die funktionelle

951 Eine ausführliche Analyse des Einflusses der Informationsinitiierung auf den Informationsprozeß findet sich bei *Eppenberger*, Information, S. 64 ff.

und die fachliche Nähe zum Informationsgegenstand als die zwei bestimmenden Zuweisungskriterien.

An einer funktionellen Nähe des Gläubigers zum Gegenstand der Information kann es aufgrund räumlicher Distanz,[952] unzureichender Transparenz der Entscheidungssituation[953] oder der damit eng verbundenen geistigen Distanz[954] fehlen,[955] mithin jedenfalls immer dann, wenn es diesem mangels ausreichenden Problemverständnisses unmöglich bzw. erschwert ist, eine von Zufälligkeiten seiner Fragestellung befreite Informationsleistung zu initiieren.[956] Demgemäß trifft unter dem Gesichtspunkt der funktionellen Nähe den Schuldner die Initiierungspflicht, wenn diesem aufgrund der räumlichen und/oder geistigen Nähe zum Informationsgegenstand die Einschätzung der Informationsnotwendigkeit und des Informationszeitpunkts zufallsfreier möglich ist.[957] Insbesondere die funktionsbedingte Abstinenz des Gläubigers vom Gegenstand der Information spricht wegen der damit verbundenen Untauglichkeit reaktiver Informationsformen für eine Initiierungspflicht des Schuldners. Das Kriterium der funktionellen Nähe begründet sich somit auf der informationstheoretischen Erkenntnis, daß reaktive Informationsformen immer eine Problemsensibilität voraussetzen. Wo diese mittels Information erst geschaffen werden muß und soll, bedarf es spontaner Informationspflichten. Typische Beispiele für die funktionelle Nähe sind Anzeigepflichten, die einer Vertragspartei auferlegt werden.[958].

Die fachliche Nähe steht nach *Eppenberger* in enger Beziehung zur Fähigkeit der Informationsparteien, zunächst die Informationsnotwendigkeit zu erkennen, dann aber auch Zeitpunkt und Umfang der Informationsleistung zu beurteilen.[959] Demgemäß soll »überwiegendes fachliches Wissen in bezug auf den Gegenstand der Informationspflicht […] zu einer vermehrten Verantwortung für den Informationsfluss auf seiten

952 Beispiel: Der abwesende Auftraggeber.

953 Beispiel: Die durch die laufende Geschäftsführung entstehende Unübersichtlichkeit für den Auftraggeber über den Stand der Dinge.

954 Beispiel: Der Auftrag erfordert die Ausführung schwieriger wirtschaftlicher oder wissenschaftlicher Dienste.

955 *Eppenberger*, Information, S. 113 ff.

956 *Eppenberger*, Information, S. 113.

957 Vgl. zur Informationspflicht aufgrund räumlichen Nähe auch OLG Nürnberg NJW-RR 1993, 862, 863; OLG Hamm OLGR Hamm 1993, 120, 121.

958 Anzeigepflicht des Mieters (§ 536c Abs. 1 S. 1 BGB), der Erben des Auftragnehmers (§ 673 S. 2 BGB) oder des Geschäftsführers ohne Auftrag (§ 681 S. 1 BGB), des Versicherungsnehmers (§§ 23 Abs. 2, 27 Abs. 2, 33 Abs. 1 VVG).

959 *Eppenberger*, Information, S. 115. Die Grenzziehung zwischen fachlicher und funktioneller Nähe ist nur sehr vage möglich, wenn der Schuldner über besondere Kenntnisse verfügt, die so nicht ohne weiteres aus allgemeinen Informationsquellen gewonnen werden können. Regelmäßig werden in diesen Fällen beide Aspekte betroffen sein. Auf eine klare Zuordnung kommt es allerdings nicht an. Ein praktisch bedeutsames Beispiel ist die Aufklärungspflicht der Bank über Umstände, die dem Bankkunden verborgen geblieben sind (vgl. zur Aufklärungspflicht *Vortmann*, Aufklärungs- und Beratungspflichten, S. 2 m.w.N.).

der fachlich überlegenen Partei führen.«[960] Während man in dem angeführten Beispiel *Eppenbergers* (Art 4 VVG Schweiz)[961] aufgrund der gegenteiligen Regelung in Deutschland – § 16 Abs. 1 VVG geht grundsätzlich von einer echten spontanen Informationspflicht des Versicherungsnehmers aus – keinen zwingenden Beweis für dieses Zuweisungskriterium erblicken kann,[962] finden sich im deutschen Recht umfangreiche und aussagekräftigere Belege vor allem in der bankrechtlichen Rechtsprechung und Literatur.[963] Dort ist eine Aufklärungs- oder Warnpflicht des Wertpapier- oder Terminoptionsvermittlers allgemein anerkannt, weil er über die erforderlichen weitreichenden Fachkenntnisse und einen Überblick über die schwierigen wirtschaftlichen Zusammenhänge verfügt, welche dem unerfahrenen Anlegerkreis typischerweise fehlen.[964] Aber auch an andere Stelle wird die fachliche Nähe zur Zuweisung der Initiierungspflicht herangezogen.[965] Eine gesetzliche Bestätigung findet diese Zuweisungskriterium zudem in der Wohlverhaltensregel des § 31 Abs. 2 Nr. 2 WpHG[966], bei der aufgrund Art. 11 Abs. 1 WpDRiL[967] »der Professionalität der Person Rechnung« zu tragen ist. Ebenso hat der Gedanke der fachlichen Nähe Eingang in § 37d Abs. 1 WpHG gefunden.

Die Abgrenzungskriterien fachliche und funktionelle Nähe erweisen sich nicht nur bei *Eppenbergers* Beispielen als sach- und interessengerecht, sondern zeigen auch er-

960 *Eppenberger*, Information, S. 115.

961 In Art 4 Abs. 1 VVG Schweiz heißt es: »Der Antragsteller hat dem Versicherer an Hand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschlusse bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen.«

962 Für die These *Eppenbergers* spricht allerdings die Regelung in § 18 Abs. 2 VVG sowie die Versicherungspraxis. Dort werden üblicherweise dem Antragsformular mehr oder weniger umfangreiche Fragebögen beigefügt. In BGHZ 117, 385, 387 f. weist der BGH die Initiierungspflicht denn auch dem Versicherer zu, wenn dieser umfangreiche Fragebögen dem Antragsformular beilegt. Dazu heißt es: »Führen die Antworten ihm [dem Versicherer] vor Augen, daß der Antragsteller hiermit seiner Anzeigeobliegenheit (verschuldet oder unverschuldet) noch nicht genügt hat und sei ihm ohne ergänzende Rückfragen eine sachgerechte Risikoprüfung (noch) nicht erlaubt, so darf er vor dieser Situation seine Augen nicht verschließen. Andernfalls wird er als der durch Sachwissen und Geschäftserfahrung überlegene Partner seiner Stellung nicht gerecht.«

963 Vgl. allgemein zur Informationsinitiierung im deutschen Recht *Fleischer*, Informationsasymmetrien, S. 234 ff., 576 ff.

964 BGHZ 105, 108, 110; BGHZ 124, 151, 154, 156; BGH ZIP 1994, 447, 448; BGH WM 1994, 492, 493; BGH ZIP 2002, 1289, 1290 m.w.N. zur Rechtsprechung (Aufklärungspflichten des Terminoptionsvermittlers); BGHZ 123, 126, 128 [Bond]; *Kümpel*, WM 1995, 689, 694; *Horn*, ZBB 1997, 139, 145; *Jörg Müller*, ZBB 2001, 363, 374; BGH WM 1980, 284, 287 (keine Aufklärungspflicht bei Fachkenntnis des Aktienerwerbers).

965 BGHZ 48, 7, 10; BGH NJW 1973, 365 (Belehrungspflicht des Versicherers über möglichen Leistungsfreiheit im Schadensfall).

966 Vgl. nur *Horn*, ZBB 1997, 139, 149 m.w.N.; *Koller*, in: Assmann/Schneider, § 31 Rn 88.

967 Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10.5.1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. Nr. L 141/27 vom 11.6.1993.

hebliche Übereinstimmung mit Fallgruppen, die allgemein zur Begründung von Aufklärungspflichten diskutiert werden. Besonders deutlich tritt die Parallelität zu den unter C.III.4.b.cc(1) herausgearbeiteten Fallgruppen des konkreten Wissensvorsprungs oder des strukturellen Ungleichgewichts hervor. Darüber hinaus weist auch die Fallgruppe des erkannten Irrtums erhebliche Ähnlichkeit zum Zuweisungskriterium »funktionelle Nähe« auf.

Die Kriterien *Eppenbergers* sind damit ein geeigneter Ausgangspunkt zur Zuweisung der Initiierungspflicht innerhalb einer bestehenden Informationsbeziehung. Es besteht jedoch in zweifacher Hinsicht die Notwendigkeit weiterer Konkretisierung und Abgrenzung. Als gedankliche Basis ist zunächst darauf hinzuweisen, daß die vorliegenden Überlegungen die Existenz einer Informationspflicht voraussetzen und nur die Ermittlung der zeitlichen Reihenfolge der Informationsform im Blickfeld der Untersuchung steht. Geht es damit – anders als unter C.III.4.b.cc(1) (S. 104 f.) – nicht mehr um die Herleitung einer solchen Pflicht, ist dennoch auch hier dem Grundsatz der Eigenverantwortung Rechnung zu tragen. Mit anderen Worten darf die Zuweisung der Initiierungspflicht nicht dazu führen, daß dem Gläubiger die Verantwortung für eigene Erkundigungen, die Aneignung ausreichenden Sachverstands und die Beschäftigung mit seinem Informationsbedürfnis über diesen Umweg abgenommen wird. Sind Umstände allgemein bekannt (Marktwissen), braucht der Schuldner darüber nicht zu informieren.[968] Eine spontane Informationspflicht des Schuldners kommt daher vor allem dann in Betracht, wenn der Gläubiger system- oder funktionsbedingt zur Wahrnehmung der eigenen Informationsverantwortung nicht in der Lage ist. Typischerweise ist dies immer dann der Fall, wenn er gar keine oder nur sehr geringe Kenntnis vom Bestehen einer Problemsituation haben kann. In Einzelfällen kann das Unvermögen zur Eigenverantwortung auch ohne Systemimmanenz zu bejahen sein, solange dies nicht auf einem Verschulden des Gläubigers beruht.[969] Eine natürliche Grenze findet die Zuweisung der Initiierungspflicht zudem in der Möglichkeit des Schuldners, die Informationsnotwendigkeit und den Informationszeitpunkt erkennen zu können.[970] Es kann nämlich nicht Intention der Rechtsordnung sein, einem Rechtssubjekt Pflichten aufzuerlegen, die es typischerweise und unverschuldet nicht zu erfüllen vermag.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß den Schuldner die Pflicht zur Informationsinitiierung trifft, wenn der Gläubiger aus »eigener Kraft« nicht in der Lage ist, sein Informationsbedürfnis zu erkennen, hinreichend zu präzisieren und zu artikulieren und damit die reaktiven Informationsformen leerlaufen (würden). Feststellungskriterien sind dafür die funktionelle und fachliche Nähe des Gläubigers zum Informationsgegenstand. Immanente Grenze der Initiierungspflicht des Schuldners ist die verobjekti-

968 *Fleischer*, Informationsasymmetrien, S. 586, der diesen Grundsatz nicht auf Kooperations- und Interessenwahrungsverträge anwenden will. Bei diesen Verträgen darf der Informationsberechtigte ohne weitere Einschränkungen eine wahrheitsgemäße und vollständige Aufklärung verlangen.

969 Vgl. zum Verschulden des Informationsberechtigten im Rahmen von Aufklärungspflichten *Fleischer*, Informationsasymmetrien, S. 587 f.

970 Nach *Fleischer*, Informationsasymmetrien, S. 583 ff., soll Erkennbarkeit ausreichen.

vierte Fähigkeit, die Informationsnotwendigkeit und den Informationszeitpunkt erkennen zu können und die Beachtung der Eigenverantwortung des Gläubigers innerhalb des Informierungsprozesses.

b. *Initiativrecht des Gläubigers?*

Insbesondere wenn die Information gewährende Anspruchsgrundlage keine Aussage über das primär zu verwendende Informationsmittel enthält (beispielsweise § 51a Abs. 1 GmbHG) oder neben einem primären mehrere sekundäre gleichberechtigt nennt, wird der Gläubiger eine bestimmte Form der Leistungserfüllung geltend machen, indem er etwa Auskunft oder Einsicht verlangt. Es stellt sich dann die Frage, ob es dem Gläubiger im Einzelfall frei steht, zwischen den verschiedenen Informationsmitteln zu wählen. Begrifflich scheidet ein solches »Wahlrecht« freilich hinsichtlich spontaner Informationsformen aus. Information, die der Gläubiger anfordert, kann der Schuldner nicht mehr spontan erbringen. Denkbar wäre allenfalls, daß der Gläubiger ganz pauschal um Aufklärung oder Beratung bittet und dieses Verlangen so allgemein gehalten ist, daß von einem Auskunftsbegehren im eigentlichen Sinn des Wortes noch nicht gesprochen werden kann. Hier gilt das zuvor Gesagte zur Informationsinitiierungspflicht. Das theoretische und praktische Interesse beruht dagegen auf einem Wahlrecht des Gläubigers zwischen den verschiedenen reaktiven Informationsformen, speziell zwischen Auskunft und Einsicht. Zwar kann kein Vorrang der Auskunft gegenüber der Einsicht und umgekehrt festgestellt werden mit der Folge, daß das jeweils nachrangige Informationsmittel nur subsidiär zur Anwendung kommen würde.[971] Gleichwohl ist damit noch nichts darüber gesagt, ob und wenn ja in welchem Maße dem Gläubiger ein Bestimmungsrecht hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Informationsmittel zusteht.

Mehrfach hat der BGH indirekt zu dieser Frage Stellung genommen. In der bereits zitierten Entscheidung BGHZ 55, 201 ff. führt der BGH aus, daß der Gläubiger berechtigt ist, »zunächst den für ihn weniger kostspieligen Weg des Offenbarungseidverfahrens zu gehen.«[972] Mithin soll dem Gläubiger die Entscheidung darüber zustehen, welches Informationsmittel er als *seinen Interessen* am besten entsprechend vorrangig geltend machen will. In einer späteren Entscheidung hat der BGH diese Ausführungen bestätigt und dahin konkretisiert, daß es an sich im Ermessen des Gläubigers stehe, von welcher der beiden Möglichkeiten (Bucheinsicht oder eidesstattliche Versicherung) er Gebrauch machen will.[973] Die Auswahlentscheidung des Gläubigers soll lediglich unter dem Vorbehalt eines hinreichenden Rechtsschutzbedürfnisses stehen.[974] Demzufolge soll der Gläubiger, dem zur Erreichung desselben Zieles zwei verschiede-

971 Dazu ausführlich unter C.V.1.c (S. 168 ff.).
972 BGHZ 55, 201, 205; bestätigt in BGHZ 92, 62, 65 [Dampffrisierstab II]; BGH NJW 1998, 1636, 1637.
973 BGH NJW 1998, 1636, 1637.
974 BGHZ 55, 201, 205.

ne Ansprüche zustehen, gehalten sein, zunächst jenen geltend zu machen, der ihn schneller, besser und ohne zusätzliche Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe zum Ziele führt.[975] Im entschiedenen Fall hatte der BGH ein Rechtschutzbedürfnis verneint, weil der Gläubiger durch Ausübung seines Rechts auf Bucheinsicht dasselbe Ziel – Aufklärung über provisionspflichtige Geschäfte – schneller, besser und ohne zusätzliche Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe erreichen konnte.[976] Erschwerend kam im konkreten Fall hinzu, daß der Gläubiger – ausnahmsweise – über umfangreichere Sekundärinformationen verfügte als der Schuldner selbst, und er deshalb die Unterlagen des Schuldners wesentlich schneller, besser und auch kostengünstiger verarbeiten konnte. In einer anderen, das Auskunftsrecht des Handelsvertreters betreffenden Entscheidung heißt es zur vorliegenden Problematik lapidar, daß es dem Handelsvertreter überlassen bleibe, wie er vorgehen will,[977] also in welcher Reihenfolge er Buchauszug und Bucheinsicht einfordern will. Ebenso gesteht das OLG Düsseldorf dem Gläubiger ein Wahlrecht zu. Dessen Ausübung muß aber, wie jedes Recht, dem Grundsatz der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit Genüge tun.[978] Den angeführten Urteilen ist damit ein Wahlrecht hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserfüllung des Gläubigers gemein. Zum Schutz des Schuldners ist der Gläubiger in der Rechtsausübung an den Grundsatz der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gebunden.

Stellungnahmen der Literatur zur Frage eines Wahlrechts des Gläubiger finden sich vor allem indirekt im Zusammenhang mit dem Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters gem. § 51a GmbHG.[979] Von der herrschenden Meinung wird dem Gesellschafter ein Wahlrecht zwischen Auskunft und Einsicht zugestanden.[980] Ob dieses Recht unbeschränkt besteht, wird hingegen unterschiedlich gesehen. Nach der überwiegenden Meinung sind bei der Ausübung die Prinzipien des schonendsten Mittels und der Verhältnismäßigkeit[981] zu beachten. Dagegen findet eine Mindermeinung für eine derartige Beschränkung keine Grundlage im Gesetz.[982] Nach einer anderen Auffassung steht dem Gesellschafter dagegen kein verbindliches Wahlrecht zu. Nach *K. Schmidt* kann der Gesellschafter zwar eine bestimmte Art der Informationserfüllung verlangen, und der Geschäftsführer wird sich danach gewöhnlich auch richten. Den-

975 BGHZ 55, 201, 203.

976 BGHZ 55, 201, 206 (Zum Verhältnis zwischen Bucheinsicht und Leistung eines Offenbarungseids).

977 BGH WM 1979, 304, 305 = NJW 1979, 764; BGH DB 1979, 1455, 1456.

978 OLG Düsseldorf WM 1990, 1823. 1825 (Auskunftsrecht eines GmbH-Gesellschafters).

979 Ohne diesen Bezug bei *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 113.

980 *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 51a Rn 22; *Roth/Altmeppen*, GmbH, § 51a Rn 10; *Römermann*, in: Michalski, § 51a Rn 152; *Hüffer*, in: Hachenburg, § 51a Rn 37, 62; *Fichtelmann*, in: HK-GmbH, § 51a Rn 24; i.E. so wohl auch *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 51a Rn 22; (Information nur auf Verlangen des Gesellschafters, wozu auch die Benennung der begehrten Art gehört).

981 *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 51a Rn 22; *Roth/Altmeppen*, GmbH, § 51a Rn 10; *Römermann*, in: Michalski, § 51a Rn 152; *Hüffer*, in: Hachenburg, § 51a Rn 37, 62; sowohl auch *Fichtelmann*, in: HK-GmbH, § 51a Rn 24, *Timm*, GmbHR 1980, 286, 293.

982 *K. Müller*, GmbHR 1987, 87, 93.

noch entscheidet nicht der Gesellschafter, sondern das Informationsbedürfnis darüber, wie die Information zu erteilen ist.[983] Im Zweifelsfall soll auch hier das Prinzip des schonendsten Mittels gelten.[984] Noch restriktiver ist die Ansicht von *Grunewald*. Ihr zufolge hat die Geschäftsführung nach der Geltendmachung des Informationsbedürfnisses ein Vorschlagsrecht hinsichtlich der Art der Erfüllung, weil sie die Zweckmäßigkeit der einzelnen Informationsmittel am besten beurteilen kann, da sie die nachgefragten Informationen schon hat.[985] Ist der Gesellschafter der Ansicht, daß durch die vorgesehene Art der Leistungserbringung sein Informationsbedürfnis noch nicht befriedigt ist, soll er unter Angabe von Gründen auf eine andere Modalität der Informationserteilung bestehen können.[986]

Ein Recht des Schuldners zur Bestimmung des Informationsmittels wird damit ganz überwiegend verneint. Lediglich *Grunewald* geht unter der Prämisse, daß sich die Art der Informationserfüllung am Informationsbedürfnis ausrichtet, von einem Vorschlagsrecht des Schuldners aus. Die Begründung von *Grunewald* trägt hingegen ein Vorschlagsrecht des Schuldners nicht. Es mag zwar vorkommen, daß der Schuldner aufgrund eines »Verfügens« über die Information besser einschätzen kann, welches Informationsmittel zweckmäßiger ist; der Regelfall ist dies allerdings nicht. Zudem ist die Ansicht *Grunewalds* auch deshalb nicht überzeugend, weil es nicht allein um die Frage geht, ob der Gläubiger schriftliche oder mündliche Information verlangen kann.[987] Primär geht es um die Frage, ob er die Informationserteilung durch Auskunft oder Einsicht einfordern kann. Nur wenn die Auskunft das angezeigte Informationsmittel ist, stellt sich die Frage nach schriftlicher oder mündlicher Mitteilung der nachgefragten Informationen.[988] Die überwiegende Meinung, die dem Gläubiger ein Recht zur Bestimmung des Informationsmittels einräumt, wird zudem von zwei weiteren Überlegungen gestützt. Zum einen widerspricht es der Struktur der reaktiven Informationsformen, wenn man einerseits eine Pflicht nur bei Geltendmachung des Anspruchs bejaht, andererseits die darin enthaltene Leistungsbestimmung ignorieren wollte. Die Geltendmachung des Anspruchs würde anderenfalls lediglich die Bedeutung im Sinne eines Abrufens der Leistung haben. Damit tun sich weitere Widersprüche auf, die im Zusammenhang mit den inhaltlichen Anforderungen an die Geltendmachung des Informationsanspruches stehen. Zum anderen streiten allgemeine Wertungen des Bürgerlichen Gesetzbuches für die herrschende Meinung. Nach der Wertung des § 316 BGB soll im Zweifel der Leistungsempfänger und nicht der Leistungserbringer zur Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) berechtigt sein. Das BGB

983 *K. Schmidt*, in: Scholz, § 51a Rn 21; ihm folgend *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 51a Rn 12.

984 *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 51a Rn 12.

985 *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 211, 223; *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 113, der allgemein ein Wahlrecht des Schuldners annimmt.

986 *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 211, 223.

987 So aber scheinbar die Kernfrage bei *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 211, 223.

988 Vgl. zu diesem Problem allgemein C.IV.1.c (S. 117 f.) und speziell C.IV.2.a.bb. (S. 127 ff.).

geht davon aus, daß die Bestimmung der Leistung nicht der Willkür des Schuldners überlassen werden kann.[989] Eine unmittelbare Anwendung der §§ 315, 316 BGB scheidet zwar wegen ihrer Anwendungsbeschränkung auf gegenseitige Verträge bei der Mehrheit der Informationsansprüche aus; eine verallgemeinerungsfähige Wertung kann ihnen dennoch entnommen werden. Es sprechen somit sowohl die allgemeinen als auch die speziellen Wertungen für ein Bestimmungsrecht des Gläubigers hinsichtlich der Form der Informationserfüllung. Daran schließt sich die noch ungeklärte Frage an, ob dem Bestimmungsrecht des Gläubigers Grenzen gesetzt sind. Aus § 315 Abs. 1 BGB im Speziellen und aus §§ 241 Abs. 2, 242 BGB im Allgemeinen ist zu entnehmen, daß jedem Recht Grenzen gesetzt sind. Für informationsrechtliche Sachverhalte können diese Wertungen weiter konkretisiert werden. Versteht man Information als die potentielle Ursache für die Reduktion von Ungewißheit durch Kommunikation, widerspräche es zusätzlich dem Gedanken des § 226 BGB, wenn der Gläubiger ein Informationsmittel bestimmt, daß zur Befriedigung des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses untauglich ist. *K. Schmidt* hat diesen Gesichtspunkt dahingehend pointiert, daß letztlich das im konkreten Einzelfall zu befriedigende Informationsbedürfnis darüber entscheidet, welche Informationsform Mittel der ersten Wahl ist. Mit diesem Argument nähert er sich freilich sehr den übrigen Stimmen, die die Grenze der Leistungsbestimmung des Gläubigers in den Prinzipien des schonendsten Mittels und der Verhältnismäßigkeit sehen. Die sinnvolle Anwendung dieser Prinzipien setzt nämlich die Berücksichtigung des zu befriedigenden Informationsbedürfnisses bei der Bestimmung der Geeignetheit des jeweiligen Informationsmittels zwingend voraus. Die Prinzipien des schonendsten Mittels und der Verhältnismäßigkeit ermöglichen auf einer zweiten Prüfungsstufe nur dann eine Entscheidung, wenn sich mehrere Informationsmittel als in gleicher Weise am besten geeignet erweisen.

Im Ergebnis hat somit der Gläubiger ein Initiativrecht hinsichtlich der Bestimmung des Informationsmittels,[990] dem durch die Prinzipien des schonendsten Mittels und der Verhältnismäßigkeit klare Grenzen gesetzt sind.

c. *Konkrete Bestimmung der Informationsform mittels Interessenabwägung*

Findet mit der Zuweisung der Informationsinitiierung zunächst eine Entscheidung zwischen spontanen und reaktiven Informationsformen statt, und steht dem Gläubiger im übrigen ein Initiativrecht hinsichtlich der Bestimmung der zeitlichen Reihenfolge bezüglich der Informationsmittel innerhalb einer der beiden Gruppen zu, sind nunmehr die Grenzen dieses Initiativrechts auszuloten. In Wissenschaft und Praxis wurde dieser Frage – freilich unter etwas anderen Vorzeichen – in der Vergangenheit bereits umfassend Aufmerksamkeit geschenkt. Wie sich in den Ausführungen unter C.V.1 (S. 159 ff.) schon andeutete, steht dabei vor allem das Verhältnis von Auskunft und Einsicht im konkreten Einzelfall im Mittelpunkt des Interesses, was sich in der Domi-

989 *Gottwald*, in: MünchKomm-BGB, § 315 Rn 1.
990 **A.A.** *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 113.

nanz einschlägiger Rechtsprechung und Literatur widerspiegelt. In einem ersten Schritt werden Rechtsprechung und Literatur im Hinblick auf Vorgaben und Bewertungskriterien für die Interessenabwägung im Einzelfall analysiert und ausgewertet.

aa. Rechtsprechung

In Urteilen, die sich mit informationsrechtlichen Sachverhalten auseinandersetzen mußten, finden sich vielfach Ausführungen, die gewisse Anhaltspunkte für die Bestimmung der zeitlichen Reihenfolge der einzelnen Formen geben. Zu beachten ist bei der Interpretation dieser Entscheidungen allerdings wiederum, daß sie sich mit der hier zu untersuchenden Fragestellung nie unmittelbar auseinandergesetzt haben. Vielmehr können nur aus dem Gesamtzusammenhang Schlußfolgerungen gezogen werden. Eine weitere mögliche Fehlerquelle bei der Interpretation der Urteile ist die Überschneidung mit der Frage nach der Grenze der (zumutbaren) Leistungserfüllung.[991]

Folgende Auswahl von Urteilen des BGH enthält Passagen, die für die Bestimmung von Auswahlkriterien von Interesse sind. In einer Entscheidung vom 31.3.1971 heißt es, daß »ein aus § 242 [BGB] hergeleiteter Vorlageanspruch… nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht [kommt], und zwar insbesondere dann, wenn die Erteilung einer Auskunft der Sache nach nicht geeignet ist, dem Berechtigten die erforderliche Klarheit zu verschaffen.«[992] Neben der vordergründig betonten Subsidiarität /Nachrangigkeit der Einsicht gegenüber der Auskunft[993] kann dem Urteil auch entnommen werden, daß Einsicht – als die nach dem Verständnis dieses Urteils stärker belastende Form – in die Unterlagen jedenfalls dann zu gewähren ist, wenn durch kein anderes Informationsmittel das rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis befriedigt werden kann. Sowohl die Geeignetheit als auch die Eingriffsintensität sind danach Auswahlkriterien. Ausführungen mit gleicher Tendenz finden sich auch in BGHZ 55, 201 ff., wenn im Rahmen einer Abwägung der verschiedenen Informationsformen mehrfach die Geeignetheit des jeweiligen Mittels zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses betont wird.[994] Im Jahre 1998 bestätigte der BGH diese Aussage und führte weiter aus, »daß die Klägerin sich über das ihr zustehende Bucheinsichtsrecht rascher und besser Gewißheit über die Richtigkeit der Abrechnung … verschaffen kann als mit dem erhobenen Klageantrag auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung der Beklagten.«[995] Aus diesem Grund sei der Klägerin das Recht auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung zunächst zu verwehren. In einer anderen Entscheidung, in der es um die Pflicht des Insolvenzverwalters zur Auskunftserteilung ging, nahm der BGH eine Ersetzungsbefugnis des Verwalters für jene Fälle an, »in denen die geforderte Auskunft mit vertretbarem Zeit- und Arbeitsaufwand nicht möglich ist.« Der Insolvenzverwalter

991 Zu den Grenzen der Leistungspflicht vgl. ausführlich unter E.I (S. 250 ff.) und E.IV (S. 307 ff.).
992 BGH DB 1971, 1416, 1417.
993 Vgl. zu dieser Hauptdeutung des Urteils bereits oben C.V.1.a (S. 160 ff.).
994 Bestätigt in BGHZ 92, 62, 65 [Dampffrisierstab II]; anklingend in BGHZ 105, 369, 373 f.
995 BGH NJW 1998, 1636, 1637 = EWiR § 259 BGB 1/98, 437 [*Hirtz*].

kann dann den Auskunftsberechtigten darauf verweisen, sich die erforderlichen Informationen durch Einsichtnahme in die Geschäftsunterlagen selbst zu beschaffen.[996] Die Betonung dieses Urteils liegt damit auf der Zumutbarkeit einer bestimmten Informationsform. In einer wegen ihrer Ausführungen zum gesellschaftsvertraglichen Bestimmtheitsgrundsatz vieldiskutierten und besprochenen Entscheidung führt der BGH aus, daß einem Kommanditisten auch dann nicht generell seine Informationsrechte entzogen werden können, wenn er erlaubterweise an einem Konkurrenzunternehmen beteiligt ist.[997] Vielmehr müßte zunächst versucht werden, durch Beschränkungen des vertraglich erweiterten Informationsrechts die widerstreitenden Interessen in Einklang zu bringen. Der BGH verwies damit die übrigen Gesellschafter darauf, sich zunächst eines milderen aber ebenso geeigneten Mittels zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse zu bedienen.

Auch von unterinstanzlichen Gerichten finden sich zahlreiche Urteile, in denen Kriterien für die Vornahme der Auswahlentscheidung genannt werden. Nach einer Entscheidung des 4. Zivilsenats des OLG Köln kann in der Regel ein Buchauszug gegenüber dem Handelsvertreter nicht unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit verweigert werden, auch wenn die Erteilung mit einem sehr hohen Aufwand verbunden ist. Dies muß jedenfalls dann gelten, wenn der erhöhte Aufwand seine Ursache vornehmlich in einem Organisationsverschulden des Schuldners hat.[998] Die Zumutbarkeit als maßgebliches Kriterium findet sich auch in einer Entscheidung des Thüringer Oberlandesgerichts. Ob der Schuldner eines Auskunftsanspruchs den Gläubiger auf die Einsichtnahme in die Geschäftsunterlagen verweisen kann, sei eine im Rahmen des § 242 BGB nach Zumutbarkeitskriterien zu beantwortende Frage des Umfangs und der Art der geschuldeten Auskunft.[999] Ebenso führt das OLG Karlsruhe aus, daß sich der Umfang der Auskunftspflicht des Konkursverwalters nach der Zumutbarkeit (§ 242 BGB) richte.[1000] Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Auskunftspflicht als Nebenverpflichtung nur der Durchsetzung anderer Ansprüche dienen soll. Im übrigen weist das OLG darauf hin, daß das Konkursverfahren den Auskunftsanspruch dahin einschränke, daß der Gläubiger nur Einsicht durch einen zur Verschwiegenheit verpflichteten Buchprüfer verlangen kann. Der 10. Senat des OLG Düsseldorf verwies den Auskunft begehrenden Gläubiger auf die Einsichtnahme in die Originalbelege, »denn sie [die Klägerin] kann [damit] auf einfacherem Weg und auf die Beklagte weniger belastende Weise…ihr Wissensdefizit ausgleichen.«[1001] Vergleichbare Abgrenzungskriterien lagen auch der Entscheidung des 2. Senats des OLG Düsseldorf bei der Frage zugrunde, ob

996 BGHZ 70, 86, 91; BGH ZIP 2000, 1061, 1064 f. = NJW 2000, 3777, 3779 f.

997 BGH WM 1994, 2244, 2246 = ZIP 1994, 1942, 1944 = NJW 1995, 194, 195 f.

998 OLG Köln, Urteil vom 19.3.1999, Az. 4 U 42/98 (abrufbar unter: http://www.justiz.nrw.de /RB/nrwe/olgs/koeln/j1999/4_U_42_98.html [Stand: Oktober 2003]); vgl. auch nachfolgend BGH NJW 2001, 2333 ff.

999 OLG Jena InVO 2002, 66, 67; allgemein die Zumutbarkeit im Rahmen von Informationsansprüchen betonend bereits BGHZ 70, 86, 91.

1000 OLG Karlsruhe ZIP 1990, 187, 189 = EWiR § 402 BGB 1/90, 135 [*Hegmanns*].

1001 OLG Düsseldorf WuM 1993, 411 f. = OLGR Düsseldorf 1993, 319 ff.

ein Aktionär im Rahmen seines Auskunftsanspruchs gem. § 131 Abs. 1 AktG die Verlesung einer Vielzahl von einzelnen Daten verlangen kann. Das Gericht verwies den Aktionär auf die Einsichtnahme vorbereiteter Listen, weil ihm dadurch »eine schnellere und zuverlässigere Unterrichtung möglich ist, als wenn die Daten mündlich vorgetragen werden.«[1002] Umgekehrt kann der Gläubiger zunächst auf die Auskunft verwiesen werden, wenn er zwar Einsicht in Unterlagen verlangt hat, diese der Schuldner aber nicht gewähren kann, und das Informationsbedürfnis durch die unschwer zu erteilende Auskunft ebenso befriedigt werden kann.[1003] Der 17. Zivilsenat des OLG Düsseldorf führt schließlich zum Einsichtsrecht des Gesellschafters aus, daß seine Geltendmachung nicht »gegen den Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit bei der Ausübung eines Rechts (§ 242 BGB)« verstoßen darf. Es könne daher nicht allein »wegen übermäßiger Belastung der Geschäftstätigkeit« verweigert werden, »wenn es keine konkreten Anhaltspunkte für die Annahme gibt, der Antragsteller werde bei der Wahrnehmung seines Auskunftsrechts gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen und das Personal der Antragsgegnerin übermäßig belasten.«[1004] Die Belastung des Schuldners durch die begehrte Form ist auch nach OLG Saarbrükken[1005] ein zu berücksichtigendes Auswahlkriterium. So soll nach OLG Saarbrücken der Handelsvertreter eine Versicherung an Eides Statt nur als das schärfste Mittel verlangen können, weil es das persönlich folgenreichste ist und damit das letzte sein muß.

Nach Auswertung der Rechtsprechung läßt sich konstatieren, daß als Kriterien zur Festlegung der zeitlichen Reihenfolge der Informationsmittel erstens deren Geeignetheit zur Befriedung des Informationsbedürfnisses, zweitens die Erforderlichkeit dieses Mittels unter Berücksichtigung der Belastung vor allem des Schuldners, aber auch des Gläubigers zur Leistungserfüllung und drittens die Gesamteinbindung des Auswahlprozesses in § 242 BGB bzw. den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit herangezogen werden.

bb. Schrifttum

Die Auswertung des Schrifttums bestätigt im wesentlichen das Auswertungsergebnis der Rechtsprechung. Besondere Betonung findet auch in der Literatur das Kriterium der Erforderlichkeit.[1006] Ein Gläubiger kann ein bestimmtes Informationsmittel nur verlangen, wenn sich dieses Verlangen mit dem »Gebot des schonendsten Mittels«

1002 OLG Düsseldorf AG 1992, 34, 35 = WM 1991, 2148, 2152 [Deutsche Depeschendienst AG]; so bereits BGHZ 101, 1, 16.

1003 OLG Hamm WM 1986, 740, 742 (Informationsanspruch des GmbH-Gesellschafters).

1004 OLG Düsseldorf ZIP 1990, 1569 = EWiR § 51a GmbHG 1/90, 1217 [*Kort*].

1005 OLG Saarbrücken OLGZ 1988, 233, 234.

1006 *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 211, 223 f.; *Timm,* GmbHR 1980, 286, 293 f.; *Hüffer*, in: Hachenburg, § 51a Rn 61; *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 112.

deckt,[1007] die begehrte Form den Schuldner weniger belastet,[1008] weil sich der Gläubiger beispielsweise durch die Einsicht in die Unterlagen einfacher und schneller Gewißheit über die Richtigkeit der Rechnungslegung verschaffen kann[1009] oder ein Verweis auf eine andere Form ausscheiden muß, wenn diese nicht »in gleicher Weise geeignet« ist, dem Informationsbedürfnis nachzukommen.[1010] Mit dem Kriterium der Geeignetheit soll nach *Römermann* die Frage nach der weniger belastenden Form nur gestellt werden dürfen, wenn die zur Auswahl stehenden Formen in gleicher Weise geeignet sind, das Informationsbedürfnis zu befriedigen.[1011] Auch *Stürner* weist darauf hin, daß die hochwertigere Informationsform nicht jener mit der geringeren Objektivität weichen muß.[1012] Einen scheinbar anderen Weg geht *K. Schmidt* mit der Betonung des Informationsbedürfnisses als maßgebliches Auswahlkriterium. Danach soll das Informationsbedürfnis bzw. das Informationsinteresse darüber entscheiden, ob im konkreten Einzelfall die Informationspflicht durch Auskunft oder Einsicht zu erfüllen ist.[1013] Dies heißt aber nichts anderes, zunächst das am besten geeignete Informationsmittel zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses zu bestimmen. Im Falle eines non liquet gibt *K. Schmidt* der Auskunft den Vorzug, weil diese aufgrund ihrer geringeren Eingriffsintensität der Einsicht vorrangig sein soll.[1014] Damit stellt er im Ergebnis auf die selben Auswahlkriterien, nämlich die Geeignetheit und die Erforderlichkeit, ab. Der Unterschied zum überwiegenden Teil der Literatur besteht dann lediglich darin, daß er die Geeignetheit der Informationsformen – richtigerweise – allein an deren Fähigkeit zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses bestimmt.

cc. Stellungnahme

Wie jeder Anspruch steht auch der auf Information unter dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB).[1015] Im informationsrechtlichen Kontext heißt dies zum einen, daß der Informationsanspruch wie jeder andere Anspruch seine Grenze in § 242 BGB findet. Wenn das Verlangen nach Information unzumutbar wird, entfällt, wie nunmehr

1007 *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 51a Rn 7; *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 131 ff.; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 51a Rn 12; *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 51a Rn 22; *Hüffer*, in: Hachenburg, § 51a Rn 62.

1008 *G. H. Roth*, MünchKomm-BGB, § 259 Rn 44; *Bunte*, Informationsrechte, S. 140; *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 260 Rn 48.

1009 Im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Versicherung an Eides Statt *G. H. Roth*, MünchKomm-BGB, § 259 Rn 44.

1010 *Römermann*, in: Michalski, § 51a Rn 152.

1011 *Römermann*, in: Michalski, § 51a Rn 152.

1012 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 353.

1013 *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 59; *derselbe*, in: Scholz, § 51a Rn 21; ähnlich *Römermann*, in: Michalski, § 51a Rn 152.

1014 *K. Schmidt*, in: Scholz, § 51a Rn 21, 26.

1015 OLG Düsseldorf WM 1990, 1823, 1825; zur allgemeinen Begrenzungsfunktion *Krebs*, in: AnwKomm-SchR, § 242 Rn 22; vgl. zusätzlich die Nachweise zur Rechtsprechung und Literatur so eben unter aa. und bb.

in § 275 Abs. 2 BGB speziell geregelt, die primäre Leistungspflicht.[1016] Zum anderen, und darin unterscheidet sich der Anspruch auf Information von der Masse der Leistungsansprüche,[1017] steht aber zusätzlich auch das »wie« der Leistungserbringung – also die Mittelauswahl – unter dem doppelten Gebot von § 242 BGB; zum einen bezüglich der Auswahl zwischen den verschiedenen gleichgeeigneten Formen und zum anderen in der Zumutbarkeitsgrenze des konkret ausgewählten Informationsmittels. Zu beachten ist, daß der Anspruch auf Information im letzten Fall als solcher unberührt bleibt. Das Überschreiten der Zumutbarkeitsgrenze bei einer speziellen Informationsform führt nicht zwangsläufig zum Erlöschen des ganzen Anspruchs.

Die starke Einbeziehung der Wertung des § 242 BGB trägt damit dem Umstand Rechnung, daß im Gegensatz zum Anspruch des Käufers auf Übergabe und Übereignung der Kaufsache mit der Anerkennung eines Informationsanspruchs nur feststeht, in welchem Umfang ein damit rechtlich anerkanntes Informationsbedürfnis zu befriedigen ist; der Weg der Leistungserfüllung ist aber weitergehend offen. Die zweischichtige Einbeziehung des § 242 BGB erschwert den Blick auf das jeweils Entscheidende, insbesondere auf die Abgrenzung zwischen dem Erlöschen des Anspruchs auf Information an sich und dem bloßen »Ausscheiden« eines konkreten Informationsmittels wegen Überschreitung der Zumutbarkeitsgrenze.

Die Analyse von Rechtsprechung und Literatur hat ergeben, daß unter Berufung auf § 242 BGB eine Auswahl der Informationsmittel nach den Kriterien Geeignetheit und Erforderlichkeit erfolgen soll. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Nicht nur, weil damit für den Bereich des Zivilrechts unter Bezugnahme auf § 242 BGB taugliche Auswahlkriterien gefunden sind, sondern auch wegen der unverkennbaren Nähe zum Verhältnismäßigkeitsprinzips des öffentlichen Rechts. Die Kriterien Geeignetheit und Erforderlichkeit finden sich dort, um das Merkmal Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn ergänzt, wieder. Damit ist zumindest im Ansatz gewährleistet, daß nicht für die Rechtsgebiete bürgerliches und öffentliches Recht Insellösungen entwickelt werden, sondern die Einheit der Rechtsordnung durch allgemeingültige Kriterien und Rechtsfiguren gewahrt wird. Dem steht auch nicht entgegen, daß im Rahmen des Privatrechts auf das Merkmal der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn verzichtet werden soll. Ein Verzicht findet nämlich nur begrifflicher, nicht aber inhaltlicher Art statt. Inhaltlich findet die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn in bezug auf das jeweils konkret ausgewählte Informationsmittel ihr zivilrechtliches Pendant im Überschreiten der Zumutbarkeitsgrenze des § 242 BGB und nunmehr konkretisiert in § 275 Abs. 2 BGB. Wurde beispielsweise die Auskunft als das mildeste Informationsmittel eingestuft, kann diese dennoch nicht verlangt werden, wenn dadurch ausnahmsweise die Grenze der Zumutbarkeit überschritten würde.[1018] Wie bereits ausgeführt, bleibt der Anspruch auf Information als solcher davon grundsätzlich unberührt. Der Gläubiger kann nämlich auf Basis der These vom einheitlichen Recht auf Information auf eine andere Informa-

1016 Vgl. dazu ausführlich unter E.IV (S. 307 ff.).

1017 Eine vergleichbare Regelung findet sich nur in § 439 Abs. 3 BGB hinsichtlich der Art der Nacherfüllung.

1018 Ausführlich dazu unter D.V.2.c.cc(3) (S. 245 ff.).

tionsform ausweichen. Diese kann für ihn allerdings mit einer höheren Belastung verbunden sein. Ein Mehr an Belastung wird der Gläubiger jedoch regelmäßig in Kauf nehmen, um den Untergang des Informationsanspruchs insgesamt zu vermeiden.

Die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips zur Bestimmung der zeitlichen Reihenfolge der einzelnen Formen steht damit außer Frage. Im Detail bedürfen die einzelnen Prüfungsstufen jedoch einer weiteren Konkretisierung.

(1) Geeignetheit

Auf der 1. Stufe (Geeignetheit) sind jene Informationsmittel auszuschließen, die in der konkreten Informationssituation für die (weitere) Erfüllung der Informationspflicht momentan nicht in Betracht kommen. Geeignet ist dabei jede Informationsform, die dazu beitragen kann, den Grad an Entscheidungssicherheit zu erhöhen. Als ungeeignetes Informationsmittel scheidet daher regelmäßig die Auskunft aus, wenn es darum geht, bereits kommunizierte Zeichen zu verifizieren. Geeignet ist dazu vornehmlich die Einsicht.[1019] Demgegenüber ist die Einsicht ungeeignet, wenn das Informationsbedürfnis entscheidend nur durch Miteinbeziehung von undokumentierten Daten und Fakten befriedigt werden kann. Das Informationsbedürfnis kann in diesem Fall nur durch Auskunft befriedigt werden. Vielfach werden aber sowohl Auskunft als auch Einsicht zur Erfüllung der Leistungspflicht in Betracht kommen, so daß der zu erwartende Selektionseffekt auf dieser Prüfungsstufe regelmäßig eher gering sein wird.

(2) Erforderlichkeit

Auf der 2. Stufe sind die geeigneten Mittel auf ihre Erforderlichkeit zur Befriedigung des Informationsbedürfnisses zu prüfen. Dieser Schritt vollzieht sich in zwei Etappen. Zunächst sind die auf Stufe 1 als geeignet erachteten Informationsformen daraufhin zu vergleichen, ob sie alle in der gleichen Weise tauglich sind, das Informationsbedürfnis zu befriedigen. Ist dies nicht der Fall, ist das geeignetste Informationsmittel auszuwählen und die Formenauswahl auf dieser Stufe beendet. Sind hingegen mehrere Mittel in gleicher Weise geeignet, ist in einem zweiten Schritt dasjenige auszumachen, welches zugleich auch das am wenigsten belastende Informationsmittel ist.[1020]

Unklar ist zunächst, aus wessen Sicht die Bestimmung des am wenigsten belastenden Informationsmittels zu erfolgen hat. Ist im öffentlichen Recht Subjekt der Belastungsmessung aufgrund des Schranken-Schranken Charakters des Verhältnismäßigkeitsprinzips eindeutig der Bürger, fehlt es vorliegend an einer solch klaren Zuweisung. Man ist zwar geneigt, beim Informanten als Schuldner der Leistung die

1019 Auskunft und Aufklärung sind zur Verifizierung nicht per se untauglich. Neben der Einsicht kann Verifizierung nämlich auch durch Bestätigung erfolgen, d.h. daß aus der selben oder einer anderen Quelle die selben Zeichen wiederholt kommuniziert werden. Je unabhängiger die Quellen voneinander sind, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der kommunizierten Zeichen.

1020 Grundsätzlich in diese Richtung BGH WM 1994, 2244, 2246 = ZIP 1994, 1942, 1944.

Belastung zu messen; unberücksichtigt bliebe dabei allerdings die an anderer Stelle bereits herausgearbeitete typische Zuweisung der Verarbeitungslast einer jeden Informationsform. Zuweisungssubjekt ist dabei nicht nur der Schuldner sondern auch der Gläubiger. Trifft damit bei bestimmten Informationsmitteln den Gläubiger die Pflicht zur Verarbeitung, könnte auch er unter diesem Aspekt Subjekt der Belastungsmessung sein. Je nach gewählter Informationsform kann also einmal mehr der Schuldner und einmal mehr der Gläubiger belastet sein. Über die Einordnung einer Form als am wenigsten belastendes Informationsmittel würde dann allein die Blickrichtung entscheiden. Etwas anders liegen die Dinge, wenn durch eine privatautonome Entscheidung des Schuldners oder des Gläubigers die Belastung allein aus der Sicht des jeweils anderen bestimmt werden kann. Entscheidet sich beispielsweise der Gläubiger im Rahmen der Anspruchsgeltendmachung unter mehreren gleich geeigneten Informationsmitteln für ein bestimmtes, ist er nicht schutzbedürftig, weil davon ausgegangen werden kann, daß er durch privatautonome Entscheidung das für ihn (scheinbar) günstigste Informationsmittel ausgewählt hat. Neben der zielführendsten Befriedigung des Informationsbedürfnisses dürfte bei diesem Entscheidungsprozeß auch die Belastung durch die zur Auswahl stehenden Informationsmittel eine gewichtige Rolle spielen. Die Rechtsordnung hat diese privatautonome Entscheidung zu akzeptieren. Ob das gewählte Informationsmittel das mildeste ist, bestimmt sich dann allein aus der Sicht des Schuldners. Trifft dies zu, ist die Prüfung der Erforderlichkeit beendet. Im Normalfall werden die Dinge aber gerade anders liegen. Das vom Gläubiger gewählte Informationsmittel wird den Schuldner stärker belasten als ein anderes gleich geeignetes. Damit ist wieder offen, an wem sich die Bestimmung des am wenigsten belastenden Informationsmittels zu orientieren hat. Nichts anderes gilt im umgekehrten Fall einer Informationsformbestimmung durch den Schuldner.

(a) Regeln zur Bestimmung des mildesten Mittels

Fehlt es an der Auswahl eines Informationsmittels oder belastet die gewählte Form die Gegenseite stärker als eine andere ebenso geeignete, führt der Versuch, entweder auf den Gläubiger oder den Schuldner zur Bestimmung der geringsten Belastung abzustellen, zu keinem befriedigenden Ergebnis. Es fehlen klare Kriterien, die in allen denkbaren Fallkonstellationen vorgeben, an welcher Person (Gläubiger oder Schuldner) die Belastungsbestimmung auszurichten ist. Abzulehnen ist die weit verbreitete Auffassung, die Belastung allein beim Schuldner zu messen.[1021] Sie läßt nämlich vollkommen

1021 Vgl. etwa BGH DB 1971, 1416, 1417; BGHZ 55, 201, 207; BGHZ 92, 62, 65 [Dampffrisierstab II]; *Mertens,* in: FS Werner, 1984, S. 557, 566.; *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 113. In die selbe Richtung weist offenbar auch die Ansicht *Drueys*, Information, S. 242, wonach als übergreifende Regel aller Informationstypen davon ausgegangen werden kann, daß der *Empfänger alle* Lasten zu tragen hat, ist doch die Informierung mit Aktivitäten auf seine Rechnung verbunden. *Druey* schränkt diese globale Aussage für die *naturale* Wahrnehmung der Informationspflicht ein.

unbeachtet, daß der Gläubiger in Abhängigkeit vom jeweiligen Informationsmittel auch in erheblichen Umfang belastet werden kann.

Nach den bisher gewonnenen Erkenntnissen erscheint es vielmehr angezeigt, die Ambivalenz der Belastung in die Belastungsmessung aufzunehmen. Als Ausgangsbasis bietet sich dafür folgendes Rechenmodell an: Für Schuldner und Gläubiger sind jeweils separat die Belastungen durch die in gleicher Weise geeigneten Informationsmittel zu bestimmen. Nach der selbstverständlichen Grundregel ist dann jenes Informationsmittel als das am wenigsten belastende einzustufen, bei dem für Schuldner und Gläubiger die Belastung jeweils am geringsten ist. Diagramm 1 veranschaulicht dies. Nach Regel 1 ist Informationsmittel 1 das mildeste.

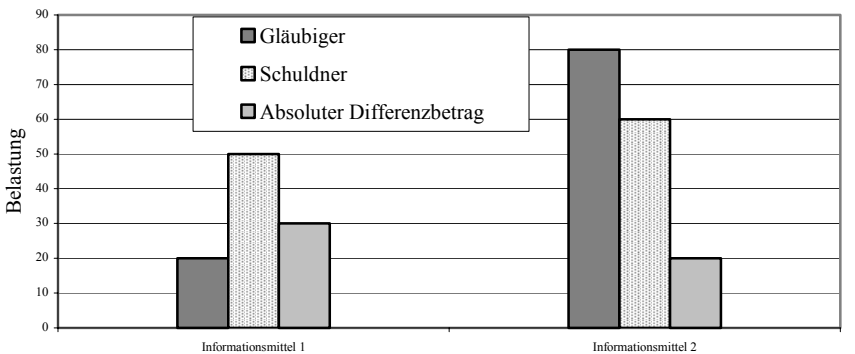

Diagramm 1

Vielfach wird mit Hilfe der Grundregel (Regel 1) das am wenigsten belastende Informationsmittel aber nicht zweifelsfrei zu bestimmen sein, weil der Schuldner durch das eine, der Gläubiger durch das andere stärker belastet wird. Regel 1 ist dann durch eine zweite Regel zu ergänzen. Nach Regel 2 ist jenes Informationsmittel am wenigsten belastend, welches folgende zwei Bedingungen erfüllt: Es weist den geringsten Differenzwert zwischen Schuldner- und Gläubigerbelastung und den geringsten Höchstbetrag bei der Einzelbelastung auf. Graphisch verdeutlicht dies Diagramm 2. Das Informationsmittel 1 weist mit 50 Einheiten sowohl den geringsten Belastungshöchstbetrag als auch mit 30 Einheiten den geringsten absoluten Differenzbetrag auf. Informationsmittel 1 wäre daher nach Regel 2 das mit der geringsten Belastung.

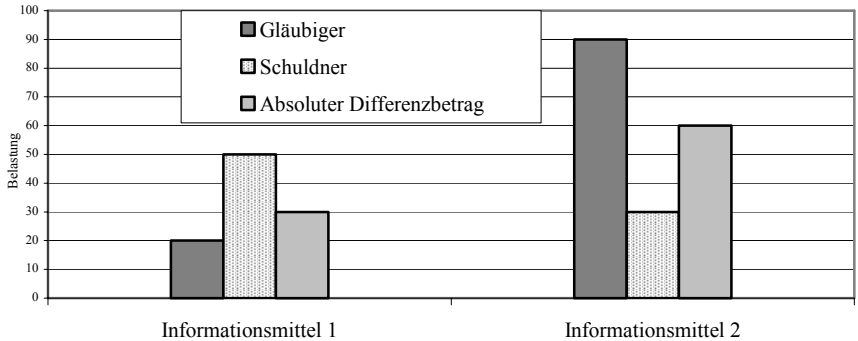

Diagramm 2

Regel 1 und 2 ermöglichen auf einfache Weise in einer Vielzahl der Fälle eine systemgerechte Bestimmung des mildesten Mittels. Ökonomischen als auch juristischen Aspekten kann maximal Rechnung getragen werden. Aus ökonomischer Sicht stellen Regel 1 und 2 eine möglichst effiziente Ressourcenverteilung sicher. Regel 1 trägt aus der Sicht des Rechts für eine Minimierung der Belastungsintensität für Schuldner und Gläubiger und Regel 2 in Fällen divergierender Belastungsintensität für einen verhältnismäßigen Ausgleich der jeweiligen Belastungsintensität Sorge. Ein Zielkonflikt zwischen ökonomischen und rechtlichen Wertungsgesichtspunkten besteht mithin nicht. Nach Diagramm 2 stimmt das ermittelte Ergebnis auch mit dem allgemeinen Gedanken überein, daß der Schuldner als der Verpflichtete die Hauptlast der Leistungserfüllung zu tragen hat.

Korrekturbedarf der regelgerechten Belastungsbestimmung könnte jedoch bestehen, wenn, wie in Diagramm 3 verdeutlich, das so ermittelte Ergebnis zu Lasten des Gläubigers ausfällt. Das weniger belastende Informationsmittel 1 ist für ihn persönlich das belastendere, obwohl es nach der Regel 2 als das insgesamt weniger belastende gilt. Das regelgerechte Ergebnis steht mithin im Widerspruch zum Gedanken, daß der Schuldner die Hauptlast der Leistungserfüllung zu tragen hat.[1022]

1022 Diesen Grundsatz betont auch *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 148. Wer die Leistung zu bewirken hat, trägt auch deren Kosten; differenzierend *Druey*, Information, S. 242.

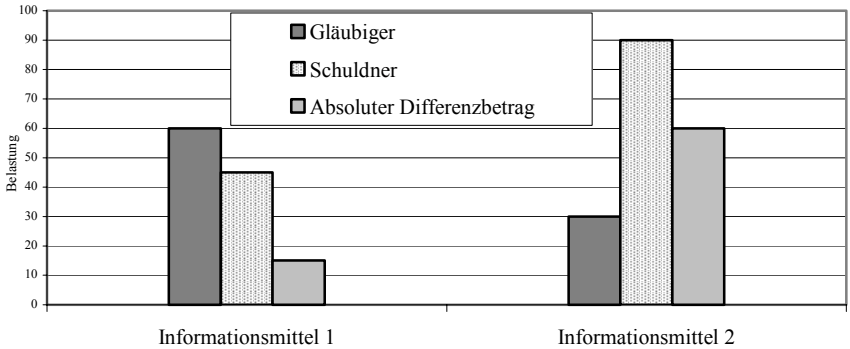

Diagramm 3

Eine Korrektur rechtfertigt dieser Grundsatz vorliegend allerdings nicht.[1023] Dafür spricht methodisch, daß anderenfalls die Regeln zur Bestimmung des am wenigsten belastenden Mittels nur unnötig verkompliziert würden und an Klarheit verlören, wenn man eine Vielzahl von Ausnahmen zulassen würde. Gewichtiger ist aber der Gesichtspunkt, daß es im Rahmen der Bestimmung des mildesten Mittels um einen interessengerechten Ausgleich der gegenläufigen Belastungsintensitäten geht. Ergebnis der dazu vorzunehmenden Abwägung kann aber eben auch sein, daß der Gläubiger im Einzelfall durch das mildere Informationsmittel stärker belastet wird als durch das insgesamt belastendere. Der Gedanke des Ausgleichs wird in der Rechenmethode besonders dadurch hervorgehoben, daß der Differenzbetrag zwischen der Schuldner- und der Gläubigerhöchstbelastung als Parameter in die Entscheidungsregel 2 eingeht. Je geringer der Differenzbetrag ist, desto gleichmäßiger ist die Belastung auf Schuldner und Gläubiger verteilt.

Trotz der Regeln 1 und 2 sind Fallkonstellationen denkbar, in denen allein durch deren Anwendung keine eindeutige Entscheidung getroffen werden kann.

So liegt es etwa in einer Pattsituation. Eine solche ist gegeben, wenn beide Informationsmittel nach Regel 1 und 2 dieselbe Belastungsintensität aufweisen, weil die einzelnen Belastungsbeträge für Schuldner und Gläubiger zwischen den Informationsmitteln nur jeweils vertauscht sind.[1024] Regel 1 versagt in einem solchen Fall, weil das eine Informationsmittel für den Schuldner, das andere für den Gläubiger belastender ist. Ebenso hilft Regel 2 nicht weiter, weil bei beiden Informationsmitteln der Höchst- und Differenzbetrag identisch sind.

1023 Denkbar wäre als Korrekturfaktor auch die in der Zuweisung der Verarbeitungslast liegende Wertung heranzuziehen. Zwar wäre diese Wertung leicht zu ermitteln; wie sie allerdings betragsmäßig in den Abwägungsprozeß als möglicher Korrekturfaktor einbezogen werden sollte, ist praktisch und theoretisch völlig offen.

1024 Siehe dazu beispielhaft Diagramm 4.

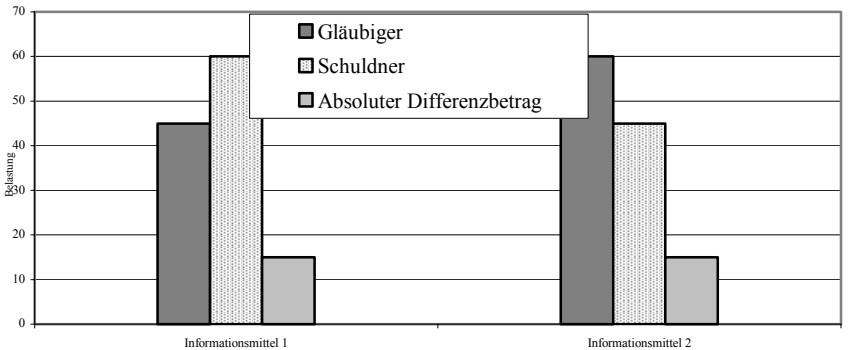

Diagramm 4

Gelten in einer solchen – wohl eher nur theoretischen – Konstellation beide Informationsmittel als identisch in der Belastung, hängt die Entscheidung für das eine oder das andere Informationsmittel davon ab, ob der Schuldner oder der Gläubiger stärker belastet werden soll. Enthält die Anspruchsgrundlage Vorgaben für das primär zu bevorzugende Informationsmittel, kann die darin zum Ausdruck kommende Wertung als zusätzliche Entscheidungsregel genutzt werden. Es hat dann derjenige die höhere Belastung zu tragen, dem nach der Grundwertung der Anspruchsgrundlage die höhere Verarbeitungslast zugewiesen ist. Ist z.B. der Schuldner nach der Anspruchsgrundlage zur Aufklärung verpflichtet, konnte damit aber das Informationsbedürfnis nicht hinreichend befriedigt werden, und stehen nunmehr Auskunft (Informationsmittel 1) und Einsicht (Informationsmittel 2) als gleich geeignet und insgesamt gleich belastend zur Auswahl, fällt die Wahl auf das Informationsmittel 1, weil damit der gesetzlichen Wertung am ehesten entsprochen wird, den Schuldner stärker als den Gläubiger zu belasten.[1025] Enthält der Information gewährende Rechtsgrund hingegen keine Wertung über die Zuweisung der Verarbeitungslast,[1026] ist jenes Informationsmittel zu wählen, das für den Schuldner die größere Belastung bedeutet. Schließlich ist es der Schuldner, der allgemein durch seine Leistungspflicht belastet wird und daher auch primär die Lasten dieser Pflicht zu tragen hat. Ein Konflikt zwischen ökonomischen und juristischen Wertungsgesichtspunkten besteht aufgrund des *non liquet* der ökonomischen Betrachtung nicht.

Ebenso kann anhand der Regeln 1 und 2 keine eindeutige Feststellung des mildesten Informationsmittels getroffen werden, wenn sich die Situation vergleichbar der im

1025 Vgl. zur Belastung bei den einzelnen Informationsformen durch die Zuweisung der Verarbeitungslast Abbildung 1 (S. 122).

1026 Von großer praktischer Bedeutung ist § 51a GmbHG, wonach Auskunft und Einsicht gleichrangig nebeneinander stehen und damit weder Gesellschaft noch Gesellschafter vorrangig mehr Verarbeitungslast zugewiesen ist.

Diagramm 5 veranschaulichten darstellt. Anzumerken ist dabei, daß es sich bei dieser Situation wohl um ein eher theoretisches Denkspiel – insbesondere was die Differenz der Belastungen von Schuldner und Gläubiger zwischen den beiden Informationsmitteln betrifft – handelt. Mit nicht ganz so extremen Belastungsbeträgen kann diese Situation gleichwohl in der Praxis relevant sein, wenn der Schuldner keinerlei Geheimhaltungsinteresse (mehr) hat und seine Unterlagen zunächst selbst mühevoll sichten müßte. Praktischer Anwendungsfall ist damit beispielsweise der von einem (Masse-)Gläubiger im Regelinsolvenzverfahren gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend gemachte Informationsanspruch.[1027] Unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit respektive der Verhältnismäßigkeit wird in diesen Fällen ein Verweis auf die Einsicht statt der begehrten Auskunft zugelassen.[1028] Wegen der anstehenden Zerschlagung des Unternehmens besteht nämlich regelmäßig kein beachtenswertes Geheimhaltungsinteresse[1029] (mehr), und der frisch eingesetzte Insolvenzverwalter hat (noch) gar keinen Überblick über die Unterlagen. Letzteren müßte er sich erst durch sehr zeit- und kostenintensive Unterlagensichtung verschaffen.

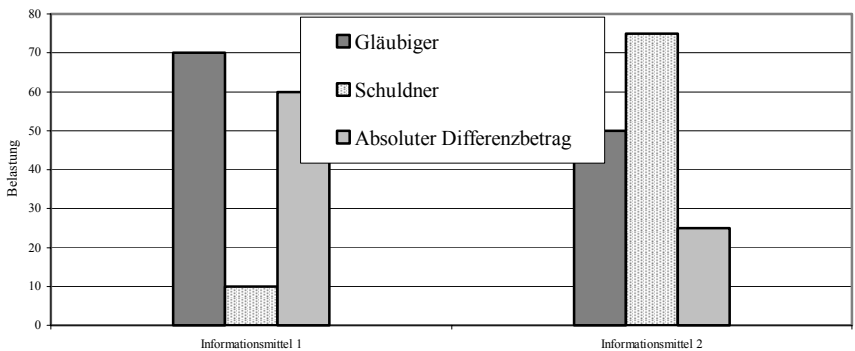

Diagramm 5

Unter ökonomischen Gesichtspunkten ist es in einer solchen Fallgestaltung angezeigt, Informationsmittel 1 als das weniger belastende zu betrachten. Zum einen ist die Summe der jeweiligen Einzelbelastungen beim Informationsmittel 1 mit 80 Einheiten geringer als beim Informationsmittel 2 mit 135 Einheiten. Zum anderen wird bei Bevorzugung des Informationsmittels 2 der Schuldner mit 65 Einheiten mehr belastet, um

1027 Vgl. dazu BGHZ 70, 86, 91; LG Baden-Baden ZIP 1989, 1003, 1004; LG Stuttgart DB 1986, 643; OLG Hamm GmbHR 2002, 163, 167.

1028 Siehe die Nachweise in Fn. 1027.

1029 Zur Berücksichtigung des Geheimhaltungsinteresses bei der Berechnung der Belastungsintensität siehe ausführlicher unter D.V.2.c.cc(2)(b) (S. 240 f.).

den Gläubiger lediglich um 20 Einheiten zu entlasten.[1030] Aufwand und Nutzen stünden damit in einem sehr schlechten Verhältnis, würde man Informationsmittel 2 als das mildere einstufen. Diesen ökonomischen Gesichtspunkten stehen rechtliche Argumente gegenüber. Zum einen bliebe bei der Entscheidung für das Informationsmittel 1 unberücksichtigt, daß es bei der Bestimmung des am wenigsten belastenden Informationsmittels auch um eine gerechte Verteilung der Belastung zwischen Schuldner und Gläubiger geht. Aufgrund des geringeren Differenzbetrages spräche dieser Gesichtspunkt für Informationsmittel 2.[1031] Zum anderen spricht, unter Bezugnahme auf die Ausführungen zu Diagramm 4, für das Informationsmittel 2, daß damit dem Gedanken Rechnung getragen würde, daß grundsätzlich der Schuldner die Hauptbelastung der Leistungserfüllung zu tragen hat. Beide Argumente könnten allerdings dadurch relativiert werden, daß die in der Zuweisung der Verarbeitungslast zum Ausdruck kommende Wertung der Belastungsverteilung des Informationsmittels 1 entspricht. Gegen die Berücksichtigung dieser Wertung spricht wiederum entscheidend, daß sie graduell nur sehr schwer zu fassen ist. Ihre Berücksichtigung zur Entscheidungsfindung in einer Pattsituation beruht einzig darauf, daß dort aufgrund des non liquet keine betragsmäßige Berücksichtigung der Wertung vorgenommen werden muß. Vorliegend wäre aber erforderlich zu sagen, wie die in der Zuweisung der Verarbeitungslast liegende Wertung betragsmäßig zu berücksichtigen wäre. Ein solches Unterfangen ist aber zum Scheitern verurteilt. Klarheit und Einfachheit ließen sich damit nicht erreichen, sondern nur das ganze Gegenteil. Mit Blick auf ein möglichst einfaches und kompaktes Regelwerk sollte daher die Berücksichtigung der Wertung auf Pattsituationen der beschriebenen Art[1032] beschränkt bleiben.

Eine Lösung des Konflikts zwischen wirtschaftlichen und juristischen Argumenten könnt für den praktisch relevantesten Fall im Folgenden liegen: In der Praxis ist die vorliegende Konstellation vor allem bei der Geltendmachung eines Informationsanspruchs im Regelinsolvenzverfahren[1033] anzutreffen. In diesem ist den ökonomischen Argumenten die größere Gewichtung beizumessen, weil nur so verhindert werden kann, daß die Vermögensmasse durch das Informationsbegehren eines Gläubigers über das zwingend Notwendige hinaus weiter geschmälert wird. Eine Schmälerung der Masse zum (un-)mittelbaren Vorteil eines Gläubigers würde jedoch gegen den das Insolvenzrecht beherrschenden Grundsatz *par condicio creditorum* verstoßen.[1034] Insoweit streitet auch mittelbar ein rechtliches Argument für die Bestimmung des mildesten Informationsmittels nach ökonomischen Gesichtspunkten. Im übrigen lassen sich keine klaren Entscheidungsregeln dafür anführen, wie in einer dem Diagramm 5 vergleichbaren Konstellation zu verfahren ist. Eine weitere Regelbildung ist untunlich,

1030 In der Praxis dürfte sich dieses Argument dadurch relativieren, daß es unwahrscheinlich ist, daß der Belastungssteigerung einer Partei (hier des Schuldners) eine nur marginale Entlastung der anderen Partei korrespondiert.

1031 Vgl. Fn. 1030.

1032 Vgl. dazu Diagramm 4.

1033 Voraussetzung: keine Eigenverwaltung!

1034 Vgl. dazu Nachweise in Fn. 1027.

weil diese extreme Konstellation vielfach durch Besonderheiten des Einzelfalls gekennzeichnet sein wird. In einem solchen Fall sollten die Besonderheiten als weitere Parameter zur Bestimmung des mildesten Informationsmittels herangezogen werden.

Die Regeln zur Bestimmung des mildesten Mittels lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Regel 1: Ist ein Informationsmittel für Gläubiger und Schuldner jeweils das weniger belastende, so ist dies das mildeste Mittel.

Regel 2: Ist keines der geeignetsten Informationsmittel für Schuldner und Gläubiger das am wenigsten belastende, so ist jenes das mildeste Mittel, das den geringsten Höchstbelastungs- und Differenzbetrag zwischen Schuldner- und Gläubigerbelastung aufweist.

Regel 3: Sollte sich nach Regel 2 eine identische Belastung (Pattsituation) ergeben, ist jenes Informationsmittel das mildeste, dessen Wertung mit jener harmoniert, die in der Information gewährenden Norm durch die Zuweisung der Verarbeitungslast zum Ausdruck kommt. Enthält der Anspruchsgrund keine Vorgaben hinsichtlich der Zuweisung der Verarbeitungslast, ist jenes Mittel weniger belastend, das den Schuldner stärker belastet.

Regel 4: Kann auch mittels Regel 3 keine Entscheidung getroffen werden, bedarf es eines Abwägungsprozesses im Einzelfall. Dazu sind neben den in den Regeln 1 bis 3 enthaltenen Wertungen die Besonderheiten des Einzelfalls als weitere Entscheidungsparameter heranzuziehen. Im Fall des Regelinsolvenzverfahrens ist zu berücksichtigen, daß eine starke Belastung des Insolvenzverwalters zu einem Verstoß gegen den Grundsatz *par condicio creditorum* führen kann. Zur Vermeidung dessen sind wirtschaftliche Entscheidungsgesichtspunkte vorrangig zu beachten.

(b) Belastungsberechnung

Die Art und Weise der Berechnung der Belastung von Schuldner und Gläubiger durch das jeweilige Informationsmittel wirkt sich entscheidend auf die Bestimmung des mildesten Mittels nach den soeben entwickelten Regeln aus. Die Anwendbarkeit der Regeln setzt voraus, daß die Belastung zumindest annähernd betragsmäßig bestimmt werden kann. Dazu bietet sich an, auf die ständige Rechtsprechung[1035] und die ihr folgende Literatur[1036] zur Berechnung des Beschwerdegegenstands (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO n.F.) bei Verurteilung zur Erteilung einer Auskunft, zur Rechnungslegung, zur

1035 BGHZ 128, 85 ff. = *Jacobs*, GRUR 1995, 703 = *H. Roth*, JZ 1995, 683 f.; BGH NJW-RR 2003, 145; BGH NJW 2001, 1284 f.; BGH WM 2001, 827 f. = NJW-RR 2001, 929; BGH NJW 2000, 3073, 3074; BGH NJW 1999, 3049, 3050; BGH NJW 1997, 3246.

1036 *Rimmelspacher*, in: MünchKomm-ZPO, § 511a Rn 34; *H. Roth*, in: Stein/Jonas, § 3 Rn 47 »Auskunftsanspruch« b); *Ball*, in: Musielak (3. Auflage), § 511a Rn 23.

Einsichtgewährung in bestimmte Unterlagen, zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung oder dergleichen zurückzugreifen. Nach der Grundsatzentscheidung des Großen Senats für Zivilsachen in BGHZ 128, 85 ff. berechnet sich die Beschwer eines zur Auskunft oder dergleichen Verurteilten nach dem Aufwand an Kosten und Zeit, den die Erteilung der Auskunft erfordert.[1037] Ausnahmsweise können die Kosten für die Hinzuziehung einer sachkundigen Hilfsperson bei der Berechnung des Aufwands berücksichtigt werden, wenn sie zwangsläufig entstehen, weil der Schuldner anderenfalls zu einer sachgerechten Informationserteilung nicht in der Lage wäre.[1038] Die zusätzlichen Kosten für eine Hilfsperson können damit vor allem dann in Ansatz gebracht werden, wenn der Schuldner nicht über die intellektuellen Fähigkeiten verfügt, die aufgrund der Zuweisung der Verarbeitungslast durch das jeweilige Informationsmittel von ihm gefordert werden. Weitergehend sollte man den Schuldner gem. § 241 Abs. 2 BGB (Rücksichtnahmegebot) sogar für verpflichtet halten, trotz eigenen Sachverstands eine Hilfsperson hinzuziehen, wenn dadurch der Aufwand zur sachgemäßen Befriedigung des Informationsbedürfnisses verringert werden kann. Nur wenn eigene schützenswerte Interessen des Schuldners durch die Beauftragung einer Hilfsperson – insbesondere das Geheimhaltungsinteresse – gefährdet werden könnten, entfällt die Pflicht zur Minimierung des Aufwands. Völlig anders stellt sich die Sachlage dar, wenn der Schuldner aufgrund eigenen Fehlverhaltens auf die Hinzuziehung einer Hilfsperson angewiesen ist. In einem solchen Fall kann er die zusätzlichen Kosten nicht in Ansatz bringen.[1039] So kann der Schuldner beispielsweise nicht die Kosten für einen Buchprüfer geltend machen, wenn er seiner Pflicht zur Buchführung so nachlässig nachgekommen ist, daß er sich selbst in dem dadurch verursachten Chaos nicht mehr zu recht findet.[1040] Weiterführend ist dieser Gedanke sogar dahin einer Verallgemeinerung zugänglich, daß der Mehraufwand, der durch ein »Verschulden« des Schuldners bedingt ist, nicht in die Berechnung der Belastung eingehen kann.[1041] Eine Berücksichtigung kommt allenfalls auf der dritten Stufe der Zumutbarkeit des Informationsmittels in Betracht. Die Frage, ob bei den Informationskosten das Gewinninteresse des Schuldners aufgrund beruflicher Stellung zu berücksichtigen ist, hat das OLG Hamm wegen der persönlichen Natur des Informationsanspruchs im Fall des

1037 BGHZ 128, 85, 87; zustimmend: Fn. 1035 und Fn. 1036.

1038 BGH NJW-RR 2002, 145, 146; BGH NJW 2001, 1284; BGH FamRZ 1989, 730, 731; BGH FamRZ 1993, 306; OLG München OLGR München 1998, 7, 8 = FamRZ 1999, 453; OLG Hamm FamRZ 1989, 731; für die Ansatzfähigkeit ohne dies Einschränkung *Ball*, in: Musielak (3. Auflage), § 511a Rn 23.

1039 Ähnlich OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 414, 415; OLG Köln, Urteil vom 19.3.1999, Az. 4 U 42/98 (abrufbar unter: http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe/olgs/koeln/j1999/-4_U_42_98.html [Stand: Oktober 2003]), Vorinstanz zu BGH NJW 2001, 2333 ff.

1040 Nach BGHZ 56, 290, 296 ist der hohe Aufwand für die Erteilung eines Buchauszuges dann außer Acht zu lassen, wenn er auf der unzureichenden Buch- und Karteiführung des Unternehmers beruht. Der Unternehmer kann dem Handelsvertreter ein Kraft Gesetzes zustehendes Recht nicht wegen eines Mangels in der Betriebsorganisation entziehen.

1041 Im Ergebnis ebenso Fn. 1039.

§ 1605 BGB verneint.[1042] Im konkreten Fall wollte ein auskunftspflichtiger Steuerberater für die Aufstellung einer Vermögensübersicht den Kostensatz in Ansatz bringen, den er gewöhnlich seinen Mandaten in Rechnung stellt. Das OLG Hamm lehnte dies mit der Begründung ab, daß keine berufsspezifische Auskunftspflicht zu erfüllen sei. Auf den ersten Blick mag das Ergebnis überzeugend erscheinen. An Überzeugungskraft verliert es bei einem Vergleich mit einem fast identischen Parallelfall. Die Abweichung besteht lediglich darin, daß der Schuldner kein Steuerberater, sondern ein Fliesenleger ist.[1043] Nach Ansicht des OLG Hamm und wohl Teilen der Rechtsprechung könnte der Fliesenleger problemlos die Kosten für die Hinzuziehung eines Steuerberaters in Ansatz bringen, während dies dem Steuerberater selbst versagt wird. Das Ergebnis dieser Ansicht läuft darauf hinaus, daß der Gläubiger eines sachverständigeren Schuldners unter Kostengesichtspunkten bevorteilt wird. Eine derartige Vorteilsgewährung ist aber nicht zu rechtfertigen. Schließlich kann der Fliesenleger in der Zeit, in der der Steuerberater in seinem Interessenkreis tätig wird, seine Arbeitskraft anderweitig gewinnbringend einsetzen. Er erleidet durch die externe »Erfüllung« der Informationspflicht keinen Verdienstausfall. Es ist kein Grund ersichtlich, warum dem sachkundigen Informationsschuldner dagegen ein Verdienstausfall zugemutet werden soll. Gegenteiliges läßt sich auch nicht aus der Paralleldiskussion zur Erstattungsfähigkeit von Arbeitsleistungen als »Aufwendung« (§ 670 BGB) herleiten.[1044] Zu den Informationskosten des sachverständigen Schuldners zählt damit auch ein etwaiger Verdienstausfall.[1045] Daß dadurch wiederum der Gläubiger benachteiligt ist, dessen sachverständiger Schuldner gewöhnlich einen besonders hohen Verdienstausfall erleidet, kann begegnet werden, indem der Schuldner gem. § 241 Abs. 2 und entsprechend dem Gedanken aus § 254 Abs. 2 S. 1 BGB nur jene Kosten in Rechnung stellen kann, die auch bei Hinzuziehung eines kostengünstigeren Dritten entstanden wären.[1046] Ähnlich verhält es sich mit der Frage, ob etwa Kopierkosten nach berufsspezifischen Pauschalsätzen (z.B. Nr. 7000 RVG) in Ansatz gebracht werden können. Dies ist klar zu verneinen.[1047] Es können nur die tatsächlich entstandenen Kosten berechnet werden. Aus diesem Grund kann die Berücksichtigung von Kosten auch nicht mit dem Argument abgelehnt werden, daß sie später ohnehin entstanden wären.[1048] Zu Recht weist der BGH diesbezüglich darauf hin, daß einzig entscheidend ist, ob die Kosten notwendig sind, um den fälligen Informationsanspruch im Moment erfüllen zu können.[1049]

1042 OLG Hamm FamRZ 1989, 731, 732; BGH NJW 2000, 3073, 3074 (angestellter Arzt); BGH NJW-RR 2002, 145, 146; offen gelassen in BGH FamRZ 1989, 730, 731.

1043 So die Fallkonstellation in BGH FamRZ 1993, 306.

1044 Vgl. ausführlich zu diesem Themenkreis *Köhler*, JZ 1985, 359 ff.

1045 So wohl auch BGH NJW 1999, 3045, 3051.

1046 Auf diesen Aspekt deutet auch BGH WM 2001, 827, 828 = NJW-RR 2001, 929, hin, wenn es die Frage aufwirft, ob die Kosten für den Einsatz von Fachpersonal (Bruttogehalt ca. DM 5.700/mtl.) zu einfachen Sortierarbeiten in Ansatz gebracht werden können.

1047 So wohl BGH WM 2001, 827, 828 = NJW-RR 2001, 929.

1048 Beispielsweise, weil die Unterlagen ohnehin für die jährliche Steuererklärung gesichtet und Ein- und Ausgaben erfaßt werden müßten.

1049 BGH FamRZ 1989, 306, 307.

Umgekehrt bleiben solche Kosten außer Ansatz, die in der Vergangenheit aus anderen Gründen bereits entstanden sind.

Schwieriger ist die Frage nach der Hinzuziehung einer Hilfsperson und den damit verbundenen Kosten, wenn der Schuldner eine juristische Person oder Personengesellschaft ist.[1050] Da alle nicht natürlichen Rechtssubjekte nur durch das Handeln natürlicher Personen, regelmäßig ihrer Organe, überhaupt zur Teilnahme am Rechtsverkehr fähig sind, stellt sich zum einen die Frage, wer überhaupt als Hilfsperson einzustufen ist und wer nicht. Hilfreich und eindeutig ist hier die Unterscheidung zwischen externen und internen, nämlich allen Angestellten des Unternehmens im weitesten Sinn. Daran schließt sich die Frage an, welcher Angestellte mit welchem Kostenfaktor bei der Aufwandsberechung zu berücksichtigen ist, insbesondere dann, wenn mehrere unterschiedlich »teuere« Angestellte i.w.S. in gleicher Weise geeignet sind.[1051] Mit Blick auf das Rücksichtnahmegebot gem. § 241 Abs. 2 und § 254 Abs. 2 S. 1 BGB analog sind nur die Kosten des billigsten geeignetsten Angestellten berücksichtigungsfähig. An der Eignung kann es aber unter Geheimhaltungsgesichtspunkten bei einem einfachen Angestellten fehlen. Bei leitenden Angestellten dürfte dies dagegen eher selten der Fall sein. Schließlich ist auch hier die Frage nach der Hinzuziehung einer externen Hilfsperson zu stellen. In welchem Umfang darf oder muß die nicht natürliche Person eigene Ressourcen in Anspruch nehmen, um das Informationsbedürfnis durch das jeweilige Informationsmittel sachgerecht befriedigen zu können? Liegt kein »Verschulden« seitens der nicht natürlichen Person vor, ist diese ebenso wie eine natürliche Person gem. § 241 Abs. 2 und § 254 Abs. 2 S. 1 BGB analog grundsätzlich verpflichtet, jene Form der Informationsverarbeitung zu wählen, die den geringsten Aufwand verursacht. So ist beispielsweise ein externer Wirtschaftsprüfer hinzuzuziehen, wenn dieser schneller und kostengünstiger die Unterlagen sichten und aufbereiten kann als die unternehmenseigene Buchhaltungsabteilung. Eine Grenze findet diese Pflicht wiederum in den eigenen schützenswerten Interessen des Schuldners.

Neben dem Aufwand an Kosten und Zeit soll ein weiterer anerkannter Faktor für die Bemessung der Beschwer das Geheimhaltungsinteresse[1052] des Informationsverpflichteten sein.[1053] Nach Auffassung des BGH sei dazu Voraussetzung, daß der Schuldner die mit der Informationspflicht verbundenen Nachteile konkret darlegt, er glaubhaft macht, daß ihm durch die Informationsgewährung ein konkreter Nachteil droht.[1054] Zu berücksichtigen sei dabei, daß gerade in der Person des Information Begehrenden die Gefahr begründet sein muß, dieser werde von den offenbarten Tatsachen über den Rechtstreit hinaus in einer Weise Gebrauch machen, die schützenswerte wirtschaftliche Interessen des Informationspflichtigen gefährden könnte.[1055] Eine pauschale Beru-

1050 Vgl. dazu BGH WM 2001, 827, 828 = NJW-RR 2001, 929.
1051 Vgl. dazu auch BGH FamRZ 1993, 306.
1052 Ausführlicher zum Geheimhaltungsinteresse unter E.I.2 (S. 253 ff.).
1053 BGHZ 128, 85, 87; BGH NJW-RR 1995, 764; BGH FamRZ 1989, 730; BGH NJW 1999, 3049, 3050.
1054 BGH NJW-RR 1995, 764; BGH WM 2001, 827, 828 = NJW-RR 2001, 929.
1055 BGHZ 128, 85, 87; BGH NJW-RR 1995, 764; BGH NJW 1997, 3246

fung auf das Geheimhaltungsinteresse sei damit ungenügend.[1056] Wie die vergleichbare Diskussion bei § 131 Abs. 3 AktG zur Begründungstiefe zeigt, kann es jedoch im Einzelfall schwierig sein, das Geheimhaltungsinteresse hinreichend zu substantiieren, ohne zugleich das Geheimnis zu offenbaren.[1057] Keine Berücksichtigung soll hingegen ein unberechtigtes Geheimhaltungsinteresse finden.[1058]

Die Rechtsprechung zur Berücksichtigung des Faktors berechtigtes Geheimhaltungsinteresse muß bei der Berechnung der Belastungsintensität eines Informationsmittels im Vergleich zu anderen relativiert werden. Grund dafür ist die hier vertretene These vom einheitlichen Recht auf Information, deren Zentralanliegen die Befriedigung des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses ist. Für ein zu berücksichtigendes Geheimhaltungsinteresse bedeutet dies aber, daß es grundsätzlich nur in bezug auf den Anspruch auf Information als solchen von Bedeutung ist. Wie *Stürner* in ähnlichem Zusammenhang bereits ausgeführt hat, spielt das Geheimhaltungsinteresse hingegen für die Bestimmung der Belastungsintensität des einzelnen Informationsmittels grundsätzlich keine Rolle.[1059] Der Informationsschuldner hat bei der Auskunft die selben Daten und Fakten mitzuteilen, die auch Inhalt der Einsicht wären.[1060] Im Grundsatz besteht daher zwischen den einzelnen Informationsmitteln kein Unterschied beim Geheimhaltungsbedürfnis. In der Praxis wird man gleichwohl vielfach bei der Einsicht ein besonders zu berücksichtigendes »Geheimhaltungsbedürfnis« vorfinden, was aus der praktischen Schwierigkeit resultiert, einsichtspflichtige Unterlagen von den übrigen interessengerecht zu trennen.[1061] Nur diesbezüglich kann bei der Einsicht im Rahmen der Belastungsbestimmung ein besonderes Geheimhaltungsinteresse des Schuldners berücksichtigt werden. Erhebliche Probleme praktischer Art bereitet die Bezifferung des Geheimhaltungsinteresses. Ansatzpunkt könnte nach dem soeben Gesagten das Risiko der Einsichtnahme in nicht einsichtspflichtige Unterlagen sein. Weiter kann und soll dazu an dieser Stelle aber nicht Stellung genommen werden, weil dies kein spezifisches Problem des hier vertretenen Ansatzes zur Bestimmung des mildesten Mittels ist. Es handelt sich dabei vielmehr um ein generelles Problem. Im Gegensatz zu anderen Ansätzen kann der Vorliegende jedoch eine höhere Genauigkeit der Belastungsmessung beanspruchen, weil das Geheimhaltungsinteresse als geschätzter Wert in wesentlich geringerem Umfang in die Gesamtberechnung einfließt.

Nach der Rechtsprechung zur Berechnung des Beschwerdegegenstands berechnet sich allerdings nur der Beschwerdewert des zur Information Verpflichteten nach dem Aufwand an Kosten und Zeit, der zur Erfüllung des Informationsanspruchs notwendig

1056 BGH BGHReport 2001, 809; (Abgrenzung BGH NJW 1999, 3049).

1057 Vgl. zum Diskussionsstand nur BGH AG 1987, 344, 345 = ZIP 1987, 1239, 1241; *Heidel*, in: AnwKomm-AktG, § 131 Rn 60; *Decher*, GroßKomm-AktG, § 131 Rn 291, jeweils mit umfangreichen Nachweisen über Rechtsprechung und Literatur.

1058 BGH NJW-RR 1995, 764.

1059 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 342.

1060 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 342 (allgemein); OLG Düsseldorf GmbHR 1991, 18 m.w.N., für das umgekehrte Verhältnis (GmbH & Co. KG).

1061 Vgl. dazu bereits oben C.V.2 (S. 173 ff.).

ist. Der Wert der Beschwer des Information Begehrenden sei demgegenüber in der Regel mit einem Bruchteil des Hauptanspruches festzusetzen.[1062] Der Grund dafür soll in den unterschiedlichen Beschwerdegegenständen von Schuldner und Gläubiger bei gerichtlichen Streitigkeiten über Informationsansprüche liegen, die letztlich über die Höhe der Beschwer bestimmen. Maßgebend sei nämlich das wirtschaftliche Interesse des Rechtsmittelklägers am Erfolg seines Rechtsmittels. Das wirtschaftliche Interesse des Schuldners soll aber allein darin liegen, keine Information leisten zu müssen. Der Beschwerdewert entspricht demnach im Falle des Erfolgs der Ersparnis des Aufwands für die Informationserteilung. Dieser Aufwand ist aber – abgesehen von einem gegebenenfalls zu berücksichtigenden Geheimhaltungsinteresse – identisch mit der Belastung durch das jeweilige Informationsmittel aufgrund der damit einhergehenden Verarbeitungslast. Beschwerdegegenstand und die hier zu bestimmende Belastung durch das jeweilige Informationsmittel sind somit deckungsgleich. Anders verhält es sich hingegen beim Informationsgläubiger. Der Anspruch auf Auskunft bezieht nach der Rechtsprechung seinen wirtschaftlichen Wert typischerweise daraus, daß mit ihm die Durchsetzung eines Hauptanspruchs vorbereitet werden soll.[1063] Der wirtschaftliche Zweck des Auskunftsverlangens soll im allgemeinen darin bestehen, eine der Grundlagen zu schaffen, die für den Anspruch auf die Hauptleistung erforderlich sind. Daher nimmt die Rechtsprechung an, daß es angebracht erscheint, den (Beschwerde-)Wert des Auskunftsverlangens mit einem Bruchteil des Hauptanspruchs festzusetzen. Der (Beschwerde-)Wert weist damit keinerlei Bezug zum Aufwand des Gläubigers im Zusammenhang mit der Informationserteilung auf. Die Verarbeitungslast des Gläubigers wird zur Beschwerberechnung ignoriert. Für den vorliegenden Zweck überzeugt diese unterschiedliche Bemessung des Beschwerdewerts jedoch nicht,[1064] weil unter informationsrechtlichen Gesichtspunkten die Belastung des Gläubigers keine Verbindung zur Durchsetzung eines Hauptanspruches aufweist. Vielmehr bestimmt sich die Belastung des Informationsgläubigers ebenso allein danach, welchen Aufwand an Kosten und Zeit er zur Bewältigung der ihm durch das jeweilige Informationsmittel zugewiesenen Verarbeitungslast betreiben muß.

(3) Zumutbarkeit

Auf der dritten Stufe ist schließlich die Zumutbarkeit des einzelnen Informationsmittels für den Schuldner, aber auch für den Gläubiger, zu prüfen. Hervorgehoben sei an dieser Stelle noch einmal, daß es hier nur um die Zumutbarkeit des einzelnen Informationsmittels geht, hingegen nicht um die Zumutbarkeitsgrenze des Informationsanspruchs als solchen. Letzteres bringt den Anspruch auf Information zum Erlöschen, ein unzumutbares Informationsmittel hat dagegen den Verweis auf ein anderes Informati-

1062 BGHZ 128, 85, 89; BGH FuR 2001, 236; OLG Naumburg OLGR Naumburg 1997, 274.
1063 Nachweise zum Vorstehenden siehe Fn. 1062 und Fn. 1035, 1036.
1064 Von Teilen der Literatur wird die unterschiedliche Bestimmung des Beschwerdeinteresses – auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten – kritisiert (vgl. dazu etwa die Urteilsanmerkung zu BGHZ 128, 85 ff. von *H. Roth*, JZ 1995, 683 f.).

onsmittel zur Folge. Nur wenn das schonendste Mittel zugleich in unzumutbarer Weise in die schutzwürdigen Belange des Schuldners eingreift, führt dessen Unzumutbarkeit ausnahmsweise auch zur Unzumutbarkeit des gesamten Anspruchs.

Aufgrund der vorangegangenen Abwägungsprozesse auf den Stufen eins und zwei wird es sehr selten sein, daß ein Informationsmittel nicht zumutbar ist. Ein Informationsmittel ist grundsätzlich unzumutbar, wenn es die unter E.IV.1.b (S. 309 ff.) allgemein darzustellenden Zumutbarkeitsgrenzen überschreitet. Als weiteres Zumutbarkeitskriterium ist zu berücksichtigen, ob dem Schuldner hinsichtlich der Umstände, die das Informationsmittel als unzumutbar erscheinen lassen, zumindest die Nichtbeachtung ihn treffender Obliegenheiten vorgeworfen werden kann. So kann beispielsweise bei der Einsicht für die Zumutbarkeit hinsichtlich der Beschaffung von Unterlagen beachtlich sein, ob die Unterlagenerstellung im Rahmen eines »ordnungsgemäßen Geschäftsgangs« angezeigt gewesen wäre.[1065] War die Unterlagenerstellung dementsprechend angezeigt, kann sich der Schuldner auch nicht ohne weiteres im Rahmen der Zumutbarkeit auf den durch die erforderliche Beschaffung verursachten Aufwand berufen. Korrigierend greifen zudem folgende Gesichtspunkte ein: Die Zumutbarkeitsgrenze kann sich erhöhen, wenn die anspruchsbegründende Norm die Verarbeitungslast ohnehin der betroffenen Seite zugewiesen hat. Umgekehrt kann das Informationsmittel eher unzumutbar werden, wenn nach der Wertung der Anspruchsnorm die andere Seite die Verarbeitungslast zu tragen hat. Letzteres steht beim Schuldner freilich unter dem Vorbehalt, daß noch andere Informationsmittel als Alternative zur Verfügung stehen. Anderenfalls würde man den Schuldner zu leicht aus seiner Informationspflicht entlassen.

3. Zusammenfassung

Die Bestimmung der zeitlichen Reihenfolge der Informationsmittel hat sich primär an den gesetzlichen Vorgaben zu orientieren. Benennt die Information gewährende Rechtsgrundlage eine bestimmte Informationsform zur Vornahme der Leistungserfüllung, sind Schuldner und Gläubiger daran gebunden, bis feststeht, daß allein mit diesem Informationsmittel das rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis nicht befriedigt werden kann.[1066] Erst dann oder bei fehlender Vorgabe durch die Rechtsgrundlage ist anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips die zeitliche Abfolge der verschiedenen Informationsmittel zu bestimmen.[1067] Weil die einzelnen Informationsmittel in einem Verhältnis der gegenseitigen Ergänzung stehen, führt die Verwendung eines Mittels nicht zu dessen »Verbrauch«. Vielmehr kann das einzelne Informationsmittel wiederholt zum Einsatz kommen, wenn dies wegen seiner Ergänzungsfunktion in bezug auf andere notwendig ist. Vorab ist allerdings festzustellen, wem die Informationsinitiie-

1065 OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 414, 415.
1066 Vgl. dazu D.V.1 (S. 217 ff.).
1067 Vgl. dazu D.V.2.c.cc (S. 230 ff.).

rung zugewiesen ist. Abgrenzungskriterien sind dabei die funktionelle und die fachliche Nähe zum Informationsgegenstand.[1068]

1068 Vgl. dazu D.V.2.a (S. 219 ff.).

VI. Fazit

Ist ein Rechtssubjekt aufgrund Gesetz oder Rechtsverhältnis zur Informationsleistung gegenüber einem anderen Rechtssubjekt verpflichtet, so ist Leistungsinhalt die Befriedigung des in der Rechtsgrundlage zum Ausdruck kommenden rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses. Die Leistungspflicht beschränkt sich deshalb nicht auf die Vornahme bestimmter, gegebenenfalls in der Rechtsgrundlage genannter Leistungshandlungen. Die Leistungserfüllung tritt vielmehr nur durch Herbeiführung eines bestimmten Grads an Entscheidungssicherheit beim Informationsempfänger ein, der mit dem rechtlich anerkannten Informationsbedürfnis korrespondiert. Gedankenbasis der darauf aufbauenden These vom *einheitlichen Recht auf Information* ist die informationstheoretisch abgeleitete Erkenntnis, daß die Befriedigung eines derart bestimmten Informationsbedürfnisses durch die Beschränkung der Leistungshandlung auf ein – genau vorgegebenes – Informationsmittel in vielen Fällen unmöglich ist. Jedes Informationsmittel ist mit seinen Vor- und Nachteilen nur in Grenzen in der Lage, ein Informationsbedürfnis umfänglich zu befriedigen.[1069] Durch die einzelfallbezogene Kombination der verschiedenen Informationsmittel können die individuellen Grenzen überwunden und damit die Informationspflicht erfüllt werden, weil sich die einzelnen Informationsformen gegenseitig ergänzen. Aus diesem Grund kann der Gläubiger nicht ausschließlich auf das ausdrücklich genannte Informationsmittel des Verpflichtungsgrunds verwiesen werden. Hat der Gläubiger ein subjektives Recht auf Information, so beinhaltet dieses Recht nach der These vom *einheitlichen Recht auf Information* alle Informationsmittel, die zur Befriedigung des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses notwendig sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die Anspruchsgrundlage Vorgaben hinsichtlich eines bestimmten einzusetzenden Informationsmittels enthält oder nicht. Fehlt es an einer Vorgabe oder konnte mit Hilfe des vorgegebenen Informationsmittels die Leistungserfüllung nicht herbeigeführt werden, ist unter Beachtung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit der Einsatz weiterer Informationsmittel zu bestimmen. In diesem Rahmen hat der Gläubiger ein Initiativrecht.

Die These vom *einheitlichen Recht auf Information* läßt sich freilich nicht konfliktlos in das gewachsene System der Informationsansprüche einfügen. Grund dafür ist aber weniger die grundsätzliche Unvereinbarkeit mit dem Gesetz als vielmehr die bisher nur in Teilbereichen forcierte Institutionenbildung. So wie für verbandsrechtliche Informationsansprüche mit der Figur vom Stammrecht auf Information ein wichtiger Beitrag zur Herausarbeitung allgemeiner Regeln geleistet worden ist, kann die These vom *einheitlichen Recht auf Information* in Fortentwicklung dieser Regeln einen vergleichbaren Beitrag für das gesamte Zivilrecht und darüber hinaus leisten.

1069 Vgl. dazu C.IV.2 (S. 123 ff.).

E. Erfüllung von Informationspflichten

In diesem Kapitel werden Einzelfragen im Zusammenhang mit der konkreten Erfüllung von Informationspflichten erörtert, die sich im allgemeinen aber auch im besonderen aufgrund der These vom einheitlichen Recht auf Information stellen. Im Mittelpunkt stehen dabei die weitere Konkretisierung des Umfangs der Leistungspflicht (dazu unter I.), die daraus resultierenden Pflichten des Schuldners (dazu unter II.) und der Obliegenheiten des Gläubigers (dazu unter III.), sowie die Einbindung von Informationspflichten in das allgemeine Leistungsstörungsrecht (dazu unter IV.).

Um eine möglichst allgemeingültige Aussage zur Leistungserfüllung formulieren zu können, bleiben Besonderheiten der einzelnen Rechtsgebiete weitestgehend unberücksichtigt. Die weiteren Ausführungen beschreiben daher nur abstrakt die Voraussetzungen zur Begründung von Informationspflichten und deren Erfüllung. Aufgrund der Verzahnungen und Überschneidungen zwischen den Voraussetzungen der Entstehung und Erfüllung von Informationspflichten können Einzelfragen nicht immer zweifelsfrei nur einem Gesichtspunkt zugeordnet werden. Um dennoch Wiederholungen zu vermeiden und die Ausführungen möglichst übersichtlich und klar zu strukturieren, werden Detailaspekte immer nur dort angesprochen, wo sie besonders relevant sind.

I. Umfang der Informationspflicht

»Wie jede schuldrechtliche Verpflichtung, so ist auch die Informationspflicht so zu erfüllen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242 BGB). Dies gilt für alle Informationspflichten, unabhängig von ihrer Rechtsgrundlage.«[1070] Nach den Ergebnissen der bisherigen Untersuchung bestimmt sich der Umfang der Informationspflicht dabei nach dem rechtlich anerkannten Informationsbedürfnis. Als maßgebliche Faktoren zu dessen Ermittlung wurden bisher der maßgebliche Empfängerhorizont und der nach Sinn und Zweck der Anspruchsgrundlage zu erzielende Grad an Entscheidungssicherheit identifiziert. Mit dem rechtlich anerkannten Informationsbedürfnis sind jedoch zur Bestimmung des Umfangs der Informationspflicht noch nicht alle Faktoren genannt. Zu berücksichtigen sind nämlich auch dem Informationsbedürfnis entgegensteuernde Interessen, namentlich ein entgegenstehendes Geheimhaltungsinteresse des Schuldners. Der Umfang der Informationspflicht bestimmt sich daher aus zwei konträren Faktoren:[1071] Einerseits positiv vom Informationsbedürfnis her; andererseits kann die derart bestimmte Informations*menge* durch entgegenstehende Faktoren beschränkt werden. Mit *Eppenberger* ergibt sich der Informations*umfang* dann aus der Differenz von positiv bestimmter Informations*menge* abzüglich beachtlicher Gegeninteressen.[1072]

1. Bestimmung der Informationsmenge

Wie bereits ausgeführt, bestimmt sich die Informationsmenge nach dem Umfang des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses. Dieses begrenzt die Informationsmenge sowohl nach unten als auch nach oben, indem es sowohl den minimal notwendigen Informationsbedarf festlegt als auch eine Mengenbegrenzung nach oben hin vornimmt, um Nichtinformation durch Überinformation zu vermeiden.

Der Umfang des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses selbst hängt dabei im wesentlichen von Sinn und Zweck der Anspruchsgrundlage ab. Entsprechend dem Anliegen der Arbeit, allgemeine Strukturen aufzuzeigen, ist auf Sinn und Zweck einzelner Informationsansprüche nicht weiter einzugehen. Dies muß vielmehr separaten Abhandlungen überlassen bleiben. Mit Blick auf die Bedeutung von Sinn und Zweck bezüglich des Umfangs des Informationsbedürfnisses läßt sich jedoch folgende allgemeine Differenzierung vornehmen: Soweit sich die Bedeutung des Informationsrechts

1070 *Winkler von Mohrenfels*, Informationspflichten, S. 95.
1071 So bereits der Vorschlag von *Eppenberger*, Information, S. 68.
1072 *Eppenberger*, Information, S. 68.

in einer bloßen Hilfsfunktion zur Durchsetzung eines Hauptanspruchs erschöpft,[1073] richtet sich der Umfang des Informationsbedürfnisses danach, was an Information zur Erfüllung dieser Hilfsfunktion notwendig ist.[1074] Die enge Bindung des Informationsrechts an den Hauptanspruch hat weiterhin zur Folge, daß ein Informationsbedürfnis zu verneinen ist, wenn der Hauptanspruch entfallen ist.[1075] Daneben lassen sich auch Informationspflichten identifizieren, deren Bedeutung sich nicht auf eine bloße Hilfsfunktion beschränkt. Zweifelsfrei gilt dies für sogenannte nicht-abgeleitete oder autonome Informationsansprüche, welche vor allem in Form von Beratungsverträgen begründet werden können.[1076] Hier versteht es sich von selbst, daß der Umfang des Informationsbedürfnisses sich aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses ergibt. Eine Art Zwitterstellung nehmen jene Informationspflichten ein, die mehr als nur ein Hilfsrecht sind, durch ihre dienende Funktion aber dennoch erheblich geprägt werden. Hierzu ist insbesondere der Informationsanspruch aufgrund der Führung fremder Geschäfte zu zählen.[1077] Denn neben der Kontrollfunktion und der Vorbereitung möglicher Herausgabe- oder Schadenersatzansprüche bestehen Sinn und Zweck der Rechenschaft ferner auch darin, dem Geschäftsherrn die Möglichkeit zu eröffnen, neue Instruktionen zu geben und nach Beendigung des Mandats die Geschäfte selber und/oder durch Dritte weiterzuführen.[1078]

Sinn und Zweck der Anspruchsgrundlage sind allerdings nicht die einzigen Faktoren, die sich auf den Umfang des Informationsbedürfnisses auswirken können. Einfluß auf den Umfang kann nämlich auch das jeweils verwendete Informationsmittel haben. Während bei den spontanen Informationsmitteln die Bestimmung des Informationsbedürfnisses zunächst allein dem Schuldner auferlegt ist,[1079] der sich dabei wiederum an Sinn und Zweck orientieren muß, verhält es sich bei reaktiven Informationsmitteln anders: Sinn und Zweck bestimmen hier zunächst nur die Obergrenze, während die Untergrenze allein durch das Informationsverlangen des Gläubigers festgelegt werden könnte. Aktuell wird diese Frage vor allem bei der Auskunft: Löst die Auskunft eine umfassende zweckbestimmte Informationspflicht aus oder bleibt sie (zunächst) auf die Beantwortung des konkreten Auskunftsverlangens beschränkt? Angesprochen ist da-

1073 Vgl. zur Klassifizierung der Informationsansprüche nach ihrer Funktion *Winkler von Mohrenfels*, Informationspflichten, S. 30, 61, 67, 69, 79.

1074 OLG Naumburg FamRZ 2001, 1480; *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 23; *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 6.

1075 *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 16.

1076 *Druey*, Information, S. 237; **a.A.** *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 6: Der Inhalt der Sonderrechtsbeziehung bestimmt den Inhalt der Rechenschaftspflicht. Die Rechenschaftspflicht hat keinen Selbstzweck.

1077 Ausführlich zur Bestimmung des Informationsbedürfnisses bei der Rechenschaft *Druey,* Information, S. 226 ff., mit kritischer Würdigung der traditionellen Sichtweise. Nach *Druey* begründet nicht die Tatsache der Fremdheit des Geschäfts selbst, sondern der darin verbleibende *Rest an Zuständigkeit des Geschäftsherrn* den Informationsbedarf, der mit der Rechenschaft abgedeckt wird (S. 228).

1078 *Druey*, Information, S. 224.

1079 *Eppenberger*, Information, S. 69.

mit das allgemeine Problem, welche Substantiierungspflicht den um Auskunft ersuchenden Gläubiger trifft. In Fortführung der Überlegungen zur Zuweisung der Informationsinitiierungslast[1080] wird man wie folgt differenzieren müssen: Ist der Gläubiger aufgrund fehlender funktioneller oder fachlicher Nähe nicht in der Lage, den Informationsprozeß durch weiteres konkretes Nachfragen sinnvoll zu betreiben, löst das Auskunftsverlangen eine zweckbestimmte Informationspflicht des Schuldners aus.[1081] In diesem Zusammenhang heißt »zweckbestimmt« eine Informationsversorgung des Gläubigers in dem Umfang, die ihn in die Lage versetzt, anschließend den Informationsprozeß selber sinnvoll weiter betreiben zu können.[1082] Die untere Grenze der Informationsmenge markiert damit zugleich den Übergang der Informationsinitiierungspflicht vom Schuldner auf den Gläubiger. Ist demgegenüber der Gläubiger (bereits) in der Lage, die einzelnen Facetten des Themengebiets zu benennen und dementsprechende Auskunftsverlangen zu artikulieren, bestehen keine Gründe, ihn von seiner Initiierungslast und damit von der Pflicht zur Konkretisierung seines Informationsbedürfnisses zu befreien. Die Untergrenze der Informationsmenge hängt in einem solchen Fall allein vom Umfang des artikulierten Informationsbedürfnisses ab und markiert temporär zugleich die Obergrenze. Letztere kann sich freilich durch weitere Auskunftsverlangen bis an die normativ vorgegebene Obergrenze verschieben.

Die bisherigen Ausführungen zur Bestimmung der Informationsmenge können wie folgt zusammengefaßt werden: Der normative – quasi äußere – Rahmen wird durch Sinn und Zweck der Anspruchsgrundlage vorgegeben und begrenzt die Informationsmenge vor allem nach oben hin. Eine Ausfüllung dieser Rahmenvorgabe findet durch die jeweils verwendeten Informationsmittel statt. Der Mindestmenge an zu leistender Information entspricht dabei der Übergang der Initiierungslast vom Schuldner auf den Gläubiger. Mit anderen Worten hat der Schuldner mindestens Information in dem Umfang spontan zu leisten, die den Gläubiger erst einmal in die Lage versetzt, selbst den Informationsprozeß sinnvoll betreiben zu können. Sobald diese Fähigkeit beim Gläubiger hergestellt ist, richtet sich die weitere Konkretisierung der Informationsmenge nach dem artikulierten Informationsbedürfnis des Gläubigers. Der Schuldner hat also zwischen der durch die Initiierungslast ausgewiesenen Mindestmenge und der durch Sinn und Zweck bestimmten Obergrenze nur konkret nachgefragte Daten und Fakten mitzuteilen. Die Wechselwirkung der einzelnen Informationsmittel bedingt dabei freilich die dynamische Verschiebung der Untergrenze.

1080 Vgl. dazu D.V.2.a (S. 219 ff.).

1081 Ebenso in der Begründung bereits *Eppenberger*, Information, S. 71, in bezug auf das Auskunftsverlangen des Aktionärs.

1082 *Druey*, Information, S. 236, sieht daher allgemein die Funktion von Aufklärungspflichten darin, auf Informationslücken hinzuweisen. Sie sollen den Empfänger in die Lage versetzen, die Initiative für die Beschaffung weiterer Informationen zu ergreifen.

2. Negative Begrenzung

Als beschränkendes Gegeninteresse wird überwiegend nur ein berechtigtes Geheimhaltungsbedürfnis des Informanten genannt.[1083] Richtig ist daran, daß das Geheimhaltungsinteresse der wichtigste Umstand ist, der die Informationsmenge beschränken kann. Als Schranken könnten aber auch andere – allgemeinere – Umstände in Betracht kommen, namentlich Unmöglichkeit in ihren zahlreichen Facetten, der bereits erwähnte Grundsatz der Zumutbarkeit, insbesondere unter Kostengesichtspunkten sowie sonstige Einschränkungen aus Treu und Glauben.[1084] Die genannten Umstände allgemeinerer Natur wirken sich zwar letztlich ebenso wie ein zu beachtendes Geheimhaltungsinteresse auf den Umfang der erteilten Information aus; ein möglicher, wenn gleichfalls nicht zwingender Unterschied kann allerdings darin gesehen werden, daß das Geheimhaltungsinteresse per se die Informationsmenge beschränkt. Es wirkt sich mithin schon im Rahmen der Anspruchsentstehung auf den Informationsumfang aus. Demgegenüber limitieren die allgemeineren Umstände den Leistungsumfang erst nachträglich. Sie greifen quasi als einzelfallbezogenes Korrektiv in die Leistungserfüllung ein, indem sie der Ausübung bzw. Geltendmachung des Informationsanspruchs Einhalt gebieten, wenn anderenfalls allgemeine Grundsätze der Leistungserfüllung verletzt werden würden.[1085] Man könnte sie daher auch als nicht informationsspezifische Grenzen bezeichnen. Wie das Beispiel der Unzumutbarkeit einer Informationspflicht aufgrund unverhältnismäßiger Kosten der Informationsleistung zeigt, ist der Verweis der allgemeinen Umstände auf eine nachgelagerte Korrekturebene jedoch keineswegs zwingend. Die Berücksichtigung rechtsökonomischer Wertungen kann nämlich ebenso bereits die Informationsmenge beschränken, weil der durch weitere Information zu erzielende Zugewinn an Entscheidungssicherheit in keiner Relation mehr zur dafür notwendigen Steigerung des Mitteleinsatzes beim Schuldner steht und damit unzumutbar ist. Es lassen sich also Faktoren identifizieren, die sowohl Einfluß auf den Umfang von Informationspflichten als auch auf deren Erfüllung respektive deren (Ausübung bzw.) Geltendmachung haben können. Die eindeutige Zuordnung zur einen oder anderen Kategorie erweist sich dabei als äußerst schwierig. Um die verschiedenen Faktoren dennoch in eine klare und übersichtliche Ordnung zu bringen, wird die bereits vorgeschlagene Unterscheidung beibehalten. Im Folgenden ist daher zunächst nur auf die beschränkende Funktion des Geheimhaltungsinteresses einzugehen, während die übrigen Faktoren in einem späteren Abschnitt (dazu unter IV) eingehender behandelt werden.

1083 Statt aller nur *Eppenberger*, Information, S. 68, 70 f.; *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 148; *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 97.

1084 *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 28, 35 und 37; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 259 Rn 18.

1085 Für die Unterscheidung der Informationsschranken danach, ob sie bereits die Entstehung des Informationsrechts einschränken oder erst dessen Ausübung/Geltendmachung nachträglich beschränken bereits *Sigel*, Informationsrechte, S. 14.

Gründe für ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse können sich grundsätzlich sowohl aus der personalen als auch der geschäftlichen Sphäre des informationsverpflichteten Rechtssubjekts oder Dritter ergeben.

a. *Geschäftssphäre*

Die geschäftliche Geheimnissphäre läßt sich weiter unterteilen in das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis[1086] sowie das Berufsgeheimnis. Ein wesentlicher Unterschied zwischen diesen beiden Subsphären besteht in der prinzipiellen Innehabung der Stellung als »Herr des Geheimnisses«.[1087] Während nämlich derjenige, der sich auf ein Unternehmensgeheimnis beruft, regelmäßig zugleich auch »Herr des Geheimnisses« ist, verhält es sich beim Berufsgeheimnis vielfach genau umgekehrt. Hier sind Informationsverpflichteter und »Herr des Geheimnisses« nicht personenidentisch. Für die Beschränkung des Informationsumfanges hat dies zur Folge, daß dieser nicht zur Disposition des Berufsgeheimnisträgers steht. Während der Geschäftsgeheimnisträger als »Herr des Geheimnisses« über die Inanspruchnahme dieses Schutzes frei entscheiden kann, darf etwa der Arzt als typischer Vertreter der Berufsgeheimnisträger Krankendaten nicht weitergeben, selbst wenn er es für geboten und förderlich hält. Er muß sie aber weitergeben, wenn der Patient als »Herr des Geheimnisses« ihn von seiner Schweigepflicht befreit und ein Dritter – etwa die Krankenkasse oder ein Versicherungsunternehmen – einen entsprechenden Informationsanspruch gegen den Arzt hat.[1088] Der Befreiung von der Schweigepflicht steht die Entbindung aufgrund gesetzlicher Regelungen gleich.

aa. Geheimnis

Bevor sich den einzelnen Subsphären im Detail gewidmet wird, ist es dem Problembewußtsein förderlich, zunächst allgemein die Erfassung des Geheimnisses durch das Recht näher zu beleuchten. Im Vordergrund soll dabei jedoch nicht die kritische Auseinandersetzung mit der herrschenden Definition des Geheimnisses als eine allgemein unbekannte Tatsache, die der Berechtigte geheimhalten will und an deren Geheimhaltung er ein schützenswertes Interesse hat, stehen.[1089] Vielmehr sollen Aspekte aufge-

1086 Synonym wird auch von Unternehmens- oder Wirtschaftsgeheimnis gesprochen werden.

1087 Kritisch zum Begriff und zur Funktion/Aussagekraft *Druey*, Information, S. 269.

1088 Die Verschwiegenheitspflicht des Arztes ist in der Berufsordnung des jeweiligen Bundeslandes geregelt (vgl. beispielsweise § 9 Berufsordnung der Landesärztekammer Thüringen vom 21.10.1998).

1089 Ganz allgemeine rechtsgebietsübergreifende Meinung BGH GRUR 1955, 424, 425 [Möbelwachspaste]; *Hausser*, Informationsbeschaffung, S. 35 f.; *Otto*, in: Großkomm-UWG, § 17 Rn 11; *Köhler*, in: Köhler/Piper, § 17 Rn 4; *Pamperien*, Auskunftspflicht, S. 91; Lackner/*Kühl*, StGB, § 203 Rn 14; Kopp/*Ramsauer*, VwVfG, § 30 Rn 8; kritisch *Druey*,

zeigt werden, die einerseits diese Definition als nützlich und notwendig erscheinen lassen und andererseits Unwägbarkeiten der Definition erkennen lassen, die nicht ohne Auswirkungen auf die sich anschließenden Detailfragen zum Berufs- bzw. Betriebs- und Geschäftsgeheimnis bleiben.

Umgangssprachlich kann man unter Geheimnis eine zu überwindende Barriere verstehen: Der Forscher versucht, »hinter ein Geheimnis zu kommen«. Darüber hinaus kann Geheimnis auch das schlechthin Unentdeckbare oder Unbegreifliche sein: Das »Geheimnis des Lebens«.[1090] Demgegenüber muß der Rechtsbegriff des Geheimnisses wie alle Rechtsnormen auch an die Beziehungen zwischen mindestens zwei Individuen anknüpfen.[1091] Das Geheimnis im Rechtssinne hat also wenigstens einen (menschlichen) Träger, dem ein davon Ausgeschlossener gegenübersteht. Je nach Anknüpfungspunkt für den Ausschluß kann der Geheimnisbegriff abstrakt aus zwei Richtungen beschrieben werden. Zum einen im Sinne von Geheimsein, also in der Bedeutung, daß bestimmte Tatsachen geheim sind und geheim bleiben sollen, weil sie einer bestimmten »Einrichtung« entstammen. Anknüpfungspunkt ist dann nicht eine bestimmte Qualität der Tatsachen, sondern allein eine allgemeine Pflicht zur Interessenwahrung. Traditionell drückt sich diese Sichtweise in Bezeichnungen wie Berufs-, Beicht-, Amts-, Post-, oder Fernmeldegeheimnis aus. Zum anderen kann der Begriff des Geheimnisses aber auch einen qualifizierten Inhalt bezeichnen. Die Daten und Fakten sind dann nicht per se wegen ihrer Unbekanntheit und Zugehörigkeit zu einer »Einrichtung« ein Geheimnis, sondern nur dann, wenn sie eine bestimmte Qualität aufweisen, und damit wegen ihres spezifischen Inhaltes eines besonderen Schutzes würdig sind. So kann etwa der Bericht der Forschungsabteilung an die Unternehmensleitung über die Erfindung eines neuen Herstellungsverfahrens ein Geschäftsgeheimnis sein, nicht aber jede Unterlage, die in der »Einrichtung« Unternehmen entstanden ist. Unabhängig von der Betrachtungsrichtung ist jedoch zu konstatieren, daß der so verstandene Geheimnisbegriff jeweils nur eine bereits festgestellte Schutzwürdigkeit kennzeichnet. Der Grund der Schutzwürdigkeit selbst kann einem derart abstrakten Geheimnisbegriff hingegen nicht entnommen werden.[1092]

bb. Betriebs- und Geschäftsgeheimnis

Diese Aufgabe übernimmt die bereits eingangs genannte Definition des Geheimnisses, die im Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht allgemein anerkannt ist. Unter Berücksichtigung der Unternehmensbezogenheit sind danach Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eines Unternehmens nicht offenkundige, den Betrieb oder die Geschäftstätigkeit betreffende Tatsachen, hinsichtlich derer das Unternehmen ein objektives Geheimhal-

Information, S. 255 ff.; *Cierniak*, in: MünchKomm-StGB, § 203 Rn 11, der einer Inhaltsbestimmung des »Geheimnisses« den Vorzug gegenüber einer Legaldefinition gibt.

1090 *Druey*, Information, S. 251; *Taeger*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 69, spricht in diesem Zusammenhang vom faktischen Geheimnis.

1091 Vgl. dazu und dem Nachfolgenden ausführlich *Druey*, Information, S. 251 ff.

1092 *Druey*, Information, S. 254.

tungsinteresse hat und die es nicht offenbaren will (Geheimhaltungswillen). Dabei können Tatsachen technischer Art Betriebsgeheimnis und Tatsachen kaufmännischer Natur Geschäftsgeheimnis sein, wobei der Zuordnung nach einhelliger Meinung keine sachliche Bedeutung zukommt.[1093] Maßstab für die Anerkennung des objektiv zu bestimmenden Geheimhaltungsinteresses ist allein die Bedeutung, die die Tatsache für die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens hat.[1094]

(1) Schutzgut

In Konkretisierung der allgemeinen Überlegungen unter aa. wird man zunächst feststellen können, daß das Wirtschaftsgeheimnis typischerweise seine Schutzwürdigkeit aus der Qualität seines Inhalts bezieht und weniger aufgrund der Zugehörigkeit zur »Einrichtung« Unternehmen. Daran schließt sich die Frage nach dem Schutzgut des Wirtschaftsgeheimnisses an: Ist es das »Geheimsein« oder die »Exklusivität« des Inhalts? Wäre ersteres Schutzgut, würde es nach dem Alles-oder-Nichts-Prinzips jeden Informationsprozeß unterbinden wollen. Wäre hingegen die Exklusivität des Inhalts Schutzgut, so wäre nicht per se jeder Informationsprozeß ausgeschlossen, weil es nicht die Kenntnisnahme des Inhalts, sondern dessen Verwertung durch Dritte zu verhindern gälte.

Rückschlüsse auf das Schutzgut des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses läßt als historische Grundschutznorm vor allem die Auslegung des Straftatbestandes des § 17 UWG zu.[1095] Systematisch und historisch spricht zunächst für die Exklusivität der Verwertung als Schutzgut des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses seine Einbindung in den wettbewerbsrechtlichen Kontext.[1096] Bestätigt wird dies durch die wörtliche Auslegung der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 UWG, vor allem seiner Absichtsalternativen zum Zwecke des Wettbewerbs oder zur Schädigung des Geschäftsbetriebs. Die vermögensrechtliche Komponente ist jeweils evident.[1097] Aber auch in den beiden anderen Tathandlungen schwingt unverkennbar eine vermögensrechtliche Komponente mit. Das Schutzgut des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses wird somit in erheblicher Weise durch seine Einbindung in die Wettbewerbssituation determiniert.[1098] Denn für ein Unternehmen als Teilnehmer eines auf Wertschöpfung ausgerichteten Wirtschaftssystems kann ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis nur

1093 *Otto*, in: GroßKomm-UWG, § 17 Rn 10.

1094 Vgl. nur *Kraßer*, GRUR 1977, 177, 178 m.w.N. in Fn. 9.

1095 In § 9 UWG a.F. wurde erstmals im Jahre 1896 der Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen seit der Reichsgründung 1871 unter Strafe gestellt. Bereits damals war Anknüpfungspunkt der Wettbewerbsbezug (vgl. zur historischen Entwicklung *Taeger*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 26 ff.).

1096 Vgl. zum Einfluß auf die Wettbewerbsfähigkeit *Köhler*, in: Köhler/Piper, Vor §§ 17 – 20a Rn 4 und § 17 Rn 7; *Kraßer*, GRUR 1977, 177, 178; *Breuer*, NVwZ 1986, 171, 173.

1097 Vgl. zum vermögensrechtlichen (Individual-)Aspekt des Schutzes des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses *Otto*, in: GroßKomm-UWG, § 17 Rn 4f.

1098 *Jäger*, JZ 2003, 1048, 1049 m.w.N. in bezug auf das Gesellschaftsgeheimnis.

Sinn machen, wenn es letztlich wirtschaftlich genutzt und verwertet werden soll. Auch die heiligsten Unternehmensgeheimnisse erfahren ihren Wert nur dadurch, daß sie am rechten Ort und zur rechten Zeit bekannt gegeben und verwertet werden. Geheimnisschutz hat insoweit seinen Grund und Zweck immer nur in der Verschaffung eines (Wissens-)Vorsprungs.[1099] Es sprechen damit gewichtige Gründe dafür, die Exklusivität der Information als Schutzgut zu sehen.

Im gewissen Widerspruch dazu stehen allerdings folgende Gesichtspunkte: Methodisch spricht dagegen, daß die genannten Tatabsichten eigenständige Tatbestandsmerkmale neben dem des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses sind. Sie knüpfen im subjektiven Tatbestand an den Begriff des Geheimnisses an. Weil sie damit das Geheimnis tatbestandlich voraussetzen, erscheint es zumindest nicht zweifelsfrei, von ihnen Rückschlüsse auf die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen des objektiven Tatbestandes zu ziehen. Zudem werden seit der Novellierung des § 17 UWG im Jahre 1986[1100] durch die Aufnahme des Tatmotivs »zugunsten eines Dritten« nunmehr auch Tathandlungen erfaßt, die allein aus ideologischen oder wissenschaftlichen Gründen vorgenommen worden sind.[1101] Ihnen fehlt vordergründig die vermögensrechtliche Perspektive. Andererseits erfolgt die Bestimmung des Schutzgutes am Gesamtkontext der Norm. Unter diesen Aspekt ergeben sich freilich wiederum aus anderer Richtung Bedenken: Der einheitliche Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses findet sich beispielsweise auch in § 203 Abs. 1 StGB, der die unbefugte Offenbarung von fremden Geheimnissen durch Angehörige enumerativ aufgezählter Berufsgruppen unter Strafe stellt. Im Gegensatz zu § 17 UWG wird allerdings bereits das bloße Offenbaren des Unternehmensgeheimnisses unter Strafe gestellt; ein wettbewerbsrechtlicher Bezug ist hingegen nicht erforderlich. Bei genauerer Analyse des Tatbestandes stellt man jedoch fest, daß § 203 StGB allgemein dem Geheimnisschutz dient und daran anknüpft, daß dem Täter das Geheimnis in seiner beruflichen Eigenschaft im weiten Sinne anvertraut wurde. Damit regelt § 203 StGB aber einen speziellen Fall des erst unter cc. zu erörternden Berufsgeheimnisses.[1102] Die Verwertung speziell von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen wird demgegenüber von § 204 StGB erfaßt. Der wirtschaftliche Bezug ist hierbei allerdings wiederum evident. Schließlich erheben sich aus faktischen Überlegungen Bedenken gegen die Exklusivität als Schutzgut. Unterstellt, daß allein die exklusive Verwertung Schutzgut ist, sind diesem Schutz nämlich faktische Grenzen gesetzt. Im Gegensatz zu den Immaterialgüterrechten, insbesondere den Pa-

1099 *Druey*, Information, S. 272. Hierin spiegelt sich letztlich der Satz von Francis Bacon wider: »Ipsa scientia potestas est« oder »Wissen(schaft) ist Macht«.

1100 Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15.5.1986 (BGBl. I 1986, S. 721).

1101 Dieser Tatmodalität kommt damit eine Art Auffangcharakter zu, mit der Täter erfaßt werden sollen, die nicht aus einem der anderen Motive heraus handeln (vgl. BT-Drucks. 10/5058, S. 40).

1102 In der neueren strafrechtlichen Literatur wird besonders das informationelle Selbstbestimmungsrecht (Art. 1 und 2 GG) als Schutzgut hervorgehoben (*Cierniak*, in: MünchKomm-StGB, § 203 Rn 3).

tenten, genießt das Unternehmensgeheimnis lediglich einen relativen Exklusivitätsschutz. Nur solange es nicht allgemein bekannt ist, genießt die exklusive Verwertung des Inhalts rechtlichen Schutz; nach Bekanntwerden ist ein Ausschluß Dritter, wie beispielsweise bei einem durch Patent geschützten technischen Verfahren, nicht mehr möglich.[1103] Ein Schutzgutverständnis im Sinne von Geheimsein, also der Unterbindung jeglicher Informationsprozesse, wäre daher für die Erhaltung der Exklusivität der Verwertung förderlich. Dieser Umstand liegt allerdings in der Natur der Sache, dessen Reichweite es gerade durch die Bestimmung des Schutzgutes auszuloten gilt.

Zusammenfassend läßt sich zum Schutzgut des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses festhalten, daß aufgrund seines engen Wettbewerbsbezuges die Exklusivität der geschützten Inhalte im Vordergrund steht.[1104] Offenkundig trifft dies für technische Tatsachen erfassende Betriebsgeheimnisse zu. Hier ist ohne weiteres einsichtig, daß eine rechtliche Anerkennung nur unter Verwertungsgesichtspunkten Sinn macht. Nichts anderes gilt auch für den durch das Geschäftsgeheimnis erfaßten kaufmännischen Bereich. Denn ebenso wie dem Unternehmen durch Offenbarung von Herstellungsverfahren Vermögenswerte entzogen werden können, kann auch nicht-technisches Wissen, z.B. über neueste Marktentwicklungen, Absatzmärkte, geworbene oder potentielle Kunden, eine wesentliche Vermögensposition des Unternehmens ausmachen. Die Anerkennung des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses beruht damit letztlich darauf, daß all jene Informationen schützenswert sind, die für das Unternehmen einen Vermögenswert verkörpern, da sie Einfluß auf seine Marktposition haben.[1105] Bestätigung erfährt dieses Schutzgutverständnis schließlich durch verfassungsrechtliche Überlegungen. Bereits in den 20er und 30er des letzten Jahrhunderts löste man sich mit dem Hinweis auf die zur Entpersönlichung der Wirtschaft drängende Entwicklung vom Gedanken des persönlichkeitsrechlichen Schutzes des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses zugunsten eines rein vermögensrechtlichen Schutzes.[1106] Die Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb hat dazu entscheidend beigetragen.[1107] Dementsprechend ist es heute fast unbestrittene Ansicht, daß das Unternehmensgeheimnis allein in den Grenzen des Art. 14 GG verfassungsrechtlichen Schutz genießt.[1108] Ausgeschlossen ist damit – in Anlehnung an das Persönlichkeitsrecht natürlicher Personen – der Rückgriff auf eine Art »Unternehmenspersönlichkeitsrecht«

1103 *Taeger*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 68; *Wenninger*, Schweigepflicht, S. 5.

1104 Ebenso *Druey*, Information, S. 96: Das Wesen all der Institutionen des Geheimnisschutzes ist das rechtliche Bestreben, einer Person die Exklusivität an bestimmten Informationen zu verschaffen.

1105 Vgl. zum Vermögensaspekt von Betriebs- und Geschäftsgeheimnis in bezug auf Art. 14 GG ausführlich *Taeger*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 63 ff.

1106 Nachweise bei *Taeger*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 30 (Historie), 54 ff. (Meinungsstand der Gegenwart). Zu beachten ist allerdings, daß Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dann einen Bezug zu Art. 1 und 2 GG haben können, wenn zugleich natürliche Personen in den Daten abgebildet sind.

1107 Vgl. dazu *Kraßer*, GRUR 1977, 177, 188 f.

1108 Ausführlich dazu *Taeger*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 60 ff m.w.N.; *Otto*, in: GroßKomm-UWG, § 17 Rn 4.

auf Grundlage der Art. 1 und Art. 2 GG, um damit ein Schutzgutverständnis im Sinne von Geheimsein zu begründen. Denn letztlich geht es beim Betriebs- und Geschäftsgeheimnis um die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens.[1109] Ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis zum Selbstzweck ist damit unvereinbar. Dies zeitigt in zweierlei Hinsicht Auswirkungen auf dem Umfang der Schrankenwirkung des Unternehmensgeheimnisses:

(2) Schrankenwirkung

Zum einen kann die verfassungsrechtliche Verankerung des Wirtschaftsgeheimnisses im Art. 14 GG nicht ohne Einfluß auf seinen Umfang sein. Die Reichweite des Wirtschaftsgeheimnisses ergibt sich dann nämlich durch Auslegung des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs nach Maßgabe des einfachen Rechts.[1110] Der Gesetzgeber bestimmt mit Hilfe des einfachen Rechts Inhalt und Schranken des Eigentums. In bezug auf den Schutz unternehmensbezogener Informationen hat der Gesetzgeber davon insoweit Gebrauch gemacht, als er neben den Vorschriften über den gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht vor allem mit § 17 UWG klargestellt hat, daß nicht für alle unternehmensbezogenen Informationen subjektive Rechte begründet werden können.[1111] Dementsprechend soll ein subjektives Recht auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu verneinen sein, wenn eine gesetzliche Informationspflicht nicht zugleich auch eine Geheimhaltungsregelung beinhaltet.[1112] Analysiert man gesetzliche Informationspflichten der jüngeren Legislativtätigkeit, finden sich deutliche Belege zur Bestätigung dieser Aussage.[1113] Zu eng ist diese Interpretationsweise der gesetzlichen Informationspflichten jedoch in bezug auf vorkonstitutionelle gesetzliche Informationspflichten. Ebenso kann der Natur der Sache nach ein Recht auf Geheimhaltung von Unternehmensdaten nicht pauschal mit Verweis auf eine fehlende gesetzliche Regelung verneint werden, wenn es sich um vertraglich begründete Informationsansprüche handelt.

Primär ist es Aufgabe des Gesetzgebers, im Rahmen einer Güterabwägung das Spannungsverhältnis zwischen dem Informationsbedürfnis des Gläubigers und dem Geheimhaltungsinteresse des Schuldners zu lösen.[1114] Fehlt es jedoch an einer gesetzli-

1109 Vgl. zum historischen Nachweis *Taeger*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 29.

1110 BVerfGE 1, 364, 378; BVerfGE 14, 263, 277 f.; *Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 14 Rn 35; *Breuer*, NVwZ 1986, 171, 174.

1111 Vgl. ausführlich zur Bestimmung des Schutzbereiches des Art. 14 Abs. 1 GG in bezug auf das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Geheimnisbegriffs, *Taeger*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 63 ff.

1112 *Taeger*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 73. Sehr deutlich kommt dieser Gesichtspunkt in § 131 Abs. 3 S. 2 AktG zum Ausdruck, der sagt, daß aus anderen als den in Abs. 3 S. 1 genannten Gründen die Auskunft nicht verweigert werden darf.

1113 Vgl. nur § 131 Abs. 3 AktG, § 51a Abs. 2 GmbHG, § 7 Abs. 1 S. 2 UIG, § 6 IFG; § 8 Abs. 2 UmwG, § 15 Abs. 1 S. 2 WpHG.

1114 Eine sehr detaillierte Regelung findet sich zum Beispiel im abschließenden Katalog des § 131 Abs. 3 AktG.

chen Güterabwägung, kann es bereits auf Grundrechtsebene zu Kollisionen zwischen dem Grundrecht auf Schutz des Eigentums (Schuldner) und dem auf Informationsfreiheit (Gläubiger) kommen, die im Wege der praktischen Konkordanz aufzulösen sind. Auf Ebene des einfachen Zivilrechts sind Spannungsverhältnisse über den das gesamte Zivilrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben einer interessenausgleichenden Lösung zuzuführen.[1115] Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung sind das Geheimhaltungsinteresse und das Informationsbedürfnis unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegeneinander abzuwägen[1116] mit der Folge, daß das Informationsrecht entweder gar nicht, zum Teil oder umfassend eingeschränkt wird. In welchem Umfang dem Interesse des Schuldners an Geheimhaltung Gewicht beizumessen ist, hängt entscheidend von der Person des Gläubigers ab. Besteht die Informationspflicht gegenüber einem (potentiellen) Konkurrenten,[1117] ist das Geheimhaltungsinteresse höher zu gewichten, als wenn dieselbe Information etwa im Rahmen des Umweltrechts gegenüber einer Behörde zu erteilen ist.[1118] Im Einzelfall kann es auch sehr schwierig sein, im Rahmen der Abwägung zu einem billigen Ergebnis zu kommen, weil das Interesse der einen Seite systembedingt übergewichtig ist. Prominentes Beispiel ist das Verhältnis zwischen Unternehmen und (kapitalanlageorientiertem) Anteilsinhaber. Die drohenden Nachteile des Unternehmens werden immer um ein Vielfaches über denen des Anteilsinhabers liegen. Faktisch würde damit sein gesetzliches Informationsrecht unterwandert. Hat hingegen ein grober Vertrauensbruch des Schuldners den Informationsanspruch des Gläubigers erst ausgelöst, kann dies zu einem besonders schützenswerten Interesse des Gläubigers an der begehrten Information führen.[1119] Neben diesen faktischen Nachteil tritt zusätzlich ein systemimmanenter: Die möglichen Rechtsfolgen Gewährung, Einschränkung oder Ausschluß als Ergebnis einer Abwägung der widerstreitenden Interessen geben den Beteiligten vielfach Steine statt Brot. Evident ist dies, mit wechselnder Rolle, bei den Rechtsfolgen Versagung bzw. Gewährung. Für die Einschränkung gilt aber ebenfalls nichts anderes. Der Schuldner muß Informationen preisgeben, die er aus Wettbewerbsgründen für sich behalten will; der Gläubiger erlangt nicht alle Informationen, die nötig sind, um sein rechtlich anerkanntes Informationsbedürfnis zu befriedigen. Keine Abhilfe bei der Vermeidung dieser Nachteile verspricht eine strafbewehrte Verschwiegenheits- und/ oder Unterlassungsverpflichtungserklärung des Informationsgläubigers.[1120] Schließlich gehört in Fällen widerstreitender Interessen der Gläubiger in aller Regel gerade zu jenem Personenkreis, demgegenüber die Offenbarung des Unternehmensgeheimnisses

1115 BGHZ 126, 109, 127 (Arbeitnehmererfindung).

1116 BVerfGE 27, 344, 351; *Sprau*, in: Palandt, § 809 Rn 11; *Hüffer*, in: MünchKomm-BGB, § 809 Rn 10a.

1117 BGH BB 1979, 1315 (Kommanditist); OLG Celle GmbHR 1983, 242, 243 (GmbH-Gesellschafter); *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 40.

1118 *Breuer*, NVwZ 1986, 171, 173 ff., der zwischen absoluten und relativen Geheimnisschutz unterscheidet; ebenso BVerfGE 27, 344, 351 für das Privatgeheimnis.

1119 BGH GRUR 1958, 346, 348 f. [Spitzenmuster] = Anmerkung *Heyelt.*

1120 So aber BGHZ 110, 30, 34 [Marder].

den Nachteil gerade besorgen läßt.[1121] Daran ändert auch wenig die Strafbewehrung der Verschwiegenheits- und/oder Unterlassungserklärung. Denn der Informationsgläubiger hat nunmehr die schützenswerte Information und wird diese – wenn auch nur unbewußt – in seine Denkprozesse einbeziehen. Dieser Vorgang ist mit strafrechtlichen oder sonstigen Sanktionskategorien nur schwer zu erfassen, weil Information nicht versachlicht und ihre Herkunft aus dem Herrschaftsbereich des Schuldners dementsprechend schwer nachweisbar ist. In einem kleinen, wenn auch sehr wichtigen Ausschnitt des Interessengegensatzes zwischen Schuldner und Gläubiger ist gleichwohl ein Ausgleich möglich, der dem anzuerkennenden Informationsbedürfnis des Gläubigers ebenso Rechnung trägt wie dem Interesse des Schuldners am Schutz des Unternehmensgeheimnisses. Die Rede ist vom Einsatz zur Verschwiegenheit verpflichteter Sachverständiger als »Informationsschleuse«[1122], dazu sogleich ausführlich unter (3).

Die Einbindung des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in die verfassungsrechtlichen Kategorien des Art. 14 GG bringt es allerdings im Rahmen der Interessenabwägung mit sich, daß ein Grundrechtsschutz unternehmensbezogener Daten und Fakten zu versagen ist, wenn sich diese auf im oder durch das Unternehmen begangene Straftaten beziehen. Es wäre mit einer am Gemeinwohlcharakter des Eigentumsschutzes orientierten Auslegung unvereinbar, wollte man den Geheimnisschutz auch auf Informationen erstrecken, die sich auf Rechtsverstöße beziehen.[1123] Nicht zu verwechseln ist damit die ähnlich gelagerte Situation, daß die Informationserteilung selbst erst einen Straftatbestand erfüllen würde. Schließlich kann niemand zur Begehung einer Straftat gezwungen werden.

Schließlicht entfaltet ein Unternehmensgeheimnis selbstverständlich keine Schrankenwirkung, wenn auf den dadurch vermittelten Schutz ausdrücklich verzichtet wird.[1124] Von Interesse ist hier lediglich die Frage nach der Dispositionsbefugnis über den Geheimnisschutz.[1125] Fragen werfen sich vor allem bei nicht natürlichen Unternehmensträgern auf. Wer ist überhaupt zur Entscheidung berufen? Ist es das einzelne Geschäftsführungsmitglied, die gesamte Geschäftsführung oder sind nur die Anteilsinhaber zur Entscheidung befugt? Welchen Bindungen unterliegt der Entscheidungsträger?

1121 Anders liegen die Dinge freilich, wenn nicht die Offenlegung an den Gläubiger, sondern erst dessen Weitergabe der geheimhaltungsbedürftigen Informationen an Dritte Nachteile befürchten läßt. In diesen Fällen bieten sanktionierte Verschiegenheits- und Unterlassungsverpflichtungen ausreichenden Schutz.

1122 Ausdruck stammt von E*ppenberger*, Information, S. 160.

1123 BVerfGE 38, 312, 321; *Traeger*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 76; a**.A.** *Wenninger*, Schweigepflicht, S. 9, wonach die Illegalität einer geheimzuhaltenden Tatsache keine Bedeutung für die Schutzwürdigkeit des Geheimhaltungsinteresses haben soll.

1124 Genau genommen ist dann jene Unternehmensinformation schon kein Geheimnis mehr, weil es wenigstens am Geheimhaltungswillen fehlt. Weil die überwiegende Meinung einen Geheimhaltungswillen unterstellt, wenn die übrigen Voraussetzungen des Geheimnisbegriffs erfüllt sind, bedarf es zum Verzicht der Ausdrücklichkeit (vgl. *Kraßer*, GRUR 1977, 177, 178; *Taeger*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 71).

1125 Allgemein zur Dispositionsbefugnis über den Geheimnisschutzes *Hausser*, Informationsbeschaffung, S. 34 ff., 152 ff., 194 ff.

Darf er überhaupt verzichten? Wenn ja, ist die Entscheidung frei oder ermessensgebunden? Woran orientiert sich ein zu beachtendes Ermessen?

(3) Zur Verschwiegenheit verpflichtete Sachverständige als »Informationsschleuse«

Zum anderen hat die Identifizierung der Exklusivität der Verwertung als Schutzgut des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses Auswirkungen auf die beschränkende Reichweite des Unternehmensgeheimnisses. Wie bereits angedeutet, besteht für einen Teilausschnitt der Kollision zwischen Geheimhaltungsinteresse und Informationsbedürfnis die Möglichkeit eines Ausgleichs, der den Interessen beider Seiten im weitest möglichen Umfang Rechnung trägt. Zur Diskussion steht die Einschaltung zur Verschwiegenheit verpflichteter sachverständiger Dritter.

Aus informationstheoretischen Überlegungen ist deren Einsatzbereich auf einen kleinen Ausschnitt des Informationsprozesses beschränkt. Haupteinsatzzweck ist die Verifizierung bereits kommunizierter Zeichen. Mittel erster Wahl ist dazu die Einsicht in die Unterlagen des Schuldners. Der Sachverständige prüft die Vollständigkeit und Richtigkeit der anderweitig kommunizierten Daten und teilt dem Gläubiger nur das Prüfungsergebnis mit. Der Gläubiger bekommt vom einsehenden Dritten also nur gesagt, ob die anderweitig erteilten Informationen vollständig und richtig sind. Der Inhalt der geprüften Unterlagen selbst ist somit nicht Gegenstand seines Prüfungsberichts. Dem Inhalt nach findet sich eine dahingehende Regelung beispielhaft in § 12 UmwG.[1126] Der Verschmelzungsprüfer hat – vereinfacht ausgedrückt – lediglich über das Ergebnis seiner Prüfung und deren zentralen Fakten und Daten zu berichten (Abs. 2); nicht jedoch ist Inhalt des Prüfungsberichts detaillierteres Zahlenmaterial, welches der eigentlichen Prüfung zugrunde lag. Im Idealfall könne die Aktionäre anhand des positiven Prüfberichts davon ausgehen, daß das ihnen im Verschmelzungsbericht mitgeteilte aggregierte Zahlenmaterial zutreffend ist.

Steht hingegen nicht nur die Verifizierung, sondern generell die Informationserlangung zur Debatte, sind die Einsatzmöglichkeiten zur Verschwiegenheit verpflichteter Dritter schnell ausgeschöpft. Vorrangig kommt nur noch die Überprüfung der Selektion einsichtspflichtiger von nicht einsichtspflichtigen Unterlagen in Betracht. Der Dritte überprüft die vom Schuldner ausgenommenen Unterlagen darauf, ob sich unter ihnen nicht doch noch einsichtspflichtige befinden. Ist dies der Fall, werden sie zur Einsicht freigegeben; hinsichtlich der nicht einsichtspflichtigen Unterlagen ist der Dritte dagegen zur umfassenden Verschwiegenheit verpflichtet und darf dem Gläubiger lediglich das negative Prüfergebnis mitteilen. Eine weitergehende Aufgabenzuweisung an den zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten würde hingegen auf einen bloßen Austausch des Informationsgläubigers hinauslaufen und damit dem Geheimhaltungsinteresse des Schuldners nicht genügend Rechnung tragen.[1127] Sinnvoll wäre der Einsatz

1126 Entsprechende Regelungen finden sich auch in §§ 171 Abs. 2, 293e AktG.

1127 BGHZ 128, 220, 227 f. [Kleiderbügel], der einen Wirtschaftsprüfervorbehalt zugunsten des Schuldners wie folgt ablehnte: »Das Anliegen des Gesetzgebers könnte nicht verwirk-

eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten in derartigen Fällen nämlich nur dann, wenn er nunmehr für den Gläubiger dessen Interessen vertritt, etwa im Prozeß des Arbeitnehmererfinders gegen den Arbeitgeber auf Zahlung einer Erfindervergütung. Regelmäßig läßt sich damit das Kollisionsproblem aber gerade nicht lösen, weil lediglich der Gläubiger »ausgewechselt« wird, ohne daß das Geheimhaltungsinteresse des Schuldners weniger tangiert wird. Anderenfalls müßte der zur Verschwiegenheit verpflichtete sachverständige Dritter nämlich eine Art Doppelrolle übernehmen, gleichsam eine gespaltene Persönlichkeit aufweisen, wollte man ihn einerseits zur Wahrung der Geheimhaltungsinteressen des Schuldners verpflichten und andererseits als Vertreter des Gläubigers einsetzen. Es lassen sich freilich Fallkonstellationen, in denen der Dritte die Interesse des Gläubiger wahrnimmt und zugleich auch hinreichend das Geheimhaltungsbedürfnis des Schuldners wahrt, nicht kategorisch ausschließen; sie werden aber die Ausnahme sein.

Sind damit die informationstheoretischen Grenzen abgesteckt, muß nunmehr die rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes zur Verschwiegenheit verpflichteter sachverständiger Dritter zum Zwecke der Verifikation von erteilten Informationen geprüft werden. Die Zulässigkeitsfrage des Einsatzes eben jener Dritter war bereits Gegenstand zahlreicher Gerichtsentscheidungen und wird auch in der Literatur näher untersucht. Der Einsatz zur Verschwiegenheit verpflichteter sachverständiger Dritter zum Zwecke der Verifikation wird heute überwiegend bejaht.[1128] Soweit sich gegenteilige Stimmen finden, richten sich diese allerdings weniger gegen den Einsatz Dritter zu Verifikationszwecken, sondern lehnen die Zulässigkeit der Verifikation als solche ab, weil sie nicht von dem auf Auskunft bzw. Rechnungslegung gerichteten Anspruch erfaßt sei. Soweit der Informant Rechnungslegung schulde, bliebe dem Gläubiger als einziges Mittel der »Verifikation« die eidesstattliche Versicherung. Anschaulich für diese Ansicht heißt es dementsprechend in BGHZ 92, 62, 69: »Die vom Gesetz im Fall von Zweifeln an der Erfüllung der Sorgfaltspflichten vorgesehene Pflicht zur Abgabe einer eidesstattlichen

licht werden, wenn Namen und Anschriften der Abnehmer nicht dem Anspruchsinhaber, sondern lediglich einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Wirtschaftsprüfer mitgeteilt werden müßten.« BayObLG WM 1989, 371, 374 f., wonach es am Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn der Gläubiger gegen den Schuldner einen Vollstreckungstitel auf Auskunft erlangt hat, diese aber nur einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen zu erteilen ist und diesem die Weitergabe an Information an den Gläubiger verboten ist.

1128 BGHZ 128, 220, 227 [Kleiderbügel]; BGHZ 126, 109, 116; BGH WM 1999, 189; BGH ZIP 1984, 702, 704 = WM 1984, 807, 808; BGH WM 1982, 1403 f.; BGH GRUR 1962, 354, 357 [Furniergitter]; BGH GRUR 1958, 346, 348 [Spitzenmuster] = Anmerkung *Heyelt*; BGH GRUR 1957, 336; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 415, 416; BayObLG DStR 1991, 1161 = DB 1991, 1874; *Grunewald*, ZGR 1989, S. 545, 547; *Budde*, in: FS Semler, 1993, S. 789, 796; *Ikels*, Rechnungslegung, S. 153; *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 25; *Goerdeler*, in: FS Stimpel, 1985, S. 125, 129; *Hirte*, BB 1985, 2208 ff.; *derselbe*, in: FS Röhricht, 2005, S. 217, 220 ff.; *Ivens*, GmbHR 1989, 273, 276 f.; **a.A.** BVerfG CR 1992, 693 (Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes bei Einsicht ins Bundeszentralregister gem. § 42 Abs. 1 S. 3 BZRG); BGHZ 25, 115, 123 (§ 166 HGB), jedoch jeweils auf die höchstpersönliche Natur des Informationsrechts abstellend.

Versicherung soll der Überprüfung der Zuverlässigkeit der Erklärung der Beklagten dienen […] und läßt keinen Raum für einen weiteren Anspruch auf Überprüfung der Rechnungslegung durch einen Wirtschaftsprüfer.« Dem kann freilich nicht gefolgt werden. Nach der These vom einheitlichen Recht auf Information sind einem Informationsanspruch alle Informationsmittel immanent. Dazu gehört auch die Einsicht mit ihrem Verifikationszweck. Der Verweis auf die eidesstattliche Versicherung überzeugt auch deshalb nicht, weil das Gericht selbst deren Tauglichkeit zum Zweck der Verifikation in Zweifel zieht.[1129] Die Ansicht der herrschenden Meinung, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, zum Zwecke der Verifikation von Informationen auf einen zur Verschwiegenheit verpflichteten sachverständigen Dritten zurückgreifen zu können, überzeugt dagegen. Für sie sprechen folgende Gründe: Aus der Identifizierung der Exklusivität der Inhaltsverwertung als Schutzgut des Unternehmensgeheimnisses folgt, daß nicht schlechthin jeder Informationsprozeß unter Berufung auf schutzwürdige Unternehmensinformationen unterbunden werden kann. Erfaßt werden nämlich nur jene Informationsprozesse, die die Exklusivität der Verwertung in Frage stellen.[1130] Bei der Einsicht durch den Gläubiger selbst ist dies vielfach der Fall; strafbewehrte Verschwiegenheits- und Unterlassungserklärungen bieten aus faktischen Gründen keine ausreichende Gewähr. Anders verhält es sich bei zur Verschwiegenheit verpflichteten sachverständigen Dritten. Typischerweise fehlt es von vornherein an einer Wettbewerbssituation. Darüber hinaus sind jene Dritten nicht nur durch berufsethische Grundsätze und Berufsordnungen von Haus aus zur Verschwiegenheit verpflichtet; zusätzlich unterliegen sie strafrechtlichen Sanktionen im Falle des Zuwiderhandelns. Aus all dem folgt, daß die Einsicht durch zur Verschwiegenheit verpflichteter Dritte aus Sicht des Schuldners in Fällen der Interessenkollision das mildere Mittel ist.[1131] Der Einsatz zur Verschwiegenheit verpflichteter Sachverständiger als Informationsschleuse ist damit geeignet, ein ansonsten bestehendes Informationsverweigerungsrecht zu beseitigen[1132] und wird daher argumentum a majore ad minus vom einheitlichen Recht auf Information mit erfaßt. Der Informationsgläubiger muß sich freilich im Rahmen des Abwägungsprozesses nur dann auf einen Dritten als Informationsmittler verweisen lassen, wenn der Schuldner ihm gegenüber ein schutzwürdiges (legitimes) Geheimhal-

1129 BGHZ 92, 62, 69; BGHZ 32, 303, 304, spricht beim Offenbarungseid (nunmehr eidesstattliche Versicherung) von der äußersten und in ihrem Erfolg vielfach fragwürdigsten Möglichkeit, zuverlässige Rechnungslegung, Auskunft oder Buchauszug zu erzwingen. An anderer Stelle führt das Gericht aus: »Eine bessere Möglichkeit zur Überprüfung eines Buchauszuges als durch Einsicht in die Geschäftsbücher gibt es im allgemeinen nicht.«

1130 BVerfGE 38, 312, 320, verneint deshalb ein Zeugnisverweigerungsrecht im Strafverfahren selbst dann, wenn die zu besorgen ist, daß wichtige Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse gefährdet werden könnten. Abhilfe kann hier lediglich in der Form erfolgen, daß bei einer Verhandlung die Öffentlichkeit auszuschließen ist (§ 172 Nr. 2 GVG).

1131 *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 210.

1132 OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 415, 416; *Hüffer*, in: MünchKomm-BGB, § 810 Rn 10.

tungsinteresse hat. Fehlt es daran, kann der Gläubiger sein Informationsrecht in eigener Person wahrnehmen.[1133]

Die Beschränkung des Einsatzes Dritter zur Konfliktlösung auf Fälle der beschriebenen Interessenkollision vermeidet zugleich Probleme grundsätzlicher Art, wenn das Informationsrecht höchstpersönlicher Natur ist. Aufgrund der Höchstpersönlichkeit des Informationsrechtes könnte nämlich der zulässige Einsatz Dritter bei der Wahrnehmung dieses Rechts fraglich sein. So wird z.B. für das mitgliedschaftliche Informationsrecht die Frage diskutiert, ob sich der Gesellschafter generell eines (sachverständigen) Dritten bedienen darf.[1134] Aus der Höchstpersönlichkeit des Rechts und der Fürsorgepflicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft und seinen Mitgesellschaftern lassen sich jedoch keine gegenteiligen Schlüsse ableiten, wenn das Informationsbedürfnis des Gesellschafters mit dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft kollidiert. Korrespondierend damit ist der Gesellschafter und allgemein der Gläubiger durch die Treuepflicht bzw. allgemeine Rücksichtnahmepflicht gehalten, sich eines zur Verschwiegenheit verpflichteten sachverständigen Dritten zur Verifikation der Informationen zu bedienen, wenn auf diesem Weg dem schutzwürdigen Geheimhaltungsinteresse des Schuldners einfacher Rechnung getragen werden kann.[1135] Weitergehend könnte den Gläubiger sogar generell die Obliegenheit treffen, einen sachverständigen Dritten hinzuzuziehen.[1136] Dadurch könnte über die Verringerung des soeben beschriebenen Interessenkonfliktes hinaus der Informationsprozeß immer dann erleichtert werden, wenn dem Gläubiger der notwendige Sachverstand fehlt.[1137] Wollte man daraus jedoch eine generelle Pflicht zur Hinzuziehung sachverständiger Dritter ableiten, so hieße dies, die durch die Verarbeitungslast dem Schuldner zugewiesenen Verarbeitungsprozesse zu ignorieren. Zur Debatte kann daher nur stehen, ob es den Parteien im

1133 Vgl. BGH NJW-RR 2003, 1635, 136 [Apollo-Optik I] und WuW DE-R 1170, 1173 [Apollo-Optik II]. Zu weitgehend dagegen *Flohr*, DStR, 2004, 93, 95, der einen Wirtschaftsprüfervorbehalt mangels legitimen Geheimhaltungsinteresses wohl generell im Falle der Auskunftserteilung nach §§ 666, 667 BGB verneint und damit die Besonderheit des Falles ausblendet.

1134 Vgl. BGHZ 25, 115, 122 ff.; BGH BB 1962, 899, 900 f.; BGH WM 1979, 1061; BGH ZIP 1984, 702, 704 = WM 1984, 807, 808; BayObLG DB 1991, 1874; *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 25; *Schilling*, in: Hachenburg, 7. Auflage, § 45 Rn 27; *Ulmer*, in: Staub, § 118 Rn 31; *Hirte*, BB 1985, 2208 ff.; *derselbe*, in: FS Röhricht, 2005, S. 217, 222; *Goerdeler*, in: FS Stimpel, 1985, S. 125, 126 ff.; *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 60 ff.

1135 Im Ergebnis ebenso BGHZ 126, 109, 116; BGH WM 1982, 1403 f.; BGH WM 1979, 1061; BGH GRUR 1957, 336; BGH GRUR 1958, 346, 348 [Spitzenmuster] = Anmerkung *Heyelt*; BGH GRUR 1962, 354, 357 [Furniergitter]; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 415, 416.

1136 *Hirte*, BB 1985, 2208, 2209; *derselbe*, in: FS Röhricht, 2005, S. 217, 222 f.; *Schilling*, in: Staub, § 166 Rn 10. Weitergehend der Vorschlag von *Goerdeler*, in: FS Stimpel, 1985, S. 125, 129, bei größeren Publikumsgesellschaften die Einsicht des Sachverständigen in dessen Eigenverantwortung zu gewähren. Die Entwicklung ginge also – ähnlich wie im Aktienrecht – zum selbständig handelnden Sonderprüfer (Sachverständigen).

1137 *Hirte*, BB 1985, 2208, 2209; *derselbe*, in: FS Röhricht, 2005, S. 217, 225.

Vorfeld erlaubt ist, vertraglich die Einbeziehung sachverständiger Dritter zu vereinbaren.[1138]

Der Einsatz Dritter in Fällen von Kollisionen zwischen Geheimhaltungsinteresse einerseits und Informationsbedürfnis andererseits als »Informationsschleuse«[1139] setzt natürlich bestimmte Qualitäten in der Person des Dritten sowie ein bestimmtes Auswahlverfahren voraus. Aus Sicht des Schuldners ist besonders die Verschwiegenheitspflicht von herausragender Bedeutung. Schließlich garantiert allein sie, daß die schützenswerten Unternehmensdaten weder dem Gläubiger noch einem sonstigen Dritten offenbart werden. Aus diesem Grund sind an die Begründung der Verschwiegenheitspflicht hohe Anforderungen zu stellen. Aufgrund ihrer Flankierung durch berufs- und strafrechtliche Sanktionsmechanismen bieten allein berufsständische Verschwiegenheitspflichten hinreichende Gewähr.[1140] Nach *Ivens* ist nur so eine »Neutralisierung« der Interessengegensätze zu erzielen.[1141] Damit eng verbunden ist die weitere Forderung, daß der Dritte sachverständig in bezug auf das Themengebiet sein muß.[1142] Auf diese Weise wird nämlich einerseits eine unnötige Belastung des Schuldners durch die Unwissenheit des Dritten vermieden; zum anderen kann die Qualität der Verifikationsmaßnahme gesteigert werden, wenn der Gläubiger, wie es häufig der Fall sein wird, selbst nicht sachverständig ist. Mindestens ebenso wichtig wie die Anforderungen an die Person des einsehenden Dritten sind die verfahrensrechtlichen Fragen seiner Auswahl. Evident ist, daß der Sachverständige aus Neutralitätsgründen für beide Seiten vertrauenswürdig sein muß.[1143] Fehlt es an einer gesetzlichen[1144] oder vertraglichen Regelung zur Bestimmung eines sachverständigen Dritten, und können sich beide Seiten nachträglich nicht auf eine Person einigen, so muß die Auswahl durch eine neutrale Stelle erfolgen.[1145] Dies kann in entsprechender Anwendung des § 145 FGG das Amtsgericht sein.[1146] Ebenso kommt aber die Handelskammer[1147] oder allgemein ein Dritter[1148] in Betracht. In Anlehnung an § 87c Abs. 4 HGB ist aber auch ein einseitiges

1138 So auch BGH ZIP 1984, 702, 704 = WM 1984, 807, 808; BGH WM 1979, 1061; allgemein zur Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen im Gesellschaftsrecht *Hirte*, BB 1985, 2208 ff.; *derselbe*, in: FS Röhricht, 2005, S. 217, 226 ff.;

1139 *Eppenberger*, Information, S. 160; *Druey*, Information, S. 191 f.

1140 Im Ergebnis ebenso BGH BB 1962, 899, 990; BGH WM 1979, 1061, 1062; *Ulmer*, in: Staub, § 118 Rn 31; *Goerdeler*, in: FS Stimpel, 1985, S. 125, 135; *Ivens*, GmbHR 1989, 273, 276; lediglich eine Verschwiegenheitspflicht fordernd *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 31.

1141 *Ivens*, GmbHR 1989, 273, 276.

1142 BGH BB 1962, 899, 990; BGH WM 1979, 1061, 1062; *Ivens*, GmbHR 1989, 273, 276 f.

1143 BGH BB 1970, 187; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 415, 416; BayObLG WM 1989, 371, 374; *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 31.

1144 Beispiel: § 87c Abs. 4 HGB.

1145 OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 415, 416; *Ivens*, GmbHR 1989, 273, 277.

1146 BGHZ 385, 388; BGH BB 1970, 187; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 415, 416; BayObLG WM 1989, 371, 374; *Ivens*, GmbHR 1989, 273, 277.

1147 OLG Frankfurt Fn. 1146.; *Ivens*, GmbHR 1989, 273, 277; vgl. aber auch BGHZ 44, 158.

1148 OLG Frankfurt Fn. 1146; *Ivens*, GmbHR 1989, 273, 277.

Bestimmungsrecht des Gläubigers nicht grundsätzlich ausgeschlossen,[1149] insbesondere dann, wenn der Schuldner primär zur Rechnungslegung verpflichtet ist. Einwendungen gegen den Dritten können vom Schuldner erhoben werden und sind gegebenenfalls durch ein Gericht zu prüfen.[1150] Unabhängig von dem Bestimmungsrecht ist die Kostenfrage. Die Verarbeitungslast trifft bei der Einsicht den Gläubiger. Mithin hat er auch grundsätzlich die damit verbundenen Kosten zu tragen. Dies bestätigt auch § 811 Abs. 2 BGB für das Einsichtsrecht nach § 810 BGB.[1151] Daran kann sich nicht allein deshalb etwas ändern, weil statt des Gläubigers nunmehr ein Dritter die Unterlagen für den Dritten einsieht.[1152] Schließlich kommt vornehmlich dem Gläubiger die Einschaltung des Dritten zugute.[1153] Deshalb hat er die damit verbundenen Kosten zu tragen. Anders verhält es sich freilich, wenn sich später die Vermutung des Gläubigers an der Unrichtigkeit/Unvollständigkeit der mitgeteilten Daten und Fakten durch die Einsichtnahme bestätigt.[1154] Der Gläubiger hat dann gem. § 280 Abs. 1 BGB einen Schadenersatzanspruch gegen den Schuldner in Höhe der Aufwendungen für die Einsicht.[1155] Ebenso hat der Schuldner unter dem Gesichtspunkt der schuldhaften Pflichtverletzungen jene Mehrkosten des Gläubigers zu erstatten, welche durch die nicht ord-

1149 BGH GRUR 1980, 227, 233 [Monumenta Germaniae Historica]; *Köhler*, NJW 1992, 1477, 1482 (§ 315 Abs. 3 BGB analog); *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 31; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 259 Rn 19; allgemein ein Bestimmungsrecht des Gläubigers annehmend BGHZ 93, 191, 208; OLG München GRUR 1987, 33; *Hüffer*, in: MünchKomm-BGB, § 809 Rn 10a.

1150 BGH BB 1962, 899, 990; BayObLG DB 1991, 1874; *Goerdeler*, in: FS Stimpel, 1985, S. 125, 135.

1151 *Hüffer*, in: MünchKomm-BGB, § 811 Rn 5; *Sprau*, in: Palandt, § 811 Rn 11.

1152 BGHZ 32, 303, 306; BGH BB 1970, 187; OLG München GRUR 1987, 33, 34 (mit ausführlicher Erörterung der Prozeßkostenfrage); *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 148 ff.; im Ergebnis ebenso *Brüggemann*, in: Staub, § 87c Rn 24; enger *Knorn*, BB 1972, 989, 990, der allerdings darauf hinweist, daß im Rahmen des § 87c Abs. 4 HGB letztlich die Kosten dennoch immer vom Unternehmer zu tragen sind, weil der Einsichtsanspruch nach Abs. 4 eine Pflichtverletzung des Unternehmers voraussetze und dieser daher dem Handelsvertreter die Kosten zu erstatten hat. **A.A.** BGH GRUR 1957, 336 und BGH GRUR 1962, 354, 357 [Furniergitter] (Kostentragungslast des Schuldners) für den Fall, daß das pflichtwidrige Verhalten den Informationsanspruch erst begründet hat; *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 31; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 259 Rn 19; *Köhler*, NJW 1992, 1477, 1482.

1153 In BGH BB 1970, 187, heißt es dazu: »Die Kosten hierfür [Verfahren nach § 145 FGG] hat der Beklagte [Gläubiger] ebenso wie die Gebühren und Auslagen des Buchsachverständigen zu tragen, weil die Notwendigkeit, einen Sachverständigen einzuschalten, die Folge der Einschränkung des Einsichtsrechts des Beklagten ist.«; ebenso OLG München GRUR 1987, 33, 34 unter Hinweis auf § 811 Abs. 2 BGB.

1154 Ähnlich *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 150, weil im Ergebnis der Schuldner den Einsatz eines Sachverständigen *veranlaßt* hat.

1155 BGHZ 32, 302; 306; OLG München GRUR 1987, 33, 34; *Brüggemann*, in: Staub, § 87c Rn 24; *Knorn*, BB 1972, 989, 990 (Verzugsschaden); *Hüffer*, in: MünchKomm-BGB, § 811 Rn 5.

nungsgemäße Führung der Unterlagen verursacht sind.[1156] Voraussetzung dafür ist allerdings ein subjektives Recht des Gläubigers auf Unterlagenerstellung.[1157]

cc. Berufsgeheimnis

Wie bereits erwähnt, grenzt sich das Berufsgeheimnis vom Betriebs- und Geschäftsgeheimnis dadurch ab, daß der Geheimnisträger nicht selbst »Herr des Geheimnisses« ist. Auf dieselbe Art unterscheidet es sich vom personenbezogenen Geheimnis. Dieser Begriffsbestimmung ist nämlich ebenso immanent, daß die »Bezugsperson« des Geheimnisses die alleinige »Verfügungsbefugnis« über die geheimzuhaltenden Tatsachen hat und es ihrer Entscheidung unterliegt, ob und wen sie in den Kreis der Wissenden einbezieht.[1158] Der Berufsgeheimnisträger schützt somit nicht ein eigenes Geheimnis, sondern ein fremdes, welches ihm im Rahmen seiner beruflichen Stellung oder aufgrund einer vertraglichen Beziehung offenbart oder angetragen worden ist.[1159] Der Ausdruck Berufsgeheimnis ist insoweit irreführend, als er selbst nicht Geheimnis begründend ist. Vielmehr begründet das Berufsgeheimnis »lediglich« eine mehr oder weniger strenge Verschwiegenheitspflicht des Geheimnisträgers bezüglich einer die Voraussetzungen eines Geheimnisses erfüllenden Tatsache.[1160] Die Verschwiegenheitspflicht ist in einer Vielzahl der Fälle über § 203 oder § 353b StGB strafbewehrt. Die Verschwiegenheitspflicht kann vertraglicher[1161] oder gesetzlicher[1162] Natur sein.

Die Reichweite der Schrankenwirkung hängt zum einen vom Willen des »Herrn des Geheimnisses«[1163] und vom Sinn und Zweck der Schweigepflicht ab.[1164] Verzichtet der »Herr der Geheimnisses« im Rahmen seiner »Verfügungsmacht« auf den Geheimnisschutz, entfällt die Schrankenwirkung.[1165] Dementsprechend kann sich der Geschäfts-

1156 *Ulmer*, in: Staub, § 118 Rn 40.
1157 Vgl. zum Recht auf Unterlagenerstellung C.IV.2.b.aa (S. 131 ff).
1158 *Cierniak*, in: MünchKomm-StGB, § 203 Rn 13.
1159 Zur Abgrenzung zwischen Eigen- und Fremdgeheimnis *Cierniak*, in: MünchKomm-StGB, § 203 Rn 25 ff.; **a.A.** *Wenninger*, Schweigepflicht, S. 23.
1160 *Taeger*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 69.
1161 Arbeits- oder Dienstvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag, Treuhandverhältnis, Bankvertrag, Arzt- oder Krankenhausvertrag; weitere Beispiele bei *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 241 Rn 88.
1162 § 43a Abs. 2 BRAO (Rechtsanwalt), § 18 BNotO (Notar), § 57 Abs. 1 StBerG (Steuerberater), § 93 Abs. 1 S. 2 AktG (Vorstandsmitglieder), § 116 S. 2 AktG (Aufsichtsratsmitglieder), § 32 BBankG (Personen im Dienste der Bundesbank); § 8 WpHG (Beschäftigte der BAFin), § 30 VwVfG (allgemein Verwaltungsverfahren), § 139b Abs. 1 S. 3 und 4 GewO, § 8 Abs. 1 S. 3 Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit (Betriebsarzt).
1163 So ausdrücklich z.B. in § 53 Abs. 2 S. 1 StPO.
1164 *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 33.
1165 BVerfGE 27, 344, 352. Für die Befreiung des Wirtschaftsprüfers von seiner Verschwiegenheitspflicht vgl. *Mock*, DB 2003, 1991, 1998 f. Aus der Praxis jüngst auch der Fall *Esser*: Der ehemalige Vorstandsvorsitzende der Mannesmann AG befreite die Wirtschafts-

besorger gegenüber dem Geschäftsherrn im Rahmen der Rechnungslegung nicht auf eine Schweigepflicht zum Schutze des Geschäftsherrn berufen; schließlich ist der Geschäftsherr »Herr des Geheimnisses«. Eine Ausnahme besteht allerdings, wenn die Nichtoffenlegung aller Informationen den »Herren des Geheimnisses« vor schweren psychischen Folgen beschützen soll. Aus diesem Grund ist beispielsweise der Arzt nicht zur umfassenden Offenlegung der Krankendaten über eine psychiatrische Behandlung gegenüber dem Patienten verpflichtet.[1166] Rechtsgrund dafür ist freilich nicht die Schweigepflicht, sondern die Fürsorgepflicht gegenüber dem Patienten. Im Einzelfall gilt es sorgsam die »Verfügungsmacht« und deren Reichweite zu bestimmen. Neben den Fällen des sogenannten Drittgeheimnisses[1167] kann diese auch durch die Mitberechtigung anderer »Verfügungsberechtigter«[1168] oder durch Gesetz beschränkt sein. Zum anderen kann die Schrankenwirkung kraft gesetzlicher Offenbarungspflicht oder -befugnis entfallen[1169] oder wenn die Offenbarung des Geheimnisses zur Wahrung höherrangiger Rechtsgüter der Allgemeinheit oder des Einzelnen[1170] unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips geboten ist.[1171] Die Beamten der Gewerbeaufsicht sind daher zur Weitergabe von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen an die zur Verfolgung von Gesetzwidrigkeiten zuständigen Behörden gem. § 139b Abs. 1 S. 3 GewO befugt. Dies gilt ebenfalls zur Erfüllung von gesetzlich geregelten Aufgaben zum Schutze der Umwelt.

dd. Datenschutz

Eine dem Berufsgeheimnis vergleichbare Schranke kann sich schließlich auch aus dem allgemeinen Datenschutz ergeben.[1172] § 29 BDSG sieht z.B. vor, daß die Übermittlung personenbezogener Daten Dritter, die von nicht öffentlichen Stellen erhoben und verarbeitet werden, dem Schuldner nur erlaubt ist, wenn der Gläubiger hieran ein berech-

prüfer von KPMG von ihrer Verschwiegenheitsverpflichtung im Rahmen des Strafprozesses gegen die Angeklagten *Esser*, Deutsche Bank Chef *Ackermann* und den ehemaligen IG-Metall-Vorsitzenden *Zwickel* (vgl. http://www.spiegel.de/spiegel/vorab/0,1518,275195-.html [Stand: 09.12.2003]).

1166 BGHZ 106, 146, 148; *Uhlenbruck*/*Schlund*, in: Laufs/Uhlenbruck, § 60 Rn 7; *Gehrling*, in: Bamberger/Roth, § 810 Rn 6; **kritisch** dazu *Hinne*, NJW 2005, 2270, 2271.

1167 Vgl. dazu *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar, § 203 Rn 99; *Cierniak*, in: MünchKomm-StGB, § 203 Rn 76 ff.

1168 BVerfGE 27, 344, 352; *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar, § 203 Rn 98; Kopp/*Ramsauer*, VwVfG, § 30 Rn 15.

1169 Ausführlich dazu *Cierniak*, in: MünchKomm-StGB, § 203 Rn 88 ff.

1170 Erfaßt sind: der Schweigepflichtige, der Verfügungsbefugte selbst sowie sonstige Dritte.

1171 BVerfGE 27, 344, 351 (Schranken-Schranke: Kernbereich der persönlichen Lebensgestaltung); Kopp/*Ramsauer*, VwVfG, § 30 Rn 9; *Cierniak*, in: MünchKomm-StGB, § 203 Rn 86 f.

1172 OLG Hamm GmbHR 2002, 136, 168; *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 259 Rn 30; *Mertens*, in: FS Werner, 1984, S. 557, 562 f., 570; *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 110 ff.

tigtes Interesse hat und schutzwürdige Belange des Betroffenen dem nicht entgegenstehen. Es hat also allein eine Interessenabwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des Dritten und dem Übermittlungsinteresse des Gläubigers stattzufinden.

ee. Rechtsgeschäftliche Verschwiegenheitsvereinbarung

Schließlich kann im Rahmen der Verpflichtung zur Verschwiegenheit noch eine dritte Fallgruppe von erheblich praktischer Bedeutung sein. Es handelt sich dabei um jene Fälle, in denen der Schuldner aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Verschwiegenheitsvereinbarung mit einem Dritten in einer dem Berufsgeheimnisträger vergleichbaren Situation ist. Abweichende Besonderheiten sind jedoch, daß die Verschwiegenheitspflicht unabhängig von einer beruflichen Stellung begründet werden kann und die von ihr erfaßten Daten und Fakten, also das Geheimnis, nicht zwingend aus der Sphäre des Dritten stammen müssen, sondern vielmehr auch aus der Sphäre des Verpflichteten herrühren können. Aktuelles Beispiel für letzteres ist die sogenannte *fairness opinion*, die in Deutschland seit geraumer Zeit im Rahmen von Unternehmensakquisitionen zur Bestätigung der Angemessenheit des Verkaufs- oder Kaufpreises durch die jeweilige Geschäftsführung des Käufers- oder Verkäufers eingeholt wird. Dabei verpflichtet sich gewöhnlich die auftraggebende Geschäftsleitung gegenüber dem Ersteller der *fairness opinion* zur umfassenden Verschwiegenheit. In diesen Fällen fragt sich, ob und inwieweit eine rechtsgeschäftliche Verschwiegenheitsvereinbarung zwischen dem Informationsschuldner und einem Dritten dem Informationsanspruch des Gläubigers entgegengehalten werden kann. Die uneingeschränkte Zulassung einer derartigen Vorgehensweise würde dazu führen, daß sich der Schuldner in mehr oder weniger großem Umfang durch entsprechende Vereinbarungen mit Dritten seiner Informationspflicht zu entziehen versucht. Im Ergebnis liefe ein solches Vorgehen auf einen unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter hinaus.[1173] Vielfältige Möglichkeiten dazu bieten sich vor allem dann, wenn die entsprechenden Informationen formal aus einer Beziehung mit Dritten herrühren, etwa konzernverbundenen Unternehmen, Lieferanten, Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern. Auf der anderen Seite kann nicht von vornherein jeder rechtsgeschäftlichen Verschwiegenheitsverpflichtung die Anerkennung versagt werden. Ein Vergleich von Berufs- und dem Geschäftsgeheimnis legt vielmehr folgende grundsätzliche Differenzierung nahe:

Betrifft die Verschwiegenheitsverpflichtung Informationen, die der Sphäre des Dritten zugeordnet sind, kann sich der Schuldner grundsätzlich auf die Verschwiegenheitsverpflichtung mit diesem berufen. Insoweit ist nämlich das Bedürfnis des Dritten, die Weiterverbreitung von dem Schuldner bekannt gemachten Geheimnissen zu unterbinden, umfassend anzuerkennen.[1174] Die Verschwiegenheitsvereinbarung stellt sich

1173 Zur Unzulässigkeit des Vertrags zu Lasten Dritter vgl. nur *Gottwald*, in: MünchKomm-BGB, § 328 Rn 172 m.w.N.

1174 So z.B., wenn dem Schuldner im Rahmen einer Lizenzvereinbarung ein geheimes Produktionsverfahren durch den Dritten bekannt gemacht wird (*Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 51a Rn 7; *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 211, 231, die weitergehend auch in diesen

lediglich als ein rechtsgeschäftlich begründetes »Berufsgeheimnis« dar.[1175] Dritter im Sinne dieser Regel ist jedoch nicht, wer sich nur rechtlich, nicht aber auch wirtschaftlich als »Herr des Geheimnisses« darstellt. Insbesondere in Konzernbeziehungen kann die Informationspflicht der Konzernmutter nicht dadurch vermieden werden, daß ihre Töchter und Enkel rechtsgeschäftlich zu den Geheimnisherren avancieren und mit der Mutter entsprechende Verschwiegenheitsverpflichtungen abschließen.

Umgekehrt kann dagegen einer Verschwiegenheitsverpflichtung dann keine beschränkende Wirkung zugesprochen werden, wenn die erfaßten Informationen aus der Sphäre des Informationsschuldners stammen.[1176] Eine Beschränkung kommt hier nur dann in Betracht, wenn es sich bei den entsprechenden Informationen um ein Privat- oder Geschäftsgeheimnis handelt.[1177] Diesen Status erlangen die fraglichen Informationen aber nicht durch eine entsprechende Vereinbarung des Informationsschuldners mit einem Dritten; ausschlaggebend sind vielmehr allein die allgemeinen Kriterien zur Geheimnisbegründung.[1178] Mangels Zuordnung der Informationen zur Sphäre des Drit-

Fällen einen Informationsanspruch bejaht, nur daß den Gesellschafter diesbezüglich eine gesteigerte Darlegungslast trifft [jeweils hinsichtlich des Informationsrechts des GmbH-Gesellschafters]) .

1175 Nach *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 109, reicht eine vertraglich vereinbarte Schweigepflicht nur aus, wen sie mit einer anerkannten beruflichen Schweigepflicht korrespondiert.

1176 So z.B. bei Berichten, die Abschluß- oder Wirtschaftsprüfer über die Lage eines Unternehmens erstellen. Hierzu wird man auch die erwähnte *fairness opinion* zählen müssen, da sie allein Bewertungsfragen hinsichtlich des Unternehmens enthält. Der Umstand, daß ein Dritter diese Bewertung vorgenommen hat, ändert nichts an der Tatsache, daß die Informationen der Sphäre des Unternehmens zugeordnet sind. Anders sieht es offenbar derzeit die Praxis. Mit dem Hinweis auf entsprechende Verschwiegenheitsverpflichtung gegenüber dem Ersteller, verweigert etwa die OHB Technology AG die Einsicht in eine *fairness opinion*. Nach einem Beschluß des LG Koblenz DB 2003, 2766 f. ist im Rahmen des § 131 AktG eine Vertraulichkeits- oder Geheimhaltungsvereinbarung unbeachtlich, weil § 131 Abs. 3 AktG abschließend ist und keine Erweiterung der Ausschlußtatbestände durch Verkehrssitten oder Handelsbräuche erfolgen kann. Eine Ausnahme kann allenfalls bestehen, wenn eine objektiver Notwendigkeit zur Geheimhaltung gegeben ist (vgl. dazu auch BayObLG DB 1999, 953, 954; *Hüffer*, AktG, § 131 Rn 11 f.).

1177 Wie hier wohl auch *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 51a Rn 7; *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 211, 231; großzügiger *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, § 51a Rn 32a, wonach die Gesellschaft lediglich ein schutzwürdiges und eigenes Interesse an der Geheimhaltungsabrede haben muß; noch weiter hinsichtlich der Zulassung einer Auskunftsverweigerung *K. Schmidt*, in: Scholz, § 51a Rn 35 [jeweils hinsichtlich des Informationsrechts des GmbH-Gesellschafters]. In der Aktiengesellschaft ist diese Frage mit dem abschließenden Katalog des § 131 Abs. 3 AktG verknüpft. Insoweit besteht Einigkeit, daß eine vertraglich vereinbarte Geheimhaltungsverpflichtung als solche keinen Verweigerungsgrund darstellt (LG Koblenz DB 2003, 2766 f., das ebensowenig Verkehrssitten oder Handelsbräuche genügen läßt. Eine Ausnahme komme allenfalls in Betracht, wenn eine objektiver Notwendigkeit zur Geheimhaltung bestehe; BayObLG DB 1999, 953, 954; *Kubis*, MünchKomm-AktG, § 131 Rn 101 m.w.N.).

1178 Vgl. dazu bereits unter E.I.2.a.bb (S. 255 ff.) und E.I.2.a.cc (S. 268 ff.).

ten fehlt es in jenen Fällen an einer informationsrechtlichen Rechtfertigung für die Beschränkung des Informationsrechts im Interesse des Dritten. Dieser kann sich nicht auf ein anzuerkennendes Geheimhaltungsinteresse berufen.[1179] Andere Gründe, insbesondere Haftungsgesichtspunkte, sind als Handlungsmotive für den Abschluß einer Verschwiegenheitsvereinbarung von vornherein unbeachtlich.[1180] Ist nämlich der Schuldner auch zur Kommunikation jener Information verpflichtet, die gegen ihn zur Begründung von Schadenersatzansprüchen und ähnlichem verwendet werden kann, wäre es widersprüchlich, Dritten zu gestatten, sich derartigen Regressen im Wege einer Verschwiegenheitsverpflichtung bereits dem Grunde nach zu entziehen. Möchte also beispielsweise der Ersteller einer *fairness opinion* Regreßansprüche gegen sich im Falle einer Pflichtverletzung ausschließen, so kann er dies nur im Wege eines zulässigen Haftungsausschlusses bewerkstelligen. Untauglich ist hingegen der Versuch, eine Haftung faktisch dadurch Beschränkung des Kreises der Informierten mittels einer Verschwiegenheitsvereinbarung auszuschließen. In Konsequenz dessen kann sich der Informationsschuldner gegenüber dem Gläubiger ebensowenig auf die Verschwiegenheitsvereinbarung berufen wie der Dritte gegenüber dem Schuldner zur Begründung möglicher Sanktionen für den Fall des Zuwiderhandelns. Die Verschwiegenheitsvereinbarung ist insgesamt nichtig. Rechtfertigung für eine Beschränkung des Informationsanspruches kann nur ein im Interesse des Schuldners liegender Grund sein, mithin allein ein Privat- oder Geschäftsgeheimnis.

b. *Personalsphäre*

Pendant zum Betriebs- und Geschäftsgeheimnis bilden im persönlichen Lebensbereich die Intimsphäre, das informationelle Selbstbestimmungsrecht und das Persönlichkeitsrecht.[1181] Die Zugehörigkeit eines Geheimnisses zum persönlichen Lebensbereich beschränkt sich allerdings nicht auf den Wortsinn jener verfassungsrechtlich geschützten Institute. Vielmehr muß dieser Lebensbereich im Einklang mit seiner Reichweitenbestimmung durch § 203 StGB vom wirtschaftlichen Lebensbereich insoweit abgrenzt werden,[1182] als ihm alle Geheimnisse zuzuordnen sind, die nicht selbst einen wirtschaftlichen Wert – so aber das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis[1183] – verkörpern o-

1179 In der allgemeinen Dogmatik des Geheimnisbegriffs dient das *Geheimhaltungsinteresse* als Korrektiv gegenüber den beiden anderen Merkmalen *fehlende Offenkundigkeit* und *Geheimhaltewille* vor willkürlicher Begründung des Rechtsschutzes für »Geheimnisse« durch den Geheimnisherrn, an deren Geheimhaltung kein schützenswertes Interesse besteht (*Wenninger*, Schweigepflicht, S. 9).

1180 Sowohl auch *Kubis*, in: MünchKomm-AktG, § 131 Rn 101, zum Auskunftsrecht des Aktionärs.

1181 Vgl. dazu *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 149.

1182 So auch Kopp/*Ramsauer*, VwVfG, § 30 Rn 8, für das öffentliche Recht unter Hinweis auf § 203 Abs. 2 StGB.

1183 Ausführlich dazu unter E.I.2.a.bb (S. 255 ff).

der jedenfalls als dessen Annex auf einen Vermögenswert bezogen sind.[1184] Mithin können Geheimnisse des persönlichen Lebensbereichs neben dem engsten und intimen Kernbereich der Persönlichkeit auch Tatsachen aus dem politischen, beruflichen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Wirken des Betroffenen sein.[1185] Bei Privatgeheimnissen, die Gegenstand einer beruflichen Verschwiegenheitspflicht sind, folgt dies bereits aus dem Umstand, daß beispielsweise ein Arzt zivilrechtlich nicht zur einer Auskunft verpflichtet sein kann, durch die er sich gleichzeitig gem. § 203 Abs. 1 Nr. 1 1. Alt. StGB strafbar machen würde. Aber auch wenn der Informationsschuldner zugleich »Herr des Privatgeheimnisses« ist, kann nichts anderes gelten. Denn es sind keine Gründe ersichtlich, den persönlichen Lebensbereich in einem solchen Fall enger zu ziehen. Die verfassungsrechtlich begründete Schutzwürdigkeit des Privatgeheimnisses kann nicht davon abhängen, ob der »Herr des Privatgeheimnisses« oder ein dritter, beruflich zur Verschwiegenheit Verpflichteter, Schuldner des Informationsanspruchs ist.[1186]

Von der Zuordnung einer Tatsache zum persönlichen Lebensbereich ist die Frage zu unterscheiden, ob die dadurch geschützte Person verpflichtet ist, als »Herr des Geheimnisses« auf dessen Schutz zu verzichten. Auch beim Privatgeheimnis geht es letztlich um einen gerechten Ausgleich des Geheimhaltungsinteresses auf der einen und dem Informationsbedürfnis auf der anderen Seite. Ergebnis der im Einzelfall am Maßstab der Verhältnismäßigkeit vorzunehmenden Interessenabwägung kann trotz der Berührung des persönlichen Lebensbereiches auch einmal das Überwiegen des Informationsbedürfnisses des Gläubigers sein. Je mehr die fragliche Tatsache dem engsten und intimen Kernbereich des Persönlichkeitsrechts zuzuordnen ist, desto mehr spricht eine Vermutung für die Anerkennung eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses des Schuldners; je mehr sich das Geheimhaltungsinteresse auf eine Bagatelle[1187] bezieht, desto eher überwiegt das Informationsbedürfnis des Gläubigers.[1188] Insbesondere vertragliche Beziehungen, die ein enges Vertrauensverhältnis zur Voraussetzung haben, können Rechtsgrund für einen derartigen Verzicht auf den Geheimnisschutz sein. So ist beispielsweise im Arbeitsrecht anerkannt, daß während des Einstellungsgespräches auch Fragen zu beantworten sind, die dem persönlichen Lebensbereich des Schuldners zugeordnet sind. Ebenso kann den Verfügungsbefugten etwa aufgrund eines Versicherungsvertrages die Obliegenheit treffen, den behandelnden Arzt von seiner Schweigepflicht gegenüber dem Versicherungsgeber zu befreien.

1184 *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, § 203 Rn 10, § 205 Rn 10; *Cierniak*, in: MünchKomm-StGB, § 203 Rn 13.

1185 *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, § 203 Rn 10, § 205 Rn 10; *Cierniak*, in: MünchKomm-StGB, § 203 Rn 13; Tröndle/*Fischer*, StGB, § 203 Rn 4; Kopp/*Ramsauer*, VwVfG, § 30 Rn 9.

1186 Unterschiede der verfassungsrechtlichen Rechweite des Privatgeheimnisses können sich allerdings aus der Person des »Herrn des Privatgeheimnisses« selbst ergeben.

1187 Vgl. zur Bagatellgrenze aus strafrechtlicher Sicht *Cierniak*, in: MünchKomm-StGB, § 203 Rn 20 f.

1188 Weitergehend *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 98, der allenfalls der *Intimsphäre* Vorrang einräumen will.

In einem Punkt unterscheidet sich die Umsetzung eines gerechten Interessenausgleiches signifikant zu jener beim Betriebs- und Geschäftsgeheimnis. Grund dafür ist die andersartige Schutzgutausrichtung des Privatgeheimnisses. Während nämlich das Schutzgut des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses (Exklusivität der Inhaltsverwertung) nicht generell jeden Informationsprozeß ausschließt und damit die Möglichkeit eröffnet, zur Verschwiegenheit verpflichtete Sachverständige als »Informationsschleuse« einzusetzen, entfällt diese Möglichkeit beim Privatgeheimnis.[1189] Die Zuordnung zum persönlichen Lebensbereich bedingt die Unterbindung jeglicher Informationsprozesse. Schutzgut des Privatgeheimnisses ist somit das Geheimsein als solches.

c. *Verfahrensfragen*

Die beschränkende Wirkung des schützenswerten Geheimnisses auf den Umfang der Informationsmenge und damit letztlich auch die Leistungspflicht bedingt die Darlegungslast des sich darauf berufenden Schuldners.[1190] Er hat jene Umstände darzulegen, die das Eingreifen des Geheimnisschutzes begründen sollen. Dabei sind allerdings keine zu hohen Anforderungen an den Umfang der Darlegungslast zu stellen.[1191] Anderenfalls bestünde nämlich die Gefahr der Offenbarung der schützenswerten Tatsachen allein durch die Berufung auf sie.[1192] Mit der eingeschränkten Darlegungslast korrespondiert aber eine aktive Hinweispflicht des Schuldners auf die Versagung von Information unter Berufung auf das Eingreifen eines schützenswerten Geheimhaltungsinteresses. Nur die Bejahung einer derartigen Hinweispflicht eröffnet dem Gläubiger die Möglichkeit zur Rechtmäßigkeitskontrolle und gegebenenfalls Abhilfe durch den Einsatz eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen als Informationsschleuse zu schaffen.

1189 **A.A** offenbar OLG Hamm GmbHR 2002, 136, 168; OLG Köln WM 1986, 36, 39 = GmbHR 1985, 358, 360, die eine mögliche Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von Angestellten ausschlossen, weil der Gesellschafter aus dem gesellschaftsrechtlichen Treueverhältnis heraus zur Verschwiegenheit über die von ihm gewonnenen Informationen verpflichtet sei. Zurückhaltender *Mertens*, in: FS Werner, 1984, S. 557, 570 f., der danach differenziert, ob die Information im Rahmen der gesellschaftlichen Selbstorganisation unerläßlich ist.

1190 BGH GRUR 1957, 336; BGHZ 25, 115, 120 f.; BGH WM 1963, 990; BGH BB 1970, 187; *Marburger*, in: Staudinger, § 810 Rn 22; *Sprau*, in: Palandt, § 810 Rn 2.

1191 BGHZ 93, 191, 212; *Hüffer*, in: MünchKomm-BGB, § 809 Rn 10a.

1192 BGH GRUR 1957, 336; BGHZ 93, 191, 212.

II. Pflichten des Informationsschuldners

1. Bestimmung des Empfängerhorizonts und Informationsbedürfnisses

Unter C.II.1.c wurde bereits grundlegend auf die Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts eingegangen. Dabei ging es vor allem um die Formulierung von Kriterien, mit denen für die konkrete Informationspflicht festgestellt werden kann, in welchem Umfang eine Verobjektivierung des maßgeblichen Empfängerhorizonts zulässig ist und wie sie zu erfolgen hat. Weitgehend unbeachtet blieb bisher jedoch die Frage nach einer Pflicht des Schuldners, den Empfängerhorizont eines individualisierten Einzelempfängers zu erkunden. Daß einer solchen Pflicht mit Blick auf das Verstehen der kommunizierten Zeichen eine herausragende Bedeutung zukommt, veranschaulicht folgendes Beispiel: Der aufklärungspflichtige Arzt, der den Bildungs- und Wissensstand seines Patienten nicht kennt, kann nur sehr schwer einschätzen, was er an Aufklärung leisten muß und vor allem wie er sie vorzunehmen hat. An diesem Beispiel verdeutlicht sich auch ein Weiteres: Die Ermittlung der Fähigkeiten (Wissen, Verständnis, Erfahrungen etc.) des konkreten Informationsgläubigers kann nicht praktikabel von der Bestimmung seines individuellen Informationsbedürfnisses getrennt werden. Das Beispiel des aufklärungspflichtigen Arztes veranschaulicht auch dies: Ergibt die Ermittlung der konkreten Fähigkeiten des Patienten, daß dieser erfolgreich ein Medizinstudium, die Ausbildung zur/zum Krankenschwester/Krankenpfleger oder eine sonstige Fachausbildung im Medizinbereich abgeschlossen hat, kann entsprechend der jeweiligen Ausbildung auf vorhandenes Wissen und damit auf ein geringeres Aufklärungsbedürfnis geschlossen werden.[1193] Offenbart sich freilich im Gespräch Gegenteiliges, muß der Arzt den Aufklärungsumfang entsprechend steigern. Die Ermittlung der Fähigkeiten und des Informationsbedürfnisses des konkreten Einzelempfängers stehen somit in einem untrennbaren Zusammenhang. Andererseits darf nicht verkannt werden, daß mit der Zuweisung einer wie auch immer gearteten Nachforschungspflicht des Schuldners die grundsätzlich dem Gläubiger obliegende Informationsverantwortung weiter zu Lasten des Schuldners verschoben wird. Zu offensichtlichen Verwerfungen führt dies vor allem dann, wenn der Schuldner nur aus dem allgemeinen Treuegesichtspunkt zur Informationsleistung verpflichtet ist. Durch die zusätzlichen Nachforschungspflichten hinsichtlich Empfängerhorizont und Informationsbedürfnis würden rechtsökonomische Fehlanreize geschaffen;[1194] der Gläubiger könnte sich bis

1193 Im Ergebnis ebenso *Mertens*, in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn 424 m.w.N. zur Rechtsprechung und Literatur; *Stafflage*, Anlageberatung, S. 32; *Siol*, in: Bankrechts-Handbuch – Band I, § 45 Rn 10.

1194 Vgl. dazu *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 426 f.

auf wenige Ausnahmen auf die Rolle des passiven Informationskonsumenten beschränken.

Allgemeine Aussagen zum Ob und der Reichweite einer aktiven Ermittlungspflicht des Schuldners sind nur sehr schwer zu treffen. Im Ergebnis kommt es entscheidend auf Sinn und Zweck der einzelnen Informationspflicht, auf konkrete Vorgaben durch das Gesetz und die konkrete Informationssituation an. Für die Bestimmung im Einzelfall können dennoch folgende Wertungsgesichtspunkte herangezogen werden:

Im Grundsatz treffen den Schuldner keine aktiven Nachforschungspflichten. Vielmehr kann er sich hinsichtlich der Fähigkeiten des Empfängers und dessen Informationsbedürfnis mit dem begnügen, was für jedermann nach außen hin perzeptibel ist. An diesem intersubjektiv wahrnehmbaren Empfängerbild hat er den Informationsumfang und die Art und Weise der Kommunikation auszurichten. Der Autoverkäufer braucht den potentiellen Kunden ebensowenig über dessen Erfahrungen mit Autos zu befragen, wie der Farbenverkäufer den ambitionierten Hobbyhandwerker bezüglich seiner Kenntnisse über Farben und Lacke. Drängt sich für den Schuldner ein Informationsdefizit des Gläubigers nicht auf, ist es somit grundsätzlich Sache des Gläubigers, darauf und auf eventuelle Verständnisschwierigkeiten hinzuweisen.[1195] Etwas anderes gilt in folgenden Fällen:

1. Eine aktive Erkundungspflicht des Schuldners kommt mit zunehmender Tendenz in Betracht, wenn die Verarbeitungslast über den natürlichen Scheidepunkt hinaus dem Schuldner zugewiesen ist.[1196] Dementsprechend treffen den zur Beratung verpflichteten Schuldner weitergehende Nachforschungspflichten.[1197] Es liegt gleichsam im Wesen der Beratung, daß ohne eine vorherige Erforschung der Fähigkeiten, Erfahrungen und Bedürfnisse des Gläubigers eine ordnungsgemäße Leistung des Schuldners nicht denkbar ist. Im Detail wurde der Umfang der Nachforschungspflicht besonders intensiv im Bereich des Bankrechts herausgearbeitet.[1198] Neben der Leitentscheidung BGHZ 123, 126 [Bond] legt nunmehr § 31 Abs. 2 Nr. 1 WpHG vergleichsweise detailliert den Pflichtenumfang von Wertpapierdienstleistungsunternehmen fest. Danach hat die Bank zur Ausübung einer anlegergerechten Beratung den Kunden nach seinen Erfahrungen und Vorkenntnissen über Anlagegeschäfte zu befragen, um Wissensstand

1195 Umfassend dazu *Fleischer*, Informationsasymmetrien, S. 426 f.

1196 Vgl. zur Normalverteilung der Verarbeitungslast C.IV.1.d (S. 120 ff.).

1197 *Druey*, in: FG Schluep, 1988, S. 147, 158.

1198 Vgl. OLG Schleswig ZIP 2002, 1840, 1841; *Hadding*, in: FS Schimansky, 1999, S. 67, 70; *Kümpel*, WM 1995, 689, 690 f.; *Schrödermeier*, WM 1995, 2053, 2056 ff.; *Jörg Müller*, ZBB 2001, 363, 372; einschränkend BGH WM 1996, 664, 665 = EWiR § 276 BGB 4/96, 395 [*Steiner*], für den Fall des von dritter Seite (Vermögensverwalter) beratenen Kunden; *Horn*, ZBB 1997, 139, 141, 148 f.; *Schwark*, in: FG 50 Jahre BGH, Band II, 2000, S. 455, 486 ff.; *Hopt*, in: FG 50 Jahre BGH, Band II, 2000, S. 497, 536 ff.; *Heinsius*, ZHR 145 (1981), S. 177, 189; zu spekulativen Geldanlagen vgl. BGH WM 1991, 315 = WuB I G 4.-4.91 [*Graf*] (Penny Stocks).

und Aufklärungsbedürfnis zu ermitteln.[1199] Dementsprechend kann auf eine entsprechende Ermittlung verzichtet werden, wenn der Kunde offenkundig fachkundig ist oder von einem fachkundigen Dritten betreut wird,[1200] bzw. die Bank über die entsprechenden Kenntnisse bereits aus früheren Kontakten verfügt.[1201] Vergleichbare Erkundigungspflichten werden auch für beratende Berufe, insbesondere Rechtsanwälte, angenommen.[1202]

2. Ebenso trifft den Arzt eine aktive Erkundigungspflicht. Aus diesem Grund genügt der Arzt seiner Pflicht zur Aufklärung nicht bereits durch Überreichung von Merk- und Informationsblättern an den Patienten. Diese können zwar eine wünschenswerte Basisaufklärung leisten und damit das eigentliche Aufklärungsgespräch vorbereiten. Ersetzen können sie es nicht, weil der Natur der Dinge nach mit Aufklärungsschriften nicht auf die individuellen Umstände, insbesondere Verständnisschwierigkeiten des einzelnen Patienten, eingegangen werden kann. Insoweit korrespondiert die weitreichende Erkundungspflicht mit der Pflicht des Arztes, sich zu vergewissern, daß der Patient die kommunizierten Zeichen richtig verstanden hat.[1203] Eine Verallgemeinerung dieser Ausnahme ist nur sehr begrenzt möglich. Ansatz einer Generalisierung kann lediglich der mit der ärztlichen Behandlung typischerweise verbundene Eingriff in höchstpersönliche Rechtsgüter des Patienten sein. Eine vergleichbare Nachforschungspflicht käme demnach in Betracht, wenn höchstpersönliche Rechtsgüter des Gläubigers aufgrund einer Handlung des Schuldners betroffen oder zumindest gefährdet sind. Denkbar wären damit gesteigerte Nachforschungspflichten beispielsweise bei Freizeitveranstaltungen im sogenannten Extremsportbereich oder Reisen in gefährliche Regionen (Antarktis, tropischer Regenwald, hochalpine Bergregionen).

3. Eine Pflicht zum aktiven Ermitteln von Verständnishorizont und Informationsbedürfnis kann sich schließlich aus einer Treuepflicht aufgrund einer besonders engen Bindung zwischen Schuldner und Gläubiger ergeben. So ist etwa der Geschäftsführer einer informationspflichtigen GmbH verpflichtet, in Zweifelsfällen durch Nachfragen das Informationsinteresse des Gesellschafters zu erkunden.[1204]

4. Eine gewisse Modifikation erfährt der Grundsatz von der fehlenden Erkundungspflicht des Schuldners auch bei den spontanen Informationspflichten. Hier liegt es in

1199 Vgl. ausführlich *Oikonomou*, Bankenhaftung, S. 104 ff. mit umfangreichen Nachweisen; *Jörg Müller*, ZBB 2001, 363, 372; *Stafflage*, Anlageberatung, S. 32; *Horn*, ZBB 1997, 138, 149 f.

1200 BGHZ 123, 126 [Bond]; BGH ZIP 1996, 667 = WM 1996, 664; BGH ZIP 2003, 2242, 2244 (Aufklärungspflicht gegenüber einem Wirtschaftsprüfer); *Siol*, in: Bankrechts-Handbuch – Band I, § 43 Rn 7; *Richrath*, WM 2004, 653, 656.

1201 *Horn*, ZBB 1997, 138, 149.

1202 BGH VersR 1986, 297; *Borgmann*/*Haug*, Anwaltshaftung, § 20 Rn 73; *Rinsche*, Haftung, Rn I 83 ff.

1203 BGH NJW 1985, 1399 f.; BGH NJW 1994, 793, 794; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 342; *Mertens*, in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn 442.

1204 *Römermann*, in: Michalski, § 51a Rn 159; ebenso für die AG bei Zweifeln und Mißverständnis hinsichtlich des Auskunftsbegehrens *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 100, 249 m.w.N.

der Natur der Sache, daß der Schuldner in gewissem Umfang aktiv tätig werden muß.[1205] Zu unterscheiden ist hier nach der Art der Informationspflicht. Beruht beispielsweise die Aufklärungspflicht auf dem allgemeinen Treugedanken des § 242 BGB,[1206] braucht der Schuldner nur auf solche Informationsdefizite einzugehen, die ihm offenkundig werden. Mithin treffen ihn keine aktiven Nachforschungspflichten. Grund dafür sind neben dem Ausnahmecharakter jener Aufklärungspflichten wiederum rechtsökonomische Überlegungen.[1207] Anders verhält es sich bei Aufklärungspflichten kraft Sorgepflicht. Aus der Sorgepflicht folgt nämlich auch eine aktive Erforschungspflicht des Schuldners im Hinblick auf Verständnisfähigkeit und Informationsbedürfnis des durch die Sorgepflicht geschützten Gläubigers.

Insgesamt ist eher Zurückhaltung bei der Annahme einer aktiven Erkundungspflicht des Schuldners bezüglich des Verständnishorizontes des Empfängers und seines Informationsbedürfnisses angezeigt. Neben den genannten Ausnahmen Beratung, Aufklärungspflicht des Arztes und besonders enge Treuebeziehung ergibt sich zusätzlich bei den spontanen Informationspflichten aus der Natur der Sache eine Modifizierung des Grundsatzes fehlender Nachforschungspflicht (dazu im Einzelnen sogleich unter 2.).

Weitgehend unabhängig von einer eventuellen Nachforschungspflicht des Schuldners ist die alleinige Verantwortung des Gläubigers für die Richtigkeit seiner Angaben.[1208] Beruht die unzureichende Befriedigung des Informationsbedürfnisses allein auf der Fehlerhaftigkeit der Gläubigerangaben, gilt die Informationspflicht dennoch als erfüllt. Die Folgen der unzureichenden Informierung trägt der Gläubiger in entsprechender Anwendung des § 254 BGB. Nur dann und soweit dem Schuldner sich ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Angaben aufdrängen, ist er zur Nachforschung hinsichtlich der Richtigkeit der Angaben verpflichtet.[1209]

2. Pflichten aufgrund Zuweisung der Informationsinitiierung

Trifft den Schuldner die Pflicht zur Initiierung des Informationsprozesses, sind damit im wesentlichen zwei eng miteinander verwobene Teilpflichten verbunden. Zum einen obliegt dem Schuldner die Entscheidung, ob überhaupt und wenn ja über welche Tatsachen und Umstände zu informieren ist. Zum anderen muß er auch den richtigen Informationszeitpunkt festlegen. Er hat also die Relevanz der ihm bekannten Tatsachen und Umstände mit Blick auf das zu befriedigende Informationsbedürfnis zu ermitteln

1205 Vgl. dazu auch E.II.2 (S. 278 f.).
1206 Vgl. dazu C.III.4.b.cc(1) (S. 104 f.).
1207 Ausführlich dazu *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 426 f.
1208 *Mertens*, in: MünchKomm-BGB, § 823 Rn 433 (Patientenangaben); *Oikonomou*, Bankenhaftung, S. 107 m.w.N. in Fn. 47 (Anlageberatung); *Rinsche*, Haftung, Rn I 83 (Rechtsberatung).
1209 BGH ZIP 2003, 2242, 2244 m.w.N.; *Richrath*, WM 2004, 653, 656.

und gegebenenfalls einen Informationsprozeß einzuleiten. Deutlich zeigt sich dies beispielsweise bei den Aufklärungspflichten kraft Sorgepflicht. Hier ist es typischer Ausfluß dieser Pflicht, den Informationsbedarf des Empfängers von sich aus festzustellen. Der Informationsvorsprung des Schuldners besteht eben darin, daß er die Gefahren erkennen kann, welche dem Gläubiger nicht bewußt sein können.[1210] Wegen der Relativität des Informationswertes[1211] – was für den Schuldner von großem Interesse ist, kann für den Gläubiger völlig belanglos sein und umgekehrt – ist diese Entscheidung aus Sicht des Schuldners mit sehr vielen Unwägbarkeiten belastet. Aufgrund dieser Unwägbarkeiten ist dem Schuldner einen Ermessensspielraum über den Inhalt und den Zeitpunkt der Informationsinitiierung einräumen. Schließlich kann (und muß) er die Entscheidung nur anhand von Sinn und Zweck der Initiierungszuweisung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Person des Informationsgläubigers, treffen. Weniger oder gar kein Ermessen ist dem Schuldner allerdings dann einzuräumen, wenn das Gesetz schematisiert vorgibt, wann über welche Tatsachen und Umstände zu informieren ist. Sehr umfangreiche und detaillierte Regelungen dieser Art finden sich im Gesellschafts-[1212] und Kapitalmarktrecht[1213] sowie im Verbraucherschutzrecht[1214].

3. Informationsbeschaffungspflicht

Herausragende Bedeutung hat die Frage, ob und in welchem Umfang der Schuldner aufgrund seiner Informationsschuld verpflichtet ist, sich die zur Erfüllung seiner Pflicht notwendigen Informationen zu beschaffen. Abgesehen von jenen Fällen, in denen sich der Schuldner gerade zur Beschaffung bestimmter Informationen verpflichtet hat, ist es unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Risikoverteilung nicht einsichtig,[1215] dem Schuldner eine derartige Pflicht aufzuerlegen. Dementsprechend setzt der aus § 242 BGB abgeleitete Informationsanspruch nach ganz herrschender Meinung neben anderen Bedingungen voraus, daß der Schuldner in der Lage ist, *unschwer* die notwendigen Informationen zu erteilen. Maßstab dafür soll die Zumutbarkeit des Arbeitsaufwandes (Zeit, Kosten, Lästigkeit) sein.[1216] Danach hätte der Schuldner nur solche Umstände zu offenbaren, die ihm selbst bekannt oder ohne weiteres zugänglich

1210 *Druey*, Information, S. 240.
1211 Vgl. dazu *Druey*, Information, S. 62 ff.; *Eppenberger*, Information, S. 66.
1212 Beispielsweise: §§ 90, 124, 125, 171 Abs. 2, 175 Abs. 2, 179a Abs. 2, 186 Abs.4 S. 2, 293a, 293e, 327c AktG; §§ 8, 12 UmwG; § 11 WpÜG.
1213 Beispielsweise: §§ 15, 21 WpHG; §§ 53 ff. BörsZulV i.V.m. § 40 Abs. 2 BörsG; § 63 BörsO FWB i.V.m. § 42 BörsG; § 10 WpÜG.
1214 Beispielsweise: §§ 312c Abs. 1, 312e Abs. 1 Nr. 2 BGB (Zeitpunkt) und Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht (Inhalt).
1215 *Loritz*, NZG 2002, 889, 890.
1216 Vgl. statt aller nur *Krüger*, in: MünchKomm-BGB, § 260 Rn 12 und 20 m.w.N.

sind.[1217] Zu bedenken ist allerdings, daß der aus § 242 BGB abgeleitete Informationsanspruch den Charakter eines »Notankers« für den Information begehrenden Gläubiger hat. Steht dem Gläubiger hingegen aufgrund einer anderweitigen Rechtsgrundlage ein Anspruch auf Information zu, würde die Stilisierung der Voraussetzung des Anspruchs aus § 242 BGB zum Grundsatz sehr schnell in die mißliche Lage führen, daß »starke« Informationsansprüche sehr leicht mit formalen Argumenten unterwandert werden könnten. Für die Beantwortung der Frage, in welchem Umfang der Schuldner zur aktiven Informationsbeschaffung verpflichtet ist, muß auf Sinn und Zweck der konkreten Anspruchsgrundlage abgestellt werden. Als mögliche Wertungskriterien für den Einzelfall kommen folgende Gesichtspunkte in Betracht:

a. *Wertungskriterium: Schuldner*

Die Gefahr, daß sich der Schuldner unter Berufung auf formale Argumente seiner Informationspflicht zu entziehen versucht, besteht zum einen dann, wenn der Schuldner der Informationspflicht keine natürliche Person ist. Zur Erfüllung ihrer Informationspflicht muß sich die nicht natürliche Person ihrer Organe oder anderer natürlicher Personen bedienen. Gerade in großen Unternehmen oder Behörden werden diese Personen freilich niemals über all jene Informationen verfügen, die dem Unternehmen bekannt sind oder ihm über § 166 BGB zugerechnet werden.[1218] Aus diesem Grund ist es für den Auskunftsanspruch des Aktionärs anerkannt, daß die auskunftspflichtige Gesellschaft umfassende Maßnahmen zu treffen hat, um die Beantwortung der gestellten Frage durch den Vorstand sicherzustellen.[1219] Dies muß auch für andere Organisationen gelten. Sie haben durch geeignete (Organisations-)Maßnahmen zu gewährleisten, daß ihre Vertretungsorgane oder Erfüllungsgehilfen mit den entsprechenden Informationen versorgt werden, damit sie die Informationspflicht der nicht natürlichen Person erfüllen können.[1220] Notwendig ist damit eine interne Organisation, die die Abrufbarkeit der Informationen sicherstellt. Fehlt es daran, kommt eine Haftung aus Organisationsverschulden in Betracht, wenn die Information nicht anderweitig besorgt werden kann.[1221] Trifft eine natürliche Person die Informationspflicht, kann sie sich ebensowe-

1217 *Stürner*, Aufklärungspflichten, S. 349 Fn. 101.

1218 Ausführlich zur Wissenszurechnung *Druey*, Information, S. 304 ff., mit umfassenden Nachweisen zu den einzelnen Problemständen.

1219 BGHZ 32, 159, 165 f.; OLG Düsseldorf WM 1991, 2148, 2152; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 251 ff.; *Zöllner*, in: KölnKomm-AktG, § 131 Rn 77; *Heidel*, in: Anw-Komm-AktG, § 131 Rn 19; *Hüffer*, AktG, § 131 Rn 9; *Semler*, in: MünchHdb. GesR 4, § 37 Rn 42; *Tietze*, Informationsrechte, S. 33.

1220 *Tietze*, Informationsrechte, S. 33 f.; *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 221, 234; *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 134 f.; *K. Schmidt*, in: Scholz, § 51a Rn 34; *Koppensteiner*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, § 51a Rn 13; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 51a Rn 12, 28; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, § 51a Rn 20 (jeweils GmbH); *Bauer*, GenG, § 43 Rn 91; *Müller*, GenG, § 43 Rn 28 (Genossenschaft).

1221 Vgl. *Horn*, ZBB 1997, 139, 152 m.w.N.; EWiR § 7 StVG 1/03, 180 [*Emde*].

nig darauf berufen, daß ihr bestimmte Informationen nicht präsent sind. Auch hier kommt es unter dem Stichwort der Organisationsverantwortung allein darauf an, ob sie über die Informationen bei entsprechender Organisation hätte verfügen können. Die Informationspflicht beschränkt sich somit nicht auf das präsente Wissen des Verpflichteten. Vielmehr ist dieser gehalten, seine Geschäftsunterlagen durchzusehen und alle ihm zugänglichen Informationen aus seinem Unternehmensbereich zur Informationserfüllung heranzuziehen.[1222]

Mit dem Argument der fehlenden Schuldneridentität kann der Schuldner zum anderen ebenso versucht sein, sich seiner Informationspflicht zu entziehen. In diesen Fällen lehnt der Schuldner typischerweise ein Einsichtsverlangen in bestimmte Unterlagen mit dem Argument ab, daß sie einem anderen Rechtssubjekt – etwa einer Tochtergesellschaft – gehören und daher nicht vom Informationsanspruch gegen ihn erfaßt sind. Weitergehend wird er sich sogar auf einen fehlenden Informationsanspruch gegenüber den Dritten berufen, um etwa einer Pflicht, die entsprechenden Unterlagen des Dritten einzusehen, von vornherein entgegenzutreten.[1223] Unter rein formalen Kriterien steht das Recht auf der Seite des Schuldners. Im Einzelfall ist jedoch zu prüfen, ob die Berufung auf die fehlende Schuldneridentität nicht allein der Unterwanderung des Informationsanspruchs des Gläubigers dient. Bei Informationsansprüchen von Gesellschaftern gegen die Gesellschaft ist damit die Reichweite des Tatbestandsmerkmals »Angelegenheiten der Gesellschaft« angesprochen. In vielen Fällen bietet es einen geeigneten Korrekturansatzpunkt, um etwa eine aktive Informationsbeschaffungspflicht der Gesellschaft gegenüber Tochtergesellschaften zu begründen.[1224] Grundlegend zur Frage der Unterwanderung des Informationsanspruchs durch Berufung auf die förmliche Verschiedenheit zwischen Schuldner und Dritten hat der BGH in BGHZ 25, 115, 118 Stellung genommen.[1225] In der entscheidenden Urteilspassage heißt es: »Bei dieser Rechtslage kann es für das Einsichtsrecht des Kommanditisten keinen Unterschied machen, ob die Verkaufsabteilung als eine unselbständige Abteilung in das Unternehmen der Beklagten eingegliedert wird oder eine rechtlich verselbständigte Form in der Gestalt einer Einmann-GmbH erhält. Eine andere Beurteilung würde zu einer weitgehenden und überaus bedenklichen Gefährdung des Kontrollrechts des Kommanditisten führen […]. Es entspricht daher durchaus der Sachlage, wenn das Reichsgericht in einem ähnlich liegenden Fall die Verurteilung des alleinigen Gesellschafters zur Vorlage

1222 BGH 128, 220, 227 [Kleiderbügel]; BGH GRUR 2003, 433, 434 [Cartier-Ring].

1223 Vgl. BGHZ 128, 220, 227 [Kleiderbügel].

1224 So die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität zu § 90 Abs. 1 S. 2 und 3 AktG (NZG 2002, 213, 219), die darauf hinweist, daß den Vorstand eine aktive Beschaffungspflicht über Informationen die Tochtergesellschaft(en) betreffend trifft.

1225 So auch BGH WM 1984, 807, 808; vgl. BGH NJW 2001, 2333 = ZIP 2001, 876, 878; kritisch EWiR § 87c HGB 1/01, 632 [*Emde*] zur Beschaffungspflicht innerhalb eines Konzerns (hier zwischen Schwestern); BGH BB 1970, 187; RGZ 103, 71, 73, zur Erstreckung des Informationsanspruchs aus § 716 BGB auf die Unterlagen des geschäftsführenden Gesellschafters, wenn die Gesellschaft keine Unterlagen erstellt hat, solche sich aber in dessen Geschäftsbüchern und Papieren befinden.

der Bilanzen seiner GmbH gebilligt hat (RGZ 99, 232). Denn es würde nach Treu und Glauben und daher im Hinblick auf den Zweck der Rechtsordnung nicht gerechtfertigt sein, wenn sich in einem solchen Fall der alleinige Gesellschafter der ihm obliegenden Verpflichtung unter Berufung auf die förmliche Verschiedenheit zwischen ihm und der Einmanngesellschaft entziehen könnte.« Danach greift jedenfalls dann eine Berufung auf die fehlende Schuldneridentität nicht durch, wenn zwischen Schuldner und Dritten eine wirtschaftliche Einheit besteht.

b. *Wertungskriterium: Anspruchsgrundlage*

Ausgehend vom vorliegend vertretenen Ansatz »Das einheitliche Recht auf Information« kann das einzelne Informationsmittel keinen Einfluß auf die Beschaffungspflicht des Schuldners haben. Schließlich sind sie nur funktionale Bestandteile des Informationsanspruchs an sich. Entscheidend für die Frage, ob und in welchem Umfang eine Beschaffungspflicht des Schuldners besteht, ist allein die mit dem Anspruch korrespondierende Pflicht des Schuldners. Es bereitet aber Schwierigkeiten, der Anspruchsgrundlage als solcher die Reichweite einer Beschaffungspflicht zu entnehmen. Methodischer Anknüpfungspunkt sind Sinn und Zweck der Anspruchsgrundlage. Benennt die Anspruchsgrundlage ein Informationsmittel als primäres, so kann darüber in gewissen Grenzen ein Rückschluß auf den Umfang der Beschaffungspflicht geschlossen werden. Insoweit haben die einzelnen Informationsmittel doch Einfluß auf den Umfang der Beschaffungspflicht. Im Einzelnen folgt daraus:

aa. Beratung

Ohne Zweifel trifft den Schuldner die umfassendste Pflicht zur Informationsbeschaffung in den Beratungsfällen. Die Natur des Informationsmittels Beratung bringt es mit sich, daß der Schuldner umfassend all jene Informationen ermitteln muß, die notwendig sind, um dem Gläubiger einen sachgerechten Entscheidungsvorschlag unterbreiten zu können. Sehr umfassend hat sich die bankrechtliche Rechtsprechung und Literatur mit der aus der Beratung folgenden Beschaffungspflicht beschäftigt.[1226] Danach ist die Bank neben der Einholung kundenbezogener Daten (anlegergerechte Beratung) auch verpflichtet, produktbezogene Informationen einzuholen (anlagegerechte Beratung).[1227] Dazu hat die Bank alle ihr zur Verfügung stehenden Informationsquellen auszuwerten, insbesondere Entwicklungen an der Börse und die Wirtschaftspresse laufend und sorgfältig zu überwachen und Bonitätsbeurteilungen durch marktetablierte

1226 Grundlegend BGHZ 123, 126, 128 ff [Bond]; OLG München BKR 2003, 875, 877 (keine Pflichtlektüre des sogenannten »gerlach-report« bei Anlagevermittlung); vgl. auch Nachweise in Fn. 1198 (S. 276); kritisch zur Reichweite der Beschaffungspflicht *Loritz*, NZG 2002, 889 ff.; *Stafflage,* Anlageberatung, S. 31 f. m.w.N.

1227 BGHZ 123, 126, 129 f [Bond]; nunmehr ausdrücklich geregelt in § 31 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr.1 WpHG.

Ratingagenturen zu berücksichtigen.[1228] Dabei läßt sich aus dem »Bond-Urteil« der Grundsatz entnehmen, daß der Pflichtenmaßstab für das Kreditinstitut tendenziell steigt, je schwerer die einschlägigen Informationsquellen allgemein zugänglich sind.[1229] Ist der Bank der Zugriff auf die Informationsquellen nicht in dem notwendigen Umfang möglich, sind sie nicht vorhanden oder hat die Bank sie lediglich nicht genutzt, so muß sie dies unmißverständlich und das daraus folgende Fehlen hinreichender Kenntnisse offenlegen.[1230]

Eine Verallgemeinerung jener bankrechtsspezifischen Wertungen ist in folgender Weise möglich: Ist der Schuldner zur Beratung verpflichtet, hat er alle ihm zugänglichen Informationsquellen einzubeziehen. Dies gilt besonders für Informationsquellen mit spezifischem Bezug zum Beratungsthema und solchen, zu denen der Schuldner exklusiven Zugang hat. Andererseits kann und darf das Informationsmittel der Beratung nicht dazuführen, den Gläubiger aus jeglicher Eigenverantwortung mit Blick auf die Informationsbeschaffung zu entlassen. Mit Ausnahme jener Fälle, in denen die Beratungspflicht sie ausdrücklich mit umfassen soll, sind allgemeine Tatsachen und Umstände, zumal aus allgemein öffentlich zugänglichen Informationsquellen, von der Beschaffungspflicht ausgenommen. Das Informationsmittel der Beratung, als jenes mit der intensivsten Verarbeitungslast des Schuldners, gebietet hier allerdings im Zweifel zu Lasten des Schuldners zu entscheiden. Ist dem Schuldner aus welchem Grund auch immer die geschuldete Informationsbeschaffung nicht möglich oder hat er dies schuldhaft unterlassen, muß er den Gläubiger darauf zumindest unmißverständlich hinweisen.

bb. Auskunft

Die Spannweite der möglichen Intensität des Informationsmittels Auskunft erschwert die Formulierung allgemeingültiger Aussagen. Da die Auskunft im Gegensatz zur Einsicht jedoch immerhin ein aktives Tun des Schuldners voraussetzt, ist als Mindestmaß zu fordern, daß er fehlendes präsentes Wissen zunächst durch Einsicht in die eigenen Unterlagen und Aufzeichnungen auffrischt. Bedarf es zur Auskunftserteilung der Hinzuziehung/Mitwirkung Dritter, so besteht in geringem Umfang eine dahingehende Pflicht. Nach einer Entscheidung des OLG Frankfurt ist der zur Auskunft verpflichtete Schuldner gehalten, die notwendige Mitwirkung anderer Personen oder einer Behörde mit der gebotenen Intensität zu betreiben.[1231] Unmöglichkeit hinsichtlich einer Beschaffungspflicht kann danach nur angenommen werden, wenn der ernstlich gewollten

1228 Vgl. nur *Stafflage,* Anlageberatung, S. 30 f. mit jeweils umfassenden Nachweisen.

1229 *Stafflage,* Anlageberatung, S. 31.

1230 BGHZ 123, 126, 129 [Bond]; BGH ZIP 1998, 284, 285; BGH ZIP 1998, 1220, 1221; BGH ZIP 1999, 1915, 1918; BGH ZIP 2003, 1928, 1929; *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 126; *Koller*, in: Assmann/Schneider, § 31 Rn 110.

1231 OLG Frankfurt WM 1991, 1555, 1557 = GmbHR 1991, 577, 578; BayObLG München NJW-RR 1989, 462, 463 (zu § 888 ZPO mit allgemeinem Verweis auf die Folgen der heutigen Arbeitsteilung).

Vornahme des Schuldners unüberwindliche Hindernisse entgegenstehen. Dies ist der Fall, wenn die Handlung von einem dem Einfluß des Verpflichteten entzogenen Willen abhängt, gleichgültig ob dies auf einem Verschulden des Verpflichteten beruht oder nicht.[1232] Ebenso trifft den Schuldner die Pflicht, sich das fehlende Wissen durch Geltendmachung eines ihm gegen einen Dritten zustehenden Auskunftsanspruchs zu beschaffen.[1233] Mit der Natur der Auskunft als Wissenserklärung ist es hingegen nicht mehr vereinbar, den Schuldner zu Nachforschungen bei Dritten zu verpflichten, um beispielsweise im Rahmen des Informationsanspruchs aus § 19 MarkenG auch Auskunft über den unbekannten Vorlieferanten und Hersteller machen zu können.[1234] Als besondere Form der Auskunft ist bei der Rechnungslegung eine weitergehende Pflicht zur Informationsbeschaffung nicht angezeigt. Weil der Geschäftsbesorger in einem fremden Interessenkreis an Stelle des Geschäftsherrn tätig wird, hat er im Rahmen der Rechenschaft den Geschäftsherrn über all jene Tatsachen, Umstände und Erfahrungen zu informieren, die dieser zur selbständigen Fortführung seiner Geschäfte benötigt.[1235] Rechenschaft heißt daher im Grunde »abliefern«, also nicht »Information sammeln«, sondern »verfügbare Informationen weitergeben«.[1236]

cc. Einsicht

Der Aspekt der Beschaffungspflicht wurde für die Einsicht bereits ausführlich unter dem Gesichtspunkt einer Pflicht zur Unterlagenerstellung behandelt.[1237] Während die Pflicht zur Unterlagenerstellung bereits *vor* der Geltendmachung eines Einsichtsverlangens besteht, könnte der Schuldner *nach* Geltendmachung des Einsichtsverlangens verpflichtet sein, fehlende oder unvollständige Unterlagen zu beschaffen bzw. zu ergänzen, um sich seiner Pflicht nicht durch Berufung auf § 275 BGB entziehen zu können. Der passiven Natur der Einsichtsgewährung würde es entsprechen, wenn sich die Einsicht allein auf die bei dem Schuldner vorhandenen eigenen Unterlagen erstreckt.[1238] Richtig und selbstverständlich ist, daß die Einsicht nicht jene Unterlagen erfaßt, die nicht dem Schuldner zugeordnet sind.[1239] Dagegen darf der Begriff »vorhanden« nicht dahin verengt werden, daß die Unterlagen unmittelbar griffbereit sein müssen. Die Arbeitsteilung des heutigen Wirtschaftssystems bedingt vielfach die Auslagerung bestimmter Arbeitsprozesse an externe Dritte. So wird beispielsweise die Buchhaltung Steuerberatern oder kommerziellen Dienstleistungsunternehmen übertra-

1232 OLG Frankfurt WM 1991, 1555, 1557 = GmbHR 1991, 577, 578.
1233 BGH NJW-RR 2004, 772, 773; BGH NJW 1989, 1601; *Wolf*, in: Soergel, § 260 Rn 51.
1234 BGHZ 125, 322, 326 [Cartier-Armreif]; BGH GRUR 2003, 433, 434 [Cartier-Ring].
1235 Vgl. zum Sinn und Zweck der Rechenschaft in bezug auf den Fortführungsgedanken der Geschäfte *Druey*, Information, S. 228.
1236 *Druey*, Information, S. 228.
1237 Siehe dazu unter C.IV.2.b.aa (S. 131 ff.).
1238 Den passiven Charakter betonend *Kort*, ZGR 1987, S. 46, 67, 74; *Tietze*, Informationsrechte, S. 54.
1239 Vgl. dazu aber auch E.II.3.a (S. 280 f).

gen. Die im Rahmen des Buchführungsauftrags dort entstehenden Unterlagen werden zweifelsohne vom Einsichtsrecht erfaßt.[1240] Die Unterlagen sind nämlich unabhängig davon, wer sie erstellt oder verwahrt, dem auftraggebenden Schuldner und nicht dem Auftragnehmer zugeordnet.[1241] Der Schuldner hat daher eigene Unterlagen, die sich im Besitz Dritter befinden, herauszuverlangen.[1242] Das Merkmal des Vorhandenseins ist mithin nicht im Sinne eine unmittelbaren leichten Verfügbarkeit zu verstehen, sondern als die bloße Existenz von dem Schuldner zugeordneten Unterlagen.

Der passiven Natur der Einsichtsgewährung widerspricht es hingegen, den Schuldner zur nachträglichen Unterlagenerstellung zu verpflichten. Dies bestätigt sich durch folgende Überlegungen: Zunächst würden durch eine nachträgliche Pflicht zur Unterlagenerstellung bereits im Vorfeld bestehende Dokumentationspflichten relativiert.[1243] Entscheidend ist aber letztlich, daß bei der nachträglichen Unterlagenerstellung nicht mehr von einer Dokumentationspflicht im eigentlichen Sinne des Wortes gesprochen werden kann. Jene macht nämlich nur Sinn, wenn die Unterlagenerstellung vor Geltendmachung der Einsicht erfolgt; anderenfalls verlören die Unterlagen aufgrund des unvermeidbaren Bezugs zu einem konkreten Informationsverlangen die ihnen eigene Objektivität mit Blick auf den Dokumentationszweck.[1244] Ab dem Informationsverlangen kann die Schuldnerpflicht somit »nur noch« durch eine umfassende, in Textform zu bewirkende, Auskunft erfüllt werden. Wollte man dies anders sehen, hieße dies, die Ergänzungsfunktion der Auskunft im Hinblick auf die Unvollständigkeit der Unterlagen zu verneinen. Für die Verneinung einer nachträglichen Dokumentationspflicht streitet schließlich folgendes praktisches Argument: Sinn und Zweck der Einsicht ist die Verifikation anderweitig erlangter Informationen sowie die »Aufdeckung« bisher unbekannter Facetten der Entscheidungssituation.[1245] Mit Blick auf letzteres macht es keinen Unterschied, ob man das Ergebnis der nachträglichen Niederschrift zum Gegenstand der Auskunft oder der Einsicht macht. Dagegen kann der Verifikationszweck bei nachträglicher Anfertigung der Unterlagen nicht mehr erfüllt werden. Die Qualität der dadurch erzielbaren Verifikation entspricht nur noch jener der eidesstattlichen Erklärung. Sie beschränkt sich auf jene Umstände und Tatsachen, an die der Schuldner gewillt ist, sich zu erinnern.

1240 *Roth/Altmeppen,* GmbHG, § 51a Rn 9; *Tietze*, Informationsrechte, S. 53.

1241 *Tietze*, Informationsrechte, S. 53. Hierbei ist nicht auf die aktuelle Eigentumslage abzustellen. Entscheidend ist allein, wer, in: Anlehnung an »Herr des Geheimnisses« (vgl. dazu E.I.2.a.bb [S. 255 ff.]), als »Herr der Information« angesehen werden kann.

1242 *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 51a Rn 18; OLG Frankfurt WM 1995, 1719, 1721.

1243 Ähnlich *Tietze*, Informationsrechte, S. 8 f.; i. E. ebenso *Wohlleben*, Informationsrechte, S. 137 f.

1244 Vgl. zu dieser Eigenschaft von Unterlagen C.IV.2.b.bb (S. 138 ff.) und C.II.1.c.aa(2) (S. 60 f.).

1245 Vgl. ausführlich dazu C.IV.2.b (S. 131 ff.).

dd. Spontane Informationspflichten

Bei spontanen Informationspflichten muß danach differenziert werden, ob es sich um nicht einklagbare Aufklärungspflichten oder um einklagbare Berichtspflichten handelt. Hinsichtlich der nicht einklagbaren Aufklärungspflichten wird eine Informationsbeschaffungspflicht nur sehr zurückhaltend angenommen[1246] oder sogar gänzlich abgelehnt.[1247] Eine Beschaffungspflicht kommt offensichtlich nicht in Betracht, wenn die Aufklärung nicht nur spontan, sondern auch unmittelbar erfolgen muß, soweit der Schuldner sich nicht bereits im Vorfeld sachkundig halten muß.[1248] Hier fehlt es bereits an der praktischen Möglichkeit, zusätzliche Information zu beschaffen. Aber auch in den übrigen Fällen kann eine Beschaffungspflicht nur in engen Grenzen angenommen werden, weil anderenfalls die Gefahr einer Haftungsausuferung aufgrund einer Aufklärungspflichtverletzung bestünde.[1249] Nach *Druey* scheidet eine Beschaffungspflicht bei Aufklärungspflichten aus Treu und Glauben auch deshalb aus, weil diese nicht dazu dienen, Informationslücken zu schließen, sondern auf sie aufmerksam zu machen.[1250] Aus informationsrechtlicher Sicht überzeugt dies, weil damit schlüssig zu erklären ist, warum eine Haftung aus Aufklärungspflichtverletzung ausscheidet, wenn der Schuldner seine Unkenntnis oder Unfähigkeit zur Information rechtzeitig und unzweideutig offenbart:[1251] Der Gläubiger muß nämlich gewarnt sein, wenn bereits der Schuldner, als die dem Informationsgegenstand funktionell oder fachlich näherstehende Person, nur über unzureichende Information verfügt.[1252]

Die Bejahung einer Informationsbeschaffungspflicht würde anderenfalls gerade bei Verträgen dem Prinzip der Eigenverantwortung zuwiderlaufen.

Anders ist die Sachlage hingegen bei den einklagbaren spontanen Informationspflichten. Hier trifft den Schuldner eine Beschaffungspflicht. In Umkehrung *Drueys*

1246 BGH NJW 1977, 1055, 1056; BGH NJW 1981, 928, 929; BGH NJW 1983, 217, 218; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 241 Rn 80; *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 126 (Grundsatz: Kenntnis der relevanten Tatsache); ausführlich *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 426 f., 450 ff.; Ausnahmen: BGHZ 74, 383, 392; BGH NJW 1983, 217, 218 (Beschaffungspflicht beim Gebrauchtwagenkauf); kritisch dazu *Fleischer*, a.a.O., S. 452.

1247 *Druey*, Information, S. 235 ff., der zwischen jenen aus Treu und Glauben abgeleiteten (gar keine Beschaffungspflicht) und jenen aus Schutzpflicht (zumutbarer Aufwand) unterscheidet. Der Grund für die Unterscheidung liegt nach *Druey* darin, daß für den Leistungsumfang der Aufklärungspflicht Kraft Schutzpflicht ein objektiver Wissensmaßstab des Schuldners gelten muß.

1248 Eine derartige Vorfeldpflicht findet sich vor allem bei beruflichen Aufklärungspflichten, mit besonders intensiver Ausprägung im Bankrecht; vgl. auch *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 453.

1249 *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 241 Rn 80.

1250 *Druey*, Information, S. 236.

1251 BGHZ 123, 126, 129 [Bond]; BGH ZIP 1998, 284, 285; BGH ZIP 1998, 1220, 1221; BGH ZIP 1999, 1915, 1918; BGH ZIP 2003, 1928, 1929; *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 126; *Koller*, in: Assmann/Schneider, § 31 Rn 110.

1252 Vgl. zur funktionellen und fachlichen Nähe D.V.2.a (S. 219 ff).

Argumentation läßt sich als Grund anführen, daß jene spontanen Informationspflichten nicht bloß auf Informationslücken hinweisen, sondern diese bereits in einem weiten Umfang schließen sollen. Dies setzt aber, ähnlich der Auskunft, voraus, daß sich die Informationspflicht nicht nur auf präsentes Wissen beschränkt. Denn welchen Nutzen hat die Berichtspflicht des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat gem. § 90 Abs. 1 AktG, wenn er nicht verpflichtet ist, sich zuvor über den Gang der Geschäfte, die Wirtschaftlichkeit der Gesellschaft oder über bedeutsame Geschäfte für Rentabilität und Liquidität der Gesellschaft zu informieren?

4. Informationsaufbewahrungspflicht

Das menschliche Gehirn ist nur begrenzt in der Lage, alles jemals erworbene Wissen für die Zukunft dauerhaft zu speichern. Diese »Unzulänglichkeit« des Gehirns kann sich dramatisch auf die Leistungserfüllung von Informationspflichten auswirken. Kann sich der Schuldner nämlich nicht mehr an die informationspflichtigen Daten und Fakten erinnern, verliert der Gläubiger wegen Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB seinen Erfüllungsanspruch. Soll vorhandenes Wissen dauerhaft verfügbar gehalten werden, empfiehlt sich seine Speicherung auf einem externen Datenträger. Nicht zuletzt auch deshalb ordnet das Gesetz in einigen Fällen eine zeitnahe Erstellung von Unterlagen durch den Schuldner an, um dem zukünftigen Wissensverlust vorzubeugen.[1253] Aber auch ohne eine dahingehende gesetzliche Verpflichtung fertigen viele Menschen zur Gedächtnisstütze Unterlagen an. Schließlich kann eine Vielzahl von Unterlagen quasi auch »nebenbei« entstehen. Zu nennen sind hier etwa E-Mails, Belege, Quittungen und dergleichen.

Sind Unterlagen unabhängig von ihrem Entstehungsgrund einmal vorhanden, stellt sich die Frage nach einer Pflicht des Erstellers, sie über einen mehr oder weniger genau umrissenen Zeitraum aufzubewahren, um sie in der Zukunft für die Erfüllung von möglichen Informationsansprüchen zur Verfügung zu haben. Aufgrund der These vom einheitlichen Recht auf Information ist es hinsichtlich einer möglichen Aufbewahrungspflicht irrelevant, ob später der Schuldner oder der Gläubiger im Rahmen der Erfüllung des Informationsanspruchs Einsicht in die Unterlagen nimmt. Für eine generelle Aufbewahrungspflicht spricht, daß die Pflicht zur Unterlagenerstellung und/oder Informationsbeschaffung nur dann eine ausreichende Gewähr zur Sicherstellung der Leistungsfähigkeit des Schuldners bietet, wenn sie mit einer Pflicht zur Aufbewahrung korrespondiert. Denn was nützt es dem Patienten, wenn der Arzt zwar verpflichtet ist, eine umfangreiche Dokumentation während seines Klinikaufenthaltes anzufertigen, zeitgleich mit seiner Entlassung die Dokumentation aber vernichtet werden darf? Die Dokumentationspflicht liefe weitgehend leer. Ebenso nützt dem Gläubiger eine Schuldnerpflicht zur Informationsbeschaffung wenig, wenn dieser in der Vergangenheit zwar über umfangreiche Unterlagen verfügte, diese inzwischen aber vernichtet hat

1253 Vgl. ausführlich zu den Dokumentationspflichten C.IV.2.b.aa (S. 131 ff.).

und sich an deren Inhalt partout nicht mehr erinnern kann. Bei einer nicht natürlichen Person können sich die negativen Folgen zusätzlich durch Veränderungen im Bestand ihrer »Wissensträger« verstärken.

In den USA besteht aufgrund einer Besonderheit im dortigen Zivilprozeßrecht im Ansatz eine allgemeine Aufbewahrungspflicht.[1254] Infolge der sogenannten *pre-trial-discovery* ist jede Prozeßpartei verpflichtet, der Gegenseite nach Aufforderung Unterlagen herauszugeben. Einher geht damit die Pflicht, alle *relevanten*[1255] Dokumente aufzubewahren.[1256]

Auch wenn eine solche Verpflichtung für eine umfassende Erfüllung von Informationsansprüchen vorteilhaft ist, kennt die deutsche Rechtsordnung keine allgemeine Aufbewahrungspflicht für Unterlagen.[1257] Das Gesetz ordnet eine dahingehende Pflicht nur in Ergänzung zu einer ausdrücklich geregelten (vorangehenden) Dokumentationspflicht an.[1258] Fehlt es an einer gesetzlich angeordneten Aufbewahrungspflicht, muß im Umkehrschluß gefolgert werden, daß den Schuldner keine dahingehende Pflicht trifft, unabhängig davon, ob eine Dokumentationspflicht besteht oder die Dokumentation aus freien Stücken erfolgte. Es bleibt allerdings Raum für Ausnahmen, die sich aus der besonderen Natur der Rechtsbeziehung und dem Inhalt des Informationsanspruches ergeben können. Die besondere Situation in Fällen der Besorgung fremder Geschäfte

1254 Zur Aufbewahrungspflicht aufgrund der *pre-trial-discovery Silbermann/Stein.*, Civil Procedure, S. 631 ff.

1255 Im Zuge des Einsatzes moderner Kommunikationssysteme und Datenverarbeitungsanlagen stellt sich im Rahmen der sogenannten *Electronic discovery* die Frage, welche elektronischen Dokumente von der Aufbewahrungs- und Herausgabepflicht erfaßt werden. Sind z.B. E-Mails aller Mitarbeiter aufzubewahren? Kürzlich hat eine Gruppe von Rechtsexperten und Computerfachleuten die »Sedona Principles« herausgearbeitet, die als Richtschnur im Umgang mit elektronischen Dokumenten im Beweisermittlungsverfahren dienen sollen. Die »Sedona Principles« sind unter http://www.thesedonaconference.org/miscFiles-/ElectronicDiscovery/download (Stand: November 2003) abrufbar. Aufgrund des extensiven Gebrauchs der *pre-trial-discovery* im Zusammenhang mit der Verkörperung von Informationen durch E-Mail, Computer usw. setzt zum Teil bereits eine Gegenbewegung zurück zum mündlichen Gespräch ein. Denn bisher besteht auch nach US-amerikanischem Recht eine Aufbewahrungspflicht im Zusammenhang mit dem *pre-trial-discovery* nur, wenn tatsächlich Unterlagen erstellt worden sind (Rule 34 Federal Rule Civil Procedure, dazu: *Silbermann/Stein,* Civil Procedure, S. 640). Neuerdings finden sich im Zusammenhang mit aktuellen Wirtschaftsstrafverfahren – z.B. das sogenannte »Mannesmann-Verfahren« gegen Dr. Esser, Dr. Ackermann u.a. – auch in Deutschland Ratschläge an potentiell betroffene Personen/Unternehmen, erst gar keine – möglicherweise später belastenden – Schriftstücke zu schaffen (*Feigen/Livonius*, ZIP 2004, 889 f.).

1256 *Silbermann/Stein,* Civil Procedure, S. 631 ff.

1257 Die Nichtaufbewahrung von Unterlagen kann jedoch zur einer Obliegenheitsverletzung führen, die sich regelmäßig im Rahmen der Beweiswürdigung auswirkt (Beweiserleichterung) oder sogar zu einer Beweislastumkehr führen kann (vgl. BGH NJW 1992, 1695, 1666 m.w.N.; ausführlich *Hirte*, Berufshaftung, passim.).

1258 § 257 Abs. 4 HGB (Unterlagen von Kaufleuten); § 93 GenG; § 16 b WpHG; § 110a SGB IV.

und der darausfolgenden Informationspflicht rechtfertigt eine derartige Ausnahme.[1259] Schließlich wird der Geschäftsbesorger in einem fremden Geschäftskreis tätig und hat dabei erlangte und erzeugte Unterlagen aufzubewahren und ggf. sogar herauszugeben, wie §§ 666, 667 BGB verdeutlichen.[1260] Der Geschäftsbesorger wird durch die Aufbewahrungspflicht auch nicht unbillig belastet. Denn anders als die Pflicht zur Unterlagenerstellung erfordert die Aufbewahrungspflicht zunächst nur ein Unterlassen bzw. geringes aktives Tun in Form der Unterlagenlagerung.[1261] Zudem ist der Geschäftsherr dem Geschäftsbesorger für die Aufwendungen im Zuge der Aufbewahrung gem. § 670 BGB zum Ersatz verpflichtet. Ebenso bringt es die Natur der Rechnungslegungspflicht mit sich, daß der Schuldner Belege usw. aufzubewahren und vorzulegen hat.[1262]

Im Falle einer Aufbewahrungspflicht ist der Schuldner verpflichtet, die entsprechenden Unterlagen vorrätig zu halten. Vorrätig meint dabei nicht nur deren unversehrte physische Existenz sondern vor allem auch die potentielle Lesbarkeit der Unterlagen. Der zunehmende Einsatz modernen Datenverarbeitungsanlagen bringt dabei spezifische Probleme mit sich.[1263]

Hinsichtlich der Erhaltung der physischen Substanz der Unterlagen können sich gegenüber Papierunterlagen zusätzliche Gefahren aus der Art der Speicherung der Daten ergeben. Werden die Daten nur auf Festplatten gespeichert, ist die Gefahr eines Totalverlustes infolge eines Hardwaredefekts sehr groß.[1264] Zusätzlich sind die Unterlagen daher auf anderen Backup-Medien zu sichern. Unterläßt dies der Schuldner, ist darin ein schuldhafter Pflichtverstoß zu sehen. Neben den seit Jahrzehnten bewährten Magnetbändern (Streamer) kommen auch optische Speichermedien etwa in Form der CD-ROM oder DVD-R in Betracht. Bei letzteren ist allerdings zu beachten, daß hinsichtlich der Haltbarkeit keine Langzeiterfahrungen vorliegen und intensive Lichteinstrahlung nachweislich zu einem frühzeitigen Datenverlust führen können. Weil die Gefahr einer zufälligen Veränderung der Datenbestände infolge der Übertragung auf ein neues/anderes Sicherungsmedium nur theoretisch besteht, und dies zudem durch entsprechenden Vergleich von Original und Sicherung mittels Hash-Wert[1265] erkannt werden

1259 I.E. ebenso *Beuthien*, in: Soergel, § 666 Rn 11.

1260 BGHZ 109, 260, 266.

1261 Die Unterlagenlagerung kann freilich auch immense Kosten verursachen.

1262 § 259 Abs. 1 BGB als allgemeine »Formvorschrift« für die Rechnungslegung; *Ikels*, Rechnungslegung, S. 152 ff.

1263 Mit den spezifischen Problemen beweiskräftiger und sicherer Langzeitarchivierung digital signierter Dokumente beschäftigte sich intensiv das vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit im Rahmen des Vorhabens VERNET geförderte Forschungsprojekt »ArchiSig« (http://www.archisig.de). Zu den Ergebnissen dieses Forschungsprojekts vgl. auch *Roßnagel/Fischer-Dieskau/Pordesch/Brander*, CR 2003, S. 13 ff.; *Fischer-Dieskau*, MMR 2003, 701 ff. Vereinzelt finden sich in Normen bereits Regelungen, die die »Grundsätze der ordnungsgemäßer Aufbewahrungspflichten« von (elektronsichen) Unterlagen spezifizieren, vgl. etwa § 110a SGB IV.

1264 Instruktiv der Fall BGHZ 133, 155 ff.

1265 Der Hash-Wert, auch als elektronischer Fingerabdruck bezeichnet, wird mittels eines mathematischen Verfahrens gebildet, daß ein elektronisches Dokument beliebiger Größe auf

kann, ergeben sich dagegen derartige Sicherungskopien keine Bedenken. Die Datenintegrität kann durch die Verwendung von Hash-Werten sichergestellt werden, weil jede Datenveränderung zwangsläufig zu einem anderen Hash-Wert führt und damit erkennbar ist. Wird der Hash-Wert zusätzlich von einem externen Dritten mit einem elektronischen Zeitstempel versehen, kann zudem der Datenbestand für einen definierten Zeitpunkt »eingefroren« werden.[1266] Der Zeitstempel ermöglicht somit den Nachweis, daß ein ganz bestimmter Datenbestand zu einem genau bestimmten Zeitpunkt vorhanden war. Auf diese Weise können sehr einfach und sicher nachträgliche Veränderung an elektronischen Unterlagen nachgewiesen werden. Technisch aufwendiger ist der Einsatz elektronischer Zeitstempel bei fortlaufender Erweiterung des elektronischen Dokuments, wenn gleichzeitig Veränderungen in frühren Abschnitten hinreichend sicher dokumentiert werden sollen. Typischer Anwendungsfall sind beispielsweise die Bücher des Kaufmannes, die während des Geschäftsjahres kontinuierlich fortgeschrieben werden, nachträgliche Veränderungen jedoch erkennbar bleiben müssen. Zu diesem Zweck kann man beispielsweise von der jeweiligen Dokumentenversion einen Hash-Wert bilden und diesen mit einem Zeitstempel versehen. Zusätzlich muß der jeweilige Dokumentenstand separat archiviert werden, um nachträgliche Veränderungen erkennen zu können. Aufgrund der notwendigen Archivierung ist dieses Verfahren allerdings sehr aufwendig.[1267]

Hinsichtlich der potentiellen Lesbarkeit der Unterlagen ergeben sich gesteigerte Anforderungen an den Schuldner vor allem aus der rasanten Entwicklung der Hard- und Software. Technik und Programm, die zum Zeitpunkt der Unterlagenerstellung Stand der Technik sind, können wenige Jahre später völlig veraltet sein. Es stellt sich dann das Kompatibilitätsproblem der Datenformate, wenn die aktuelle Hard- und Software nicht abwärtskompatibel ist. Dem Schuldner, der zur Aufrechterhaltung der potentiellen Lesbarkeit verpflichtet ist, verbleiben im Grundsatz zwei Reaktionsmöglichkeiten: Zum einen kann er bei interner Modernisierung der Hard- und/oder Software die ausgemusterte Technik oder Programm aufbewahren, um somit die Lesbarkeit der bis dahin erstellten Unterlagen auch für die Zukunft sicherzustellen. Als Prämisse setzt dies freilich voraus, daß die ausgemusterte Hardware noch funktionsfähig ist und funktionsfähig gehalten werden kann. Dies kann mit einem immensen Wartungs- und Ko-

eine festgelegte Bitzahl (meist 128 oder 160 Bit) komprimiert. Die Besonderheit besteht darin, daß jeder Hash-Wert ein Unikat ist, d.h., daß es zu jedem Hash-Wert genau nur ein Dokument gibt, aus dem er gebildet werden kann. Zudem wirkt sich JEDE Veränderung des Dokuments in der Veränderung des Hash-Werts aus. Ausreichend ist dafür bereits das Einfügen eines Leerzeichens.

1266 Eine Legaldefinition des Begriffs »qualifizierter Zeitstempel« findet sich in § 2 Nr. 14 SigG und wird wie folgt definiert: »… elektronische Bescheinigungen eines Zertifizierungsdiensteanbieters, der mindestens die Anforderungen nach den §§ 4 bis 14 sowie § 17 oder § 23 dieses Gesetzes und der sich darauf beziehenden Vorschriften der Rechtsverordnung nach § 24 erfüllt, darüber, dass ihm bestimmte elektronische Daten zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen haben …«.

1267 Die vorstehenden Angaben erläutern in sehr vereinfachter Form ein Verfahren des Unternehmens AuthentiDate International AG.

stenaufwand verbunden sein, der zudem bei spezieller Hardware mangels Verfügbarkeit entsprechender Ersatzteile nicht immer erfolgreich sein wird. Weil die eigentlichen Datenbestände von diesen Maßnahmen völlig unberührt bleiben, wird diese Reaktionsmöglichkeit der Forderung nach Datenintegrität umfassend gerecht. Zum anderen könnte der Schuldner bei entsprechenden Modernisierungsmaßnahmen die vorhandenen Datenbestände in die Formate der neuen Hard- und Software übertragen. Vorteile der Konvertierung der Altbestände in die nunmehr aktuellen Datenformate sind ein Höchstmaß an Flexibilität auch hinsichtlich des Informationsbegehrens des Gläubigers und das Entfallen kostspieliger Aufbewahrung und Wartung der ausgemusterten Hardware. Ein großer Nachteil der Konvertierung liegt in der Veränderung der Struktur des Datenformates, welche zwangsläufig zu einer Veränderung des Hash-Werts des Dokuments führt. Um die inhaltliche Integrität der Unterlagen zu gewährleisten, müßte daher nach der Konvertierung ein inhaltlicher Vergleich der alten und neuen Daten erfolgen. Dies ist aber wiederum sehr zeit- und kostenintensiv und müßte zudem durch einen vertrauenswürdigen Dritten erfolgen.

Aufgrund der Kompatibilitätsprobleme ist generell die Verwendung von individuellen Datenformaten nur sehr bedingt ratsam. Fehlt es an Vorgaben[1268] hinsichtlich der Datenformatspezifikation, sollten die Dokumente in einem möglichst weit verbreiteten und plattformunabhängigen Dateiformat gespeichert werden, welches zudem ausreichende Zukunftssicherheit besitzt.

5. Leistungspflicht: Handlung oder Erfolg?

Nach der These vom einheitlichen Recht auf Information schuldet der Informant nicht bloß die Vornahme der in der Anspruchsgrundlage genannten Leistungshandlung, sondern die Befriedigung des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses. Die in der Überschrift dieses Kapitels gestellte Frage ist damit im zweiten Sinne zu beantworten. Informationsrechtlich wurde dieses Ergebnis bereits ausführlich begründet. Nunmehr soll es auch in die allgemeinen Strukturen des Leistungsbegriffs eingebunden und die Verzahnung zwischen allgemeinen und informationsrechtlichen Überlegungen herausgearbeitet werden.

Intensiv hat *Wieacker* den Leistungsbegriff i.S.v. § 241 BGB untersucht und dabei eine Ambivalenz festgestellt: »Das Schuldverhältnis des bürgerlichen Rechts zeigt zwei Grundaspekte, die in seinem inneren System nicht gegeneinander ausgeglichen sind. Es läßt sich begreifen sowohl als Ordnung von Verhaltenspflichten des Schuldners wie auch als hinführend zum Leistungserfolg, d.h. zur Verwirklichung des Gläu-

1268 Vorgaben finden sich etwa im Zusammenhang mit der elektronischen Steuerprüfung in den Grundsätzen zum Datenzugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen (GDPdU), BStBl. I, S. 415.

bigerinteresses an der Leistung.«[1269] Diese Ambivalenz spiegelt sich auch im nicht näher durch § 241 Abs. 1 BGB konkretisierten Leistungsbegriff des BGB wieder, dessen Sprachgebrauch vor allem in § 362 BGB auf den *Leistungserfolg* abstellt, in anderen Bestimmungen – §§ 241 Abs. 1 S. 2, 242 BGB – auf das *Leistungsverhalten* des Schuldners.[1270] Fallen Leistungshandlung und Leistungserfolg zusammen, also bei nicht erfolgsbestimmten Leistungspflichten[1271] und bei Unterlassungspflichten, bereitet diese Doppeldeutigkeit keine Probleme.[1272] Bei erfolgsbezogenen Schuldverhältnissen bleibt hingegen die Frage, ob schon »geleistet« ist, wenn sich der Schuldner seiner Vertragspflicht gemäß verhalten hat oder erst dann, wenn durch dieses Verhalten der dem Inhalt der Schuld entsprechende Erfolg eingetreten ist, d.h. das Gläubigerinteresse verwirklicht worden ist.[1273] Nach der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz gestärkten Erfüllungslehre ist der Begriff der Leistung streng erfolgsbezogen; das Element des Schuldnerverhaltens bleibt für den Leistungsbegriff prinzipiell außer Betracht.[1274] »Leistung« bedeutet damit Herbeiführung des Leistungserfolgs, mithin die Verwirklichung des Gläubigerinteresses durch die Leistungshandlung, »Erfüllung« den realen Eintritt des Leistungserfolgs.[1275]

Im Konkreten folgt daraus, daß die Informationspflicht als erfolgsbezogene Leistungspflicht auch aus der allgemeinen Warte des Leistungsverständnisses nur durch die Herbeiführung des geschuldeten Erfolgs, nämlich der Befriedigung des rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses, erfüllt werden kann. Entgegen einer verbreiteten Diktion tritt daher keine Erfüllungswirkung ein, wenn der Schuldner zwar eine Leitungshandlung vornimmt, etwa Rechnung legt, dadurch aber die Befriedigung rechtlich anerkannten Informationsbedürfnisses nicht eintritt. Dabei ist es für die Frage der Leistungserfüllung unerheblich, welche Ursache die Nichtbefriedigung hat. Sie kann auf falscher, unwahrer, unvollständiger[1276] oder unzureichender Information beruhen, aber ebenso auch auf der Ungeeignetheit des konkret verwendeten Informationsmittels oder auf Überinformation. Dem Gläubiger steht trotz der vorgenommenen – aber un-

1269 *Wieacker*, in: FS Nipperdey, Band I, 1965, S. 783; so bereits BGHZ 12, 267, 268; zustimmend *Kramer*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 7.

1270 *Wieacker*, in: FS Nipperdey, Band I, 1965, S. 783, 784; *Kramer*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 7.

1271 Prägnantestes Beispiel ist die Verpflichtung des Dienstpflichtigen aus dem Dienstvertrag.

1272 *Wieacker*, in: FS Nipperdey, Band I, 1965, S. 783, 794; *Kramer*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 7.

1273 *Wieacker*, in: FS Nipperdey, Band I, 1965, S. 783, 787, 794; *Kramer*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 7; *Larenz*, Schuldrecht-AT, § 2 I (S. 8); *Esser/Schmidt*, Schuldrecht-AT, § 6 I 2 (S. 102 ff.).

1274 Grundlegend noch zur alten Rechtslage *Wieacker*, in: FS Nipperdey, Band I, 1965, S. 783, 790 ff.; ihm folgend auch nach neuer Rechtslage *Kramer*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 7 mit umfangreichen Nachweis zur Rechtslage vor dem 1.1.2002 in Fn. 26.

1275 *Wieacker*, in: FS Nipperdey, Band I, 1965, S. 783, 798; *Kramer*, in: MünchKomm-BGB, § 241 Rn 7.

1276 Zur Nichterfüllung einer Informationspflicht durch Auskunft im Falle Unvollständigkeit oder Unglaubwürdogkeit BGH GRUR 2001, 841, 844 [Entfernung Herstellernummer II].

tauglichen bzw. unzureichenden – Leistungshandlung der Primäranspruch auf Information weiter zu. Der Schuldner hat deshalb den Informationsvorgang zu wiederholen. Hat sich ein Informationsmittel als zur Leistungserfüllung derzeit untauglich erwiesen, muß der Schuldner sich der anderen bedienen, bis das rechtlich anzuerkennende Informationsbedürfnis des Gläubigers gestillt ist.

Bedenken gegen die Einordnung der Informationspflicht als erfolgsbezogene Leistungspflicht ergeben sich jedoch aus Folgendem: Information als die potentielle Reduktion von Ungewißheit durch Information ist wie kein anderer Leistungsgegenstand subjektbezogen. Die Subjektbezogenheit manifestiert sich in der Wertneutralität der Information. Daten und Fakten, die für den Schuldner von Bedeutung sind, können für den Gläubiger keinen Wert haben und umgekehrt. Die Bejahung der Erfolgsbezogenheit der Informationspflicht könnte daher in die mißliche Lage führen, daß der Schuldner einen Erfolg zu bewirken hat, den er gar nicht (genau) kennt. Dem ist aber nicht so. Die Figur des maßgeblichen Empfängerhorizonts[1277] sorgt für die erforderliche Objektivierung. Besteht die Informationspflicht gegenüber einer Vielzahl von Personen, ist der Erfolgseintritt nicht auf eine konkrete Einzelperson bezogen, sondern orientiert sich an dem verobjektivierten Gläubigerverständnis, welches durch den maßgeblichen Empfängerhorizont vorgegeben wird. Der Schuldner hat nur noch die Besonderheiten des maßgeblichen Empfängers zu berücksichtigen. Dies gilt sowohl im Hinblick auf den Informationsumfang als auch die Art und Weise der Leistungserfüllung. Seine Leistungspflicht hat der Schuldner erfüllt, wenn die gebotene Entscheidungssicherheit bei einem Gläubiger erreicht sein würde, der dem Bild des maßgeblichen Empfängerhorizonts entspricht. Die Erreichung des konkreten Grads an Entscheidungssicherheit beim einzelnen (potentiellen) Gläubiger ist hingegen unbeachtlich. Vielmehr obliegt es dem einzelnen Gläubiger, persönliche Defizite im Vergleich zum maßgeblichen Empfängerhorizont auszugleichen, speziell sich vorausgesetztes Vorwissen anzueignen. Ist der Schuldner hingegen gegenüber einer individualisierten Person zur Information verpflichtet, orientiert sich der maßgebliche Empfängerhorizont bei Auskunft und Beratung an jenem des Gläubigers. Der Schuldner hat daher sowohl im Hinblick auf den Informationsumfang (vor allem Vorwissen) als auch bei der Art und Weise der Leistungserfüllung die Besonderheiten des Gläubigers (Intellekt) in dem intersubjektiv wahrnehmbaren Rahmen zu berücksichtigen.[1278]

6. Informationsvorgang

Unter D.V wurden bereits ausführlich der Einsatz und die Reihenfolge der verschiedenen Informationsmittel während des Informationsvorganges behandelt. Nunmehr sollen Nuancen des Informationsvorganges herausgearbeitet und konturiert werden, die ebenso Einfluß auf die Herbeiführung des Leistungserfolges haben.

1277 Vgl. ausführlich C.I.1 (S. 49 ff.).
1278 Vgl. dazu E.II.1 (S. 275 ff.) und E.III (S. 299 ff).

a. *Reihenfolge der kommunizierten Zeichen*

Folgende – alltägliche – Situation als Ausgangsbeispiel: Zwei Personen (X und Y) halten zum selben Thema inhaltlich identische Vorträge, beispielsweise im Rahmen eines Seminars mit doppelt besetztem Thema. Trotz inhaltlicher Identität beider Vorträge bleibt dem Zuhörer beim Vortrag der Person X das referierte Thema weiter im Unklaren; nicht so hingegen bei Person Y. Nach deren Vortrag fühlt man sich gut informiert. Worin liegt die offensichtlich unterschiedliche Informationsleistung beider Vorträge? Der Grund ist schnell gefunden: Umgangssprachlich würde man sagen, daß im ersten Vortrag das Thema wirr und unstrukturiert referiert wurde, im zweiten hingegen stringent und in der richtigen logischen Abfolge der Problempunkte. Der Zuhörer wird geradezu durch das Thema und seine Probleme geführt. Warum die Reihenfolge der kommunizierten Zeichen einen solchen Einfluß auf den Prozeß des Verstehens kommunizierter Zeichen hat, erklärt das semantische Stufenmodell.

aa. Modell der semantischen Stufen

C. F. von Weizsäcker schlägt vor, die semantische Dimension von Information aus verschiedenen, aufeinanderbauenden Ebenen bestehend zu begreifen.[1279] Eine höhere Ebene entspricht dabei einer konkreteren Begriffsbildung oder einer neuen Semantik, die sich nur aus der Semantik der darunterliegenden Ebenen[1280] erschließen läßt. Mithin kann eine konkretere Begriffsbildung nur erfolgen, wenn zuvor alle darunterliegenden Ebenen »durchlaufen« sind. Grund dafür sind die folgenden beiden Prämissen:

1. Information ist nur, was verstanden wird. Das will heißen, von den möglichen Formen (Information = Maß der Form eines Objekts) im Shannonschen Sinn fallen nur die unter den Begriff der Information, deren Bedeutung verstanden wird. Nur wenn der Buchstabe »A« auch als Buchstabe »A« erkannt wird und nicht bloß als eine sonderbare Zeichenfolge, enthält die Kombination der Striche in der Form eines »A« für den Empfänger auch die Information: Buchstabe »A«. Die Bedeutung ist wiederum abhängig von der zuvor erfolgten Begriffsbildung auf einer tieferen Ebene. Im genannten Beispiel setzt dies also den Begriff »Buchtstabe« voraus, damit das Zeichen als »A« gedeutet und verstanden werden kann. Auf einer noch niedrigeren Begriffsebene (»Zeichen«), geht die Information Buchstabe »A« verloren, weil sie nicht mehr verstanden wird. Ebenso kann die Information Buchstabe »A« aber auch nicht erzielt werden, wenn die abstraktere Begriffsebene »Zeichen« fehlt.

2. Information ist nur das, was wieder Information erzeugt. Damit soll in Verbindung mit der 1. Prämisse zum Ausdruck gebracht werden, daß die verstandene Information faktisch auch zu einer neuen konkreteren Begriffsbildung führt und damit neue Information erzeugen kann, weil nunmehr bisher unverstandene Formen einem neuen

1279 *C. F. von Weizsäcker*, Natur, S. 347 ff.; vgl. dazu aus rechtlicher Sich schon *Beyer*, GRUR 1990, 399, 401 f.

1280 Sie stehen für unser Vorwissen.

Begriff zugeordnet werden können. Dieses Spiel setzt sich unendlich fort. Es findet ein Informationsfluß statt.

Befreit man das Vorhergesagte von seiner naturwissenschaftlichen Einkleidung, läßt es sich wie folgt allgemein beispielhaft darstellen:[1281] Damit einem Individuum eine kommunizierte Zeichenfolge »XYZ« als Information »XYZ« versteht, muß sie über das Wissen »UVW« verfügen, das dann als Vorwissen bezeichnet wird. Um zu diesem Vorwissen zu gelangen, mußte das Individuum die Zeichenfolge »UVW« als Information »UVW« verstanden haben, die ihrerseits das Vorwissen »RST« voraussetzt. Das Beispiel ließe sich bis zur »Urinformation« »ABC« fortsetzen. Sehr deutlich erkennbar wird die wesentliche Aussage: Ausgehend von einer »Urinformation« können Zeichen – und damit letztlich Informationen – auf darüberliegenden semantischen Ebenen nur verstanden werden, wenn zuvor die darunterliegenden Zeichen verstanden worden sind. Mithin ist eine stringente Folge der Zeichenkommunikation von »unten nach oben« notwendig.

bb. Schlußfolgerungen

Diese informationstheoretischen Überlegungen lassen sich auch sehr gut für die Art und Weise der Informationsdarbietung zur Erfüllung von Informationspflichten fruchtbar machen: Die Erfüllung einer Informationspflicht hängt nicht nur von der Quantität und Qualität der kommunizierten Zeichen, sondern auch von deren richtigen Reihenfolge ab. Der Schuldner hat, ausgehend vom vorausgesetzten Grundwissen, die Zeichen mit Blick auf das rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis in einer logisch geordneten, aufeinander aufbauenden Reihenfolge zu kommunizieren.[1282] Mit der Sprache des semantischen Stufenmodels muß er Stufe für Stufe den Gläubiger nach »oben« führen, bis das rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis befriedigt ist. Der unter I. herausgearbeitete Informations*umfang* verkörpert die höchste zu erreichende semantische Stufe, das vorausgesetzte Wissen die unterste semantische Stufe, auf welcher der Informationsvorgang beginnt. Wird »Information« geleistet, kann es somit, obwohl in einer Gesamtschau betrachtet umfassend, am Erfolgseintritt fehlen, weil die Zeichen nicht in der Art und Weise kommuniziert wurden, daß ein Anstieg in den semantischen Ebenen zu verzeichnen ist. Im Ergebnis ist damit die informationsrechtliche Begründung für die allgemein anerkannte Forderung gefunden, daß Information richtig, vollständig, gedanklich geordnet, klar und verständlich zu erteilen ist. Ist eine der Bedingungen nämlich nicht erfüllt, ist das Erreichen der höchsten semantischen Stufe – diese entspricht dem Informationsumfang – gefährdet.

Zwingend ist dies allerdings nicht. Das Model der semantischen Ebenen kann insoweit sogar Konfliktbefriedigung leisten, wenn zur Erfüllung der Informationspflicht

1281 Dem Beispiel liegt das Alphabet als semantisches Stufenmodel zu Grund. Die unterste Stufe wird durch die Buchstaben »ABC« und die oberste Stufe durch die Buchstaben »XYZ« markiert.

1282 BGH WM 1988, 291, 292 (bewußte Irreführung); *Koller*, BB 1990, 2202, 2208 (keine wahllose Aneinanderreihung der Aussagen).

eigentlich ein schützenswertes Geheimnis offenbart werden müßte, daß auf einer niedrigeren semantischen Ebene verortet werden kann. Der Offenbarung des Geheimnisses bedarf es nämlich nur, soweit seine Kenntnis zwingende Voraussetzung für das Verstehen der nächst höheren semantischen Ebene ist. Daran fehlt es, wenn das Geheimnis ohne Beeinträchtigung des Verstehensprozesses substituiert werden kann. Die nächst höhere semantische Ebene kann dann ohne Offenbarung des Geheimnisses erreicht werden.

Wandelt man das eingangs geschilderte Beispiel dahin ab, daß die Personen X und Y statt eines Vortrages eine Informationspflicht zu erfüllen hatten, ist der Erfolgseintritt bei X ausgeblieben. X hat zwar Zeichen gleicher Quantität und Qualität kommuniziert, nicht jedoch in der erforderlichen Reihenfolge.

b. *Qualität der kommunizierten Zeichen*

Das Model der semantischen Ebenen bietet zugleich auch den theoretischen Hintergrund, um die Anforderungen an die Qualität der kommunizierten Zeichen zu spezifizieren.

Zum einen gehört dazu die Verständlichkeit, also die Verwendung eines geeigneten Objektcodes. Angesprochen ist damit die Zulässigkeit des Einsatzes von Fremdsprachen, Fachsprachen und Fachausdrücken. Ausgangspunkt ist wiederum der maßgebliche Empfängerhorizont.[1283] Er legt die Anforderungen an den zu verwendenden Objektcode fest. Gegenüber einem fachkundigen Empfängerkreis kann sich der Schuldner der entsprechenden Fachsprachen und Fachausdrücke bedienen.[1284] Ist der Empfängerkreis hingegen fach*un*kundig, können nur jene Fachausdrücke verwendet werden, die nach dem Bild des maßgeblichen Empfängerhorizonts als Vorwissen vorausgesetzt werden dürfen. Anderenfalls müssen die Fachbegriffe zunächst eingeführt, d.h. erläutert werden. Umgekehrt kann es aber auch sein, daß die Verwendung – ggf. mit vorheriger Einführung – von Fachbegriffen zwingend erforderlich ist, weil anderenfalls durch die Ungenauigkeit der Sprache bestimmte informationspflichtige Umstände und Tatsachen nur unzureichend präzise kommuniziert werden können. Bei der Zulässigkeit vom Fremdsprachen wird man unter Berücksichtigung der Erfolgsbezogenheit der Schuldnerleistung wie folgt differenzieren müssen:[1285] Der Grundsatz der Vertragsfreiheit stellt die Sprachauswahl in das Belieben der Parteien.[1286] Ergänzend gilt der Grundsatz der Verhandlungssprache.[1287] Für das öffentliche Recht ordnet das Gesetz

1283 Ebenso *Koller*, BB 1990, 2202, 2207 (Anlageberatung); BGH VersR 1974, 1224, 1225; *Borgmann*/*Haug*, Anwaltshaftung, § 20 Rn 76 (Belehrungspflicht des Anwalts).

1284 Fachausdrücke und Fachsprache verkörpern eine höhere semantische Ebene.

1285 Die folgenden Ausführungen unterstellen, daß deutsches Recht bzw. deutsches IPR gilt.

1286 Ausnahmen sind: § 483 BGB für die Vertrags- und Prospektsprache bei Teilzeit-Wohnrechtsverträgen; § 10a Abs. 2 S. 2 VAG.

1287 Vgl. dazu BGHZ 87, 112, 114; BGH ZIP 1994, 1840 = NJW 1995, 190; AG Kirchhain VuR1989, 21, 23; AG Nürnberg WuM 1997, 427; *Lindacher*, in: Wolf/Horn/Lindacher,

Deutsch als Amtssprache an.[1288] Ebenso sind alle anderen öffentlich rechtlichen Informationspflichten zumindest auch in Deutsch zu erfüllen.[1289] Schwierigkeiten bereitet die Sprachbestimmung hingegen zum einen im Gesellschaftsrecht und dort vor allem bei Publikumsaktiengesellschaften mit ausländischen Aktionären. Aufgrund des großen Auslandsbezugs und der Internationalisierung der Finanzmärkte käme statt Deutsch ebenso Englisch in Betracht. In der aktienrechtlichen Rechtsprechung und Literatur geht man dagegen (noch) von Deutsch als Gesellschaftssprache aus.[1290] Im Umkehrschluß wird diese Ansicht durch Regelung 6.8 DCGK bestätigt. Danach sollten Veröffentlichungen nämlich auch in englischer Sprache publiziert werden. Im Grundsatz ist dem zuzustimmen. Etwas anderes gilt freilich dann, wenn die Gesellschaftsanteile zu 100 % von ausländischen Aktionären mit gemeinsamer (Mutter-) Sprache gehalten werden.[1291] Hier orientiert sich der maßgebliche Empfängerhorizont nämlich allein an diesem Aktionär. Fehlt es hingegen bei den ausländischen Aktionären an einer gemeinsamen Sprachbasis, ist die zu verwendende Sprache die Statutsprache oder Deutsch[1292]. Auf andere Gesellschaftsformen sind diese Gedanken entsprechend übertragbar. Übrig bleiben noch jene Fälle, in denen der Informationsanspruch

Anhang zu § 2 AGBG Rn 39 ff.; *H. Schmidt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, Anhang § 2 AGBG Rn 17 ff.; *J. Becker*, in: Bamberger/Roth, § 305 Rn 61; *Hennrichs*, in: AnwKomm-SchR, § 305 Rn 10; *Ring*, in: AnwKomm-SchR, § 312c Rn 15; *Heinrichs*, in: Palandt, § 305 Rn 59; *Mankowski*, VuR 2001, 359, 364 f.; *derselbe*, EWiR § 293f AktG 1/01, 1082; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 19 III 4 a (S. 577), für das kaufmännische Bestatigungsschreiben sei eine andere als die Verhandlungssprache nur zulässig, wenn dies geschäftsüblich ist oder der Empfänger jedenfalls der verwendeten Sprache mächtig ist (unentschieden OLG Frankfurt NJW 1982, 1949).

1288 Vgl. § 23 Abs. 1 VwVfG (Amtssprache ist Deutsch); § 184 GVG (Verfahrenssprache ist Deutsch); §§ 5 und 16 BeurkG. Gleichwohl bestehen auch hier Ausnahmen /Einschränkungen: So muß im Strafverfahren die Anklageschrift gem. § 201 Abs. 1 StPO (i.V.m. Nr. 181 Abs. 2 RiStBV) in einer dem Angeklagten verständlichen Sprache abgefaßt sein (BVerfG NJW 2004, 1443; OLG Düsseldorf NJW 2003, 2766 f.).

1289 § 244 HGB (Jahresabschluß; vgl. zur Reichweite für andere handelsrechtlichen Publizitätsvorschriften *Hüffer*, in: Staub, § 244 Rn 4); § 11 Abs. 1 S. 4 WpÜG; § 13 Abs. 1 S. 1 BörsZulV; § 5 Abs. 1 VerkprospG; § 15 Abs. 3 1. HS WpHG. Eine Ausnahme macht § 239 Abs. 1 S. 1 HGB, der lediglich die Verwendung einer lebenden Sprache vorschreibt. Nach h.M. ist § 239 Abs. 1 S. 1 HGB nach seiner Ratio dahingehend teleologisch zu reduzieren, daß die Verwendung einer lebenden Fremdsprache nur einem fremdsprachigen Kaufmann erlaubt ist (ausführlich dazu *Hüffer*, in: Staub, § 239 Rn 2).

1290 OLG Dresden Der Konzern, 2003, 766, 768; LG München I AG 2000, 139 [Macrotron]; LG München I ZIP 2001, 1148, 1150 [Direkt Anlage Bank/Self Trade] = EwiR § 293f AktG 1/01, 1081 [*Mankowski*]; *Decher*, in: GroßKomm-AktG, § 131 Rn 99; *Heidel*, in: AnwKomm-AktG, § 131 Rn 23, der allerdings das Auskunftsverlangen in einer Fremdsprache zu lassen will.

1291 So bereits *Mankowski*, EWiR § 293f AktG 1/01, 1082.

1292 Für Deutsch statt Englisch streitet das praktische Moment, daß so die zusätzlichen Übersetzungen ins Deutsche für das Handelsregister gespart werden.

Folge einer deliktischen Handlung i.w.S. des Schuldners ist.[1293] Der Schuldner hat in diesen Fällen die Information in einer dem Gläubiger hinreichend verständlichen Sprache zu leisten. Aus informationsrechtlicher Sicht folgt dies aus der Erfolgsbezogenheit der Informationspflicht. Ebenso knüpft der Grundsatz »lex loci protectionis« (Schutzlandprinzip) im internationalen Privatrecht an der Gläubigerposition und nicht der des Schuldners an.[1294] Zudem würde bei umgekehrter Anknüpfung der Gläubiger für den Fall des Obsiegens zusätzlich mit dem Insolvenzrisiko bezüglich der Übersetzungskosten belastet werden, die er als zusätzlichen Schaden geltend machen könnte.

Zum anderen müssen die kommunizierten Zeichen richtig, vollständig und klar bzw. unmißverständlich sein.[1295] An der Klarheit und Unmißverständlichkeit der kommunizierten Zeichen fehlt es nicht nur dann, wenn der Informant (bewußt) mehrdeutige Formulierungen wählt. Die Unschärfe der Sprache als Informationsträger birgt die Gefahr von Interpretationsspielräumen in sich; der Schuldner hat daher soweit als möglich dagegen Vorsorge zu treffen. An der notwendigen Klarheit und Unmißverständlichkeit kann es trotz Verwendung relativ scharfer Begriffe auch dann fehlen, wenn der Informant sich sprachlicher Stilmittel bedient, die es dem Informationsgläubiger erschweren, die Semantik und Pragmatik der kommunizierten Zeichen in ihrem Zusammenhang zu erfassen. Unter diesem Gesichtspunkt ist beispielsweise die weit verbreitete Übung, den sogenannten Anklagesatz gem. § 200 Abs. 1 S. 1 StPO in Überstrapazierung der wörtlichen- und grammatikalischen Auslegung des Wortes »Anklagesatz« als *einen* Satz, regelmäßig noch unter Verwendung einer dem Angeklagten unbekannten Gliederungssystematik nach Personen, Tatmehrheit und Tateinheit, zu formulieren, unter Inkaufnahme, daß sich dieser im Einzelfall über mehrere Schriftseiten erstreckt, mehr als fragwürdig.[1296] Von einem Erfassen, geschweige denn von einem Verstehen der Anklage durch den Angeklagten kann dann vielfach nicht mehr die Rede sein, woraus sich aufgrund des Grundsatzes der Gewährung rechtlichen Gehörs[1297] (Art. 103 Abs. 1 GG) im konkreten Fall sogar verfassungsrechtliche Bedenken erheben können.

1293 Neben § 823 BGB sind vor allem Verstöße gegen gewerbliche Schutzrechte erfaßt.

1294 Vgl. dazu ausführlich *von Bar*, Internationales Privatrecht, § 6 II 2 (S. 510 ff.).

1295 Ausführlich dazu *Druey*, Information, S. 243 ff.; *Gasser*, in: FS Druey, 2002, S. 727, 742 ff.

1296 Der Leser mag anhand des vorstehenden Satz selbst beurteilen, welchen Einfluß sprachliche Stilmittel auf das Verstehen kommunizierte Zeichen haben (können).

1297 Vgl. zur Bedeutung des rechtlichen Gehöhrs VGH Bad.-Württ. DVBl. 1995, 1358, 1359.

III. Obliegenheiten des Informationsgläubigers

Die Charakterisierung der Informationspflicht als individuelle[1298] und erfolgsbezogene, d.h. auf die Herbeiführung eines bestimmten Grads an Entscheidungssicherheit gerichtete Leistungspflicht, wirft die Frage auf, ob der Gläubiger damit jeglicher Mitverantwortung für den Erfolgseintritt enthoben ist. Denklogisch muß der Gläubiger gewillt sein, die kommunizierten Zeichen zu rezipieren, damit der Erfolg, also die Reduktion von Ungewißheit, eintreten kann. Informationspflichten gehören mithin jenem Typus von Leistungsbeziehungen an, welche der zwingenden Mitwirkung des Gläubigers bedürfen.[1299] Neben der generell notwendigen Aufnahmebereitschaft des Gläubigers kommt eine Mitwirkungsobliegenheit auch dann in Betracht, wenn er die kommunizierten Zeichen, für den Schuldner unerkennbar, nicht verstanden hat.[1300] Steht somit die Mitverantwortung des Informationsempfängers grundsätzlich außer Frage, gilt es deren Umfang zu präzisieren und die Rechtsfolge für Verstöße dagegen herauszuarbeiten. Die folgenden Ausführungen beschränken sich dabei systembedingt auf jene Konstellationen, in denen die Informationspflicht nur gegenüber einem individualisierten Empfänger besteht und damit der maßgebliche Empfängerhorizont, abgesehen von der zwingend notwendigen Verobjektivierung, dem des tatsächlichen Empfängers entspricht.[1301] In allen anderen Fällen stellt sich die Frage der Mitverantwortung des einzelnen Gläubigers nicht, weil der Inhalt der Leistungspflicht sich bereits ausschließlich an dem stärker verobjektivierten maßgeblichen Empfängerhorizont orientiert und damit der Erfolgseintritt bei dem konkreten Empfänger und eine etwaige Nichtmitwirkung des Gläubigers unbeachtlich sind.

1. Unerkennbares Nichtverstehen

Erkennt der Schuldner, daß der Empfänger die kommunizierten Zeichen nicht verstanden hat, treffen ihn diesbezüglich Nachforschungspflichten.[1302] Dem erkannten Nichtverstehen stehen Zweifel gleich. Unabhängig davon hat sich der Schuldner bei bestimmten Informationspflichten generell zu vergewissern, ob die kommunizierten Zeichen verstanden worden sind. In den übrigen Fällen obliegt es demgegenüber,

1298 Besteht die Informationspflicht gegenüber einer Mehrheit von Informationsgläubigern, richtet sich der »Grad der Individualität« im Sinne einer Berücksichtigung des einzelnen Empfängers nach dem unter C.II (S. 53 ff) Gesagten.
1299 A.A. *Emmerich*, Leistungsstörungen, S. 359.
1300 Zum erkannten Nichtverstehen C.II.1.c.aa(1) (S. 58 f.).
1301 Vgl. dazu ausführlich C.II.1.c.aa(4) (S. 63 ff.).
1302 C.II.1.c.aa(1) (S. 58 f).

mangels Nachforschungspflicht des Schuldners, dem Gläubiger, den Erfolgseintritt durch Hinweis auf das Nichtverstehen der kommunizierten Zeichen sicherzustellen. Im Einzelfall kann es jedoch schwierig sein, eindeutig abzugrenzen, ob der Schuldner, orientiert an dem für ihn erkennbaren Empfängerhorizont, zunächst ordnungsgemäß geleistet hat und der Gläubiger die Zeichnen lediglich aufgrund unerkannt gebliebener Defizite nicht verstanden hat oder ob die Informationsleistung auch unter Ausblendung dieser Defizite unzureichend war.[1303] Versteht der Gläubiger die kommunizierten Zeichen nicht, wird dieser im Normalfall freilich aus eigenem Interesse und Antrieb darauf hinwirken, daß der Schuldner die Zeichen in einer für ihn besser verständlichen Art und Weise kommuniziert und ihn gegebenenfalls auf ein Nichtverstehen aufmerksam machen. Der demnach als praktische Ausnahme zu betrachtende Fall fehlender Aufklärung über das Nichtverstehen ist dadurch zu Lasten des Gläubigers zu lösen, daß ihn eine Hinweisobliegenheit trifft. Kommt er dieser nicht nach, erfüllt der Schuldner seine Leistungspflicht bereits dadurch, daß er entsprechend den intersubjektiv wahrnehmbaren Besonderheiten des individualisierten Gläubigers leistet. Voraussetzung der Leistungserfüllung ist also eine Kommunikation der Zeichen in einer Art und Weise, daß der Gläubiger sie verstanden hätte, wenn jenes intersubjektiv unerkannt gebliebenes Defizit, was Ursache des Nichtverstehens ist, nicht bestünde. Fälle dieser Art sind vor allem denkbar, wenn das äußere Auftreten/Erscheinungsbild des Gläubigers im Widerspruch zu seinen tatsächlichen Fähigkeiten (Wissensstand und Verständnisfähigkeit) steht.[1304] Beispiel: Der sich als Student der Medizin im 10. Semester ausgebende Patient hat es mit dem Studium nie wirklich ernst genommen und verfügt daher nur über geringen medizinischen Sachverstand. Der aufklärende Arzt darf jedoch aufgrund der Angabe »Medizinstudent im 10. Semester« von einer überdurchschnittlichen Sachkunde ausgehen.[1305] Äußeres Erscheinungsbild und die tatsächlichen Fähigkeiten fallen für den Außenstehenden unerkennbar auseinander.[1306] Die spätere Berufung auf die fehlende Erfüllung aufgrund unzureichenden Verstehens der kommunizieren Zeichen ist dem Gläubiger wegen des Grundsatzes *venire contra factum probrium* versagt.[1307] Konsequenzen zeitigt die Fiktion der Erfüllungswirkung besonders dann, wenn die hinreichende Information Voraussetzung für die Gültigkeit von Rechtsgeschäften[1308] bzw. den Beginn von (Widerrufs-)Fristen[1309] ist. Die Fiktion

1303 So der Sachverhalt in OLG Schleswig ZIP 2002, 1725 f. [Real Direkt AG]; OLG Schleswig ZIP 2003, 74 ff. [Real Direkt AG II] = **dagegen** EWiR § 705 BGB 2/03, 207 [*Wilsing/Siebmann*].

1304 Unerheblich ist dabei, ob dieser Widerspruch bewußt provoziert wird oder nicht.

1305 Vgl. dazu auch E.II.1 (S. 275 ff.).

1306 Zu den Fällen erkennbaren Auseinanderfallens E.II.1 (S. 275 ff.).

1307 Nach ständiger Rspr. des BGH trifft eine Bank dann keine Aufklärungspflichten, wenn der Kunde sich nicht ersichtlich unglaubwürdig als erfahren geriert (BGH ZIP 1998, 1220, 1221 m.w.N. über die Rspr.). Ähnlich *Koller*, BB 1990, 2202, 2208, für den Fall der bewußten Kenntnisnahmeverweigerung.

1308 So beispielsweise bei Finanztermingeschäften zwischen Unternehmen und Verbrauchern gem. § 37d WpHG.

1309 So beispielsweise beim Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen gem. § 355 BGB.

der Leistungserfüllung könnte der gesetzgeberischen Intention hinreichender tatsächlicher Information widersprechen und damit deren Schutzfunktion konterkarieren. Dem ist aber nicht so. Zunächst einmal kann der Schuldner nicht in den Gläubiger »hineinschauen«. Anknüpfungspunkt für seine Leistungspflicht können somit nur intersubjektiv wahrnehmbare Tatsachen und Umstände sein.[1310] Darüber hinaus bedarf jener Gläubiger keines Schutzes durch die Rechtsordnung, der sich sehenden Auges in die Gefahr begibt. Ist dem Gläubiger bewußt, daß er die kommunizierten Zeichen nicht versteht, und tut er dies nicht kund, wäre es unbillig, anschließend die Liquidation des eingetretenen Risikos beim Schuldner zuzulassen. Dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit ist Vorrang gegenüber dem Schutz des Gläubigers einzuräumen.[1311] Auf gleichem Weg sind auch Fälle zu entscheiden, in denen der Gläubiger erkennt, daß er unzutreffende Angaben über sich gemacht hat, etwa über seinen Wissensstand, seine Erfahrungen usw., dies dem Schuldner aber nicht mitteilt.[1312]

Die vorgeschlagene Hinweisobliegenheit versagt freilich, wenn (selbst) dem Informationsberechtigten das Nichtverstehen verborgen bleibt und er auch nicht zu einem unzutreffenden Bild von seinem Empfängerhorizont beigetragen hat. Trotz der Subjektbezogenheit von Information und der Notwendigkeit, daraus resultierende Unbilligkeiten zu vermeiden, muß in diesen Fällen allein der Schuldner das Risiko tragen. Der Eintritt des Leistungserfolges kann nicht unterstellt werden. In diesen (seltenen) Fällen muß das Bedürfnis nach Rechtssicherheit dem Schutz des Gläubigers weichen. Denn durch das Nichtverstehen trotz Orientierung am Empfängerhorizont des Gläubigers dokumentiert sich eindrucksvoll die vom Gesetzgeber unterstellte Schutzbedürftigkeit.[1313]

2. Fehlen der Aufnahmebereitschaft

Weist der Gläubiger den Schuldner nicht nur auf seine individuellen Verständnisprobleme nicht hin, sondern verweigert bereits die Rezeption der kommunizierten Zeichen, droht die gesamte Leistungserfüllung zu scheitern. Hält sich der individualisierte Einzelempfänger bei der mündlichen Auskunft die Ohren zu oder liest die vorgelegten Schriftstücke nicht, würde mangels Reduktion von Ungewißheit keine Leistungserfüllung eintreten. Daß der Schuldner vor dieser Willkür des Gläubigers schutzbedürftig ist, steht außer Frage. Offen ist hingegen die Art und Weise des Schutzes. Anbieten würde sich zum einen ähnlich dem Lösungsvorschlag unter 1. die Annahme einer fik-

1310 *Kleinschmidt*, Informationsmodell, S. 108. In Ansätzen findet sich dieser Gedanke auch in den Vorschriften zur Unbeachtlichkeit des geheimen Vorbehalts (§ 116 BGB) bzw. zur Unwirksamkeit der Scherzerklärung (§ 118 BGB) wieder.

1311 *Kleinschmidt*, Informationsmodell, S. 108.

1312 Ähnlich *Mertens*, MünchKomm-BGB, § 823 Rn 433 (Patientenangaben).

1313 A.A. *Kleinschmidt*, Informationsmodell, S. 108, der in diesen Fällen zum Schutz des Rechtsverkehrs wohl von einer Erfüllungswirkung ausgeht.

tiven Leistungserfüllung. Eine Leistungserfüllung wäre danach zu bejahen, wenn der Leistungserfolg bei einem dem Empfängerhorizont des Gläubigers entsprechenden Dritten eingetreten wäre. Der Inhalt der Leistungspflicht würde damit in gewisser Weise der bloßen Vornahme bestimmter Leistungshandlungen angenähert und die Erfolgsbezogenheit der Informationspflichten in den Hintergrund treten. Will man die Erfolgsbezogenheit nicht in Frage stellen, bleibt der Weg über das allgemeine Leistungsstörungsrecht. Die zwingende Mitwirkung des Gläubigers für den Erfolgseintritt ist nämlich keine Besonderheit informationsrechtlicher Sachverhalte. Vielmehr ist die Mitwirkungsnotwendigkeit so alltäglich, daß der historische Gesetzgeber dazu mit den §§ 293 bis 304 einen eigenen Regelungskomplex in das BGB aufgenommen hat. Seit jeher besteht allerdings Unsicherheit bei der Einordnung von Leistungsstörungen, die auf der fehlenden Mitwirkung des Gläubigers beruhen. Zur Diskussion stehen Annahmeverzug und Unmöglichkeit. Der früher bestehende Meinungsstreit[1314] über die richtige Einordnung fehlender Gläubigermitwirkung hat sich zwischenzeitlich zugunsten der sogenannten Leistungstheorie entschieden.[1315] Unmöglichkeit liegt danach nur vor, wenn die Leistungserbringung dauerhaft ausgeschlossen ist. Wegen der Geistigkeit der Information wird dies freilich nur selten der Fall sein, so etwa bei absolut zeitlich fixierten Informationspflichten,[1316] endgültiger und ernsthafter Annahmeverweigerung oder dauerhafter Erkrankung des Gläubigers, welche eine Rezeption der kommunizierten Zeichen ausschließt. Im übrigen führt die fehlende Mitwirkung des Gläubigers lediglich zum Annahmeverzug. Liegen die Voraussetzungen der §§ 293 ff BGB vor, treten die Rechtsfolgen der §§ 300 ff BGB ein, ohne daß die Leistungspflicht entfiele.[1317] Allgemein entlasten die Regelungen der §§ 300 ff BGB den Schuldner jedoch nur wenig.[1318] Für den Schuldner von Informationspflichten gilt dies um so mehr. Die Gefahrtragungsregelung des § 300 BGB führt zu keiner spürbaren Entlastung, weil die Geistigkeit von Information einen Untergang der Sache im klassischen Sinn nahezu ausschließt. In Betracht kommt hier allenfalls die Vernichtung von Unterlagen. Die

1314 Vgl. zum Überblick über den Meinungsstreit *Wiedemann*, in: Soergel, Vor. § 293 Rn 8 ff.; *Emmerich*, Leistungsstörungen, S. 363 ff.; *Ernst*, in: MünchKomm-BGB, § 293 Rn 8.

1315 Grundlegend *Beuthien*, Zweckerreichung, S. 236 ff.; ihm folgend die h.M. vgl. nur *Wiedemann*, in: Soergel, Vor. § 293 Rn 11; *Emmerich*, Leistungsstörungen, S. 365; *Ernst*, in: MünchKomm-BGB, § 293 Rn 9; *Löwisch*, in: Staudinger, Vorbem zu § 293 – 304 Rn 5.

1316 OLG Düsseldorf WM 1990, 1823, 1824; KG ZIP 1988, 714; BayObLG WM 1988, 1789, 1798, zur rechtlichen Unmöglichkeit durch Gegenstandslosigkeit aufgrund Zeitablaufs. Voraussetzung ist jedoch, daß die Information im Moment und für die Zukunft jegliche Bedeutung verloren haben. Wegen der Wertneutralität von Information (vgl. dazu *Druey*, Information, S. 59 ff., 73 ff.) kann dieser Zustand nur in Fällen eintreten, in denen durch den Zeitablauf für *alle* Empfänger der Informationswert verloren geht (beispielsweise Lottozahlen der vergangenen Woche). Im Übrigen muß man dies als bloße theoretische Möglichkeit einstufen (ebenso wohl *Fichtelmann*, in: HK-GmbH, § 51a Rn 17).

1317 Allg.M. statt aller *R. Schmidt*, Obliegenheiten, S. 104, 151; *Heinrichs*, in: Palandt, § 300 Rn 1.

1318 *R. Schmidt*, Obliegenheiten, S. 147; *Wiedemann*, in: Soergel, Vor § 293 Rn 23; *Klees*, La Demeure, S. 207.

Hinterlegung gem. § 372 BGB scheidet aus. Der Schuldner könnte lediglich Erstattung der Kosten für die Aufrechterhaltung seiner Leistungsfähigkeit nach § 304 BGB verlangen. Wie sollen aber die Mehraufwendungen beziffert werden? Die Lagerkosten für eine Maschine lassen sich leicht bestimmen, jene für Wissen aber kaum. Allenfalls die Aufwendungen für eine erneute Auskunft, die Bereitstellung der Unterlagen etc. ließen sich relativ genau ermitteln. Der Fortbestand der Leistungspflicht bleibt aber vom Vorliegen des Gläubigerverzugs unberührt. Um den Informationsschuldner vor den Folgen einer unberechtigten Annahmeverweigerung zu schützen, bedarf es folglich ergänzender Regelungen.

Diesbezüglich Abhilfe könnte ein Vorschlag von *Koller* schaffen. Danach soll die offenkundige Annahmeverweigerung unter den Grundsatz *venire contra factum proprium* zu subsumieren sein.[1319] Zwar führt dieser Vorschlag nicht zum Wegfall der Leistungspflicht; der Gläubiger könnte aber die Leistungserfüllung nicht mehr verlangen und soll sich auch nicht auf das Informationsdefizit berufen dürfen. Eine vergleichbare Argumentationsfigur findet sich auch bei der fahrlässigen oder schuldhaften Annahmeverweigerung im Rahmen des § 130 BGB. Dem Empfänger wird in diesen Fällen ebenso die Berufung auf den verspäteten Zugang bzw. Nichtzugang der Willenserklärung versagt.[1320] *Kleinschmidt* hat jedoch in bezug auf diesen Gesichtspunkt nachgewiesen, daß dies der Wertung des Gesetzes zumindest dann widerspricht, wenn die ordnungsgemäße Informierung Voraussetzung für den Eintritt einer weiteren Rechtsfolge, im konkreten der Finanztermingeschäftsfähigkeit ist. Anderenfalls würde man das hinter diesen Vorschriften stehende Prinzip »Schutz durch Information« unterlaufen.[1321] Nur bei ausreichender *tatsächlicher* Informierung ist es in diesen Fällen gerechtfertigt, auf andere, vorbeugende Schutzmechanismen, z.B. die Unzulässigkeit des Rechtsgeschäfts (vgl. § 53 Abs. 2 BörsG i.F. vor Gesetz vom 1.8.1989)[1322] zu verzichten. Im Gegensatz zu den Fällen unerkannten Nichtverstehens fehlt es auch an der Schutzbedürftigkeit des Schuldners.[1323]

1319 *Koller*, BB 1990, 2202, 2208 für die Informationspflichten beim § 53 BörsG a.F.; dagegen für den konkreten Fall *Kleinschmidt*, Informationsmodell, S. 112.

1320 Vgl. dazu nur *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 238 ff.; *Behn*, AcP 178 (1978), S. 505, 524 ff.; *Medicus*, Allgemeiner Teil, Rn 277 ff.; *Einsele*, in: MünchKomm-BGB, § 130 Rn 36; *Hefermehl*, in: Soergel, § 130 Rn 27.

1321 Vgl. allgemein zum Prinzip »Schutz durch Information« *Drexl*, Selbstbestimmung des Verbrauchers, S. 452 ff.; *Kind*, Verbraucherschutzes durch Information, S. 38 ff. (grundlegend), 504 ff, 546 f. (kritisch); *Reich*, NJW 1978, 513 ff.; insgesamt kritisch zu dieser Fähigkeit eines Informationsmodells im Vergleich zu anderen Schutzmechanismen im Rahmen von Termingeschäften: *Heeb*, Börsentermingeschäftsfähigkeit, S. 58 ff.; *Horn*, ZIP 1990, 2, 8; *Schäfer*, ZIP 1989, 1103 ff.; *Henssler*, ZHR 153 (1989), S. 611, 621 ff.; *Assmann*, in: FS Heinsius, 1991, S. 1, 18 Fn. 77.

1322 § 53 Abs. 2 BörsG wurde zunächst durch Gesetz vom 1.8.1989 (BGBl. I 1989, S. 1412) geändert. Durch Gesetz vom 21.6.2002 zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland (Viertes Finanzmarktförderungsgesetz) (BGBl. I 2002, S. 2010) nunmehr in § 37d WpHG geregelt.

1323 *Kleinschmidt*, Informationsmodell, S. 112.

Eine andere Möglichkeit bestünde darin, dem Schuldner unter näher zu spezifizierenden Voraussetzungen das Recht zur einseitigen Aufhebung seiner Leistungspflicht zuzusprechen. Dem Gesetz ist dieses Modell bei echten Mitwirkungspflichten des Gläubigers nicht fremd. Um den Schuldner über die Regelungen der §§ 300 ff. BGB hinaus zu schützen, besteht bei Werkverträgen im Falle unterbliebener Gläubigermitwirkung ein einseitiges Lösungsrecht des Unternehmers. Gem. § 643 BGB kann der Unternehmer dem sich in Annahmeverzug befindenden Besteller eine Frist mit Ablehnungsandrohung setzen. Nach erfolglosem Fristablauf gilt der Vertrag als aufgehoben (§ 643 S. 2 BGB). Zu einem vergleichbaren Ergebnis kommen Lehre und Rechtsprechung auch in den übrigen Fällen echter Mitwirkungspflichten. Insoweit zeichnet sich eine Tendenz dahin ab, Mitwirkungshandlungen als echte Pflichten und nicht als bloße Obliegenheiten des Gläubigers zu verstehen.[1324] Dem Schuldner wird in der Folge ein Recht auf Rücktritt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung zuerkannt[1325] und die unterbliebene Mitwirkung soll eine Treuepflichtverletzung (§ 242 BGB) darstellen. Der hinter beiden Modellen stehende Gedanke läßt sich auf die Erfüllung von Informationspflichten übertragen. Die Rezeption der kommunizierten Zeichen ist ebenso unabdingbare Voraussetzung jeder Informationspflicht, wie kein Sachkauf ohne Abnahme des Kaufgegenstandes erfüllt oder ein Werk nicht ohne Vorgaben des Bestellers gefertigt werden kann. Die Vergleichbarkeit mit den Mitwirkungspflichten beim Kauf- und Werkvertrag[1326] rechtfertigt ihre Einordnung als echte Pflicht, wenn gleich die Natur der Sache die Einklagbarkeit/Vollstreckung der Pflicht ausschließt. Entscheidend kommt hinzu, wie *Klees* herausgearbeitet hat, daß die Regeln der §§ 300 ff. BGB zumindest dann nicht abschließend sind, wenn die typischen Gläubigerverzugsregelungen aufgrund der besonderen Gestaltung des Einzelfalles versagen.[1327] *Klees* nimmt in Fällen der schuldhaften Verletzung einer Obliegenheit eine Gesetzeslücke an.[1328]

Die Annahme eines einseitigen Lösungsrechts des Schuldners darf andererseits nicht zu Wertungswidersprüchen innerhalb des Leistungsstörungsrechts führen. Aus diesem

1324 RGZ 166, 134, 147; BGHZ 11, 80, 83 ff; BGH VersR 1960, 693, 694; BGHZ 50, 175, 179; *Hartmann*, Mitwirkung des Gläubigers, S. 22 ff.; *Wiedemann*, in: Soergel, Vor § 293 Rn 17 ff.; zurückhaltend *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 242 Rn 168.

1325 RGZ 166, 134, 147; BGHZ 11, 80, 83 ff; BGH VersR 1960, 693, 694; BGHZ 50, 175, 179; *Hartmann*, Mitwirkung des Gläubigers, S. 22 ff.; *Wiedemann*, in: Soergel, Vor § 293 Rn 17 ff.; *Hüffer*, Leistungsstörungen, S. 41 ff., 219 ff.

1326 Die Vergleichbarkeit mit dem Kaufrecht folgt aus der möglich Beschreibung des eigentlichen Kommunikationsvorgangs als Lieferung von Information (vgl. dazu *Druey*, in: FG Schluep, 1988, S. 147, 151 ff.; vgl. auch *Klees*, La Demeure, S. 204 zur Verallgemeinerung des § 433 Abs. 2 BGB, wenn eine Lieferverpflichtung Gegenstand des Gläubigerrechts ist). Der Vergleich mit dem Werkvertragsrecht drängt sich wegen der jeweils starken Einbindung des Gläubigers in den Leistungsprozeß auf. Der Unternehmer kann ohne Spezifizierung des Werks durch den Besteller diese nicht herstellen und ohne Abnahme den Werklohn nicht fällig stellen, der Informationsschuldner ohne »Abnahme« der Information den Leistungserfolg schon im Grundsatz nicht herbeiführen.

1327 *Klees*, La Demeure, S. 215.

1328 *Klees*, La Demeure, S. 215.

Grund sind an das einseitige Lösungsrecht hohe Anforderungen zu stellen: Erstens darf ein ausreichender Schutz des Schuldners nach den allgemeinen Regeln zum Gläubigerverzug nicht möglich sein. Zweitens hat der Schuldner gem. § 643 S. 1 BGB analog eine Frist mit Ablehnungsandrohung zu stellen. Erklärt der Gläubiger innerhalb der Frist nicht seine Aufnahmebereitschaft, gilt die Leistungspflicht des Schuldners nach Fristablauf als erloschen. Weitergehende Ansprüche, insbesondere Schadenersatzansprüche, stehen dem Schuldner über die §§ 300 ff. BGB hingegen grundsätzlich nicht zu. Etwas anderes kann nur in Fällen echter synallagmatischer Informationsverträge gelten. Hier sind freilich die allgemeinen Regelungen der §§ 280 ff. und 323 ff. BGB zu beachten. In den übrigen Fällen findet allein das Interesse des Schuldners rechtliche Anerkennung, seine Leistungsbereitschaft nicht auf unbestimmte Zeit aufrechtzuerhalten und den Leistungszeitpunkt der Willkür des Gläubigers auszusetzen.[1329]

Konsequenzen zeitigt die Befreiung von der Leistungspflicht ohne Erfüllungswirkung vor allem dann, wenn die Rechtsordnung an die ordnungsgemäße Informationserteilung weitergehende Rechtsfolgen knüpft. Mangels Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung »ordnungsgemäße Informationserfüllung« treten sie nicht ein. Aufgrund der Offenkundigkeit der fehlgeschlagenen Informierung ist der Schuldner insoweit aber nicht schutzbedürftig.

Anders verhält es sich, wenn die Kenntnisnahmeverweigerung »geheim« erfolgt, weil der Gläubiger beispielsweise das Schriftstück an sich nimmt, aber nicht liest. Der vorgeschlagene Lösungsansatz führt hier zu unbilligen Ergebnissen zu Lasten des schutzwürdigen Schuldners. Mangels Kenntnis von der Annahmeverweigerung kann der Schuldner nämlich gar nicht tätig werden und beispielsweise eine Frist mit Ablehnungsandrohung setzen. Aufgrund eines Erst-Recht-Schlusses gilt hier das unter 1. Ausgeführte in der Konstellation, daß das Nichtverstehen der kommunizierten Zeichen für den Schuldner nicht erkennbar war. Die Informationsleistung gilt in jenen Fällen als erfüllt. Wenn bereits das unerkannte Nichtverstehen zu dieser Bewirkungsfiktion führt, kann für die schwerer wiegende Annahmeverweigerung nichts anderes gelten. In gewisser Weise wird diese Sichtweise auch durch das Gesetz gestützt. Kommt es dem Gesetzgeber darauf an, die ordnungsgemäße Informierung sicherzustellen, ordnet er neben der Schriftform teilweise zusätzlich die Gegenzeichnung des Schriftstücks durch den Gläubiger an.[1330] Auf diese Weise wird mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit die tatsächliche Kenntnisnahme gewährleistet.[1331]

Unterschreibt der Gläubiger hingegen sofort nach Übergabe des Schriftstückes, kann er dieses – auch offensichtlich für den Schuldner – nicht gelesen haben, so daß dann wiederum die Fallgruppe des offenkundigen Nichtverstehens einschlägig ist. Eine Annahmeverweigerung mit den vorgenannten Rechtsfolgen scheidet dagegen aus; mit der Unterschrift bekundet der Gläubiger gerade seinen Annahmewillen.

1329 Für die zeitliche Begrenzung der Informationsleistungspflicht einer Gesellschaft unter Hinweis auf § 257 HGB OLG Hamm DB 2005, 2683, 2684 f.

1330 Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zu § 53 BörsG a.F. (BT-Drucks. 11/4177, S. 19).

1331 *Kleinschmidt*, Informationsmodell, S. 109 m.w.N.

Liest der Gläubiger das Schriftstück jedoch (scheinbar) vor der Gegenzeichnung, ist zu seinen Lasten von der Leistungserfüllung auszugehen, wenn den Schuldner keine Nachforschungspflichten hinsichtlich des Verstehens treffen, der Gläubiger keine allein ihm bewußten Unklarheiten kund tut[1332] und eine Leistungserfüllung anderenfalls eingetreten wäre.

1332 Vgl. wiederum den hinter § 116 BGB stehenden Gedanken.

IV. Ausübungsgrenzen des Informationsrechts

Wie jedem anderen Recht sind auch dem Recht auf Information durch die Rechtsordnung allgemeine Grenzen gesetzt. Sie beschränken zusätzlich zu den bereits unter I. erörterten informationsspezifischen Schranken den Anspruch auf Information. Zunächst wird unter 1. die Reichweite der Unmöglichkeitstatbestände ausgelotet. In Folge der Reform zur Modernisierung der Schuldrechts ist hierbei insbesondere die spezielle Zumutbarkeitsschranke des § 275 Abs. 2 BGB zur der des § 242 BGB in Beziehung zu setzen und zu prüfen, ob letzterer überhaupt noch ein Anwendungsbereich verbleibt. Anschließend werden unter 2. andere allgemeingültige Ausübungsschranken erörtert, die typischerweise in informationsrechtlichen Sachverhalten von Bedeutung sein können.

1. Unmöglichkeit

Durch die Schuldrechtsreform wurde im Zuge der Neuregelung des Leistungsstörungsrechts auch der Tatbestand der Unmöglichkeit modifiziert. Die nach alter Rechtslage vorzunehmende Unterscheidung zwischen anfänglicher/nachträglicher Unmöglichkeit /Unvermögen wurde aufgehoben (§§ 275 Abs. 1 und 311a Abs. 1 BGB).[1333] Es gilt nunmehr ein einheitlicher Unmöglichkeitsbegriff. Unterschiede bestehen lediglich darin, daß nach § 275 Abs. 1 BGB die primäre Leistungspflicht *ex lege* ausgeschlossen ist, während sich der Schuldner in den Fällen des § 275 Abs. 2 und 3 BGB auf die Befreiung von der primären Leistungspflicht berufen muß, möchte er in ihren Genuß kommen.

a. *Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB*

§ 275 Abs. 1 BGB regelt in Abgrenzung zu Abs. 2 und 3 lediglich Fälle wirklicher – objektiver oder subjektiver – Unmöglichkeit. Dem Schuldner oder jedem Dritten muß denklogisch die Leistungserbringung auch theoretisch unmöglich sein. Erfaßt werden damit neben den Fällen naturgesetzlicher Unmöglichkeit (das zu liefernde Einzelgemälde ist verbrannt) auch Fälle der sogenannten rechtlichen Unmöglichkeit (der Käufer ist bereits durch Erbfolge Eigentümer des zu übereignenden Gemäldes geworden; die notwendige Genehmigung der Behörde wird nicht erteilt). Weil Unmöglichkeit im

1333 *Dedek*, in: Schuldrechtsreform, § 275 Rn 2 ff.; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, Vor § 275 Rn 8; *Heinrichs*, in: Palandt, § 275 Rn 3 ff.; *Dauner-Lieb*, in: AnwKomm-SchR, § 275 Rn 4.

Sinne des Abs. 1 somit selbst den Ausschluß der bloßen denktheoretischen Möglichkeit der Leistungserbringung voraussetzt, kann nach der These vom einheitlichen Recht auf Information der Informationsanspruch als solcher nur in den seltensten Fällen unmöglich werden.

Dies gilt besonders für die naturgesetzliche Unmöglichkeit. Voraussetzung wäre nämlich, daß mit keinem der zur Verfügung stehenden Informationsmittel das rechtlich anerkannte Informationsbedürfnis befriedigt werden kann. Denkbar sind derartige Konstellationen in Fällen der Rechtsnachfolge oder allgemein der Vernichtung von Unterlagen als einzige Informationsquelle.[1334] So wird es beispielsweise den Erben eines verstorbenen Beauftragten nur dann möglich sein, die auf sie übergegangene Rechenschaftspflicht zu erfüllen, wenn sie entweder zu Lebzeiten des Geschäftsführers Detailkenntnis bezüglich des Auftrags erlangt haben oder der Geschäftsführer über die Auftragserfüllung Unterlagen angefertigt hat bzw. entsprechende Belege aufbewahrt hat. Fehlt es daran, liegt ein Fall der objektiven Unmöglichkeit im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB vor.[1335] Von praktisch größerer Relevanz ist hingegen die Unmöglichkeit hinsichtlich einzelner Informationsmittel, insbesondere der Einsicht bei vollständiger Vernichtung der einsichtsunterworfenen Unterlagen.[1336] Bei den übrigen Informationsmitteln wird man hingegen vielfach nur Teilunmöglichkeit annehmen können, weil der Schuldner noch über (Teil-)Wissen verfügt oder sich theoretisch die fehlenden Informationen von Dritten besorgen könnte.[1337] Hier steht nicht die Frage der Unmöglichkeit, sondern die der Zumutbarkeit einer Beschaffungspflicht zur Diskussion; § 275 Abs. 2 BGB stellt dies nunmehr ausdrücklich klar.[1338] Mithin ist die Reichweite der Absätze 2 und 3 des § 275 BGB auszuloten.

1334 *Tietze*, Informationsrechte, S. 37 f.; *Ikels*, Rechnungslegung, S. 118; weiteres Beispiel: Beratung auf astrologischer Basis (OLG Düsseldorf NJW 1953, 1553; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 275 Rn 6); vgl. zu den Ausnahmen auch E.III.2 (S. 301 f.).

1335 Vgl. dazu BGHZ 104, 369, 373 f. (Verpflichtung eines Erben zur Abgabe einer Versicherung an Eides Statt).

1336 **Weitergehend** OLG Hamm GmbHR 2002, 163, 167, daß von Unmöglichkeit bereits bei der Vernichtung eines Teils der Unterlagen ausgeht. Befinden sich die Unterlagen im Besitz eines Dritten, liegt nach OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 415, 416 und OLG Frankfurt GmbHR 1991, 577 Unmöglichkeit der Einsicht nur vor, wenn der Schuldner mit der gebotenen Intensität vergeblich versucht hat, die Unterlagen zurückzuerlangen. Die Vernichtung von Unterlagen muß dabei nicht zwangsläufig auf echten Unglücksfällen beruhen. Mit Blick auf die umfassenden vorprozessualen Informationsrechte im us-amerikanischen Recht, insbesondere dem *pre trial discovery*, werden Unterlagen auch bewußt vernichtet oder gar nicht erst erstellt. In Zeiten von E-Mail greift man dann sogar gerne wieder auf das Telefon zurück.

1337 Die Fälle des Teilwissens könnten freilich zur Unmöglichkeit führen, wenn man Informationspflichten als unteilbare Leistungen betrachtet. Grund dafür kann insbesondere die Tatsache sein, daß halbes Wissen ebenso nutzlos sein kann wie gar kein Wissen. Man denke nur an die bruchstückhafte Mitteilung eines Vertragstextes.

1338 *Dedek*, in: Schuldrechtsreform, § 275 Rn 13 zu Fällen möglicher Abhilfe bei der Prüfung subjektiver Unmöglichkeit; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 275 Rn 28; *Heinrichs*, in:

Die Befreiung von der primären Leistungspflicht aufgrund rechtlicher Unmöglichkeit ist hingegen in vielfacher Weise denkbar. Herrschende Lehre und Rechtsprechung nehmen die Unmöglichkeit einer Leistung beispielsweise an, wenn der Leistungsgegenstand beschlagnahmt wird oder gesetzliche bzw. behördliche Verbote der Erfüllung entgegenstehen.[1339] Gegen die Übernahme jener Grundsätze auf Informationsansprüche bestehen keine Bedenken.[1340] In der Praxis wird allerdings ein Rückgriff auf die Kategorie rechtlicher Unmöglichkeit zur Leistungsbefreiung vielfach unnötig sein, weil die gesetzlichen bzw. behördlichen Verbote bereits bei der Pflichtenentstehung greifen und damit von vornherein den Umfang der Informationspflicht auf das erlaubte Maß begrenzen.[1341] Es entsteht somit erst gar keine Pflicht, von welcher der Schuldner nach dem Grundsatz *impossibilium nulla est obligatio* befreit werden müßte.[1342] Eine Ausnahme bilden lediglich Informationspflichten, deren Umfang vertraglich vereinbart worden ist.[1343] § 311a BGB ist insoweit gegebenenfalls einschlägig.

Insgesamt ist somit der praktische Anwendungsbereich der »echten« Unmöglichkeit bei Informationsansprüchen relativ klein.

b. *Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 2 BGB*

Von großer praktischer Bedeutung könnte hingegen die Leistungsbefreiung aufgrund praktischer bzw. faktischer Unmöglichkeit sein, wie sie nunmehr ausdrücklich in § 275 Abs. 2 BGB geregelt ist. Einschlägiger Regelfall könnte die Konstellation sein, daß dem Schuldner die Leistungserbringung zwar theoretisch möglich ist, diese aber mit einem erheblichen Kosten- und Zeitaufwand verbunden ist, weil sich der Schuldner die Informationen selbst erst beschaffen muß, sei es von Dritten oder durch Einsicht in die eigenen Unterlagen. In Konstellationen dieser Art stellt sich die Frage, welche Anstrengungen dem Schuldner zugemutet werden können und welche nicht.

Noch zur alten Rechtslage hat *Tietze* herausgearbeitet, daß die Besonderheiten des Anspruchs auf Information der Übernahme allgemeiner Grundsätze zur Bestimmung der Grenze zwischen bloßer Leistungserschwerung und Leistungsbefreiung Schranken

Palandt, § 275 Rn 22; *Dauner-Lieb*, in: AnwKomm-SchR, § 275 Rn 12; *Canaris*, JZ 2001, 499, 501.

1339 Vgl. nur *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 275 Rn 12; *Heinrichs*, in: Palandt, § 275 Rn 16; zurückhaltender *Ernst, in:* MünchKomm-BGB, § 275 Rn 43 f.

1340 *Tietze*, Informationsrechte, S. 37.

1341 Vgl. zur Begrenzung der Informationspflicht E.I (S. 250 ff.); **a.A.** *Tietze*, Informationsrechte, S. 37 ff.

1342 Das Verhältnis von Verbotsnormen zu § 311a BGB ist nicht unproblematisch (vgl. dazu *Ernst*, in: MünchKomm-BGB, § 275 Rn 44 und § 311a Rn 25). Mit Blick auf die unterschiedlichen Sekundärfolgen (Schadenersatz nach § 311a Abs. 2 BGB) kann der Zuordnung aber wohl nur bei vertraglich vereinbarten Informationspflichten Bedeutung zu kommen.

1343 Dem entspricht auch die alte Rechtslage, wonach § 306 BGB a.F. nur auf Verträge/einseitige Rechtsgeschäfte Anwendung fand (vgl. dazu *Wolf*, in: Soergel, § 306 Rn 3).

setzen. Während Fälle sogenannter wirtschaftlicher »Unmöglichkeit« von der h.M. nicht über § 275 BGB a.F., sondern über das flexiblere Mittel der Vertragsanpassung auf Basis der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gelöst wurden, scheidet eine »Vertragsanpassung« bei Informationspflichten regelmäßig aus. Gesetzlich fixierte Informationsansprüche lassen sich nicht den Verhältnissen des Einzelfalls anpassen.[1344] Zudem ist unklar, wie eine Anpassung bei fehlendem Synallagma erfolgen soll. Auch die für Dauerschuldverhältnisse entwickelte Kündigung aus wichtigem Grund scheidet regelmäßig als taugliches Instrument aus.[1345] Herrschende Lehre und Rechtsprechung griffen daher auf die allgemeine Grenze des § 242 BGB zurück. Danach sollte die Leistungspflicht entfallen, wenn unter Abwägung der gegenseitigen Interessen dem Schuldner die Leistungserbringung unzumutbar war.[1346] Wann Unzumutbarkeit anzunehmen war, blieb allerdings eine Entscheidung des Einzelfalls. Konkretisierungsversuche führten zu keinen einfach handhabbaren Entscheidungskriterien, sondern allenfalls zu allgemeinen Wertungskriterien für die jeweilige Informationspflicht.[1347]

Soweit es um die Erfassung des Informationsaufwandes in der Kategorie praktische Unmöglichkeit geht,[1348] enthält der § 275 Abs. 2 BGB nunmehr vergleichsweise konkrete Vorgaben. Zunächst besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß es sich bei Abs. 2 um eine eng auszulegende und nur in Extremfällen anwendbare Sondernorm handelt.[1349] Dies folgt zum einen aus dem »evidenten« Schulbeispiel (geschuldeter Ring auf dem Grund des Sees), wie es in der Begründung zum Regierungsentwurf angeführt wird.[1350] Zum anderen bestätigt auch ein systematischer Vergleich mit ähnlichen Normen die enge Interpretation des Abs. 2.[1351] Während die §§ 251 Abs. 2, 439 Abs. 3, 635 Abs. 3, 651c Abs. 2 BGB den Anspruch des Gläubigers bereits bei *unverhältnismäßigen* Kosten bzw. Aufwendungen ausschließen, setzt § 275 Abs. 2 S.1 BGB ein *grobes* Mißverhältnis zwischen Leistungsaufwand und Leistungsinteresse und damit ein deutliches Mehr an Schuldnerbelastung voraus.[1352] Das Mißverhältnis muß also ein

1344 *Tietze*, Informationsrechte, S. 42.

1345 *Tietze*, Informationsrechte, S. 42, für das Auskunftsrecht des Gesellschafters.

1346 Vgl. nur BGHZ 70, 86, 91; BGHZ 128, 220, 227; OLG Düsseldorf GmbHR 1991, 18, 19; Koller, BB 1990, 2202, 2206; *Tietze*, Informationsrechte, S. 41 ff.

1347 So etwa bei *Tietze*, Informationsrechte, S. 43 ff., der seine Ausführungen selbst als sehr abstrakt und lediglich richtungsweisend für den Einzelfall bezeichnet (S. 46).

1348 Nach einhelliger Meinung erfaßt Abs. 2 nur Fälle der sogenannten praktischen Unmöglichkeit nach den bisherigen Kategorisierung der Unmöglichkeitstatbestände Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks. 14/6040, S. 129; *Heinrichs*, in: Palandt, § 275 BGB Rn 27; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 275 Rn 36; *Dauner-Lieb*, in: AnwKomm-SchR, § 275 Rn 14.

1349 *Heinrichs*, in: Palandt, § 275 Rn 27; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 275 Rn 36; *Dauner-Lieb*, AnwKomm-SchR, § 275 Rn 17; *Canaris*, JZ 2001, 499, 501.

1350 BT-Drucks. 14/6040, S. 130.

1351 *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 275 Rn 36.

1352 *Ernst*, in: MünchKomm-BGB, § 275 Rn 70; i.E. ebenso *Heinrichs*, in: Palandt, § 275 Rn 28; **unklar** Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks. 14/6040, S. 130, die von ei-

besonders krasses, nach Treu und Glauben untragbares Ausmaß erreichen.[1353] Die Unverhältnismäßigkeit muß so drastisch sein, daß das Verlangen nach Naturalrestitution als sinnlos und rechtsmißbräuchlich erscheint. Bezugspunkt dafür ist, wie aus dem klaren Wortlaut folgt, einzig das Leistungsinteresse des Gläubigers.[1354] Eigene Interessen des Schuldners sind hingegen nicht zu berücksichtigen.[1355] Für Informationspflichten folgt daraus, daß vornehmlich die Kosten der Informationsbeschaffung ins Verhältnis zum Informationsinteresse des Gläubigers zu setzen sind. Beruht der besonders unverhältnismäßige Informationsbeschaffungsaufwand (überwiegend) auf der mangelhaften Erfüllung von Dokumentationspflichten oder Organisationspflichten, ist ein dahingehendes Vertretenmüssen des Schuldners negativ zu berücksichtigen.[1356] § 275 Abs. 2 S. 2 BGB stellt diesen, bereits zur alten Rechtslage vertretenen Grundsatz[1357] nunmehr ausdrücklich klar. Umgekehrt folgt aus fehlendem Verschulden keine Erleichterung zu Gunsten des Schuldners.[1358] Als Abwägungsfaktoren sind ebenfalls der Inhalt des Schuldverhältnisses und die Gebote von Treu und Glauben zu berücksichtigen.

Zu § 275 Abs. 2 BGB bleibt zu konstatieren, daß er nur in den seltensten Fällen zu einer Leistungsbefreiung des Informationsschuldners führen wird. Denkbar sind hier vor allem Fälle, in denen der Informationsbeschaffungsaufwand des Schuldners weit über den (geldwerten) Nutzen des Gläubigers aufgrund der erlangten Informationen liegt. So etwa, wenn die Informationspflicht lediglich zur Vorbereitung eines Schadenersatzanspruchs des Gläubigers gegen den Schuldner dient, der mögliche Schaden

nem Verweigerungsrecht des Schuldners bei »unverhältnismäßigem Aufwand« spricht. Der Verweis in der Begründung auf § 633 Abs. 2 S. 3 BGB a.F. (jetzt § 635 Abs. 3) bestätigt hingegen das hier angenommenen Stufenverhältnis. In § 635 Abs. 3 BGB heißt es nämlich, daß der Unternehmer die Nacherfüllung unbeschadet des § 275 Abs. 2 BGB verweigern kann, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Griffe § 275 Abs. 2 BGB bereits bei Unverhältnismäßigkeit ein, wäre § 635 Abs. 3 BGB überflüssig. Von einem eigenständigen Anwendungsbereich dieser Art geht wohl auch Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks. 14/6040, S. 265 aus; zweifelnd hingegen *Raab*, in: AnwKomm-SchR, § 635 Rn 24.

1353 Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks. 14/6040, S. 130.

1354 Begründung Regierungsentwurf BT-Drucks. 14/6040, S. 130; *Canaris*, JZ 2001. 499, 501; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 275 Rn 38; *Heinrichs*, in: Palandt, § 275 Rn 27; *Dauner-Lieb*, in: AnwKomm-SchR, § 275 Rn 15.

1355 Vgl. die in Fn. 1354 genannten.

1356 Zur alten Rechtslage *Tietze*, Informationsrechte, S. 46; *Grunewald*, ZHR 146 (1982), S. 211, 222 m.w.N. in Fn. 44 für den Fall der nichtordnungsgemäßen Geschäftsführung; OLG Köln 19.3.1999 – AZ: 4 U 42/98 (Vorinstanz zu BGH NJW 2001, 2333).

1357 Vgl. dazu BGHZ 62, 383 393; BGH NJW 1988, 699, 700; *Raab*, in: AnwKomm-SchR, § 635 Rn 19; *Canaris*, JZ 2001, 499, 503.

1358 *Canaris*, JZ 2001, 499, 503; **a.A.** *Ernst*, in: MünchKomm-BGB, § 275 Rn 101 ff., der Abs. 2 S. 2 so versteht, daß eine Korrektur »nach unten« erfolgen kann, wenn der Schuldner das Leistungshindernis nicht zu vertreten hat. Abs. 2 S. 1 gibt danach den Maximalmaßstab für die Leistungserschwerung vor.

deutlich unter den Kosten für die Informationsbeschaffung liegt und das Informationsverlangen sich daher insgesamt als mißbräuchlich darstellt.[1359]

c. *Unverhältnismäßigkeit nach § 242 BGB*

Aufgrund der engen Fassung des § 275 Abs. 2 BGB stellt sich somit vordringlich die Frage, ob der Rückgriff auf andere Leistungsbefreiungsgründe aufgrund übermäßiger Belastung durch die Informationspflicht nach Novellierung des § 275 BGB überhaupt möglich ist oder § 275 Abs. 2 BGB insoweit Fälle unzumutbarer Leistungserschwerung abschließend regelt.

Nach ganz herrschender Auffassung ist § 275 BGB hinsichtlich der Behandlung von Leistungserschwerungen nicht abschließend. Wie auch schon vor der Novellierung des § 275 BGB kommt in Fällen sogenannter wirtschaftlicher Unmöglichkeit eine Korrektur der eingetretenen Äquivalenzstörung, ausweislich der Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts,[1360] nach wie vor über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) in Betracht.[1361] Für den Informationsschuldner eröffnen die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage freilich in den seltensten Fällen Korrekturmöglichkeiten.[1362] Voraussetzung ist nämlich eine Äquivalenzstörung, mithin ein synallagmatisches Schuldverhältnis.[1363] Denkbar sind diese aber nur bei speziell auf Informationsleistung gerichteten Verträgen oder vertraglichen Nebenpflichten. Bei der Mehrzahl der Informationspflichten wird es sich hingegen um einseitig gesetzlich oder rechtsgeschäftlich begründete Pflichten handeln. Eine Anpassung von Leistung und Gegenleistung scheidet hier denklogisch aus.

Mithin stellt sich die Frage, ob auch nach der Schuldrechtsmodernisierung auf die bis dato für Informationspflichten verwendete Zumutbarkeitsschranke des § 242 BGB zurückgegriffen werden kann oder ob § 275 Abs. 2 BGB insoweit eine Sperrwirkung entfaltet. Das Letzteres nicht der Fall sein kann, zeigt nicht nur die gesetzliche Normierung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB). Auch an anderer Stelle finden sich vom § 275 BGB abweichende Regelungen für Fälle von Leistungserschwerungen.[1364] Ihnen könnte ein allgemeiner Rechtsgedanke zu entnehmen sein, der im Wege der Gesamtanalogie anzuwenden ist und eine allgemeine Unverhältnismäßigkeitsschranke ergibt, die neben § 275 Abs. 2 Anwendung findet.[1365] Durch eine derartige Gesamtanalogie darf allerdings der Grundsatz *pacta sunt servan-*

1359 Ähnlich auch *Müller*, GenG, § 43 Rn 28 zum Auskuntsanspruch des Genossen.
1360 BT-Drucks. 14/6040, S. 130.
1361 *Canaris*, JZ 2001. 499, 501; *Grüneberg*, in: Bamberger/Roth, § 275 Rn 36; *Heinrichs*, in: Palandt, § 275 Rn 29; *Dauner-Lieb*, in: AnwKomm-SchR, § 275 Rn 14.
1362 Vgl. ausführlich zu den Gründen bereits unter b (S. 309 ff.).
1363 *G. H. Roth*, in: MünchKomm-BGB, § 313 Rn 58 f.
1364 §§ 251 Abs. 2 S. 1, 439 Abs. 3, 635 Abs. 3, 651c Abs. 2 BGB.
1365 Kritisch *Stoll*, JZ 2001, 589, 592; offen gelassen *Ernst*, in: MünchKomm-BGB, § 275 Rn 71.

da nicht in Frage gestellt werden.[1366] Für gesetzlich begründete Pflichten gilt dieser Grundsatz zwar nicht; aber auch hier darf der Schuldner nicht leichtfertig seiner Pflicht enthoben werden. Darüber hinaus gebietet eine Interessenabwägung zwischen Schuldner und Gläubiger nicht in jedem Fall, den Schuldner in Entsprechung der Rechtsfolgen des § 275 BGB von seiner Leistungspflicht gänzlich zu befreien. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit und in Parallele zu den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bleibt die vollständige Leistungsbefreiung als *ultima ratio* jenen Fällen vorbehalten,[1367] in denen eine Anpassung des Leistungsinhalts an die Einzelfallumstände nicht möglich ist, ohne daß damit das Interesse des Gläubigers gänzlich erlischt.[1368]

Freilich darf nicht jede noch so kleine Leistungserschwerung zu einer Korrektur der Leistungspflicht oder gar einer Schuldbefreiung führen. An den Grad der Leistungserschwerung sind erhöhte Anforderungen zu stellen, wenngleich sie unter dem Maß des Mißverhältnisses gem. § 275 Abs. 2 BGB liegen. Notwendig und ausreichend ist eine Unverhältnismäßigkeit, wie sie für die §§ 251 Abs. 2 S. 1, 439 Abs. 3, 635 Abs. 3, 651c Abs. 2 BGB gefordert wird. Als Mindesterschwerung kann auf die 130-Prozentmarke zurückgegriffen werden, wie sie für die Mehrzahl der Leistungsinteressen des Gläubigers angenommen wird.[1369] Im Einzelfall kann es jedoch schwierig sein, den Grundleistungsaufwand zu bestimmen. Grundsätzlich erfolgt dessen die Ermittlung nach der unter D.V.2.c.cc(2)(b) (S. 240 ff.) dargestellten Berechnungsmethode. In Anlehnung an § 275 Abs. 2 BGB sind darüber hinaus der Inhalt der Informationspflicht und ein Vertretenmüssen der Leistungserschwerung zu beachten. Ein Verschulden des Schuldners kann nur erschwerend berücksichtigt werden. Hat hingegen der Gläubiger die Leistungserschwerung zu vertreten, führt dies zu einer Herabsetzung der Unverhältnismäßigkeitsgrenze.

Zumindest für jene Pflichten, bei denen eine Korrektur des Leistungsinhalts nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht in Betracht kommt, kann auf diesem Weg ein interessengerechter Ausgleich erfolgen. Für diesen Ansatz spricht auch ein Erst-Recht-Schluß: Wenn nämlich dem Gläubiger in einem synallagmatischen Rechtsverhältnis eine Leistungsanpassung zugemutet wird, muß dies erst recht für den Gläubiger gelten, der die Leistung ohne eigene Gegenleistung bekommt. Festzuhalten bleibt damit, daß der Informationsschuldner neben der Schuldbefreiung gem. § 275 BGB eine Anpassung seiner Leistungspflicht auf einen zumutbaren Aufwand verlangen kann, wenn dieser anderenfalls unverhältnismäßig wäre; im Einzelfall

1366 *Stoll*, JZ 2001, 589, 592.

1367 Für den Vorrang der Leistungsanpassung auch *Stoll*, JZ 2001, 589, 592.

1368 Wann das Leistungsinteresse des Gläubigers bei Anpassung des Leistungsinhalts erloschen ist, kann in Parallele zu § 139 BGB und der Teilunmöglichkeit bestimmt werden.

1369 *Oetker*, in: MünchKomm-BGB, § 251 Rn 41 ff (Kraftfahrzeuge); *Bitter/Meidt*, ZIP 2001, 2114, 2121 ff., setzten 150 % als absolute Grenze für den Nacherfüllungsanspruch gem. § 439 Abs. 3 BGB an. Zur Begründung weisen sie darauf hin, daß Folge des § 439 Abs. 3 BGB der Anspruchswegfall und somit das Leistungsinteresse des Käufers unmittelbar betroffen ist, während § 251 Abs. 2 S. 1 BGB nur die Frage nach Naturalrestitution regelt.

kann dies auch zu einer vollständigen Befreiung von der primären Leistungspflicht führen.

2. Allgemeine Ausübungsschranken

Neben der Leistungsbefreiung oder Anpassung der Leistungspflicht kann dem Schuldner zusätzlich aufgrund allgemeiner Grundsätze ein (dauerhaftes) Leistungsverweigerungsrecht zustehen. Anerkannte Fallgruppen sind das allgemeine Mißbrauchsverbot, die Treuepflicht im Gesellschaftsrecht[1370] und die Verwirkung bzw. der Verzicht[1371]. Ebenso kann der Schuldner die Informationsleistung verweigern, wenn er sich durch die Informationserteilung strafbar machen würde.[1372] Es wäre auch geradezu widersinnig, wenn die Rechtsordnung einerseits von einem Rechtssubjekt ein bestimmtes Tun verlangt, im nächsten Moment dieses Tun aber mit Strafe sanktioniert, weil es gegen Recht und Gesetz verstößt. Davon sind jedoch strikt jene Fälle zu unterscheiden, in denen die Informationspflicht gerade dazu dient, eine verbotene oder strafbare Handlung des Informationsschuldners aufzudecken.[1373] Das aus dem Strafprozeßrecht stammende *nemo-tenetur-Prinzip*, nachdem niemand aktiv an seiner eigenen Verurteilung mitwirken muß, kann bei zivilrechtlichen Informationsansprüchen keine Anwendung finden. Es hat insoweit seine Berechtigung nur im Zusammenhang mit dem staatlichen Verfolgungsanspruch, nicht hingegen mit zivilrechtlichen Informationsansprüchen.[1374]

1370 *K. Schmidt*, Informationsrechte, S. 24, 42 ff.

1371 OLG Düsseldorf WM 1990, 1823, 1824.

1372 So ausdrücklich § 131 Abs. 3 Nr. 5 AktG. Zu Recht wird ein allgemeiner Rechtsgedanke des Inhalts angenommen, daß niemand gezwungen werden kann, einen verbotenen Erfolg herbeizuführen und sich gegebenenfalls der Strafverfolgung auszusetzen (*K. Schmidt*, in: Scholz, § 51a Rn 33; *Fichtelmann*, in: HK-GmbH, § 51a Rn 24; *K. Müller*, GmbHR 1987, 92; *Tietze*, Informationsrechte, S. 37; *Heidel*, in: AnwKomm-AktG, § 131 Rn 71 m.w.N.; der Ausschußbericht zu Regierungsentwurf 1977 GmbH-Novelle BT-Drucks. 8/3908, S. 76 spricht von einer Selbstverständlichkeit). Anders hingegen die Regelung des § 342a Abs. 4 S. 2 E-HGB. Danach ist eine Informationsverweigerung bereits dann möglich, wenn sich der Informationsgeber oder einen in § 52 Abs. 1 StPO genannten Angehörigen der Strafverfolgung aussetzen würde.

1373 *Bauer*, GenG, § 43 Rn 99; *Müller*, GenG, § 43 Rn 32; *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 100 f.

1374 *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 100 f.; ebenso für die zivilrechtliche Substanzierungspflicht (§ 138 ZPO) Hessisches LAG DB 2004, 444; OLG Frankfurt NJW-RR 2001, 1649 (jeweils m.w.N.), ohne jedoch die Verwertbarkeit in einem anschließenden Strafprozeß unter Verweis auf die Dispostionsmaxime im Zivilprozeß zu problematisieren; **a.A.** BVerfGE 56, 44, 45). Zu § 86 Abs. 2 HGB entspricht es allgemeiner Ansicht, daß von der Rechenschaftspflicht auch verbotswidrige Geschäfte erfaßt sind (BGH NJW 196, 2097; *K. Schmidt*, Handelsrecht, § 27 IV 1 [S. 729]). Eine Aufklärungspflicht über eigene Straftaten besteht gegenüber dem Vertragspartner nur dann nicht, wenn

Anderenfalls käme man auch zu dem widersinnigen Ergebnis, daß sich der Umfang der Informationspflicht des Schuldners reziprok zu dem von ihm begangenen Unrecht verhält.[1375] Damit ist freilich nichts über die Verwertbarkeit derartig erlangter Informationen im Rahmen eines Strafprozesses gesagt. Um dem *nemo-tenetur-Prinzip* möglichst weitreichend Rechnung zu tragen, sollte die Verwertung der unter Aufhebung des Selbstbelastungsverbots erlangten Informationen in einem Strafverfahren jedenfalls immer dann ausgeschlossen sein, wenn der Schuldner aufgrund einer öffentlichrechtlichen Norm zur Information verpflichtet ist.[1376]

Aus der legitimierenden Funktion des Informationsbedürfnisses folgt noch ein weiterer informationsspezifischer Versagungsgrund, der bereits der umfänglichen Entstehung des Informationsanspruchs entgegensteht. Die begehrte Information kann nämlich dann nicht mehr verlangt werden, wenn sie ausnahmsweise aufgrund Zeitablaufs gegenstandslos geworden ist.

Aus informationstheoretischer Sicht sprechen gegen die Anerkennung einer derartigen Fallgruppe die Wertneutralität und die Subjektivität von Information, die sich kumuliert in der Unendlichkeit des Informationsbedürfnisses, konkret der Relevanz von noch so entfernten Daten und Tatsachen für die Entscheidungsfindung wiederfinden. Soweit in Rechtsprechung und Literatur die Gegenstandslosigkeit eines Informationsbegehrens aufgrund Zeitablaufs problematisiert wird, werden sehr strenge Anforderungen an die Annahme eines Zeitablaufs gestellt. Nach *Tietze* setzt die Gegenstandslosigkeit eines Informationsbegehrens aufgrund Zeitablaufs Folgendes voraus: »Die begehrte Information muß jeden aktuellen Bezug zur Gesellschaft verloren haben, so daß ihre Kenntnis weder für den jetzigen Stand der Gesellschaft eine Bedeutung hat, noch dazu geeignet ist, in Zukunft ähnlichen Problemen besser begegnen zu können«.[1377] Eine Einschränkung des Informationsgehrens aufgrund Zeitablaufs wird damit praktisch kaum in Frage kommen. Denn selbst wenn Information über sehr lang zurückliegende Ereignisse verlangt wird und daraus ableitbare Ansprüche oder Rechtsbehelfe verjährt sind, kann nicht ausgeschlossen werden, daß sie Ausstrahlungswirkung für die

diese mit dem Gegenstand des Vertrags in keinem unmittelbaren Zusammenhang stehen (BGH DStR 2005, 1654, 1655; BGH LM Nr. 1 zu § 276 [Fb] BGB).

1375 Ausführlich *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 101, mit Differenzierung nach verschiedenen Informationspflichten.

1376 Eine derartige Unterscheidung der verschiedenen Bewertungsebenen sieht § 97 Abs. 1 InsO vor. Darin heißt es: »Der Schuldner ist verpflichtet, dem Insolvenzgericht, dem Insolvenzverwalter, dem Gläubigerausschuß und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben. Er hat auch Tatsachen zu offenbaren, die geeignet sind, eine Verfolgung wegen einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit herbeizuführen. Jedoch darf eine Auskunft, die der Schuldner gemäß seiner Verpflichtung nach Satz 1 erteilt, in: einem Strafverfahren oder in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen den Schuldner oder einen in § 52 Abs. 1 der Strafprozeßordnung bezeichneten Angehörigen des Schuldners nur mit Zustimmung des Schuldners verwendet werden.«

1377 *Tietze*, Informationsrechte, S. 11; ihm folgend OLG Düsseldorf, GmbHR 1991, 18, 19; BayObLG WM 1988, 1789, 1792; KG ZIP 1988, 714, 716; *K. Müller*, GmbHR 1987, 87, 92.

Zukunft haben, etwa um in Zukunft derartige Vorfälle von vornherein zu vermeiden.[1378] Kein tauglicher Maßstab für einen beachtenswerten Zeitablauf ist der Ablauf von gesetzlich oder vertraglich vorgeschriebenen Aufbewahrungsfristen.[1379] Die Pflicht zur Aufbewahrung ist von jener zur Information zu unterscheiden. Der Ablauf der Aufbewahrungspflicht führt lediglich dazu, daß der Schuldner, sollte er die Unterlagen nach Fristablauf rechtmäßig vernichtet haben und sich auch nicht mehr an deren Inhalt erinnern können, von der primären Leistungspflicht frei wird und ihn mangels Verschulden auch keine Sekundäransprüche treffen.[1380]

Neben dieser im Detail sehr unklaren Fallgruppe des Relevanzverlustes von Information kraft Zeitablaufs anerkennt die Rechtsprechung eine Beschränkung des Zeitfensters bei Auskunftsansprüchen zur Ermittlung des Unternehmenswertes im Zusammenhang mit Unterhaltsansprüchen. Dem Schuldner wird in diesen Fällen lediglich zugemutet, Auskunft über die Unterlagen der vergangenen 3 bis 5 Jahre zu erteilen, weil die Einbeziehung noch älterer Unterlagen den Schuldner zu stark belasten würden, ohne daß damit ein entsprechendes Mehr an Information über den Unternehmenswert einherginge.[1381] Die Rechtsprechung geht somit davon aus, daß anhand der Unterlagen der letzten 3 bis 5 Jahre eine hinreichend genaue Aussage über den Unternehmenswert getroffen werden kann. Im übrigen fehlt es dann einem rechtlich anzuerkennenden Informationsbedürfnis.

1378 **A.A.** *Tietze*, Informationsrechte, S. 11 f.

1379 KG ZIP 1988, 714, 717; *Fichtelmann*, in: HK-GmbH, § 51a Rn 17; **a.A.** *K. Müller*, GmbHR 1987, 97, 92; so offenbar auch OVG Schleswig, Urteil v. 16.8.1996, Az: 3 M 52/96, wenn es ausführt, daß die Herausgabe eines Fahrtenschreibers nur innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Aufbewahrungsfrist verlangt werden kann.

1380 In diesem Sinn LG Köln VersR 1996, 1522, 1524. Danach soll es an einer schuldhaften Sorgfaltspflichtverletzung in Form der Unterlagenvernichtung fehlen, wenn die gesetzliche oder vertragliche Aufbewahrungsfrist abgelaufen ist. Enger OLG Hamm DB 2005, 2683, 2684, wonach der Informationsanspruch eines Kommanditisten unter Abwägung der widerstreitenden Interessen unabhängig von einer eventuellen Vernichtung auf Geschäftspapiere beschränkt sein kann, die noch gem. § 257 HGB vorhanden sein müssen.

1381 BGH BB 1975, 1083; OLG Naumburg FamRZ 2001, 1303, 1304; i.E. ähnlich OLG Hamm DB 2005, 2683, 2684.

F. Schlußbemerkung

Das Phänomen Information läßt sich mit bekannten rechtlichen Kategorien nur schwer fassen. Grund dafür ist nicht allein das wechselnde Rollenspiel von Information. Der Umstand, daß Information sowohl Gegenstand des Rechts als auch selbst Recht ist, verkompliziert die Dinge nur weiter. Die Probleme bei der Erfassung des Rechtsgegenstandes Information ergeben sich vielmehr aus der Tatsache, daß es zunächst schwerfällt, Information in diesem Sinn überhaupt begrifflich zu fassen. Die Analyse der verschiedensten Definitionen hat zum Ergebnis, daß Information im Rechtssinne nur sinnvoll definiert werden kann, wenn sie als Entscheidungshilfe für eine konkrete Problemsituation eines Menschen durch Interaktion zwischen Menschen in Form der Kommunikation verstanden wird. Information im Rechtsinne ist daher als die potentielle Ursache für die Reduktion von Ungewißheit durch Kommunikation zwischen Menschen zu definieren. Keine Information sind damit all´ jene Daten und Fakten, die der Mensch allein durch Beobachtung seiner Umwelt rezipiert oder die nicht zu einer Reduktion von Ungewißheit führen, mithin seine Entscheidungsunsicherheit in bezug auf eine konkrete Problemsituation nicht verringern. In der Anbindung des Informationsbegriffs an ein Rechtssubjekt liegt ein weiteres Erfassungsproblem: Die Subjektbezogenheit von Information. Kommunizierte Zeichen, die bei dem einen Rezipienten zur Beseitigung vorhandener Entscheidungsunsicherheit führen, können bei einem anderen Empfänger genau das Gegenteil erreichen. Information ist nicht gleich Information, sondern nur Information mit Blick auf einen bestimmten Empfänger. Information ist insoweit auch wertneutral. Als potentielle Ursache für die Reduktion von Ungewißheit durch Kommunikation zwischen Menschen hebt sich Information in einem weiteren Punkt signifikant von anderen Leistungsgegenständen ab: Das Verlangen nach Information zur Erlangung hundertprozentiger Entscheidungssicherheit ist unstillbar. Es kann theoretisch nie ausgeschlossen werden, daß noch so entfernte Tatsachen für die Auflösung einer konkreten Problemsituation von Bedeutung sind. Um Information als Gegenstand des Rechts erfassen und vor allem praktisch handhabbar machen zu können, bedarf es eines Kompromisses zwischen Subjektbezogenheit und unstillbarem Informationsverlangen einerseits und der Notwendigkeit abstrakt-genereller Normierung andererseits.

Eine Schlüsselfunktion nimmt dabei die Figur des maßgeblichen Empfängerhorizontes ein. Mit deren Hilfe läßt sich sowohl der Subjektbezogenheit von Information als auch des unstillbaren Informationsverlangens Herr werden. Die Figur des maßgeblichen Empfängerhorizontes ist ein abstraktes Modell, mit dem es möglich ist, den Umfang einer Informationspflicht bezogen auf den Einzelfall verobjektiviert festzulegen; gleiches gilt auch für die Erfüllung. Die Notwendigkeit einer Objektivierung ist dabei um so stärker, je größer und inhomogener der Kreis der potentiellen Empfänger ist.

Dem unstillbaren Verlangen nach immer mehr Information sind durch die Beschränkung der rechtlichen Anerkennung des Informationsbedürfnisses auf ein sozialadäquates Maß Grenzen gesetzt. Inhalt einer Informationspflicht ist somit nicht die

Herstellung von vollständiger Entscheidungssicherheit, sondern nur die Reduktion der verbleibenden Restunsicherheit auf einen akzeptablen, nämlich in bezug auf die konkrete Entscheidungssituation sozial-adäquaten Wert. Inwieweit ein Informationsbedürfnis danach rechtlich anzuerkennen ist, gibt die jeweilige pflichtenbegründende Norm vor. Aufgabe und Herausforderung für Rechtspraxis und -wissenschaft ist es, für die verschiedenen Informationspflichten im Detail herauszuarbeiten, welcher konkrete Grad an Entscheidungssicherheit durch die jeweilige Norm oder einen Normenkomplex vorgegeben ist. Spiegelbildlich ist die Legislative aufgefordert, bei der Verabschiedung zukünftiger Gesetze den Willen des Gesetzgebers hinsichtlich des zu erzielenden Grads an Entscheidungssicherheit möglich exakt (im Gesetzestext) zum Ausdruck zu bringen.

Zu berücksichtigen hat der Gesetzgeber dabei auch die vorliegend herausgearbeitete Erkenntnis, daß Informationspflichten primär nur nach ihrem informationellen Inhalt, nicht aber nach dem zur Leistungsbewirkung einzusetzenden Informationsmittel zu unterscheiden sind. Auskunft, Einsicht und spontane Informationsmittel stehen nicht in einem Rang- oder Ausschlußverhältnis, sondern in einer Wechselbeziehung gegenseitiger Ergänzung. Jedes Informationsmittel hat gegenüber den anderen sowohl Vor- als auch Nachteile. Das Ziel jeder Informationspflicht, ein sozial-adäquates Maß an Entscheidungssicherheit herzustellen, kann nur zuverlässig erreicht werden, wenn dem Gläubiger grundsätzlich alle Informationsmittel zur Verfügung stehen, um im Einzelfall die Unzulänglichkeit des einen durch Rückgriff auf die anderen auszugleichen.

Schlagwortartig lassen sich diese Gedanken zur These vom einheitlichen Recht auf Information zusammenfassen. Eine Information gewährende Norm gibt danach primär nur das zu befriedigende Informationsbedürfnis vor; soweit dazu auch ein bestimmtes Informationsmittel benannt wird, kommt dem nur insoweit Bedeutung zu, als zunächst damit die Leistungserfüllung zu versuchen ist. Scheitert dies jedoch im Einzelfall, erlischt der Informationsanspruch des Gläubigers nicht. Vielmehr kann er zusätzlich auch auf die anderen Informationsmittel zurückgreifen, ohne daß er dafür einer weiteren Anspruchsgrundlage bedarf. Jedem Anspruch auf Information sind somit grundsätzlich alle Informationsmittel immanent. Voraussetzung ist aber das Bestehen eines Anspruchs auf Information, weil das »einheitliche Recht auf Information« selbst keine Anspruchsgrundlage bildet. Fehlt es an einem Anspruch des Gläubigers, weil z.B. der Schuldner aufgrund öffentlich-rechtlicher Grundlage zur Information verpflichtet ist, bleibt es bei dem gesetzlich angeordneten Informationsmittel. Aber auch in Fällen eines subjektiven Rechts auf Information führt die These vom einheitlichen Recht auf Information nicht zwangsläufig dazu, daß diesem Recht im konkreten Fall alle Informationsmittel entnommen werden können. Voraussetzung ist immer, daß das jeweilige Informationsmittel nicht durch andere, mildere Verfahren ersetzt werden kann. Aus diesem Grund steht beispielsweise dem Aktionär grundsätzlich kein Einsichtsrecht zu, wenn die Verifizierungsfunktion der Einsicht durch ein Prüfsystem und umfassende spontane Informationspflichten substituiert wird. Das Zusammenspiel der verschiedenen Informationsmittel zeigt sich besonders anschaulich im Zusammenspiel von spontanen und reaktiven Informationsmitteln. Erstere haben nämlich primär die Aufgabe, den Gläubiger auf latent vorhandene Problemsituationen aufmerksam zu machen, also überhaupt erst die Informationsnachfrage durch den Gläubiger anzuregen. Sie bereiten damit die reaktiven Informationsmittel vor, indem sie den Gläubiger in die Lage ver-

setzen, Auskunft und Einsicht sinnvoll geltend zu machen. Aus diesem Grund kommen etwa den Berichtspflichten im Rahmen der Vorbereitung einer Hauptversammlung entscheidende Bedeutung für die Wahrnehmung des Auskunftsrechts nach § 131 Abs. 1 AktG zu. Sie sollen den Aktionär soweit über die zu beschließende Maßnahme vorab informieren, daß er in der Hauptversammlung konkrete Fragen zu einzelnen Punkten stellen kann, die trotz des Berichtes für ihn unklar geblieben sind. Am Beispiel des Zusammenspiels von Bericht und Auskunft bei der Aktionärsinformation zeigt sich noch ein Weiteres: Die zwangsläufig an einem abstrakten Empfängerhorizont ausgerichteten Berichte erfahren durch die konkreten Fragen der einzelnen Aktionäre eine Konkretisierung hinsichtlich der wahren Informationsbedürfnisse der Aktionäre. Insoweit hat die Auskunft auch die Funktion der zwangsläufig stärkeren Verobjektivierung des maßgeblichen Empfängerhorizonts bei spontanen Informationspflichten durch Berücksichtigung des artikulierten subjektiven Informationsbedürfnisses entgegenzuwirken und damit der Subjektivität weitest möglich Rechnung zu tragen.

Das Vorhergesagte wirkt sich maßgeblich auf die Erfüllung konkreter Informationspflichten aus. Der Schuldner hat seine Leistungspflicht nur dann im Sinne von § 362 BGB erfüllt, wenn er durch die Kommunikation von Zeichen den Grad an Entscheidungssicherheit beim Empfänger herstellt, der von der Information gewährenden Norm vorgegeben wird. Demzufolge liegt keine Erfüllung vor, wenn durch unzureichende Information oder Überinformation nicht die vorgegebene Entscheidungssicherheit erzielt wird. Selbstverständlich kann sich der Schuldner daher mit Blick auf § 362 BGB auch nicht auf die Vornahme der angeordneten Leistungshandlung berufen, wenn der soeben beschriebene Erfolg ausgeblieben ist. Er ist in solchen Fällen vielmehr gezwungen, auf andere Informationsmittel zur Leistungserfüllung zurückzugreifen, etwa im Fall der vollständigen Unterlagenvernichtung statt Einsicht Auskunft zu geben, soweit er sich erinnert bzw. von Dritter Seite entsprechende Informationen erlangen kann. Andererseits zwingt die Subjektivität von Information zur Einbindung des Gläubigers in den Prozeß der Leistungserfüllung. Verweigert der Gläubiger jede Mitwirkung, kann der Schuldner den geschuldeten Erfolg nicht bewirken. Offenkundig ist dies für den Fall der unerkannten Nichtzurkenntnisnahme der kommunizierten Zeichen. Nichts anderes gilt aber auch dann, wenn der Gläubiger erkennt, daß der Schuldner von einem tatsächlich nicht zutreffenden maßgeblichen Empfängerhorizont ausgeht, weil der Gläubiger ihn zum Beispiel bewußt über sein Vorwissen oder seine Fähigkeiten täuscht. In jenen Fällen kann der Schuldner nicht an einer Erfolgsherbeiführung in bezug auf den konkreten Empfänger festgehalten werden. Vielmehr tritt der Leistungserfolg bereits dann – insoweit allerdings fiktiv – ein, wenn, das Bild des Schuldners vom maßgeblichen Empfängerhorizont des Gläubigers als richtig unterstellt, bei diesem der Erfolg eingetreten wäre.

Schließlich haben, unabhängig von der These vom einheitlichen Recht auf Information, Geheimnissphären, namentlich Geschäfts- und Betriebsgeheimnis, Berufsgeheimnis und Personalgeheimnis, eine begrenzende Wirkung auf die Informationsmenge. Das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis entfaltet aufgrund der Exklusivität als Schutzgut jedoch nur dann eine absolute Schrankenwirkung, wenn ein Ausgleich der konfligierenden Interessen zwischen Schuldner einerseits und Gläubiger andererseits durch Einschaltung eines zur Verschwiegenheit verpflichteten sachverständigen Dritten nicht

geschaffen werden kann. Der Berufsgeheimnisträger kann sich nur soweit und solange auf die beschränkende Wirkung seiner Schweigepflicht berufen, als der »Herr des Geheimnisses« ihn von dieser Pflicht nicht entbindet. Aus ähnlichen Erwägungen ist auch die uneingeschränkte Zulassung rechtsgeschäftlicher Verschwiegenheitsverpflichtungen zwischen dem Schuldner und einem Dritten nicht anzuerkennen. Ist der Schuldner selbst »Herr des Geheimnisses« (der Verschwiegenheitsverpflichtung), stellt sich seine Verpflichtung gegenüber einem Dritten zur Verschwiegenheit als unzulässiger Vertrag zulasten Dritter, nämlich seiner Informationsgläubiger dar. Mangels geheimnisrelevanter Betroffenheit fehlt es auch an einer schutzwürdigen Rechtsposition des Dritten.

Zusammenfassung

In der seit Jahren schwelenden gesellschaftsrechtlichen Diskussion um die Rechtsfolgen von Informationspflichtverletzungen haben jüngste Entscheidungen des BGH einen ersten Markstein gesetzt. Hintergrund ist der in Praxis und Wissenschaft heftig geführte Streit, wie dem Problem der sogenannten »räuberischen Anfechtungsklage« entgegenzutreten ist. Unter Berufung auf Informationsmängel fechten dabei »räuberische Aktionäre« die beschlossenen Strukturmaßnahmen an, um diese zu ihrem eigenen Vorteil zu blockieren.

Eine zufriedenstellende Lösung ist nicht in Sicht, obwohl auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts seit langem eine besonders intensive Auseinandersetzung mit Informationsansprüchen stattfindet und auch der Gesetzgeber sich des Problems angenommen hat. Unzureichend geklärt ist nach wie vor, was eigentlich Information im Rechtssinne ist, worauf Informationspflichten gerichtet und wie sie im Detail zu erfüllen sind. Die selben offenen Fragen treten auch anderen Orts auf, etwa im Verbraucherrecht, wo »Verbraucherschutz kraft Information« zum gesetzgeberischen Leitbild avanciert.

Um eine Antwort auf diese ungeklärten Fragen zu geben, entwickelt der Autor die These vom »einheitlichen Recht auf Information« und leistet damit einen wesentlichen Beitrag zur Definition einer Informationsordnung. Er zeigt auf, daß jedem Informationsanspruch alle Informationsmittel auf dem Weg zur Erfüllung der Informationspflicht immanent sind, weil er primär auf die Herbeiführung einer bestimmten, auf den Einzelfall bezogenen Entscheidungssicherheit und nicht nur auf die Vornahme bestimmter Handlungen gerichtet ist. Dem Leser werden allgemeingültige Maßstäbe an die Hand gegeben, die den Umfang einer Informationspflicht festlegen. Kernpunkte sind dabei die Regeln zur Bestimmung des maßgeblichen Empfängerhorizonts, der Zuweisung der Verarbeitungslast und sozial-adäquate Maßstäbe. In ihnen finden vor allem Aspekte der Effizienz und der Eigenverantwortung Berücksichtigung. Dem naturgemäß unstillbaren allgemeinen Verlangen nach immer mehr Information werden so rechtsverbindliche Grenzen gesetzt.

Der Autor zeigt in vielfältiger Weise die praktischen Konsequenzen seiner These auf. Dabei wird deutlich, wie der »fließende« Übergang zwischen den sich ergänzenden Informationsmitteln auf dem Weg zur Erfüllung der Informationspflicht in der Praxis zu bewerkstelligen und wie der Informationsvorgang seitens des Schuldners im Hinblick auf den maßgeblichen Empfängerhorizont zu gestalten ist und welche Mitwirkungspflichten dabei den Gläubiger treffen.

Summary

In the fierce and long-standing legal debate on the consequences of infringing on information disclosure obligations, recent Federal Supreme Court (BGH) decisions have laid down a first marker. The background is the bitter practical and academic dispute regarding ways to counter the problem of so-called predatory suits (»räuberische Anfechtungsklage«). On the pretext of an information deficit, »predatory shareholders« challenge resolutions of the annual general meeting with the intent to block them and thereby gain an advantage for themselves.

No satisfactory solution is in sight, although information claims have long been intensively addressed in the area of company law and the legislator Parliament has also recognized the problem. And yet it is still largely unclear how the information is legally defined in the context of information disclosure obligations, and such obligations are to be fulfilled in all their detail. The same questions arise in other fields such as consumer protection, where »consumer protection through information« has assumed the status of a legislative *leitmotif.*

In putting forward answers to these questions, the author advances the theory of the »uniform right to information« and thus makes a significant contribution to the conceptual definition of information regulation. He points out that each information claim is intrinsically directed at all information media required to satisfy the claim. It is broadly acknowledged that such claims are primarily intended to gain certainty by satisfying an individual enquiry rather than to affect a specific, and therefore limited, informational transaction. The reader is provided with generally applicable standards which determine the extent of an information duty. The key points raised are the rules for determining the applicable level of addressee´s expectations, the allocation of processing tasks, and socially-appropriate standards. Attention is paid – above all – to aspects of efficiency and self-responsibility. In this way, legally binding limits are put on the essentially insatiable general demand for ever more information.

The author demonstrates by a variety of means the practical implications of his theory. It becomes clear how a transition between mutually complementary information media is to be accomplished in the course of fulfilling information disclosure obligations, and how the process of providing information may be structured with regard to the legitimate expectations of the addressee´s, as well as contributory obligations of other providers.

Résumé

Des arrêts récents du Bundesgerichtshof (Haute Cour fédérale allemande) ont marqué pour la première fois une borne en ce qui concerne la discussion continue, relative aux conséquences juridiques des devoirs d'informations en droit des sociétés. Le débat virulent, mené dans la pratique et également dans l'enseignement juridique, était initié par la question comment faudrait-il affronter le problème des actionnaires faisant utilisation abusive de leurs droits par action en justice (»räuberische Aktionäre«). En invoquant des défauts d'information ces actionnaires réclament devant le juge la nullité des décisions structurelles prises par la majorité en assemblée générale pour les bloquer à leur propre avantage.

Bien qu'il eût une discussion pertinente des droits d'information en droit des sociétés aussi bien que des interventions du législateur, il manque toujours une solution satisfaisante à ce problème. La notion d'information au sens juridique du terme est floue, comme est sa portée et les mécanismes exécutifs correspondants à ces droits. On trouve d'ailleurs les mêmes questions sans réponse aussi par exemple en droit de consommation où la protection des consommateurs par le biais de l'accès à l'information acquiert le statut d'un principe législatif.

Pour répondre aux questions invoquées, l'auteur développe la thèse d'un »droit uniforme à l'information« et apporte ainsi une contribution importante à l'institution d'un règlement général de l'information. Il montre notamment, que tout droit à l'information comporte la possibilité de tous moyens d'information pour accomplir un devoir d'informer, parce qu'un tel droit a pour objectif avant tout la certitude de décision concrète pour le cas présent et pas seulement la réalisation des actions concrètes. Des critères généraux, définissant la portée des devoirs d'information sont proposés au lecteur, tout en concernant surtout les règles relatives à la perspective du recevant (»Empfängerhorizont«), à l'attribution de la charge de traitement et des critères d'adéquation sociale. On y considère surtout des aspects d'efficacité et de la responsabilité personnelle. Le désir général d'accès à l'information, toujours en croissance et jamais satisfait par soi-même est ainsi limité.

L'auteur démontre les conséquences pratiques de la thèse soutenue par lui. Il est mis en valeur, comment le choix entre les moyens d'accès à l'information complémentaires en vue de l'accomplissement d'un devoir d'information en pratique pourrait être effectué, ainsi que des méthodes d'organisation de l'acces à l'information du côté du débiteur et quels sont les devoirs de collaboration du créancier.

Abkürzungen

Die verwendeten Abkürzungen orientieren sich an:

Kirchner, Hildebert / Butz, Cornelie: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 5. Auflage, Berlin 2003
Duden, Konrad: Die deutsche Rechtschreibung, 23. Auflage, Mannheim 2004

Literatur

Altmeppen, Holger: Der Prüfungsausschuß – Arbeitsteilung im Aufsichtsrat, ZGR 2004, S. 390 – 414

Ammedick, Oliver / Strieder, Thomas: *Zwischenberichterstattung* börsennotierter Gesellschaften, München 2002

AnwKomm-AktG: siehe Heidel, Thomas

AnwKomm-SchR: siehe Dauner-Lieb, Barbara u.a.

Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder: siehe Semler, Johannes

Arens, Peter: Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, ZZP 96 (1983), S. 1 – 24

Assmann, Heinz-Dieter: Börsentermingeschäftsfähigkeit, S. 1 – 32, in: Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag am 25. September 1991, Berlin 1991

Assmann, Heinz-Dieter / Schneider, Uwe H. (Hrsg.): Wertpapierhandelsgesetz, 3. Auflage, Köln 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Assmann/Schneider)

Bälz, Henning: Der *Auskunftsanspruch* gemäß § 131 AktG und das Informationsbedürfnis des Aktionärs als Verbandsmitglied und Kapitalanleger, Frankfurt am Main 2001

Balzer, Peter: Discount-Broking im Spannungsfeld zwischen Beratungsausschluß und Verhaltenspflichten nach WpHG, DB 1997, S. 2311 – 2318

Bamberg, Günter / Coenenburg, Adolf Gerhard: Betriebswirtschaftliche *Entscheidungslehre*, München 2004

Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: §§ 1 – 610, München 2003, Band 2: §§ 611 – 1296, München 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bamberger/Roth)

Bankrechts-Handbuch: siehe Schimansky, Herbert u.a.

Bartl, Harald / Fichtelmann, Helmar / Schlarb, Eberhard / Schult, Hans-Jürgen: Heidelberger Kommentar zum GmbH-Recht, 5., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HK-GmbH)

Bar, Christian von: *Internationales Privatrecht*, Zweiter Band, Besonderer Teil, München 1991

Bauer, Hartmut: Subjektive öffentliche Rechte des Staates – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, DVBl 1986, S. 208 – 219

Bauer, Heinrich: Genossenschafts-Handbuch, Loseblattsammlung, Berlin (zitiert: *Bauer*, GenG)

Baumbach, Adolf / Hopt, Klaus J.: Handelsgesetzbuch mit GmbH&Co., Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 30. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München 2000 (zitiert: Baumbach/*Hopt*, HGB)

Baumbach, Adolf / Hueck, Alfred: GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 17., völlig neubearbeitete Auflage, München 2000 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck)

Bayer, Walter: Informationsrechte bei der Verschmelzung von Aktiengesellschaften, AG 1988, S. 323 – 331

–: Kein Abschied vom Minderheitenschutz durch Information – Plädoyer für eine restriktive Anwendung des § 16 Abs. 3 UmwG, ZGR 1995, S. 613 – 625

Beck Bil-Komm: siehe Berger, Axel u.a.

Behn, Michael: Das Wirksamwerden von schriftlichen Willenserklärungen mittels Einschreiben: Zur Bedeutung der Zurücklassung des Benachrichtigungszettels, AcP 178 (1978), S. 505 – 532

Behrens, Gary Alexander: Risikokapitalbeschaffung und Anlegeschutz im Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, Münster 2003

Benkard, Georg (Begründer): Patengesetz, Gebrauchsmustergesetz : Kurzkommentar, 9. Auflage, München 1993 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Benkard)

Berger, Axel / Ellrott, Helmut / Fröschle, Gerhart / Hense, Burkhard (Hrsg.): Beck´scher Bilanz-Kommentar – Handels- und Steuerrecht – §§ 238 – 339 HGB, 5., völlig neubearbeitete Auflage, München 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Beck Bil-Komm)

Bergjan, Ralf: Die Haftung aus culpa in contrahendo beim Letter of Intent nach dem neuen Schudlrecht, ZIP 2004, S. 395 – 401

Beuthien, Volker: *Zweckerreichung* und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969

Beyer, Hans: Der Begriff der Information als Grundlage für die Beurteilung des technischen Charakters von programmbezogen Erfindungen, GRUR 1990, S. 399 – 410

Binz, Mark K. / Freudenberg, Götz / Sorg, Martin H.: Informationsrechte in der GmbH&Co., BB 1991, S. 785 – 791

Bitter, Georg / Meidt, Eva: Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, ZIP 2001, S. 2114 – 2124

Blank, Huber (Hrsg.): Schmidt-Futterer – Kommentar zum Mietrecht, 7., völlig neu bearbeitete Auflage, München 1999 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Futterer)

Bosse, Christian: TransPuG: Änderungen zu den Berichtpflichten des Vorstands und zur Aufsichtsratstätigkeit, DB 2002, S. 1592 – 1595

Breidenbach, Stephan: Die Voraussetzungen von *Informationspflichten* beim Vertragsschluß, München 1989

Breuer, Rüdiger: Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Umweltrecht, NVwZ 1986, S. 171 – 178

Bochumer Kommentar: siehe Wertenbruch, Wilhelm

Borgmann, Brigitte / Haug, Karl H.: *Anwaltshaftung*, 3. Auflage, München 1995

Budde, Wolfgang Dieter: Grundsätze ordnungsgemäßer Rechenschaftslegung, S. 789 – 817, in: Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag, Berlin 1993

Bull, Hans Peter: Die Grundprobleme des *Informationsrechts* – Antrittsvorlesung, Frankfurt (a.M.) 1985

Bunte, Hermann-Josef: *Informationsrechte* in der GmbH und im GmbH-Konzern, Frankfurt (a.M.) 1976

Burdenski, Wolfhart / Maydell, Bernd von / Schellhorn, Walter: Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Neuwied 1981 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Burdenski/v. Maydell/Schellhron)

Burkert, Herbert: Informationszugang als Element einer europäischen Informationsordnung? Gegenwärtige und zukünftige Entwicklungen, S. 113 – 135, in: Lamnek, Siegfried/ Tinnefeld, Marie-Theres (Hrsg.), Globalisierung und informationelle Rechtskultur in Europa – Informationelle Teilhabe und weltweite Solidarität, Baden-Baden 1998

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 499 – 524

Capurro, Rafael: *Information* – Ein Beitrag zur etymologischen und ideengeschichtlichen Begründung des Informationsbegriffs, München 1978

Claussen, Carsten Peter / Bröcker, Norbert: Der Corporate Governance-Kodex aus der Perspektive der kleinen und mittleren Börsen-AG, DB 2002, S. 1199 – 1206

Coenenberg, Adolf Gerhard: *Jahresabschluß* und Jahresabschlußanalyse, 17. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Landsberg/Lech 2000

Corporate Governance: siehe Hommelhoff, Peter u.a.

Crezelius, Georg: Jahresabschlußpublizität bei deutschen Kapitalgesellschaften – Besprechung der Entscheidung EuGH DB 1997, 2598 – »Daihatsu«, ZGR 1999, S. 252 – 263

Dauner-Lieb, Barbara / Heidel, Thomas / Lepa, Manfred / Ring, Gerhard (Hrsg.): Schuldrecht – Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjährungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht, Bonn 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: AnwKomm-SchR)

Dettwiler, Emanuel Max: Informationelle *Gleichbehandlung* der Aktionäre, Dissertation Basel 2002

Deutsch, Erwin: Fahrlässigkeit und erforderliche *Sorgfalt*, 2. Auflage, Köln 1995

Dolle, Detlev: Zur Dogmatik der Verletzung von Dokumentations- und Befundsicherungspflichten, Diss. 1998 (Münster)

Dötsch, Claudio-Alberto / Kellner, Mathias: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Kreditinstitute beim Vertrieb von Aktienanleihen, WM 2001, S. 1994 – 1999

Dreher, Meinrad: Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, JZ 1997, S. 167 – 178

Drexl, Josef: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998

Druey, Jean Nicolas: Verträge auf Informationsleistung, S. 147 – 165, in: Innominatverträge – Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schluep, Zürich 1988

–: *Information* als Gegenstand des Rechts – Entwurf einer Grundlegung, Zürich 1995

–: Der informationelle Ansatz im Gesellschaftsrecht, S. 809 – 829, in: Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002

Ebenroth, Carsten-Thomas: Das *Auskunftsrecht* des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozeß, Bielefeld 1970

–: Die *Kontrollrechte* der GmbH-Gesellschafter, Bielfeld 1971

–: Kritische Bemerkung zur Ausgestaltung der Kontrolle der GmbH-Geschäftsführer im Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes, ZGR 1972, S. 427 – 447

Ebenroth, Carsten-Thomas / Wilken, Oliver: Zum Auskunftsrecht des Aktionärs im Konzern – Zugleich Anmerkung zu LG Berlin, Beschl. v. 24.6.1993 – 93 O 244/92, BB 1993, S. 1827, BB 1993, S. 1818 – 1823

Ebenroth, Carsten-Thomas / Boujong, Karlheinz / Joost, Detlev: Handelsgesetzbuch, Band 1: §§ 1 – 342a, München 2001 (zitiert: *Bearbeiter*, in: E/B/J)

Egloff, Willi Werckmeister, Georg: Kritik und Vorüberlegungen zum Gegenstandsbereich von Informationsrecht, S. 280 – 294, in: Informationsrecht und Informationspolitik, München 1976

Elsing, Siegfried/ Schmidt, Mathias: Individuelle Informationsrechte von Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft, BB 2002, S. 1705 – 1711

Emmerich, Volker: Unlauterer Wettbewerb, S. 627 – 645, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, München 2000

–: Unlauterer Wettbewerb, 6. Auflage, München 2002

–: Das Recht der Leistungsstörungen, 5., völlig neubearbeitete Auflage, München 2003

Engel, Rüdiger: *Akteneinsicht* und das Recht auf Information über umweltbezogene Daten – Die Informationsrichtlinie der EG im Vergleich zur bundesdeutschen Rechtslage, Pfaffenweiler 1993

Eppenberger, Mathias: *Information* des Aktionärs – Auskunft- oder Mitteilungspflicht?, Stuttgart 1990

Erman: siehe Westermann, Harm Peter

Esser, Josef / Schmidt, Eike: Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8., völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1995 (zitiert: *Esser/Schmidt*, Schuldrecht-AT)

Feddersen, Dieter: Neue gesetzliche Anforderungen an den Aufsichtsrat, AG 2000, S. 385 – 396

Feigen, Hanns W. / Livonius, Barbara: Wenn strafrechtliche Ermittlungen drohen – ein Kurzbericht aus der Praxis, ZIP 2004, S. 889 – 891

Fleischer, Holger: Informationspflichten der Geschäftsleiter beim Management Buyout im Schnittfeld von Vertrags-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, AG 2000, S. 309 – 321

–: *Informationsasymmetrie* im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten, München 2001

Flohr, Eckhard: Der Franchiese-Vertrag – Überlegungen vor dem Hintergrund der Apollo-Optik-Entscheidung des BGH, DStR 2004, S. 93 – 97

Flume, Werner: *Allgemeiner Teil* des Bürgerlichen Gesetzbuches – Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 4. unveränderte Auflage, Berlin 1992

Forster, Karl-Heinz: Fragen der Prüfung des Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat; S. 71 – 88, in: Festschrift für Bruno Kropff – Aktien- und Bilanzrecht, Düsseldorf 1997

Fischer-Dieskau, Stefanie: Der Referentenentwurf zum Justizkommunikationsgesetz aus Sicht des Signaturrechts, MMR 2003, S. 701 – 705

Gaigl, Volker: Zum Begriff des Informationsrechts, DSWR 1978, S. 39 – 43

Gasser, Urs: Variationen über »Informationsqualität«, S. 727 – 754, in: Festschrift Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002

Gebauer, Carlos A.: Grenzen der Übermittlung von Patientendaten zwischen Krankenhaus und Krankenkasse, NJW 2003, S. 777 – 780

Geßler, Ernst: Probleme der GmbH-Rechtsreform, GmbHR 1966, S. 102 – 112

Geßler, Ernst / Hefermehl, Wolfgang / Eckardt, Ulrich / Kropff, Bruno: Kommentar zum Aktiengesetz, Band II: §§ 76 – 147, München 1974; Band III: §§ 148 – 178, München 1973 (zitiert: *Bearbeiter*, in: G/H/E/K)

Gitt, Werner: Information – die dritte Grundgröße neben Materie und Energie, Siemens-Zeitschrift 4/1989, S. 4 – 9

Goerdeler, Reinhard: Die Zuziehung von Sachverständigen bei der Einsicht in die Bücher, S. 125 – 138, in: Festschrift Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985, Berlin 1985

–: Das allgemeine Informationsrecht des Kommanditisten in bezug auf den Jahresabschluß, S. 77 – 89, in: Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag am 29. November 1990, Berlin 1991

Götz, Heinrich: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats nach dem Transparenz- und Publizitätsgesetz, NZG 2002, S. 599 – 604

Greger, Reinhard: Zwischen Mediation und Inquisition – Neue Wege der Informationsbeschaffung im Zivilprozeß, DStR 2005, S. 479 – 484

Grigoleit, Hans Christoph: Vorvertragliche *Informationshaftung* – Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken –, München 1997

GroßKomm–AktG: siehe Hopt, Klaus J. u.a.

GroßKomm–UWG: siehe Jacobs, Rainer u.a.

Groß, Wolfgang: Vorbereitung und Durchführung von Hauptversammlungsbeschlüssen zu Erwerb und Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen, AG 1996, S. 111 – 119

–: Informations- und Auskunftsrechte des Aktionärs, AG 1997, S. 97 – 107

Großfeld, Bernhard / Möhlenkamp, Andreas: Zum Auskunftsrecht des Aktionärs – Eine Besprechung des »Allianz«-Beschlusses des Kammergerichts vom 30. Juni 1994, ZIP 1994, 1227, ZIP 1994, S. 1425 – 1428

Gruber, Urs Peter / Kießling, Erik: Die Vorlagepflicht der §§ 142 ff ZPO nach der Reform 2002 – Elemente der »discovery« im neuen deutschen Verfahrensrecht?, ZPP 116 (2003), S. 305 – 333

Grundmann, Stefan: Der *Treuhandvertrag* – insbesondere der werbenden Treuhand, München 1997

Grunewald, Barbara: Einsichts- und Auskunftsrecht des GmbH-Gesellschafters nach neuem Recht, ZHR 146 (1982), S. 211 – 237

–: Informationsrecht in der GmbH & Co. KG – Besprechung der Entscheidung BGH WM 1988, 1447, ZGR 1989, S. 545 – 553

–: Gesellschaftsrecht, 6., vollständig überarbeitete Auflage, Tübingen 2005

*Günther, Gotthar*d: Das Bewußtsein der *Maschinen* – Eine Metaphysik der Kybernetik, Baden-Baden 1963

Hachenburg: siehe Ulmer, Peter

Hadding, Walther: Zur Abgrenzung von Unterrichtung, Aufklärung, Auskunft, Beratung und Empfehlung als Inhalt bankrechtlicher Pflichten, S. 67 – 81, in: Festschrift für Herbert Schimansky, Köln 1999

Haesen, Wilfried: Der *Abhängigkeitsbericht* im faktischen Konzern, Köln 1970

Hahn, Volker: Das Informationsrecht des Kommanditisten, BB 1997, S. 741 – 745

Hartley, R.L.V.: Transmission of Information, Bell System Technical Journal 1928, S. 535 – 563

Hartmann, Christian: Die unterlassene *Mitwirkung des Gläubigers* – Ein Beitrag zum Recht der Leistungsstörungen, Berlin 1997

Hauser, Marc Thomas: Informationsbeschaffung als Rechtsproblem, Zürich 1976

Heeb, Gunther: *Börsentermingeschäftsfähigkeit* und Aufklärungspflichten nach der Börsengesetznovelle, Stuttgart 1993

Heidel, Thomas (Hrsg.): Anwaltskommentar zum Aktienrecht, Bonn 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: AnwKomm-AktG)

Heidelberger Kommentar: siehe Bartl, Harald u.a.

Heinsius, Theodor: Anlageberatung durch Kreditinstitute, ZHR 145 (1981), S. 177 – 203

Helm, Horst: Der Abschied vom »verständigen« Verbraucher, WRP 2005, S. 931 – 940

Hense, Burkhard: Der Prüfungsbericht hat zu viele Empfänger – auch ein Beitrag zur besseren Zusammenarbeit von Aufsichtsrat und Abschlußprüfer, S. 287 – 311, in: Rechenschaftslegung im Wandel – Festschrift für Wolfgang Dieter Budde, München 1995

Henssler, Martin: Anlegerschutz durch Information, ZHR 153 (1989), S. 611 – 642

Henß, Olaf: *Obliegenheit* und Pflicht im Bürgerlichen Recht, Frankfurt a.M. 1988

Henze, Hartwig: *Aktienrecht* – Höchstrichterliche Rechtsprechung, 5., neubearbeitete Auflage, Köln 2002

Heppe, Hansjörg: Nach dem Vertrauensverlust – Ist es an der Zeit, die Dritthaftung deutscher Abschlußprüfer zu verschärfen?, WM 2003, S. 714 – 724 (Teil I)

Hinne, Dirk: Das Einsichtsrecht in Patientenakten, NJW 2005, S. 2270 – 2273

Hirte, Heribert: Die Ausübung der Informationsrechte von Gesellschaftern durch Sachverständige, BB 1985, S. 2208 – 2210

–: Berufshaftung, München 1996

–: Die Ad-hoc-Publizität im System des Aktien- und Börsenrechts, S. 47 – 93, in: Das Zweite Finanzmarktförderungsgesetz in der praktischen Umsetzung, Bankrechtstag 1995, Berlin 1996

–: Informationsmängel und Spruchverfahren, ZHR 167 (2003), S. 8 – 34

–: Kapitalgesellschaftsrecht, 4., neubearbeitete Auflage, Köln 2003

–: Entscheidung über die Zustimmung zur Übertragung von vinkulierten Namensaktien: Kompetenzverlagerung auf die Hauptversammlung und Einbindung des Aufsichtsrats, S. 217 – 227, in: Festschrift für Helmut Kollhosser, Band II Zivilrecht, Karlsruhe 2004

–: Die Ausübung der Informationsrechte von Gesellschaftern durch Sachverständige, S. 217 – 233, in: Festschrift für Volker Röhricht, Köln 2005

Hirte, Heribert (Hrsg.): Das Transparenz- und Publizitätsgesetz, München 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Transparenz- und Publizitätsgesetz)

Hirte, Heribert / Bülow, Christoph von (Hrsg.): Kölner Kommentar zum WpÜG mit AngebVO und §§ 327a – 327 f AktG, Köln 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: KölnKomm-WpüG)

HK-UIG: siehe Schomerus, Thomas u.a.

Hoeren, Thomas: Information als Gegenstand des Rechtsverkehrs – fragmentarische Überlegungen zur Zukunft der Mediengesetzgebung, S. 144 – 155, in: Lamnek, Siegfried/ Tinnefeld, Marie-Theres (Hrsg.), Globalisierung und informationelle Rechtskultur in Europa – Informationelle Teilhabe und weltweite Solidarität, Baden-Baden 1998

Hoffmann-Becking, Michael: Das erweiterte Auskunftsrecht des Aktionärs nach § 131 Abs. 4 AktG, S. 155 – 170, in: Festschrift für Heinz Rowedder zum 75. Geburtstag, München 1994

Hofkirchner, Wolfgang (Hrsg.): The quest for a unified theory of information, Amsterdam 1999

Hommelhoff, Peter: Die Autarkie des Aufsichtsrats – Besprechung der Entscheidung BGHZ 85, 293 »Hertie«, ZGR 1983, S. 551 – 580

–: Jahresabschluß und Gesellschafterinformation in der GmbH, ZIP 1983, S. 383 – 392

–: Anlegerinformationen im Aktien-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2000, S. 748 – 775

Hommelhoff, Peter / Mattheus, Daniela: Corporate Governance nach dem KonTraG, AG 1998, S. 249 – 259

Hommelhoff, Peter / Lutter, Marcus / Schmidt, Karsten / Schön, Wolfgang / Ulmer, Peter (Hrsg.): Corporate Governance – Gemeinschaftssymposium der Zeitschriften ZHR/ZGR, Beiheft der ZHR , Heft 71 (2002) (zitiert: *Bearbeiter*, in: Corporate Governance)

Honsell, Heinrich / Vogt, Nedin Peter / Walter, Rolf (Hrsg.): Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht II, Band X: Art. 530 – 1186 OR, Basel 1994 (zitiert: *Bearbeiter*, in: OR)

Horn, Norbert: Börsentermingeschäfte nach neuem Recht, ZIP 1990, S. 1 – 18

–: Die Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, ZBB 1997, S. 139 – 152

Hopt, Klaus J.: Kapitalmarkrecht (mit Prospekthaftung) in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, S. 497 – 550, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, München 2000

Hopt, Klaus J. / Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Großkommentar zum Aktiengesetz, Band I/2: §§ 76 – 147, Berlin 1973; 14. Lieferung: §§ 118 – 120, 2.

Auflage, Berlin 1999; 16. Lieferung: §§ 131 – 132, 2. Auflage, Berlin 2001; 3. Lieferung: §§ 148 – 178, 2. Auflage, Berlin 1993 (zitiert: *Bearbeiter*, in: GroßKomm-AktG)

Huber, Ulrich: Das Auskunftsrecht des Kommanditisten, ZGR 1982, S. 539 – 551

Hüffer, Uwe: *Leistungsstörungen* durch Gläubigerhandlungen, Berlin 1976

–: Minderheitsbeteiligung als Gegenstand aktienrechtlicher Auskunftsbegehren, ZIP 1996, S. 401 – 411

–: Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, München 2002 (zitiert: *Hüffer*, AktG)

Hulle, van Karel: »True and Fair View« , im Sinne der 4. Richtlinie, S. 313 – 326, in: Rechenschaftslegung im Wandel – Festschrift für Wolfgang Dieter Budde, München 1995

Hütten, Christoph: Der *Geschäftsbericht* als Informationsinstrument – Rechtsgrundlagen – Funktionen – Optimierungsmöglichkeiten, Düsseldorf 2000

HVR I: siehe Küstner, Wolfram u.a.

Icking, Jan: Die Rechtsnatur des *Handelsbilanzrechts* – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von öffentlichem und privaten Recht, Berlin 2000

Ikels, Dirk: Die *Rechnungslegung* gem. § 259 Abs. 1 BGB, Diss. 1976 (Hamburg)

Immenga, Ulrich: Die personalistische *Kapitalgesellschaft* – Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH-Recht und der Recht der Corporations in der Vereinigten Staaten, Bad Homburg v.d.H. 1970

Ivens, Michael: Informationsverweigerung gem. § 51a Abs. 2 GmbHG gegenüber Konkurrenzgesellschaftern, GmbHR 1989, S. 273 – 278

Jacobs, Rainer / Lindacher, Walter F. / Teplitzky, Otto (Hrsg.): UWG – Großkommentar; 2. Lieferung: §§ 2 – 6e, Berlin 1992; 3. Lieferung: §§ 16 – 24, Berlin 1991 (zitiert: *Bearbeiter*, in: GroßKomm-UWG)

Jähnke, Burkhard / Laufhütte, H.W. / Odersky, W. (Hrsg.): Leipziger Kommentar: Großkommentar zum Strafgesetzbuch; 35. Lieferung: §§ 201 – 206, 11., neubearbeitete Auflage, Berlin 2001 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Leipziger Kommentar)

Jäger, Christian: Informationsschutz im Wirtschaftsrecht, JZ 2003, S. 1048 – 1053

Jhering, Rudolf von: Der Zweck im Recht, Band I, Leipzig 1877

Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3: §§ 185-262, München 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm-StGB)

John, Uwe: Grundsätzliches zum Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen, AcP 184 (1984), S. 385 – 412

Joussen, Peter: Der Auskunftsanspruch des Aktionärs, AG 2000, S. 241 – 257

Kajüter, Peter: Der Lagebericht als Instrument einer kapitalmarktorientierten Rechnungslegung – Umfassende Reformen nach dem Entwurf zum BilReG und E-DRS 20, DB 2004, S. 197 – 203

Kasperzak, Rainer: *Publizität* und Unternehmensnetzwerke – Grundlagen und Gestaltungsmöglichkeiten, Bielefeld 2003

Katzenmeier, Christian: Arzthaftung, Tübingen 2002

Keilholz, Kurt: Die mißlungene Harmonisierung des Verbots der irreführenden Werbung in der EG und ihre Konsequenzen für die deutsche Rechtsprechung, GRUR Int. 1987, S. 390 – 394

Kersting, Christian: Auswirkungen des Sarbanes-Oxley-Gesetzes in Deutschland. Können deutsche Unternehmen das Gesetz befolgen?, ZIP 2003, S. 233 – 242

Kind, Sandra: Die Grenzen des *Verbraucherschutzes durch Information* – aufgezeigt am Teilzeitwohnrechtegesetz, Berlin 1998

Kindl, Johann: Die Teilnahme an der *Aufsichtsratsitzung*, Köln 1993

Kisseler, Marcel: Das deutsche Wettbewerbsrecht im Binnenmarkt, WRP 1994, S. 1 – 15

Klaus, Georg: *Kybernetik* in philosophischer Sicht, 3., überarbeitete Auflage, Berlin 1963

Kleindiek, Detlef: Geschäftsleitertätigkeit und Geschäftsleitungskontrolle: Treuhänderische Vermögensverwaltung und Rechnungslegung, ZGR 1998, S. 466 – 489

Kleinschmidt, Martin: Das *Informationsmodell* bei Börsentermingeschäften, Berlin 1992

Klees, Edgar: *La Demeure* – Eine rechtsvergleichende Studie zum Vertragsrecht, Diss. 1968 (Münster)

Klingler, Joachim: *Aufklärungspflichten* im Vertragsrecht – Hypothese zur ihrer richterlichen Instrumentalisierung, Düsseldorf 1981

Kloepfer, Michael: Informationsrecht, München 2002

Knack, Hans Joachim (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) – Kommentar, 8., neubearbeitete Auflage, Köln 2004 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Knack)

Knigge, Dagmar: Änderungen des Aktienrechts durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz, WM 2002, S. 1729 – 1737

Knorn, Dietrich: Kosten der Abrechnungs- und Auskunftspflicht des Unternehmers gegenüber dem Handelsvertreter, BB 1972, S. 989 – 990

Köhler, Helmut: Arbeitsleistung als »Aufwendung«?, JZ 1985, S. 359 – 365

–: Der Schadensersatz-, Bereicherungs- und Auskunftsanspruch im Wettbewerbsrecht, NJW 1992, S. 1477 – 1482

–. Der Anwendungsbereich der §§ 1 und 3 UWG nach Aufhebung von RabattG und ZugabeVO, GRUR 2001, S. 1067 – 1079

Köhler, Helmut / Piper, Henning: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – mit Zugabeverordnung, Rabatgesetz und Preisangabenverordnung, 3. Auflage, München 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Köhler/Piper)

KölnKomm-AktG: siehe Hopt, Klaus J. u.a.

KölnKomm-WpÜG: siehe Hirte, Heribert u.a.

Koller, Ingo: Informationsobliegenheiten bei Börsentermingeschäften, BB 1990, S. 2202 – 2209

Koller, Ingo / Roth, Wulf-Henning / Morck, Winfried: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, München 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Koller/Roth/Morck)

Kopp, Ferdinand/Ramsauer, Ulrich: Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 9., vollständig überarbeitete Auflage, München 2005 (zitiert: *Kopp/Ramsauer*, VwVfG)

Kornwachs, Klaus: *Information* und Kommunikation – Zur menschengerechten Technikgestaltung, Berlin 1993

Kort, Michael: Das Informationsrecht des Gesellschafters der Konzernobergesellschaft, ZGR 1987, S. 46 – 75

Kraak, Bernhard: Der riskante Weg von der *Information* zum Wissen – Über dogmatische und konformistische Urteilsbildung, Göttingen 1991

Kraft, Astrid: Das *Bild des Verbrauchers* im deutschen Wettbewerbsrecht unter dem Einfluß des europäischen Verbraucherschutzrechtes, Bremen 1999

Krämer, Robert / Theiß, Simone: Delisting nach der Macrotron-Entscheidung des BGH, AG 2003, S. 225 – 242

Kraßer, Rudolf: Grundlagen des zivilrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie von Konw-how, GRUR 1977, S. 177 – 196

Kropff, Bruno: Aktiengesetz, Düsseldorf 1965 (zitiert: *Kropff*, Aktiengesetz 1965)

–: Zur Information des Aufsichtsrats über das interne Überwachungssystem, NZG 2003, S. 346 – 350

Krug, Andreas: Das Auskunfts- und Einsichtsrecht des Kommanditisten, Diss. 1991 (Mannheim)

Kube, Hanno: Die Zugänge der Informationsgesellschaft und der Gegenstandsbezug des Rechts – Eigentumsschutz, Urheberrecht, Steuerrechtfertigung, JZ 2001, S. 944 – 951

Kubis, Dietmar: Die »formunwirksame« schriftliche Auskunftserteilung nach § 131 AktG, S. 171 – 189, in: Festschrift für Bruno Kropff, Düsseldorf 1997

Kuhn, Matthias: *Rechtshandlungen* mittels EDV und Telekommunikation – Zurechenbarkeit und Haftung, München 1991

Kümpel, Siegfried: Die allgemeinen Verhaltensregeln des Wertpapierhandelsgesetzes, WM 1995, S. 689 – 694

Küppers, Bernd-Olaf: Der Ursprung biologischer *Information* – Zur Naturphilosophie der Lebensentstehung, München 1986

Küstner, Wolfram / v. Manteuffel, Kurt / Meeser, Joachim: Handbuch des gesamten Außendienstrechts, Band 1: Das Recht des Handelsvertreters (ohne Ausgleichsrecht), 3. Auflage, Heidelberg 2000 (zitiert: *Bearbeiter*, HVR I)

Lackner, Karl / Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 25., neubearbeitete Auflage, München 2004 (zitiert: Lackner/*Kühl*, StGB)

Lamnek, Siegfried / Tinnefeld, Marie-Theres (Hrsg.): Globalisierung und informationelle Rechtskultur in Europa – Informationelle Teilhabe und weltweite Solidarität, Baden-Baden 1998, 1. Auflage (zitiert: *Bearbeiter*, in: Globalisierung und Rechtskultur)

Lang, Volker: *Informationspflichten* bei Wertpapierdienstleistungen – Rechtliche Grundlagen, Typenspezifische Anforderungen, Haftung, München 2003

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil, 14., neubearbeitete Auflage, München 1987 (zitiert: *Larenz*, Schuldrecht-AT)

Larenz, Karl / Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8., neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 1997 (zitiert: *Larenz/Wolf*, BGB-AT)

Laufs, Adolf: Arztrecht, 5. Auflage, München 1993

Laufs, Adolf / Uhlenbruck, Wilhelm: Handbuch des Arztrechts, 3. Auflage, München 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Laufs/Uhlenbruch)

Leipziger Kommentar: Siehe Jähnke, Burkhard u.a.

Lieder, Jan: Das unabhängige Aufsichtsratsmitglied – Zu den Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex, NZG 2005, S. 569 – 574

Loritz, Karl-Georg: Aufklärungs- und Informationsbeschaffungspflichten über Presseberichte beim Vertrieb von Kapitalanlagen, NZG 2002, S. 889 – 898

Lüderitz, Hagen: Effizienz als Maßstab für die Größe des Aufsichtsrats, S. 113 – 123, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin 1990

Lüke, Gerhard: Der Informationsanspruch im Zivilrecht, JuS 1986, S. 2 – 7

Lüke, Gerhard / Wax, Peter (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band I: §§ 1 – 354, 2. Auflage, München 2000; Band II: §§ 355 – 802, 2. Auflage, München 2000; Band III: §§ 803 – 1066, 2. Auflage, München 2001 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm-ZPO)

Lutter, Marcus: Theorie der Mitgliedschaft – Prolegomena zu einem Allgemeinen Teil des Korporationsrechts, AcP 180 (1980), S. 85 – 159

–: Informationsrechte des GmbH-Gesellschafters, ZGR 1982, S. 1 – 14

–: *Information* und Vertraulichkeit im Aufsichtsrat, 2. Auflage, Köln 1984

Lutter, Marcus (Hrsg.): Umwandlungsgesetz – Kommentar, Band I: §§ 1 – 151, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Lutter-UmwG)

Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter: GmbH-Gesetz Kommentar, 16. Auflage, Köln 2004 (zitiert: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG)

Lutter, Marcus / Krieger, Gerd: Hilfspersonen von Aufsichtsratsmitgliedern, DB 1995, S. 257 – 260

–: Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 4. völlig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2002

Lutterbeck, Bernd: *Informationelle Probleme* parlamentarischer Beteiligung an Planungsprozessen S. 164 – 178, in: Informationsrecht und Informationspolitik, München 1976

Lyre, Holger: Quantentheorie der *Information* – Mit einem Geleitwort von C.F. v. Weizsäcker, Wien 1998

Mankowski, Peter: Verbraucherschutzrechtliche Widerrufsbelehrung und Sprachrisiko, VuR 2001, S. 359 – 370

Mansel, Heinz-Peter: Immaterialität, Ubiquität und Paradoxität der Information, S. 485 – 501, in: Wege zur Globalisierung des Rechts – Festschrift für Schütze zum 65. Geburtstag, München 1999

Martens, Klaus-Peter: Die Reform der aktienrechtlichen Hauptversammlung, AG 2004, S. 238 – 245

Marx, Susanne: Die Unabhängigkeit des Abschlußprüfers – Herausforderungen des Full-Service-Konzepts moderner Wirtschaftsprüfungsgesellschaften für Standardsetter und Praxis, ZGR 2002, S. 292 – 319

Maser, Siegfried: Grundlagen der allgemeinen *Kommunikationstheorie* – Eine Einführung in ihre Grundbegriffe und Methoden (mit Übungen), Stuttgart 1971

Mastronardi, Philippe: Recht als Gegenstand der Information, S. 833 – 851, in: Festschrift Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002

Masuch, Georg: Zur Informationstheorie, S. 10 – 18, in: Niemann, Ulrich (Hrsg.), Information und Informationsträger, Wuppertal 1994

Mattheus, Daniela: Die gewandelte Rolle des Wirtschaftsprüfers als Partner des Aufsichtsrats nach dem KonTraG, ZGR 1999, S. 682 – 714

Maunz, Theodor / Düring, Günter und anderer (Hrsg.): Grundgesetzkommentar, Loseblattsammlung, Band II: Art. 12 – 20, München, Stand: Februar 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Maunz/Düring)

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Auflage, München 1999

Medicus, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 7., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1997

Meilicke, Heinz / Heidel, Thomas: Das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung, DStR 1992, S. 72 – 75 (Teil I), DStR 1992, S. 113 – 118 (Teil II)

Merkt, Hanno: Unternehmenspublizität, Tübingen 2001

–: European Company Law Reform: Struggling for a More Liberal Approach, ECFR 2004, S. 3 – 35

Merten, Klaus: *Kommunikation* – Eine Begriffs- und Prozeßanalyse, Opladen 1977

Mertens, Hans-Joachim: § 51a Abs. 1 GmbHG und die kapitalistisch strukturierte GmbH, S. 557 – 572, in: Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984, Berlin 1984

Meyer, Alfred Hagen: Das Verbraucherbild des Europäischen Gerichtshofs – Abkehr vom »flüchtigen Verbraucher«, WRP 1993, S. 215 – 224

Michalski, Lutz (Hrsg.): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Band I: §§ 1 – 34, München 2002; Band II: §§ 35 – 86, München 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Michalski)

Mock, Sebastian: Die Verschwiegenheitspflicht des Abschlußprüfers und Interessenkonflikte, DB 2003, S. 1996 – 2002

Möllers, Thomas, M.J.: Anlegerschutz durch Aktien- und Kapitalmarktrecht – Harmonisierungsmöglichkeiten nach geltendem und künftigem Recht, ZGR 1997, S. 334 – 367

Mrozynski, Peter: Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil, 2., vollständig neubearbeitet Auflage, München 1995 (zitiert: *Mrozynski*, SGB-I)

Mülbert, Peter O.: *Aktiengesellschaft*, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt – Die Aktionärsrechte bei Bildung und Umbildung einer Unternehmensgruppe zwischen Verbands- und Anlegerschutzrecht, München 1996

Müller, Jörg: Aktienanleihe: Einordnung als Termingeschäft und Erfordernis schriftlicher Aufklärung? – Zugleich eine Besprechung zu KG, Urt. v. 16.5.2001 – 29 U 7237/00, ZBB 2001, S. 363 – 377

Müller, Klaus: Schranken des Informationsrechts nach § 51a GmbHG, GmbHR 1987, S. 87 – 94

–: Kommentar zum Gesetzt betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft; Dritter Band: §§ 43 – 64c, Bielefeld 1998 (zitiert: *Müller*, GenG)

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2: KG und Stille Gesellschaft, München 1991, Riegger, Bodo/ Weipert, Lutz (Hrsg.); Band 4: AG, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, München 1999, Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.) (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchHdb. GesR Band)

MünchKomm-BGB: siehe Rebmann, Kurt u.a.

MünchKomm-HGB: siehe Schmidt, Karsten

MünchKomm-StGB: siehe Joecks, Wolfgang u.a.

MünchKomm-ZPO: siehe Lüke, Gerhard u.a.

Musielak, Hans-Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 4., neubearbeitete Auflage, München 2005 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Musielak)

Mutter, Stefan: *Auskunftsansprüche* des Aktionärs in der HV – Die Spruchpraxis von A – Z, Köln 2002

Mutter, Stefan / Gayk, Thorsten: Wie die Verbesserung der Aufsichtsarbeit – wider jede Vernunft – die Haftung verschärft, ZIP 2003, S. 1773 – 1776

Nitschke, Manfred: Die körperschaftlich strukturierte *Personengesellschaft*, Bielefeld 1970

OR: siehe Honsell, Heinrich u.a.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 64., neubearbeitete Auflage, München 2005 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Palandt)

Pamperien, Jörg: Die *Auskunftspflicht* des Werkunternehmers über ersparte Aufwendungen gemäß § 649 Satz 2 BGB – Unter Berücksichtigung der gewerblichen Geheimsphäre und verfassungsrechtlicher Vorgaben, Hamburg 2000

Peltzer, Martin: Handlungsbedarf in Sachen Corporate Governance, NZG 2002, S. 593 – 599

–: Corporate Governance Codices als zusätzliche Pflichtenbestimmung für den Aufsichtsrat, NZG 2002, S. 10 – 16

Pleyer, Klemens / Schaudwet, Manfred: Die Verlesung von Urkunden als Gegenstand des Auskunftsanspruchs, GmbHR 1967, S. 250 – 254

Raiser, Thomas: Recht der Kapitalgesellschaften, 3., neubearbeitete Auflage, München 2001

Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: §§ 1 – 240, 4. Auflage, München 2001; Band 2a: §§ 241 – 432, 4. Auflage, München 2003; Band 5: §§ 705 – 853, 3. Auflage, München 1997 (zitiert: *Bearbeiter*, in: MünchKomm-BGB)

Reich, Norbert: Schuldrechtliche Informationspflichten gegenüber Endverbrauchern, NJW 1978, S. 513 – 519

Reisinger, Leo: Rechtsinformatik, Berlin 1977

Reuthal, Klaus-Peter: Verstößt das deutsche Irreführungsverbot gegen Art. 30 EGV?, WRP 1997, S. 1154 – 1161

RGRK: Das Bürgerliche Gesetzbuch: mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes; hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, Band II, 4. Teil: §§ 631 – 811, 12., neubearbeitete Auflage, Berlin 1978 (zitiert: *Bearbeiter*, in: RGRK)

Richrath, Jochen: Aufklärungs- und Beratungspflichten – Grundlagen und Grenzen, WM 2004, S. 653 – 661

Rinsche, Franz-Josef: Die *Haftung* des Rechtsanwalts und Notars, 6., erneuerte Auflage, Köln 1998

Roitzsch, Frank: *Minderheitenschutz* im Verbandsrecht, Königstein/Ts. 1981

Röhl, Klaus F.: Allgemeine *Rechtslehre* – Ein Lehrbuch, 2. Auflage, Köln 2001

Röhricht, Volker: Von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, ZGR 1999, S. 445 – 478

Röhricht, Volker / Graf von Westphalen, Friedrich (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, Köln 2001 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Röhricht/Graf von Westphalen)

Roßnagel, Alexander / Fischer-Dieskau, Stefanie / Pordesch, Ulrich / Brander, Ralf: Erneuerung elektronischer Signaturen – Grundfragen der Archivierung elektronischer Dokumente, CR 2003, S. 301 – 306

Roth, Günter H. / Altmeppen, Holger: Kommentar zum GmbHG, 4. Auflage, München 2003 (zitiert: *Roth/Altmeppen*, GmbHG)

Roth, Gregor / Groß, Marko: Pflichtangaben auf Geschäftsbrief und Bestellschein im Internet, K&R 2002, S. 127 – 135

Roth, Markus: Möglichkeiten vorstandsunabhängiger Information des Aufsichtsrats, AG 2004 S. 1 – 13

Rowedder, Heinz / Schmidt-Leithoff, Christian (Hrsg.): Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 4. Auflage, München 2002, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff)

Rürup, Lebrecht: Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts durch Aufsichtsrat und Abschlußprüfer, S. 543 – 560, in: Rechenschaftslegung im Wandel – Festschrift für Wolfgang Dieter Budde, München 1995

Rüthers, Bernd: Rechtstheorie, München 1999

Sayatz, Andre / Wolff, Alexander: Neuregelungen beim Betriebsübergang nach § 613a BGB – Unterrichtungspflicht und Widerspruchsrecht, DStR 2002, S. 2039 –2046

Säcker, Franz Jürgen: Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, AG 2004, S. 180 – 186

Saenger, Ingo: Beteiligung Dritter bei *Beschlußfassung und Kontrolle* im Gesellschaftsrecht, Berlin 1990

–: Zum Auskunftsanspruch des Aktionärs über Minderheitsbeteiligungen, DB 1997, S. 145 – 151

Schaaf, Andreas: Die Praxis der *Hauptversammlung*, 2., wesentlich erweiterte Auflage, Köln 1999

Schäfer; Sebastian: Das Recht des Aktionärs auf *Auskunft über Beteiligungen*, Lohmar 1999

Schäfer, Frank A.: Novellierung des Börsengesetzes, ZIP 1989, S. 1103 – 1108

Schießl, Maximilian: Die Informationsrechte der Personenhandelsgesellschafter im Lichte der GmbH-Novelle 1980, GmbHR 1985, S. 109 – 112

Scheffler, Eberhard: Der Aufsichtsrat – nützlich oder überflüssig?, ZGR 1993, S. 63 – 76

Schenck, Kersten von: Die laufende Information des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft durch den Vorstand, NZG 2002, S. 64 – 68

Schimansky, Herbert / Bunte, Herman-Josef / Lwowski, Hans-Jürgen (Hrsg.): Bankrechts-Handbuch, Band I, München 1997 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bankrechts-Handbuch – Band)

Schindler, Darius Oliver / Witzel, David: Bedarf es einer neuen gesetzlichen Regelung des Anfechtungsrechts zur Bekämpfung räuberischer Aktionäre? – Stellungnahme zu den Empfehlungen der wirtschaftlichen Abteilung des 63. DJT, NZG 2001, S. 577 – 584

Schlegelberger, Franz (Hrsg.): Schlegelberger – Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band II: §§ 48 – 104, 5., neubearbeitete Auflage, München 1973; Band III/1. Halbband: §§ 105 – 160, 5., neubearbeitete Auflage, München 1992; Band II, 5. Auflage; Band III/2. Halbband: §§ 161 – 177a §§ 335 – 342 (§§ 230 – 237 n.F.), 5., neubearbeitete Auflage, München 1986 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schlegelberger)

Schlosser, Peter: Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 11.6.1990, JZ 1991, S. 599 – 608

Schmelz, Christoph: Quo vadis deutsches Verbraucherbild? – Analyse des Urteils des OLG Köln zum Powershopping, DStR 2002, S. 1498 – 1499

Schmidt-Futterer: siehe Blank, Huber

Schmidt, Karsten: Das neue Auskunfts- und Einsichtsrecht des GmbH-Gesellschafters, S. 87 –118, in: Das neue GmbH-Recht in der Diskussion, Köln 1981

–: *Informationsrechte* in Gesellschaften und Verbänden, Heidelberg 1984

–: Die Dogmatik des Informationsrechts als Grundlage der Konkretisierung des § 51a GmbHG. Eine Skizze über Verständnis und Mißverständnis der »funktionalen Betrachtung« und der Lehre vom Informationsbedürfnis, S. 389 – 401, in: Festschrift für Alfred Kellermann zum 70. Geburtstag am 29. November 1990, Berlin 1991

–: Die Information des Gesellschafters, S. 559 – 586, in: Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992

–: Handelsrecht, 5., völlig neu bearbeitete Auflage, München 1999

–: Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, München 2002

–: Handelsregisterpublizität und Kommanditistenhaftung – Probleme der neu gefassten §§ 162, 175 Satz 2 HGB als Zukunftsfrage des § 15 HGB, ZIP 2002, S. 413 – 420

Schmidt, Karsten (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1: §§ 1 – 104, München 1996; Band 3: §§ 161 – 237, München 2002; Band 4: §§ 238 – 342a, München 2001 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Münch-Komm-HGB)

Schmidt, Reimer: Die *Obliegenheiten* – Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts, Karlsruhe 1953

Schmidt, Stefan: Neue Anforderungen an die Unabhängigkeit des Abschlußprüfers: SEC-Verordnungen im Vergleich mit den Empfehlungen der EU-Kommission und den Plänen der Bundesregierung, BB 2003, S. 779 – 786

Schmitz, Gertrud: *Marketing* für professionelle Dienstleistungen, Wiesbaden 1997

Schneider, Uwe H.: Der Auskunftsanspruch des Aktionärs im Konzern – Ein Beitrag zum Konzernverfassungsrecht –, S. 1193 – 1205, in: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000

Schockenhoff, Martin: Informationsrechte der HV bei der Veräußerung eines Tochterunternehmens – Zugleich eine Besprechung der Altana/Milupa-Entscheidung des BGH, NZG 2001, S. 921 – 926

Scholz, Franz (Hrsg.): Kommentar zum GmbH-Gesetz – mit Anhang zum Konzernrecht, Band II: §§ 45 – 85, 9. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Scholz)

Schomerus, Thomas / Schrader, Christian/ Wegener, Bernhard W.: Umweltinformationsgesetz – Handkommentar, 2. Auflage, Baden Baden 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: HK-UIG)

Schrödermeier, Martin: Nachforschungspflichten einer Bank als Vermögensverwalterin zur Person ihres Kunden, WM 1995, S. 2053 – 2059

Schulz, Arno: *Informatik* für Anwender – Zum Gebrauch neben Vorlesung und zum Selbststudium, Berlin 1973

Schuschke, Winfried / Walker, Wolf-Dietrich: Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz – Kommentar zum Achten Buch der ZPO, Band 1: §§ 704 – 915h, 3., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Schuschke/Walker)

Schwark, Eberhard: Spekulation - Markt - Recht – Zur Neuregelung der Börsentermingeschäfte, S. 473 – 494, in: Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13.3.1990, Berlin 1990

–: Börsenrecht, S. 455 – 496, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, München 2000

Seibert, Ulrich / Schütz, Carsten: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts – U-MAG, ZIP 2004, S. 252 – 258

Seiffert, Helmut: *Information* über die Information – Verständigung im Alltag – Nachrichtentechnik – Wissenschaftliches Verstehen – Informationssoziologie – Das Wissen des Gelehrten, 3., unveränderte Auflage, München 1971

Semler, Johannes: Ausschüsse des Aufsichtsrats, AG 1988, S. 60 – 97

Semler, Johannes (Hrsg.): Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, München 1999 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder)

Shannon, Claude E. / Weaver, Warren: Mathematische Grundlagen der *Informationstheorie*, München 1976

Sieber, Ulrich: Informationsrecht und Recht der Informationstechnik, NJW 1989, S. 2569 – 2580

Sigel, Peter: Die *Informationsrechte* der Gesellschafter einer GmbH & CO. KG – Zugleich eine Betrachtung der Systematik der Informationsrechte im Gesellschaftsrecht, Diss. 1991 (Augsburg)

Silbermann, Linda J. / Stein, Allan R.: *Civil Procedure*: Theory and Practice, New York 2001

Soergel, Hans Thomas (Begründer): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: §§ 104 – 240, 13. Auflage, Stuttgart 1999; Band 2: §§ 241 – 432, 12. Auflage, Stuttgart 1990; Band 4/2: §§ 651a – 704, 12. Auflage, Stuttgart 1999; Band 21: §§ 1922 – 2063, 13. Auflage, Stuttgart 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Soergel)

Spitze, Peter Alexander / Diekmann, Hans: Verbundene Unternehmen als Gegenstand des Interesses von Aktionären – Inhalt des Auskunftsanspruchs nach § 131 Abs. 1 Satz 1 und 2 AktG, ZHR 158 (1994), S. 447 – 472

Stafflage, Axel: Die *Anlageberatung* der Bank – Das Kreditinstitut im Spannungsverhältnis zwischen Informationspflicht und Insiderhandelsverbot, Berlin 1996

Staub, Hermann (Begründer): Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1: §§ 1 – 104, 4. Auflage, Berlin 1995, 19. Lieferung: §§ 114 – 122, 4. Auflage, Berlin 1999; 9. Lieferung: §§ 161 – 177a, 4. Auflage, Berlin 1987; Band 3/1: §§ 238 – 289, 4. Auflage, Berlin 2002; Band 4: §§ 290– 342a, 4., neubearbeitete Auflage, Berlin 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staub)

Staudinger, Hugo: Wissenschaftstheoretische Überlegungen, S. 1 – 9, in: Niemann, Ulrich (Hrsg.), Information und Informationsträger, Wuppertal 1994

Staudinger, J. von (Begründer): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 255 – 314, Berlin 2001, §§ 652 – 704, Berlin 1995, §§ 779 – 811, Berlin 2002 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger)

Stein, Friedrich / Jonas, Martin (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Band 2: §§ 91 – 252; 21. Auflage, Tübingen 1994; Band 7/1: §§ 864 – 945, 21. Auflage, Tübingen 1996 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Stein-Jonas)

Steinbeck, Claudia: *Überwachungspflicht* und Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft, Berlin 1992

Steinbuch, Karl: *Maßlos informiert* –Die Enteignung unseres Denkens, 2. Auflage, München 1978

–: Über den Wert von Information, GRUR 1987, S. 579 – 584

Steinmüller, Wilhelm: *Informationsrecht* und Informationspolitik S. 1 – 20, in: Informationsrecht und Informationspolitik, München 1976

Stobbe, Thomas: Der Lagebericht, BB 1988, S. 303 – 311

Stoll, Hans: Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 589 – 597

Stumpf, Cordula: Erläuternde und ergänzende *Auslegung* letztwilliger Verfügungen im System privatautonomer Rechtsgestaltung, Diss. 1991 (Berlin)

Stürner, Rolf: Die *Aufklärungspflichten* der Parteien im Zivilprozeß, 1. Auflage, Tübingen 1976

–: Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozeßrecht – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Beweislastverteilung, ZZP 98 (1985), S. 237 – 256

Taeger, Jürgen: Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Baden-Baden 1988

Tietze, Jörg: Die *Informationsrechte* des GmbH-Gesellschafters, Köln 1985

Timm, Wolfram: Das neue GmbH-Recht in der Diskussion, GmbHR 1980, S. 286 – 295

Tipke, Klaus / Kruse, Heinrich Wilhelm (Hrsg.): Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, Loseblattsammlung, Köln (zitiert: *Bearbeiter*, in: Tipke/Kruse)

Transparenz- und Publizitätsgesetz: siehe Hirte, Heribert

Traub, Joseph Frederick / Wasilkowski, G. W. / Woźniakowski, H.: *Information*-based complexity, Boston 1988

Tröger, Tobias: Vorbereitung von Zustimmungsbeschlüssen bei Strukturmaßnahmen, ZIP 2001, S. 2029 – 2042

Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 51., neubearbeitete Auflage, München 2003 (zitiert: Tröndel/*Fischer*, StGB)

Turiaux, André: Umweltinformationsgesetz – Kommentar, München 1995 (zitiert: *Turiaux*, UIG)

Ulbrich, Sebastian: Der BGH auf dem Weg zum normativen Verbraucherleitbild?, WRP 2005, S. 940 – 953

Ulmer, Peter (Hrsg.): Hachenburg – Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Großkommentar, Band II: §§ 35 – 52, 8., neubearbeitete Auflage, Berlin 1997 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Hachenburg)

Ulmer, Peter / Brandner, Hans Erich / Hensen, Horst-Dieter / Schmidt, Harry: AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 9. umfassend überarbeitete Auflage, Köln 2001 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Ulmer/Brandner/Hensen)

Urban, Knut: Einführung Sektion Physik: die multidisziplinäre Welt der Information, S. 31 – 34, in: Ganten, Delev u.a. (Hrsg), Gene, Neurone, Qubits & Co. – Unsere Welt der Information, Stuttgart 1999

Veltins, Michael A.: Verschärfte Unabhängigkeitsanforderungen an Abschlußprüfer, DB 2004, S. 445 – 452

Veltins, Michael A. / Hikel, Dieter A.: Zur Einschränkung bzw. Erweiterung der Informationsrechte des Kommanditisten – Zugleich Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofs vom 11.7.1988 – II ZR 346/47, DB 1988 S. 2090, DB 1989, S. 465 – 468

Völz, Horst: *Information* verstehen: Facetten eines neuen Zugangs zur Welt, Wiesbaden 1994

Vortmann, Jürgen: Aufklärungs- und Beratungspflichten der Banken, 6., neubearbeitete Auflage, Köln 1999

Vossel, Herbert: *Auskunftsrechte* im Aktienkonzern, Köln 1996

Wardenbach, Frank: *Interessenkonflikte* und mangelnde Sachkunde als Bestellungshindernisse zum Aufsichtsrat der AG, Köln 1996

Weißhaupt, Frank: Modernisierung des Informationsmängelsrechts in der Aktiengesellschaft nach dem UMAG-Regierungsentwurf – Versuch einer kritischen Systematisierung, WM 2004, S. 705 – 712

Weizsäcker, Carl Friedrich von: Die Einheit der *Natur* – Studien, Ungekürzte Ausgabe, München 1995

Wersig, Gernot: *Information* – Kommunikation – Dokumentation – Ein Beitrag zur Orientierung der Informations- und Dokumentationswissenschaften, Darmstadt 1974

Wertenbruch, Wilhelm (Hrsg.): Bochumer Kommentar SGB Allgemeiner Teil, Berlin 1979, (zitiert: *Bearbeiter*, in: Bochumer Kommentar)

Westermann, Harm Peter (Hrsg.): Handkommentar zum BGB, Band I: §§ 1 – 853, 10., neubearbeitete Auflage, Köln 2000 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Erman)

Westhoff, André O.: Glaubwürdigkeit des Jahresabschlusses: Brauchen wir eine Kontrolle der Kontrolleure bezogen auf die Abschlußprüfung und wenn ja, welche?, DStR 2003, S. 2086 – 2092 (Teil I), DStR 2003, S. 2132 – 2136 (Teil II).

Widmann, Siegfried / Mayer, Dieter (Hrsg.): Umwandlungsrecht, Loseblattsammlung, Band 2: §§ 1 – 78, Bonn (Stand: Juli 2003) (zitiert: *Bearbeiter*, in: Widmann/Mayer)

Wieacker, Franz: Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, S. 783 – 813, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band I, München 1965

Wiedemann, Herbert: Gesellschaftsrecht Band I, München 1980

Wiener, Norbert: *Cybernetics*: or Control and Communication in the Animal and the Machine, Second edition, tenth printing, Cambridge 2000

Wilde, Christian: Informationsrechte und Informationspflichten im Gefüge der Gesellschaftsorgane, ZGR 1998, S. 423 – 465

Willmann-Institut (Hrsg.): Wörterbuch der Pädagogik in drei Bänden - Band 2, Freiburg 1977

Windsheimer, Hans: Die *»Information«* als Interpretationsgrundlage für die subjektiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs. 1 GG, Berlin 1968

Winkler von Mohrenfels, Peter: Abgeleitete *Informationsleistungspflichten* im deutschen Zivilrecht, Berlin 1986

Winnefeld, Robert: *Bilanzhandbuch* – Handels- und Steuerbilanz, Rechtsformspezifisches Bilanzrecht, Bilanzielle Sonderfragen, Sonderbilanzen, IAS/US-GAAP, 3. Auflage, München 2002

Wirth, Gerhard: Anforderungsprofil und Inkompatibilitäten für Aufsichtsratsmitglieder, ZGR 2005, S. 327 – 347

Wischenbart, Maresa: *Informationsbedarf* und Informationsrechte im Gesellschaftsrecht, Frankfurt (a.M.) 1986

Witte, Eberhard: Das *Informationsverhalten* in Entscheidungsprozessen, Tübingen 1972

Wohlleben, Hermann Peter: *Informationsrechte* des Gesellschafters, Köln 1989

Wolf, Manfred / Horn, Norber t /Lindacher, Walter F.: AGB-Gesetz, Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 4., völlig neubearbeitete Auflage, München 1999 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Wolf/Horn/Lindacher)

Wüsthoff, Andreas: Der *Auskunftsanspruch* des Aktionärs nach § 131 Aktiengesetz zwischen Insider-Verboten und Ad hoc-Publizität nach dem Wertpapierhandelsgesetz, Aachen 2000

Zietsch, Udo A.: Keine Pflicht zur schriftlichen Information bei Aktienanleihen, NJW 2002, 1925 – 1928

Zöllner, Wolfgang: Informationsordnung und Recht, Berlin 1990

–: Zur Problematik der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, AG 2000, S. 145 – 157

–: Vereinheitlichung der Informationswege bei der Aktiengesellschaft?, NZG 2003, S. 354 – 358

Zöllner, Wolfgang (Hrsg.): Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1: §§ 1 – 147, Köln 1985; Band 2: §§ 76 – 117, 2. Auflage, Köln 1996 (zitiert: *Bearbeiter*, in: KölnKomm-AktG)

Sachregister

A
Abschlußprüfer 84, 202
– Enforcement 208 f.
Aktiengesellschaft
– Informationssystem 190 ff.
Aktionär
– Auskunftsrecht 191 ff.
– Einsichtsrecht 201 ff.
– Informationsbedürfnis 111 f.
– Informationsrecht 96 f, 128
Aufbewahrungsfrist 315
Aufbewahrungspflicht 287 ff.
Aufklärungspflicht 104 ff, 151
– als Organisationspflicht 106
– Einklagbarkeit 106
– Nachforschungspflicht 61
Aufsichtsrat 75 ff.
– Ausschuß 84
– Information 76 ff.
– Hinzuziehung von Sachverständigen 79 f, 83
– Zusammensetzung 76 f.
Auskunft
– Ergänzungsfunktion 187 f.
– Kosten 168
– Nachteile 130
– Substantiierung 252
– Verarbeitungslast 123 ff.
– Vorteile 129

B
Bank (Aufklärungspflicht) 104
Begriffsebene 294
Belastung 233 ff.
Belastungsberechung 240 ff.
Beratung, Rat, Empfehlung 120, 153 f, 276
Bericht 148 f.
– Vorstands- 80 ff.
Berufsgeheimnis (siehe auch *Geheimnis*) 257
– Dispositionsbefugnis 267
– Reichweite 268 f.
– Träger 268
Betriebsgeheimnis (siehe *Geschäftsgeheimnis*)

D
Daten
– Aufbereitung 115
– Integrität 289
– -format 291
– Selektion 116 f, 149, 154, 260
– sekundäre 118
– Sicherungsmedium 289
–Speicherung von 287 ff.
– Verknüpfung von 115
– Verlust von 289
Datenschutz 269
Dritte (siehe *Sachverständiger*)
Dokumentation (siehe auch *Unterlagen*)
– Erstellung 131 ff.
– Pflicht zur 132 ff.
– Sinn und Zweck 140 f.
– Umfang 137 ff.
Durchschnittsaktionär (siehe *Aktionär*)
Durchschnittsverbraucher (siehe *Verbraucher*)

E
Einsicht
– Eingriffsintensität 164 f, 166
– Nachteile 145 f.
– Reichweite 135
– Subsidiarität 158 f, 161
– Substituierung der 198 f, 203 f.
– Verarbeitungslast 137 ff.
– Verifizierung von Zeichen 146, 186, 198, 203, 257
– Vorteile 145 f.
Empfänger von Information
– Aufsichtsrat als Organ 75 f.
– intendierter 71 ff.
– potentieller 60 f, 65
– Verband 74 f.
Empfängerhorizont
– Auskunft 58 f.
– bekannter 71

– Bereichsöffentlichkeit 70 f.
– Durchschnittshorizont 65 f.
– Einsicht 60 f, 137, 141
– Einzelempfänger 58 ff.
– interessierte Öffentlichkeit 69
– kollektiver 73 ff.
– maßgeblicher 56 ff.
– Sachverständiger als 121 ff.
– spontane Informationspflichten 61
– unbekannter 72 f.
– Verschiebung des 72
– Vielzahl von Empfängern 63 ff.
Entscheidung
– Restunsicherheit 54, 175
– Sicherheit, Grad an 89, 99, 175, 178
– Situation 54, 86, 99, 113, 178, 217
– Unsicherheit 28, 33, 54
Entscheidungstheorie 13

F
Fachausdruck 293 f.
Fachsprache 293 f.
Fairness opinion 267 ff.
Fremdsprache 294

G
Geheimhaltungsinteresses 247
– anerkennenswertes 228, 257, 267 f.
– Interessenabwägung 257 ff.
Geheimnis 252 ff, 256
– Berufs- 256
– Darlegungslast 272
– Dispositionsbefugnis 256
– Herr des 252, 263 ff, 267
– Privat- 267 f.
– Schutzgut 254 f.
– Träger 2253
Geschäftsgeheimnis (siehe auch *Geheimnis*) 253 ff.
– Exklusivität 256
– bei Rechtsverstößen 259
– Schranken 257 ff.
– Schutzgut 254 ff.
– Wettbewerbsbezug 255 f.
– Verzicht auf den Schutz 259
Geschäftsbesorger 286
Geschäftssphäre 253 ff.
Gewißheit (siehe *Ungewißheit*)
GmbH 161 ff.
– Informationssystem 93 ff.

H
Handelsvertreter
– Informationsrecht 169 f, 185 ff.
Hauptversammlung
– Information der 189 ff.

I
Information
– Aufbewahrung 285 ff.
– Aufbewahrungspflicht 285 ff.
– Aufwand 88 f.
– Kontextbezug von 8
– Menge 248 ff.
– Neuigkeit von 8
– Qualität von 116
– Selektion von 116
– Stammrecht auf 93 ff, 99 ff.
– Subjektivität 48 ff, 56
– Umfang 248
Informationsasymmetrie 103, 107
Informationsbedarf (siehe *Informationsbedürfnis*)
Informationsbedürfnis (siehe auch *Ungewißheit*) 92 ff.
– artikuliertes 110, 250
– begrenzende Funktion 93, 175
– Bestimmung 273
– hypothetisches 172
– immanente Grenzen 92
– individuelles 87
– legitimierende Funktion 93, 113 f, 175
– Nachforschungspflicht des Schuldners 273 f, 297 f.
– normatives 113
– rechtlich relevantes, anerkanntes 89, 99 f, 110 f, 113, 175, 248 ff, 312
– Unendlichkeit, Unbegrenztheit 53 f, 86
– Zeitablauf 312
Informationsbegriff
– juristisch 15 ff.
– umgangssprachlich 7 ff.
– wissenschaftlich 9 ff.
Informationsbeschaffung 277 f, 285
– Auskunft 281
– Beratung 280
– Einsicht 282
– Organisationsmaßnahmen 278
– spontane Informationspflichten 283
– von Dritten 279, 282

Informationsdefizit 81, 185, 273, 298
Informationsentropie 10
Informationserfüllung 289, 297 ff.
– Sprachauswahl 294
– Unverhältnismäßigkeit 309
– unverhältnismäßige Kosten 251, 307
Informationsfreiheitsgesetz 21
Informationsform(en)
– Bedeutung für Informationsmenge 248 ff.
– Belastung durch die 119, 224
– Belastungsbrechung 238
– Bestimmung der 228 ff.
– Erforderlichkeit 230 f.
– Ergänzung der 168, 173, 178 f.
– Geeignetheit 229
– Initiativrecht 211 ff.
– mildeste 231 ff.
– primäre 179, 209 f.
– Rangverhältnis der 157 ff.
– sekundäre 179
– Verhältnis der 170 ff.
– Wahl der 119, 215 ff.
– Zumutbarkeit 243 f.
Informationsinitiative (siehe *Informationsinitiierung*)
Informationsinitiierung
– Pflicht zur 250, 276
– Übergang der 250
– Zuweisung 120, 217 ff, 248, 276
Informationsinteresse (siehe auch *Informationsbedürfnis*) 49 f.
Informationskosten
– Berechung 238 ff.
– Hilfspersonen 239
Informationsmaß 10 ff.
Informationsmittel (siehe *Informationsform*)
Informationspflicht
– allgemeine 103 f.
– Begründung 102 ff.
– klagbare 106, 182
– reaktive 110 ff, 121, 155, 171 f, 216, 222, 247, 313
– spontane 61
– Unmöglichkeit 285, 304 f.
Informationsrecht
– autonome 249
– Hilfsfunktion 249
– individuelles 73, 191
– kollektives 73 f, 190 f.
Informationsprozeß 151, 171, 190, 247, 291
Informationsquelle
– exklusive 280
Informationsschleuse 259 ff, 271
Informationsvorgang 291 ff.
interessierte Öffentlichkeit 70, 91

J
Jahresabschluß 200 ff.

K
Kenntnis
– Offenlegung fehlender 280, 283
Kommunikation 36, 50, 62
Kommunikationsform
– Disponibilität 119

L
Lagebericht 200 ff.
Leistungsbewirkung (siehe auch *Informationserfüllung*)
– Fiktion 56

M
Manipulation
– Bilanz 206 f.
Modell der semantischen Stufen 292 ff.

N
nemo-tenetur-Grundsatz 311

O
oHG 211

P
Patient
– Akteneinsichtsrecht 139
Pre-trial discovery 156, 287 f.
Prüfbericht 202, 260
Prüfungspflicht 198
Publizität 43, 198 f.
Personalsphäre 270 ff.
Privatgeheimnis (siehe auch *Geheimnis*) 270 ff.
Problemverständnis 123
– Erweiterung 127

R
Rechenschaft 149, 249
Rechnungslegung 126, 132, 198 f.
Reduktion 53 ff.

S
Sachverständiger, zur Verschwiegenheit verpflichteter 79, 138 ff, 167, 203, 259 ff.
– als Informationsschleuse 259 f.
– Auswahl 264
– Einsatzmöglichkeiten 260 f.
– Kosten 264
– persönliche Anforderungen 263 f.
– Pflicht zum Einsatz 263
– Zulässigkeit des Einsatzes 261 ff.
Schutz durch Information 60 f, 150
Selektion von Information
– bei Auskunft 125 ff.
– bei Beratung 154
– bei Einsicht 145
– bei spontanen Informationspflichten 145
– Umfang (qualitativ, quantitativ) 116 f, 125
Semiotik 9
Signalisierungstheorie 14
Straftat 259

U
Überinformation 69, 116, 248
Ungewißheit (siehe auch *Informationsbedürfnis*) 35 ff, 53 f, 86 ff.
– Maß der 10
Unterlagen
– Dokumentationszweck 138, 140
– Dokumentationsumfang 137
– Interesse bei der Erstellung 131 ff.
– Erstellungspflicht 138 ff, 285
– Geschäfts- 186
– Objektivität von 141, 144
Unternehmensgeheimnis (siehe *Geschäftsgeheimnis*)
Unterrichtung 147

V
Verarbeitungskapazität 70, 116 f, 121
Verarbeitungslast 115 ff.
– bei Auskunft 123 ff.
– bei Beratung 153
– bei Einsicht 137
– bei spontanen Informationspflichten 146
– Elemente der 115 ff.
– Formfaktor 118 f.
– Zuweisung der 120 ff.
– Zeitfaktor 117
Verbraucher 65 f.
Verhandlungssprache 294
Verifizierung von Information 254
Verknüpfung von Information
– bei Auskunft 126
– bei Beratung 154
– bei Einsicht 141
– bei spontanen Informationspflichten 146
– Pflicht zur 115
Verschwiegenheit 259
Verschwiegenheitspflicht
– strafbewehrte 258
Verschwiegenheitsvereinbarung 267 ff.
Verständnishorizont 275
Verstehen
– Nachforschungspflicht 59, 297

W
Warnung 150
Wirtschaftsprüfer 206
Wissen
– Akten- 19
– präsentes 281, 284
– undokumentiertes 126
Wissensstand
– Erkundigungspflicht 274 f.

Z
Zeichen
– Eindeutigkeit von 295
Zeichenverständnis (Zeichentheorie) 9 ff.
Zugang zu Information 55, 120
– exklusiver 281
– Informationszugangsordnung 17 f, 43