Studien zum Zivilrecht 52

Jonathan Hechler

Erfüllung und Reichweite zivilrechtlicher Offenlegungsansprüche

Eine Untersuchung der Regeln über den Zugang zu Beweismitteln im europäischen und US-amerikanischen Recht

Nomos

Konstanzer Online-Publikations-System (KOPS)
URL: http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-2-1lb5a5cn76eqe6

https://doi.org/10.5771/9783748917076
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Studien zum Zivilrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Universität Köln
Prof. Dr. Christian Berger, Universität Leipzig
Prof. Dr. Florian Faust, Bucerius Law School, Hamburg

Band 52

https://doi.org/10.5771/9783748917076
Open Access - (cc) BY - http://www.nomos-elibrary.de/agb

Jonathan Hechler

Erfüllung und Reichweite zivilrechtlicher Offenlegungsansprüche

Eine Untersuchung der Regeln über den Zugang zu Beweismitteln im europäischen und US-amerikanischen Recht

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Diese Open-Access-Publikation wurde durch den Publikationsfonds der Universität Konstanz gefördert.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Zugl.: Konstanz, Univ., Diss., 2022

1. Auflage 2023

© Jonathan Hechler

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1146-9
ISBN (ePDF): 978-3-7489-1707-6

DOI: https://doi.org/10.5771/9783748917076

Onlineversion
Nomos eLibrary

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Meinen Eltern

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorwort

Diese Arbeit wurde vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz im Wintersemester 2021/2022 als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind auf den Stand von Dezember 2022 gebracht worden.

Zunächst danke ich herzlich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. *Jochen Glöckner*, LL.M. (USA), der schon früh mein Interesse an wettbewerbsrechtlichen Fragen geweckt hat und es mir später im Rahmen seiner Tätigkeit als Richter im Nebenamt am Oberlandesgericht Karlsruhe ermöglichte, auch die prozessrechtlichen Besonderheiten dieses Themenbereichs zu beleuchten. In diesem Umfeld kam mir die Idee zu dieser Arbeit. Er stand mir bei Bedarf jederzeit mit gutem Rat zur Seite und ließ mir die Freiheit, die Arbeit meinen Vorstellungen entsprechend zu gestalten.

Weiterhin bedanke ich mich gerne bei Frau Prof. Dr. *Astrid Stadler*, der Zweitgutachterin dieser Arbeit, die ebenfalls stets als Ansprechpartnerin bereitstand. Sodann möchte ich nicht unerwähnt lassen, dass mir *Fred A. Fenster*, der an der *University of Southern California Gould School of Law* als *Adjunct Professor* den von mir belegten Kurs *Pre-Trial Advocacy* unterrichtete, in diesem Rahmen wertvolle und praxisnahe Einblicke in das Geschehen im Vorfeld der Hauptverhandlung eines US-amerikanischen Zivilprozesses gewährte. Ebenso bedanke ich mich – in alphabetischer Reihenfolge – bei den Herausgebern der „Studien zum Zivilrecht" Frau Prof. Dr. Dr. h.c. *Barbara Dauner-Lieb*, Herrn Prof. Dr. *Christian Berger* und Herrn Prof. Dr. *Florian Faust* für die Aufnahme dieser Arbeit in diese Schriftenreihe.

Außerdem standen mir fachlich herausfordernd und über viele Jahre freundschaftlich verbunden *Christoph Gramlich* und Dr. *Maximilian Kiemle*, LL.M. (Leuven) auch bei der Erstellung dieser Arbeit zur Seite, wofür ich mich ebenfalls gerne bedanke. *Last but certainly not least* gilt ganz besonderer Dank meinen Eltern, die mich über viele Jahre in meiner Ausbildung unterstützt haben und ohne die mein Werdegang in dieser Form sicher nicht möglich gewesen wäre. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis 13

Hinführung 37

A. Themenüberblick 37

B. Gang der Darstellung 49

Erster Teil – Information und Offenlegung 53

Kapitel 1 – Zugang zu aufbereiteten Informationen 54

A. Grundlagen zu den Informationsansprüchen 54

B. Erfüllung von Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüchen 58

C. Zwischenergebnis 98

Kapitel 2 – Zugang zu Beweismitteln im deutschen Recht 101

A. Beweismittel 101

B. Offenlegungsansprüche im deutschen Zivilrecht 107

C. Geltendmachung der materiell-rechtlichen Offenlegungsansprüche 173

D. Offenlegung mit Mitteln der Zivilprozessordnung 180

E. Zwischenergebnis 182

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Zusammenfassung des ersten Teils 185

Zweiter Teil – Zugang zu Beweismitteln in fremden Rechtsordnungen 187

Kapitel 3 – Die Offenlegung von Beweismitteln im US-amerikanischen Zivilprozess 188

A. *Pre-trial discovery* im US-amerikanischen Zivilprozess 188

B. Umfang und Methoden der *pre-trial discovery* 200

C. Die Grenzen der *pre-trial discovery* 240

D. Probleme und Lösungsansätze 252

E. Verfahrensfragen 256

F. Zwischenergebnis 262

Kapitel 4 – Herausgabe von Beweismitteln im Recht europäischer Staaten und im Europarecht 265

A. Ursprung der Offenlegungspflichten im europäischen Recht 265

B. Europarechtliche Grundlagen nationaler Offenlegungspflichten 306

C. Zwischenergebnis 334

Zusammenfassung des zweiten Teils 335

Dritter Teil – Umfang und Grenzen von Offenlegungspflichten 337

Kapitel 5 – Umfang der Offenlegungspflicht 339

A. Gegenstand des Offenlegungsanspruchs 339

B. Offenlegungshandlung 360

C. Versicherung der Vollständigkeit 364

D. Schlechterfüllung 365

E. Bestimmtheit des Offenlegungsantrags 374

F. Zusammenfassung 377

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 6 – Unverhältnismäßigkeit als Schranke der Offenlegungspflicht 379

A. Grundsätzliche Überlegungen 379

B. Unverhältnismäßigkeit als Schranke der Leistungspflicht im allgemeinen Schuldrecht 380

C. Übergeordnete Interessen der Allgemeinheit 407

D. Antragstellung und Verschwiegenheitsverpflichtung des Gläubigers 409

E. Beweislast und Auswirkungen im Prozess 411

F. Zusammenfassung 412

Zusammenfassung des dritten Teils 415

Abschließende Thesen 417

Literaturverzeichnis 421

Sachregister 451

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 27

Hinführung 37

A. Themenüberblick 37
I. Beibringungsgrundsatz und Beweisprobleme 37
II. Informationsansprüche und Informationspflichten im deutschen Zivilrecht 41
III. Informations- und Offenlegungsansprüche in dieser Arbeit 44
1. Informationsansprüche und Informationspflichten 44
2. Offenlegungsansprüche und Offenlegungspflichten 44
IV. Aufklärungsansprüche und Aufklärungspflichten 46
V. Problemaufriss 46

B. Gang der Darstellung 49

Erster Teil – Information und Offenlegung 53

Kapitel 1 – Zugang zu aufbereiteten Informationen 54

A. Grundlagen zu den Informationsansprüchen 54
I. Gesetzlich geregelte Informationsansprüche 54
II. Allgemeiner Auskunftsanspruch und allgemeine Aufklärungspflicht 55

B. Erfüllung von Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüchen 58
I. Erfüllung 59
1. Auskunftserteilung 60
2. Rechnungslegung 65
a) Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben 65
b) Belegvorlage 66
3. Versicherung an Eides statt 68
II. Erfüllung durch „formell ordnungsgemäße" Informationsverschaffung 69

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Erfüllung durch „inhaltlich richtige“ Informationsverschaffung 73
1. Gegenwärtige Anforderungen an den Inhalt der Informationsverschaffung 74
a) Nicht ernst gemeinte oder von vornherein unwirksame Informationsverschaffung 74
b) Ermöglichung der ungefähren Bestimmung des Umfangs des Hauptanspruchs 75
2. Erfüllung durch vollständige und inhaltlich richtige Informationsverschaffung 75
a) Wortlaut der Vorschriften über Auskunft und Rechnungslegung 76
aa) Auskunft 77
bb) Rechnungslegung 77
b) Gesetzgebungsmaterialien 78
c) Zusammenspiel mit anderen Vorschriften 80
aa) Versicherung an Eides statt 80
bb) Die Auskunftspflicht des Erben gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten 82
cc) Inhalt der prozessualen Aufklärungspflicht 84
d) Sinn und Zweck der Vorschriften über die Informationsverschaffung 86
aa) Ermöglichung der Wahrnehmung von Interessen 87
bb) Bestimmung von Bestehen und Umfang anderer Ansprüche 89
cc) Bestimmung des Inhalts eines Anspruchs oder einer Einwendung 92
dd) Ermöglichung des uneingeschränkten Genusses eines Rechts 93
ee) „Informationsansprüche aus besonderem sozialem Kontakt“ 94
ff) Schlussfolgerungen für die Erfüllung der Informationsansprüche 95
C. Zwischenergebnis 98

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 2 – Zugang zu Beweismitteln im deutschen Recht 101

A. Beweismittel 101

I. Augenschein 101
II. Sachverständige 102
III. Zeugen 103
IV. Urkunden 105
V. Parteivernehmung 106
VI. Amtliche Auskünfte 106

B. Offenlegungsansprüche im deutschen Zivilrecht 107

I. Besichtigungs- und Vorlageansprüche im Bürgerlichen Recht 109
1. Vorlage oder Besichtigung einer Sache gemäß § 809 BGB 109
a) Voraussetzungen 109
b) Rechtsfolge: Vorlegung oder Besichtigung der Sache 110
aa) Gegenstand des Anspruchs 110
bb) Vorlegung 111
cc) Besichtigung 112
c) Einschränkungen 113
aa) Substanzeingriffe 113
bb) Schutz von Geschäftsgeheimnissen 114
cc) Allgemeines Persönlichkeitsrecht 115
2. Einsicht in Urkunden gemäß § 810 BGB 115
3. Erfüllungsort 117
4. Gefahrtragung und Kosten 118
II. Immaterialgüterrechtliche Offenlegungsansprüche 118
1. Allgemeine Voraussetzungen der immaterialgüterrechtlichen Vorlage- und Besichtigungsansprüche 120
a) Anspruchsberechtigter (Aktivlegitimation) 121
b) Anspruchsgegner (Passivlegitimation) 121
c) Hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Schutzrechtsverletzung 122
d) Erforderlichkeit 124
e) Bezeichnung des Beweismittels 125

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Inhalt und Umfang der zu erteilenden Informationen 126
a) Allgemeiner Inhalt der immaterialgüterrechtlichen Offenlegungsansprüche 127
b) Beispiele aus dem Patentrecht 129
aa) Urkundenvorlage 131
bb) Besichtigung von Sachen 131
c) Beispiele aus dem Urheberrecht 133
aa) Urkundenvorlage 134
bb) Besichtigung von Sachen 134
d) Bedeutung im Markenrecht 135
3. Schutz von vertraulichen Informationen 135
4. Ausschluss bei Unverhältnismäßigkeit 137
5. Erfüllungsort, Gefahrtragung und Kosten 139
III. Herausgabe von Beweismitteln nach § 33g GWB 140
1. Voraussetzungen und Anwendungsfälle 143
a) Gläubiger des Anspruchs 143
aa) Kartellgeschädigter (§ 33g Abs. 1 GWB) 143
bb) Gegner des Schadensersatzanspruchs (§ 33g Abs. 2 GWB) 144
b) Schuldner des Offenlegungsanspruchs (Anspruchsgegner) 145
c) Erforderlichkeit 145
d) Glaubhaftmachung des Schadensersatzanspruchs als weitere Schranke der Offenlegung 147
e) Genaue Bezeichnung des Beweismittels 149
2. Ausschluss der Herausgabepflicht 150
a) Einwendung der Unverhältnismäßigkeit 151
aa) Grad der Glaubhaftmachung (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB) 151
bb) Aufwand und Kosten (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB) 153
cc) Keine Ausforschung (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB) 153
dd) Bindungswirkung (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 4 GWB) 154
ee) Öffentliche Durchsetzung des Kartellrechts (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB) 154

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

ff) Schutz von vertraulichen Informationen (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB) 155
aaa) Redaktionelle Überarbeitung der vertraulichen Informationen 156
bbb) Bestellung eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen 157
ccc) Einrichtung von Vertraulichkeitskreisen 157
ddd) Verhandlungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit 158
b) Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen (§ 33g Abs. 4 GWB) 158
c) Kartellverfahrensrechtliche Dokumente (§ 33g Abs. 5 GWB) 159
d) Verweigerungsrechte (§ 33g Abs. 6 GWB) 160
3. Inhalt und Umfang des Anspruchs aus § 33g Abs. 1, Abs. 2 GWB 161
a) Herausgabe 162
b) Beweismittel 163
aa) Urkunden 164
bb) Augenscheinsobjekte, insbesondere elektronisch gespeicherte Daten 164
cc) Andere Beweismittel 165
c) Verhältnis zum Auskunftsanspruch gemäß § 33 Abs. 10, Abs. 1, Abs. 2 GWB 167
4. Sanktionen bei Schlechterfüllung 167
a) Schadensersatz 168
b) Grundsätze der Beweisvereitelung 168
c) Strafrechtliche Sanktionen 169
5. Kosten 170
IV. Verwandte Ansprüche/Sonstige Rechtsgebiete 171

C. Geltendmachung der materiell-rechtlichen Offenlegungsansprüche 173
I. Stufenklage 173
II. Einstweilige Verfügung 173
III. Düsseldorfer Verfahren 174
1. Selbstständiges Beweisverfahren 175
2. Einstweilige Verfügung 176

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Verfahren nach Beweissicherung 177
IV. Verfahren gemäß § 89b GWB 178
V. Zwangsvollstreckung 178
D. Offenlegung mit Mitteln der Zivilprozessordnung 180
E. Zwischenergebnis 182

Zusammenfassung des ersten Teils 185

Zweiter Teil – Zugang zu Beweismitteln in fremden Rechtsordnungen 187

Kapitel 3 – Die Offenlegung von Beweismitteln im US-amerikanischen Zivilprozess 188

A. *Pre-trial discovery* im US-amerikanischen Zivilprozess 188
I. Sinn und Zweck der *pre-trial discovery* 189
II. Entwicklung der Vorschriften über die *pre-trial discovery* 191
III. *Pre-trial discovery* in verschiedenen Verfahrensstadien 193
1. *Informal discovery* 194
2. *Pre-trial discovery* vor Klageerhebung 195
3. *Required disclosures* nach Klageerhebung 196
a) *Initial disclosure* 197
b) *Disclosure of expert testimony* 198
c) *Pretrial disclosure* 199
4. Pflicht zur Korrektur unvollständiger oder unzutreffender Informationen 199
5. Über die *required disclosures* hinausgehende *pre-trial discovery* 200
B. Umfang und Methoden der *pre-trial discovery* 200
I. Der Umfang der *pre-trial discovery* im Wandel der Zeit 201
II. Der Umfang der *pre-trial discovery* nach geltendem Recht 202
III. Methoden der *pre-trial discovery* 204
1. Anhörung von Parteien, Zeugen und Sachverständigen (*depositions*) 205
a) Beteiligte 208
b) Modalitäten der Vernehmung 209

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Gegenstand der depositions 210
d) Ablauf einer deposition 212
aa) Vorbereitung einer *deposition* 212
bb) Zeugenverhör 213
e) Verwertung im Prozess 214
2. Schriftliche Fragen (*interrogatories*) 215
a) Modalitäten der interrogatories 217
b) Gegenstand der interrogatories 218
c) Antworten auf *interrogatories* 220
3. Vorlage von Dokumenten und Augenscheinsobjekten (*requests for production or inspection*) 223
a) Possession, custody oder control als Voraussetzung der Vorlageverpflichtung 224
b) Der Zugriff auf Beweismittel in Arbeitsverhältnissen 225
aa) Allgemeines 225
bb) *Bring your own device* 227
aaa) Allgemeine Ausführungen und Interessenkonflikt 227
bbb) *Pradaxa, Cotton* und *Ewald* 228
c) Zeitpunkt und Formalitäten der Anfrage 230
d) Reaktion auf die Anfrage 230
e) Dokumentenvorlage 231
f) Elektronisch gespeicherte Daten 232
aa) Bedeutung 232
bb) Art und Weise der Vorlage elektronischer Daten 234
g) Augenscheinsobjekte und Zugang zu Grundstücken 236
4. Körperliche oder geistige Untersuchung (*physical and mental examination*) 236
a) Beteiligte 237
b) Art und Weise der Untersuchung 238
5. Antrag auf Ablegung eines Geständnisses (*requests for admission*) 239

C. Die Grenzen der *pre-trial discovery* 240
I. Bedeutung für den Rechtsstreit 242
1. Grundsätzliches 242

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Einzelheiten 244
II. Verhältnismäßigkeit 245
III. Besonders geschützte Informationen 246
1. Geschäftsgeheimnisse 246
2. *Attorney-client privilege* und *work-product doctrine* 248
3. Verfassungsrechtliche Schranken der *pre-trial discovery* 250
IV. Besondere Vorgaben im Bereich der *e-discovery* 251
V. Einspruch gegen die Beweismittelerhebung 252
D. Probleme und Lösungsansätze 252
I. Ausufernde Beweisbeschaffung 253
II. Überflutung des Gegners mit unerwünschtem Beweismaterial 254
III. Verwertung des *discovery*-Materials 254
IV. *Kosten* 255
E. Verfahrensfragen 256
I. Schutzanordnungen (*protective orders*) 256
II. Rechtsschutz gegen *discovery orders* 259
III. Durchsetzung der *pre-trial discovery* 259
1. Zwangsanordnung (*order to compel*) 259
2. Zwangsmaßnahmen (*sanctions*) 261
F. Zwischenergebnis 262

Kapitel 4 – Herausgabe von Beweismitteln im Recht europäischer Staaten und im Europarecht 265

A. Ursprung der Offenlegungspflichten im europäischen Recht 265
I. England und Wales 266
1. Dokumentenoffenlegung und Dokumenteneinsicht 268
a) Voraussetzungen der disclosure 269
b) Umfang und Pflichten im Rahmen der disclosure 271
aa) Gegenstand der *disclosure* 271
bb) Umfang der *disclosure* 274
aaa) Offenlegung und *disclosure statement* 275
bbb) Gewährung von Dokumenteneinsicht 276
ccc) Informationssicherung 278
ddd) Suche nach Dokumenten 278
eee) Keine verfahrensfremde Verwertung 279

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Verfahren 280
d) Disclosure durch Dritte 281
e) Einsichtnahmeverweigerungsrecht 282
aa) Allgemeines Einsichtnahmeverweigerungsrecht 282
bb) Einsichtsverweigerung im öffentlichen Interesse 283
cc) Keine Verpflichtung zur Selbstbezichtigung einer Straftat 284
dd) Besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant 285
ee) Vorprozessuale Verhandlungen und Gespräche unter Beteiligung eines Vermittlers 287
f) Verzicht auf das Verweigerungsrecht 287
g) Folgen der fehlerhaften Offenlegung 288
h) Durchsetzung der disclosure 289
i) Kosten 290
2. Offenlegung von Informationen 291
a) Vorprozessuale Zeugenvernehmung (*depositions*) 291
b) Fragebögen (*information requests*) 292
3. Zugang zu gegenständlichen Beweismitteln 293
a) Untersuchung von Gegenständen (*inspection*) 293
aa) Untersuchung 294
bb) Insbesondere: Durchsuchungsanordnungen (*Search Orders* oder *Anton Piller Orders*) 294
b) Körperliche und geistige Untersuchung 298
4. Zusammenfassung 298
II. Frankreich 298
1. Antrag auf Durchführung der *saisie-contrefaçon* 299
2. Anordnung der *saisie-contrefaçon* 300
3. Durchführung der *saisie-contrefaçon* 301
a) Besichtigung und Beschreibung (*saisie descriptive*) 302
b) Beschlagnahme (*saisie réelle*) 304
4. Geheimnisschutz 304
5. Rechtsschutz gegen die *saisie-contrefaçon* und Verwertung der gefundenen Beweismittel 305

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:24
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

6. Zusammenfassung 306
B. Europarechtliche Grundlagen nationaler Offenlegungspflichten 306
I. Durchsetzungsrichtlinie 306
1. Zweck der Durchsetzungsrichtlinie 307
2. Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie betreffend den Zugang zu Beweismitteln 308
a) *Effet Utile* 309
b) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs 309
aa) Die Entscheidung *Constantin Film ./. Youtube* 310
bb) Schlussfolgerungen für die Reichweite der Offenlegungspflicht 312
c) Leitfaden der Europäischen Kommission 313
3. Schutz vertraulicher Informationen 314
a) Interessenabwägung am Beispiel einer behaupteten Urheberrechtsverletzung 314
aa) Sachverhalt und Vorgeschichte 314
bb) Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs 316
b) Schlussfolgerungen für den Interessenausgleich im Allgemeinen 317
4. Zusammenfassung 319
II. Kartellschadensersatzrichtlinie 319
1. Zweck der Kartellschadensersatzrichtlinie 320
2. Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie 321
a) Offenlegungsgegenstand 322
aa) Beweismittel 322
bb) Relevanz 323
cc) Verfügungsgewalt 323
b) Bezeichnung des Offenlegungsgegenstandes 324
c) Verhältnismäßigkeit 326
aa) Ausreichende Tatsachengrundlage für das Offenlegungsverlangen (Art 5 Abs. 3 lit. a) SERL) 327
bb) Umfang und Aufwand (Art. 5 Abs. 3 lit. b) SERL) 327

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

cc) Schutz vertraulicher Informationen (Art. 5 Abs. 3 lit. c) SERL) 329
dd) Weitere Kriterien 331
3. Weitere Verwendung der erlangten Informationen 331
4. Sanktionen 332
5. Zusammenfassung 332
III. Datenschutzgrundverordnung 333
C. Zwischenergebnis 334

Zusammenfassung des zweiten Teils 335

Dritter Teil – Umfang und Grenzen von Offenlegungspflichten 337

Kapitel 5 – Umfang der Offenlegungspflicht 339
A. Gegenstand des Offenlegungsanspruchs 339
I. Begriff des Beweismittels 340
1. Keine *deposition* im deutschen Zivilprozess 341
2. Elektronische Dokumente als Gegenstand der Beweismittelvorlage 344
3. Schlussfolgerungen für den Begriff des Beweismittels 347
II. Erforderlichkeit der Offenlegung 348
III. Verfügungsgewalt des Schuldners 349
1. Bestimmungsrecht des Offenlegungsschuldners 350
a) Verfügungsgewalt in Konzernstrukturen 352
b) Natürliche Personen als Besitzmittler 354
c) Zugriff auf Beweismittel in Arbeitsverhältnissen 356
2. Maßgeblichkeit des Besitzmittlungsverhältnisses 359
B. Offenlegungshandlung 360
C. Versicherung der Vollständigkeit 364
D. Schlechterfüllung 365
I. Erfüllung und Nacherfüllung 365
1. Parallele zur Erfüllung von Auskunftsansprüchen 366
2. Falschlieferung und Schlechtlieferung 366
II. Schadensersatz 368
1. Schadensersatz bei unzureichender Offenlegung (§ 281 BGB) 369

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Schadensersatz bei Verschulden der Unmöglichkeit (§ 283 BGB) 369
3. Weitere Anspruchsgrundlagen 370
4. Sorgfaltsmaßstab 371
5. Inhalt des Schadensersatzanspruchs 373

E. Bestimmtheit des Offenlegungsantrags 374

F. Zusammenfassung 377

Kapitel 6 – Unverhältnismäßigkeit als Schranke der Offenlegungspflicht 379

A. Grundsätzliche Überlegungen 379

B. Unverhältnismäßigkeit als Schranke der Leistungspflicht im allgemeinen Schuldrecht 380

I. Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275 BGB 381
1. Unmöglichkeit der Offenlegung gemäß § 275 Abs. 1 BGB 383
a) Tatsächliche Unmöglichkeit 384
b) Rechtliche Unmöglichkeit 385
aa) Verschwiegenheitsverpflichtungen 386
bb) Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz 388
cc) Datenschutzrecht 389
2. Wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Offenlegung gemäß § 275 Abs. 2 BGB 390
a) Aufwand der Offenlegung 390
b) Geheimnisschutz 394
aa) Geheimhaltungsinteressen des Offenlegungsschuldners in der Güterabwägung 395
bb) Geschäftsgeheimnisschutz mit prozessualen Mitteln 397
3. Persönliche Unzumutbarkeit der Offenlegung gemäß § 275 Abs. 3 BGB 398
a) Rechte Dritter und Pflichtenkollision 399
b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht des Schuldners 400
c) Schweigerechte 401
II. Schikaneverbot 403

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Die Gebote von Treu und Glauben 404
1. Rechtsmissbrauch 404
a) Ausforschung 405
b) Prozessfremde Verwertungszwecke 406
2. Widersprüchliches Verhalten 407
C. Übergeordnete Interessen der Allgemeinheit 407
D. Antragstellung und Verschwiegenheitsverpflichtung des Gläubigers 409
I. Schutz vertraulicher Informationen auf gesetzlicher Grundlage 409
II. Schutz vertraulicher Informationen durch Vereinbarung 410
E. Beweislast und Auswirkungen im Prozess 411
F. Zusammenfassung 412

Zusammenfassung des dritten Teils 415

Abschließende Thesen 417

Literaturverzeichnis 421

Sachregister 451

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
a. A.	andere Ansicht
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
a. Rh.	am Rhein
A.2d	Atlantic Reporter, 2nd Series
ABA	American Bar Association
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases (Third Series)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
Alab.	Alabama
Alt.	Alternative
AmJur Trials	American Jurisprudence – Trials
Ann. propr. ind.	Annales de la propriété industrielle
Annals Am. Ac.	Annals of the American Academy of Political and
Pol. & Soc. Sci	Social Science
AnwBl	Anwaltsblatt
App.	Appendix
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
B.C.	Boston College
B.U.	Boston University
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOK	Beck Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BPatG	Bundespatentgericht
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
C.D.	Central District
CA	Court of Appeals *oder* Cour d'Appel
Cal, App. 3d	California Appellate Reports, 3rd Series
Cal.	California
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Ch	Law Reports, Chancery Division (Third Series)
Cir.	United States court of appeals
CJS	Corpus Juris Secundum
Clev.	Clevelend
Conf. J.	Conference Journal
Conn.	Connecticut
CPR	Civil Procedure Rules
CR	Computer und Recht
D.	District Court
D.C.	District of Columbia
Del.	Delaware

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Del. Super. Ct.	Superior Court of Delaware
DesignG	Designgesetz; Gesetz über den rechtlichen Schutz von Design
DiscovDep	Discovery and Depositions
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DNS	Desoxyribonukleinsäure
DSLR	Durchsetzungsrichtlinie; Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums
DStR	Deutsches Steuerrecht
e. A.	eine Ansicht
E.D.	Eastern District
ebd.	ebenda
Ed./ed.	Edition
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGr.	Erwägungsgrund
Einl.	Einleitung
EIPR	European Intellectual Property Review
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
F. Supp.	Federal Supplement
F. Supp. 2d	Federal Supplement, 2nd Series
F. Supp. 3d	Federal Supplement, 3rd Series
f.	die folgende
F.2d	Federal Reporter, 2nd Series
F.3d	Federal Reporter, 3rd Series
F.R.D.	Federal Rules Decisions
Fam	Law Reports, Family Divsion
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fed. R. Serv. 2d	Federal Rules Service, 2nd Series

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

FedCivProc	Federal Civil Procedure
ff.	die folgenden
Fla.	Florida
fn.	*footnote*
Fn.	Fußnote
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
FRE	Federal Rules of Evidence
FS	Festschrift
FSR	Fleet Street Reports: Cases in Intellectual Property Law
FuR	Zeitschrift für Familie und Recht
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
Ga.	Georgia
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
Geo.	Georgetown
GeschGehG	Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen
GG	Grundgesetz
GmbHG	GmbH-Gesetz; Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GS	Gedenkschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
h. M.	herrschende Meinung
HalblSchG	Halbleiterschutzgesetz; Gesetz über d en Schutz der Topographien von mikroelektrischen Halbleitererzeugnissen
Harv.	Harvard
Harv. C.R.-C.L.	Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law
L. Rev.	Review
HGB	Handelsgesetzbuch
HL	House of Lords

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

i. E.	im Ergebnis
i. R. d.	im Rahmen dieser
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
IFG	Informationsfreiheitsgesetz; Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes
Ill.	Illinois
Ins.	Insurance
InsO	Insolvenzordnung
InstGE	Entscheidungen der Instanzgerichte
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IT	Informationstechnologie
JA	Juristische Arbeitsblätter
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K&R	Kommunikation & Recht
Kap.	Kapitel
KB	Law Reports, King's Bench Division
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
KWG	Kreditwesengesetz; Gesetz über das Kreditwesen
L. Ed. 2d	United States Supreme Court Reports, Lawyers' Edition, 2nd Series
L. Rev.	Law Review
L.J.	Law Journal
La.	Louisiana
Law Practice	Law Practice Magazine
LG	Landgericht
m. w.	mit weiteren
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
M.D.	Middle District

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

MarkenG	Markengesetz; Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen
MarkenR	Markenrecht
Md.	Maryland
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Merc.	Mercer
Mich.	Michigan
Minn.	Minnesota
Mitt.	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte
MMR	Multimedia und Recht
Mo.	Missouri
Mot.	Motive
n. F.	neue Fassung
N.C.	North Carolina
N.D.	Northern District
N.E.2d	North Eastern Reporter, 2nd Series
N.J.	New Jersey
N.M.	New Mexico
N.Y.	New York
Neb.	Nebraska
Nev.	Nevada
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	*number*
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
o.	oben
o. V.	ohne Verfasser
OGE	Obergerichtsentscheide

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Oh.	Ohio
OLG	Oberlandesgericht
p.	page
P.2d	Pacific Reporter, 2nd Series
P.R.	Puerto Rico
Pa.	Pennsylvania
para	*paragraph*
PatG	Patentgesetz
PatR	Patentrecht
PD	Practice Direction
PIBD	Propriété Industrielle – Bulletin Documentaire
PIQR	Personal Injuries and Quantum Reports
preuß. A. L. R.	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Prot.	Protokolle
QB	Law Reports, Queen's Bench Division
QC	Queen's Counsel
R.I.	Rhode Island
R.P.C.	Reports of Patent, Design and Trademark Cases
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rev. Litig.	The Review of Litigation
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichtsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
RPC	Reports of Patent Cases
RR	Rechtsprechungsreport
S. Ct.	Supreme Court Reporter
S.	Satz *oder* Seite
s.	siehe
S.D.	Southern District
SchuldR	Schuldrecht
SERL	Schadensersatzrichtlinie; Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zu-

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

	widerhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union
SMS	Short Message/Messaging Service
sogl.	Sogleich
St.	State
Stan.	Stanford
StGB	Strafgesetzbuch
Temp.	Temple
Tenn.	Tennessee
Tex.	Texas
TGI	Tribunal de Grande Instance
TJ	Tribunal Judicaire
TRIPS	TRIPS-Abkommen; Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums
u.	unten
u. a.	unter anderem
U. Pa.	University of Pennsylvania
u. U.	unter Umständen
U.S.	United States Reporter
U.S.F.	University of San Francisco
UGP-RL	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken; Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates
UrhG	Urheberrechtsgesetz; Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
UrhR	Urheberrecht
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom
Vand.	Vanderbilt
VersR	Versicherungsrecht

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

vgl.	vergleiche
VO (EU)	Verordnung der Europäischen Union
VPP-Rundbrief	Rundbriefe der Vereinigung von Fachleuten des Gewerblichen Rechtsschutzes
W. Va.	West Virginia
W.D.	Western District
Wash. & Lee	Washington and Lee
Wis.	Wisconsin
WL	Westlaw
WLR	Weekly Law Reports
WM	Wertpapiermitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZBlJugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZErb	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZP Int	Zeitschrift für Zivilprozess International

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Hinführung

A. Themenüberblick

I. Beibringungsgrundsatz und Beweisprobleme

Ohne Tatsachenmaterial kann ein Zivilprozess nicht geführt werden. Daher ist im Prozess zunächst der Tatsachenstoff, der Entscheidungsgrundlage werden soll, zu sammeln. Sind bestimmte Tatsachen streitig, das heißt einer Behauptung des Gegners wurde substantiiert widersprochen und der Widerspruch kann nicht ohne Beweisaufnahme aufgeklärt werden,[1] so müssen Beweise für die entsprechenden Behauptungen vorgebracht werden. Im Zivilprozess gilt der Beibringungsgrundsatz, nach dem es in der Verantwortung der Parteien liegt, den entscheidungserheblichen Sachverhalt vollständig vorzutragen.[2] Ausgangspunkt dieses Grundsatzes ist die Erkenntnis, dass die Parteien jeweils vor allem in ihrem eigenen Interesse vortragen werden und die Gegensätzlichkeit der Interessen unter Berücksichtigung der Wahrheitspflicht (§ 138 ZPO) am besten geeignet ist, die tatsächlichen Grundlagen eines Rechtsstreits vollständig aufzuklären und das Streitmaterial beizubringen.[3] Jedenfalls im Zivilverfahren sei dies der Amtsermittlung vorzuziehen.[4] Der Beibringungsgrundsatz entspricht außerdem der Ausübungs- und Verfügungsfreiheit der Parteien sowie ihrer Selbstverantwortung und ist damit Ausdruck der Privatautonomie.[5]

In engem Zusammenhang mit dem Beibringungsgrundsatz steht die Frage nach der Beweislast. Dabei geht es um die Frage, welche Partei das Vorliegen bestimmter Tatbestandsmerkmale zu beweisen hat und damit darum, beurteilen zu können, zu wessen Gunsten oder Ungunsten eine erfolglose

1 *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 138 Rn. 28 ff.; *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 138 Rn. 10..

2 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 77 Rn. 3.

3 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 77 Rn. 3.

4 Vgl. Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, 1961, S. 175 f.

5 *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, vor § 128 Rn. 178; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 77 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Beweisaufnahme zu berücksichtigen ist.[6] Gemäß der Grundformel der Beweislast ist jede Partei für das Vorhandensein aller Voraussetzungen der ihr günstigen Normen beweispflichtig.[7] Der Anspruchsteller trägt damit die Beweislast für die rechtsbegründenden, der Anspruchsgegner für die rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Tatbestandsvoraussetzungen.[8] Ein Rechtsstreit wird häufig (nur) deshalb verloren, weil die beweisbelastete Partei den Beweis der ihr günstigen Tatsachen nicht führen konnte.[9] Das erscheint insbesondere dann nicht immer gerecht, wenn der Prozessgegner den Sachverhalt ohne Weiteres aufklären könnte.[10]

Dieses Risiko hat der Gesetzgeber erkannt und ermöglicht in § 254 ZPO das Vorgehen im Wege der Stufenklage.[11] Erforderlich ist dazu ein materiell-rechtlicher Anspruch, welcher den Gegner zur Verschaffung der notwendigen Informationen verpflichtet.[12] Das Gesetz sieht aber keine allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht vor.[13] Dem entspricht der Grundsatz *nemo tenetur contra se edere*, nach dem keine Partei gehalten ist, dem Gegner für seinen Prozesssieg das Material zu verschaffen, über das dieser nicht schon von sich aus verfügt.[14] Allerdings gewährt der Gesetzgeber

6 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 116 Rn. 3.

7 *„Diejenige Partei, deren Prozeßbegehr ohne die Anwendung eines bestimmten Rechtssatzes keinen Erfolg haben kann, trägt die Beweislast dafür, dass die Merkmale des Rechtssatzes im tatsächlichen Geschehen verwirklicht sind, oder – kurz gesagt – trägt die Beweislast für die Voraussetzungen des anzuwendenden Rechtssatzes"*, sog. Rosenberg'sche Formel, vgl. *Rosenberg*, Beweislast, S. 12; ganz h. M., s. BGH, Urt. v. 13.11.1998 – V ZR 386/97, NJW 1999, 352 juris-Rn. 13; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 116 Rn. 7, 9; *Prütting,* ZZP 123 (2010), 135.

8 *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 286 Rn. 35.

9 Vgl. *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, S. 9; z. B. BGH, Beschl. v. 26.10.2006 – III ZB 2/06, NJW 2007, 155; OLG Koblenz, Beschl. v. 15.03.2019 – 4 U 979/18 juris-Rn. 9 ff.; LG München, Urt. v. 20.12.2018 – 7 O 10495/17 juris-Rn. 349 ff.; LG Köln, Urt. v. 16.06.2009 – 33 O 374/08, MMR 2009, 640 juris-Rn. 67 ff.

10 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 13.

11 Dazu unten Kapitel 2 C. I. (S. 173).

12 Über den Wortlaut der Norm hinaus genügt nach h. M. ein Informationsanspruch irgendeiner Art, vgl. *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 254 Rn. 2; *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 254 Rn. 2; *Roth*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 254 Rn. 11.

13 RG, Urt. v. 03.06.1921 – II 590/20, RGZ 102, 235, 236; BGH, Urt. v. 22.01.1957 – VI 334/55, NJW 1057, 669; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 242 Rn. 605; *Haeffs*, Auskunftsanspruch, S. 31 m. w. N.

14 BGH, Urt. v. 08.01.1985 – X ZR 18/84 – Druckbalken, BGHZ 93, 191; BGH, Urt. v. 26.06.1958 – II ZR 66/57, JZ 1958, 541; dazu *Stürner/Stadler,* JZ 1985, 1101; ausführlich auch *Laumen*, in: FS-Prütting.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

vereinzelt sowohl auf materiell-rechtlicher Grundlage als auch im Zivilprozessrecht Zugang zu bestimmten Informationen.

Darauf Bezug nehmend[15] veröffentlichte *Stürner* im Jahr 1976 seine vielbeachtete Schrift zur „Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses". Basierend auf dem Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip) sowie dem in Art. 101 GG verankerten Rechts auf gesetzlich vorgesehenes richterliches Tätigwerden und dem Grundrecht auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 BGB[16] wurde von ihm in analoger Anwendung der gesetzlich geregelten Fälle einer Aufklärungspflicht der Prozessparteien (§§ 138 Abs. 1, 138 Abs. 2, 423, 445 ff., 372a, 654 ff. ZPO) eine umfassende prozessuale Aufklärungspflicht der nicht risikobelasteten Partei konstruiert.[17]

Diese Arbeit nahm der Bundesgerichtshof im Jahr 1990 zum Anlass, ausdrücklich am oben genannten Grundsatz festzuhalten, nachdem das Berufungsgericht in der Vorinstanz auf die Thesen *Stürners* zurückgegriffen hatte.[18] Diese Entscheidung hat im Schrifttum viel Zustimmung erfahren.[19] Gleichwohl wird der Grundsatz auch immer wieder in Frage gestellt.[20] Er sei überholt[21] und angesichts der vom Bundesgerichtshof entwickelten vielfältigen Informationsansprüche gegen die nichtbeweisbelastete Partei könne von einer solchen Regel tatsächlich schon lange nicht mehr die Rede sein.[22] Vor dem Hintergrund der „zunehmende[n] Komplexität der heutigen Welt", wird gefragt, ob es nicht an der Zeit sei, eine allgemeine Aufklärungspflicht im Gesetz zu verankern.[23] Auch der Bundesgerichtshof

15 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 4 ff.
16 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 31 ff.
17 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 93 ff., 104; vgl. auch u. Kapitel 1 A. II. (S. 55 ff.).
18 BGH, Urt. v. 11.06.1990 – II ZR 159/89, NJW 1990, 3151 juris-Rn. 9.
19 *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 210; *Laumen*, in: FS-Prütting, S. 393 m. w. N. in Fn. 12; *Gruber/Kießling,* ZZP 116 (2003), 305; *Lüke,* JuS 1986, 2; *Arens,* ZZP 96 (1983), 1.
20 Vgl. bereits *Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht, S. 337 ff.; auch *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 138 Rn. 11; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 110 Rn. 9; *Zekoll/Haas,* JZ 2017, 1140, 1145 ff.; *Gottwald*, in: FS-Stürner, S. S. 301 ff.; *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 357 ff.; *Scholz*, in: GS-Konuralp, S. 939; *Ahrens*, in: FS-Kerameus, S. 3; *Waterstraat,* ZZP 118 (2005), 459; *Messer*, in: BGH-FS, S. 77.
21 *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 142 Rn. 4a.
22 *Waterstraat,* ZZP 118 (2005), 459, 477.
23 *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 138 Rn. 54.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

selbst hält an diesem Grundsatz nicht mehr bedingungslos fest, wenn er formuliert,

> *„jede Partei hat in zumutbarer Weise dazu beizutragen, dass der Prozessgegner in die Lage versetzt wird, sich zur Sache zu erklären und den gegebenenfalls erforderlichen Beweis anzutreten.“* [24]

Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass der Gesetzgeber in naher Zukunft grundlegend von der fest etablierten Systematik abweichen wird. Allerdings fällt auf, dass zahlreiche Normen, die in den vergangenen Jahren Eingang in das deutsche Zivilrecht fanden, die Offenlegung von Beweismitteln zum Gegenstand haben. Entsprechende Ansprüche hat der Gesetzgeber etwa zur Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie[25] in die immaterialgüterrechtlichen Gesetze oder der Kartellschadensersatzrichtlinie[26] in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eingefügt. Neben Auskunft oder Rechnungslegung[27] kann der Berechtigte danach auch Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache verlangen.[28] Besonders weit geht der 2018 mit der Neunten GWB-Novelle eingeführte § 33g Abs. 1 GWB, wonach der Gläubiger verlangen kann, dass ihm diejenigen Beweismittel herausgegeben werden, die zur Erhebung einer auf Schadensersatz gemäß § 33a Abs. 1 GWB gerichteten Klage erforderlich sind. Auf diesem Wege werden weitreichende materiell-rechtliche Aufklärungspflichten normiert, die immerhin in besonderen Regelungszusammenhängen zu weitgehend vergleichbaren Ergebnissen führen dürften wie die von *Stürner* konstruierte allgemeine Aufklärungspflicht.

24 BGH, Urt. v. 14.11.2006 – X ZR 34/05, NJW-RR 2007, 488 Rn. 9.

25 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. 2004, Nr. L 157/45 (im Folgenden DSRL)..

26 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. 2014, Nr. L 349/1 (im Folgenden SERL).

27 Z. B. § 140b PatG, § 19 MarkenG, § 101 UrhG, § 33 Abs. 10 GWB.

28 Z. B. § 140c PatG, § 19a MarkenG, § 101a UrhG.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Informationsansprüche und Informationspflichten im deutschen Zivilrecht

Die in Rede stehenden Rechtsverhältnisse wurden häufig als Informationsansprüche [29], die sich daraus ergebenden Pflichten als Informations-[30] oder Informationsleistungspflichten[31] bezeichnet. Mit dem Begriff der Informationsansprüche wurden Ansprüche beschrieben, deren Gläubiger Rechenschaft bzw. Rechnungslegung, einfache Auskunftserteilung oder die Bereitstellung oder Duldung der Sichtung von Informationsmaterial verlangen können.[32] Teilweise wurden unter dem Begriff des Informationsanspruchs all diese Ansprüche zusammengefasst.[33] Teilweise wurden so nur Ansprüche auf Informations*gabe* oder Duldung der Informations*nahme*, also jene Ansprüche, durch die sich der Gläubiger selbst Wissen verschaffen kann, beschrieben.[34]

Die Bezeichnung dieser Ansprüche und der sich daraus ergebenden Pflichten als Informationsansprüche und Informationspflichten erscheint damit schon im Zusammenhang mit Auskunft und Rechnungslegung nicht ganz eindeutig. Weitere Unklarheiten ergeben sich, weil auch in anderen Regelungskomplexen Informationsansprüche und Informationspflichten von Bedeutung sind.

Beispielsweise sind § 312d BGB und Art. 246b § 1 EGBGB mit dem Titel „Informationspflichten" überschrieben. Diesen Pflichten liegt aber kein Anspruch i. S. d. § 194 Abs. 1 BGB zugrunde. Vielmehr bestimmt etwa § 312e BGB, dass bei Verletzung einer Informationspflicht über die Kosten des Widerrufs, diese Kosten nicht verlangt werden können. Wird die Informationspflicht über ein bestehendes Widerrufsrecht verletzt, verlängert sich nach § 356 Abs. 3 BGB die Widerrufsfrist und nach § 357 Abs. 6 BGB muss

29 *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 254 Rn. 2; *Rausch*, Stärkung des Informationsanspruchs; vgl. *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 7 ff.; *Osterloh-Konrad*, Vorbereitender Informationsanspruch, S. 5 ff.; *Ulrici,* NJW 2018, 2001; *Lüke,* JuS 1986, 2.

30 *Affolter*, Durchsetzung von Informationspflichten; *Lang*, Aufklärungspflicht und europäische Rechtsvereinheitlichung, S. 50, 71; *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 257 ff.

31 *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten.

32 *Rausch*, Stärkung des Informationsanspruchs; *Osterloh-Konrad*, Vorbereitender Informationsanspruch, S. 5; *Affolter*, Durchsetzung von Informationspflichten, S. 3.

33 Vgl. etwa *Lüke,* JuS 1986, 2, der nicht weiter zwischen Auskunfts- und Informationsansprüchen zu unterscheiden scheint.

34 *Rausch*, Stärkung des Informationsanspruchs, S. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

der Unternehmer, der einen Verbraucher nicht darüber aufgeklärt hat, dass er bei Widerruf die Kosten der Rücksendung tragen muss, diese Kosten selbst tragen. Der Verbraucher kann hier also nicht die Erteilung der Information verlangen. Wird eine solche Informationspflicht verletzt, muss vielmehr der Unternehmer mit besonders geregelten Nachteilen rechnen.

Auch im Lauterkeitsrecht ist häufig von Informationspflichten die Rede. Insbesondere das „Verschweigen von Tatsachen" im Sinne von § 5a Abs. 1 UWG a. F. setzte eine Verpflichtung des Unternehmers zur Mitteilung bestimmter Tatsachen voraus.[35] Der Umfang der dem Verbraucher mitzuteilenden Tatsachen ergab sich aus § 5a Abs. 2 bis Abs. 4 UWG a. F. Diese Verpflichtung zur Mitteilung bestimmter Tatsachen wurde regelmäßig als Informationspflicht bezeichnet.[36] Auch hier war die Terminologie nicht ganz einheitlich. Die Verpflichtung zur Mitteilung bestimmter Tatsachen wurde auch als „Informationsgebot" [37] bezeichnet. In dem § 5 Abs. 4 UWG a. F. zugrundeliegenden Art. 7 UGP-RL[38] (dort Abs. 5) ist von „Informationsanforderungen" die Rede. Gleichwohl hatte sich der Begriff der Informationspflichten in diesem Zusammenhang durchgesetzt. Auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht[39] wird dieser Begriff noch verwendet.[40]

Diese Informationspflichten stehen grundsätzlich den vom Gläubiger nicht geschuldeten Mitwirkungshandlungen, die regelmäßig auch als Ob-

35 BGH, Urt. v. 10.01.2013 – I ZR 190/11 – Standardisierte Mandatsbearbeitung, GRUR 2013, 945; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5a UWG Rn. 2.6.

36 Vgl. nur *Burger*, Lauterkeitsrechtliche Informationspflichten; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 40. Aufl. 2022, § 5a UWG Rn. 2.6.; *Köhler,* WRP 2017, 1; *Peifer,* ZLR 2011, 161; *Köhler*, in: FS-Loschelder; *Ernst,* CR 2010, 481; *Fezer,* WRP 2010, 577; *Körber/Henlein,* WRP 2009, 780; *Schulte/Schulte,* NJW 2003, 2140.

37 Vgl. *Fezer,* WRP 2007, 1021.

38 Vgl. Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.05.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. 2005, Nr. L 149/22 (im folgenden UPG-RL).

39 Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht v. 10.08.2021, BGBl. 2021 I, S. 3504 ff.

40 Vgl. nur *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 5a UWG Rn. 1.11, Rn. 1.18, Rn. 2.11 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

liegenheiten bezeichnet werden,[41] nahe. Der Adressat der Obliegenheit ist weder einem Erfüllungsanspruch noch einem Schadensersatzanspruch ausgesetzt, wenn er der Obliegenheit nicht nachkommt.[42] Die Beachtung einer Obliegenheit liegt deshalb vor allem im Interesse des Adressaten, soweit er den Eintritt eines angedrohten Rechtsnachteils verhindern will.[43] Die Informationspflichten aus § 312d BGB und Art. 246b § 1 EGBGB lassen sich ohne Weiteres unter den Begriff der Obliegenheiten subsumieren,[44] nachdem hier regelmäßig ein Schuldverhältnis zugrunde liegen wird. Die Einordnung der lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten als Obliegenheiten erscheint demgegenüber schwieriger. Hier entsteht zwischen Verbraucher und Unternehmer nicht zwingend ein Schuldverhältnis. Außerdem ist der Unternehmer unter Umständen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt. Diese standen herkömmlich aber nicht den Verbrauchern als anderem Teil, sondern den Mitbewerbern zu. Mittlerweile kommt gemäß § 9 Abs. 2 S. 1 UWG bei der Verletzung einer solchen Informationspflicht ein Schadensersatzanspruch der Verbraucher in Betracht. Die Bestimmung der Rechtsnatur der verbraucherschutz- und lauterkeitsrechtlichen Informationspflichten soll hier jedoch nicht weiter problematisiert werden.

Auch in § 1 Abs. 1 IFG und den vergleichbaren landesrechtlichen Informationsfreiheitsgesetzen wird ein Anspruch auf Zugang zu Informationen gewährt. Dabei findet sich beispielsweise in § 1 Abs. 2 S. 1 IFG eine Regelung zu der Frage, in welcher Weise die zu gewährenden Informationen zur Verfügung gestellt werden müssen. Die Norm gewährt – anders als das Verbraucherschutz- oder Lauterkeitsrecht – tatsächlich einen echten Anspruch auf Informationen, ist aber dem öffentlichen Recht zuzuordnen, nachdem Anspruchsgegner die Behörden des Bundes sind. Diese Ansprüche sollen nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein.[45]

41 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, Einl. vor § 241 Rn. 14.
42 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, Einl. vor § 241 Rn. 14; *Looschelders*, SchuldR AT, § 1 Rn. 26.
43 *Looschelders*, SchuldR AT, § 1 Rn. 26.
44 Den Begriff verwendet bspw. auch *Mankowski,* JZ 2008, 1141.
45 S. zur Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf privatisierte Unternehmen ausf. *Bosesky*, Privatisierung und Informationszugang, S. 97 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Informations- und Offenlegungsansprüche in dieser Arbeit

1. Informationsansprüche und Informationspflichten

Aufgrund der soeben dargestellten mehrdeutigen Verwendung des Begriffs der Informationsansprüche soll zunächst klargestellt werden, dass der Begriff des Informationsanspruchs in dieser Arbeit als Oberbegriff für Ansprüche auf Rechnungslegung und Auskunftserteilung verwendet wird. Die Bezeichnung ist im Zusammenhang mit den hier zu untersuchenden Fragen etabliert, jedoch nicht ganz trennscharf definiert. Entgegen dem klassischen Verständnis, das teilweise auch Ansprüche auf Zugang zu jeder Art von Informationen unter diesem Begriff fassen will, sollen hier nur die Ansprüche so bezeichnet werden, die Zugang zu aufbereiteten und zusammengefassten Informationen gewähren. Es geht hier um die unmittelbare Informationsverschaffung. Das sind allein Rechnungslegungs- und Auskunftsansprüche.[46] Die sich daraus ergebenden Pflichten werden im Rahmen dieser Arbeit als Informationspflichten beschrieben. Anhand der dazu etablierten Grundsätze wird zunächst ein Maßstab für die Erfüllung aller Ansprüche, die unmittelbar oder mittelbar den Zugang zu Informationen ermöglichen sollen, entworfen.[47] Beachtlich ist mit Blick auf die Rechnungslegung, dass diese auch die Belegvorlage zum Gegenstand hat[48] und insoweit durchaus auch ein Element der Offenlegung beinhaltet.[49]

2. Offenlegungsansprüche und Offenlegungspflichten

Geht es darum, der anderen Partei Zugang zu Beweismitteln zu verschaffen, gewährt der Gesetzgeber einen Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln (§ 33g Abs. 1 GWB) oder einen Anspruch auf Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache (z. B. §§ 809, 810 BGB, § 140c PatG). Der Gesetzgeber beschreibt den Inhalt der geschuldeten Leistung. Diese Ansprüche werden im Rahmen dieser Arbeit als Offenlegungsansprüche, die sich daraus ergebenden Pflichten als Offenlegungspflichten bezeichnet. Durch diese Ansprüche soll es dem Gläubiger ermöglicht werden, die benötigten Informationen selbst zu erforschen. Die Informationsverschaffung erfolgt hier mittelbar.

46 Vgl. dazu auch u. Kapitel 1 B. I. (S. 59).
47 S. u. Kapitel 1 (S. 54 ff.).
48 S. u. Kapitel 1 B. I. 2. (S. 65).
49 Zum Begriff sogl. Kapitel 1 A. III. 2. (S. 44).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Der Begriff der Offenlegung hat auch eine europarechtliche Grundlage. Er findet sich insb. in der Kartellschadensersatzrichtlinie, wo Kapitel II mit „Offenlegung von Beweismitteln" überschrieben ist.[50] Gemäß Art. 5 SERL kann Offenlegung von Beweismitteln vom Beklagten, gemäß Art. 6 SERL aus den Akten der Wettbewerbsbehörde verlangt werden. Dabei handelt es sich auch um einen „echten" Anspruch i. S. d. § 194 Abs. 1 BGB, weil die Vorschrift – jedenfalls hinsichtlich des Anspruchs gegen den Beklagten[51] – in materielles Recht überführt wurde (vgl. § 33g Abs. 1, Abs. 2 GWB). Im Unterschied zu diesen Offenlegungsansprüchen ist in § 33 Abs. 10 GWB ein Auskunftsanspruch im klassischen Sinne vorgesehen, so dass auch hier die Differenzierung zwischen Offenlegung und Auskunft geboten scheint. Die Bezeichnung der Ansprüche, die Zugang zu Beweismitteln, die sich in fremder Hand befinden, gewähren, als Offenlegungsanspruch liegt damit nahe. Dieser Begriff wird in diesem Zusammenhang auch von Rechtsprechung und Literatur aufgegriffen.[52] Die sich aus den Offenlegungsansprüchen ergebenden charakteristischen Pflichten werden im Rahmen dieser Arbeit als Offenlegungspflichten bezeichnet.[53]

In Kapitel 2[54] werden die Anwendungsfälle der bereits gesetzlich vorgesehenen Offenlegungspflichten ausführlich dargestellt. Davon ausgehend und unter Berücksichtigung der mit Blick auf das US-amerikanische Zivilprozessrecht sowie die europarechtlichen Grundlagen dieser Offenlegungspflichten gewonnene Erkenntnisse, wird im abschließenden Teil erläutert, in welcher Art und Weise Offenlegungsansprüche allgemein zu erfüllen sind[55] und wie sich ihre Reichweite sinnvoll beschränken lässt.[56]

---

50 Vgl. auch EGr. 15 SERL; *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 458.

51 Art. 6 SERL wurde mit der Regelung in § 89c GWB in nationales Recht überführt. Dabei handelt es sich um eine Bestimmung des Prozessrechts, welche §§ 142 ff., 273 Abs. 2 Nr. 2, 299 ZPO ergänzt, vgl. *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 89c Rn. 4; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 11, 13; zu §§ 142 ff. ZPO auch u. Kapitel 2 D. (S. 180).

52 Vgl. nur LG Dortmund, Urt. v. 27.02.2019 – 8 O 19/18, NZKart 2019, 231 juris-Rn. 120; *Weitbrecht,* NZKart 2019, 70, 74; *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 470; *Bach/Wolf,* NZKart 2017, 285, 287 ff.; auch schon *Koch*, Mitwirkungsverantwortung, S. 81.

53 Vgl. Kapitel 2 (S. 101) für eine ausführliche Darstellung der maßgeblichen Regelungen.

54 S. u. S. 101.

55 Dazu u. Kapitel 5 (S. 339 ff.).

56 Dazu u. Kapitel 6 (S. 379 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Aufklärungsansprüche und Aufklärungspflichten

Unter dem Oberbegriff der Aufklärungsansprüche werden in dieser Arbeit Informations- und Offenlegungsansprüche zusammengefasst. Die sich daraus ergebende Pflicht wird als materiell-rechtliche Aufklärungspflicht bezeichnet. Das klarstellende Attribut „materiell-rechtlich" dient zur Unterscheidung von der auf zivilprozessualer Grundlage entwickelten allgemeinen (oder) prozessualen Aufklärungspflicht.

V. Problemaufriss

Die Konstruktion einer allgemeinen prozessualen[57] oder materiellen Aufklärungspflicht[58] wurde bereits in verschiedenen wissenschaftlichen Abhandlungen versucht. Dabei ist häufig auf das vorgelagerte Informationsproblem hingewiesen worden.[59] Nachdem in diesen Arbeiten die Einführung einer allgemeinen Aufklärungspflicht in das Zivilrecht gut nachvollziehbar begründet wurde und der Gesetzgeber für einzelne Rechtsgebiete bereits eine Pflicht zur Herausgabe von Beweismitteln normiert hat, erscheint es naheliegend, Informationsdefiziten im allgemeinen Zivilrecht nicht nur durch Aufklärung im Wege der Informationsverschaffung, sondern auch durch einen allgemeinen Anspruch auf Vorlage von Beweisen zu begegnen. Eine so ausgestaltete allgemeine Pflicht zur Vorlage von Beweismitteln könnte zunächst auf die gesamtanaloge Anwendung der bestehenden spezialgesetzlichen Regelungen gestützt werden. Allerdings erscheint hier – wie zur Begründung einer allgemeinen Aufklärungspflicht – das Tätigwerden des Gesetzgebers vorzugswürdig, weil tiefgreifende Auswirkungen auf den Zivilprozess zu erwarten sind.[60]

In dieser Arbeit soll daher untersucht werden, wie Offenlegungspflichten zu erfüllen sind. Damit einher geht die Frage, wie die Pflicht zur Vorlage von Beweismitteln sinnvoll beschränkt werden kann. Dabei sollen Inhalt

57 V. a. *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess.
58 Z. B. *Haeffs*, Auskunftsanspruch.
59 Vgl. *Bakowitz*, Informationsherrschaft; *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht; *Adler*, US-discovery und Patentverletzungsprozess; *Diakonis*, Beweiserhebung von Amts wegen; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung; *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten; *Kapoor*, Vorlagepflichten; *Oppermann*, Auskunftsanspruch; *Banzhaf*, Auskunftsanspruch.
60 Dazu grundlegend *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 357 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

und Umfang der bereits geregelten Offenlegungsansprüche und damit Art und Weise der geschuldeten Informationsverschaffung einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Dies ist selbst innerhalb abtrennbarer Regelungskomplexe oft nicht eindeutig bestimmbar.[61] Darauf aufbauend soll ein Konzept entworfen werden, anhand dessen sich beurteilen lässt, in welcher Weise Offenlegungsansprüche im Allgemeinen zu erfüllen sind[62] ohne die Beweisverschaffung unangemessen ausufern zu lassen.[63]

Besondere Aufmerksamkeit verdienen dabei die im Wettbewerbsrecht und im Immaterialgüterrecht geregelten Offenlegungspflichten, wo diese Frage in der Praxis eine besondere Rolle spielt. Dort wurden Offenlegungsansprüche auf der Grundlage der Durchsetzungsrichtlinie in das deutsche Recht eingeführt. In diesem Rahmen hat auch die Europäische Kommission die hier zu besprechende Problematik erkannt. In ihrem „Leitfaden zu bestimmten Aspekten der Richtlinie 2004/48/EG"[64] stellt die Kommission zunächst fest, dass an die Bezeichnung der in Rede stehenden Beweismittel in einzelnen Mitgliedstaaten sehr hohe Anforderungen gestellt werden, so dass in der Praxis die Möglichkeit, solche Beweismittel zu erlangen, erheblich eingeschränkt ist. Problematisch ist damit einerseits der Gegenstand der Offenlegungsansprüche. Zum anderen zielt die Europäische Kommission mit ihrer Kritik auf gesetzliche Vorgaben wie § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wonach strenge Anforderungen an die Bestimmtheit des Offenlegungsgegenstandes gestellt werden.[65] Weiterhin erkennt die Europäische Kommission, dass die Formulierung „in der Verfügungsgewalt einer gegnerischen Partei befindliche Beweismittel" der Auslegung bedarf. Es wird ausdrücklich problematisiert, ob der Begriff der Verfügungsgewalt im Sinne von Besitz zu verstehen ist oder ob der Gegner auch verpflichtet ist, eine angemessene Suche nach dem Gegenstand durchzuführen.[66]

Die Reichweite der Offenlegungsansprüche hängt damit zunächst von ihrem Bezugspunkt, dem Beweismittel, ab. Sodann ergibt sich schon aus allgemeinen Unmöglichkeitserwägungen, dass ein Beweismittel nicht herausgegeben werden muss, wenn der Offenlegungsschuldner darauf nicht zugreifen kann. Zu untersuchen ist daher, wann der Offenlegungsschuldner

61 Vgl. u. S. 63.
62 Dazu u. Kapitel 5 (S. 339 ff.).
63 Dazu u. Kapitel 6 (S. 379 ff.).
64 COM(2017) 708 final (abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2017:708:FIN, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).
65 COM(2017) 708 final, S. 15.
66 COM(2017) 708 final, S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

so Zugriff auf das herausverlangte Beweismittel hat, dass ihm die Offenlegung zumutbar erscheint. Schließlich wird zu beantworten sein, was „Offenlegung" selbst bedeutet. Solange es sich bei den begehrten Beweismitteln um körperliche Gegenstände handelt, muss dazu geklärt werden, was „Vorlage", „Besichtigung" oder „Herausgabe" im konkreten Kontext bedeuten. Eine erste Orientierung liefert dabei die Rechtsprechung zu §§ 809, 810 BGB und den entsprechenden immaterialgüterrechtlichen Vorschriften.[67] Gleichwohl ist zu beachten, dass die neueren Vorschriften unionsrechtlichen Vorgaben entspringen und daher autonom auszulegen sind.

Zunächst leuchtet ohne Weiteres ein, dass Zeugen nicht „herausgegeben" oder „vorgelegt" werden können. Denkbar ist in diesem Zusammenhang jedoch die Mitteilung von Informationen über die an einer Kartellabsprache beteiligten Personen,[68] die dann im Prozess befragt werden können, wo sie der allgemeinen Wahrheitspflicht gemäß § 395 ZPO unterliegen.[69] Auch wo Einsicht in elektronisch gespeicherte Daten verlangt wird, ist die Ausgestaltung der Offenlegungshandlung von besonderem Interesse.[70]

Um Inhalt und Umfang der Offenlegungspflichten negativ beschreiben zu können, ist daneben die Bestimmung ihrer Grenzen sinnvoll. Dabei ist zu beachten, dass das Informationsbedürfnis des Anspruchsberechtigten und die Geheimhaltungsinteressen des Offenlegungsverpflichteten in gerechten Ausgleich gebracht werden.[71] Diese Frage stellt sich vor allem im Zusammenhang mit dem Einwand, der Zugang zu den begehrten Beweismitteln müsse aus Gründen der Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen oder beschränkt werden (die Informationsansprüche betreffend ausdrücklich etwa § 19 Abs. 4 MarkenG[72] und § 140b Abs. 4 PatG). Auch ohne ausdrückliche Anordnung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung können diese Überlegungen jedenfalls unter dem Gesichtspunkt von „Treu und Glauben" angestellt werden, weil jede richterliche Entscheidung auch eine Ermessensentscheidung darstellt.[73] Grenzen der Offenlegungsansprüche können sich auch aus Schweigepflichten[74], bei prozessfremden Verwer-

67 So zu § 33g GWB *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 19; zur dies betreffenden Rspr. s. Kapitel 2 B. (S. 107).
68 *Bach/Wolf,* NZKart 2017, 285, 286; *Ahrens*, in: FS-Kerameus, S. 11.
69 S. u. Kapitel 5 (S. 339).
70 Dazu u. Kapitel 5 B. (S. 360).
71 S. u. Kapitel 6 B. I. 2. b) (S. 394).
72 Dazu *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19 Rn. 52 ff.
73 *Stickelbrock*, Richterliches Ermessen im Zivilprozess, S. 234.
74 S. u. Kapitel 6 B. I. 3. c) (S. 401).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

tungszwecken[75] oder aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht[76] ergeben. Insgesamt geht es dabei um Fragen der Zumutbarkeit und der Verhältnismäßigkeit.[77] Es wird daher zu untersuchen sein, wann die Offenlegung unverhältnismäßig ist.[78]

Diese Fragen sind anderen Rechtsordnungen keineswegs fremd. Insbesondere gibt es in den Vereinigten Staaten von Amerika mit der *pre-trial discovery*[79] ein Verfahren, das die möglichst umfassende Sachverhaltsaufklärung zum Ziel hat. Das englische *disclosure*-Verfahren ist weniger weitreichend als die US-amerikanische *pre-trial discovery*, hatte aber entscheidenden Einfluss auf die Enforcement-Richtlinie und die Kartellschadensersatzrichtlinie, so dass es nahe liegt, auch dieses Verfahren näher zu beleuchten,[80] um Erkenntnisse für die Erfüllung der auf diesen Richtlinien gründenden Offenlegungspflichten ableiten zu können.[81] Gleiches gilt für die *saisie-contrefaçon* des französischen Immaterialgüterrechts.[82]

B. Gang der Darstellung

Die Arbeit gliedert sich in drei Teile, wobei jeder Teil aus zwei Kapiteln besteht. Im ersten Teil wird dargestellt, in welchem Zusammenhang Informations- und Offenlegungsansprüche von Bedeutung sind. Im ersten Kapitel werden zunächst Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung betrachtet. Insbesondere wird untersucht, in welcher Weise diese Informationsansprüche erfüllt werden. Dabei wird die gegenwärtige Rechtsprechung kritisch hinterfragt und ein alternativer Lösungsansatz vorgeschlagen. So wird ein Grundsatz entworfen, an dem die Erfüllung aller auf unmittelbare oder mittelbare Informationsverschaffung gerichteten Ansprüche gemessen werden kann.[83] Im zweiten Kapitel werden die im Zentrum dieser Arbeit

75 S. u. Kapitel 6 B. III. 1. a) (S. 405).
76 S. u. Kapitel 6 B. I. 3. a) (S. 399).
77 Vgl. nur BGH, Urt. v. 23.09.1958 – VI ZR 233/57, VersR 1958, 785, 786; OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.06.1984 – 8 U 166/83, NJW 1984, 2635; *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 76; *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 138; *Peters,* ZZP 82 (1969), 200, 222.
78 Dazu Kapitel 6 (S. 379 ff.).
79 Zum Begriff u. Kapitel 3 A. (S. 188).
80 Dazu u. Kapitel 4 A. I. (S. 266 ff.).
81 Zu den europarechtlichen Vorgaben u. Kapitel 4 B. (S. 306 ff.).
82 Dazu u. Kapitel 4 A. II. (S. 298 ff.).
83 Vgl. sogl. Kapitel 1 (S. 54 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

stehenden Offenlegungsansprüche näher vorgestellt, mit denen sich der Gläubiger Zugang zu Beweismitteln verschaffen kann, um bestimmte Informationen selbst zu erforschen. Dabei wird besonders auf Ansprüche eingegangen, die durch die Umsetzung europarechtlicher Vorgaben Eingang in das deutsche Recht gefunden haben.[84]

Im zweiten Teil wird der Zugang zu Beweismitteln in anderen Rechtsordnungen untersucht. So können weitere Erkenntnisse über die Funktionsweise der Beweismitteloffenlegung und die damit zusammenhängenden Schwierigkeiten gewonnen werden. Im dritten Kapitel wird die *pre-trial discovery* des US-amerikanischen Zivilprozesses vorgestellt. Diese gewährt in besonders weitreichendem Umfang Zugang zu Beweismitteln. Außerdem finden sich in den Vereinigten Staaten von Amerika gesetzliche Regelungen, die die Offenlegung abhängig vom jeweiligen Beweismittel detailliert regeln.[85] Weil die Offenlegungsansprüche des deutschen Rechts nahezu ausnahmslos auf europäische Rechtsakte zurückgeführt werden können, erscheint außerdem die Untersuchung der Genese dieser europarechtlichen Grundlagen angezeigt. Dazu werden im vierten Kapitel zunächst die Mechanismen zur Beweismitteloffenlegung in England und Frankreich untersucht,[86] die besonderen Einfluss auf die im Anschluss dargestellten Richtlinien hatten.[87] Insbesondere werden so Probleme erkennbar, die auch im Zusammenhang mit den Offenlegungspflichten des deutschen Rechts zu erwarten sind. Es erscheint lohnend zu untersuchen, wie diesen Problemen in den genannten Rechtsordnungen begegnet wird, um im abschließenden Teil zu untersuchen, ob auch im deutschen Recht Wege zur Bewältigung dieser Probleme vorhanden sind.

In diesem letzten Teil werden die zuvor gewonnen Erkenntnisse verwertet. Es wird ein Konzept entworfen, mit dem die Reichweite der Offenlegungsansprüche sinnvoll gefasst und beschränkt werden kann. Im fünften Kapitel werden der Gegenstand der Offenlegungsansprüche sowie die geschuldete Offenlegungshandlung bestimmt. Es wird erläutert, wie die Offenlegungsansprüche grundsätzlich zu erfüllen sind. So werden Inhalt und der Umfang der Offenlegungspflichten bestimmt.[88] Anschließend wird im sechsten Kapitel gezeigt, dass die Offenlegungsansprüche durch Anwen-

84 Kapitel 2 (S. 101 ff.).
85 Kapitel 3 (S. 188 ff.).
86 Kapitel 4 A. (S. 265 ff.).
87 Dazu Kapitel 4 B. (S. 306 ff.).
88 Kapitel 5 (S. 339 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

dung von Grundsätzen aus dem allgemeinen Schuldrecht beschränkt werden können. Einem ausufernden und damit unverhältnismäßigen Zugang zu Beweismitteln der anderen Partei kann so unter Rückgriff auf bekannte Regelungen begegnet werden.[89] Sieben zusammenfassende Thesen schließen die Arbeit ab.[90]

89 Kapitel 6 (S. 379 ff.).
90 S. 417 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Erster Teil – Information und Offenlegung

Die Frage nach der Erfüllung und der Reichweite stellt sich nicht nur in Bezug auf die Offenlegungsansprüche, mit denen Zugang zu Beweismitteln verlangt werden kann, damit der Gläubiger die benötigten Informationen selbst erforschen kann, sondern auch mit Blick auf die Informationsansprüche, durch welche dem Gläubiger im Rahmen der Auskunft oder Rechnungslegung bereits aufbereitete Informationen vermittelt werden. Dabei gibt es hinsichtlich der Informationsansprüche bereits etablierte Grundsätze, anhand derer sich die ordnungsgemäße Erfüllung der Informationspflichten beurteilen lässt.

Im ersten Teil dieser Arbeit soll dargestellt werden, in welchem Zusammenhang und auf welche Weise das deutsche Recht unmittelbar und mittelbar Zugang zu Informationen gewährt. Im ersten Kapitel werden die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Erfüllung der Informationsansprüche dargestellt und zugleich kritisch hinterfragt. So wird ein Standard entwickelt, an dem sich messen lässt, ob die erbrachte Leistung dem Sinn und dem Zweck des Informationsanspruchs gerecht wird. Darauf aufbauend kann später gezeigt werden, in welcher Weise Offenlegungsansprüche erfüllt werden.[91] Zuvor soll im zweiten Kapitel dargestellt werden, in welchem Zusammenhang und in welcher Weise die Offenlegung von Beweismitteln bereits heute gewährt wird. Dabei kommt Regelungen aus dem Wettbewerbsrecht und dem Immaterialgüterrecht eine besonders grundlegende Rolle zu, weil die mit der zentralen Frage verbundenen Probleme dort besonders deutlich zu Tage treten.

91 S. u. Dritter Teil (S. 337 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 1 – Zugang zu aufbereiteten Informationen

In diesem Kapitel werden zunächst die Grundlagen der Informationsansprüche[92] dargestellt und sodann untersucht, auf welche Art und Weise diese Ansprüche zu erfüllen sind. Informationsansprüche sind den Offenlegungsansprüchen[93] insoweit vergleichbar, als sie dem Gläubiger Informationen verschaffen sollen, ohne die dieser seine Interessen nicht sinnvoll wahrnehmen kann. Informations- und Offenlegungsansprüche sind im Ergebnis auf das gleiche Ziel gerichtet, auch wenn dieses Ziel auf verschiedenen Wegen erreicht werden soll. Auf Grundlage dieser Untersuchung wird im Fortgang dieser Arbeit herausgearbeitet, in welcher Weise Offenlegungsansprüche zu erfüllen sind.

A. Grundlagen zu den Informationsansprüchen

I. Gesetzlich geregelte Informationsansprüche

Das Gesetz sieht in unterschiedlichen Zusammenhängen besondere Auskunfts- oder Rechenschaftspflichten vor. Sie finden sich sowohl im Bürgerlichen Gesetzbuch als auch in zahlreichen Sondergesetzen, wie etwa dem Markengesetz oder der Datenschutzgrundverordnung.[94] Eine Informationspflicht kann sich auch aus § 249 Abs. 1 BGB oder aus § 1004 Abs. 1 BGB ergeben, soweit die Information zur Beseitigung eines Schadens oder einer Störung notwendig ist, obwohl dies dem Wortlaut dieser Normen nicht zu entnehmen ist.[95] Umstritten ist, inwiefern bestehende Informati-

92 Zum Begriff s. o. Hinführung A. III. 1. (S. 44).
93 Zum Begriff s. o. Hinführung A. III. 2. (S. 44).
94 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutzgrundverordnung), ABl. 2016, Nr. L 119/1 (im Folgenden DSGVO); vgl. auch die Aufzählung bei *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 260 Rn. 3; *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 7 ff.
95 *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 260 Rn. 3, 13.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

onsansprüche in verwandten Rechtsgebieten analoge Anwendbarkeit finden können.[96]

II. Allgemeiner Auskunftsanspruch und allgemeine Aufklärungspflicht

Ist ein Auskunftsanspruch nicht im Gesetz vorgesehen, findet sich häufig die Feststellung, eine allgemeine Auskunftspflicht sei dem Bürgerlichen Gesetzbuch fremd.[97] Allerdings ist diese Formulierung in dieser Pauschalität nicht zutreffend. In Fällen, in denen das Gesetz keinen Informationsanspruch vorsieht, die Durchsetzung eines dem Grunde nach feststehenden oder (im vertraglichen Bereich) jedenfalls wahrscheinlichen Hauptanspruchs sonst jedoch nicht möglich ist, wird regelmäßig auf § 242 BGB als Anspruchsgrundlage für einen Auskunftsanspruch zurückgegriffen.[98] Ein auf Treu und Glauben gestützter Auskunftsanspruch komme in Betracht, wenn der Gläubiger,

> *„in entschuldbarer Weise nicht nur über den Umfang, sondern auch über das Bestehen seines Rechts im Ungewissen ist, er sich die zur Vorbereitung und Durchführung seines Zahlungsanspruchs notwendigen Auskünfte nicht auf zumutbare Weise selbst beschaffen kann und der Verpflichtete sie unschwer, das heißt ohne unbillig belastet zu sein, zu geben vermag"*.[99]

Ein solcher Auskunftsanspruch kann in allen oben[100] genannten Anwendungsgebieten eine Rolle spielen.

Auf Grundlage einer Analyse der bestehenden Auskunftsansprüche wurde gefordert, den gewohnheitsrechtlich anerkannten und auf § 242 BGB gegründeten Auskunftsanspruch einer Neuregelung im allgemeinen Teil des Schuldrechts zuzuführen.[101] Dazu wurde etwa vorgeschlagen, einen

96 Z. B. *Asendorf*, in: FS-Traub, S. 21 ff.

97 RG, Urt. v. 03.06.1921 – II 590/20, RGZ 102, 235, 236; BGH, Urt. v. 22.01.1957 – VI 334/55, NJW 1057, 669; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 242 Rn. 605; *Haeffs*, Auskunftsanspruch, S. 31 m. w. N.

98 *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 242 Rn. 605.

99 BGH, Urt. v. 05.06.1985 – I ZR 53/83 – GEMA-Vermutung I, GRUR 1986, 62 juris-Rn. 34; s. auch BGH, Urt. v. 06.02.2007 – X ZR 117/04 – Meistbegünstigungsvereinbarung, GRUR 2007, 532 Rn. 13; BGH, Urt. v. 17.05.2001 – I ZR 291/98 – Entfernung der Herstellungsnummer II, GRUR 2001, 841 juris-Rn. 29.

100 Vgl. Kapitel 1 A. I. (S. 54).

101 *Haeffs*, Auskunftsanspruch, S. 181 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

materiell-rechtlichen „vorbereitenden Auskunftsanspruch“ [102] in § 259 BGB n. F. zu schaffen, wobei die bestehenden Leitlinien aus Rechtsprechung und Lehre in positives Recht überführt werden sollten. Dabei müssten hinreichend klare Linien für den Auskunftsanspruch vorgegeben werden. Diese Kodifikation dürfe jedoch keinen abschließenden Charakter entfalten, um den verschiedenen Regelungskomplexen Rechnung tragen zu können.[103]

Ausgehend von bestehenden Regelungen wurde außerdem argumentiert, es sei an der Zeit, eine allgemeine Auskunftspflicht der Parteien zu normieren.[104] Es wurde angeregt, den Parteien des Zivilprozesses aufzugeben, alles zur Aufklärung des Sachverhalts Notwendige zu tun. Gestützt wurde eine solche allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht auf eine analoge Anwendung der §§ 138 Abs. 1 und Abs. 2 sowie §§ 445 ff., 423, 372a, 656 Abs. 1 ZPO.[105] § 138 Abs. 1 ZPO dient dabei als möglicher positivrechtlicher Anknüpfungspunkt einer allgemeinen Aufklärungspflicht[106] und § 138 Abs. 2 ZPO liefert die Grundlage für die Verpflichtung des Prozessgegners, zur Linderung des Aufklärungsrisikos einer Partei beizutragen.[107]

Flankiert werden sollte diese prozessuale Auskunftspflicht durch einen einklagbaren Informationsanspruch, der sich konstruktiv aus der Rechtsanalogie zu den (seinerzeit) bereits im Gesetz geregelten Auskunftsansprüchen ergeben sollte. Zusätzliche Absicherung sollte diese Rechtsanalogie über § 242 BGB erfahren.[108] Immer wieder stimmten verschiedene Autoren dieser Lehre von den prozessualen Aufklärungspflichten zu.[109] Auch vor dem Hintergrund europäischer Rechtsvereinheitlichung wurde eine Auskunftspflicht der Parteien im Zivilprozess gefordert.[110]

Es wurde jedoch eingewandt, dass materiell-rechtlichen Aufklärungspflichten neben einer allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht allenfalls im eher unbedeutenden vorprozessualen Bereich Bedeutung zukom-

102 Dazu auch *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 7 ff.; *Breyer*, in: Gilles/Pfeiffer, S. 192 ff.; *Osterloh-Konrad*, Vorbereitender Informationsanspruch, S. 5 ff.
103 *Haeffs*, Auskunftsanspruch, S. 187.
104 Vgl. nur *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 383 f.; *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 417 ff.; *Haeffs*, Auskunftsanspruch, S. 191.
105 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 378.
106 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 11; dazu auch *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht.
107 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 11 f.
108 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 379.
109 Vgl nur *Katzenmeier,* JZ 2002, 533, 538; *Wagner,* ZEuP 2001, 441, 463 ff.; *Peters*, in: FS-Schwab, S. 407 f.
110 *Lang*, Aufklärungspflicht und europäische Rechtsvereinheitlichung, S. 264 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

men würde. Diese wären dann nicht mehr als „ein materiellrechtliches Vorgeplänkel vor dem prozessualen Hauptspiel."[111] Ein solches Ergebnis sei aber nicht mit dem Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozessrecht vereinbar: Unter Missachtung materiell-rechtlicher Wertungen würden eigene prozessuale Ansprüche und Pflichten begründet, was nach geltendem Recht nicht zu begründen und auch rechtspolitisch nicht wünschenswert sei.[112]

Die Lehre von den prozessualen Aufklärungspflichten konnte sich auch in der Praxis nicht durchsetzen.[113] Von der Rechtsprechung wird regelmäßig betont, dass die Zivilprozessordnung „keine – über die anerkannten Fälle der Pflicht zum substantiierten Bestreiten hinausgehende – allgemeine Aufklärungspflicht der nicht darlegungs- und beweispflichtigen Partei" kenne.[114] Nachdem das materielle Recht eine solche Pflicht nicht kenne, sei es nicht Aufgabe des Prozessrechts, diese einzuführen.[115] Im Lichte der gegenwärtigen Herangehensweise des Gesetzgebers, Aufklärungsansprüche nur in eng umrissenen Regelungsgebieten einzuführen, erscheint es umso schwieriger, eine allgemeine Aufklärungspflicht auf eine analoge Anwendung der vereinzelt geregelten Informationsansprüche zu stützen. Der Gesetzgeber verschließt die bestehenden Regelungslücken durch eigens angepasste Normen. Im Umkehrschluss bringt er zum Ausdruck, dass eine allgemeine Aufklärungspflicht nicht besteht.

Allerdings wurden einer Partei von den Gerichten häufig materiell-rechtliche Aufklärungsansprüche zugestanden oder sekundäre Behauptungs- und Beweislasten auferlegt und so vergleichbare Ergebnisse erzielt.[116] Des-

111 *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 212.

112 *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 211 f.

113 Zur Entwicklung vgl. *Arens,* ZZP 96 (1983), 1 ff.; *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 260 Rn. 1; ablehnend *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 138 Rn. 50 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 110 Rn. 9; *Gruber/Kießling,* ZZP 116 (2003), 305, 313; Der Vorschlag von Gottwald zur Einführung einer generellen Aufklärungspflicht wurde auf dem 61. DJT mehrheitlich abgelehnt, vgl. *Gottwald*, Gutachten A zum 61. DJT, S. A 15 ff., A 19 und Beschlüsse Bd. II/1, I67.

114 BGH, Urt. v. 11.06.1990 – II ZR 159/89, NJW 1990, 3151, Leitsatz.

115 BGH, Beschl. v. 26.10.2006 – III ZB 2/06, NJW 2007, 155 juris-Rn. 7; BGH, Urt. v. 07.12.1999 – XI ZR 67/99, NJW 2000, 1108 juris-Rn. 16; BGH, Urt. v. 17.10.1996 – IX ZR 293/95, NJW 1997, 2253 juris-Rn. 17; BGH, Urt. v. 12.11.1991 – KZR 18/90 – Amtsanzeiger, BGHZ 116, 47 juris-Rn. 28; BGH, Urt. v. 11.06.1990 – II ZR 159/89, NJW 1990, 3151 juris-Rn. 9.

116 BGH, Urt. v. 11.06.1990 – II ZR 159/89, NJW 1990, 3151 juris-Rn. 10; vgl. dazu auch *Gomille,* JZ 2018, 711; *Kiethe,* MDR 2003, 781; ablehnend *Prütting*, in: FS-Krüger, S. 436 ff.; z. B. LG Berlin, Urt. v. 27.10.2020 – 15 O 296/18 (Pressemitteilung abrufbar

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

halb wurde festgestellt, dass gerade auf diese Weise dem Prozessgegner der Zugang zu Beweisen verschafft werden muss. Der Grundsatz, eine Partei müsse der anderen kein Material für den Prozesssieg verschaffen, gelte nicht uneingeschränkt. Es gebe Anzeichen dafür, dass sich in der „prozessualen Moderne" die skizzierte Lehre von den prozessualen Aufklärungspflichten noch durchsetzen könne. Kritisiert wurde dabei, dass etwa in § 372a ZPO sehr weitreichende Mitwirkungspflichten eingeführt wurden, § 101a UrhG jedoch von großer Zurückhaltung geprägt sei.[117] Die materiell-rechtlichen und prozessualen Aufklärungspflichten würden nicht an einem einheitlichen Maßstab gemessen. Insgesamt sei das deutsche Recht rückständig geworden, wenn es um Zugang der Parteien zu Information und Beweismitteln geht.[118] Durch die zahlreichen Einzelregelungen sei ein „Flickwerk" entstanden, welches die klare Diagnose dieser Rückständigkeit erschwere.[119]

Ob eine allgemeine Auskunftspflicht tatsächlich notwendig ist, erscheint mit Blick auf die zahlreichen unterschiedlichen Funktionen der Auskunftsansprüche jedenfalls fragwürdig. Nicht umsonst gewährt der Gesetzgeber Auskunftsansprüche regelmäßig im systematischen Zusammenhang mit den entsprechenden Hauptansprüchen oder Interessengebieten.[120] Auch ist zu erwarten, dass eine Pflicht zur „Vorlage aller relevanten Unterlagen" einen Rechtsstreit erheblich komplizierter gestalten würde, während die vorgeschlagene allgemeine Aufklärungspflicht gerade das Gegenteil bezwecken will.[121]

B. Erfüllung von Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüchen

Während die Voraussetzungen und die Verallgemeinerung der Auskunftsansprüche bereits Gegenstand des wissenschaftlichen Diskurses waren und sind, erfuhr die Rechtsfolgenseite nur wenig Aufmerksamkeit. Zwar wurde anhand konkreter Fallbeispiele beschrieben, welche Auskunft zu erteilen

unter https://www.juris.de/perma?d=jnachr-JUNA201003825, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

117 Zum Ganzen, vgl. *Schlosser,* JZ 1991, 599.

118 *Schlosser,* NJW 1992, 3275; *Schlosser,* JZ 1991, 599, 603.

119 *Schlosser,* JZ 1991, 599, 604.

120 Vgl. o. Kapitel 1 A. I. (S. 54).

121 *Senninger*, in: Verhandlungen des 61. DJT 1996, S. I 14 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

ist.[122] Eine systematisch fundierte und normgebundene Untersuchung der beschriebenen Probleme wurde – soweit ersichtlich – jedoch noch nicht vorgenommen. Dies soll in diesem Abschnitt versucht werden. Die dabei gefundenen Ergebnisse gelten nämlich nicht nur für Auskunftsansprüche, sondern können auch für Ansprüche, die die Herausgabe von Beweismitteln zum Gegenstand haben, fruchtbar gemacht werden.[123] Zunächst scheint es hierzu geboten, abstrakt zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Informationsansprüche als erfüllt anzusehen sind.

I. Erfüllung

Gemäß § 362 Abs. 1 BGB erlischt ein Schuldverhältnis, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird. Die Erfüllung des Schuldinhalts ist der typische und bestimmungsgemäße Beendigungsgrund eines Schuldverhältnisses.[124] Für die Erfüllung eines Anspruchs kommt es damit entscheidend darauf an, welche Leistung geschuldet ist. Diese wird in § 362 Abs. 1 BGB nicht näher bestimmt, sondern ist nach allgemeinen schuldrechtlichen Regeln zu ermitteln.[125] Inhalt und Umfang der geschuldeten Leistung bestimmen sich damit nach den vertraglichen Abreden und den gesetzlichen Regelungen.[126]

Während bestimmte Leistungspflichten gesetzlich festgelegt sind (vgl. etwa § 433 Abs. 1, Abs. 2 BGB) und sich einzelne Modalitäten der Erfüllung aus §§ 269 ff. BGB ergeben, sind andere weitgehend der Disposition der Parteien überlassen.[127] Liegt eine vertragliche Vereinbarung zugrunde, kann der (hypothetische) Parteiwille und damit die nicht genau beschriebene geschuldete Leistung durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB ermittelt werden.[128] Fehlt es – etwa bei deliktischen Handlungen – an einer vertraglichen Vereinbarung, so muss die geschuldete Leistung durch Auslegung der entsprechenden gesetzlichen Vorschriften ermittelt werden. Ziel der

122 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 134 ff.
123 Dazu u. Kapitel 5 (S. 339 ff.).
124 *Fetzer*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 362 Rn. 1.
125 *Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2022, § 362 Rn. 2.
126 *Fetzer*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 362 Rn. 3; *Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2016, § 362 Rn. 18.
127 Vgl. *Fetzer*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 362 Rn. 3.
128 *Roth*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2020, § 157 Rn. 17; *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 157 Rn. 47 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Auslegung ist die Ermittlung eines bestimmten Regelungszwecks.[129] Es ist damit immer zu fragen, was der Gesetzgeber mit einer bestimmten Norm erreichen wollte.[130]

Auch der Inhalt von Auskunftspflichten wird regelmäßig im Wege der Auslegung zu bestimmen sein, nachdem dieser nur selten ausdrücklich oder konkludent in einem Vertrag vereinbart sein wird. In diesem Rahmen sind Art und Umfang einer Auskunftspflicht im Einzelfall nach Treu und Glauben unter Abwägung der Interessen beider Parteien zu bestimmen.[131] In diesem Fall stellt sich damit die Frage, welche Funktion die an verschiedenen Stellen im Gesetz vorgesehene Verpflichtung des Schuldners, einem anderen Auskunft zu erteilen oder ihm Rechenschaft abzulegen, hat.

Die gesetzlich geregelten Informationspflichten unterscheiden schon nach ihrem Wortlaut die Erfüllung durch Erteilung einer Auskunft und durch Rechnungslegung. Während Auskunftspflichten durch die Übermittlung einer Wissenserklärung erfüllt werden,[132] geht die Verpflichtung, Rechenschaft abzulegen, weiter. Der zur Rechnungslegung Verpflichtete hat die Informationen genauer durch Vorlage einer geordneten Aufstellung der Einnahmen und Ausgaben bereitzustellen und entsprechende Belege vorzulegen.[133]

1. Auskunftserteilung

War die Klage auf Auskunft erfolgreich, so wird dem Verletzer meist formelhaft eine umfassende Verpflichtung zur Auskunftserteilung auferlegt.[134] Wird allgemein Auskunft geschuldet, kann Näheres zur Erfüllung aus § 260 BGB entnommen werden. Im Rahmen immaterialgüterrechtlicher Streitig-

129 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 717 ff.
130 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 720.
131 BGH, Urt. v. 04.07.1975 – I ZR 115/73 – Ausschreibungsunterlagen, GRUR 1976, 367 juris-Rn. 13; *Lang*, Aufklärungspflicht und europäische Rechtsvereinheitlichung, S. 59.
132 BGH, Urt. v. 23.02.2006 – I ZR 27/03 – Parfümtestkäufe, GRUR 2006, 504 Rn. 40; BGH, Urt. v. 23.01.2003 – I ZR 18/01 – Cartier-Ring, GRUR 2003, 433, 434; BGH, Urt. v. 24.03.1994 – I ZR 42/93 – Cartier-Armreif, GRUR 1994, 630, 632; *Büch*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 38 Rn. 36; *Wirtz*, in: Ingerl/Rohnke/Nordemann, MarkenG, 4. Aufl. 2023, § 19 Rn. 10; *Rausch*, Stärkung des Informationsanspruchs, S. 59.
133 BGH, Urt. v. 29.01.1985 – X ZR 54/83 – Thermotransformator, BGHZ 93, 327 juris-Rn. 20; *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 259 Rn. 21.
134 *Geschke*, in: FS-Schilling, S. 126.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

keiten wird weitgehend der Gesetzestext der maßgeblichen Auskunftsansprüche wiedergeben.[135] Im Immaterialgüterrecht wird das Informationsgefälle zwischen dem Rechtsverletzer und dem Rechteinhaber besonders deutlich, weil die rechtsverletzenden Akte und die entsprechenden Verwertungshandlungen vom Rechteinhaber regelmäßig kaum eingesehen werden können. Dem begegnet der Gesetzgeber mit ausführlich geregelten Informationsansprüchen. Auf dieser Grundlage entwickelte die Rechtsprechung Grundsätze, die auch für die Erfüllung anderer Informationsansprüche fruchtbar gemacht werden können.

Bezüglich der zur Erfüllung einer Auskunftspflicht erforderlichen Angaben wird vereinzelt vertreten, es sei auf die dem Auskunftsschuldner vorliegenden Informationen abzustellen. Nur solche seien Gegenstand der geschuldeten Wissenserklärung.[136] Allerdings geht der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Auskunftsschuldner alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Informationserlangung nutzen und alle ihm zugänglichen Informationen aus seinem Herrschaftsbereich heranziehen muss.[137] Unter Umständen muss er bei Dritten weitere Informationen einholen.[138] Insgesamt werden im Rahmen eines Auskunftsanspruchs Informationen über einen gegenwärtigen Zustand geschuldet.[139] Diese Informationen sind grundsätzlich schriftlich zur Verfügung zu stellen.[140]

Dient der Auskunftsanspruch der Geltendmachung eines Hauptanspruchs, so müssen die Auskünfte erteilt werden, die dazu erforderlich sind.[141] Ist dieser Hauptanspruch ein Schadensersatzanspruch, so kommt es für den Inhalt des Auskunftsanspruchs darauf an, ob die Auskunft zur Bezifferung des Schadens herangezogen werden soll oder ob die Auskunft

135 Z. B. LG Düsseldorf, Urt. v. 30.10.2014 – 4a O 92/13, CIPR 2015, 17 - Ziff. 2 des Tenors; LG Düsseldorf, Urt. v. 10.10.2014 – 4c O 113/13 – - Ziff. 1 Hs. 2 des Tenors; LG Frankfurt a. M., Urt. v. 22.08.2014 – 3-10 O 158/13 – Ziff. 2 des Tenors.

136 *Wirtz*, in: Ingerl/Rohnke/Nordemann, MarkenG, 4. Aufl. 2023, § 19 Rn. 10.

137 BGH, Urt. v. 23.01.2003 – I ZR 18/01 – Cartier-Ring, GRUR 2003, 433 juris-Rn. 20; BGH, Urt. v. 20.12.1994 – X ZR 56/93 – Kleiderbügel, GRUR 1995, 338 juris-Rn. 63; *Wirtz*, in: Ingerl/Rohnke/Nordemann, MarkenG, 4. Aufl. 2023, § 19 Rn. 10.

138 BGH, Urt. v. 23.02.2006 – I ZR 27/03 – Parfümtestkäufe, GRUR 2006, 504 Rn. 40; OLG Köln, Urt. v. 22.04.1998 – 6 U 194/97, GRUR 1999, 337 juris-Rn. 13.

139 *Forster*, in: Soergel, 13. Aufl. 2014, § 260 Rn. 1.

140 *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 260 Rn. 42; *Büch*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 38 Rn. 36; *Fezer*, in: Fezer, MarkenR, 4. Aufl. 2009, § 19 Rn. 9.

141 *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 74 Rn. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

nur Grundlagen zur Schätzung des Schades gemäß § 287 ZPO liefern soll.[142] Die Bezifferung des Schadens setzt dabei genauere Angaben über die Berechnungsgrundlagen voraus als die Schadensschätzung.[143]

Der Verletzte kann für alle Vermögenseinbußen, die durch einen Wettbewerbsverstoß verursacht wurden, Ersatz verlangen.[144] Soll der Schaden konkret geltend gemacht werden, kommt es entscheidend auf die Art der Schadensberechnung an.[145] Zum Nachweis der konkret eingetretenen Vermögensnachteile benötigt er genaue Angaben zu den Verletzungshandlungen. Er kann daher Auskunft über Art, Umfang, Zeitpunkt, Dauer und Intensität der Verletzungshandlung verlangen.[146] Dazu gehören insbesondere Auskünfte über das Verbreitungsgebiet und die angesprochenen Verkehrskreise.[147] Auch der Verkaufspreis der verletzenden Produkte muss mitgeteilt werden. Dieser lässt nämlich erkennen, ob das Produkt des Verletzers geeignet war, Käufer vom Erwerb des Produkts des Verletzten abzuhalten.[148]

Allerdings wird der Inhalt des Auskunftsanspruchs schon im Immaterialgüterrecht nicht einheitlich beurteilt. Wo es um die Verletzung von Patenten, Urheberrechten oder Designrechten geht, soll dem Inhaber ein umfassender Auskunftsanspruch zustehen.[149] Bei einer Markenverletzung sollte ursprünglich lediglich Auskunft hinsichtlich der unter der verletzenden Kennzeichnung getätigten Umsätze,[150] allenfalls ergänzt um eine grobe

142 *Büch*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 38 Rn. 11.

143 *Büch*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 38 Rn. 12.

144 *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 71 Rn. 18.

145 *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 74 Rn. 13.

146 So bereits BGH, Urt. v. 19.12.1960 – I ZR 14/59 – Zahnbürsten, GRUR 1961, 288, 293; mittlerweile ergibt sich dies u. U. schon unmittelbar aus dem Gesetz, vgl. § 140b Abs. 3 PatG, § 19 Abs. 3 MarkenG, § 101 Abs. 3 UrhG.

147 BGH, Urt. v. 19.03.1987 – I ZR 98/85 – Briefentwürfe, GRUR 1987, 647 juris-Rn. 11.

148 BGH, Urt. v. 14.11.1980 – I ZR 138/78 – Goldene Karte I, GRUR 1981, 286 juris-Rn. 43; BGH, Urt. v. 13.02.1976 – I ZR 1/75 – Fernschreibverzeichnisse, GRUR 1978, 52 juris-Rn. 20.

149 Vgl. BGH, Urt. v. 06.02.1976 – I ZR 110/74 – Engel mit Kerze, JurionRS 1976, 11789 jurion-Rn. 28.

150 Vgl. BGH, Urt. v. 06.10.2005 – I ZR 322/02 – Noblesse, GRUR 2006, 419 Rn. 17; BGH, Urt. v. 29.09.1994 – I ZR 114/84 – Indorektal/Indohexal, GRUR 1995, 50 juris-Rn. 36 ff.; BGH, Urt. v. 27.09.1990 – I ZR 87/89 – Pizza & Pasta, GRUR 1991, 153 juris-Rn. 53; BGH, Urt. v. 03.04.1981 – I ZR 72/79 – Championne du Monde, GRUR 1981, 592 juris-Rn. 37; BGH, Urt. v. 14.01.1977 – I ZR 170/75 – ALLSTAR, GRUR 1977, 491 juris-Rn. 56; BGH, Urt. v. 16.02.1973 – I ZR 74/71 – Miss Petite, GRUR 1973, 375, 377.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Gewinnermittlung, geschuldet sein.[151] Anders als bei der Verletzung von Patent-, Urheber- und Designrechten konnten aber keine Angaben zu Lieferanten, Lieferpreisen, Liefermengen sowie zu Namen und Anschriften der Abnehmer verlangt werden. Zur Begründung wurde angeführt, der zu leistende Schadensersatz könne ohnehin nur im Wege der Schätzung ermittelt werden.[152] Auskunft über den Umsatz wird bei der Verletzung gewerblicher Schutzrechte vor allem geschuldet, wenn der Schaden im Wege der Lizenzanalogie berechnet werden soll.[153] Bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht lässt der Umsatz hingegen keinen Rückschluss auf die konkreten Nachteile des Verletzten zu, weil der vom Verletzer erzielte Umsatz hier nicht ohne Weiteres dem Umsatz entspricht, der dem Mitbewerber entgangen ist.[154]

Ist der Verletzte berechtigt, seinen Schaden anhand des Verletzergewinns zu berechnen, schuldet der Verletzer grundsätzlich auch Angaben über die von ihm erzielten Umsätze und Gewinne.[155] Dabei wird unterstellt, dass der Berechtigte ohne die Rechtsverletzung den gleichen Gewinn wie der Verletzer erzielt hätte.[156] Die Natur der Immaterialgüterrechte als ausschließliche Rechte lässt den Schluss zu, dass der Rechtsinhaber gerade den Gewinn erzielt haben würde, den der Verletzer durch die Nutzung eines fremden

151 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 14 Rn. 776.

152 BGH, Urt. v. 29.09.1994 – I ZR 114/84 – Indorektal/Indohexal, GRUR 1995, 50 juris-Rn. 37; BGH, Urt. v. 07.12.1979 – I ZR 157/77 – Monumenta Germaniae Historica, GRUR 1980, 227 juris-Rn. 112; BGH, Urt. v. 14.01.1977 – I ZR 170/75 – ALLSTAR, GRUR 1977, 491 juris-Rn. 56.

153 BGH, Urt. v. 02.02.1995 – I ZR 16/93 – Objektive Schadensberechnung, GRUR 1995, 349 juris-Rn. 38; *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 74 Rn. 15.

154 BGH, Urt. v. 27.11.1964 – Ib ZR 23/63 – Umsatzauskunft, GRUR 1964, 313, 314; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 9 UWG Rn. 5.26; *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 74 Rn. 14.

155 *Büch*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 38 Rn. 13; *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 74 Rn. 15.

156 BGH, Urt. v. 02.11.2000 – I ZR 246/98 – Gemeinkostenanteil, GRUR 2001, 329 juris-Rn. 24; vgl. bereits ROHG, Urt. v. 13.09.1877 – III 788/77, ROHG 22, 338, 341; RG, Urt. v. 08.06.1895 – I 13/95, RGZ 35, 63, 73; zur konkreten Berechnung des Verletzergewinns *Lehmann,* BB 1988, 1680.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Immaterialguts erzielt hat.[157] Um ausgehend vom Umsatz den Gewinn berechnen zu können, werden regelmäßig weitere Angaben geschuldet.[158]

Soll der Schaden im Wege der Lizenzanalogie beziffert werden, so kann in der Regel nur Auskunft über den Umsatz, nicht über den Gewinn verlangt werden.[159] Ob eine nähere Aufschlüsselung der Umsätze oder eine Rechnungslegung verlangt werden kann, richtet sich auch danach, ob lediglich eine Pauschallizenz oder eine Stücklizenz verlangt werden kann.[160]

Kann der Berechtigte aus den verschiedenen Arten der Schadensberechnung wählen, muss er sich nicht schon vor dem Auskunftsverlangen auf eine davon festlegen.[161] Ihm sind alle Auskünfte zu erteilen, so dass er bestimmen kann, welche Art der Schadensberechnung die ihm günstigste ist.[162]

Andere Auskunftsansprüche als diejenigen, die der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs dienen, müssen in vergleichbarer Weise so erfüllt werden, dass ihr Zweck erreicht werden kann.[163] Regelmäßig wird man sich an dem orientieren können, was zur Geltendmachung des Hauptanspruchs bewiesen werden muss. Wo ein Auskunftsanspruch nicht der Geltendmachung eines anderen Anspruchs dient, ist die Ermittlung von Sinn und Zweck des Auskunftsanspruchs besonders maßgeblich. Typischerweise hat der Auskunftspflichtige dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen. Gemeint ist eine schriftliche Zusammenstellung der einzelnen Auskunftsgegenstände. Das Verzeichnis ist so anzufertigen, dass der Gläubiger in der Lage ist, seine weitergehenden Ansprüche substantiiert geltend zu machen.[164]

Die Verpflichtung zur Auskunftserteilung wird nach § 888 ZPO vollstreckt, soweit Gegenstand des Auskunftsanspruchs eigenes Wissen des

157 BGH, Urt. v. 08.10.1971 – I ZR 12/70 – Wandsteckdose II, BGHZ 57, 116 juris-Rn. 8.
158 Vgl. dazu BGH, Urt. v. 02.11.2000 – I ZR 246/98 – Gemeinkostenanteil, GRUR 2001, 329; BGH, Urt. v. 13.07.1973 – I ZR 101/72 – Nebelscheinwerfer, GRUR 1974, 53; BGH, Urt. v. 29.05.1962 – I ZR 132/60 – Dia-Rähmchen II, GRUR 1962, 509.
159 *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 74 Rn. 15.
160 BGH, Urt. v. 02.02.1995 – I ZR 16/93 – Objektive Schadensberechnung, GRUR 1995, 349 juris-Rn. 35, 38.
161 *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 74 Rn. 16.
162 BGH, Urt. v. 07.12.1979 – I ZR 157/77 – Monumenta Germaniae Historica, GRUR 1980, 227 juris-Rn. 107; BGH, Urt. v. 06.02.1976 – I ZR 110/74 – Engel mit Kerze, JurionRS 1976, 11789; BGH, Urt. v. 02.04.1957 – I ZR 58/56 – Rechnungslegung, GRUR 1957, 336.
163 Vgl. auch *Abel*, in: FS-Pagenberg, S. 231 f.
164 *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 260 Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Schuldners ist.[165] Kommt der Schuldner der rechtskräftig festgestellten Verpflichtung, Auskunft zu erteilen, nicht nach, kommen Zwangsgeld oder Zwangshaft in Betracht (§ 888 Abs. 1 S. 1 ZPO). Kann die Information durch Einsicht in Unterlagen auch durch einen Dritten beschafft werden, richtet sich die Zwangsvollstreckung nach § 887 ZPO.[166]

2. Rechnungslegung

Im Unterschied zur Auskunftserteilung bezweckt die Rechenschaftspflicht die Verschaffung von Informationen über die Art und Weise des Zustandekommens eines gegenwärtigen Zustandes.[167] Die Rechenschaftslegung stellt eine besonders genaue Art der Auskunft dar. Es geht um die übersichtliche schriftliche Zusammenstellung von Vorgängen im Rahmen einer mit Einnahmen und/oder Ausgaben verbundenen Verwaltung.

§ 259 BGB bestimmt die Art und Weise, in der die Rechenschaftspflicht zu erfüllen ist.[168] Danach hat der Verpflichtete die Einnahmen und die Ausgaben in einer Rechnung geordnet zusammenzustellen und dem Berechtigten mitzuteilen. Soweit dies üblich ist, sind außerdem Belege vorzulegen. Insoweit wohnt der Rechnungslegung bereits ein Element der Offenlegung inne, weil unter Umständen auch hier Urkunden vorgelegt werden müssen, damit sich der Informationsgläubiger selbst von der Richtigkeit der mitgeteilten Information überzeugen kann.

a) Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben

Rechenschaft ablegen heißt zunächst Rechnung legen.[169] Entsprechend werden die Begriffe Rechenschaftslegung und Rechnungslegung im BGB

165 BGH, Beschl. v. 13.09.2018 – I ZB 109/17, NJW 2019, 231; BGH, Beschl. v. 05.03.2015 – I ZB 74/14 – Tonerkartuschen, GRUR 2015, 1248 Rn. 15; *Lackmann*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 887 Rn. 9; *Seibel*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 888 Rn. 3.5; *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 388 m. w. N.

166 Hessisches LAG, Beschl. v. 24.03.1971 – 5 Ta 63/70, DB 1971, 2220; *Lackmann*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 887 Rn. 15.

167 OLG Köln, Urt. v. 17.02.1989 – 20 U 103/88, NJW-RR 1989, 528 juris-Rn. 5; *Forster*, in: Soergel, 13. Aufl. 2014, § 259 Rn. 3.

168 *Looschelders*, SchuldR AT, § 14 Rn. 9.

169 *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 259 Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

synonym gebraucht.[170] Die Zusammenstellung der Einnahmen und der Ausgaben hat durch die Mitteilung verständlicher, richtiger und nachprüfbarer Tatsachen zu erfolgen.[171]

Was zur Erfüllung der Rechenschaftspflicht erforderlich ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles und unter Berücksichtigung der Verkehrsübung.[172] Die Zusammenstellung der maßgeblichen Tatsachen muss jedenfalls so detailliert sein, dass der Berechtigte die von ihm geltend gemachten oder die gegen ihn gerichteten Ansprüche nachprüfen kann.[173] Weil die Zusammenstellung schon zu Beweiszwecken nachprüfbar sein muss, muss sie schriftlich erteilt werden.[174] Die Vorlage einer Belegsammlung genügt auch dann nicht, wenn dies mit dem Angebot mündlicher Erläuterung verbunden wird.[175] Die Übersicht muss so gestaltet sein, dass die Ergebnisse ohne Hilfe eines Sachverständigen nachvollzogen werden können.[176]

b) Belegvorlage

Neben der geordneten Aufstellung der einzelnen Rechnungsposten kann auch die Herausgabe von Belegen verlangt werden, soweit dies üblich ist, § 259 Abs. 1 Hs. 2. BGB. Dies ist beispielsweise im Mietrecht der Fall, soweit der Vermieter gemäß § 556 Abs. 3 S. 1 BGB jährlich über die Betriebskosten abrechnen muss. Dabei ist anerkannt, dass ein Mieter die Vorlage der Belege verlangen kann, die zur Abrechnung über die Betriebskosten herangezogen wurden,[177] um die einzelnen Kostenpositionen identifizieren und

170 *Forster*, in: Soergel, 13. Aufl. 2014, § 259 Rn. 4; *Budde*, in: FS-Semler, S. 790; a. A. *Lüke,* JuS 1986, 2, 3; *Locher,* NJW 1968, 2324, die zwischen der umfassenden Rechenschaftslegung und der engeren Rechnungslegung unterscheiden.

171 RG, Urt. v. 12.02.1930 – I 171/29, RGZ 127, 243, 244.

172 RG, Urt. v. 12.02.1930 – I 171/29, RGZ 127, 243, 245.

173 *Forster*, in: Soergel, 13. Aufl. 2014, § 259 Rn. 24.

174 RG, Urt. v. 04.07.1901 – VI 128/1901, JW 1901, 662; *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 259 Rn. 26; *Budde*, in: FS-Semler, S. 791.

175 OLG Köln, Beschl. v. 30.11.1988 – 2 W 228/88, NJW-RR 1989, 568 juris-Rn. 13 f.

176 Saarländisches OLG Saarbrücken, Urt. v. 25.08.1999 – 1 U 1004/90, NJW-RR 2000, 229 juris-Rn. 36; BayOLG, Beschl. v. 06.10.1975 – BReg 2 Z 67/75, BayObLGZ 1975, 369, Leitsatz.

177 BGH, Urt. v. 07.02.2018 – VIII ZR 189/17, NJW 2018, 1599 Rn. 16; BGH, Beschl. v. 22.11.2011 – VIII ZR 38/11, WuM 2011, 276 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

nachprüfen zu können.[178] Ähnliches gilt mit Blick auf die „Mietpreisbremse". Ein ausdrücklich normierter Anspruch auf Unterlagenvorlage ergibt sich aus § 556g BGB aber nicht. Grundsätzlich wird der Vermieter jedoch spätestens im Prozess Beweis über die Vormiete führen müssen.[179] In der Praxis scheint dies jedoch problematisch: Geht es in Gerichtsverfahren um die Durchsetzung der Mietpreisbremse, verurteilen die Gerichte regelmäßig zur Auskunft, woraufhin die Vermieter häufig mit unwahren Auskünften reagieren. Dem begegnen die Vorschriften über die Mietpreisbremse, indem der Anspruch auf Unterlageneinsicht aus § 259 Abs. 1 BGB abgeleitet wird.[180] Auf Grundlage eines Anwaltsvertrages kann der Mandant gemäß §§ 675, 666 BGB i. V. m. § 50 BRAO von seinem Rechtsanwalt grundsätzlich die Herausgabe sämtlicher Handakten verlangen.[181]

Besondere Probleme ergeben sich im Gesellschaftsrecht, wenn Gesamthands- und Individualansprüche ineinandergreifen und sich überlagern. Dabei ist der Umfang der Rechenschaftspflicht besonders umstritten.[182] Hier genügt der Geschäftsführer der gesellschaftsrechtlichen Rechenschaftspflicht nicht, wenn er lediglich die Bücher der Gesellschaft vorlegt. Er hat diese Unterlagen auch zu erläutern, sodass sich die Gesellschafter ein genaues Bild von der Lage der Gesellschaft machen können.[183] So wird deutlich, dass die Informationspflicht und die Pflicht zur Belegvorlage nicht unabhängig voneinander zu betrachten sind, sondern insgesamt die bestmögliche Information des Informationsgläubigers zum Ziel haben.

Der Anspruch auf Belegvorlage wird gemäß § 883 ZPO vollstreckt, wenn es sich nicht um eine Nebenpflicht zu einer umfassenden Auskunftspflicht handelt.[184] Der Gerichtsvollzieher hat dem Schuldner die Urkunden wegzunehmen und sie dem Gläubiger zur Einsicht vorzulegen.[185] Dazu müssen die Urkunden im Vollstreckungstitel genau bezeichnet sein. Ein Tenor, der allein die Pflicht des Verurteilten zur Rechnungslegung ausspricht, genügt

178 Siehe nur BGH, Urt. v. 09.10.2013 – VIII ZR 22/13, NJW-RR 2014, 76 Rn. 13; BGH, Urt. v. 03.07.2013 – VIII ZR 322/12, NJW 2013, 3234 Rn. 9; BGH, Urt. v. 23.06.2010 – VIII ZR 227/09, NJW 2010, 3228 Rn. 11.

179 *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, MietR, 15. Aufl. 2022 § 556g Rn. 34.

180 *Zehelein*, in: MüKo-BGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2023, § 556 Rn. 84 ff.

181 Brandenburgisches OLG, Urt. v. 11.04.2018 – 11 U 123/16, BRAK-Mitt 2018, 183 juris-Rn. 10 ff.

182 Dazu insb. *Budde*, in: FS-Semler, S. 793 ff.

183 *Budde*, in: FS-Semler, S. 796.

184 OLG Hamm, Beschl v. 04.10.1973 – 14 W 73/73, NJW 1974, 653 juris-Rn. 14.

185 *Seiler*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 43. Aufl. 2022, § 883 Rn. 3; *Seibel*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 883 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

dafür nicht, weil nicht erkennbar ist, welche Urkunden vorzulegen und damit wegzunehmen sind.[186] Der Anspruch auf Rechnungslegung selbst wird – wie der Auskunftsanspruch – gemäß §§ 887, 888 ZPO vollstreckt.

3. Versicherung an Eides statt

Ist die Information einmal – auch unrichtig oder unvollständig – erteilt, kann nach herrschender Meinung nicht erneut Rechnungslegung oder Auskunft verlangt werden.[187] Dem Berechtigten soll dann nur der Anspruch auf Abgabe der Versicherung an Eides statt verbleiben.[188] Bestehen Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der mitgeteilten Informationen, so kann diese gemäß § 259 Abs. 2 BGB verlangt werden.

Gleiches gilt gemäß § 260 Abs. 2 BGB, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass ein anzufertigendes Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt wurde.[189] Die Unvollständigkeit der Rechnungslegung oder des Verzeichnisses muss dabei nicht feststehen. Vielmehr genügt ein dahingehender Verdacht. Ein solcher Verdacht muss vom Berechtigten dargelegt und – regelmäßig durch die Zusammenstellung selbst – bewiesen werden.[190] Hat der Verpflichtete schon früher Informationen unrichtig oder unvollständig bereitgestellt, so vermag auch dieser Umstand den Verdacht zu begründen.[191] Gleiches gilt hinsichtlich des Verhaltens des Schuldners im Prozess.[192]

Die Versicherung an Eides statt ist eine sofort bindende Erklärung der Wahrheit.[193] Gegenüber einer uneidlichen Aussage erlangt sie besondere Qualität, weil die Abgabe einer falschen Versicherung an Eides statt gemäß § 156 StGB sanktioniert wird. Eine Versicherung an Eides statt ist falsch, wenn das, was ausgesagt wird, mit dem, worüber ausgesagt wird, nicht

186 OLG Köln, Beschl. v. 30.11.1988 – 2 W 228/88, NJW-RR 1989, 568 juris-Rn. 12; OLG Köln, Urt. v. 12.10.1988 – 2 U 149/87, NJW-RR 1989, 567 juris-Rn. 41.

187 RG, Urt. v. 12.01.1914 – IV 492/13, RGZ 84, 41; BAG, Urt. v. 26.11.1971 – 3 AZR 220/71, BB 1972, 447; *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 259 Rn. 24; BGH, Urt. v. 29.10.1957 – I ZR 192/56 – Bleicherde, GRUR 1958, 149; *Budde*, in: FS-Semler, S. 789 ff.

188 *Harmsen,* GRUR 1960, 249.

189 Zur Frage, welche natürliche Person in Konzernen die Versicherung an Eides statt abzugeben hat, vgl. *Brandi-Dohrn,* GRUR 1999, 131.

190 *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 259 Rn. 39.

191 BGH, Urt. v. 04.12.1959 – I ZR 135/58 – Krankenwagen, GRUR 1960, 247, 248.

192 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 16.09.1992 – 17 U 152/91, NJW-RR 1993, 1483, 1484.

193 *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 156 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

übereinstimmt.[194] Sie muss vor einer für die Abnahme der Versicherung an Eides statt zuständigen Stelle abgegeben werden.[195] Es genügt daher nicht, dass dem Informationsgläubiger „an Eides statt" versichert wurde, dass die übermittelte Information zutreffend ist.

II. Erfüllung durch „formell ordnungsgemäße" Informationsverschaffung

In der Rechtsprechung wird hinsichtlich der Erfüllung der Ansprüche auf Informationsverschaffung vor allem auf formelle Kriterien abgestellt.[196] Es wird davon ausgegangen, dass jede formell ordnungsgemäß vorgenommene Informationsmitteilung zur Erfüllung eines Anspruchs auf Auskunft oder Rechnungslegung führt,[197] es sei denn sie ist erkennbar nicht ernst gemeint, unvollständig oder von vornherein unglaubhaft.[198] Formell ordnungsgemäß sei eine Rechnungslegung, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspreche, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthalte.[199]

Schon das Reichsgericht ging davon aus, dass auch eine mangelhafte Abrechnung eine Rechnungslegung darstelle. Zur Begründung findet sich der Hinweis, es sei „in landwirtschaftlichen Verhältnissen vielfach die Ausstellung besonderer Belege nicht üblich".[200] Mit dieser Formulierung wird jedoch erkennbar auf die Pflicht zur Belegvorlage in § 259 Abs. 1 BGB Bezug genommen. Weshalb eine mangelhafte Rechnungslegung zur Erfüllung des entsprechenden Anspruchs ausreichen soll, wird damit nicht begründet.

In einer weiteren Entscheidung, in der das Reichsgericht im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens über die Erfüllung eines Anspruchs auf Rechnungslegung zu entscheiden hatte, [201] erkennt das Reichsgericht selbst,

194 *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, vor §§ 153 ff. Rn. 4.
195 *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 156 Rn. 8 f.
196 *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 259 Rn. 23.
197 *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 259 Rn. 32; *Rausch*, Stärkung des Informationsanspruchs, S. 59 ff.
198 BGH, Beschl. v. 05.03.2015 – I ZB 74/14 – Tonerkartuschen, GRUR 2015, 1248 Rn. 15; BGH, Urt. v. 17.05.2001 – I ZR 291/98 – Entfernung der Herstellungsnummer II, GRUR 2001, 841, 844; BGH, Urt. v. 24.03.1994 – I ZR 42/93 – Cartier-Armreif, GRUR 1994, 630, 631; *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19 Rn. 63.
199 BGH, Urt. v. 09.10.2013 – VIII ZR 22/13, NJW-RR 2014, 76 Rn. 13.
200 RG, Urt. v. 16.05.1917 – VI 117/17, LZ 1917, 1251.
201 S. RG, Urt. v. 10.10.1941 – VII 42/41, RGZ 167, 328.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

dass die *„sachliche Richtigkeit und damit Vollständigkeit der Rechnung im Verfahren nach § 888 ZPO […]"* zu prüfen sei, weil die Beschränkung der Erfüllungsprüfung auf eine nur *„‚äußerliche', dem ‚Buchstaben' genügende, […] Scheinerfüllung"* die *„Aufgabe, die den Gerichten im Rahmen des § 888 ZPO […] obliegt"* verkenne.[202]

Gleichwohl wurde diese Rechtsprechung im Laufe der Zeit auf die Formulierung verkürzt, schon die formell ordnungsgemäße Auskunftserteilung oder Rechnungslegung genüge zur Erfüllung der entsprechenden Ansprüche.[203] Auch der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben nicht an zu hohe Anforderungen geknüpft sein darf. Es komme allein darauf an, ob es die Angaben dem Gläubiger ermöglichen, die einzelnen Kostenpositionen zu erkennen und diese gedanklich und rechtlich nachzuprüfen.[204] So wird deutlich, dass es auf die Prüffähigkeit der Rechnung ankommt. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass die Informationsansprüche so ihrem Zweck ausreichend gerecht werden.

Fest steht immerhin, dass keine Erfüllungswirkung eintritt, solange die Informationsverschaffung den formellen Anforderungen nicht genügt. Das ist etwa der Fall, wenn die Auskunft nicht in einem einzigen Verzeichnis, sondern verteilt auf mehrere Schriftsätze, erteilt wird, weil dabei die erforderliche Übersichtlichkeit nicht erreicht werden kann.[205] Auch die bloße Mitteilung einer Auskunftsschuldnerin, sie könne sich an die fragliche Information nicht erinnern, erfüllt einen Auskunftsanspruch nicht.[206] Sie muss jedenfalls darlegen, entsprechende Nachforschungen angestrengt zu haben.[207] Bei nachweisbar oder offensichtlich formell mangelhafter Auskunftserteilung oder Rechnungslegung, soll der Berechtigte Ergänzung der Auskunft oder der Rechnungslegung verlangen können.[208]

---

202 RG, Urt. v. 10.10.1941 – VII 42/41, RGZ 167, 328, 336; insgesamt zur Erfüllung durch Zwangsvollstreckung s. *Beckhaus*, Rechtsnatur der Erfüllung, S. 25; *Kerwer*, Erfüllung in der Zwangsvollstreckung.

203 BGH, Urt. v. 28.05.2008 – VIII ZR 261/07, NZM 2008, 567 Rn. 10; *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 259 Rn. 26, 28.

204 BGH, Urt. v. 19.07.2017 – VIII ZR 3/17, NZM 2017, 732 Rn. 15.

205 Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 16.08.2018 – 13 WF 137/18, FamRZ 2019, 291.

206 BGH, Beschl. v. 19.01.2022 – XII ZB 183/21 Rn. 37 ff.

207 BGH, Beschl. v. 19.01.2022 – XII ZB 183/21 Rn. 47.

208 BGH, Urt. v. 16.09.1982 – X ZR 54/81 – Dampffrisierstab I, GRUR 1982, 723 juris-Rn. 27; OLG Hamburg, Urt. v. 31.01.2002 – 3 U 72/01, NJW-RR 2002, 1292 juris-Rn. 41; *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 259 Rn. 24; *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 259 Rn. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Solange die Auskunft oder Rechnungslegung nicht offensichtlich unrichtig ist, soll für die Frage der Erfüllung aber ohne Bedeutung sein, ob die übermittelte Information richtig ist oder nicht.[209] Davon geht auch die Begründung des Gesetzes zur Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie aus, wo ausgeführt wird, grundsätzlich komme es *„für die Erfüllung der Auskunftspflicht auf die inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit"* nicht an. Ein Anspruch auf Vervollständigung der Auskunft bestehe nur unter besonderen Umständen.[210] Folglich soll der Berechtigte, der eine Auskunft für unrichtig hält, auch keine andere fordern können,[211] solange er nicht substantiiert vorträgt, die erteilte Auskunft sei nicht ernst gemeint oder von vornherein unglaubhaft.[212]

Dieser Argumentation folgt der Bundesgerichtshof auch in einer recht neuen und aufsehenerregenden Entscheidung: Der Ghostwriter des früheren Bundeskanzlers Helmut Kohl war gemäß § 666 Alt. 3 BGB gehalten, Auskunft über den Stand der Geschäfte zu geben. Er sollte insbesondere mitteilen, ob er Kopien und Transkripte von Tonbändern, auf denen Gespräche mit Helmut Kohl aufgezeichnet worden sind, angefertigt hat.[213] Der Beklagte hat dies wahrheitswidrig im Jahr 2010 verneint. Gleichwohl sei der Auskunftsanspruch durch Erfüllung erloschen.[214] Auf den Wahrheitsgehalt der Auskunft komme es ausdrücklich nicht an.[215] Stattdessen sei wegen der Falschauskunft ein Schadensersatzanspruch entstanden, zu dessen Durchsetzung die Klägerin Auskunft verlangen könne.[216]

Der Bundesgerichtshof führt aus, der Inhalt der Auskunftspflicht gemäß § 666 Alt. 3 BGB richte sich danach, was nach dem Besorgungsgegenstand, der Üblichkeit im Geschäftsverkehr und dem Zweck der verlangten Information unter Berücksichtigung von Treu und Glauben erwartet werden

209 OLG München, Urt. v. 09.08.2018 – 23 U 1669/17, NJW-Spezial 2018, 592; OLG Hamburg, Urt. v. 03.08.2000 – 3 U 19/00, GRUR-RR 2001, 197.

210 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 39 rechte Spalte, 2. Abs.

211 OLG Jena, Urt. v. 14.11.2007 – 2 U 314/07, GRUR-RR 2008, 92, 93; OLG Hamburg, Urt. v. 03.08.2000 – 3 U 19/00, GRUR-RR 2001, 197; *Goldmann*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 5. Aufl. 2021, vor § 8 ff. Rn. 101.

212 *Büch*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 38 Rn. 36.

213 BGH, Urt. v. 03.09.2020 – III ZR 136/18 – Tonbänder II, MMR 2020, 756.

214 BGH, Urt. v. 03.09.2020 – III ZR 136/18 – Tonbänder II, MMR 2020, 756 Rn. 39.

215 BGH, Urt. v. 03.09.2020 – III ZR 136/18 – Tonbänder II, MMR 2020, 756 Rn. 40.

216 BGH, Urt. v. 03.09.2020 – III ZR 136/18 – Tonbänder II, MMR 2020, 756 Rn. 39, 46 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

könne.[217] Der Anspruch sei erfüllt, „wenn die Angaben nach dem erklärten Willen des Schuldners die Auskunft im geschuldeten Gesamtumfang darstellen." Der Erfüllung der Auskunftspflicht stehe die in dieser Form erteilte Auskunft trotz ihrer etwaigen inhaltlichen Unrichtigkeit nicht entgegen.[218]

Zu Recht wurde anschließend darauf hingewiesen, dass dieses Urteil die Dogmatik des Auskunftsanspruches nachhaltig beeinflussen werde.[219] Ob die vom Bundesgerichtshof zugrunde gelegten Überlegungen zutreffen können, wird im folgenden Abschnitt dieser Arbeit gründlich zu beleuchten sein.[220] Immerhin wird über die Konstruktion des Schadensersatzanspruchs in Form eines sekundären Auskunftsanspruchs auch dem originären Auskunftsanspruch bedeutendes Gewicht verliehen.[221] Gegenüber dem durch die Annahme des Nichterlöschens des Primäranspruchs erreichten Schutzniveau bleibt diese Lösung gleichwohl deutlich zurück, weil der Sekundäranspruch vom Verschulden des Auskunftsverpflichteten abhängig ist. Bei Auskunftsansprüchen, die sich – wie im beschriebenen Fall – auf vertraglicher Grundlage ergeben, wird das Verschulden gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet, so dass der Schuldner nachweisen muss, alles in seiner Macht Stehende getan zu haben, um die gewünschten Informationen korrekt mitzuteilen.[222]

Insgesamt wurde zu Recht darauf hingewiesen, die Erfüllung werde bei Auskunfts- und Rechenschaftsansprüchen bereits sehr „früh" angenommen.[223] Eine Begründung, weshalb der Verpflichtete nur die formell ordnungsgemäße Auskunft oder Rechnungslegung schulden soll und ein Anspruch auf Ergänzung der erteilten Informationen nicht bestehen soll, findet sich jedoch nicht.

Auch im Zwangsvollstreckungsverfahren setzt der Erfüllungseinwand eine nach Maßgabe von Urteilstenor und -gründen formal vollständige Auskunft oder Rechnungslegung voraus. Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit sollen an der Erfüllung jedoch nichts ändern.[224] Ob eine Rech-

217 BGH, Urt. v. 03.09.2020 – III ZR 136/18 – Tonbänder II, MMR 2020, 756 Rn. 42.
218 BGH, Urt. v. 03.09.2020 – III ZR 136/18 – Tonbänder II, MMR 2020, 756 Rn. 43.
219 *Hoeren,* MMR 2020, 759.
220 S. sogl. Kapitel 1 B. III. (S. 73).
221 *Hoeren,* MMR 2020, 759.
222 *Hoeren,* MMR 2020, 759.
223 *Rausch*, Stärkung des Informationsanspruchs, S. 59.
224 BGH, Beschl. v. 26.04.2007 – I ZB 82/06, NJW-RR 2007, 1475 Rn. 17 zu § 887 ZPO; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.01.2013 – 2 W 33/12 – Scheibenbremse, GRUR-RR 2013, 273.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

nung formal vollständig gelegt wurde, richtet sich allein nach dem Vollstreckungstitel.[225] Diese formalen Anforderungen werden teilweise recht streng gesehen: So soll es an der Vollständigkeit bereits fehlen, wenn und soweit zu einem einzigen rechnungslegungspflichtigen Punkt Angaben fehlen.[226]

III. Erfüllung durch „inhaltlich richtige" Informationsverschaffung

Der formell ordnungsgemäßen Informationsgabe steht die inhaltlich richtige Informationsverschaffung gegenüber. Diese kann nach wohl herrschender Meinung jedoch gerade nicht verlangt werden, weil es für die Erfüllung der Informationspflichten auf die inhaltliche Richtigkeit einer erteilten Auskunft oder Rechnungslegung für die Erfüllung nicht ankommen soll.[227] Sachliche Beanstandungen der verschafften Informationen sollen die Erfüllung des Anspruchs nicht berühren.[228] Es wird dabei auf eine Entscheidung des Reichsgerichts verwiesen, [229] das ausgeführt hat, dass

> *„Einwendungen dahin, dass vereinzelte Posten zu niedrig oder zu hoch angesetzt seien, andere zu Unrecht fehlten, […] dem Gebiete der sachlichen Beanstandung der Rechnung an[gehörten]; für sie [sei] im Rechtsstreit über die Rechnungslegung regelmäßig kein Raum. Denn auch eine derart mangelhafte Rechnungslegung, [könne] im Wesentlichen wenigstens, ihrem Zwecke entsprechen und demnach zur Erfüllung der Abrechnungspflicht genügen […].*"[230]

Es wurde aber auch darauf hingewiesen, dass für eine hinreichende Erfüllung neben der Informationsgabe „eigentlich auch deren Richtigkeit gegeben sein" sollte.[231] Im Folgenden soll dargelegt werden, weshalb die inhaltlich richtige Information Voraussetzung der Erfüllung eines Informationsanspruchs sein muss.

225 *Haft*, in: Cepl/Voß, 3. Aufl. 2022, § 888 ZPO Rn. 23.
226 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.01.2016 – 15 W 12/15, BeckRS 2016, 6336 Rn. 3.
227 *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 259 Rn. 23.
228 *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 259 Rn. 24.
229 Vgl. *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 259 Rn. 24 (Fn. 83).
230 RG, Urt. v. 19.10.1920 – II 199/20, RGZ 100, 150, 152.
231 *Rausch*, Stärkung des Informationsanspruchs, S. 59.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Gegenwärtige Anforderungen an den Inhalt der Informationsverschaffung

a) Nicht ernst gemeinte oder von vornherein unwirksame Informationsverschaffung

Der Grundsatz, die inhaltlich richtige Informationsverschaffung könne nicht verlangt werden, gilt jedenfalls nicht uneingeschränkt. Keine Erfüllungswirkung kommt auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einer Wissenserklärung zu, die „nicht ernst gemeint, unvollständig oder von vornherein unglaubhaft" ist.[232] In diesem Sinne hielt es schon das Reichsgericht für möglich, dass eine Rechnungslegung nicht zur Erfüllung führt, wenn „*die Möglichkeit, über das Verhältnis der Aktiv- zu den Passivposten ein Bild zu gewinnen, durch die Mängel ausgeschlossen oder erheblich erschwert würde.*"[233]

Zur Beurteilung der Frage, wann eine Wissenserklärung nicht ernst gemeint, unvollständig oder von vornherein unglaubhaft ist, sei auf die objektiv gegebenen Umstände abzustellen.[234] Es soll nicht darauf ankommen, ob der Berechtigte die erteilte Information für wahr und vollständig erachtet.[235] Weil die geschuldete Wissenserklärung naturgemäß vom Erinnerungsvermögen und der Erinnerungsbereitschaft des Informationsschuldners abhänge, könne eine Erklärung dann nicht als von vornherein unglaubhaft behandelt werden, wenn dieser behauptet, er wolle seinen Lieferanten aus Angst vor diesem nicht mehr benennen, weil dieser ein „Ganove" sei.[236] Auch eine solche Negativauskunft soll zur Erfüllung der Informationspflicht führen können.[237] Entscheidend kommt es darauf an,

232 BGH, Beschl. v. 19.01.2022 – XII ZB 183/21 Rn. 38; BGH, Urt. v. 17.05.2001 – I ZR 291/98 – Entfernung der Herstellungsnummer II, GRUR 2001, 841 juris-Rn. 44; BGH, Urt. v. 24.03.1994 – I ZR 42/93 – Cartier-Armreif, GRUR 1994, 630 juris-Rn. 15 ff.

233 RG, Urt. v. 19.10.1920 – II 199/20, RGZ 100, 150, 152.

234 BGH, Urt. v. 24.03.1994 – I ZR 42/93 – Cartier-Armreif, GRUR 1994, 630 juris-Rn. 15.

235 BGH, Urt. v. 24.03.1994 – I ZR 42/93 – Cartier-Armreif, GRUR 1994, 630 juris-Rn. 15.

236 BGH, Urt. v. 24.03.1994 – I ZR 42/93 – Cartier-Armreif, GRUR 1994, 630 juris-Rn. 16.

237 BGH, Urt. v. 29.10.1957 – I ZR 192/56 – Bleicherde, GRUR 1958, 149, 150.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

ob der Tatrichter die Angaben des Schuldners für glaubhaft hält.[238] Im angeführten „Ganoven-Beispiel" liegt jedoch wohl keine Negativauskunft, sondern eine Erfüllungsverweigerung vor. Ob dies zu Recht geschah, ist jedoch eher im Rahmen eines dem Schuldner möglicherweise zustehenden Leistungsverweigerungsrechts zu klären.[239]

b) Ermöglichung der ungefähren Bestimmung des Umfangs des Hauptanspruchs

Soweit weitere Anforderungen an den Inhalt der Informationsmitteilung gestellt werden, soll es ausreichend sein, dass der Gläubiger den Umfang seines Hauptanspruchs „in etwa selbst […] berechnen" kann.[240] Nur dann sei ihm die Nachprüfung möglich.[241] Wann dies der Fall ist, wird allgemein jedoch nicht näher ausgeführt. Im Rahmen des Auskunftsanspruchs zur Ermittlung des Anspruchs auf Zugewinnausgleich (§ 1379 BGB) ist die Spezifizierung der Vermögensbestandteile erforderlich.[242] Die Zusammenstellung sei (erst) bestimmt genug, wenn der Berechtigte daraus selbst das Herauszugebende ermitteln kann.[243] Die Zusammenstellung muss so genau sein, dass ein Gläubiger aus den maßgeblichen Verkehrskreisen auf ihrer Grundlage seinen Klageantrag hinreichend präzise formulieren kann.

2. Erfüllung durch vollständige und inhaltlich richtige Informationsverschaffung

Insgesamt fehlt es für die Annahme, die „formell ordnungsgemäße" Informationsverschaffung genüge zur Erfüllung eines Informationsanspruchs, an einer tragfähigen, dogmatisch fundierten Begründung. Die Formulierung findet sich in zahlreichen Quellen, ohne dass sie kritisch hinterfragt wurde.

238 BGH, Urt. v. 17.05.2001 – I ZR 291/98 – Entfernung der Herstellungsnummer II, GRUR 2001, 841 juris-Rn. 47.
239 Dazu Kapitel 6 B. (S. 380).
240 OLG Celle, Urt. v. 02.01.1975 – 7 U 70/74, NJW 1975, 1568.
241 OLG Celle, Urt. v. 02.01.1975 – 7 U 70/74, NJW 1975, 1568.
242 OLG Karlsruhe, Urt. v. 21.03.1967 – 4 W 7/67, FamRZ 1967, 339.
243 *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 260 Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Hier wird vorgeschlagen, die Formulierung, die formell ordnungsgemäße Auskunftserteilung oder Rechnungslegung genüge für die Erfüllung der zugrundeliegenden Informationsansprüche, aufzugeben. Stattdessen soll nur die formell ordnungsgemäße und inhaltlich richtige Informationsverschaffung zur Erfüllung im Sinne von § 362 Abs. 1 BGB und damit zum Erlöschen dieser Ansprüche führen. Ist dem Verpflichteten die Erteilung der zutreffenden Auskunft oder die vollständige und inhaltlich richtige Rechnungslegung nicht zuzumuten, so kann er möglicherweise ein Leistungsverweigerungsrecht geltend machen.[244]

Zu beachten ist jedoch, dass der Inhalt und die Grenzen einer Informationspflicht nicht verallgemeinert werden können, sondern dem konkret zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zu entnehmen sind.[245] Die Umstände des Einzelfalles sind in besonderem Maße zu beachten.[246] Dennoch soll versucht werden, einen allgemeinen Maßstab zu entwickeln, an dem die Einzelfallentscheidungen gemessen werden können. Besonders ist zu berücksichtigen, dass auch in diesem Bereich letztlich Rechtssicherheit herbeigeführt und der Streit – spätestens im Zwangsvollstreckungsverfahren, wo das zentrale Problem letztlich auftreten wird, – erledigt werden muss. Ein nicht endendes Nachforschen des Informationsgläubigers ist dabei sicherlich nicht sinnvoll.[247]

Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass eine Information nur Grundlage sachgerechten Handelns sein kann, wenn sie zutreffend ist.[248] Es wird deshalb vorgeschlagen, in Zukunft die inhaltlich richtige Informationsverschaffung im Rahmen der Frage nach der Erfüllung maßgeblich zu berücksichtigen. Nur so wird die geschuldete Leistung bewirkt. Dies ergibt auch die Auslegung der entscheidenden Rechtsnormen:

a) Wortlaut der Vorschriften über Auskunft und Rechnungslegung

Der Wortlaut der gesetzlich geregelten Auskunfts- und Rechnungslegungsverpflichtungen liefert zunächst keine Anhaltspunkte für die Frage, in

244 Dazu u. Kapitel 6 B. (S. 380).
245 BGH, Urt. v. 08.02.2007 – III ZR 148/06, NJW 2007, 1528 Rn. 8; *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 666 Rn. 1.
246 *Looschelders*, SchuldR AT, § 14 Rn. 8.
247 Vgl. zu den Grenzen ausf. u. Kapitel 6 (S. 379 ff.).
248 *Regenfus,* NJW 2018, 2225.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

welcher Art und Weise und in welchem Umfang diese zu erfüllen sind. Gleichwohl ist festzuhalten, dass schon die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und der Ausgaben, die zur Erfüllung der Rechnungslegungspflicht gemäß § 259 Abs. 1 BGB erforderlich ist, den Anspruch der Vollständigkeit erhebt.[249] Weil stets das zugrundeliegende Rechtsverhältnis zu beachten ist, bleibt der Inhalt der Rechenschaftspflicht jedoch unter Umständen hinter § 259 BGB zurück oder geht darüber hinaus.[250] § 260 Abs. 1 BGB schreibt zur Erfüllung des dort geregelten Auskunftsanspruchs ebenfalls nur die Erstellung eines Bestandsverzeichnisses vor. Es erscheint daher sinnvoll, an dieser Stelle zunächst den Sinn der Worte „Auskunft" und „Rechnungslegung" zu klären.

aa) Auskunft

Schon das Wort „Auskunft" beschreibt die „*auf eine Frage hin gegebene Information, [eine] aufklärende Mitteilung über jemanden [oder] etwas.*"[251] Es handelt sich um eine Wissenserklärung, deren Inhalt durch den Zweck der Auskunft festlegt ist.[252] Dabei geht der Empfänger der fraglichen Information davon aus, dass die erhaltene Information zutreffend ist. Damit wohnt schon dem Begriff der Auskunft ein gewisses Element der Richtigkeit inne und unterscheidet sich gerade dadurch vom bloßen Tippgeben oder einer Meinungskundgabe. Gegenstand einer Auskunft sind überprüfbare Tatsachen und nicht Momente des Dafürhaltens.

bb) Rechnungslegung

Rechnungslegung meint die „*Ablegung finanzieller Rechenschaft, besonders durch Nachweis des Empfangs und der Verwendung von Geldbeträgen.*"[253] Entscheidend kommt es hier auf die Vorlage einer geordneten Aufstellung von Einnahmen und Ausgaben an.[254] Über die Erteilung buchhalterischer

249 *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 259 Rn. 26.
250 *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 259 Rn. 24.
251 https://www.duden.de/rechtschreibung/Auskunft (zuletzt abgerufen am 11.07.2023).
252 *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 260 Rn. 40.
253 https://www.duden.de/rechtschreibung/Rechnungslegung (zuletzt abgerufen am 11.07.2023).
254 *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 259 Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Informationen hinaus ist damit die Vorlage bestimmter, zum Nachweis der erteilten Informationen geeigneter Unterlagen, wesentlich für eine ordnungsgemäße Rechnungslegung.

b) Gesetzgebungsmaterialien

In den Motiven zum ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches findet sich eine §§ 259, 260 BGB vergleichbare Norm nicht im allgemeinen Schuldrecht, sondern nur in Bezug auf den Auftrag (I § 591 BGB). Danach sei die Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung über die Auftragsführung gemeinrechtlich anerkannt. Auch werde sie in der modernen Gesetzgebung bereits ausgesprochen.[255] Über die Art, in welcher die Rechenschaftspflicht zu erfüllen sei, könne das Gesetz aufgrund der Verschiedenheit der denkbaren Fälle jedoch nichts bestimmen.[256]

Genauere Ausführungen finden sich nur für den Fall, dass Gegenstand des Auftrages die Vermögensverwaltung ist. Dann müsse die Rechenschaft durch Legung einer Rechnung gegeben werden. Das sei die einfachste Art der Rechenschaftserteilung und „durch die Natur der Dinge geboten und im praktischen Leben allgemein gebräuchlich."[257] Diese Ausführungen gewähren ebenfalls keinen Aufschluss über den Inhalt und den Umfang der dort normierten materiell-rechtlichen Aufklärungspflicht. Allerdings wurde erkannt, dass die Durchsetzung dieses Anspruchs, insbesondere die Beantwortung der Frage, ob eine „vollständige und abnahmefähige" Rechnung vorliegt, häufig praktischen Schwierigkeiten begegnen wird.[258] Diese müssten jedoch angesichts der „Wichtigkeit und Bedeutung der Vorschrift zurück[treten]".[259] Weitere Regelungen, wie sie etwa I 14 §§ 133 ff. preuß. A. L. R. vorsahen, wurden jedoch nicht für angemessen gehalten; diese würden eine Reihe von Unklarheiten herbeiführen. In anderen Rechtsgebieten habe sich das Fehlen vergleichbarer Regelungen nicht als nachteilig erwiesen.[260] Jedoch zeigen insbesondere I 14 §§ 137, 138 preuß. A. L. R., dass schon früh davon ausgegangen wurde, der Informati-

255 Motive II, S. 537.
256 Motive II, S. 537.
257 Motive II, S. 537.
258 Motive II, S. 537.
259 Motive II, S. 537.
260 Motive II, S. 538.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

onsschuldner habe für die (inhaltliche) Richtigkeit der von ihm gemachten Angaben geradezustehen.

Es wurde schon beim Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches davon ausgegangen, nur die inhaltlich richtige Information sei zielführend. Daher wurde dem Schuldner einer Rechenschaftspflicht aufgegeben, auch Belege vorzulegen, soweit es üblich ist, dass solche erteilt werden (§ 259 Abs. 1 Hs. 2 BGB). Auf der Grundlage dieser Belege kann der Gläubiger den Schuldner kontrollieren; im Prozess dienen sie ihm als Beweismittel.[261]

Schließlich erkannte der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie, dass bislang die Erteilung einer falschen oder unvollständigen Auskunft weitgehend folgenlos blieb. Wie selbstverständlich geht er dabei davon aus, für die Erfüllung einer Auskunftspflicht komme es auf die inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit grundsätzlich nicht an. Dies könne nur unter besonderen Umständen verlangt werden. Um dennoch auf eine inhaltlich richtige Informationsvermittlung hinzuwirken, wurde es für notwendig erachtet, dem Auskunftsgläubiger im Falle der fehlerhaften Auskunft einen Anspruch auf Schadensersatz zu gewähren.[262]

Auch hier wird das Streben des Gesetzgebers erkennbar, dem Gläubiger Zugang zu inhaltlich richtigen Informationen zu gewähren. Allerdings wird der Schadensersatzanspruch gemäß Absatz 5 der maßgeblichen immaterialgüterrechtlichen Vorschriften nur für den Fall gewährt, dass der Auskunftsschuldner die Auskunft vorsätzlich oder grob fahrlässig falsch erteilt. Ob diese Haftungsprivilegierung gerechtfertigt ist, wird noch zu untersuchen sein.[263]

Führt der Gesetzgeber weitere Informationsansprüche in das Gesetz ein, sollte er – wie in den immaterialgüterrechtlichen Vorschriften jedenfalls teilweise geschehen – konkret angeben, welche Angaben geschuldet sind. So kann Unklarheiten hinsichtlich des Umfangs dieser Ansprüche vorgebeugt werden.

261 Protokolle II, S. 359.

262 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 39 rechte Spalte, 2. Abs.; s. auch o. S. 71.

263 S. u. Kapitel 5 D. II. 4. (S. 371).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Zusammenspiel mit anderen Vorschriften

Jedenfalls in den Fällen, in denen die Informationsansprüche die Durchsetzung eines anderen Anspruchs ermöglichen oder erleichtern sollen, gebieten auch systematische Erwägungen den Schluss, dass nur die inhaltlich richtige Informationsgabe zur Erfüllung eines Informationsanspruchs führt. Das wird insbesondere dort deutlich, wo die Auskunfts- oder Rechnungslegungspflicht durch die Pflicht zur Abgabe einer Versicherung an Eides statt ergänzt wird. Auch kennt das Gesetz selbst Fälle, in denen an die Informationsmitteilung besondere Anforderungen gestellt werden.

aa) Versicherung an Eides statt

Das Zusammenspiel mit den strafrechtlichen Vorschriften über die Versicherung an Eides statt (§§ 156, 161 StGB) zeigt, dass Inhalt der geschuldeten Auskunft oder Rechnungslegung die inhaltlich richtige Information sein muss. Der objektive Tatbestand dieser Vorschriften setzt die Bekräftigung einer inhaltlich falschen Aussage voraus.[264] Eine Aussage ist falsch, wenn der Aussageinhalt nicht mit dem Aussagegenstand übereinstimmt.[265] Auch im Strafrecht ist umstritten, worin der Aussagegegenstand zu sehen ist. Dabei stehen sich die von der herrschenden Meinung vertretene objektive Theorie, eine subjektive Theorie sowie eine „modifizierte objektive" Theorie gegenüber.[266]

Grundgedanke der *objektiven Theorie* ist, dass die Rechtspflege nur durch eine der Wirklichkeit widersprechende Aussage gefährdet werden kann. Danach meint „Falschaussage" den Widerspruch zwischen Inhalt der Aussage und dem tatsächlichen Geschehen.[267] Demgegenüber ist Ausgangspunkt der *subjektiven Theorie* die Funktion des Aussagenden im Prozess: Weil er nur aus eigener Wahrnehmung über das Beweisthema zu berichten vermag, könne es nach dieser Ansicht allein darauf ankommen, ob der Inhalt der Aussage mit dem Wissen des Aussagenden übereinstimmt.[268] Beide

264 *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 156 Rn. 5.
265 *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, vor §§ 153 ff. Rn. 4.
266 Dazu eingehend *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, vor §§ 153 ff. Rn. 4 ff.
267 *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, vor §§ 153 ff. Rn. 4.
268 *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, vor §§ 153 ff. Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Ansätze werden von der sogenannten „*modifizierten objektiven*" *Theorie* aufgegriffen. Danach soll eine Aussage falsch sein, wenn sie dem wirklichen Erlebnisbild des Aussagenden nicht entspricht.[269] Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, wie mit Personen umgegangen wird, die etwa Unterlagen überhaupt nicht eingesehen haben und sich daher kein Bild von der konkreten Situation machen konnten.

Die herrschende Meinung folgt der objektiven Betrachtungsweise, die sich ohne Weiteres in die Unterscheidung von objektivem und subjektivem Tatbestand einfügt.[270] Andere Ansätze stellen auf die Wahrnehmung des Aussagenden ab und beachten diese bereits im objektiven Tatbestand. Unter strafrechtlichen Gesichtspunkten handelt es sich dabei jedoch um eine Frage des Vorsatzes, weil ein Widerspruch zwischen tatsächlichem Geschehen und Wahrnehmung des Aussagenden in diesem Zusammenhang wohl als Tatbestandsirrtum (§ 16 Abs. 1 StGB) zu werten ist. Der Tatbestand der §§ 156, 161 StGB ist auch bei einer nach bestem Wissen gemachten, objektiv jedoch falschen Aussage erst mit dem Vorliegen eines entsprechenden Vorsatzes oder – im Fall des § 161 StGB – einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung verwirklicht.[271]

Mit der Verpflichtung zur Abgabe einer Versicherung an Eides soll abgesichert werden, dass der Schuldner die Informationen mit größtmöglicher Sorgfalt zusammenstellt. Dabei kann es nur um die inhaltlich richtige Information gehen, weil nur diese das tatsächliche Geschehen beschreibt. Die Verpflichtung zur Abgabe der Versicherung an Eides statt wäre weitgehend gegenstandslos, müsste allein versichert werden, die bereitgestellten Informationen seien „formell ordnungsgemäß" zusammengestellt worden. Es spricht auch nichts dagegen, die Versicherung an Eides statt neben der inhaltlich richtigen Informationsgabe zu verlangen. So kann umfassend sichergestellt werden, dass der Berechtigte tatsächlich die notwendigen Informationen erhält.

269 Vgl. *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, vor §§ 153 ff. a. E. m. w. N.

270 *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 156 Rn. 6; *Rengier*, Strafrecht BT II, § 49 Rn. 8; *Kargl,* GA 2003, 791, 796 ff.

271 *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, vor §§ 153 ff. Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Die Auskunftspflicht des Erben gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten

Gemäß § 2314 Abs. 1 BGB hat ein Erbe dem Pflichtteilsberechtigten auf dessen Verlangen Auskunft über den Bestand des Nachlasses zu erteilen. Der Pflichtteilsberechtigte soll sich über den Bestand und den Umfang des Nachlasses informieren können, um in der Folge seinen Pflichtteilsanspruch gemäß § 2303 BGB berechnen zu können.[272] Sonst wäre der Pflichtteilsanspruch oft kaum zu verwirklichen.[273] Anders als bei den meisten Auskunftsansprüchen kann bei diesem Auskunftsanspruch die Aufnahme des Bestandsverzeichnisses unter Mitwirkung einer Behörde, eines Beamten oder eines Notars verlangt werden, § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB. Diesen kann der Pflichtteilsberechtigte inhaltliche Anforderungen vorgeben, weil das Bestandsverzeichnis in seinem Interesse erstellt wird.[274] Er hat aber nicht das Recht, das Verzeichnis selbst erstellen zu lassen. Allein der Erbe ist für die Durchführung der amtlichen Aufnahme verantwortlich.[275] Er hat dabei mit der zuständigen Amtsperson zusammen zu wirken. Verweigert der Erbe die Kooperation, so kann die Amtsperson ihn nicht zur Mitwirkung zwingen.[276] Wird die Zusammenarbeit verweigert, so ist der Auskunftsanspruch unter Umständen nicht erfüllt.[277] Denn auch die Erstellung des amtlichen Verzeichnisses dient allein der Erfüllung des Auskunftsanspruchs.[278] Kommt der Erbe seiner Pflicht, die Erstellung des Nachlassverzeichnisses zu veranlassen, nicht nach, ist es am Pflichtteilsberechtigten, dies klageweise und notwendigenfalls im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen.[279]

Gemäß § 2314 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Erbe Auskunft über „den Bestand des Nachlasses" zu erteilen. Erfasst werden sämtliche Nachlassaktiva und Nachlasspassiva, ausgleichungspflichtige Zuwendungen des Erblassers so-

272 *Lange*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 1.
273 Motive V, S. 409; *Lange*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 1; *Tegelkamp/Krüger,* ZErb 2011, 33.
274 *Lange*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 42.
275 *Lange*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 42; *Otte*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 2314 Rn. 7.
276 Vgl. *Lange*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 50.
277 Vgl. *Lange*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 45.
278 *Otte*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 2314 Rn. 218.
279 Vgl. etwa Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 07.04.2011 – 3 W 81/10, NJW-RR 2011, 1449.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

wie seine Schenkungen innerhalb der letzten zehn Lebensjahre.[280] Zwingend erforderlich ist dabei die Angabe der wertbildenden Faktoren; die Angabe des Wertes soll nicht ausreichend sein. Werden die wertbildenden Faktoren nicht angegeben, so sei der Auskunftsanspruch nicht erfüllt.[281] Fällt ein Unternehmen in den Nachlass, kann der Pflichtteilsberechtigte die Vorlage von Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen und weiteren Unterlagen, die ihm eine Bewertung des Unternehmens ermöglichen, verlangen.[282]

Die Auskunftspflicht kann grundsätzlich durch das Vorlegen eines Verzeichnisses erfüllt werden. § 2314 Abs. 1 BGB unterscheidet dabei das privat erstellte und das amtlich aufgenommene Nachlassverzeichnis. Soweit ein amtliches Nachlassverzeichnis verlangt wird, ist der Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten nur erfüllt, wenn das Verzeichnis den gesetzlichen Anforderungen genügt.[283] Die Hinzuziehung der Amtsperson soll sicherstellen, dass der Schuldner die Angaben wahrheitsgemäß erteilt.[284] Daher ist die Amtsperson zur Vornahme von Ermittlungen berechtigt und oft sogar verpflichtet.[285] Insbesondere ist die Amtsperson verpflichtet, Angaben des Erben auf ihre sachliche Richtigkeit hin zu überprüfen.[286] Diese Ermittlungspflicht ergibt sich auch aus § 37 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG. Danach muss das Verzeichnis „Wahrnehmungen" enthalten.[287] Die Amtsperson hat die maßgeblichen Feststellungen sorgfältig zu treffen. Insbesondere sind die Nachlassgegenstände einzeln und übersichtlich aufzulisten. Sämtliche Angaben, welche zur Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs notwendig sind, müssen aufgenommen werden. Damit ist regelmäßig ein erheblicher Aufwand verbunden, weshalb insbesondere Notare versuchen, die Reichweite ihrer Ermittlungspflichten zu beschränken. Das gilt umso mehr, als für die Fertigung des notariellen Nachlassverzeichnisses nur geringe Gebühren

280 BGH, Urt. v. 02.11.1960 – V ZR 124/59, NJW 1961, 602 juris-Rn. 11; *Lange*, Erbrecht, § 88 Rn. 74 (S. 884).
281 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.07.2007 – 7 W 60/07, RNotZ 2008, 105 juris-Rn. 14; *Kuhn/Trappe,* ZEV 2011, 347, 349.
282 *Lange*, Erbrecht, § 88 Rn. 77 (S. 885).
283 *Kuhn/Trappe,* ZEV 2011, 347, 350.
284 *Lange*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 47.
285 OLG Köln, Beschl. v. 21.05.2012 – 2 W 32/12, RNotZ 2013, 127 juris-Rn. 11; *Lange*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 49; a. A. *Heidenreich,* ZErb 2011, 71.
286 *Kuhn/Trappe,* ZEV 2011, 347, 350.
287 OLG Koblenz, Beschl. v. 18.03.2014 – 2 W 495/13, NJW 2014, 1971 juris-Rn. 18; *Kuhn/Trappe,* ZEV 2011, 347, 350.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

verlangt werden können.[288] Allerdings ist es wohl gerade dieser Aufwand, der die Einschaltung einer besonderen Aufsichtsperson an diesem Punkt rechtfertigt. Daher wird zu Recht von einer umfangreichen Ermittlungsverpflichtung der Amtsperson ausgegangen.[289]

All dies ändert nichts an der Ausgangslage, dass stets der Erbe Schuldner der Auskunft bleibt.[290] Weil dieser zur Auskunft verpflichtet ist, geht es zu seinen Lasten, wenn die Amtsperson bei der Errichtung des Nachlassverzeichnisses die notwendigen Feststellungen nicht trifft.[291] Für die Erfüllung des Anspruchs kommt es auf die Erkenntnismöglichkeiten des Erben, nicht die der Amtsperson an.[292] Diese wird als „Erfüllungsgehilfe" des Schuldners tätig. Die die Amtsperson treffende Ermittlungspflicht trifft gleichsam den Erben im Rahmen seiner Auskunftspflicht gemäß § 2314 Abs. 1 S. 1 BGB. Gerade weil der Pflichtteilsberechtigte gegenüber dem Erben oft strukturell benachteiligt ist,[293] erscheint es sinnvoll, vom Erben größtmögliche Sorgfalt bei der Erstellung des Nachlassverzeichnisses zu verlangen. Dabei kommt es in besonderem Maße auf die inhaltliche Richtigkeit der Angaben an. Das gilt nicht nur im Rahmen des Auskunftsanspruchs des Pflichtteilsberechtigten, sondern für alle Informationspflichten.

cc) Inhalt der prozessualen Aufklärungspflicht

Auch wo eine allgemeine (prozessuale) Aufklärungspflicht vorgeschlagen wurde, wird deren Inhalt näher beschrieben.[294] Dabei wird an die in § 138 Abs. 1 ZPO normierte Wahrheitspflicht angeknüpft, die zur Folge haben soll, dass der zur Aufklärung Verpflichte Auskunft über einen bestimmten Sachverhalt erteilen müsse. Ebenso sei er der anderen Partei zur Ermöglichung der Beweisführung verpflichtet und müsse insbesondere bei

288 *Kuhn/Trappe,* ZEV 2011, 347, 351; *Zimmer,* ZEV 2008, 365, 369; zurückhaltender *Zimmer,* NJW 2019, 186.

289 BGH, Beschl. v. 13.09.2018 – I ZB 109/17, NJW 2019, 231 Rn. 32; OLG Celle, Beschl. v. 21.01.2002 – 4 W 318/01, DNotZ 2003, 32; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.07.2007 – 7 W 60/07, RNotZ 2008, 105, 106; *Müller-Engels,* FamRZ 2019, 144; *Schönenberg-Wessel,* NotBZ 2019, 103, 104; *Kurth,* ZErb 2018, 293, 294; *Schönenberg-Wessel,* NotBZ 2018, 204, 208; *Schreinert,* RNotZ 2008, 61, 71 f.

290 *Kuhn/Trappe,* ZEV 2011, 347, 348.

291 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.07.2007 – 7 W 60/07, RNotZ 2008, 105 juris-Rn. 10.

292 OLG Koblenz, Beschl v. 30.04.2018 – 1 W 65/18, FamRZ 2019, 146.

293 Vgl. *Lange*, Erbrecht, § 88 Rn. 83 f. (S. 887 ff.) zur rechtspolitischen Kritik.

294 Grundlegend *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 134 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

der Individualisierung von Beweismitteln mitwirken.[295] Ob die erteilten Auskünfte der Wahrheit entsprechen, soll engmaschig kontrolliert werden können.[296]

Es wird davon ausgegangen, die prozessuale Aufklärungspflicht erfordere die umfassende und wahre Informationsverschaffung.[297] Diese könne neben einer materiellrechtlichen Auskunftspflicht gleichen Inhalts bestehen.[298] Danach wäre zur Erfüllung der materiellrechtlichen Informationsansprüche ebenfalls die umfassende und inhaltlich richtige Auskunft oder Rechnungslegung erforderlich.

Davon geht in Einzelfällen auch die Rechtsprechung aus und hält damit gerade nicht allein die formell ordnungsgemäße Auskunftserteilung oder Rechnungslegung für ausreichend. So muss der auf Schadensersatz verklagte Arzt genau darüber aufklären, wie die Behandlung im Einzelnen durchgeführt wurde.[299] Dient der Auskunftsanspruch der Vorbereitung eines patentrechtlichen Schadensersatzanspruchs, kommt es darauf an, welche Angaben für dessen Geltendmachung erforderlich sind.[300] Zur Berechnung des Unterhaltsanspruchs können auch Angaben über Steuererstattungen zugunsten des Unterhaltsschuldners verlangt werden, soweit der Gläubiger diese Angaben nicht bereits kennen muss.[301]

Eine entsprechende Verpflichtung wurde bislang nicht nur im Rahmen materieller Auskunftsansprüche diskutiert. Vielmehr wurde darauf hingewiesen, dass gemäß § 286 ZPO der gesamte Inhalt der Verhandlung als Grundlage der Beweiswürdigung diene und das Gericht daher auch die Handlungen, Erklärungen und Unterlassungen einer Partei zu berücksichtigen habe. Aus der Verweigerung einer Antwort oder einer Auskunft dürfen nach ganz herrschender Meinung[302] Schlüsse zum Nachteil einer Partei gezogen werden, auch wenn diese materiell- oder prozessrechtlich zur Vor-

295 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 136.
296 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 136 ff.
297 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 151.
298 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess.
299 LG Köln, Urt. v. 10.04.1956 – 14 O 36/56, NJW 1956, 1112.
300 BGH, Urt. v. 26.03.2019 – X ZR 109/16 – Spannungsversorgungsvorrichtung Rn. 12; ausf. u. Kapitel 2 B. II. 2. b) (S. 129 ff.).
301 OLG München, Beschl v. 03.08.2018 – 16 UF 645/18, FuR 2019, 107 juris-Rn. 13.
302 Vgl. dazu ausführlich *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, S. 67 ff. m. zahlreichen w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

lage nicht verpflichtet ist.[303] Damit wird jedenfalls faktisch die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Auskunft ausgesprochen.[304]

d) Sinn und Zweck der Vorschriften über die Informationsverschaffung

Zum vorgeschlagenen Ergebnis führen schließlich auch teleologische Erwägungen. Für die Erfüllung eines Anspruchs kommt es entscheidend darauf an, welche Leistung geschuldet ist. Diese wird in § 362 Abs. 1 BGB nicht näher bestimmt, sondern ist nach allgemeinen schuldrechtlichen Regeln zu ermitteln.[305] Inhalt und Umfang der geschuldeten Leistung bestimmen sich nach den vertraglichen Abreden und den gesetzlichen Regelungen.[306] Lassen sich daraus keine genaueren Bestimmungen entnehmen, ist der Leistungsinhalt im Wege der Auslegung zu ermitteln, weshalb zu fragen ist, welchen Sinn und Zweck die Leistungspflicht hat.[307]

Weil Sinn und Zweck der Informationsansprüche maßgeblichen Einfluss darauf haben, in welcher Weise diese Ansprüche zu erfüllen sind,[308] sollen ihre Funktionen kurz dargestellt werden.[309] Grundsätzlich sollen die Informationsansprüche dem Gläubiger stets die Wahrung seiner Rechte ermöglichen. Die Information wird hier nicht um ihrer selbst willen geschuldet, sondern ist notwendig, um weitergehende Rechte und Pflichten wahrnehmen zu können.

Dabei ist eine Unterscheidung in vier große Gruppen etabliert.[310] Grundlage dieser Unterscheidung sind Ursprung und Zweck der Informationsansprüche.[311] Diese werden in der Folge dargestellt, weil sich aus dieser Unterscheidung Schlüsse darauf ziehen lassen, in welcher Art und Weise diese

303 BGH, Urt. v. 12.01.1960 – VI ZR 220/58, NJW 1960, 821.
304 Vgl. auch BGH, Urt. v. 13.07.1962 – I ZR 43/61 – Bärenfang, NJW 1962, 2149.
305 *Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2022, § 362 Rn. 2.
306 *Fetzer*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 362 Rn. 3; *Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2016, § 362 Rn. 18.
307 Zur Ermittlung und Verwirklichung des Normzwecks als Ziel der Auslegung vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 726 ff.
308 S. u. Kapitel 1 B. III. 2. d) (S. 86 f.).
309 Vgl. zu § 2314 BGB auch *Weidlich*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 2314 Rn. 9.
310 So zuerst *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 287; dem folgend *Kapoor*, Vorlagepflichten, S. 72 ff.; *Lorenz,* JuS 1995, 569, 569; *Haeffs*, Auskunftsanspruch, S. 95 ff.
311 Vgl. auch *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 260 Rn. 12; *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Ansprüche erfüllt werden. Diese Unterscheidung lässt sich ohne Weiteres auf Rechnungslegungsansprüche übertragen.

Gemein ist all diesen Ansprüchen, dass ihnen eine rechtliche Sonderverbindung zugrunde liegt. Davon unterscheiden sich solche Informationsansprüche, die keine rechtliche Sonderverbindung, wohl aber einen besonderen sozialen Kontakt voraussetzen (z. B. § 809 S. 2 BGB).[312] Außerdem gibt es – v.a. familienrechtliche – Informationsansprüche, die sich keiner dieser Gruppen zuordnen lassen.[313]

aa) Ermöglichung der Wahrnehmung von Interessen

Häufig ist es Zweck eines Informationsanspruchs, dem Gläubiger die Kontrolle des Schuldners, der seine Interessen wahrnimmt, zu ermöglichen. Die Informationsansprüche sollen dabei sicherstellen, dass der Schuldner im Interesse des Gläubigers handelt. Der Informationsanspruch soll hier dem Prinzipal-Agenten-Problem begegnen. Dabei verfügt der Beauftragte gegenüber seinem Auftraggeber über einen Wissensvorsprung (Informationsasymmetrie).[314]

Diesen Konflikt hat § 666 BGB im Blick, wonach der Auftraggeber vom Auftragnehmer Auskunft und Rechenschaft verlangen kann. Der Auftragnehmer wird zur Interessenwahrung verpflichtet und die Abstimmung zwischen den Parteien genau festgelegt. Den Beauftragten treffen dabei verschiedene Pflichten. Er muss den Aufraggeber benachrichtigen, wenn dies erforderlich ist, ohne dass dieser ihn dazu auffordert (Var. 1).[315] Außerdem muss er dem Auftraggeber Auskunft erteilen und Rechenschaft legen (Var. 2 und Var. 3). Diese Pflichten dienen einerseits der Vorbereitung einer Intervention oder anderer Steuerungsmaßnahmen zur Rechtssicherung bei Leistungsstörungen, andererseits der effektiven Durchsetzung der Ansprüche aus §§ 667 f. BGB.[316] Vor allem die Benachrichtigungspflicht nach § 666 Var. 1 BGB soll dem Auftraggeber die Wahrnehmung seiner

312 Zuerst *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 291 f.; *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 260 Rn. 12 bezeichnet diese Ansprüche als „Einzelfälle".

313 Z. B. § 1600d BGB, wonach die Vaterschaft durch molekulargenetische Untersuchung festgestellt werden kann, dazu ausf. *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, Bd. 10, 8. Aufl. 2020, § 1600d Rn. 61 ff.

314 Grundlegend Jensen & Meckling, 3 Journal of Financial Economics 305 (1976).

315 *F. Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 666 Rn. 18.

316 *F. Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 6, 9. Aufl. 2023, § 666 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Interessen ermöglichen. Aber auch die Verpflichtung des Beauftragten, dem Auftraggeber Auskunft über den Stand der Geschäfte zu erteilen, dient diesem Zweck. Das gilt gemäß § 675 Abs. 1 BGB auch im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrags.

Auf diese Vorschrift wird für die Gesellschaft in § 713 BGB und für den Verein in § 27 Abs. 3 BGB Bezug genommen. Gleiches gilt für § 2218 Abs. 3 BGB für den Erben, der vom Testamentsvollstrecker Auskunft verlangen kann. Gemäß § 51a Abs. 1 GmbHG ist der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung jedem Gesellschafter, gemäß § 118 Abs. 1 HGB die offene Handelsgesellschaft jedem ihrer Gesellschafter gegenüber verpflichtet, über die Angelegenheiten der Gesellschaft Auskunft zu erteilen und Einsicht in die Bücher zu gewähren.[317] In gleicher Weise verschafft § 740 Abs. 2 BGB Informationen über die laufenden und beendeten Geschäfte und ermöglicht so die Kontrolle der Gesellschaft. Daneben dient die Vorschrift auch der Durchsetzung des Anspruchs auf Beteiligung am Ergebnis der im laufenden Geschäftsjahr beendeten Geschäfte (§ 740 Abs. 1 BGB). Diesbezüglich kann jeder Gesellschafter Rechnungslegung verlangen. Hinsichtlich der noch schwebenden Geschäfte kann er Auskunft verlangen.[318]

Diese Regelungen dienen dem Interesse des Berechtigten, auch vor Abschluss eines Rechtsverhältnisses über bestimmte Geschehnisse im Bilde zu bleiben. Er soll erforderlichenfalls frühzeitig eingreifen und Änderungen vornehmen können.[319] Zur Geltendmachung dieser Rechte ist demnach nicht erforderlich, dass der Berechtigte die begehrte Auskunft benötigt, um weitere Ansprüche geltend zu machen. Vielmehr ist sein allgemeines Interesse, die Tätigkeit des Anspruchsgegners zu überprüfen, ausreichend.[320] Zu erteilen sind damit solche Informationen, die der Berechtigte benötigt, um seine Rechte wahrnehmen, seinen Pflichten nachkommen und sachgerechte Entscheidungen treffen zu können.[321]

---

317 Zu weiteren Beispielen vgl. *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 9; *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 287 f.; *Lorenz,* JuS 1995, 569; *Lüke,* JuS 1986, 2, 4.

318 *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 740 Rn. 7.

319 Vgl. zu § 666 BGB die Prot. bei Mugdan II, S. 946.

320 BGH, Urt. v. 03.11.2011 – III ZR 105/11, NJW 2012, 58 Rn. 13; BGH, Urt. v. 30.01.2001 – XI ZR 183/00, NJW 2001, 1486 juris-Rn. 13; OLG München, Urt. v. 09.08.2018 – 23 U 1669/17, NJW-Spezial 2018, 592 Rn. 101.

321 Saarländisches OLG Saarbrücken, Beschl. v. 06.08.2018 – 5 W 2/18 – Rn. 41; *Tolksdorf*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.10.2022, § 2218 Rn. 49.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Ein allgemeines Kontrollrecht der Gesellschafter ergibt sich aus § 716 Abs. 1 BGB, wonach sich (auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene) Gesellschafter von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher der Gesellschaft einsehen und so eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen kann. Diese Rechte dienen ebenfalls nicht nur der Geltendmachung weiterer Ansprüche, sondern auch der Befriedigung des Interesses der Gesellschafter, zu erfahren, was in der Gesellschaft vor sich geht.[322]

bb) Bestimmung von Bestehen und Umfang anderer Ansprüche

Des Weiteren werden Informationsansprüche gewährt, wenn in einen fremden Rechtskreis eingegriffen wurde, der Berechtigte die weitere Entwicklung dieses Eingriffs nicht vollständig überblicken kann und daher weder Bestand noch Umfang seiner Ansprüche bestimmen kann (vgl. etwa §§ 687 Abs. 2, 2027 Abs. 1, Abs. 2 BGB, § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG, § 97 InsO[323]). Diese (unselbständigen) Auskunftsansprüche bestehen zur Durchsetzung des Hauptanspruchs, wobei es sich regelmäßig um Schadensersatz-, Beseitigungs- oder Bereicherungsansprüche handeln wird.[324] Außerdem kommt ein solcher Informationsanspruch auch in Betracht, wenn der Hauptanspruch, dessen Durchsetzung ermöglicht werden soll, nicht gegen den auf Auskunft in Anspruch Genommenen, sondern gegen einen Dritten gerichtet ist.[325] Kennzeichnend ist für diese Ansprüche, dass sie auch gegenüber dem Gutgläubigen in Betracht kommen und kein Verschulden voraussetzen.[326]

Solche Ansprüche finden sich im Erbrecht, wo der Erbe oft keinen Überblick über den Nachlass hat. § 2027 Abs. 1 BGB verpflichtet daher den Erbschaftsbesitzer gegenüber dem Erben zur Auskunft über den Bestand der Erbschaft den Verbleib der Erbschaftsgegenstände. Gleiches gilt für den

322 *Habermeier*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2003, § 716 Rn. 1.
323 Vgl. dazu *Heese*, Gläubigerinformation in der Insolvenz; *Bömelburg*, Selbstbelastungszwang.
324 *Fezer*, in: Fezer, MarkenR, 4. Aufl. 2009, § 14 Rn. 1048.
325 BGH, Urt. v. 09.07.2015 – III ZR 329/14, BGHZ 206, 195 Rn. 11; BGH, Urt. v. 20.01.2015 – VI ZR 137/14, NJW 2015, 1525 Rn. 8; BGH, Urt. v. 01.07.2014 – VI ZR 345/13 – Ärztebewertung I, BGHZ 201, 380 Rn. 7.
326 *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Adressaten eines unrichtigen Erbscheins, § 2362 Abs. 2 BGB, wobei dieser Anspruch § 2027 BGB nachgebildet ist.[327]

Besondere Bedeutung kommt diesen Informationsansprüchen zu, wenn es um die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen geht. Im Immaterialgüterrecht findet sich in verschiedenen Gesetzen ein weitgehend gleichlautender Auskunftsanspruch.[328] Bereits mit Erlass des Produktpirateriegesetzes[329] wurde in § 19 MarkenG, § 140b PatG, § 101 UrhG, § 24b GebrMG, § 46 DesignG, § 9 Abs. 2 HalblSchG i. V. m. § 24b GebrMG ein inhaltsgleicher selbständiger Anspruch auf Drittauskunft eingeführt.[330] Diese Auskunftsansprüche haben eine erhebliche praktische Bedeutung.[331] Sie ermöglichen die Beschaffung von Informationen zur Vorbereitung einer Klage, mit der ein Hauptanspruch geltend gemacht werden soll und richten sich gegen den Verletzer eines Immaterialgüterrechts oder einen Dritten. Anlass der Einführung dieser Ansprüche war der Anstieg internationaler Produktpiraterie in den 1980er-Jahren, wobei gravierende Schutzrechtslücken im Auskunftsrecht zu Tage traten. Auch wenn etwa beim *Entfernen von Kontrollnummern* ein eigener Behinderungswettbewerb des Vertreibenden erkannt wurde,[332] hatten die Rechteinhaber ein Bedürfnis, an Informationen über Produktionsstätten, Vertriebswege und Abnehmerkreise der Pirateriepro dukte zu gelangen.[333] Danach konnte der Rechtsinhaber zunächst vom Verletzer Auskunft – insb. *über* Dritte – verlangen.[334] Die Vorgaben in Art. 8 DSRL gingen über die ursprünglich im deutschen Recht bestehenden Anforderungen an den Auskunftsanspruch hinaus. Der Rechtsinhaber sollte auch *von* Dritten Auskünfte über den Ursprung und den Vertriebsweg von

327 *Grziwotz*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2022, § 2362 Rn. 12.

328 Zum Markenrecht vgl. *Wiume*, Auskunftsanspruch; zum Ganzen vgl. *Oppermann*, Auskunftsanspruch; *Banzhaf*, Auskunftsanspruch; *Teplitzky*, in: FS-Tilmann, S. 91 ff.; *Nieder,* GRUR 1999, 654; *Krieger,* GRUR 1989, 802; *Tilmann,* GRUR 1990, 160; *Tilmann,* GRUR 1987, 251; zum Sortenschutzrecht vgl. *Jestaedt,* GRUR 1993, 219; zu wettbewerbswidrigen Eingriffen in fremde Firmenrechte vgl auch *Pietzner,* GRUR 1972, 151.

329 Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie vom 07.03.1990, BGBl. I, S. 422 ff.

330 Vgl. dazu *Tilmann,* BB 1990, 1565.

331 Vgl. *Bodewig,* GRUR 2005, 632, 638 f.; *Rojahn,* GRUR 2005, 623.

332 BGH, Urt. v. 15.07.1999 – I ZR 14/97 – Entfernung der Herstellungsnummer, GRUR 1999, 1109.

333 Dazu BGH, Urt. v. 17.05.2001 – I ZR 291/98 – Entfernung der Herstellungsnummer II, GRUR 2001, 841; BGH, Urt. v. 21.02.2002 – I ZR 140/99 – Entfernung der Herstellungsnummer III, GRUR 2002, 1119.

334 *Fezer*, in: Fezer, MarkenR, 4. Aufl. 2009, § 19 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtsverletzenden Produkten verlangen können.[335] Besondere praktische Bedeutung kommt dabei den urheberrechtlichen Auskunftsansprüchen (§§ 101, 97 ff. UrhG) zu, wenn es um die Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen durch *filesharing* geht.[336] Insgesamt werden die so erweiterten Auskunftspflichten positiv bewertet.[337]

Diese Ansprüche sollen es dem Verletzten ermöglichen, Quellen und Vertriebswege der schutzrechtsverletzenden Produkte so schnell wie möglich zu verschließen.[338] Auch soll der Verletzte in die Lage versetzt werden, Verletzungshandlungen von Lieferanten oder Abnehmern verfolgen zu können.[339]

In analoger Anwendung der immaterialgüterrechtlichen Vorschriften soll auch bei Wettbewerbsverstößen Auskunft geschuldet sein.[340] Bei Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht kommt ein Auskunftsanspruch (im Regelfall aber nur) in Betracht, soweit der Verletzte die Auskunft zur Geltendmachung des ihm zugefügten Schadens benötigt. So können insbesondere Informationen über Abnehmer oder Lieferanten des Verletzers gewonnen werden.[341]

335 *Fezer*, in: Fezer, MarkenR, 4. Aufl. 2009, § 19 Rn. 17.

336 Dazu etwa EuGH, Urt. v. 29.01.2008 – C-275/06 – Promusicae/Telefónica, GRUR 2008, 241; *Bohne*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101 Rn. 1; *Röß,* NJW 2019, 1983; *Olenhusen/Crone,* WRP 2002, 164, 166; *Bork,* NJW 1997, 1665.

337 Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen der durch das Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (PrPG) vom 7. März 1990 (BGBl. I S. 422) eingeführten neuen Maßnahmen zur Bekämpfung der Schutzrechtsverletzungen im Bereich des geistigen Eigentums, insbesondere der Produktpiraterie, BT-Drs. 12/4427, S. 3, 8; *Spindler,* ZUM 2008, 640, 648; *Berlit,* WRP 2007, 732, 738.

338 BGH, Urt. v. 14.02.2008 – I ZR 55/05 – Hollister, GRUR 2008, 796 Rn. 15; BGH, Urt. v. 23.02.2006 – I ZR 27/03 – Parfümtestkäufe, GRUR 2006, 504 Rn. 36; BGH, Urt. v. 21.02.2002 – I ZR 140/99 – Entfernung der Herstellungsnummer III, GRUR 2002, 1119 juris-Rn. 41.

339 BGH, Urt. v. 20.12.1994 – X ZR 56/93 – Kleiderbügel, GRUR 1995, 338 juris-Rn. 64; *Voß/Fricke*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140b PatG Rn. 1; *Wirtz*, in: Ingerl/Rohnke/Nordemann, MarkenG, 4. Aufl. 2023, § 19 Rn. 4.

340 *Asendorf*, in: FS-Traub, S. 26 ff., 32.

341 BGH, Urt. v. 04.07.1975 – I ZR 115/73 – Ausschreibungsunterlagen, GRUR 1976, 367 juris-Rn. 13; BGH, Urt. v. 21.12.1973 – I ZR 161/71 – Frisiersalon, GRUR 1974, 351; BGH, Urt. v. 10.01.1964 – Ib ZR 78/62 – Maggi I, GRUR 1964, 320.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

cc) Bestimmung des Inhalts eines Anspruchs oder einer Einwendung

Auskunftsansprüche werden ebenfalls gewährt, wenn der Anspruchsinhalt oder der Inhalt bestehender Einwendungen der Klärung bedürfen. § 260 Abs. 1 Alt. 1 BGB gewährt einen speziellen Anspruch auf Vorlage eines Bestandsverzeichnisses, wenn ein Inbegriff von Gegenständen herausverlangt werden kann. Im Unterschied zu den Ansprüchen der ersten Gruppe geht es hier nicht um die Kontrolle des Schuldners. Vielmehr soll es dem Gläubiger ermöglicht werden, einen anderen Anspruch durchzusetzen. Die Formulierung „Inbegriff von Gegenständen" ist weit zu verstehen und meint

> *„jede Mehrheit von Vermögensgegenständen, Sachen wie Rechte oder Forderungen […], bei der der Berechtigte nach dem obwaltenden Verpflichtungsgrunde nicht in der Lage ist, die einzelnen Vermögensgegenstände zu bezeichnen, und bei der Einheitlichkeit dieses Rechtsgrundes, der zu Herausgabe oder Auskunftserteilung verpflichtet, das Band bildet, welches jene Mehrheit zum Inbegriff vereinigt."*[342]

Anwendungsbeispiele sind Sachgesamtheiten im engeren Sinne, wie Bibliotheken, Warenlager oder der Viehbestand, aber auch Sondervermögen wie der Nachlass, andere Zusammenfassungen von Sachen und Rechten wie ein Unternehmen, eine Praxis, ein Kundenstamm oder der *good will*.[343] Entscheidend kommt es darauf an, dass die einzelnen Gegenstände durch ein einheitliches Rechtsverhältnis verbunden werden.[344] Die Herausgabepflicht kann vertraglich oder gesetzlich begründet sein.[345]

Auch in anderen Konstellationen besteht häufig Unklarheit über den Inhalt eines Hauptanspruchs. Deshalb hat beispielsweise der Unternehmer nach § 87c Abs. 1 HGB über die Provision, auf die der Handelsvertreter Anspruch hat, monatlich abzurechnen. Nach § 87c Abs. 2 HGB kann der Handelsvertreter einen Buchauszug über alle Geschäfte, die für diese Abrechnung relevant sind, verlangen. Schließlich kann der Handelsvertreter gemäß § 87c Abs. 3 HGB Mitteilung über alle Umstände verlangen, die für den Provisionsanspruch, seine Fälligkeit und seine Berechnung wesentlich

342 RG, Urt. v. 04.04.1917 – I 185/16, RGZ 90, 137, 139.

343 *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 260 Rn. 5.

344 *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 260 Rn. 5; *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 260 Rn. 5; *Lüke*, JuS 1986, 2, 4.

345 *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 260 Rn. 6 mit zahlreichen Beispielen für sich aus dem Gesetz ergebene Herausgabeansprüche.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

sind. § 1379 BGB soll es beiden Ehegatten,[346] § 2314 BGB dem Pflichtteilsberechtigten[347] ermöglichen, den Umfang ihrer Ansprüche zu bestimmen. Gleiches gilt bei § 1605 BGB (ggf. i. V. m. §§ 1361 Abs. 4, 1580 S. 2 BGB) für den Unterhaltsgläubiger.[348] Zur Ermittlung von Einwendungen dienen beispielsweise §§ 1214 Abs. 1, 2057 BGB, § 74c Abs. 2 HGB.

dd) Ermöglichung des uneingeschränkten Genusses eines Rechts

Eine weitere Gruppe von Informationsansprüchen soll die zweckentsprechende Nutzung oder den uneingeschränkten Genuss eines Rechts ermöglichen. Diese Ansprüche dienen der Sicherung und Durchsetzung vermögensrechtlicher Ansprüche, deren Grund und Höhe bereits feststehen.[349] Hier ist etwa die Verpflichtung des Zedenten gemäß § 402 BGB zu nennen, wonach dieser dem Zessionar Auskunft über die Forderung zu erteilen und die die Forderung betreffenden Urkunden auszuhändigen hat. In vergleichbarer Weise hat der Vorkaufsverpflichtete gemäß § 469 Abs. 1 BGB den Vorkaufsberechtigten unverzüglich über den Inhalt und den Abschluss eines Kaufvertrages mit einem Dritten zu unterrichten. Zweck dieser Vorschriften ist es dem Berechtigten die Durchsetzung einer erworbenen Forderung zu ermöglichen.[350]

Die Funktion dieser Ansprüche besteht nicht darin, die Rechtsdurchsetzung im Verhältnis zum Auskunftsschuldner zu ermöglichen,[351] sondern betreffen typischerweise Mehrpersonenkonstellationen, in denen der Berechtigte bestimmte Informationen benötigt, um seine Rechte effektiv wahrnehmen zu können.

346 *Bar*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2017, § 1379 Rn. 1.
347 *Weidlich*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 2314 Rn. 1.
348 *V. Pückler*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 1605 Rn. 1.
349 *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 11.
350 *Kieninger*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 402 Rn. 1; *Westermann*, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 469 Rn. 1.
351 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 291.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

ee) „Informationsansprüche aus besonderem sozialem Kontakt“[352]

Von den so unterschiedenen Auskunftsansprüchen sind schließlich Ansprüche auf Zugang zu Informationen, die keine rechtliche Sonderverbindung voraussetzen, zu differenzieren. Hier genügt es, dass möglicherweise ein Hauptanspruch besteht, der eine solche Verbindung begründen würde.[353] Dabei ist etwa § 2028 BGB zu nennen, wonach der Erbe auch vom Hausgenossen des Erblassers Auskunft verlangen kann.

Besondere Bedeutung kommt in diesem Rahmen § 809 Alt. 2 BGB zu. Die Norm ermöglicht dem Anspruchsinhaber die Besichtigung einer Sache, wenn er sich nur so Gewissheit verschaffen kann, ob ihm ein Anspruch gegen den Besitzer der Sache zusteht. Zur Regelung unterschiedlicher Sachverhalte finden sich über die zivilrechtlichen Teilrechtsgebiete hinweg vergleichbare Normen. Diese Ansprüche sind nicht nur auf Auskunft gerichtet. Vielmehr gewähren sie Zugang zu Beweismitteln; mit ihnen kann die Herausgabe bestimmter Gegenstände verlangt werden. Diese Ansprüche wurden – soweit ersichtlich und anders als die Informationsansprüche – noch keiner eingehenden wissenschaftlichen Untersuchung unterzogen und stehen daher im Zentrum dieser Arbeit. Ihr Anwendungsgebiet wird im folgenden Kapitel ausführlich dargestellt.[354]

Außerdem gibt es – vor allem im Familienrecht – Ansprüche, welche keinem anderen Zweck als der Auskunftserteilung selbst dienen. So hat etwa der nicht sorgeberechtigte Vater Anspruch auf Informationen über die gesundheitliche Entwicklung seines Kindes[355] oder die ordnungsgemäße Verwaltung des Vermögens seines Kindes.[356] So soll dem Interesse der nächsten Angehörigen an der Entwicklung des Kindes Rechnung getragen werden. Die Information ist dabei allein um der Information Willen zu erteilen.

352 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 291; vgl. auch *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 13 ff. mit zahlreichen weiteren Beispielen.
353 *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 12.
354 Kapitel 2 (S. 101).
355 OLG Hamm, Beschl. v. 10.01.1995 – 15 W 269/94, NJW-RR 1995, 1028.
356 OLG Oldenburg, Beschl v. 29.01.2018 – 4 WF 11/18, NJW-RR 2018, 453.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

ff) Schlussfolgerungen für die Erfüllung der Informationsansprüche

Jedenfalls soweit es Zweck eines Informationsanspruchs ist, die Durchsetzung eines anderen Anspruchs zu ermöglichen, muss die Information so gewährt werden, dass dem Gläubiger die Geltendmachung dieses Anspruchs gelingen kann. Dazu genügt nicht die Darstellung der Lage „in großen Zügen (pauschal)". Vielmehr gehört

> *„zu einem Bestandsverzeichnis im Sinne des § 260 Abs. 1 BGB […] eine genaue Zusammenstellung der einzelnen Gegenstände, die zu den herauszugebenden Sachinbegriffen gehören und die der Kläger benötigt, um den Herausgabeantrag zu substantiieren."*[357]

Wird die klageweise Geltendmachung des Hauptanspruchs erforderlich, so soll der Informationsanspruch dem Kläger die hinreichende Substantiierung der Klage ermöglichen.[358] Um diesen Zweck nicht zu gefährden, verjährt der Auskunftsanspruch auch nicht vor dem Hauptanspruch.[359]

§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO setzt die bestimmte Angabe eines Gegenstandes sowie einen bestimmten Antrag voraus. Daraus ergibt sich – nach h. M. zusammen mit dem der Klage zugrundeliegenden Lebenssachverhalt – der Streitgegenstand. Gegenstand und Antrag haben damit Auswirkung insbesondere auf die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung, § 322 Abs. 1 ZPO.[360] Schon dazu ist die möglichst genaue Sachverhaltserforschung unerlässlich. Dies setzt sich in der mündlichen Verhandlung fort, wo die Parteien gemäß § 138 Abs. 1 ZPO ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und wahrheitsgemäß abzugeben haben. Wird ein Informationsanspruch gewährt, so müssen die Informationen verschafft werden, welche eine diesen Anforderungen genügende Klage bzw. Erklärung ermöglichen.

Aus diesem Grund wurde ein wegen eines angeblichen Kunstfehlers noch zu verklagender Arzt verurteilt, genau aufzuklären, wie die Behandlung im Einzelnen durchgeführt wurde, und welche Maßnahmen ergriffen wurden.[361] Wird Rechnungslegung verlangt, um einen Schaden zu schät-

357 BGH, Urt. v. 12.05.1966 – II ZR 254/63, WM 1966, 876, jurion-Rn. 9; *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 260 Rn. 35; *Knieper,* WRP 1999, 1116.
358 BGH, Urt. v. 12.05.1966 – II ZR 254/63, WM 1966, 876, jurion-Rn. 9.
359 BGH, Urt. v. 25.07.2017 – VI ZR 222/16, JZ 2018, 1175 Rn. 9 ff.
360 *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, Einl. Rn. 60 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 110 Rn. 1 ff.
361 LG Köln, Urt. v. 10.04.1956 – 14 O 36/56, NJW 1956, 1112.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

zen, so ist der Berechtigte so vollständig über den erzielten Gewinn zu unterrichten, dass er sich für eine der zur Verfügung stehenden Arten der Schadensberechnung entscheiden kann. Dabei ist die Rechnung so vollständig wie möglich zu legen.[362] Will der Schuldner im Falle einer Schutzrechtsverletzung geltend machen, vom erzielten Erlös seien Gemeinkosten abzuziehen, ist dies ebenfalls in die zu legende Rechnung einzustellen. [363] Erforderlich sind insbesondere Angaben über die Art, die Menge und den Einstandspreis sowie über die Kosten der zur Herstellung eingesetzten Maschinen.[364]

In diesem Sinne wurde die Annahme des Gesetzgebers, auf die Vollständigkeit und Richtigkeit einer Auskunft komme es für die Erfüllung der Auskunftspflicht nicht an,[365] zu Recht kritisiert: Tatsächlich habe die Auskunft nur dann einen Nutzen, wenn sie tauglich sei, die Herkunft schutzrechtsverletzender Produkte zu ermitteln. Nur so sei ein wirksames Vorgehen gegen den Verletzer eines Schutzrechts möglich.[366] Dazu ist aber zwingend die inhaltliche Richtigkeit der erteilten Auskunft erforderlich. Aus dem Umstand, dass eine von vornherein unvollständige Auskunft zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs nicht genügt, [367] und weil dem Gläubiger die Nachprüfung der Richtigkeit möglich sein muss,[368] folgt im Umkehrschluss, dass die Auskunft richtig zu erteilen ist.[369]

Die Rechnungslegung soll dem Berechtigten die Nachprüfung einer Auskunft in besonderem Maße ermöglichen. Dazu muss er aber Zugang zu richtigen und vollständigen Informationen erlangen können. Auf dieser

362 BGH, Urt. v. 16.09.1982 – X ZR 54/81 – Dampffrisierstab I, GRUR 1982, 723 juris-Rn. 27.

363 BGH, Urt. v. 02.11.2000 – I ZR 246/98 – Gemeinkostenanteil, GRUR 2001, 329 juris-Rn. 29 ff.; vgl. dazu auch *Rojahn,* GRUR 2005, 623, 624 f.

364 BGH, Urt. v. 16.09.1982 – X ZR 54/81 – Dampffrisierstab I, GRUR 1982, 723.

365 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 39 rechte Spalte, 2. Abs.

366 *Schmidhuber,* WRP 2008, 296, 297.

367 BGH, Beschl. v. 05.03.2015 – I ZB 74/14 – Tonerkartuschen, GRUR 2015, 1248 Rn. 15; BGH, Urt. v. 17.05.2001 – I ZR 291/98 – Entfernung der Herstellungsnummer II, GRUR 2001, 841 juris-Rn. 44; BGH, Urt. v. 24.03.1994 – I ZR 42/93 – Cartier-Armreif, GRUR 1994, 630, 631; *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19 Rn. 63.

368 *Forster*, in: Soergel, 13. Aufl. 2014, § 259 Rn. 24.

369 *Schmidhuber,* WRP 2008, 296, 297.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Linie liegt auch die bereits eingangs[370] zitierte Formulierung des Bundesgerichtshofs,

> *„jede Partei [habe] in zumutbarer Weise dazu beizutragen, dass der Prozessgegner in die Lage versetzt wird, sich zur Sache zu erklären und gegebenenfalls den erforderlichen Beweis anzutreten.“*[371]

Der Bundesgerichtshof geht in seinen „Dampffrisierstab“-Entscheidungen[372] davon aus, dass eine einmal gelegte Rechnung erneut gelegt werden kann, wenn später erkannt wird, dass die zunächst gelegte Rechnung fehlerhaft war. Es könne dem Schuldner nicht verwehrt sein, eine inzwischen als unrichtig erkannte Rechnung durch eine berichtigte Rechnung zu ersetzen und letztere für maßgeblich zu erklären.[373] Es stellt sich aber die Frage, weshalb der Schuldner eine Rechnung nachschieben kann, wenn er die Unrichtigkeit der ursprünglich gelegten Rechnung erkennt, der Gläubiger dies im Fall der von ihm erkannten Unrichtigkeit aber nicht vom Schuldner verlangen kann.[374]

Es wird deutlich, dass nur die richtige Information zum Erlöschen einer Informationspflicht führen sollte. Dieses Ergebnis erscheint nachvollziehbar, lässt sich aber nur schwer mit der Rechtsprechung vereinbaren, nach der auf eine unrichtige Auskunft hin keine erneute Auskunft verlangt werden kann.[375] Vielmehr erscheint es angemessen, allein die richtige Auskunftserteilung zur Erfüllung eines Auskunftsanspruchs genügen zu lassen.

Besonders problematisch erscheint vor diesem Hintergrund die Feststellung, der Berechtigte habe substantiiert vorzutragen,[376] eine Auskunft oder Rechnungslegung sei nicht ernst gemeint oder von vornherein unglaubhaft. Zum Beweis dieser Behauptung wird er regelmäßig genau jene Informationen benötigen, welche ihm der Schuldner vorenthalten hat. Die Geltendmachung dieses Einwandes wird daher kaum von Erfolg gekrönt sein.

---

370 S. o. S. 40.
371 BGH, Urt. v. 14.11.2006 – X ZR 34/05, NJW-RR 2007, 488 Rn. 9.
372 BGH, Urt. v. 03.07.1984 – X ZR 34/83 – Dampffrisierstab II, GRUR 1984, 728; BGH, Urt. v. 16.09.1982 – X ZR 54/81 – Dampffrisierstab I, GRUR 1982, 723.
373 BGH, Urt. v. 16.09.1982 – X ZR 54/81 – Dampffrisierstab I, GRUR 1982, 723 juris-Rn. 17.
374 Dazu o. S. 71.
375 S. o. Kapitel 1 B. I. 3. (S: 68, Fn. 187).
376 S. o. Kapitel 1 B. III. (S. 73 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

C. Zwischenergebnis

Während Rechtsprechung und Literatur weitgehend einvernehmlich davon ausgehen, zur Erfüllung von Auskunfts- oder Rechenschaftspflichten sei die formell ordnungsgemäße Informationsverschaffung ausreichend, ist es überzeugender, die inhaltlich richtige Informationsgabe zu verlangen.[377] Die gegenwärtig herrschende Meinung verweist weitgehend auf Grundsätze, welche das Reichsgericht formuliert hat. Dabei begründete jedoch schon das Reichsgericht nicht, weshalb die formell ordnungsgemäß erteilte Information zur Erfüllung eines Informationsanspruchs ausreichen soll. Der Zweck der Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche, eine effiziente Rechtsverfolgung und -durchsetzung zu ermöglichen, wird eher erreicht, wenn grundsätzlich die inhaltlich richtige Information geschuldet wird. Dafür sprechen auch systematische Erwägungen.

Wird der Pflicht zur Auskunftserteilung oder Rechnungslegung nur unzureichend nachgekommen, ist der Informationsanspruch nicht erfüllt. Der Berechtigte kann dann weiterhin Mitteilung der inhaltlich zutreffenden Information verlangen. Es tritt dann gerade keine Erfüllungswirkung ein. Unter besonderen Voraussetzungen kann außerdem Schadensersatz verlangt werden. Dabei haftet der Verpflichtete grundsätzlich nach § 276 BGB.

Es bleibt festzuhalten, dass Ansprüche auf Auskunft oder Rechnungslegung grundsätzlich nur erfüllt sind, wenn die inhaltlich richtige Information in ordnungsgemäßer Form übermittelt wurde. Damit werden an die Erfüllung von Auskunfts- und Rechnungslegung erheblich strengere Anforderungen als bislang gestellt. Inwiefern dem Gläubiger die Ermittlung und Übermittlung der dazu notwendigen Informationen zumutbar ist, sollte nicht im Rahmen der Voraussetzungen des maßgeblichen Informationsanspruchs oder im Rahmen seiner Erfüllung erörtert werden. Dies kann vielmehr im Rahmen eines Leistungsverweigerungsrechts, das sich aus §§ 226, 242 BGB, vor allem aber aus § 275 BGB, ergibt, berücksichtigt werden.[378] So wird insbesondere vermieden, dass bei fehlerhafter Informationsübermittlung ein Schadensersatzanspruch konstruiert werden muss, der im Rahmen der Naturalrestitution wiederum die Pflicht zur Informationsmitteilung enthält. Vielmehr setzt sich der originäre Erfüllungsanspruch

377 So auch *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 66.

378 S. u. Kapitel 6 (S. 379 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

fort, bis er – gemessen an den dargestellten Grundsätzen – erfüllt ist oder die Leistung verweigert werden kann.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 2 – Zugang zu Beweismitteln im deutschen Recht

Während die soeben behandelten Ansprüche Zugang zu einer aufbereiteten Information ermöglichen, gewähren sowohl das materielle Recht als auch das Zivilprozessrecht Zugang zu Beweismitteln, die der Berechtigte benötigt, um die zur Wahrnehmung seiner Interessen notwendigen Informationen selbst ermitteln zu können. Diese Ansprüche sollen die Geltendmachung eines weiteren Anspruchs, der andernfalls nicht mit vollem Erfolg durchgesetzt werden könnte, erleichtern.[379] Häufig hat der Berechtigte ein Interesse daran, die Identität oder den Zustand einer Sache zu untersuchen oder Kenntnis vom Inhalt einer Urkunde zu erlangen.[380]

A. Beweismittel

Gegenstand der nachfolgend dargestellten Ansprüche sind die verschiedenen von der Zivilprozessordnung vorgesehenen Beweismittel. Diese werden zunächst im Überblick dargestellt. Ausgangspunkt sind dabei §§ 371 ff. ZPO, wo sich die abschließende Aufzählung der im Zivilprozess zulässigen Beweismittel findet.

I. Augenschein

Gemäß § 371 Abs. 1 S. 1 ZPO wird der Augenscheinbeweis durch die Bezeichnung des Augenscheinobjekts und die Angabe der zu beweisenden Tatsache angetreten. Dem Gericht soll die Überzeugung von der Richtigkeit streitiger Tatsachen durch eigene gegenständliche Wahrnehmung vermittelt werden.[381] Augenscheinobjekte sind neben Sachen auch Personen, soweit es um ihre Existenz und Beschaffenheit sowie die durch sie ausgelösten Vorgänge geht.[382] Neben der Streitsache selbst kann hier an die Person

379 *Schilken,* Jura 1988, 525.
380 *Schilken,* Jura 1988, 525, 527.
381 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 371 Rn. 1.
382 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 371 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

des Beweisführers, Sachen, die er in seinem Besitz hat und andere Personen oder Sachen, die er zur Beweisführung anbietet, gedacht werden. Die Person oder eine Sache eines Dritten kommt als Augenscheinsobjekt in Betracht, wenn diese freiwillig zur Verfügung gestellt wird. In besonderen Fällen (§ 372a ZPO, § 178 FamFG) kommt die Entnahme von Blutproben in Betracht. Schließlich ist hier an elektronische Dokumente aller Art zu denken,[383] sofern sie nicht mit einer elektronischen Signatur versehen und daher die Vorschriften über den Urkundenbeweis anwendbar sind.[384] Die gegenständliche Wahrnehmung erfolgt durch Besichtigung, Anhören, Tasten und Spüren, das heißt durch sinnliche Wahrnehmung jeder Art.[385] Häufig erfordert die Untersuchung eines Augenscheinobjekts besondere technische oder sonstige Fachkenntnisse, so dass die Zuziehung von Sachverständigen möglich ist (§ 372 Abs. 1 ZPO).

Dokumente selbst sind, soweit es auf ihrem Inhalt ankommt, als Urkunden zu qualifizieren.[386] Soweit ihre körperliche Beschaffenheit von Interesse ist, handelt es sich um Augenscheinsobjekte.[387] Ebenso erfolgt freilich auch die Vernehmung von Sachverständigen und Zeugen durch sinnliche Wahrnehmung des Gerichts, jedoch gelten insoweit speziellere Vorschriften.[388]

II. Sachverständige

Der Beweis durch einen Sachverständigen kommt gemäß § 403 ZPO in Betracht, nachdem das Gericht die zu begutachtenden Punkte formuliert hat. Der Vernehmung eines Sachverständigen liegt regelmäßig ein schriftliches Gutachten zugrunde,[389] in welchem auf die im Beweisbeschluss (§ 358 ZPO) genannten Punkte eingegangen wird. Ein Sachverständiger kann auf

383 Zum Ganzen *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 119 Rn. 9 ff.
384 Vgl. u. Kapitel 2 A. IV. (S. 105).
385 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 371 Rn. 1; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 119 Rn. 1.
386 Dazu u. Kapitel 2 A. IV. (S. 105 f.).
387 *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, vor § 371 Rn. 5.
388 *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, vor § 371 Rn. 5; dazu sogl. Kapitel 2 A. II. (S. 102) und u. Kapitel 2 A. III. (S. 103).
389 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 411 Rn. 1; *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 411 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Antrag einer Partei oder von Amts wegen (§ 144 Abs. 1 ZPO) vernommen werden.[390]

Sachverständiger ist, wer dem Richter auf dessen Anordnung hin die diesem fehlende Kenntnis von Erfahrungssätzen vermittelt oder aufgrund von Erfahrungssätzen aus einem feststehenden Sachverhalt Schlussfolgerungen zieht oder aufgrund seiner besonderen Sach- und Fachkenntnis Tatsachen feststellt.[391] Weil die Auswahl des Sachverständigen Aufgabe des Gerichts ist, braucht dieser – anders als ein Zeuge – nicht im Beweisantritt der Partei benannt zu werden. Oft ist es jedoch sinnvoll, wenn die Partei eine geeignete Person vorschlägt, wozu das Gericht auch auffordern kann (§ 404 Abs. 3 ZPO).[392] Im Unterschied zum Zeugen, der über Wahrnehmungen aussagt, die er ohne gerichtlichen Auftrag gemacht hat,[393] wird der Sachverständige vom Gericht wegen seiner besonderen Sachkunde mit der Erstattung des Gutachtens beauftragt.[394]

Als Sachverständiger kommt grundsätzlich jede natürliche Person in Betracht, die über eine besondere Fachkunde auf dem fraglichen Gebiet verfügt.[395] Entscheidend ist, dass diese Person über Kenntnisse oder Fähigkeiten verfügt, die die Feststellung des streitgegenständlichen Sachverhalts ermöglichen.[396] Regelmäßig greift das Gericht dabei auf einen öffentlich bestellten Sachverständigen zurück. In Betracht kommen dabei sowohl Einzelpersonen als auch Mitarbeiter von Behörden.[397]

III. Zeugen

Gemäß § 373 ZPO kann der Beweis durch die Benennung eines Zeugen geführt werden. Zeugen sind am Verfahren nicht selbst beteiligte Personen, welche auf Antrag einer Partei durch Aussage über Tatsachen und tatsäch-

390 *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 403 Rn. 1.
391 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 121 Rn. 2.
392 *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 403 Rn. 2.
393 *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, vor § 402 Rn. 11; dazu sogl. Kapitel 2 A. III. (S. 103).
394 *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, vor § 402 Rn. 11.
395 *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 404 Rn. 18; s. z. B. zum Sachverständigen in Kartellschadensersatzprozessen *Bogan,* GRUR 2021, 140.
396 *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, vor § 402 Rn. 8.
397 vgl. *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 404 Rn. 20 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

liche Vorgänge Beweis erbringen sollen.[398] Anders als der Sachverständige vermittelt der Zeuge kein Fachwissen.[399] Der sachverständige Zeuge (§ 414 ZPO) verwendet seine besondere Sachkunde zur Wahrnehmung bekundeter Tatsachen, ist jedoch echter Zeuge.[400] Zeugen sollen ihre konkreten Wahrnehmungen von der Vergangenheit mitteilen, ohne eine Meinung dazu zu äußern.[401]

Zeuge kann jede Person sein, welche die Verstandesreife besitzt, tatsächliche Wahrnehmungen zu machen, diesbezügliche Fragen zu verstehen und zu beantworten. Auf das Alter oder die Geschäftsfähigkeit kommt es nicht an.[402] Ist ein Zeuge der deutschen Sprache nicht mächtig, ist ein Dolmetscher zu bestellen.[403] Eine am Rechtsstreit beteiligte Partei, kommt nicht als Zeugin in Betracht.[404] Unter Umständen kann sie aber im Wege der Parteivernehmung angehört werden.[405]

Zeugen sind gemäß § 219 ZPO verpflichtet, entsprechend der Ladung beim Gericht am Terminsort zu erscheinen.[406] Kommt ein Zeuge dieser Pflicht nicht nach, sind ihm gemäß § 380 Abs. 1 S. 1 ZPO von Amts wegen die dadurch verursachten Kosten aufzuerlegen und ein Ordnungsgeld gegen ihn festzusetzen.[407] Der erschienene Zeuge ist gemäß §§ 392, 395 ZPO zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet. Er hat über seine eigenen konkreten Wahrnehmungen über vergangene Tatsachen und Zustände zu berichten.[408]

398 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor §§ 373-401 Rn. 1; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 121 Rn. 1.
399 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor §§ 373-401 Rn. 1; s. o. Kapitel 2 A. II. (S. 102).
400 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor §§ 373-401 Rn. 1.
401 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 121 Rn. 1.
402 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor §§ 373-401 Rn. 4.
403 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor §§ 373-401 Rn. 4.
404 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor §§ 373-401 Rn. 5; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 121 Rn. 5.
405 Dazu u. Kapitel 2 A. V. (S. 106).
406 Zu Ausnahmen s. §§ 375 Abs. 2, 377 Abs. 3, 386 Abs. 3 ZPO.
407 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 121 Rn. 15.
408 *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 395 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Urkunden

Urkunde im Sinne des Zivilprozessrechts ist jede Verkörperung eines Gedankens durch übliche oder vereinbarte Schriftzeichen.[409] Es handelt sich also um durch Niederschrift verkörperte Gedankenerklärungen, die geeignet sind, den Beweis für streitiges Parteivorbringen zu erbringen.[410]

Unterschieden werden Privaturkunden und öffentliche Urkunden. Privaturkunden im Sinne von § 416 ZPO sind von Privatpersonen erstellte und unterschriebene Erklärungen.[411] Öffentliche Urkunden im Sinne von §§ 415, 417, 418 ZPO sind von Behörden oder zu diesem Zweck öffentlich bestellten Personen erstellte Zeugnisse über Erklärungen Dritter (§ 415 ZPO), über behördliche Erklärungen und Entscheidungen (§ 417 ZPO) und über Wahrnehmungen (§ 418 ZPO).[412]

Diese Unterscheidung ist erheblich, wenn es um die Beweiskraft der Urkunde geht. Die Vorlage des Originals einer Privaturkunde begründet gemäß § 416 ZPO den vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben wurden. Die echte Privaturkunde erbringt damit nur vollen Beweis in formeller Hinsicht, nicht aber hinsichtlich ihres materiellen Inhalts.[413] Anders ist dies bei der öffentlichen Urkunde: Sie erbringt gemäß §§ 417, 418 ZPO den vollen Beweis über die materielle Richtigkeit ihres Inhalts. Der Beweis des Gegenteils kann nur durch die Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Urkunde geführt werden.[414] So können gemäß § 432 ZPO auch die in einem Strafverfahren protokollierten Zeugenaussagen im Wege des Urkundenbeweises in den Zivilprozess eingeführt werden.[415]

§ 422 ZPO macht die prozessuale Pflicht zur Urkundenvorlage ausdrücklich vom Bestehen eines materiell-rechtlichen Anspruchs abhängig. Dieser kann notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden. Demgegenüber kann die Verweigerung der Herausgabe eines Augenschein-

409 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 120 Rn. 1; ausführlich dazu BGH, Urt. v. 24.09.1997 – XII ZR 234/95, NJW 1998, 58 Rn. 25 ff.; *Schreiber*, Die Urkunde im Zivilprozess, S. 19 ff.

410 BGH, Urt. v. 28.11.1975 – V ZR 127/74, BGHZ 65, 300 juris-Rn. 4.

411 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor §§ 415-444 Rn. 3.

412 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor §§ 415-444 Rn. 4.

413 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 416 Rn. 7, 10.

414 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 417 Rn. 3.

415 BGH, Beschl. v. 12.04.2011 – VI ZB 31/10, NJW-RR 2011, 1079 Rn. 13; *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor §§ 373-401 Rn. 12.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

objekts lediglich zu prozessualen Nachteilen führen.[416] Diese Unterscheidung spielt etwa beim Zugriff auf elektronisch gespeicherte Daten eine Rolle. Diese sollen – wie auch der ausgedruckte Datenbestand – Gegenstand des Augenscheins sein, weil hierdurch keine originäre menschliche Gedankenäußerung bekundet wird, sondern nur die Tatsache der Eingabe und Programmierung von Daten.[417] Ein so eng gefasster Urkundenbegriff verlagert die ursprünglich hohe Bedeutung des Urkundenbeweises in Richtung Augenscheinbeweis, nachdem die Bedeutung hand- oder maschinengeschriebener Dokumente immer weiter nachlassen dürfte.[418]

V. Parteivernehmung

Weiteres förmliches Beweismittel ist die Parteivernehmung. Sie soll erst erfolgen, wenn der Beweisführer keine anderen Beweismittel vorgebracht hat oder die vorgebrachten Beweismittel nicht zur Begründung der notwendigen richterlichen Überzeugung von der Wahrheit ausreichen, § 445 Abs. 1 ZPO. Sie genießt damit eine gegenüber den übrigen Beweismitteln subsidiäre Stellung.[419] Mit der Parteivernehmung können innere wie äußere Tatsachen ermittelt werden.[420] Sie ist auch mit Blick auf unehrenhafte oder strafbare Handlungen zulässig,[421] allerdings kommt in diesen Fällen ein Recht zur Verweigerung der Aussage gemäß § 446 ZPO in Betracht.[422]

VI. Amtliche Auskünfte

Schließlich können gemäß § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO von Behörden mitgeteilte Urkunden und amtliche Auskünfte in den Prozess eingeführt werden. Das setzt voraus, dass eine Partei zumindest implizit Bezug auf solche Unter-

416 *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 7 ff.
417 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 371 Rn. 1; *Heun,* CR 1995, 2, 5; differenzierend *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, vor § 415 Rn. 3.
418 *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 9 ff.
419 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor §§ 445-455 Rn. 3; *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 445 Rn. 12.
420 *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 445 Rn. 4.
421 *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 445 Rn. 4.
422 *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 446 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

lagen genommen hat.[423] In gleicher Weise können Akten desselben oder eines anderen Gerichts in das Verfahren eingeführt werden.[424]

Zweck der Vorschrift ist es dabei nicht, den Parteien die Beibringung des Tatsachenstoffes abzunehmen.[425] Vielmehr dient die gesamte Norm des § 273 ZPO der Terminvorbereitung und damit der Beschleunigung und Konzentration des Verfahrens.[426] Es besteht daher keine Pflicht zur Aktenbeiziehung, wenn eine Partei selbst einsichtsberechtigt ist und damit selbst feststellen können, ob bestimmten Akten weitere – im fraglichen Zivilprozess verwertbare – Tataschen entnommen werden können.[427]

§ 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO verwendet den Begriff der Urkunde zunächst in gleicher Weise, wie §§ 415 ff. ZPO.[428] Der Begriff soll aber nicht nur auf einzelne Dokumente beschränkt sein, sondern ganze Akten erfassen.[429] Der Begriff der amtlichen Auskunft findet sich in der Zivilprozessordnung weiterhin in § 358a Nr. 2. Eine Definition lässt sich dem Gesetz aber an keiner Stelle entnehmen.[430] Abhängig von ihrem Inhalt ersetzt die Erteilung einer amtlichen Auskunft die Vernehmung von Sachbearbeitern einer Behörde als Zeugen oder als Sachverständige.[431]

B. Offenlegungsansprüche im deutschen Zivilrecht

Die Informations- und Beweismittelbeschaffung kann sowohl auf prozessualem Wege[432] als auch mittels materiell-rechtlicher Ansprüche geregelt werden. Dabei entspricht vor allem die Regelung materiell-rechtlicher An-

423 BVerfG, Beschl. v. 06.03.2014 – 1 BvR 3541/13 u. a., NJW 2014, 1581 Rn. 22; BGH, Urt. v. 12.11.2003 – XII ZR 109/01, NJW 2004, 1324, 1325; *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 273 Rn. 26.

424 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 273 Rn. 26; *Schreiber*, Die Urkunde im Zivilprozess, S. 91 verweist diesbzgl. auf die Generalklausel in § 273 Abs. 1 ZPO; *Brüggemann,* ZBlJugR 1976, 217.

425 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 273 Rn. 27.

426 *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 273 Rn. 1; *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl., 2018, § 273 Rn. 1.

427 OLG Hamm, Beschl. v. 31.07.2001 – 9 U 98/94, NJW-RR 2002, 504.

428 Vgl. dazu o. Kapitel 2 A. IV. (S. 105).

429 *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 273 Rn. 11.

430 Ausf. zum Begriff der amtlichen Auskunft *Hohlfeld*, Einholung amtlicher Auskünfte, S. 28 ff.

431 BGH, Beschl. v. 23.11.1983 – IVb ZB 6/82, NJW 1984, 438, 439; *Bacher*, in: BeckOK-ZPO, 46. Ed. 2022, § 273 Rn. 8.

432 Dazu u. Kapitel 2 D. (S. 180).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

sprüche der deutschen Zivilrechtssystematik.[433] Dieser Ansatz hat insbesondere den Vorteil, dass diese Ansprüche in bekannter Weise im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden können.[434] Außerdem entspreche dies am ehesten dem Grundsatz, dass eine Ausforschung des Gegners im Prozess nicht stattfindet.[435] Aufklärungsansprüche durchbrechen diesen Grundsatz jedoch zu einem gewissen Grad.[436] Neben den eingangs dargestellten Ansprüchen auf Auskunftserteilung oder Rechnungslegung[437] finden mittlerweile vermehrt Offenlegungspflichten im beschriebenen Sinn[438] Eingang in das Gesetz. Diese Offenlegungspflichten gewähren dem Gläubiger Zugang zu Beweismitteln. Sie ermöglichen es dem Gläubiger, sich selbst die notwendigen Informationen zu verschaffen. Ihm wird die *Informationsnahme*[439] gestattet, während er sich im Rahmen der Auskunfts- und Rechnungslegung auf die *Informationsgabe* durch den Schuldner verlassen muss.

Im Zentrum dieser Arbeit steht die Frage, in welcher Art und Weise Ansprüche, die Zugang zu Beweismitteln gewähren, vom Offenlegungsverpflichteten zu erfüllen sind.[440] Daher soll zunächst der Anwendungsbereich und damit die praktische Bedeutung der jeweiligen Anspruchsgrundlagen dargestellt werden.[441]

„Prototyp" aller Offenlegungsansprüche sind §§ 809, 810 BGB. [442] Diese Vorschriften fanden – nachdem sie lange Zeit nur einem kleinen Kreis überhaupt bekannt gewesen sein dürften – zu Beginn der 2000er-Jahre vor allem im Bereich des Immaterialgüterrechts Anwendung. Dort machte der Bundesgerichtshof in der Entscheidung *Faxkarte* von diesen Vorschriften

433 *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 474; *Hellmann/Steinbrück,* NZKart 2017, 164, 169 m. w. N.; *Preuß,* WuW 2017, 301.
434 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 27.
435 BGH, Urt. v. 04.07.1975 – I ZR 115/73 – Ausschreibungsunterlagen, GRUR 1976, 367 juris-Rn. 17 ff.
436 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 110 Rn. 5 f.
437 S. o. Kapitel 1 A. I. (S. 54).
438 S. o. Kapitel 1 A. III. 2. (S. 44).
439 *Rausch*, Stärkung des Informationsanspruchs, S. 37.
440 S. o. Kapitel 1 A. II. (S. 41).
441 Für eine ausführliche Auflistung s. *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 7 ff.; *Osterloh-Konrad*, Vorbereitender Informationsanspruch, S. 5 ff.
442 Siehe auch den Überblick bei *Schreiber,* JR 2008, 1; ausführlich dazu *Saß*, Beschaffung von Informationen und Beweisen.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Gebrauch, um dem Rechtsinhaber die Verfolgung seiner berechtigten Interessen zu ermöglichen.[443]

Darauf aufbauend wurden entsprechende Ansprüche im Zuge der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie in die jeweiligen immaterialgüterrechtlichen Gesetze aufgenommen. Zunächst sollen daher §§ 809, 810 BGB und sodann die spezialgesetzlichen Ausprägungen im Immaterialgüterrecht dargestellt werden.[444] Anschließend setzt sich die Arbeit mit § 33b Abs. 1, Abs. 2 GWB auseinander, wo ausdrücklich „Zugang zu Beweismitteln" gewährt wird. Es gilt zu untersuchen, ob und gegebenenfalls inwieweit die Kodifizierung von Offenlegungspflichten in §§ 809, 810 BGB und den jeweiligen immaterialgüterrechtlichen Vorschriften dort ihre Fortsetzung findet.[445]

I. Besichtigungs- und Vorlageansprüche im Bürgerlichen Recht

1. Vorlage oder Besichtigung einer Sache gemäß § 809 BGB

a) Voraussetzungen

Im Unterschied zu anderen Informations- oder Offenlegungsansprüchen setzen §§ 809, 810 BGB keine rechtliche Sonderbeziehung voraus. § 809 BGB schützt das Interesse des Berechtigten an der Besichtigung einer Sache, die sich im Besitz eines anderen befindet. Die Vorschrift setzt tatbestandlich einen jedenfalls wahrscheinlich bestehenden Hauptanspruch des Vorlegungsgläubigers voraus. Sie hat daher den materiell-rechtlichen Charakter eines Hilfsanspruchs.[446]

Vorlage oder Besichtigung einer beweglichen Sache oder eines Grundstücks[447] kann der Berechtigte vom Besitzer verlangen, wenn er einen Anspruch „in Ansehung der Sache" hat oder sich Gewissheit über einen solchen Anspruch verschaffen will. Als Anspruch „in Ansehung einer Sache" kommt dabei jedes Recht in Betracht, das vom Bestand oder der Beschaffenheit der Sache abhängt.[448] Dies können dingliche wie schuldrechtliche,

443 BGH, Urt. v. 02.05.2002 – I ZR 45/01 – Faxkarte, GRUR 2002, 1046.
444 S. u. Kapitel 2 B. II. (S. 118).
445 S. u. Kapitel 2 B. III. (S. 140); *Podszun/Kreifels,* GWR 2017, 67, 72.
446 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 809 Rn. 1.
447 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 809 Rn. 1.
448 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 809 Rn. 6; *Schilken,* Jura 1988, 525, 528.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

bedingte und befristete Rechte sein. Auch Anfechtungs-, Gestaltungs-, Vorkaufs- und Urheberrechte können die Verpflichtung aus § 809 BGB begründen.[449] Erforderlich ist jedenfalls eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen eines solchen Rechts.[450] Weiterhin muss der Berechtigte ein Interesse an der Besichtigung oder der Vorlage haben. Dieses muss aber nicht (vermögens)rechtlicher Natur sein. Vielmehr genügt jedes besondere und ernstliche Interesse, das im Hauptanspruch gründet.[451] Die Voraussetzungen der §§ 809, 810 BGB sind aber im Einzelnen nach wie vor umstritten.[452]

b) Rechtsfolge: Vorlegung oder Besichtigung der Sache

Dass die Voraussetzungen dieser Vorschriften umstritten sind, liegt insbesondere daran, dass § 809 BGB seinem Wortlaut nach einen sehr weit reichenden Anspruch gewährt.[453] § 809 BGB unterscheidet auf Rechtsfolgenseite zwischen Vorlegung zur Besichtigung und Gestattung der Besichtigung. Dabei hat der Schuldner grundsätzlich die Pflicht, den fraglichen Gegenstand bis zum Abschluss der Untersuchung nicht zu verändern, wobei dies nur für den jeweiligen Untersuchungstermin gilt.[454]

aa) Gegenstand des Anspruchs

§§ 809, 810 BGB haben ihren Ursprung in der *actio ad exhibendum* des römischen Rechts. Gegenstand der *actio ad exhibendum* des römischen Rechts waren nur bewegliche Sachen.[455] Besondere Bedeutung erlangte sie jedoch, wenn es um die Feststellung der Identität von Sklaven ging.[456]

449 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 809 Rn. 5.
450 BGH, Urt. v. 02.05.2002 – I ZR 45/01 – Faxkarte, GRUR 2002, 1046 juris-Rn. 26.
451 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 809 Rn. 7; *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 809 Rn. 8.
452 *McGuire,* GRUR 2015, 424, 429.
453 *McGuire,* GRUR 2015, 424, 429.
454 *Eck/Dombrowski*, in: FS-50 Jahre BPatG, S. 178, 179; s. zur typischen Tenorierung LG Düsseldorf Urt. v. 16.06.1981 – 4 O 202/81 und LG Mannheim, Urt. v. 20.02.2006 – 2 O 27/06.
455 *Saß*, Beschaffung von Informationen und Beweisen, S. 77; *Dierschke*, Die Vorlegung von Sachen, S. 12 ff.; *Demelius*, Exhibitionspflicht, S. 62.
456 *Saß*, Beschaffung von Informationen und Beweisen, S. 77; *Dierschke*, Die Vorlegung von Sachen, S. 13 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Schon im römischen Recht war die Rechtsnatur dieses Instruments umstritten.[457]

Auch im gemeinen Recht wurde die Klage nur in Bezug auf bewegliche Sachen zugelassen.[458] Allerdings wurde anerkannt, dass auch ein Interesse an der Besichtigung von Grundstücken bestehen kann, wenn sich der Gläubiger ein Bild von deren Zustand und Beschaffenheit verschaffen will.[459]

Im Rahmen von § 809 BGB bestehen hinsichtlich des Gegenstands des Anspruchs hingegen keine Schwierigkeiten: Die Norm bezieht sich schlicht auf Sachen im Sinne des § 90 BGB. Probleme, die heute noch im Zusammenhang mit dem Anspruchsgegenstand auftreten sind solche, die im Rahmen von § 90 BGB bei der Bestimmung des Sachbegriffs Schwierigkeiten bereiten.[460] Somit können lebende Menschen oder ungetrennte Körperteile nicht Gegenstand des Anspruchs aus § 809 BGB sein. Es besteht keine Verpflichtung, sich ärztlich untersuchen zu lassen oder die Entnahme einer Blutprobe zu dulden.[461]

bb) Vorlegung

Vorlegung meint, dass die Sache ausgehändigt oder jedenfalls so vorgezeigt wird, dass sie der sinnlichen Wahrnehmung des Anspruchsberechtigten unmittelbar zugänglich ist.[462] Der Besitzer schuldet ein aktives Tun, das dem Gläubiger die erforderlichen sinnlichen Wahrnehmungen ermöglicht, ohne ihm die tatsächliche Sachherrschaft über die Sache einzuräumen. Der Schuldner bleibt Besitzer.[463]

457 *Dierschke*, Die Vorlegung von Sachen, S. 76.
458 *Dierschke*, Die Vorlegung von Sachen, S. 18 ff.; *Pries*, Anspruch auf Vorlegung von Sachen und Urkunden, S. 20 ff.
459 *Saß*, Beschaffung von Informationen und Beweisen, S. 77.
460 *Saß*, Beschaffung von Informationen und Beweisen, S. 78.
461 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 809 Rn. 1.
462 RG, Urt. v. 26.11.1903 – VI 140/03, RGZ 56, 63, 66; *Wilhelmi*, in: Ermann, BGB, 16. Aufl. 2020, § 809 Rn. 4; *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 809 Rn. 9.
463 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 809 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

cc) Besichtigung

Gestattung der Besichtigung meint Ermöglichung der Inaugenscheinnahme.[464] Der Schuldner bleibt hier passiv[465] und überlässt es dem Gläubiger, sich selbst aufzuklären.[466] Diese Unterscheidung ist indes nicht entscheidend.[467] Für den Inhalt des Anspruchs aus § 809 BGB kommt es vielmehr darauf an, was der Gläubiger nach Vorlage oder Gestattung der Besichtigung mit der Sache tun darf.[468] Ermöglicht wird nämlich in beiden Fällen die Besichtigung**.** Der Begriff „Besichtigung" ist dabei nicht eng zu verstehen. Erfasst werden alle Handlungen, die erforderlich sind, damit sich der Berechtigte ein Urteil über die Identität oder die Beschaffenheit der Sache verschaffen kann.[469]

Zunächst ist dem Gläubiger über den engen Wortlaut der Vorschrift hinaus die eingehende Untersuchung der Sache zu ermöglichen. Die Sache darf insbesondere abgemessen, angefasst und abgewogen sowie fotografiert werden.[470] Zu dieser Untersuchung können technische Untersuchungsverfahren durchgeführt, Proben entnommen, Grundstücke betreten und Sachverständige beigezogen werden.[471] Auch ist die Abnahme von – sonst funktionslosen – Verkleidungen ist durch das Besichtigungsrecht gemäß § 809 BGB gedeckt.[472] Dem Gläubiger ist auch die Inbetriebnahme einer Sache zu gestatten, wenn damit keine Gefahren für die Sache selbst verbunden sind.[473] § 809 BGB gewährt jedoch nur ein Besichtigungs-, aber kein Nachforschungs- oder Durchsuchungsrecht. Die Vorschrift setzt voraus, dass der Gläubiger beweisen kann, dass der Schuldner Besitzer der fraglichen Sache

464 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 809 Rn. 9.
465 *Sprau*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 809 Rn. 9.
466 RG, Urt. v. 14.05.1915 – III 398/14, RGZ 87, 10, 13; *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 809 Rn. 10.
467 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 809 Rn. 10.
468 S. dazu schon *Dierschke*, Die Vorlegung von Sachen, S. 78 f.
469 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 809 Rn. 9.
470 *Gehrlein*, in: BeckOK-BGB, 63. Ed. 2022, § 809 Rn. 6; *Wilhelmi*, in: Ermann, BGB, 16. Aufl. 2020, § 809 Rn. 4; *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 809 Rn. 9.
471 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 809 Rn. 9.
472 BGH, Urt. v. 08.01.1985 – X ZR 18/84 – Druckbalken, BGHZ 93, 191 juris-Rn. 48.
473 OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.04.1982 – 2 U 176/81, GRUR 1983, 745, 747; *Stürner/Stadler,* JZ 1985, 1101, 1101, 1102; ausführlich zum Ganzen *Leppin,* GRUR 1984, 552, 695.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

ist. Der Gläubiger darf nicht in den Räumen des Schuldners nach der Sache suchen, um diese Voraussetzung zu beweisen.[474]

c) Einschränkungen

Da § 809 BGB grundsätzlich sehr weit reicht und Zugriff auf eine Vielzahl von Gegenständen ermöglicht, ist es nachvollziehbar, dass dieser weite Rahmen gewissen Einschränkungen unterworfen wurde. Will der Schuldner die Besichtigung oder Untersuchung einer Sache mit Blick auf die folgenden Fallgruppen verhindern, so hat er die entsprechenden Umstände zu beweisen.[475]

aa) Substanzeingriffe

Das Untersuchungsrecht wird zunächst insofern eingeschränkt, als Eingriffe, die den Wert oder die Gebrauchsfähigkeit der Sache dauerhaft verändern, nicht geduldet werden müssen.[476] Erhebliche Eingriffe in die Sachsubstanz sind nicht von § 809 BGB gedeckt. Untersuchungsmethoden, die die Sache unbrauchbar machen, müssen demnach nicht gestattet werden. Gleiches gilt für die Tötung eines Tieres.[477] Die dauerhafte Veränderung des Werts oder der Gebrauchstauglichkeit einer Sache, muss nicht hingenommen werden. Eine solche Untersuchung muss jedenfalls dann nicht ermöglicht werden, wenn sich die Folgen nicht ohne Weiteres beseitigen lassen.[478] Andererseits müssen Substanzeingriffe, die nicht zu bleibenden Schäden führen, geduldet werden. Denkbar sind daher beispielsweise Grabungen auf Grundstücken zur Feststellung von Absenkungen, die Freilegung bestimmter Bauteile oder auch die Entnahme von Proben.[479] Insgesamt wird die Zumutbarkeit der Besichtigung oder Vorlage und damit de-

474 BGH, Urt. v. 13.11.2003 – I ZR 187/01 – Kontrollbesuch, GRUR 2004, 420 juris-Rn. 25.
475 *Sprau*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 809 Rn. 11.
476 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 809 Rn. 9.
477 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 809 Rn. 9.
478 RG, Urt. v. 07.11.1908 – I 638/07, RGZ 69, 401, 406; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 03.10.1985 – 3 U 252/84, NJW-RR 1986, 819 juris-Rn. 39.
479 *Tilmann/Schreibauer*, in: FS-Erdmann, S. 906.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

ren Verhältnismäßigkeit vor allem anhand wirtschaftlicher Gesichtspunkte beurteilt.[480]

bb) Schutz von Geschäftsgeheimnissen

Weiterhin ist die Besichtigung einer Sache zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen eingeschränkt. Bei Patentverletzungen wurde dies schon früh auf den Rechtsgedanken des § 139 Abs. 3 S. 2 PatG gestützt und sonst aus § 242 BGB hergeleitet.[481] An dieser Stelle gilt es zunächst zu beachten, dass es sich tatsächlich um Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse handeln muss. Informationen, die einem größeren Personenkreis zugänglich sind, verlieren ihren Charakter als schützenswertes Geheimnis (vgl. dazu mittlerweile § 2 Nr. 1 lit. A) GeschGehG).[482]

Die Rechtsverfolgung darf nicht schon deshalb scheitern, weil sich der Schuldner auf den Schutz seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse berufen kann.[483] Die Rechtsprechung versucht daher das Informationsinteresse des Gläubigers und das Interesse des Schuldners am Schutz seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse des Schuldners in angemessenen Ausgleich zu bringen.[484] Häufig wird dazu die Einschaltung eines zur Verschwiegenheit verpflichteten neutralen Dritten angeordnet (sog. Wirtschaftsprüfervorbehalt).[485]

480 *Tilmann/Schreibauer*, in: FS-Erdmann, S. 906; *Marshall*, in: FS-Preu, S. 160.

481 *Sprau*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 809 Rn. 11; *Leppin,* GRUR 1984, 552, 554.

482 Dies war auch schon vor Einführung des GeschGehG allgemein anerkannt, vgl. nur BGH, Urt. v. 15.03.1955 – I ZR 111/53 – Möbelwachspaste, GRUR 1955, 424, 425; *Stürner/Stadler,* JZ 1985, 1101, 1104; zuletzt *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 17 Rn. 4.

483 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 374; *Stürner,* JZ 1985, 453, 460; *Stürner/Stadler,* JZ 1985, 1101, 1102.

484 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, vor §§ 809-811 Rn. 5; *Tilmann/Schreibauer,* GRUR 2002, 1015.

485 BGH, Urt. v. 17.06.1999 – I ZR 213/96 – Rollstuhlnachbau, GRUR 1999, 1106; BGH, Beschl. v. 13.02.1981 – I ZR 111/78 – Wirtschaftsprüfervorbehalt, GRUR 1981, 535; BGH, Urt. v. 07.12.1979 – I ZR 157/77 – Monumenta Germaniae Historica, GRUR 1980, 227, 232; BGH, Urt. v. 23.03.1962 – I ZR 114/60 – Furniergitter, GRUR 1962, 354, 356; BGH, Urt. v. 13.02.1976 – I ZR 1/75 – Fernschreibverzeichnisse, GRUR 1978, 52, 53; vgl. BGH, Urt. v. 02.04.1957 – I ZR 58/56 – Rechnungslegung, GRUR 1957, 336; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 9 UWG Rn. 5.19 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

cc) Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Grenzen des Anspruchs auf Vorlage einer Sache können sich auch aus dem das Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Schuldners ergeben.[486] Ein entsprechender Anspruch scheidet aus, wo Einblick in die Intimsphäre als Kernbereich der Persönlichkeit genommen werden soll. Es darf keine Einsicht in Tagebücher[487] oder persönlichste Briefe genommen werden.[488] Die allgemeine Privatsphäre und auch die Sozialsphäre beschränken den Anspruch grundsätzlich nicht, weil das Geheimhaltungsinteresse hier gering sein dürfte und ein anderes Ergebnis den Anspruch weitgehend untauglich machte.[489] Im Bereich zwischen Intimsphäre und allgemeiner Privatsphäre muss eine Interessenabwägung zu praktikablen Ergebnissen führen.[490]

2. Einsicht in Urkunden gemäß § 810 BGB

Für Urkunden gilt die Sonderregelung in § 810 BGB.[491] Dort genügt nicht jedes Interesse, um das Einsichtsrecht zu begründen. Mit dem Einsichtsrecht muss vielmehr das Ziel verfolgt werden, eine Rechtsposition zu fördern, zu erhalten oder diese zu verteidigen.[492] Für Urkunden wird die Vorlagepflicht aus § 809 BGB insofern erweitert, als dass der Anspruch lediglich vom Inhalt der fraglichen Urkunde abhängig gemacht und jeder Urkundenbesitzer verpflichtet wird.[493] Der Begriff der Urkunde ist hier wie oben[494] dargelegt zu verstehen.

Besondere Bedeutung erlangt die Vorschrift, wenn ein Patient Einsicht in die von seinem Arzt geführten Unterlagen nehmen möchte.[495] Mittlerweile ist ein solcher Anspruch in § 630g BGB[496] gesetzlich normiert, so dass

486 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, vor §§ 809-811 Rn. 6.
487 BVerfG, Beschl. v. 14.09.1989 – 2 BvR 1062/87 – Tagebuchaufzeichnung, BVerfGE 80, 367.
488 *Saß*, Beschaffung von Informationen und Beweisen, S. 62 ff.; *Wiese*, in: FS-Herschel, S. 486 ff., 494 ff.
489 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, vor §§ 809-811 Rn. 6; *Saß*, Beschaffung von Informationen und Beweisen, S. 62.
490 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, vor §§ 809-811 Rn. 6.
491 *Grimme,* JA 1985, 320.
492 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 810 Rn. 1.
493 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 810 Rn. 1.
494 Kapitel 2 A. IV. (S. 105).
495 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 810 Rn. 14.
496 *Habermalz*, NJW 2013, 3403.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

sich der zuvor geführte Streit über die Anwendbarkeit von § 810 BGB in diesen Fällen weitgehend erledigt haben dürfte.[497] Ein Anspruch aus § 810 BGB kommt auch in Betracht, wenn Kunden von Banken[498] und Versicherungen[499] Unterlagen benötigen, um ihre Ansprüche gegen diese Institute geltend zu machen. Weiterhin ist denkbar, dass Mandanten einer Rechtsanwältin auf diese Weise Einblick in die von dieser geführte Handakte nehmen können.[500]

Voraussetzung ist, dass die Urkunde in Beziehung zu einem Rechtsverhältnis steht, an dem der Einsicht Begehrende beteiligt ist.[501] § 810 BGB beschränkt das Recht auf Einsichtnahme in die Urkunde von Vornherein auf drei besondere Fallkonstellationen:

§ 810 Alt. 1 BGB gewährt Zugriff auf die Urkunde, wenn diese im eigenen Interesse des Anspruchsstellers errichtet wurde. Das ist der Fall, wenn sie – zumindest auch – dazu bestimmt ist, diesem als Beweismittel zu dienen oder seine rechtlichen Beziehungen zu klären oder in sonstiger Weise fördernd auf diese einzuwirken.[502]

Gemäß § 810 Alt. 2 BGB besteht das Einsichtsrecht, wenn in der Urkunde ein zwischen dem Anspruchssteller und einem anderen bestehenden Rechtsverhältnis beurkundet ist. Es kommt damit nicht auf den Zweck der Errichtung der Urkunde, sondern allein auf ihren Inhalt an. Entscheidend ist, dass zumindest eine Tatsache beurkundet wird, die für das in Rede stehende Rechtsverhältnis erheblich ist.[503] Das ist etwa der Fall, wenn sich aus der Urkunde die Höhe eines Anspruchs ermitteln lässt.[504]

497 S. dazu insgesamt *Bender*, Postmortales Einsichtsrecht in Krankenunterlagen; *Peter*, Einsicht in Krankenunterlagen; *Lilie*, Ärztliche Dokumentation und Informationsrechte; *Lenkaitis*, Krankenunterlagen; *Bemmann,* VersR 2005, 760; *Hinne,* NJW 2005, 2270; *Nüßgens*, in: FS-Boujong; *Ahrens,* NJW 1983, 2609; *Hohloch,* NJW 1982, 2577; *Wasserburg,* NJW 1980, 617; *Stürner,* NJW 1979, 1225; *Daniels,* NJW 1976, 345; *Laufs,* NJW 1975, 1433.

498 *Wosnitza*, Auskunft im bankvertraglichen Dauerschuldverhältnis; *Derleder/Wosnitza,* ZIP 1990, 901.

499 *Schaffrath/Janger,* VersR 1996, 1065; *Wussow,* NJW 1962, 420.

500 *Weiß,* JR 1971, 356; siehe auch die Vielzahl einzelner Anwendungsfälle bei *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 810 Rn. 16 ff.

501 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 810 Rn. 12.

502 RG, Urt. v. 07.11.1908 – I 638/07, RGZ 69, 401, 405; BGH, Urt. v. 31.03.1971 – VIII ZR198/69, WM 1971, 565.

503 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 810 Rn. 14.

504 BGH, Urt. v. 15.12.1965 – VIII ZR 306/63, WM 1966, 255 juris-Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Die dritte Alternative des § 810 BGB ist anwendbar, wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält. Darunter fällt beispielsweise die zwischen Vertragspartnern geführte Korrespondenz vor oder nach Vertragsabschluss.[505] Das soll auch gelten, wenn die Verhandlungen von einem Stellvertreter geführt worden sind.[506] Der Anspruch aus § 810 BGB entsteht auch, wenn die Verhandlungen nicht zum Vertragsabschluss geführt haben.[507] Andererseits kann aber nicht die Vorlage von Notizen verlangt werden, die sich der Anspruchsgegner für seine privaten Zwecke gemacht hat.[508]

Weitere Einschränkungen des Anspruchs ergeben sich vor allem mit Blick auf den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht. Insoweit kann auf die Ausführungen zu § 809 BGB verwiesen werden.[509]

3. Erfüllungsort

Gemäß § 811 Abs. 1 S. 1 BGB hat die Vorlegung in den Fällen der §§ 809, 810 BGB an dem Ort zu erfolgen, an dem sich die vorzulegende Sache befindet. Gemeint ist hier nicht der Aufbewahrungsort, sondern – wie bei § 269 BGB – die politische Gemeinde, die durch die landesgesetzliche Gebietseinteilung bestimmt wird.[510] Innerhalb dieses Ortsbezirks kann der Vorlegungspflichtige die Stelle der Vorlegung frei bestimmen.[511] Wird die Vorlage einer Urkunde im Prozess verlangt, hat § 811 Abs. 1 BGB keine Bedeutung. Die Urkunden sind dann dem zuständigen Gericht am Gerichtsort vorzulegen.[512]

Sowohl Gläubiger als auch Schuldner können jedoch verlangen, dass die Sache an einem anderen Ort vorgelegt wird, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 811 Abs. 1 S. 2 BGB). Hier kommen sowohl betriebliche als auch

505 OLG Celle, Beschl. v. 20.07.1973 – 7 W 55/73, BB 1973, 1192.
506 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 810 Rn. 15.
507 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 810 Rn. 15.
508 RG, Urt. v. 05.10.1936 – IV 119/36, RGZ 152, 213, 217; KG, Beschl. v. 12.09.1988 – 24 W 2242/88, NJW 1989, 532 juris-Rn. 6, 7.
509 S. dazu o. Kapitel 2 B. I. 1. c) bb) und cc) (S. 114).
510 RG, Urt. v. 09.12.1907 – VI 276/07, RGZ 67, 191; *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 811 Rn. 2; *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 811 Rn. 2.
511 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 811 Rn. 2.
512 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 811 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

persönliche oder praktische Gründe in Betracht. Einer zwischen den Parteien bestehenden Feindschaft kann durch die Wahl eines neutralen Orts ebenso begegnet werden, wie der Gefahr, dass der Vorlageverpflichtete bei Vorlage in seinen Geschäftsräumen Geheimnisse offenbaren müsste.[513]

4. Gefahrtragung und Kosten

Gemäß § 811 Abs. 2 S. 1 BGB hat die Gefahr und die Kosten derjenige zu tragen, der die Vorlegung der Sache verlangt. Gefahr meint Sachgefahr. Der Gläubiger ist zum Schadensersatz verpflichtet, wenn die Sache oder Urkunde in Folge der Vorlegung oder Besichtigung verloren geht oder beschädigt oder zerstört wird, ohne dass es dabei auf ein Verschulden ankommt.[514]

Der Gläubiger hat auch die Kosten der Vorlegung zu tragen. Das sind die Kosten, die durch den Aufwand, das heißt Transport, Verpackung, Porto etc., verursacht werden. Erfasst werden auch die Kosten für einen nötigenfalls einzuschaltenden Sachverständigen.[515] Nicht erfasst werden aber der Verlust von Gebrauchsvorteilen und Kosten, die sonst nicht unmittelbar in Zusammenhang mit der Vorlegung stehen.[516] § 811 Abs. 2 S. 2 BGB gewährt dem Besitzer ein Leistungsverweigerungsrecht, bis der Gläubiger die Kosten vorschießt und wegen der Gefahr Sicherheit leistet.

II. Immaterialgüterrechtliche Offenlegungsansprüche

Die eingangs[517] beschriebenen Beweisprobleme werden im Immaterialgüterrecht besonders deutlich.[518] Hier ist häufig fraglich, ob eine Schutzrechtsverletzung vorliegt. Klarheit kann dann insbesondere die Besichtigung und Untersuchung der vermeintlich rechtsverletzenden Sache schaffen. Dies hat auch der europäische Gesetzgeber erkannt, der den damit verbundenen Problemen mit den Regelungen in Art. 6, 7 DSRL begegnet ist. Danach

513 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 811 Rn. 3; *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 811 Rn. 2.
514 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 811 Rn. 4; *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 811 Rn. 4.
515 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 811 Rn. 5.
516 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 811 Rn. 5; *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 811 Rn. 4.
517 Einleitung A. (S. 38).
518 *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass den Gerichten geeignete Methoden zur vollständigen Aufklärung des Sachverhalts zur Verfügung stehen. Insbesondere bestimmt Art. 6 Abs. 1 DSRL, dass die Gerichte die Vorlage der „in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befindlichen Beweismittel" anordnen können, „sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird."[519]

Zur Umsetzung von Art. 6, 7 DSLR sind im deutschen Immaterialgüterrecht an verschiedenen Stellen Ansprüche auf Vorlage von Urkunden[520] und Besichtigung einer Sache eingeführt worden. Gemeinsame Voraussetzung ist, dass sich die Urkunde oder Sache in der Verfügungsgewalt des Verletzers befindet und die Vorlage oder Besichtigung zur Begründung der Ansprüche aufgrund einer hinreichend wahrscheinlichen Rechtsverletzung erforderlich ist (vgl. § 19a Abs. 1 S. 1 MarkenG, § 140c Abs. 1 S. 1 PatG, § 101a Abs. 1 S. 1 UrhG, § 24c Abs. 1 S. 1 GebrMG, § 46a Abs. 1 S. 1 DesignG, § 9 Abs. 2 HalblSchG i. V. m. § 24c Abs. 1 S. 1 GebrMG). Die Vorschriften sollen über die Beweisnot des Verletzten hinweghelfen. So kann ermittelt werden, ob überhaupt eine Rechtsverletzung vorliegt und in welchem Umfang und Ausmaß sie erfolgt ist.[521] In diesem Zuge ist der Gesetzgeber auch Forderungen nachgekommen, Vorschriften über die Belegvorlage explizit in die immaterialgüterrechtlichen Auskunftsregelungen aufzunehmen.[522] Wird die Rechtsverletzung in gewerblichem Ausmaß begangen, wird gemäß Abs. 1 S. 2 der jeweils maßgeblichen Vorschrift auch die Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen geschuldet.

Die genannten Vorschriften sollen die allgemeinen zivilrechtlichen Besichtigungs- und Vorlageansprüche gemäß §§ 809, 810 BGB unberührt lassen und einen tendenziell weiteren Anwendungsbereich haben.[523] §§ 809, 810 BGB sollen ihre Relevanz etwa dort behalten, wo es um die Aufklärung von Entschädigungsansprüchen geht.[524] Das erscheint vor dem Hin-

519 Zu den Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie s. u. Kapitel 4 B. I. (S. 306).

520 Vgl. dazu *Haedicke*, in: FS-Leipold; *Stadler*, in: FS-Leipold.

521 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 2; *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 1; *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140b Rn. 1.

522 Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Stellungnahme zum Grünbuch der Europäischen Kommission zur Bekämpfung von Nachahmung und Produkt- und Dienstleistungspiraterie im Binnenmarkt KOM (98) 599 endg., GRUR 1999, 560, 563; *Knieper,* WRP 1999, 1116; *Eichmann,* GRUR 1990, 575, 576.

523 *Trimborn*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, 3. Aufl. 2015, § 140c PatG Rn. 1.

524 *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

tergrund des allgemeinen Grundsatzes *lex specialis derogat lex generali* überraschend, ist allerdings etwa im Markengesetz in § 19d explizit geregelt.[525]

Vor der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie war – wie ausgeführt[526] – sehr umstritten, inwieweit § 809 BGB die Untersuchung einer Sache – insbesondere Substanzeingriffe – erlaubt.[527] Der Gesetzgeber hat diesen Streit[528] bei der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie erkannt. Gleichwohl hat er es unterlassen, eine ausdrückliche Bestimmung des Begriffs der Besichtigung in die jeweiligen Vorschriften aufzunehmen.[529] Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich indes, dass der Verletzte die Art der Besichtigung verlangen kann, die zur Erlangung der Kenntnis erforderlich ist. Das schließe im Rahmen der Verhältnismäßigkeit auch Eingriffe in die Substanz ein.[530] Damit sind Substanzeingriffe in die zu untersuchende Sache jedenfalls nicht schlechthin ausgeschlossen[531] und können insbesondere unter Anordnung einer Sicherheitsleistung zugelassen werden.[532]

Dem Berechtigten soll so die tatsächliche Aufklärung einer (vermuteten) Schutzrechtsverletzung ermöglicht werden.[533] Er soll außerdem Beweise für die Begehung von Schutzrechtsverletzungen sichern können, um auf Grundlage der Besichtigungsergebnisse die ihm gewährten Ausschließlichkeitsrechte durchsetzen zu können.[534]

1. Allgemeine Voraussetzungen der immaterialgüterrechtlichen Vorlage- und Besichtigungsansprüche

Voraussetzung aller immaterialgüterrechtlichen Vorlage- und Besichtigungsansprüche ist, dass der Anspruchsgegner ein immaterielles Schutz-

525 S. dazu *Fezer*, in: MarkenG, 4. Aufl. 2009, § 19d Rn. 2.
526 S. o. Kapitel 2 B. I. 1. c) aa) (S. 113).
527 Vgl. o. Kapitel 2 B. I. 1. c) aa) (S. 113 ff.).
528 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 27.
529 *Götz*, Tatsachen- und Informationsbeschaffung, S. 224.
530 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 41.
531 Vgl. zur davor geltenden Rechtslage o. Kapitel 2 B. I. 1. c) aa) (S. 113).
532 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.10.2012 – 6 W 72/12 juris-Rn. 103; *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 16.
533 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 1; *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 4.
534 *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

recht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit verletzt hat. Das begehrte Beweismittel muss vom Anspruchsteller genau bezeichnet werden und das Beweismittel muss sich in der Verfügungsgewalt des Anspruchsgegners befinden. Außerdem darf die Vorlage keine Geheimhaltungsinteressen der gegnerischen Partei verletzen.[535] Diese Voraussetzungen beruhen auf einer Präzisierung und Kodifizierung der zu §§ 809, 810 BGB entwickelten Grundsätze, so dass hier häufig ein Verweis auf die dazu entwickelte Rechtsprechung angemessen erscheint. Gleichwohl ist hier zu beachten, dass die maßgeblichen Vorschriften der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie dienen und sie daher richtlinienkonform ausgelegt werden müssen.[536]

a) Anspruchsberechtigter (Aktivlegitimation)

Zur Geltendmachung dieser Offenlegungsansprüche berechtigt ist der potenziell in seinem Schutzrecht Verletzte. Gläubiger ist damit regelmäßig der Inhaber eines immaterialgüterrechtlichen Schutzrechts. Möglich ist auch, dass Lizenznehmer, Nießbraucher und Pfandgläubiger zur Geltendmachung des Anspruchs berechtigt sind oder werden.[537] In Betracht kommen außerdem Personen, die kraft Rechtsnachfolge Inhaber eines Anspruchs wegen einer Schutzrechtsverletzung geworden sind.[538]

b) Anspruchsgegner (Passivlegitimation)

Schuldner eines immaterialgüterrechtlichen Offenlegungsanspruchs ist der Verletzer, der zugleich die Verfügungsgewalt über die herausverlangte Sache innehat.[539] Verletzer ist grundsätzlich jeder Täter und Teilnehmer der Schutzrechtsverletzung.[540] Insoweit kann auf die allgemeinen deliktsrecht-

535 *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 9; *Müller-Stoy,* Mitt. 2009, 361, 362 ff.

536 S. u. Kapitel 4 B. I. (S 306 ff.).

537 *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 16; *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 6.

538 *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 9; *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 5.

539 *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 16a.

540 *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 12, 16a; *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 10; *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

lichen Grundsätze zurückgegriffen werden. Nach herrschender Meinung kommen auch Störer als Anspruchsgegner in Betracht.[541] Fehlt es jedoch an der Eigenschaft des Inanspruchgenommenen als Täter, Teilnehmer oder Störer, kann ein Anspruch auf Informationsmitteilung auch nicht auf Grundlage von § 311 Abs. 2 BGB (*culpa in contrahendo*) geltend gemacht werden, weil es an der dazu erforderlichen rechtlichen Sonderverbindung fehlt.[542]

Zugleich muss der Anspruchsgegner die Verfügungsgewalt über die herausverlangte Sache innehaben. Die Sache befindet sich in seiner Verfügungsgewalt, wenn dieser die tatsächliche Sachherrschaft über die Sache ausübt.[543] Das ist jedenfalls bei einem unmittelbaren Besitzer der Fall. Auch der mittelbare Besitzer soll zur Vorlage bzw. zur Duldung der Besichtigung verpflichtet sein, solange er in der Lage ist, die Sache jederzeit an sich zu ziehen.[544] Wann das der Fall ist, wird im Verlauf dieser Arbeit noch zu klären sein.[545]

c) Hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Schutzrechtsverletzung

Grundvoraussetzung des Besichtigungsanspruchs ist die Wahrscheinlichkeit einer Schutzrechtsverletzung.[546] Dazu muss zunächst ein Schutzrecht

541 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 5; *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 12; *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 8; *Wirtz*, in: Ingerl/Rohnke/Nordemann, MarkenG, 4. Aufl. 2023, § 19a Rn. 5; *Czychowski,* MMR 2004, 514 m. w. N.; a. A. *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 6.

542 Zu einer entsprechenden vorgerichtlichen Aufklärungspflicht vgl. BGH, Urt. v. 17.12.2020 – I ZR 227/19 – Saints Row, GRUR 2021, 714 Rn. 33 ff.

543 *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 17; *Kaess*, in: Busse/Keukenschrijver, PatG, 9. Aufl. 2020, § 140c Rn. 5; *Trimborn*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, 3. Aufl. 2015, § 140c PatG Rn. 9.

544 *Eckhartt*, in: BeckOK-MarkenR, 31. Ed. 2022, § 19a MarkenG Rn. 7; *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 16; *Wirtz*, in: Ingerl/Rohnke/Nordemann, MarkenG, 4. Aufl. 2023, § 19a Rn. 11; *Fezer*, in: Fezer, MarkenR, 4. Aufl. 2009, § 19a Rn. 24.

545 S. u. Kapitel 5 A. III. (S. 349 ff.).

546 *Althammer*, in: FS-Prütting, S. 212, der meint, diese Anforderung sei nicht verallgemeinerungsfähig.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

bestehen.[547] An die Rechtsbeständigkeit sind jedoch keine hohen Anforderungen zu stellen.[548]

Es wird klargestellt, dass zwar letztlich ungewiss sein mag, ob eine Rechtsverletzung vorliegt, die Besichtigung aber nicht wahllos, also ins Blaue hinein, erfolgen darf.[549] Erforderlich sind konkrete Anhaltspunkte, aus denen sich die Möglichkeit einer Rechtsverletzung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ergibt.[550] Die Wahrscheinlichkeit kann sich aus Indizien ergeben.[551] Anknüpfungstatsachen können sich etwa aus der Beschaffenheit im Ausland vertriebener Parallelprodukte des Besichtigungsschuldners, aus dem Bestehen eines Industriestandards, mit Blick auf einzelne Ausstattungsmerkmale oder im Wege der Beweislastumkehr ergeben.[552]

Dabei dürfen die Anforderungen an den Besichtigungs- und Vorlageanspruch nicht zu streng formuliert werden.[553] Denn gerade diese Anspruchsvoraussetzungen sollen durch die Offenlegung von Beweismitteln vollständig bewiesen werden. Es ist daher sachgerecht, dass tatbestandlich genügt, wenn die Rechtsverletzung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorliegt.[554] Andererseits müssen die übrigen Voraussetzungen, insbesondere die Aktivlegitimation bewiesen oder – im einstweiligen Rechtsschutzverfahren – glaubhaft gemacht sein.[555] Ob die Wahrscheinlichkeit der Rechtsverletzung in hinreichendem Maß besteht, ist im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung zu ermitteln.[556] Dabei stehen das Maß des Ange-

547 *Nordemann-Schiffel*, in: FS-Wandtke, S. 386.

548 *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 8.

549 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 40; BGH, Urt. v. 02.05.2002 – I ZR 45/01 – Faxkarte, GRUR 2002, 1046 juris-Rn. 24; *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 12; *Fezer*, in: Fezer, MarkenR, 4. Aufl. 2009, § 19a Rn. 20; *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 10; *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 7; *Kaess*, in: Busse/Keukenschrijver, PatG, 9. Aufl. 2020, § 140c Rn. 8; *Tilmann/Schreibauer*, in: FS-Erdmann, S. 904 f.

550 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 11; *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 12.

551 *Trimborn*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, 3. Aufl. 2015, § 140c PatG Rn. 6.

552 *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 12.

553 *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 14; *Marshall*, in: FS-Preu, S. 159.

554 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 10.06.2010 – 15 U 192/09 juris-Rn. 29 ff.; Hanseatisches OLG Hamburg, Urt. v. 26.05.2005 – 3 U 91/04, InstGE 5, 294 Rn. 49.

555 Hanseatisches OLG Hamburg, Urt. v. 26.05.2005 – 3 U 91/04, InstGE 5, 294 Rn. 50.

556 BGH, Beschl. v. 18.12.2012 – X ZR 7/12 – Rohrmuffe, GRUR 2013, 316; BGH, Urt. v. 02.05.2002 – I ZR 45/01 – Faxkarte, GRUR 2002, 1046 juris-Rn. 28, 29; *Rinken*, in:

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

wiesenseins auf den Besichtigungsanspruch, die Wahrscheinlichkeit einer Schutzrechtsverletzung, der Umfang der Besichtigungsmaßnahme und das Bestehen etwaiger Geheimhaltungsinteressen in Wechselwirkung zueinander.[557] Je wahrscheinlicher die Schutzrechtsverletzung ist, desto eher treten Geheimhaltungsinteressen des Schuldners zurück.

d) Erforderlichkeit

Schließlich muss die Vorlage oder die Besichtigung des fraglichen Gegenstandes auch zur Begründung eines Hauptanspruchs erforderlich sein. So soll sichergestellt werden, dass der Anspruch nicht zur Ausforschung des Gegners missbraucht wird.[558] Die Vorlage oder Besichtigung wird erforderlich sein, wenn eine bestrittene anspruchsbegründende Tatsache des Hauptanspruchs bewiesen werden muss oder der Anspruchsteller überhaupt erst Kenntnis von dieser Tatsache erlangen will.[559] Kann der Anspruchsteller die benötigten Informationen und Beweismittel auf anderem Wege beschaffen oder kennt er diese gar schon, fehlt es hingegen an der Erforderlichkeit.[560] Das ist etwa der Fall, wenn der Anspruchsteller die Sache oder die notwendige Information auch durch einen Testkauf oder Recherchen im Internet beschaffen kann.[561] Auch andere Vorschriften hel-

Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 13; *Trimborn*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, 3. Aufl. 2015, § 140c PatG Rn. 7.

557 *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 13; sehr anschaulich OLG München, Beschl. v. 11.08.2005 – 29 W 2173/05, InstGE 6, 29; *Trimborn*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, 3. Aufl. 2015, § 140c PatG Rn. 7; *Melullis*, in: FS-Tilmann, S. 844 ff.

558 *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 15; *Trimborn*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, 3. Aufl. 2015, § 140c PatG Rn. 9.

559 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 40; *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 14; *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 15.

560 *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 16; *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19 Rn. 56, der die Offenlegung dann für unverhältnismäßig i. S. v. Abs. 2 hält.; *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 20 ff.; *Trimborn*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, 3. Aufl. 2015, § 140c PatG Rn. 9.

561 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 21; *Kaess*, in: Busse/Keukenschrijver, PatG, 9. Aufl. 2020, § 140c Rn. 10; *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 21; *Zöllner,* GRUR-Prax 2010, 74; zu *trap orders* im

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

fen unter Umständen über die Beweisnot des Gläubigers hinweg. Im Fall einer Grenzbeschlagnahme ergeben sich Besichtigungsrechte beispielsweise schon aus Art. 19 Abs. 1, Abs. 2 VO (EU) Nr. 608/2013 sowie § 146 Abs. 2 S. 4 MarkenG, § 142b Abs. 8 PatG i. V. m. § 142a Abs. 2 S. 3 PatG.[562] Das tatbestandliche Erforderlichkeitsmerkmal ist Ausprägung des auch in Art. 3 Abs. 2 DSRL zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgebots.[563]

„Hauptansprüche" im Sinne der Offenlegungsansprüche sind alle Ansprüche, die aus der (wahrscheinlichen) Schutzrechtsverletzung resultieren können.[564] Die Vorlage oder Besichtigung ist nicht nur erforderlich, wenn die Frage geklärt werden soll, *ob* ein solcher Anspruch besteht. Es genügt auch, wenn sich der Anspruchsteller Klarheit über den *Umfang* der Ansprüche verschaffen will.[565] So können die Offenlegungsansprüche insbesondere geltend gemacht werden, wenn die Höhe eines Schadensersatzanspruchs fraglich ist.[566]

e) Bezeichnung des Beweismittels

Schon zur prozessualen Geltendmachung eines Anspruchs aus §§ 809, 810 BGB verlangte die Rechtsprechung die genaue Bezeichnung des herauszugebenden Gegenstandes.[567] Das soll unverändert auch für die immaterialgüterrechtlichen Vorlage- und Besichtigungsansprüche gelten.[568] Der Gegenstand muss für Dritte – insbesondere die Vollstreckungsinstanz – eindeutig identifizierbar sein.[569] Es ist aber zu beachten, dass der Anspruchssteller die Sache unter Umständen gerade noch nicht kennt und daher eine

---

englischen Recht s. DI Bainbridge, *Intellectual Property* (10th edn., Pearson, Harlow 2018), 636.

562 BGH, Urt. v. 17.09.2009 – Xa ZR2/08 – MP3-Player-Import, GRUR 2009, 1142 Rn. 18.

563 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 19.

564 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 20.

565 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 20.

566 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 15 (widersprüchlich in Rn. 2); *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 14; *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 20.

567 BGH, Urt. v. 02.05.2002 – I ZR 45/01 – Faxkarte, GRUR 2002, 1046 juris-Rn. 17.

568 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 40 (zu § 140c PatG).

569 *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 10, 30; *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 30 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

exakte Bezeichnung nicht immer möglich ist.[570] In diesem Fall sollen im Einzelfall auch abstrakte Angaben genügen.[571] Bei Urkunden können etwa Angaben zur Gattung und über den Aussteller ausreichen.[572] Sachen können im Einzelfall durch die Beschreibung des Gegenstandes oder anhand eines Bildnachweises identifiziert werden.[573] Stets sei außerdem der Ort anzugeben, an dem sich die Sache oder Urkunde befindet.[574] Insgesamt muss die Sache so genau bezeichnet sein, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit eines Titels gewahrt werden.[575] Damit müssen bestimmte Unterlagen nicht exakt bezeichnet werden;[576] es genügt jedoch auch nicht schlicht „alles" zu verlangen.[577]

2. Inhalt und Umfang der zu erteilenden Informationen

Von der Vorlagepflicht werden grundsätzlich nur solche Beweismittel erfasst, die auch vorgelegt werden können. Erforderlich ist damit, dass diese eine körperliche Form aufweisen. Gemeint sind also Augenscheinsobjekte und Urkunden.[578] Welche Urkunden und Gegenstände konkret erfasst werden, ist durch eine gründliche Untersuchung des Verhältnisses zwischen Verletzer und Schutzrechtsinhaber im Einzelfall zu ermitteln. Erst durch diese Untersuchung kann die Bedeutung der einzelnen Beweismittel für den fraglichen Fall beurteilt werden. Gleichwohl lassen sich zunächst Gemeinsamkeiten hinsichtlich des Inhalts dieser Offenlegungspflichten finden. An dieser Stelle sollen allgemeine Ausführungen sowie Beispiele aus dem Patent-, dem Urheber- und dem Markenrecht die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der jeweiligen Offenlegungspflichten veranschaulichen.[579]

---

570 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 30 f.
571 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 30 f.; ähnlich *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 44.
572 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 28.
573 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 28.
574 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 28.
575 Siehe dazu nur *Seibel*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 704 Rn. 4; *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 30.
576 OLG Jena, Beschl. v. 08.06.2015 – 1 W 17/15, ZUM-RD 2016, 256 juris-Rn. 57.
577 Hanseatisches OLG Hamburg, Urt. v. 08.06.2017 – 5 U 54/12, CR 2018, 22 juris-Rn. 437.
578 *Götz*, Tatsachen- und Informationsbeschaffung, S. 224.
579 S. dazu auch *Gniadek*, Beweisermittlung; *Battenstein*, Instrumente zur Informationsbeschaffung, S. 11 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Allgemeiner Inhalt der immaterialgüterrechtlichen Offenlegungsansprüche

Unabhängig von der Art des verletzten Schutzrechts, hat der Schutzrechtsinhaber regelmäßig ein Interesse daran, Informationen über Lieferanten und/oder Abnehmer des Verletzers zu erhalten, um die Vertriebswege der schutzrechtsverletzenden Produkte verschließen zu können. Werden Informationen über Lieferanten und Abnehmer verlangt, ergeben sich diese häufig aus Urkunden oder elektronisch gespeicherter Korrespondenz. Der Verletzte hat dann ein besonderes Interesse am Inhalt dieser Korrespondenz oder Urkunde. Diese Informationen wird der Schutzrechtsinhaber regelmäßig schon im Wege der Auskunftsansprüche erhalten. Ist dies jedoch nicht ausreichend, kann der Gläubiger – neben der Rechnungslegung – auch die Vorlage weiterer Gegenstände und Unterlagen verlangen.[580]

Ob erteilte Auskünfte oder eine gelegte Rechnung objektiv richtig sind, kann anschließend im Wege eines Offenlegungsverlangens überprüft werden. Für die Frage, ob der Schutzrechtinhaber Einsicht in Unterlagen, die diese Informationen enthalten, verlangen kann, ist sein Verhältnis zum Verletzer sowie sein Verhältnis zu den Abnehmern und Lieferanten von entscheidender Bedeutung.[581]

Allerdings ist zu beachten, dass die immaterialgüterrechtlichen Offenlegungsansprüche lediglich die Wahrscheinlichkeit einer Rechtsverletzung voraussetzen,[582] während die immaterialgüterrechtlichen Auskunftsansprü-

580 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 1.

581 *Tilmann,* GRUR 1987, 251, 257. Dabei ist außerdem zu beachten, dass der Verletzte diese Informationen auch im Rahmen der immaterialgüterrechtlichen Auskunftsansprüche erhalten kann. Es stellt sich die Frage, in welchem Konkurrenzverhältnis die immaterialgüterrechtlichen Auskunfts- und Offenlegungsansprüche stehen. Es sei dazu angemerkt, dass schon hinsichtlich des Inhalts und des Umfangs der Auskunftsansprüche Uneinigkeit besteht. So soll Auskunft über den Umsatz des Verletzers zwar geschuldet werden, soweit es sich um die Verletzung eines absoluten Schutzrechts handelt (vgl. BGH, Urt. v. 03.04.1981 – I ZR 72/79 – Championne du Monde, GRUR 1981, 592, 594 f.; BGH, Urt. v. 07.12.1979 – I ZR 157/77 – Monumenta Germaniae Historica, GRUR 1980, 227; BGH, Urt. v. 16.02.1973 – I ZR 74/71 – Miss Petite, GRUR 1973, 375, 377; *Nieder,* GRUR 1999, 654, 655 m. w. N.). Anderes soll aber gelten, wenn es sich um einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht handelt (vgl. BGH, Urt. v. 14.11.1980 – I ZR 138/78 – Goldene Karte I, GRUR 1981, 286 juris-Rn. 41; BGH, Urt. v. 27.11.1964 – Ib ZR 23/63 – Umsatzauskunft, GRUR 1964, 313 juris-Rn. 17 ff.). Vgl. dazu auch *Abel*, in: FS-Pagenberg, S. 221 ff.; *Stauder,* GRUR Int 1982, 226.

582 S. o. Kapitel 2 B. II. 1. c) (S. 122).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

che den Beweis einer objektiv rechtswidrigen Schutzrechtsverletzung verlangen.[583] An dieser Stelle wird deutlich, dass die Offenlegungsansprüche nicht nur der Überprüfung der erteilten Auskünfte dienen, sondern genuin der Informationsbeschaffung dienen sollen. Der Zugang zu Beweismitteln wird gewährt, damit sich der Berechtigte die Informationen selbst beschaffen kann. Er kann danach nicht verlangen, dass die Informationen in verständlicher Weise zusammengestellt werden, was die unterschiedlichen Voraussetzungen rechtfertigt.

Unter den erweiterten Voraussetzungen der § 19a Abs. 1 S. 2 MarkenG, § 140c Abs. 1 S. 2, § 101a Abs. 1 S. 2 UrhG etc. kann auch die Vorlage von Bank-, Handels- und Finanzunterlagen verlangt werden. Gemeint sind alle Unterlagen, die Rückschlüsse auf den „wahren Täter" zulassen.[584] Bankunterlagen betreffen dabei jedenfalls alle Bankgeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG.[585] Handelsunterlagen sind beispielsweise Rechnungen, Stücklisten, Versandpapiere, Gesundheitszeugnisse und Verträge.[586] Erfasst werden außerdem Kontoauszüge, Buchführungsunterlagen, Buchungsbelege, Bilanzen, Jahres- und Einzelabschlüsse, Inventare, Handelsbriefe, Kreditverträge, Kosten- und Gewinnkalkulationen.[587] Jedoch werden betriebsinterne Aufzeichnungen und Gedächtnisstützen regelmäßig nicht erfasst.[588]

Die Mitnahme von Unterlagen in größerem Umfang kann verlangt werden, wenn eine Prüfung am Vorlageort praktisch nicht durchführbar ist.[589] Die so weit ausgedehnte Offenlegungspflicht kommt einem Ausforschungsbeweis sehr nahe und widerspricht zunächst der typischen Risikoverteilung der allgemeinen Beweislastregeln.[590]

---

583 Z. B. *Fezer*, in: Fezer, MarkenR, 4. Aufl. 2009, § 19 Rn. 21.

584 OLG Jena, Beschl. v. 08.06.2015 – 1 W 17/15, ZUM-RD 2016, 256 juris-Rn. 55; *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 26; *Ohst,* GRUR-Prax 2015, 412.

585 *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 26.

586 *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 26 mit Verweis auf Art. 902 Zollkodex-DVO; *Scheja/Mantz,* CR 2009, 413, 419; vgl. die Klageanträge in OLG Zweibrücken, Urt. v. 21.05.2015 – 4 U 145/14, WRP 2016, 280 Rn. 26, welchen stattgegeben wurde.

587 *Kühnen,* Mitt. 2009, 211, 214.

588 *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 26.

589 OLG Köln, Beschl. v. 21.05.1995 – 18 W 33/95, NJW-RR 1996, 382; *Fezer*, in: Fezer, MarkenR, 4. Aufl. 2009, § 19a Rn. 27.

590 *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 20122, § 101a UrhG Rn. 24; *Knaak,* GRUR Int 2004, 745, 747.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Beispiele aus dem Patentrecht

Im Patentrecht ist die Untersuchung eines Gegenstands von besonderer Bedeutung. Neben der Ermittlung des Verletzers und der Vertriebskanäle[591] hat der Patentinhaber ein besonderes Interesse daran, einer Sache habhaft zu werden. Auf diese Weise kann er die Funktionsweise einer Sache oder eines Verfahrens ermitteln und so herausfinden, ob die patentrechtlich geschützte Lehre verletzt wird.[592]

Vor der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie konnte die Untersuchung eines Gegenstandes regelmäßig nur gemäß § 809 BGB verlangt werden.[593] Dabei knüpfte der Bundesgerichtshof die Offenlegungsverpflichtung zunächst an die strenge Voraussetzung, dass eine Verletzungshandlung mit *erheblicher* Wahrscheinlichkeit vorliegt.[594] Diese Voraussetzung ist später zugunsten einer *gewissen* Wahrscheinlichkeit der Rechtsverletzung aufgegeben worden. In der maßgeblichen Entscheidung *Faxkarte*[595] erkennt der Bundesgerichtshof ebenfalls die Notwendigkeit einer Abwägung zwischen dem Offenlegungsinteresse des Geschädigten und den Geheimhaltungsinteressen des Offenlegungsschuldners.[596] Allerdings könne nicht durchweg ein erheblicher Grad an Wahrscheinlichkeit verlangt werden. Vielmehr stelle der Grad der Wahrscheinlichkeit einer Schutzrechtsverletzung nur einen der im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Aspekte dar. Daneben sei insbesondere zu berücksichtigen, ob dem Gläubiger weitere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, die Schutzrechtsverletzung zu beweisen und ob berechtigte Geheimhaltungsinteressen des Schuldners beeinträchtigt werden.[597]

Obgleich damit die Anforderungen an die Rechtsbeständigkeit nicht zu hoch angesetzt werden,[598] versagt die Rechtsprechung den Anspruch, wenn das fragliche Patent angegriffen und mit ganz überwiegender Wahrschein-

591 Dazu o. Kapitel 2 B. II. 2. a) (S. 127).
592 S. dazu auch *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 35 ff.; *Müller-Stoy*, Nachweis und Besichtigung.
593 Zur Überlagerung der Vorschrift durch Art. 43, 50 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS) vgl. *Tilmann/Schreibauer*, in: FS-Erdmann, S. 911.
594 BGH, Urt. v. 08.01.1985 – X ZR 18/84 – Druckbalken, BGHZ 93, 191 juris-Rn. 41.
595 BGH, Urt. v. 02.05.2002 – I ZR 45/01 – Faxkarte, GRUR 2002, 1046 juris-Rn. 26.
596 BGH, Urt. v. 02.05.2002 – I ZR 45/01 – Faxkarte, GRUR 2002, 1046 juris-Rn. 28.
597 BGH, Urt. v. 02.05.2002 – I ZR 45/01 – Faxkarte, GRUR 2002, 1046 juris-Rn. 28.
598 S. o. Kapitel 2 B. II. 1. c) (S. 122).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

lichkeit nicht schutzfähig ist.[599] Im Fall von Nichtigkeitsverfahren gegen das Patent erfordert dies eine Prognose über den Erfolg des Nichtigkeitsantrags bzw. der Nichtigkeitsklage.

In der Entscheidung „Faxkarte" bestätigte der Bundesgerichtshof außerdem seine Feststellung im „Druckbalken"-Urteil, wonach sich der Anspruch nicht nur auf die Sache selbst erstreckt, sondern auch dann gegeben ist, wenn die Geltendmachung eines Hauptanspruchs von der Existenz der Sache oder ihrer Beschaffenheit abhängig ist.[600] In der Folge wurde der Besichtigungsanspruch – auch unter Berücksichtigung von Art. 43 Abs. 1 TRIPS[601] – vermehrt angewendet,[602] ehe er dann zur Umsetzung von Art. 6 DSRL in § 140c PatG aufgenommen wurde.

§ 140c Abs. 1 S. 1 PatG gewährt Anspruch auf Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache oder eines Verfahrens.[603] Wird die Patentverletzung in gewerblichem Ausmaß begangen, besteht gemäß § 140c Abs. 1 S. 2 PatG außerdem Anspruch auf die Vorlage von Bank-, Finanz- oder Handelsunterlagen. Der Begriff der Besichtigung ist dabei wie bei § 809 BGB[604] und vor dem Hintergrund von Art. 6, 7 DSRL weit zu verstehen.[605] Wie auch § 809 BGB gestattet § 140c Abs. 1 PatG alle Maßnahmen, die der Aufklärung des Verletzungsvorwurfs dienen und dem Schuldner im Rahmen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zuzumuten sind.[606]

Die Voraussetzungen der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit stehen damit in gewisser Wechselwirkung zur verlangten Offenlegung. Sie werden umso eher gegeben sein, je geringer der Eingriff in die Interessen

599 *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 8; noch strenger *Trimborn*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, 3. Aufl. 2015, § 140c PatG, der verlangt, dass feststeht, dass die mit dem Besichtigungsanstrag verfolgten Ansprüche nicht bestehen, weil der Besichtigungsgegenstand zweifelsfrei keinen Eingriff in den Schutzbereich des Antragsschutzrechts begründet.

600 BGH, Urt. v. 02.05.2002 – I ZR 45/01 – Faxkarte, GRUR 2002, 1046 Rn. juris-Rn. 22; BGH, Urt. v. 08.01.1985 – X ZR 18/84 – Druckbalken, BGHZ 93, 191 juris-Rn. 28.

601 Dazu auch *Tilmann/Schreibauer,* GRUR 2002, 1015, 1017.

602 Z. B. BGH, Urt. v. 01.08.2006 – X ZR 114/03 – Restschadstoffentfernung, GRUR 2006, 962 juris-Rn. 40 f.

603 Zur Überführung der zu § 809 BGB entwickelten Grundsätze auf den Anspruch gem. § 140c PatG s. *Engelhardt*, Der patentrechtliche Besichtigungsanspruch.

604 S. dazu o. Kapitel 2 B. I. 1. b) cc) (S. 112).

605 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 16.

606 *Mes*, in: Mes, PatG, 5. Aufl. 2020, § 140c Rn. 18; *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

des Schuldners sein wird. Hierbei kann auch die Einschaltung zur Verschwiegenheit verpflichteter Dritter bedeutsam sein.[607]

aa) Urkundenvorlage

Soweit gemäß § 140c Abs. 1 PatG die Urkundenvorlage verlangt werden kann, gilt das zu § 810 BGB Ausgeführte entsprechend.[608] Hier wird es meist darum gehen, dass der Patentinhaber Kenntnis vom Inhalt einer Urkunde nehmen kann.[609] Zur Beweissicherung wird er regelmäßig Kopien der Urkunde anfertigen wollen, was zur Befriedigung des Vorlageanspruchs meist auch ausreichend sein wird.[610] Die Einsichtnahme in Urkunden wird von Interesse sein, wenn so technische Details aufgeklärt werden können oder die Benutzungshandlung durch den Schuldner nachgewiesen werden kann.[611] Da eine Patentverletzung nicht vorliegt, wenn Handlungen „zu nichtgewerblichen Zwecken vorgenommen werden" (§ 11 Nr. 1 PatG), kann der Patentinhaber stets verlangen, dass auch Bank-, Handels- und Finanzunterlagen vorgelegt werden. Die zusätzliche Voraussetzung aus § 140c Abs. 1 S. 2 PatG, dass dafür ein gewerbliches Ausmaß erreicht sein muss, ist schon der Voraussetzung, dass ein Hauptanspruch hinreichend wahrscheinlich sein muss, immanent.[612]

bb) Besichtigung von Sachen

Im Patentrecht kommen vor allem Erkenntnisse über die konstruktive Ausgestaltung des mutmaßlich erfindungsgemäßen Gegenstands als Besichtigungsziel in Betracht. Auch Nachweise dazu, dass es zu Benutzungshandlungen im Sinne von §§ 9, 9a, 10 PatG gekommen ist und in welchem

607 BGH, Urt. v. 01.08.2006 – X ZR 114/03 – Restschadstoffentfernung, GRUR 2006, 962 juris-Rn. 42; OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.04.1982 – 2 U 176/81, GRUR 1983, 745, 746; *Deichfuß,* GRUR 2015, 436, 438; *Leppin,* GRUR 1984, 552, 554.

608 S. o. Kapitel 2 B. I. 2. (S. 115).

609 *Kühnen,* Mitt. 2009, 211, 214.

610 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 22; *Mes*, in: Mes, PatG, 5. Aufl. 2020, § 140c Rn. 16; *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 36; *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 17.

611 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 17.

612 *Mes*, in: Mes, PatG, 5. Aufl. 2020, § 140c Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Umfang sie vorgefallen sind, sowie Erkenntnisse, die für die Anspruchshöhe von Bedeutung sein können, sind von Interesse.[613] Der Besichtigungsanspruch beinhaltet regelmäßig eine Duldungspflicht des Besichtigungsschuldners.[614] Dem Berechtigten ist unter anderem die Mitnahme von Mustern, die Analyse einer chemischen Verbindung, die Untersuchung und die Dokumentation eines Verfahrensablaufs oder die vorübergehende Zerlegung einer Maschine zu gestatten.[615] Er darf die Sache betasten, messen, wiegen, fotografieren, kopieren oder auch in Betrieb nehmen.[616] Während Substanzeingriffe im Rahmen von § 809 BGB nur gewährt werden, wenn eine dauerhafte Veränderung der zu untersuchenden Sache nicht zu erwarten ist,[617] führt die Gefahr einer Veränderung der Sache im Rahmen von § 140c Abs. 1 PatG nicht unweigerlich dazu, dass die Untersuchung nicht in Betracht kommt.[618] Ob diese vom Schuldner zu dulden ist, ist im Rahmen einer Interessenabwägung zu ermitteln. Wo ihm – wie etwa bei der Analyse chemischer Substanzen – nur geringe Schäden drohen, muss er diese regelmäßig hinnehmen.[619] Auch gravierendere Substanzeingriffe können hinzunehmen sein, wenn den Interessen des Schuldners durch Zahlung einer Sicherheitsleistung ausreichend Rechnung getragen werden kann.[620] Das ist beispielsweise der Fall, wenn die Prüfung bestimmter Funktionsmerkmale nur durch Zerlegung einer Maschine möglich ist.[621]

Gegenstand der Besichtigung ist regelmäßig der Verletzungsgegenstand. Der Umfang der Besichtigung ist grundsätzlich nicht beschränkt,[622] insbesondere nicht auf einfache Sachverhalte. Der Besichtigungsanspruch umfasst alle Maßnahmen, die notwendig sind, um die Verwirklichung von Merkmalen des Patentanspruchs zu ermitteln.[623] Daher können auch Ma-

613 *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 5.
614 *Eck/Dombrowski*, in: FS-50 Jahre BPatG, S. 176.
615 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 16; *Kühnen,* Mitt. 2009, 211, 213; speziell zu biotechnologischen Erfindungen s. *Meyer-Dulheuer,* GRUR Int 1987, 14.
616 *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 32; *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 20; *Eck/Dombrowski*, in: FS-50 Jahre BPatG, S. 177; *Müller-Stoy,* Mitt. 2009, 361, 364.
617 S. o. Kapitel 2 B. I. 1. c) aa) (S. 113).
618 *Kühnen,* Mitt. 2009, 211, 213.
619 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 16.
620 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 16.
621 OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.10.2012 – 6 W 72/12 juris-Rn. 103.
622 *Kather/Fitzner,* Mitt. 2010, 325, 326.
623 *Kather/Fitzner,* Mitt. 2010, 325, 326.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

schinen, Vorrichtungen, Verfahrensmittel oder -erzeugnisse (§ 140c Abs. 3 PatG) untersucht werden.[624] Neben Urkunden im herkömmlichen Sinn,[625] können so auch Konstruktionszeichnungen, Baupläne oder Datenträger eingesehen werden.[626] Unter Umständen kann auch die Mitwirkung des Schuldners verlangt werden.[627]

Verläuft eine erste Besichtigung – aus welchen Gründen auch immer – in den Augen des Anspruchstellers nicht zufriedenstellend, so stellt sich die Frage, ob die Besichtigung wiederholt werden kann. Das ist davon abhängig, ob der Besichtigungsanspruch mit der Duldung der ersten Besichtigung erfüllt wurde oder nicht.[628] Der Leistungserfolg tritt ein, wenn der Gläubiger die Möglichkeit hatte, Feststellungen hinsichtlich der aufzuklärenden tatsächlichen Umstände hatte.[629]

c) Beispiele aus dem Urheberrecht

Im Urheberrecht gewährt § 101a UrhG einen Anspruch auf Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache. Wiederum können alle Sachen und Urkunden, die für den Nachweis oder die Kenntnisnahme von anspruchsbegründen Tatsachen erforderlich sind, Gegenstand des Anspruchs sein.[630] Die begriffliche Unterscheidung zwischen Vorlage und Besichtigung ist nicht entscheidend. Wie bereits festgestellt, kommt es darauf an, dass dem Gläubiger die Feststellung einer Rechtsverletzung ermöglicht wird.[631] Der Anspruch wird jedoch recht vielfältig ausgestaltet.[632]

---

624 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 16; *Tilmann/Schreibauer*, in: FS-Erdmann, S. 903.

625 S. o. Kapitel 2 A. IV. (S. 105).

626 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 21; *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 16.

627 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 20; *Kather/Fitzner,* Mitt. 2010, 325, 326.

628 *Eck/Dombrowski*, in: FS-50 Jahre BPatG, S. 174.

629 *Eck/Dombrowski*, in: FS-50 Jahre BPatG, S. 178.

630 *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 17; *Zöllner,* GRUR-Prax 2010, 74 ff.

631 So auch *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 19.

632 S. die Beispiele bei *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 20 f.; *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Urkundenvorlage

Als Urkunden kommen alle durch Niederschrift verkörperten Gedankenerklärungen in Betracht. In welcher Weise die Niederschrift erfolgt, ist unerheblich. Der Anspruch erfasst auch Computerausdrucke, Pflichtenhefte, Bedienungsanleitungen und Konstruktionszeichnungen.[633] Ebenso können Drehbücher herausverlangt werden, wenn etwa ein Romanautor Grund zu der Annahme hat, ein Filmproduzent habe die Absicht, den Romanstoff ohne Nutzungsrecht zu verfilmen.[634] Eine solche Niederschrift kann unschwer durch bloße Einsichtnahme mit dem vorbestehenden Werk verglichen werden.[635] Dazu sind die Originalurkunden vorzulegen, weil nur diese die Authentizität des Schriftstücks sicherstellen können.[636] Zur Beweissicherung erscheint die Anfertigung einer Kopie jedoch ausreichend.[637]

bb) Besichtigung von Sachen

Die „Besichtigung von Sachen" im Sinne von § 101a UrhG erfasst auch elektronische Datenträger oder Tonbandaufnahmen.[638] So können auch Computerprogramme untersucht werden.[639] Dabei sind jedoch regelmäßig Geheimhaltungsinteressen zu beachten. Diese können durch Einschaltung eines neutralen Sachverständigen gewahrt werden. Ihm kann eine Kopie des Quellcodes eines Programms zur Verfügung gestellt werden, welche er sodann mit dem Quellcode des vermeintlich das Urheberrecht verletzenden Programms des Anspruchsgegners vergleichen soll.[640] Ebenso ist es zulässig zu verlangen, dass einem Sachverständigen Zugang zu einem genau

633 OLG München, Beschl. v. 11.08.2005 – 29 W 2173/05, InstGE 6, 29; *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 20; *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 17.

634 *Nordemann-Schiffel*, in: FS-Wandtke, S. 385 ff.

635 *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 17.

636 *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 20 mit Verweis in Fn. 104 auf die Kommentierungen zu § 809 BGB.

637 S. dazu schon *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 810 Rn. 5.

638 *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 20, 21.

639 Z. B. BGH, Urt. v. 20.09.2012 – I ZR 90/09 – UniBasic-IDOS, GRUR 2013, 509; dazu *Tinnefeld,* CR 2013, 417; s. auch *Stögmüller,* KR 2013, 444; noch zu § 809 BGB *Brandi-Dohrn,* CR 1987, 835; *Brandi-Dohrn,* CR 1985, 67, 72.

640 *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

bezeichneten Computersystem gewährt wird. Sodann kann dieser selbst die notwendigen Kopien des Quellcodes anfertigen.[641]

d) Bedeutung im Markenrecht

Im Fall einer (vermeintlichen) Markenverletzung soll § 19a MarkenG dem Markeninhaber über seine Beweisnot hinweghelfen.[642] Allerdings kommt der Vorschrift eine deutlich geringere praktische Bedeutung zu, als den Parallelvorschriften im Urheber- und vor allem im Patentrecht.[643] Das verletzende Produkt ist hier regelmäßig am Markt verfügbar, so dass jedenfalls hinsichtlich des Vorliegens einer Markenverletzung meist keine Beweisschwierigkeiten bestehen und der Anspruch schon am Merkmal der Erforderlichkeit scheitern wird.[644]

Größere Bedeutung erlangt die Vorschrift damit nur, wo der Umfang eines Anspruchs offen ist.[645] Dabei kommt vor allem dem Anspruch auf Vorlage von Bank-, Finanz- und Handelsunterlagen eine besondere Bedeutung zu. Zu diesen hat der Rechtsinhaber regelmäßig keinen Zugang. Der markenrechtliche Offenlegungsanspruch ergänzt die Ansprüche aus § 19 MarkenG, §§ 242, 259 BGB auf Auskunft und Rechnungslegung sowie notwendigenfalls Belegherausgabe.[646] Eine Durchsuchung von Geschäftsräumen mit dem Ziel, nicht genauer bezeichnete Beweismittel erst noch zu finden, ermöglicht auch § 19a MarkenG indes nicht.[647]

3. Schutz von vertraulichen Informationen

Alle immaterialgüterrechtlichen Offenlegungsansprüche werden beschränkt, indem die jeweilige Anspruchsgrundlage vertraulichen Informa-

641 Vgl. den Antrag in KG, Urt. v. 11.08.2000 – 5 U 3069/00, NJW 2001, 233 juris-Rn. 9 ff.; *Czychowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 17; *Bork,* NJW 1997, 1665, 1669.

642 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 1.

643 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 1.

644 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 1; s. o. Kapitel 2 B. II. 1. d) (S. 124).

645 S. z. B. LG Düsseldorf, Urt. v. 04.02.2015 – 2a O 367/13, abrufbar bei juris.

646 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 1.

647 *Wirtz*, in: Ingerl/Rohnke/Nordemann, MarkenG, 4. Aufl. 2023, § 19a Rn. 14; *Seichter,* WRP 2006, 391.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

tionen besonderen Schutz gewährt. Die maßgeblichen Vorschriften[648] bestimmen, dass das Gericht die erforderlichen Maßnahmen anordnet, um den im Einzelfall gebotenen Schutz zu gewährleisten, soweit der vermeintliche Verletzer geltend macht, dass es sich um vertrauliche Informationen handelt. Das heißt jedoch nicht, dass der Anspruch in diesen Fällen von vornherein ausgeschlossen ist.[649] Vielmehr können so die Rechtsfolgen der genannten Offenlegungsansprüche erheblich beschränkt werden.[650] Es ist Aufgabe des Gerichts, die Informationsinteressen des Berechtigten und die Geheimhaltungsinteressen des vermeintlichen Verletzers in angemessenen Ausgleich zu bringen.[651]

Die Vertraulichkeit bestimmter Informationen kann sich aus betriebswirtschaftlichen Gründen oder aus dem Umstand ergeben, dass es sich bei den Informationen um geheimes technisches *Know-how* handelt.[652] Handelt es sich um technisches Wissen, spricht man traditionell von Betriebsgeheimnissen, während der Begriff des Geschäftsgeheimnisses kaufmännisches Wissen betrifft.[653] § 2 Nr. 1 GeschGehG fasst die unterschiedlichen Aspekte unter dem Begriff des Geschäftsgeheimnisses zusammen.[654] Erfasst werden insgesamt alle unternehmensbezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat.[655] Vertrauliche Informationen können sich zunächst aus der vorzulegenden Urkunde oder der zu besichtigenden Sache selbst ergeben. Allerdings hat das Gericht auch zu berücksichtigen, dass schon die näheren Umstände der Einsichtnahme oder Besichtigung Einblick in bestimmte Bereiche gewähren können, die der Öffentlichkeit grundsätzlich nicht zugängig sind. So kann bei der Besichtigung einer Sa-

---

648 S. o. Kapitel 2 B. II. (S. 119).

649 *Tilmann/Schreibauer*, in: FS-Erdmann, S. 903.

650 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 30.

651 Zum Ganzen s. *Kreye*, in: FS-v. Meibom, S. 248; *Müller-Stoy,* Mitt. 2009, 267.

652 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 29; *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 23.

653 Zur Rechtslage seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen und der Definition in § 2 Nr. 1 GeschGehG s. *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 2 GeschGehG Rn. 16 ff., 20.

654 *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 2 GeschGehG Rn. 15 ff.

655 BVerfG, Beschl. v. 14.03.2006 – 1 BvR 2111/03 – Geschäft-und-Betriebsgeheimnis, BVerfGE 115, 205 Rn. 87; *Schmidt*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 56 GWB Rn. 11; vgl. auch die Rechtsprechung zu § 17 UWG.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

che in den Geschäftsräumen des Anspruchsgegners auch von anderen Geschäftsgeheimnissen Kenntnis erlangt werden.[656] Ebenso können Geheimhaltungsinteressen Dritter betroffen sein.[657] Der Gesetzgeber geht davon aus, dass auch mit Ablauf einer bestimmten Zeitspanne die Vertraulichkeit bestimmter Informationen verloren geht.[658] Das mag mit Blick auf bestimmte Sachverhalte durchaus richtig sein. Führt man sich das Rezept von *Coca-Cola* als klassisches Geschäftsgeheimnis, das seit den 1880er-Jahren nicht aufgedeckt wurde, vor Augen, wird deutlich, dass dies bei Weitem nicht in der so formulierten Pauschalität zutreffen wird.

Der angemessene Schutz vertraulicher Informationen wird im Rahmen einer gerichtlichen Auseinandersetzung durch die Kombination verschiedener zivilprozessualer Instrumente erreicht.[659] Er kann auch sichergestellt werden, indem eine Besichtigung zunächst durch die Rechts- oder Patentanwälte des Anspruchsstellers erfolgt, die diesem gegenüber aber zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.[660] Die typische Besichtigungsverfügung gibt dem Besichtigungsschuldner daher regelmäßig auf, einem Sachverständigen sowie den Rechts- und Patentanwälten des Besichtigungsgläubigers die Anwesenheit während der Besichtigung zu gestatten sowie es zu unterlassen, eigenmächtige Veränderungen an den zu begutachtenden Sachen vorzunehmen und es zu dulden, dass der Sachverständige die zu begutachtende Sache untersucht.[661]

4. Ausschluss bei Unverhältnismäßigkeit

Kann die Vertraulichkeit bestimmter Informationen überhaupt nicht gewahrt werden, so kann der Anspruch nach Abs. 2 der immaterialgüterrechtlichen Offenlegungsvorschriften ausgeschlossen sein.[662] Dies dürfte aber nur im Einzelfall in Betracht kommen, weil meist die Einschränkung ausreichend sein wird, die Informationen einem zur Verschwiegenheit

656 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 29.
657 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 29.
658 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 102 m. w. N.; *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 470.
659 S. u. Kapitel 2 C. III. (S. 174).
660 *Kather/Fitzner,* Mitt. 2010, 325, 327.
661 *Eck/Dombrowski*, in: FS-50 Jahre BPatG, S. 176.
662 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

verpflichteten Dritten vorzulegen.[663] Es soll verhindert werden, dass die Offenlegungsvorschriften zur Ausforschung von Konkurrenten missbraucht werden.[664]

Auch hier ist eine Interessenabwägung maßgeblich.[665] Besonderes Gewicht kommt dabei dem Grad der Wahrscheinlichkeit einer Schutzrechtsverletzung zu. Je höher diese Wahrscheinlichkeit ist, umso schwerwiegender müssen die schutzwürdigen Interessen des Anspruchsgegners wiegen, um die Anordnung der Besichtigung oder der Vorlage unverhältnismäßig erscheinen zu lassen.[666] Außerdem können hier die Intensität der Schutzrechtsverletzung, Zweifel an der Rechtsbeständigkeit des Schutzrechts, Art und Schwere des Besichtigungseingriffs, eine Unmöglichkeit des Schutzes vertraulicher Informationen, der Umfang des vorzulegenden Materials und der Grad des Verschuldens berücksichtigt werden[667]

Die Offenlegung ist unverhältnismäßig, wenn bei geringfügigen Verletzungen umfangreiche Besichtigungs- oder Vorlageansprüche geltend gemacht werden. Auch, wenn das Geheimhaltungsinteresse des Schuldners ganz eindeutig überwiegt und die oben[668] beschriebenen Maßnahmen nicht geeignet sind, den Schutz vertraulicher Informationen sicherzustellen, kommt die Unverhältnismäßigkeit in Betracht.[669] Gleiches soll bei erheblichen Zweifeln am Bestehen des Schutzrechts gelten.[670] Zu berücksichtigen ist außerdem, ob die Offenlegung vom Verletzer selbst oder von einem Dritten verlangt wird. Dabei wird die Unverhältnismäßigkeit bei Dritten eher anzunehmen sein.[671] Dass sich der Anspruchsgegner dem Vorwurf einer Straf- oder Ordnungswidrigkeit ausgesetzt sehen könnte, spielt hinge-

663 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 30.
664 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19 Rn. 52.
665 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19 Rn. 53.
666 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 18; *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19 Rn. 54.
667 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 18; *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 26; *Kaess*, in: Busse/Keukenschrijver, PatG, 9. Aufl. 2020, § 140c Rn. 12 ff.
668 S. o. Kapitel 2 B. II. 3. (S. 135).
669 *Mes*, in: Mes, PatG, 5. Aufl. 2020, § 140c Rn. 20 ff.
670 OLG München, Beschl. v. 03.01.2011 – 6 W 2007/10 – Lesevorrichtungen für Reliefmarkierungen II, InstGE 13, 286 juris-Rn. 69.
671 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19 Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

gen keine Rolle, weil Absatz 4 der jeweils maßgeblichen Vorschrift[672] ein Verwertungsverbot in Straf- und Bußgeldverfahren vorsieht.

Der Ausschluss des Offenlegungsanspruchs stellt insgesamt die Ausnahme dar. Deshalb ist bei der Annahme der Unverhältnismäßigkeit Zurückhaltung geboten.[673] Ein Ausschluss kann insbesondere in Betracht kommen, wenn der Schuldner durch die Erfüllung gegen eine berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht verstoßen würde.[674] Gleiches gilt, wenn mit der Offenlegung gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen verstoßen würde.[675]

Der Unverhältnismäßigkeitseinwand muss vom Schuldner geltend gemacht werden. Wird ihm zunächst kein rechtliches Gehör gewährt, so hat das Gericht die genannten Punkte von sich aus zu berücksichtigen.[676] Ist die Offenlegung an sich nicht unverhältnismäßig, kann der Schuldner üblicherweise nicht verlangen, dass die einschlägigen Informationen einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten zur Verfügung gestellt werden.[677]

5. Erfüllungsort, Gefahrtragung und Kosten

Absatz 4 der jeweils maßgeblichen Vorschrift erklärt § 811 BGB für entsprechend anwendbar. Damit kann weitgehend auf die obigen Ausführungen zu dieser Vorschrift verwiesen werden.[678] Mit Blick auf die Kosten ist jedoch zu beachten, dass auch die Zivilprozessordnung Regelungen für den Fall vorsieht, dass eine Kombination von selbstständigem Besichtigungsverfahren und einstweiliger Verfügung stattfindet. Über die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens ist dann – außer im Fall des § 494a Abs. 2 S. 1 ZPO, der eine besondere Regelung enthält, wenn keine Klage erhoben wird – gemäß § 96 ZPO im Rahmen der Kostenentscheidung des Hauptverfahrens

672 I. V. m. Abs. 8 der jeweils maßgeblichen Vorschrift über den korrespondierenden Auskunftsanspruch.
673 *Mes*, in: Mes, PatG, 5. Aufl. 2020, § 140c Rn. 23; *Rinken*, in: Schulte, PatG, 11. Aufl. 2022, § 140c Rn. 27; *Kaess*, in: Busse/Keukenschrijver, PatG, 9. Aufl. 2020, § 140c Rn. 11.
674 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19 Rn. 60.
675 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19 Rn. 61.
676 *Pitz*, in: BeckOK-PatR, 26. Ed. 2022, § 140c Rn. 19.
677 *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19 Rn. 62.
678 S. o. Kapitel 2 B. I. 3. u. 4. (S 117 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

zu entscheiden.[679] Über die Kosten der einstweiligen Verfügung ist bei Anordnung der Beschlussverfügung zu entscheiden.[680]

III. Herausgabe von Beweismitteln nach § 33g GWB

Während die soweit vorgestellten Ansprüche auf Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache nur Zugriff auf eben diese Beweismittel gewähren, kann gemäß § 33g Abs. 1 GWB die Herausgabe von Beweismitteln aller Art verlangt werden, wenn diese „für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs nach § 33a Abs. 1 [GWB] erforderlich sind".[681] Gemäß § 33g Abs. 2 GWB kann auch derjenige, der die Beweismittel zu seiner Verteidigung gegen einen solchen Anspruch benötigt, die Herausgabe von Beweismitteln verlangen.[682] Daneben ist in § 33g Abs. 10 GWB ein Auskunftsanspruch verankert. Diese Ansprüche können zunächst auch unabhängig von einem Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass gerade im Kartellrecht die vorprozessuale Informations- und Beweismittelbeschaffung von entscheidender Bedeutung ist.[683] Je früher und je großzügiger dabei auf Beweismittel zugegriffen werden kann, umso besser stehen die Erfolgsaussichten der Klage.[684] Auch wenn ein Kartellgeschädigter spätestens nach den in der Entscheidung *Schienenkartell II*[685] formulierten Beweisregeln eine Klage auch ohne Offenlegung gewinnen kann, wird ein möglichst umfangreich aufgeklärter Sachverhalt am ehesten zu einem Ergebnis führen, das materielle Gerechtigkeit herbeiführt.

Die Norm begegnet den im Kartellschadensersatzprozess typischen Informationsasymmetrien und trägt der Beweisnot der Kartellgeschädigten

679 *Mes*, in: Mes, PatG, 5. Aufl. 2020, § 140c Rn. 56; *Kaess*, in: Busse/Keukenschrijver, PatG, 9. Aufl. 2020, § 140c Rn. 43.
680 *Mes*, in: Mes, PatG, 5. Aufl. 2020, § 140c Rn. 58.
681 Zur zeitlichen Anwendbarkeit der Norm vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 03.04.2018 – VI-W (Kart) 2/18, NZKart 2018, 228; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 25; *Lahme/Ruster,* NZKart 2019, 645; *Petrasincu/Steuben,* NZKart 2018, 286; *Patzer/Kruse,* NZKart 2018, 291; *Aufdermauer,* WuW 2017, 482.
682 Dazu u. Kapitel 2 B. III. 3. (S. 161 ff.).
683 *Hellmann/Steinbrück,* NZKart 2017, 164, 165.
684 *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 459.
685 BGH, Urt. v. 28.01.2020 – KZR 24/17 – Schienenkartell II, NZKart 2020, 136.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechnung.[686] Gerade in Kartellsachverhalten besteht typischerweise ein starkes Informationsgefälle.[687] Während die Kartellanten über die Hintergründe des wettbewerbswidrigen Verhaltens als Teilnehmer genau im Bilde sind, verheimlichen sie ihr Verhalten gegenüber der Öffentlichkeit und damit auch gegenüber den Geschädigten.[688] Das Informationsgefälle betrifft dabei sowohl die Verletzungshandlung als auch die Verwertungshandlung. Insbesondere mit Blick auf die Verwertungshandlung benötigt der Kartellgeschädigte jedoch häufig Informationen, die nur den Kartellanten bekannt sind, weil hierzu regelmäßig keine Feststellungen im Bußgeldbescheid der Kartellbehörden getroffen werden und § 33b GWB insoweit keine Erleichterung darstellt. Dem Kartellgeschädigten soll die Beweisführung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Kartellschadensersatzrechts erleichtert[689] und die effektive Durchsetzung des Kartellrechts mit den Mitteln des Privatrechts ermöglicht werden.[690] Weiterhin dient die Vorschrift der Erleichterung einer vor- oder außergerichtlichen Streitbeilegung.[691]

Diese Ziele konnten auf der Grundlage der bestehenden allgemeinen Vorschriften (§§ 809, 810, 242 BGB, § 142 Abs. 1 ZPO) nicht in zufriedenstellendem Maß erreicht werden, weil an die Bezeichnung des herauszugebenden Gegenstands strenge Anforderungen gestellt wurden.[692] Die

686 EGr. 14 f. SERL; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 1; *Althammer*, in: FS-Prütting; *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 458; *Peters/Ziegenrücker,* KSzW 2017, 161, 161 f.; *Althammer*, in: FS Geimer; *Klumpe/Thiede,* NZKart 2016, 471; *Weitbrecht,* WuW 2015, 959, 962; *Willems,* WRP 2015, 818; *Lübbig/Le Bell,* WRP 2006, 1209; s. auch *Bakowitz*, Informationsherrschaft, der die Probleme des Informationszugangs in kartellrechtlichen Auseinandersetzungen ausführlich beschreibt.

687 So auch *Sebulke*, Zivilprozessualer Geheimnisschutz, S. 95 f.

688 Vgl. auch *Orthmann*, Informationsanspruch zum Nachweis des Kartellschadens, S. 31; ähnlich sah auch der ehemalige EU-Wettbewerbskommissar *Almunia* dieses Informationsgefälle als einen der Gründe für die Schwierigkeiten im Rahmen der privaten Kartellrechtsdurchsetzung (*„One important reason for this state of affairs is that victims do not have access to essential evidence, which is usually in the hands of the companies that have broken the law.*"), Antitrust damages in EU law and policy, Rede v. 07.11.2013 (abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_13_887, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

689 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 1.

690 EGr. 14 SERL; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 1.

691 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 62.

692 Vgl. dazu o. Kapitel 2 B. II. 1. e) (S. 125 – Fn. 568); zu § 142 ZPO nur *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 142 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Geltendmachung des allgemeinen Auskunftsanspruchs gemäß § 242 BGB erforderte, dass der in der Hauptsache klageweise geltend gemachte Schadensersatzanspruch dem Grunde nach bereits vollständig dargelegt ist.[693] § 33g GWB greift Grundsätze der genannten Regelungen auf, weicht teilweise jedoch erheblich davon ab.[694]

Im Zusammenspiel mit §§ 89b, 89c GWB[695] hat die Vorschrift große Auswirkungen auf den dargestellten Grundsatz, wonach niemand seinem Prozessgegner Material für den Prozess zu liefern braucht. Insoweit ist von einem „Paradigmenwechsel" die Rede.[696] Es werden nämlich weitreichende materiell-rechtliche Auskunfts- und Offenlegungspflichten in das Gesetz aufgenommen, die den Informationsasymmetrien und der Beweisnot der Kartellgeschädigten Rechnung tragen sollen.

Der Vorschrift wird eine enorme praktische Bedeutung vorausgesagt,[697] weil die bislang bestehenden Regelungen strenge Anforderungen an den Zugang zu Beweismaterial des Gegners stellen. Sie ist nicht nur auf *Hardcore*-Kartelle[698] anwendbar, sondern bei jedem Verstoß gegen Vorschriften des ersten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen oder gegen Art. 101, 102 AEUV. Den Schwächen des alten Rechts[699] wird ergänzend begegnet, indem die Anforderungen an das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs gesenkt („Glaubhaftmachung") und auch die Wettbewerbsbehörden einer Herausgabepflicht unterworfen werden (§ 89c GWB).[700] Insgesamt beabsichtigte der Gesetzgeber den Ausgleich zwischen Informationsinteressen der Parteien bei gleichzeitiger Vermeidung der Ausforschung

693 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 3; *Hellmann/Steinbrück,* NZKart 2017, 164, 166 ff.

694 *Klumpe/Thiede,* NZKart 2016, 471; *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518.

695 § 89c GWB eröffnet dem Kartellgeschädigten die Möglichkeit auch Informationen der Wettbewerbsbehörden einzuholen. Vgl. dazu *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 89c; allgemein zu Informationsansprüchen des Kartellgeschädigten gegen Behörden schon *Orthmann*, Informationsanspruch zum Nachweis des Kartellschadens, S. 65 ff.; *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen, Kapitel X.

696 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 1.

697 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 1; *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 458; *Bach/Wolf,* NZKart 2017, 285; *Klumpe/Thiede,* NZKart 2017, 332; *Rosenfeld/Brand,* WuW 2017, 247, 252; *Schweitzer,* NZKart 2014, 335, 340.

698 Zum Begriff vgl. *Ewald*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 94.

699 Dazu etwa *Hellmann/Steinbrück,* NZKart 2017, 164.

700 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

des Gegners,[701] wozu eine deutliche Erweiterung der Informationszugangsrechte normiert wurde.[702] Die praktische Ausgestaltung bleibt dabei jedoch weitgehend den Gerichten überlassen, denen ein großer Spielraum eingeräumt wird.[703] Dabei werden sie sich auch mit der Kernfrage dieser Arbeit nach der Reichweite des Offenlegungsanspruchs auseinandersetzen müssen.[704] Die Vorschrift verdient sodann auch besondere Aufmerksamkeit, weil ihr „Modellcharakter" mit Blick auf weitere Anwendungsfelder zugeschrieben wird.[705]

I. Voraussetzungen und Anwendungsfälle

§ 33g Abs. 1 GWB gewährt zunächst dem Geschädigten einen Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln. § 33g Abs. 2 GWB gewährt diesen Anspruch auch dem Beklagten, um ihm die Verteidigung in einem Schadensersatzprozess zu ermöglichen. Der Anspruch richtet sich jeweils nicht nur gegen den Gegner im Prozess, sondern insgesamt gegen den Besitzer des Beweismittels und damit unter Umständen auch gegen Dritte. Der Gläubiger muss einen Schadensersatzanspruch „glaubhaft machen" und das Beweismittel ausreichend genau bezeichnen. Schließlich darf die Offenlegung nur angeordnet werden, wenn dies erforderlich ist, um Tatbestandsmerkmale eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 33a Abs. 1 GWB zu beweisen. Insoweit wird bereits von einer „*discovery*[706] nach deutschem Recht" gesprochen.[707]

a) Gläubiger des Anspruchs

aa) Kartellgeschädigter (§ 33g Abs. 1 GWB)

Gemäß § 33g Abs. 1 GWB kann der Kartellgeschädigte einen Offenlegungsanspruch geltend machen. Nach den Vorgaben der Kartellschadensersatz-

701 *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518.
702 *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 474.
703 *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518.
704 So auch *Althammer*, in: FS-Prütting; *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 474; *Hellmann/Steinbrück,* NZKart 2017, 164, 165 m. w. N.
705 *Preuß,* WuW 2017, 301; dazu auch u. Dritter Teil (S. 337 ff.).
706 Dazu ausf. u. Kapitel 3 A. (S. 188 ff.).
707 *Rigod/Haberrecker,* NZKart 2021, 158.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

richtlinie muss der Anspruchsberechtigte dabei ausdrücklich kein konkretes Beweismittel benennen.[708] Art. 5 Abs. 1 SERL verlangt nur, dass der informationssuchende Kartellgeschädigte so substantiiert vorträgt, dass ein Schadensersatzanspruch plausibel erscheint. § 33g Abs. 1 GWB setzt diese Vorgabe um, indem die Glaubhaftmachung eines solchen Anspruchs als Voraussetzung des Offenlegungsanspruchs verlangt wird. Damit wird auf § 294 ZPO Bezug genommen. Danach kann, wer eine tatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, auf alle Beweismittel einschließlich der eidesstattlichen Versicherung zurückgreifen.

bb) Gegner des Schadensersatzanspruchs (§ 33g Abs. 2 GWB)

Gemäß § 33g Abs. 2 GWB ist aber auch der Gegner eines Schadensersatzanspruches berechtigt, die Offenlegung derjenigen Beweismittel zu verlangen, die er benötigt, um sich gegen den Schadensersatzanspruch zu verteidigen. Dieser Absatz dient der Umsetzung von Art. 5 Abs. 1 S. 2 SERL und soll die Waffengleichheit zwischen Kartellgeschädigten und Kartellanten gewährleisten.[709] Dem Gegner eines Schadensersatzanspruchs soll so insbesondere die Möglichkeit gegeben werden, Beweise zu ermitteln, die eine Schadensabwälzung auf nachgelagerte Marktstufen im Sinne von § 33c GWB (*passing-on*-Einwand) belegen.[710]

Voraussetzung dieses Offenlegungsanspruchs ist die Rechtshängigkeit eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 33a Abs. 1 GWB oder eines Offenlegungsanspruchs gemäß § 33g Abs. 1 GWB. Damit wird deutlich, dass es sich um einen akzessorischen Anspruch zur Rechtsverteidigung handelt.[711] Eine vorprozessuale Geltendmachung ist nicht möglich, sodass vor allem bei Vergleichsverhandlungen keine vollständige Waffengleichheit hergestellt ist.[712] Diese Einschränkung dürfte der damit verbundenen Missbrauchs- und Belästigungsgefahr geschuldet sein.

708 EGr. 15 S. 2, Art. 5 Abs. 1 SERL.
709 EGr. 17 SERL; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 14; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 40.
710 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 14.
711 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 15.
712 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 15; kritisch dazu *Hellmann/Steinbrück,* NZKart 2017, 164, 170.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Schuldner des Offenlegungsanspruchs (Anspruchsgegner)

Schuldner des Offenlegungsanspruchs nach § 33g Abs. 1 GWB sind nicht nur die vermeintlichen Kartellanten oder sonstigen Schädiger als Schuldner des Schadensersatzanspruchs, sondern auch Dritte.[713] Sie kommen als Anspruchsgegner in Betracht, wenn sie im Besitz der Beweismittel sind, die für die Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs erforderlich sind.[714] Nicht entscheidend ist, wer Eigentümer des fraglichen Gegenstandes ist, weil dies für den Anspruchssteller regelmäßig nur schwer erkennbar sein wird.[715]

Der Schuldner des Offenlegungsanspruchs muss (wenigstens mittelbaren oder Mit-[716])Besitz an einem Beweismittel haben, das für die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 33a Abs. 1 GWB erforderlich ist.[717] Die Wettbewerbsbehörde kommt als Schuldnerin des Anspruchs aber nicht in Betracht, wie sich aus der besonderen Regelung in § 89c Abs. 5 S. 3 GWB ergibt.[718]

Der Anspruch gemäß § 33g Abs. 2 GWB richtet sich nicht nur gegen den Kläger eines Schadensersatzprozesses, sondern ebenfalls gegen alle Dritten, die im Besitz von Beweismitteln sind, die für die Verteidigung gegen einen Anspruch gemäß § 33a Abs. 1 GWB erforderlich sind. So können insbesondere die Abnehmer auf der nachgelagerten Marktstufe in Anspruch genommen werden.[719]

c) Erforderlichkeit

Nach dem Wortlaut des § 33g Abs. 1 GWB ist die Erforderlichkeit für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs nach § 33a GWB weitere materiell-rechtliche Voraussetzung des Anspruchs.[720] Das heraus-

713 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 17; *Klumpe/Thiede,* NZKart 2017, 332, 336; *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518, 519.
714 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 17; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 38.
715 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 17.
716 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 17.
717 Dazu sogl. eingehend Kapitel 2 B. III. 1. c) (S. 145).
718 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 18; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 38.
719 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 19.
720 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

verlangte Beweismittel muss geeignet sein, einen Beweis für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs zu erbringen.[721] Insoweit kann auf die Ausführungen zu den immaterialgüterrechtlichen Vorlage- und Besichtigungsansprüchen verwiesen werden.[722] Im Fall des § 33g Abs. 2 GWB muss das Beweismittel zur Verteidigung gegen einen solchen Schadensersatzanspruch erforderlich sein. Das ist der Fall, wenn es zur Beweisführung geeignet ist und der Anspruchssteller den Beweis nicht auf andere Weise führen kann.[723]

Hier wird auch das Verhältnis zum in § 33g Abs. 10 GWB vorgesehenen Auskunftsanspruch zu beachten sein. Der Gesetzgeber betonte dessen Vorzüge ausdrücklich, wenn festgestellt wurde, dass Auskunftsansprüche das Informationsinteresse regelmäßig angemessen befriedigen können und sich in diesem Rahmen vertrauliche Informationen besser schützen lassen.[724] Wird die gemäß § 33g Abs. 10 i. V. m. Abs. 1 GWB geschuldete Auskunft ordnungsgemäß erteilt,[725] geht die Rechtsprechung jedenfalls in Einzelfällen ebenfalls davon aus, dass die Offenlegung von Rechnungen oder Belegen nicht mehr erforderlich ist.[726]

Gewisse Schwierigkeiten können sich weiterhin in Sachverhalten ergeben, in denen ein Kartellrechtsverstoß zwar denkbar erscheint, allerdings nicht im Zentrum der Auseinandersetzung steht. Dabei ist vor allem an Streitigkeiten auf vertragsrechtlicher Grundlage, in denen auch vertikale Wettbewerbsbeschränkungen eine Rolle spielen können, zu denken. Dabei erscheint es denkbar, dass eine Klage auch auf einen kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch gemäß § 33a Abs. 1 GWB gestützt wird, weil damit die Möglichkeit eröffnet wird, gemäß § 33g Abs. 1 GWB an Beweismittel zu gelangen, mit denen ein auf einer anderen Anspruchsgrundlage beruhender Schadensersatzanspruch bewiesen werden soll. Die Offenlegung der Beweismittel mag dabei erforderlich sein. Allerdings ist bei der Antragsstellung bzw. der Tenorierung einer auf einen Offenlegungsanspruch

721 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 28.
722 S. o. Kapitel 2 B. II. 1. d) (S. 124); *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 28.
723 LG Stuttgart, Urt. v. 25.07.2019 – 30 O 44/17 juris-Rn. 211; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 41.
724 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 62 ff.; *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 469.
725 S. dazu bereits ausführlich o. Kapitel 1 B. (S. 58).
726 OLG Düsseldorf, Urt. v. 05.02.2020 – V U (Kart) 4/19, ZVertriebsR 2020, 104 juris-Rn. 374.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

gestützten Klage darauf zu achten, dass die Offenlegung auf Informationen beschränkt wird, die erforderlich sind, um den kartellspezifischen Sachverhalt aufzuklären.[727] Beweise für das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale anderer Anspruchsgrundlagen können so nicht herausverlangt werden.[728]

Das Merkmal der Erforderlichkeit steht in Wechselwirkung mit dem Umfang des Anspruchs.[729] Das Erforderlichkeitsmerkmal ist nicht nur Voraussetzung des Anspruchs, sondern beschränkt auch seinen Inhalt. Der Gläubiger kann nur diejenigen Informationen herausverlangen, die ihm nicht bereits zur Verfügung stehen.[730] Der Begriff der Erforderlichkeit ist grundsätzlich weit auszulegen. Es ist aber zu berücksichtigen, dass im Stadium des Herausgabeverlangens eine Prognoseentscheidung getroffen werden muss. Deren Richtigkeit zeigt sich erst, wenn über den Schadensersatzanspruch gemäß § 33a Abs. 1 GWB entschieden wird.[731]

d) Glaubhaftmachung des Schadensersatzanspruchs als weitere Schranke der Offenlegung

§ 33g Abs. 1 GWB verlangt sodann die „Glaubhaftmachung" eines Schadensersatzanspruchs. Das entspricht allerdings nicht der Systematik der bekannten Informationsansprüche, in denen sich andere Tatbestandsmerkmale finden.[732] Im Immaterialgüterrecht ist zu untersuchen, ob ein Schadensersatzanspruch hinreichend wahrscheinlich ist.[733] Demgegenüber nimmt § 33 Abs. 1 GWB Bezug auf § 294 ZPO und impliziert damit, dass ein gegenüber § 286 ZPO geringerer Grad der richterlichen Überzeugung erreicht werden muss.[734] Insgesamt besteht Einigkeit darüber, dass dieses Merkmal den Offenlegungsanspruch beschränkten soll; die dogmatische

727 *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518.
728 *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518, 519.
729 Dazu u. Kapitel 2 B. III. 3. (S. 161).
730 LG München I, Endurt. v. 27.03.2020 – 37 O 18471/18, BeckRS 2020, 4596.
731 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 22.
732 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 29.
733 S. dazu o. Kapitel 2 B. II. 1. c) (S. 122); *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 30.
734 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Begründung sowie die praktische Ausgestaltung dieser Schranke sind gleichwohl umstritten.[735]

Mit dem Begriff der Glaubhaftmachung geht im Zivilprozessrecht eine Reduzierung des Beweismaßes einher.[736] Es genügt, wenn das Gericht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Vorliegen einer tatsächlichen Voraussetzung überzeugt ist.[737] Während das Bewiesensein einer Tatsache grundsätzlich die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit erfordert,[738] genügt zur Glaubhaftmachung eine Wahrscheinlichkeitsfeststellung.[739] Ob die Konzeption, eine verfahrensrechtliche Anforderung an das Bestehen eines materiell-rechtlichen Anspruchs zu knüpfen, sachgerecht ist, soll an dieser Stelle nicht weiter ausgeführt werden.[740] Es wird nämlich ohne Weiteres erkennbar, dass der Gesetzgeber hier die von den immaterialgüterrechtlichen Besichtigungsansprüchen bekannte Voraussetzung der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit" aufgreifen wollte, so dass es auch hier genügt, wenn ein gewisser Grad der Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen des Schadensersatzanspruchs vorliegt.[741]

Auch Art. 5 Abs. 1 SERL, der mit § 33g GWB umgesetzt wird, setzt lediglich voraus, dass der Offenlegungsgläubiger die Plausibilität des Schadensersatzanspruchs hinreichend darlegt. Das ist der Fall, wenn der Anspruch schlüssig vorgetragen wird.[742] Dabei liegt der Kartellschadensersatzrichtlinie jedoch ein Verständnis zugrunde, das deutlich geringere Substantiierungsanforderungen an eine Klage formuliert als das deutsche Zivilprozessrecht.[743] Die Plausibilität des Anspruchs kann jedenfalls nicht ohne Weiteres mit der im Rahmen der immaterialgüterrechtlichen Besichtigungsan-

735 S. *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 31 ff.; *Klumpe/Thiede,* NZKart 2016, 471.
736 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 286 Rn. 21.
737 BGH, Beschl. v. 11.09.2003 – IX ZB 37/03, BGHZ 156, 139 juris-Rn. 8.
738 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 286 Rn. 1; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 8.
739 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 286 Rn. 17 ff.
740 Vgl. aber den Überblick bei *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 9 ff.; eingehend *Klumpe/Thiede,* NZKart 2016, 471; *Hellmann/Steinbrück,* NZKart 2017, 164, 169.
741 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 9.
742 Dazu ausf. *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 16 ff.
743 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

sprüche vorausgesetzten hinreichenden Wahrscheinlichkeit[744] gleichgesetzt werden. Vielmehr ist im konkreten Einzelfall zu beachten, in welchem Maß dem Offenlegungsgläubiger die Darlegung und der Beweis bestimmter Tatsachen zumutbar ist.[745]

e) Genaue Bezeichnung des Beweismittels

§ 33g Abs. 1 GWB bestimmt weiterhin, dass der Gläubiger die herauszugebenden Beweismittel so genau zu bezeichnen hat, „wie ihm dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist". Zum einen ergibt sich damit ein Gleichlauf mit dem in § 254 Abs. 2 Nr. 2 ZPO formulierten Bestimmtheitsgrundsatz, wonach der Kläger sein Begehren so klar formulieren muss, dass ein Herausgabetitel mit vollstreckungsfähigem Inhalt ergehen und der Beklagte erkennen kann, was von ihm verlangt wird.[746] Darüber hinaus dient das Erfordernis aber auch als Schranke vor Ausforschungen des Beklagten.[747]

Die Anforderungen an dieses Merkmal dürfen aber nicht überspannt werden. Schon Erwägungsgrund 15 sowie Art. 5 Abs. 1 SERL betonen, dass nicht verlangt werden darf, dass der Anspruchsberechtigte einzelne Beweismittel konkret zu benennen hat.[748] Die Erfüllung der Voraussetzungen des Offenlegungsanspruchs muss dem Anspruchsteller möglich und zumutbar bleiben.[749] Ist dem Kläger die genaue Bezeichnung des Beweismittels gleichwohl möglich, so ist er verpflichtet, diese Bestimmung vorzunehmen.[750] Ist ihm das nicht möglich, steht es ihm offen, Kategorien von Beweismitteln zu benennen.[751] Dabei kann er sich darauf beschränken,

> *„gemeinsame Merkmale ihrer wesentlichen Elemente wie Art, Gegenstand oder Inhalt der Unterlagen, deren Offenlegung beantragt wird, Zeit, in der*

744 Dazu o. Kapitel 2 B. II. 1. c) (S. 122); so aber *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 9.
745 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 21.
746 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 62; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 23; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 36.
747 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 37.
748 *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 468; *Rosenfeld/Brand,* WuW 2017, 247, 247.
749 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 37.
750 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 24.
751 *Klumpe/Thiede,* NZKart 2017, 332, 337.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

sie erstellt wurden, oder andere Kriterien […], sofern die in diese Kategorie fallenden Beweismittel im Sinne dieser Richtlinie relevant sind",

zu benennen.[752] Kläger, die in Kartellsachverhalten typischerweise auch Geschäftspartner des Anspruchsgegners sind, kennen häufig dessen Arbeitsweise und Organisationsstrukturen, sodass sie durchaus in der Lage sein dürften, abstrakte, aber dennoch detaillierte Angaben zu den begehrten Beweismitteln zu machen.[753] Der Anspruchsteller kann sich bei der Formulierung seiner Anträge auch an der etablierten kartellbehördlichen Praxis orientieren, wo Auskunftsersuchen schon immer abstrakt, aber umsetzbar definiert werden.[754]

Zu beachten ist außerdem der Verweis in § 89b Abs. 1 GWB auf § 142 ZPO, so dass der Anspruchsteller in jedem Fall deutlich machen muss, aus welchem Grund das herausverlangte Beweismittel für den fraglichen Schadensersatzanspruch von Bedeutung ist.[755] Insgesamt sind – zumindest solange sich noch keine eingeschliffene gerichtliche Praxis zur Tenorierung der Herausgabeverlangen gemäß § 33g Abs. 1, Abs. 2 GWB entwickelt hat – erhebliche Schwierigkeiten des Antragsstellers bei der Formulierung seiner Anträge zu erwarten. Die Gerichte sollten in diesem Zusammenhang Hinweise gemäß § 139 Abs. 2 ZPO erteilen.[756]

2. Ausschluss der Herausgabepflicht

Unter bestimmten Umständen ist die Herausgabepflicht jedoch ausgeschlossen. Die Herausgabe ist zunächst allgemein ausgeschlossen, wenn diese im Einzelfall unverhältnismäßig erscheint (§ 33g Abs. 3 GWB). Sie ist außerdem ausgeschlossen, wenn Kronzeugenerklärungen herausverlangt werden (§ 33g Abs. 4 GWB). Gleiches gilt, wenn Dokumente mit Bedeutung für das wettbewerbsbehördliche Verfahren oder zurückgezogene Vergleichsausführungen Gegenstand des Anspruchs sein sollen (§ 33g Abs. 5 GWB). Außerdem können bestimmte Personen, denen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, die Herausgabe von Beweismitteln verweigern (§ 33g Abs. 6 GWB).

752 Art. 5 Abs. 2 i. V. m. EGr. 16 SERL; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 24.
753 *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519.
754 *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519, 522.
755 LG Stuttgart, Urt. v. 19.12.2019 – 30 O 8/18, NZKart 2020, 94 juris-Rn. 48.
756 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Einwendung der Unverhältnismäßigkeit

Die Herausgabe von Beweismitteln ist gemäß § 33g Abs. 3 S. 1 GWB ausgeschlossen, soweit sie unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten unverhältnismäßig ist. Dabei handelt es sich um eine negative Anspruchsvoraussetzung.[757] Mit dieser Regelung wird Art. 5 Abs. 3 SERL umgesetzt.[758] Bei der Beurteilung der Frage nach der Verhältnismäßigkeit eines Herausgabeverlangens sind die in § 33g Abs. 3 S. 2 GWB (nicht abschließend) aufgezählten Kriterien zu berücksichtigen.[759] Verlangt der Offenlegungsschuldner etwa die Vorlage von Originalurkunden anstatt der Herausgabe von Kopien, so läuft er Gefahr, dass der Anspruchsgegner einwendet, dies sei unverhältnismäßig, weil er ein berechtigtes Interesse daran habe, die Unterlagen nicht über einen längeren Zeitraum aus der Hand zu geben.[760]

aa) Grad der Glaubhaftmachung (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB)

Zunächst ist bei der Abwägungsentscheidung zu beachten, inwieweit der Offenlegungsantrag auf zugängliche Informationen gestützt wird (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB). Diese Regelung setzt Art. 5 Abs. 3 lit. A) SERL um. Allerdings wird dieser Vorgabe bereits in § 33g Abs. 1 GWB Rechnung getragen, so dass sich die Frage stellt, ob und inwieweit dem Grad der Glaubhaftmachung eine darüberhinausgehende Bedeutung zukommt.[761] Zunächst könnte man annehmen, der Anspruchsteller habe umso eher Anspruch auf Herausgabe der ihm nicht zugänglichen Beweismittel, je weniger Informationen er hat, um seinen Schadensersatzanspruch zu belegen.[762] Gerade weil nur ein geringes Maß der Glaubhaftmachung erreicht wird, würde daher in großem Umfang Zugang zu Beweismitteln des Schadensersatzschuldners gewährt. Der Gesetzgeber geht aber vom Gegenteil aus: Je geringer der Grad der Glaubhaftmachung mit Blick auf einen

757 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 32.
758 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 54.
759 *Oesterreich,* BB 2017, 1865, 1868; *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518, 519.
760 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 56; vgl. auch *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 17; *Kühnen,* Mitt. 2009, 211, 214.
761 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 37.
762 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 37.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Schadensersatzanspruch ist, umso geringer soll auch der Umfang der Herausgabepflicht sein. So soll verhindert werden, dass § 33g Abs. 1, Abs. 2 GWB zur Ausforschung des Gegners missbraucht werden. Die Auskunft oder die Herausgabe von Beweismitteln habe in angemessenem Verhältnis zum Vortrag zu stehen.[763] Dieses Ergebnis wird auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum allgemeinen Auskunftsanspruch gemäß § 242 BGB gestützt, indem zitiert wird,[764] insbesondere *„in Fällen, in denen die Rechtsverletzung bereits feststeh[e] oder sehr wahrscheinlich [sei], [könne] der zumutbare Aufwand höher liegen.“*[765]

Wäre diese Begründung zutreffend, verringerte sich der Anspruchsinhalt des § 33g GWB mit zunehmender Beweisnot des Geschädigten.[766] Ob dieses Ergebnis von der SERL vorgegeben ist, scheint jedenfalls fragwürdig. Bereits die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unterscheidet im Hinblick auf den Umfang der gebotenen Auskunft nur danach, ob es sich um eine vereinzelte oder eine serienmäßige Schutzrechtsverletzung handelt und nicht danach, mit welchem Grad an Gewissheit ein Schadensersatzanspruch feststeht.[767] Vor allem aber widerspricht die Auslegung des deutschen Gesetzgebers dem Ziel des Unionsgesetzgebers, die Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen durch die Gewährung von Offenlegungsrechten zu erleichtern.[768] Es ist nämlich fraglich, warum ein Geschädigter, der über die anspruchsbegründenden Tatsachen bereits gut informiert ist, schutzwürdiger sein soll, als ein Geschädigter, der über weniger Informationen verfügt.[769] Außerdem ist zu beachten, dass aufgrund des – wenn auch in geringerem Umfang – gewonnenen Materials erneut zum Schadensersatzanspruch vorgetragen werden kann und diesbezüglich

763 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 63.

764 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 63.

765 BGH, Urt. v. 05.06.1985 – I ZR 53/83 – GEMA-Vermutung I, GRUR 1986, 62 juris-Rn. 40.

766 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 37.

767 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 38.

768 Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union vom 11.06.2013, COM (2013) 404 final, S. 16.

769 Kritisch dazu *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 86; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

ein höherer Grad der Glaubhaftmachung erreicht werden kann, so dass – soweit kein Klageverbrauch eingetreten ist – erneut die Offenlegung von Beweismitteln verlangt werden könnte. Dies erscheint prozessökonomisch nicht sinnvoll.[770] Es wird deshalb vorgeschlagen, nach dem Gegenstand der begehrten Information zu unterscheiden. Zunächst sollen vor allem die Beweismittel herauszugeben sein, die den Anspruchsgrund betreffen; dies aber unabhängig vom Grad der Glaubhaftmachung eines Schadensersatzanspruchs. Erst wenn ein solcher überwiegend wahrscheinlich erscheint, sollen Beweismittel, die die Schadenshöhe betreffen, herausgegeben werden müssen. So werde der Schuldner nicht über Gebühr belastet, solange noch nicht feststehe, ob ein Schadensersatzanspruch überhaupt dem Grunde nach in Betracht komme. Insbesondere bei *follow-on*-Klagen, wo der Haftungsgrund bereits (oder jedenfalls nahezu) feststeht, wird der Umfang des Offenlegungsanspruchs hinsichtlich der Informationen, die für die Darlegung und den Nachweis der Schadenshöhe benötigt werden, dann aber besonders weit reichen.[771]

bb) Aufwand und Kosten (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB)

Gemäß § 33g Abs. 3 Nr. 2 GWB ist bei der Frage, ob ein Herausgabeverlangen unverhältnismäßig erscheint, ebenfalls zu berücksichtigen, in welchem Umfang die Beweismittel herausverlangt werden und mit welchen Kosten die Herausgabe verbunden ist. Das erscheint erstaunlich, nachdem der Verpflichtete gemäß § 33g Abs. 7 GWB Aufwendungsersatz verlangen kann. Allerdings geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Herausgabe von Beweismitteln nicht in jedem Fall vollständig durch eine Kostenerstattung ausgeglichen werden kann.[772]

cc) Keine Ausforschung (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB)

Zur Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 lit. B) SERL stellt § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB klar, dass der Offenlegungsanspruch nicht zur Ausforschung des Gegners missbraucht werden darf. Beweismittel, die nicht zum Nachweis

770 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 40.
771 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 40.
772 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 63.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

von Tatsachen, welche zur Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs erforderlich sind, können nicht Gegenstand des Anspruchs gemäß § 33g Abs. 1, Abs. 2 GWB sein.

Weil im Vorfeld nur schwer beurteilt werden kann, welche Informationen zur Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs notwendig sein werden, sind hier Abgrenzungsprobleme zu erwarten. Art. 5 Abs. 3 lit. B) SERL schreibt deshalb vor, dass keine Offenlegung verlangt werden kann, wenn die begehrten Informationen wahrscheinlich ohne Bedeutung für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs sind.

dd) Bindungswirkung (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 4 GWB)

Auch sofern mildere Mittel zur Verfügung stehen, kann die Offenlegung gemäß § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 4 GWB nicht verlangt werden. Eine Herausgabe von Beweismitteln zum Nachweis von anspruchsbegründenden Tatsachen erscheint insbesondere dann nicht erforderlich, wenn der Geschädigte wegen § 33b GWB überhaupt nicht mehr zum Wettbewerbsverstoß vortragen muss.[773]

Allerdings wird der Geschädigte auch in diesen Fällen Beweismittel benötigen, mit denen er den Umfang des Schadens beweisen kann. Dazu wird die kartellbehördliche Entscheidung regelmäßig keine Informationen bereitstellen, so dass diesbezüglich auch die Bindungswirkung des § 33b GWB nicht eintritt.[774]

ee) Öffentliche Durchsetzung des Kartellrechts (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB)

Gemäß § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB ist die Herausgabe von Beweismitteln unverhältnismäßig, wenn sie der Wirksamkeit der öffentlichen Durchsetzung des Kartellrechts im Wege steht. So soll das Interesse der Allgemein-

773 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 63.

774 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

heit an der effektiven Kartellverfolgung durch die Wettbewerbsbehörden gesichert werden.[775]

Diese Regelung findet kein unmittelbares Vorbild in der Kartellschadensersatzrichtlinie. Allerdings ist es erklärtes Ziel der Richtlinie, die wettbewerbsbehördliche Durchsetzung des Kartellrechts vor „Interferenzen"[776] der privaten Kartellrechtsdurchsetzung zu schützen.[777] Gleichwohl sollte der Ausschluss der Offenlegung gemäß § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB nur mit großer Zurückhaltung angenommen werden, weil andernfalls die Mindestanforderungen der Richtlinie an eine effektive Durchsetzung der Schadensersatzansprüche nicht erreicht werden könnten.[778] Außerdem berücksichtigen bereits § 33g Abs. 4[779], Abs. 5[780] GWB das öffentliche Interesse an der behördlichen Durchsetzung des Kartellrechts. Wie sich aus Egr. 26 SERL a. E. ergibt, soll der generelle Ausschluss der Offenlegungspflicht auf die dort geregelten Fälle beschränkt sein.[781]

ff) Schutz von vertraulichen Informationen (§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB)

Schließlich sollen Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte der Herausgabe von Beweismitteln gemäß § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB insbesondere dann entgegenstehen, wenn dies der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und sonstiger vertraulicher Informationen gebietet.[782] Der Gesetzgeber geht davon aus, dass Beweismittel, die vertrauliche Informationen betreffen, nicht von vornherein von der Offenlegungspflicht ausgeschlossen sind. Vielmehr haben die Gerichte geeignete Maßnahmen anzuordnen, die den Schutz dieser Informationen sicherstellen (§ 89b Abs. 7 GWB).[783] In Betracht kommen insbesondere Schwärzungen zur Unkenntlichmachung sensibler Passagen von Dokumenten, die Verhandlung unter Ausschluss der

775 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 63.
776 *Schweitzer,* NZKart 2014, 335.
777 EGr. 20, 21 und Art. 1 Abs. 2 SERL.
778 *Podszun/Kreifels,* GWR 2017, 67, 71.
779 Dazu sogl Kapitel 2 B. III. 2. b) (S. 158).
780 Dazu sogl. Kapitel 2 B. III. 2. b) (S. 158).
781 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 47.
782 Ausf. dazu *Hornkohl*, Geschäftsgeheimnisschutz.
783 S. auch Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 102; EGr. 18 SERL.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Öffentlichkeit, die Beschränkung des zur Kenntnisnahme der Beweismittel berechtigten Personenkreises und die Anweisung an Sachverständige, eine Zusammenfassung der Informationen vorzulegen.[784]

Die Kommission hat den Gerichten in diesem Zusammenhang Leitlinien zum Schutz vertraulicher Informationen an die Hand gegeben.[785] Dabei schlägt sie verschiedene Maßnahmen vor. Insbesondere kämen redaktionelle Überarbeitungen, der Einsatz zur Verschwiegenheit verpflichteter Sachverständiger, die Einrichtung von Vertraulichkeitskreisen und Verhandlungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit in Betracht. Nach Abschluss des Verfahrens sollen außerdem Urteile anonymisiert und darin enthaltene Informationen unkenntlich gemacht werden. Akteneinsichtsrechte könnten beschränkt werden.[786]

aaa) Redaktionelle Überarbeitung der vertraulichen Informationen

Die redaktionelle Überarbeitung der vertraulichen Informationen durch den Offenlegungsschuldner[787] wahrt dessen Geheimhaltungsinteressen in besonders effektiver Weise, weil die fraglichen Informationen die Sphäre der zur Offenlegung verpflichteten Person gar nicht erst verlassen.[788] Ziel ist hier also die Aufbereitung von Dokumenten in einer Weise, die für den Anspruchsteller noch interessant ist, aber keine Geschäftsgeheimnisse des Offenlegungsschuldners offenbart. Das Gericht wird sicherzustellen haben, dass die Offenlegungspflicht nicht dadurch ausgehöhlt wird, dass nur für den Anspruchsteller wertlose Informationen zur Verfügung gestellt werden.[789]

784 So EGr. 18 SERL; *Dietrich/Nowak,* NZKart 2020, 15.

785 Mitteilung der Kommission über den Schutz vertraulicher Informationen durch nationale Gerichte in Verfahren zur privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts, ABl. v. 22.07.2020, C 242/1.

786 Auf die Maßnahmen, die nach Abschluss des Verfahrens den Schutz vertraulicher Informationen sicherstellen sollen, wird an dieser Stelle nicht weiter eingegangen, weil sie keine Bedeutung für die Frage nach der Erfüllung der Offenlegungspflicht haben. S. dazu aber *Dietrich/Nowak,* NZKart 2020, 15, 19 f.

787 S. dazu Entwurf einer Mitteilung der Kommission über den Schutz vertraulicher Informationen im Rahmen der privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts durch nationale Gerichte, Rn. 73 ff.

788 *Dietrich/Nowak,* NZKart 2020, 15, 16.

789 *Dietrich/Nowak,* NZKart 2020, 15, 16.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

bbb) Bestellung eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen

Weiterhin schlägt die Kommission den Einsatz von zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen vor.[790] §§ 404 ff. ZPO sehen zwar vor, dass der Sachverständige eine zwischen den Parteien streitige Tatsache klärt,[791] nicht aber, dass er Informationen zusammenfasst, die ihm allein zur Verfügung gestellt werden.[792] Ein entsprechender Einsatz des Sachverständigen scheint dem deutschen Zivilprozessrecht zunächst systemfremd. Allerdings wurde im Patentrecht das sog. *Düsseldorfer Verfahren* entwickelt, wo Sachverständige genau in dieser Weise eingesetzt werden.[793] § 89b Abs. 7 GWB ordnet ausdrücklich an, dass das Gericht die erforderlichen Maßnahmen anordnet, um den Schutz von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen sicherzustellen. Eine Anwendung des Düsseldorfer Verfahrens in Kartellschadensersatzprozessen erscheint damit grundsätzlich möglich. Allerdings bestehen zwischen Patent- und Kartellstreitigkeiten erhebliche Unterschiede, so dass die praktische Ausgestaltung Anpassungen erfordert.[794]

ccc) Einrichtung von Vertraulichkeitskreisen

Weiterhin schlägt die Kommission die Einrichtung von Vertraulichkeitskreisen vor. Dabei

> *„handelt es sich um eine im Rahmen einer Offenlegung ergriffene Maßnahme, bei der die offenlegende Partei bestimmte Kategorien von Informationen – auch vertraulicher Art – nur bestimmten Personengruppen zugänglich macht.“*[795]

790 S. dazu Entwurf einer Mitteilung der Kommission über den Schutz vertraulicher Informationen im Rahmen der privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts durch nationale Gerichte, Rn. 86 ff.

791 S. o. Kapitel 2 A. II. (S. 102).

792 *Dietrich/Nowak,* NZKart 2020, 15, 17.

793 S. dazu u. Kapitel 2 C. III. (S. 174).

794 *Dietrich/Nowak,* NZKart 2020, 15, 17; *Bach/Wolf,* NZKart 2017, 285, 289.

795 S. dazu Entwurf einer Mitteilung der Kommission über den Schutz vertraulicher Informationen im Rahmen der privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts durch nationale Gerichte, Rn. 36 ff; auch Kommission, The use of confidentiality rings in antitrust access to file proceedings (abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition/antitrust/conf_rings.pdf, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

So soll der mögliche Schaden, der bei einer Offenlegung etwa auch gegenüber Wettbewerbern droht, verhindert oder jedenfalls beschränkt werden.[796] In diesem Rahmen können dann etwa die für die Berechnung des Kartellschadens erforderlichen Informationen offengelegt werden, ohne dass auch Wettbewerber davon Kenntnis erlangen.[797] Weil dabei unter Umständen aber das Grundrecht auf rechtliches Gehör verletzt wird, bestehen auch hier erhebliche Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Vorschlags in das deutsche Recht, wenn der Gläubiger nicht von sich aus auf den Zugriff auf die fraglichen Informationen verzichtet.[798]

ddd) Verhandlungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit

Soweit die Kommission vorschlägt, vertrauliche Informationen im Rahmen von *in camera*-Verfahren vor dem Zugriff der Öffentlichkeit zu schützen, indem bestimmte Teile der mündlichen Verhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden,[799] begegnet auch dies grundrechtlichen Bedenken. §§ 172 ff. GVG lassen den Ausschluss der Öffentlichkeit nur in Ausnahmefällen zu.[800] Die herausverlangende Partei kann so ohnehin nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden.[801]

b) Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen (§ 33g Abs. 4 GWB)

Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen[802] sind gemäß § 33g Abs. 4 Nr. 1, Nr. 2 GWB von der Herausgabepflicht in jedem Fall ausgeschlossen.[803] Die Vorschrift setzt Art. 6 Abs. 6 SERL um und betont den absoluten Schutz der Kronzeugenprogramme gegenüber der privaten Kar-

796 *Dietrich/Nowak,* NZKart 2020, 15, 17.
797 *Dietrich/Nowak,* NZKart 2020, 15, 17.
798 *Dietrich/Nowak,* NZKart 2020, 15, 17.
799 S. dazu Entwurf einer Mitteilung der Kommission über den Schutz vertraulicher Informationen im Rahmen der privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts durch nationale Gerichte, Rn. 101 ff.
800 *Dietrich/Nowak,* NZKart 2020, 15, 18 f.
801 *Ohlhoff,* in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess 2017, § 26 Rn. 657 m. w. N.
802 Zu den Begriffen vgl. Art. 2 Nr. 16, Nr. 18 SERL.
803 Zur *ratio* dieser Regelung vgl. *Schweitzer,* NZKart 2014, 335, 341.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

tellrechtsdurchsetzung.[804] Der Schutz der Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen umfasst nicht nur diese selbst, sondern alle Dokumente und Aufzeichnungen, die diese ganz oder teilweise enthalten.[805] Daher werden auch Vernehmungsprotokolle vom Schutz der Vorschrift erfasst.[806] Vom Verbot der Offenlegung nicht erfasst sind gemäß § 33g Abs. 4 S. 2 GWB Dokumente, die unabhängig von einem wettbewerbsbehördlichen Verfahren erstellt wurden. Gemäß Art. 2 Nr. 16, Nr. 17 SERL sind nämlich „bereits vorhandene Informationen" nicht Gegenstand der Kronzeugenregelung und können herausverlangt werden, wobei die genaue Abgrenzung hier wohl Schwierigkeiten bereiten dürfte.[807] Besonders relevant sind hier Dokumente, die im Rahmen einer Durchsuchung beschlagnahmt werden und dann später als Beweismittel dienen. Insgesamt werden Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen sehr großzügig von der Offenlegung ausgenommen, so dass Zweifel an der effektiven Durchsetzung des Kartellrechts im Wege privater Schadensersatzklagen und damit an der Unionsrechtskonformität der Regelung bestehen.[808]

Ist umstritten, ob es sich bei den fraglichen Unterlagen inhaltlich um Kronzeugenerklärungen handelt, verweist § 33g Abs. 4 S. 3 GWB zur Überprüfung dieser Frage auf das Verfahren gemäß § 89b Abs. 8 GWB.[809] Dabei werden auch die Wechselwirkungen zwischen den erweiterten Offenlegungspflichten und den Anreizen für Kronzeugen bei der Mitarbeit zur Durchsetzung des Kartellrechts durch die Kartellbehörden zu beachten sein.[810]

c) Kartellverfahrensrechtliche Dokumente (§ 33g Abs. 5 GWB)

Gemäß § 33g Abs. 5 GWB können bestimmte Beweismittel bis zum Abschluss des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens nicht herausverlangt werden. Die Vorschrift dient dem Schutz des wettbewerbsbehördlichen Verfah-

804 EGr. 26 SERL; kritisch *Schweitzer,* NZKart 2014, 335, 343.
805 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 52.
806 *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519.
807 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 53.
808 *Klumpe/Thiede,* NZKart 2017, 332, 337; *Makatsch/Mir,* EuZW 2015, 7, 10.
809 Dazu u. Kapitel 2 C. IV. (S. 178).
810 *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 458; dazu ausf. *Kersting,* GRUR 2021, 250; *Roth,* WuW 2021, 10.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

rens und setzt Art. 6 Abs. 5 SERL um.[811] Danach können bis zum vollständigen Abschluss des wettbewerbsbehördlichen Verfahrens gegen alle Beteiligten bestimmte Beweismittel nicht herausverlangt werden. Im Einzelnen geht es um Beweismittel, die Informationen enthalten, die eigens für das wettbewerbsbehördliche Verfahren erstellt wurden (Nr. 1), um Mitteilungen der Wettbewerbsbehörde an die Beteiligten in dem Verfahren (Nr. 2) und um Vergleichsausführungen (Nr. 3).

d) Verweigerungsrechte (§ 33g Abs. 6 GWB)

Ist die Herausgabe nicht schon gemäß § 33 Abs. 3 bis Abs. 5 GWB ausgeschlossen, so kann der Schuldner die Herausgabe in den Fällen des § 33g Abs. 6 GWB gleichwohl verweigern.[812] Die Vorschrift nimmt Bezug auf die Zeugnisverweigerungsrechte.[813] Es kann damit grundsätzlich auf die Rechtsprechung und die Kommentierungen zu diesen Vorschriften verwiesen werden.[814]

Besondere Bedeutung dürfte diese Regelung mit Blick auf Rechtsanwälte entfalten. Diese sind in besonderem Maße auf eine offene und vertrauensvolle Zusammenarbeit mit ihren Mandanten angewiesen. Daher gewährt § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO ein Zeugnisverweigerungsrecht. Inwiefern die Vorschrift auch auf Syndikusrechtsanwälte Anwendung findet, ist noch nicht abschließend geklärt.[815] Das Zeugnisverweigerungsrecht erfasst alle Tatsachen, die ungeachtet ihrer Form einem Rechtsanwalt in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit anvertraut werden.[816] Zeugnisverweigerungsberechtigt sind außerdem alle gegenwärtigen und früheren Mitarbeiter des Rechtsanwalts.[817] Befindet sich das Beweismittel jedoch im Mitbesitz eines nicht im Rahmen des Mandats mit dem Rechtsanwalt verbundenen Dritten, so kann es vom Gläubiger herausverlangt werden. Das kann den

811 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 64; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 53.
812 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 58.
813 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 58.
814 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 61.
815 Dazu *Hustus,* NStZ 2016, 65, 68 f.
816 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 383 Rn. 20a; *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 383 Rn. 64.
817 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 383 Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Kommunikationsfluss zwischen Mandant und Rechtsanwalt empfindlich einschränken.[818] Dem zwischen Mandant und Rechtsanwalt bestehenden Vertrauensverhältnis wird im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung besonderes Gewicht zukommen,[819] sodass Unterlagen, die sich im Besitz eines Rechtsanwalts befinden, grundsätzlich nie herauszugeben sind.[820] Dem Antrag

> *„die Klägerin gemäß § 33g Abs. 2, 89b Abs. 3 S. 1 GWB im Wege des Zwischenurteils dazu zu verurteilen, alle Vereinbarungen zwischen der Klägerin und ihren Prozessbevollmächtigten bzw. der von ihnen geformten Sozietät sowie zwischen … und/oder … und den Prozessbevollmächtigten der Klägerin bzw. der von ihnen geformten Sozietät, insbesondere Mandatsvereinbarungen, Engagement Letters oder Kooperationsvereinbarungen vorzulegen"*[821]

wird daher nicht stattzugeben sein.[822] Der so gefasste Antrag bezieht sich auf Informationen, die das Mandatsverhältnis selbst betreffen und die daher einen besonderen Schutz verdienen. Das mag sich anders verhalten, wenn dem Rechtsanwalt Beweismittel übergeben wurden, die das Kartell selbst betreffen und so die Offenlegungspflicht umgangen werden soll.

3. Inhalt und Umfang des Anspruchs aus § 33g Abs. 1, Abs. 2 GWB

Rechtsfolge des Anspruchs aus § 33g Abs. 1, Abs. 2 GWB ist, dass der jeweils Berechtigte nicht nur die Bekanntgabe von Informationen, sondern auch Zugang zu Beweismitteln verlangen kann. Die Vorschrift gewährt damit einen weitreichenden Offenlegungsanspruch,[823] der in deutlich größerem Umfang Zugriff auf Beweismittel als die immaterialgüterrechtlichen Normen gewährt.[824] Insbesondere wird nicht nur Zugang zu Beweismitteln

818 Daher kritisch zu der gewählten Lösung über den Verweis auf das Zeugnisverweigerungsrecht *Wiese/Urban,* WuW 2020, 23, 24.
819 *Wiese/Urban,* WuW 2020, 23, 28.
820 *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518, 520.
821 LG München, Endurt. v. 07.02.2020 – 37 O 18934/17, BeckRS 2020, 841 Rn. 39.
822 LG München, Endurt. v. 07.02.2020 – 37 O 18934/17, BeckRS 2020, 841 Rn. 52, wo aber keine Begründung folgt.
823 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 1.
824 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 2; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

gewährt, mit denen die Schadenshöhe ermittelt werden kann, sondern auch zu solchen, die für die Anspruchsbegründung eine Rolle spielen.[825]

Welche Beweismittel zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs oder zur Verteidigung gegen einen solchen erforderlich sind, ist eine Frage des Einzelfalls.[826] Typischerweise kommen hier Urkunden und sonstige Dokumente als Augenscheinsobjekte in Betracht.[827] Auch elektronische Dokumente dürften von der Norm erfasst sein, weil es sich dabei gemäß § 372 Abs. 1 S. 2 ZPO ohne Weiteres um Augenscheinsobjekte und damit um Beweismittel handelt.[828]

a) Herausgabe

Der Anspruch wird grundsätzlich erfüllt, indem genau der Gegenstand herausgegeben wird, auf den sich der Anspruch bezieht.[829] Allerdings genügt es bei Urkunden regelmäßig, dass der Verpflichtete dem Anspruchsteller (elektronische) Kopien zur Verfügung stellt.[830] Damit wird deutlich, dass der Offenlegungsanspruch vor allem Beleg- und Beweisfunktion hat.[831] Allerdings ist auch zu beachten, dass der Beweiswert elektronischer Kopien in Anbetracht moderner digitaler Manipulationsmöglichkeiten erheblich eingeschränkt sein kann, weshalb der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zu § 33g Abs. 1 GWB explizit darauf hinweist, dass für den Fall, dass

825 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 10.
826 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 20; um dies anschaulich werden zu lassen, wird in Kapitel 5 (S. 339 ff.) ausführlich dargestellt, welche Beweismittel in welcher Weise heraus verlangt werden können.
827 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 20.
828 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 20; *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 142 Rn. 15; *Binder,* ZZP 122 (2009), 187, 225.
829 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 39.
830 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 62; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 22; *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 39.
831 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

> *„im Rechtsstreit die Vorlage von Originalurkunden erforderlich werden sollte, […] das Zivilprozessrecht den Gerichten hinreichende Möglichkeiten [gibt], deren Vorlage anzuordnen.“*[832]

Herausgabe bedeutet Abgabe gerade des Besitzes, den der Anspruchsgegner hat.[833] Ein Herausgabeanspruch ist damit erfüllt, wenn der geschuldete Gegenstand an den Gläubiger übergeben wurde.[834] § 33g GWB weicht damit erheblich von den bekannten Regelungen aus §§ 809, 810 BGB oder dem Immaterialgüterrecht ab und ist systemfremd.[835] Keine dieser Vorschriften sieht nämlich die Besitzaufgabe des Anspruchsgegners vor.[836] Sie gewähren grundsätzlich nur einen Anspruch auf Vorlage oder Besichtigung und gestatten nur im Ausnahmefall die Mitnahme oder das Anfertigen von Kopien.[837] Die Formulierung der Vorschrift wurde bereits im Entwurfsstadium kritisiert.[838] Gleichwohl nahm der Gesetzgeber keine Änderung vor, so dass die Bestimmung des Inhalts dieses Anspruchs nun anhand teleologischer Methoden erfolgen muss.[839]

b) Beweismittel

Indem § 33g Abs. 1 GWB die Herausgabe eines Beweismittels ermöglicht, wird auch auf der Rechtsfolgenseite auf einen Begriff aus dem Prozessrecht zurückgegriffen und unterscheidet sich damit deutlich von den dargestellten Vorlage- und Besichtigungsansprüchen des bürgerlichen Rechts und des

832 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 62.
833 *Baldus*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 985 Rn. 78 ff.; *Thole*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 985 Rn. 158.
834 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 53; *Eck/Dombrowski*, in: FS-50 Jahre BPatG, S. 175.
835 *Ruster*, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2. Aufl. 2021, Kap. G. V. 2. f) (Rn. 83).
836 *Klumpe/Thiede,* NZKart 2016, 471, 472.
837 S o. Kapitel 2 B. I. (S. 109) u. Kapitel 2 B. II. (S: 118); *Klumpe/Thiede,* NZKart 2016, 471, 472.
838 *Hellmann/Steinbrück,* NZKart 2017, 164, 169; *Klumpe/Thiede,* BB 2016, 3011, 3013, 3015; *Klumpe/Thiede,* NZKart 2016, 471, 472.
839 *Klumpe/Thiede,* NZKart 2017, 332, 336; dazu ausf. u. Kapitel 5 B. (S. 360 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Immaterialgüterrechts.[840] Zum Begriff der Beweismittel kann grundsätzlich auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.[841]

aa) Urkunden

Besondere Bedeutung dürfte die Offenlegung von Dokumenten verschiedener Art erlangen.[842] Denkbar ist, dass etwa Urkunden herausverlangt werden könnten, aus denen sich Hinweise zur Marktabgrenzung oder zur Höhe des Marktanteils des Anspruchsgegners ergeben.[843] Wie bereits ausgeführt[844] können so nicht nur einzelne Urkunden, sondern ganze Urkundenkategorien herausverlangt werden.[845]

Weil der Herausgabegegenstand hier mit dem Begriff der „Beweismittel" und damit funktional beschrieben wird, wird regelmäßig die Übergabe von Abschriften oder elektronischen Kopien ausreichend sein.[846] Nur selten wird der Offenlegungsschuldner tatsächlich die Vorlage einer Originalurkunde verlangen können, weil es gerade auf die Authentizität des Dokuments ankommt. In diesem Fall kann die Vorlage durch das Gericht angeordnet werden.[847]

bb) Augenscheinsobjekte, insbesondere elektronisch gespeicherte Daten

Außerdem erfasst der Anspruch gemäß § 33g Abs. 1, Abs. 2 GWB Objekte des Augenscheins. Handelt es sich nicht um Urkunden im beschriebenen

840 S o. Kapitel 2 B. I. (S. 109) u. Kapitel 2 B. II. (S: 118); *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 22.
841 S. o. S. 101; so auch *Peters/Ziegenrücker,* KSzW 2017, 161, 163.
842 *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 458.
843 *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518, 519.
844 S. o. Kapitel 2 B. III. 1. e) (S. 149).
845 *Ruster*, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2. Aufl. 2021, Kap. G. V. 2. f) (Rn. 83); *Rosenfeld/Brand,* WuW 2017, 247, 247 f.; *Kubik*, zit. in *Pipoh,* NZKart 2016, 226, 227; vgl. auch die Beispiele bei *Bach/Wolf,* NZKart 2017, 285, 289.
846 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 62; *Ruster*, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2. Aufl. 2021, Kap. G. V. 2. f) (Rn. 83); *Bach/Wolf,* NZKart 2017, 285, 286.
847 S. u. Kapitel 2 C. (S. 173).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Sinn,[848] weil die Informationen elektronisch gespeichert wurden, kommt die Offenlegung als Augenscheinobjekt[849] in Betracht.[850] Diese eigenen sich nicht zur Herausgabe im soeben[851] beschriebenen Sinn.[852] Es ist jedoch klar, dass sich der Anspruch auch auf Zugang zu elektronisch gespeicherten Daten bezieht. Insoweit sind dem Offenlegungsgläubiger dann lesbare Daten auf einem nutzbaren Datenträger zur Verfügung zu stellen.[853]

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, in welcher Weise elektronisch gespeicherte Daten aufzubereiten sind und in welchem Umfang eine solche Dokumentenaufarbeitung durch gewerbliche Unternehmen zumutbar und geeignet ist.[854] Eine gefestigte Rechtsprechung ist dazu noch nicht ersichtlich.[855] In diesem Zusammenhang lohnt sich dann auch ein Blick auf die im US-amerikanischen Zivilprozess entwickelten Grundsätze zur *e-discovery*.[856]

cc) Andere Beweismittel

Es ist offensichtlich, dass nur Sachen im Sinne von § 90 BGB herausgegeben werden können. Zeugen und Sachverständige können als Personen schlechthin nicht herausgegeben werden.[857] Für amtliche Auskünfte der Wettbewerbsbehörden sieht § 89c GWB ein eigenes Verfahren vor. Der Offenlegungsanspruch aus § 33g Abs. 1, Abs. 2 GWB ist damit zunächst auf Urkunden und Augenscheinsobjekte beschränkt.[858]

Allerdings ist denkbar, dass § 33g GWB es dem Offenlegungsgläubiger erlaubt, Zugriff auf Informationen, die nur ein bestimmter Zeuge oder Sachverständiger zur Verfügung stellen kann, zu erlangen. Denkbar ist etwa, dass der Offenlegungsgläubiger die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift eines Zeugen verlangt, der dann in der mündlichen Verhandlung angehört

848 S. o. Kapitel 2 A. IV. (S. 105).
849 Vgl. o. Kapitel 2 A. IV. (S. 106).
850 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 55.
851 Kapitel 2 B. III. 3. a) (S. 162).
852 Vgl. zu Problemen im Zusammenhang mit dem Sachbegriff allgemein *Bydlinski,* AcP 198 (1998), 287.
853 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 55.
854 *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518, 519.
855 *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518, 519.
856 S. u. Kapitel 3 B. III. 3. f) (S. 232).
857 *Bach/Wolf,* NZKart 2017, 285, 286.
858 *Bach/Wolf,* NZKart 2017, 285, 286; *Rosenfeld/Brand,* WuW 2017, 247, 248.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

werden kann.[859] Dabei handelt es sich um eine Auskunft, die gemäß § 33g Abs. 10, Abs. 1 GWB verlangt werden könnte.[860]

Vereinzelt wird vertreten, das fragliche Beweismittel sei die Zeugen*aussage*, so dass auch eine Zeugenvernehmung im Vorfeld der Hauptverhandlung nach US-amerikanischem Vorbild (*deposition*[861]) denkbar sei.[862] Das erscheint zunächst sehr weitgehend und weder mit dem Wortlaut des § 373 ZPO, der klar Zeugen selbst als Beweismittel nennt noch mit dem System des deutschen Zivilprozesses, in dem Zeugen in der Regel nur in der mündlichen Verhandlung geladen werden, vereinbar. Allerdings ist die Norm im Lichte der Kartellschadensersatzrichtlinie auszulegen, in der der Begriff der „Offenlegung" sehr weit verstanden wird,[863] so dass eine Zeugenvernehmung außerhalb der Hauptverhandlung jedenfalls danach nicht schlechthin ausgeschlossen erscheint.[864] Insofern stellt sich die Frage, ob der Schuldner einer so weitgehenden Offenlegung dann entgehen kann, indem er die von dem Zeugen mitgeteilten Informationen selbst in einem Dokument zusammenstellt und dieses offenlegt. Vor dem Hintergrund, dass die Offenlegungsansprüche auch die Überprüfbarkeit der Informationen durch den Schuldner bezwecken[865] erscheint dies jedoch problematisch.

Von besonderem Interesse kann auch die Vorlage eines Sachverständigengutachtens sein, das die Gegenseite – etwa zur Schadensberechnung – hat erstellen lassen. Allerdings wird dieses regelmäßig ohnehin zur Ergänzung des Sachvortrags vorgelegt werden und ansonsten unproblematisch vom Begriff der Urkunde erfasst.[866] Freilich wird dabei in der Regel eine Fassung vorgelegt, die der eigenen Position nützlich ist. Legt etwa der Beklagte ein solches Gutachten vor, ist zu erwarten, dass darin kein oder nur ein geringer Schaden gefunden wird. Interessant wäre dann die Offenlegung weiterer Gutachten, die nur zu internen Zwecken erstellt wurden und die die eigene Position weniger rosig darstellen.

---

859 *Bach/Wolf,* NZKart 2017, 285, 286.
860 *Ruster*, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2. Aufl. 2021, Kap. G. V. 2. f) (Rn. 84).
861 S. dazu u. Kapitel 3 B. III. 1. (S. 205).
862 *Ruster*, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2. Aufl. 2021, Kap. G. V. 2. f) (Rn. 84).
863 Dazu u. Kapitel 4 B. I. 4. (S. 319).
864 *Ruster*, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2. Aufl. 2021, Kap. G. V. 2. f) (Rn. 84).
865 S. o. Kapitel 2 B. (S. 107).
866 Kapitel 2 B. III. 3. b) aa) (S. 164).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Verhältnis zum Auskunftsanspruch gemäß § 33 Abs. 10, Abs. 1, Abs. 2 GWB

Es wurde deutlich, dass sich die Ansprüche auf Herausgabe von Beweismitteln gemäß § 33g Abs. 1, Abs. 2 GWB und Auskunft gemäß § 33g Abs. 10, Abs. 1, Abs. 2 GWB auch ergänzen können. Sowohl wo es dem Geschädigten etwa um die Bezifferung seines Schadens oder den Nachweis der Kausalität geht als auch wo es dem Schädiger etwa um Informationen zur *passing-on defense* geht, können die entsprechenden Informationen im Wege der Auskunft verlangt werden. Die erteilte Auskunft kann dann anhand der herausverlangten Beweismittel überprüft werden. Anstatt auf einzelne Beweismittel ist der Auskunftsanspruch auf die Zusammenstellung von Informationen gerichtet.[867]

Der Auskunftsanspruch greift grundsätzlich weniger stark in die Sphäre des Schuldners ein und kann daher im Rahmen der Erforderlichkeit der Herausgabe von Beweismitteln eine Rolle spielen.[868] Allerdings ist zu bedenken, dass der Gläubiger, der die Offenlegung von Beweismitteln verlangt, dem Schuldner die Auswertung dieser Beweismittel, die zur Auskunftserteilung erforderlich wäre, abnimmt.[869] Grundsätzlich stehen Auskunfts- und Herausgabeanspruch aber nebeneinander.[870] Es bleibt aber der Entscheidung des Gläubigers überlassen, ob er den einen oder den anderen oder gar beide Ansprüche kumulativ geltend macht.[871] Insgesamt wird durch diese Kombination ein der *disclosure* durchaus vergleichbares System erreicht.[872]

4. Sanktionen bei Schlechterfüllung

Wird der Schuldner der Offenlegungspflicht nicht gerecht, stellt sich die Frage, welche Folgen die Schlechterfüllung nach sich zieht. Vorgelagert stellt sich daher auch in diesem Zusammen die Frage, wie Offenlegungsansprüche zu erfüllen sind.[873] Im Rahmen der Sanktionierung der Schlechterfüllung ist insbesondere an Schadensersatzansprüche zu denken. Ebenso

867 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 61.
868 S. o. Kapitel 2 B. III. 1. c) (S. 145).
869 S. dazu ausf. u. Kapitel 6 B. I. 2. a) (S. 392).
870 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 62.
871 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 63.
872 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 60.
873 Zur Art und Weise der Erfüllung s. ausf. u. Kapitel 5 (S. 339 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

kommt die die Anwendung der Grundsätze bei Beweisvereitelung in Betracht. Außerdem sind strafrechtliche Sanktionen denkbar.

a) Schadensersatz

Gemäß § 33g Abs. 8 GWB ist der Offenlegungsschuldner zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er grob fahrlässig oder vorsätzlich nicht die herausverlangten Beweismittel übergibt. Die Vorschrift orientiert sich erkennbar an den entsprechenden immaterialgüterrechtlichen Vorschriften. Diese finden allerdings kaum praktische Anwendung.[874] Neben der Beschränkung des Schadensersatzanspruchs auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verschulden stellt der Umstand, dass der Gläubiger hier einen Schaden beweisen muss, dessen Bezifferung ihm durch die fehlerhafte Information gerade unmöglich ist, die besondere Schwäche dieses Anspruchs dar.[875] Der Anspruch wird deshalb gar als „nutzlos" bezeichnet.[876]

b) Grundsätze der Beweisvereitelung

Des Weiteren kann in diesem Zusammenhang über die Heranziehung der Grundsätze der Beweisvereitelung nachgedacht werden.[877] Unter einer Beweisvereitelung versteht man das vor oder während des Prozesses erfolgende Tun oder Unterlassen des Gegners der beweisbelasteten Partei, das einen an sich möglichen Beweis verhindert und dadurch die Beweisführung des Gegners scheitern lässt.[878] Aus einem solchen Verhalten können für den Gegner der beweisbelasteten Partei nachteilige Schlüsse gezogen werden.[879] Weigert sich der Vorlageschuldner, die fraglichen Beweismittel vorzulegen,

874 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 153; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 64.
875 *Galle/Popot-Müller,* NZKart 2019, 317, 318; *Rosenfeld/Brand,* WuW 2017, 247, 248; *Klumpe/Thiede,* BB 2016, 3011, 3016.
876 *Galle/Popot-Müller,* NZKart 2019, 317, 318.
877 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 72; vgl. auch Art. 8 Abs. 2 S. 2 SERL.
878 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 286 Rn. 199.
879 *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 286 Rn. 200.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

riskiert er, dass der vom Kläger behauptete Inhalt einer Urkunde oder die vom Kläger behauptete Eigenschaft eines Gegenstandes fingiert wird.[880]

Insbesondere wo es um den Beweis des Kartellschadens geht, erscheint dies aber wenig praktikabel. Das Gericht muss den Schaden nämlich beziffern und kann ihn nicht schlicht annehmen.[881] Auch eine Schadensschätzung scheint unter diesen Umständen regelmäßig ausgeschlossen.[882] Im umgekehrten Fall, in dem sich der Schädiger des *passing-on*-Einwandes bedient, der Geschädigte dies bestreitet, aber die fraglichen Unterlagen nicht vorlegt, wurde hingegen die vollständige Schadensweiterwälzung angenommen.[883] Insgesamt bleibt dieser Mechanismus aber hinter den Anforderungen an eine „wirksame Sanktion" der Falschinformation zurück.[884]

c) Strafrechtliche Sanktionen

Werden Unterlagen vernichtet, um dadurch den Beweis einer Tatsache durch die Gegenseite zu verhindern, kommen auch strafrechtliche Sanktionen, insbesondere eine Strafbarkeit gemäß § 274 StGB, in Betracht. Dabei ist aber zu beachten, dass Strafrecht und Zivilrecht den Begriff der Urkunde nicht deckungsgleich verwenden.[885] Urkunden im Sinne des Strafrechts sind verkörperte Erklärungen, die ihrem gedanklichen Inhalt nach geeignet und bestimmt sind, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen und die ihren Aussteller erkennen lassen.[886] Während Rechnungen oder Lieferscheine ohne Weiteres sowohl unter den zivilrechtlichen[887] als auch unter den strafrechtlichen Urkundenbegriff subsumiert werden können, wird der Unterschied bei Aufzeichnungen des Teilnehmers eines Kartelltreffens, die dieser als reine Gedankenstütze anfertigt deutlich: Diese werden nicht zum Beweis der Kartellabsprache oder eines Kartellschadens angefertigt.[888] Weiterhin stellt sich die Frage, ob die Vernichtung von Rohdaten überhaupt

880 *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 460.
881 *Galle/Popot-Müller,* NZKart 2019, 317, 318.
882 *Galle/Popot-Müller,* NZKart 2019, 317, 319.
883 LG Stuttgart, Urt. v. 14.12.2018 – 30 O 26/17, WuW 2019, 110 juris-Rn. 54 ff.
884 *Galle/Popot-Müller,* NZKart 2019, 317, 319.
885 *Galle/Popot-Müller,* NZKart 2019, 317, 319.
886 *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 267 Rn. 2.
887 S. dazu o. Kapitel 2 A. IV. (S. 105).
888 *Galle/Popot-Müller,* NZKart 2019, 317, 319.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

von § 274 StGB erfasst wird.[889] Insgesamt erscheint die Sanktionierung der Falschinformation oder der Informationsunterdrückung im Rahmen von § 33g GWB durch das Strafrecht jedenfalls lückenhaft.[890]

5. Kosten

Hinsichtlich der Kosten der Offenlegung trifft § 33g Abs. 7 GWB eine § 811 Abs. 2 BGB vergleichbare Regelung, so dass zunächst auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen werden kann.[891] Danach kann der Offenlegungsschuldner Ersatz seiner zur Erfüllung des Offenlegungsanspruchs notwendigen Aufwendungen verlangen. Diese Vorschrift ist von der Kartellschadensersatzrichtlinie nicht vorgegeben[892] und dürfte – insbesondere mit Blick auf aufwendige und mit erheblichen Kosten verbundene datenforensische Verfahren – Anlass zu erheblichen Streitigkeiten geben.[893] Die Vorschrift orientiert sich an den entsprechenden Vorschriften aus dem Immaterialgüterrecht[894] und insgesamt an § 670 BGB.[895]

Der Offenlegungsschuldner kann aber nur die Aufwendungen verlangen, die er für erforderlich halten durfte. So soll verhindert werden, dass die Wirksamkeit des Offenlegungsanspruchs durch exzessive Ersatzforderungen eingeschränkt wird.[896] Der Anspruch darf erst geltend gemacht werden, wenn die Offenlegung stattgefunden hat.[897]

Umstritten ist, ob ein Offenlegungsgläubiger, der zunächst Aufwendungsersatz gemäß § 33g Abs. 7 GWB geleistet hat, diese Kosten wiederum als Rechtsverfolgungskosten im Rahmen seines Anspruchs auf Schadensersatz gemäß § 33a Abs. 1 GWB ersetzt verlangen kann.[898] Der Wortlaut des § 33g Abs. 7 GWB scheint dem zunächst zu widersprechen, indem hier eine Kostenzuweisung getroffen wird.[899] Weil die Regelung keine Grundlage

889 *Galle/Popot-Müller,* NZKart 2019, 317, 319 f.
890 *Galle/Popot-Müller,* NZKart 2019, 317, 320.
891 S. o. Kapitel 2 B. I. 4. (S. 118); *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 70.
892 *Ruster*, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2. Aufl. 2021, Kap. G. V. 2. g) (Rn. 86).
893 *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518, 520.
894 S. o. Kapitel 2 B. II. 5. (S. 139).
895 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 70.
896 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 61.
897 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 62.
898 *Rosenfeld/Brand,* WuW 2017, 247, 248; *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518, 520.
899 *Fiedler/Niermann,* NZKart 2017, 497, 502.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

in der Kartellschadensersatzrichtlinie findet, wird so jedoch die dort als oberstes Ziel ausgegebene Aufklärung des Sachverhalts behindert. Die volle Wirksamkeit der europarechtlichen Vorgaben wird nur erreicht, wenn die Kosten der Offenlegung auch dem Offenlegungsschuldner zur Last gelegt werden können, wenn die Voraussetzungen des § 33a GWB erfüllt sind.[900] Es erscheint kaum interessengerecht, wenn ein insgesamt im Rechtsstreit obsiegender Kläger letztlich die Kosten der Offenlegung durch den unterlegenen Beklagten zu tragen hätte.[901]

IV. Verwandte Ansprüche/Sonstige Rechtsgebiete

Über alle Regelungsgebiete des Zivilrechts hinweg finden sich vergleichbare und den §§ 809, 810 BGB verwandte Anspruchsgrundlagen, welche in besonderen Fällen Zugang zu Beweismitteln gewähren. Mit Blick auf die hier zu untersuchende Frage nach Umfang und Grenzen der Offenlegungsansprüche erscheint eine ausführliche Analyse dieser Ansprüche aber nicht mehr zielführend, da so kaum weitere Erkenntnisse gewonnen werden können. Zwei Beispiele sollen aber illustrieren, wie in besonderen Fällen der Zugang zu bestimmten Informationen sichergestellt wird:

Der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft kann sich gemäß § 118 Abs. 1 HGB von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten. Im Kern kann er daher Vorlage aller Unterlagen verlangen, welche die wirtschaftlichen, öffentlich-rechtlichen und steuerrechtlichen Verhältnisse der Gesellschaft betreffen.[902] Dabei kann er auch verlangen, dass ihm Abschriften der Unterlagen ausgehändigt werden, wenn er diese wegen ihres Umfangs nicht vor Ort vollständig überprüfen kann.[903]

Im Familienrecht normiert § 1600d BGB die Möglichkeit, die Vaterschaft gerichtlich feststellen zu lassen. Dabei handelt es sich aber nicht um einen Anspruch der Mutter oder Kindes im Sinne von § 194 BGB. Vielmehr wird hier der Beibringungsgrundsatz durchbrochen und dem potenziellen Vater aufgegeben, die Untersuchung seines Körpers, insbesondere seiner DNS zu

900 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 63; *Klumpe/Thiede,* NZKart 2017, 332, 337.
901 *Bach/Wolf,* NZKart 2017, 285, 291.
902 *Lieder*, in: Oetker, HGB, 7. Aufl. 2021, § 118 Rn. 9 ff.
903 *Lieder*, in: Oetker, HGB, 7. Aufl. 2021, § 118 Rn. 14.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

dulden.[904] Auch wenn die Vorschrift nicht ohne Weiteres mit den bislang vorgestellten Offenlegungspflichten vergleichbar ist, zeigt sie doch, dass der Gesetzgeber in Einzelfällen auch die Preisgabe sehr intimer Informationen verlangt.[905]

Weiterhin wird derzeit eine Anpassung der Vorschriften über Rechtshilfeersuchen, vor allem im Zusammenhang mit der US-amerikanischen *pre-trial discovery,*[906] diskutiert.[907] Insbesondere soll § 14 HZÜ/HBÜ-AusfG[908] eingeführt werden, wonach Rechtshilfeersuchen, die ein der *pre-trial discovery* ähnliches Verfahren zum Gegenstand haben, nur erledigt werden, wenn die vorzulegenden Dokumente im Einzelnen genau bezeichnet werden, die vorzulegenden Dokumente für das jeweilige Verfahren und dessen Ausgang von unmittelbarer und eindeutig zu erkennender Bedeutung sind, die vorzulegenden Dokumente sich im Besitz einer an dem Verfahren beteiligten Partei befinden, das Herausgabeverlangen nicht gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts verstößt und personenbezogene Daten nur in Übereinstimmung mit der Datenschutzgrundverordnung offengelegt werden.

904 *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, Bd. 10, 8. Aufl. 2020, § 1600d Rn. 65 ff.

905 Ausführlich dazu *Spickhoff,* ZfPW 2017, 257.

906 S. dazu ausf. u. Kapitel 3 (S. 188).

907 S. dazu insb Art. 3 Ziff. 3 des Gesesetzentwurfs der Bundesregierung eines Gesetzes zur Durchführung der EU-Verordnungen über grenzüberschreitende Zustellungen und grenzüberschreitende Beweisaufnahmen in Zivil- oder Handelssachen, zur Änderung der Zivilrechtshilfe, des Vormundschafts- und Betreuungsrecht sowie sonstiger Vorschriften vom 23.02.2022 (abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Grenzueberschreitende_Zustellungen.pdf;jsessionid=EEBB8D6EDFDD529B025CB35052F384DA.1_cid289?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

908 Gesetz zur Ausführung des Haager Übereinkommens vom 15. November 1965 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen und des Haager Übereinkommens vom 18. März 1970 über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 22.12.1977 (BGBl. I S. 3105).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

C. Geltendmachung der materiell-rechtlichen Offenlegungsansprüche

I. Stufenklage

Auch wenn Offenlegungsansprüche isoliert eingeklagt werden können,[909] wird es häufig sinnvoll sein, diese Ansprüche im Wege der Stufenklage geltend zu machen.[910] Sie dienen oft der Beschaffung von Informationen zur genaueren Bestimmung des Leistungsantrags.[911] Insoweit ist § 254 ZPO ein weites Verständnis zugrunde zu legen, obwohl dort lediglich von Klagen auf Rechnungslegung oder auf Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses oder auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung die Rede ist. Dieser Wortlaut ist zu eng. Im Wege der Stufenklage können vielmehr alle Ansprüche geltend gemacht werden, mit denen Informationen bzw. Offenlegung verlangt werden kann.[912] Dabei wird – wie schon zu den Auskunftsansprüchen ausgeführt – darauf zu achten sein, dass der Klageantrag möglichst präzise formuliert wird und dieser insbesondere den Anforderungen aus § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entspricht.[913]

II. Einstweilige Verfügung

Der Anspruch auf Herausgabe von Beweismitteln kann grundsätzlich im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden. Im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist dies in § 89b Abs. 5 ebenso ausdrücklich vorgesehen wie in § 19a Abs. 3 S. 1 MarkenG, § 140c Abs. 3 S. 1 PatG, § 101a

909 *Althammer*, in: FS-Prütting, S. 208; *Kapoor*, Vorlagepflichten, S. 79; insb. ist dies bei Auskunftsansprüchen, die nicht gegen den Verletzer geltend gemacht werden sinnvoll, vgl. *Eichmann,* GRUR 1990, 575.

910 *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 460; *Podszun/Kreifels,* GWR 2017, 67, 69. Nach Ansicht des Gesetzgebers sei deshalb ein isolierter Rechtsstreit nicht mehr erforderlich, vgl. Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 101. Darüber soll dann gemäß § 89b Abs. 3 S. 1 GWB im Wege des Zwischenurteils zu entscheiden sein. Allerdings sieht die ZPO zur Entscheidung über die einzelnen Stufen einer Stufenklage die Entscheidung im Wege eines Teil- und Schlussurteils vor, vgl. § 301 Abs. 1 S. 1 ZPO; *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 254 Rn. 10; *Feskorn*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 301 Rn. 5; *Klumpe/Thiede,* NZKart 2016, 471, 472, 473.

911 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 254 Rn. 3; *Kapoor*, Vorlagepflichten, S. 80.

912 *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19 Aufl. 2022, § 254 Rn. 2.

913 S. z. B. OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 14.03.2019 – 26 Sch 10/18, WuW 2020, 36.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 3 S. 1 UrhG. Für die übrigen Besichtigungsansprüche, insb. §§ 809, 810 BGB, ergibt sich dies aus den allgemeinen Regeln,[914] wobei hier nur die Besichtigung durch eine unabhängige sachkundige Person und die Hinterlegung ihres Berichts in Betracht kommen soll.[915]

Dabei müssen die Voraussetzungen der §§ 935, 940 ZPO vorliegen.[916] Der Verpflichtete muss grundsätzlich vorher angehört werden, so dass keine Beschlussverfügung ergehen kann.[917] Gleichwohl kann diesbezüglich weitgehend auf die allgemeinen Grundsätze zum Erlass einer einstweiligen Verfügung und zum Arrestverfahren verwiesen werden.[918] Freilich ist die inhaltliche Ausgestaltung der einstweiligen Verfügung vom konkreten Einzelfall abhängig.[919]

III. Düsseldorfer Verfahren

Wird ein Aufklärungsverlangen im Wege der einstweiligen Verfügung geltend gemacht, verdient der Schutz vertraulicher Informationen besondere Beachtung. Der grundlegende Interessenkonflikt wird hier besonders deutlich: Die Sicherung von Beweisen ist regelmäßig besonders erfolgreich, wenn der Anspruchsgegner überrascht wird und daher keine Gelegenheit zur Einflussnahme auf die zu sichernden Beweismittel hat.[920] In diesem Fall hat der Anspruchsgegner aber auch keine Gelegenheit, zu seinen schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen Stellung zu nehmen. Seine Interessen sind daher in besonderer Weise zu berücksichtigen.[921] Diesem Umstand tragen § 19a Abs. 3 S. 2, § 140c Abs. 2 S. 2 PatG, § 101a Abs. 3 S. 2 UrhG usw. Rechnung, wonach das Gericht von sich aus die nötigen Maßnahmen zu ergreifen hat.

914 KG, Urt. v. 11.08.2000 – 5 U 3069/00, NJW 2001, 233, 234; *Sprau*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 809 Rn. 13; *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 809 Rn. 16.

915 OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 17.01.2006 – 11 W 21/05, GRUR-RR 2006, 295; KG, Urt. v. 11.08.2000 – 5 U 3069/00, NJW 2001, 233.

916 Der anderslautende Entwurf von § 33g GWB wurde entsprechend „entschärft", vgl. *Althammer*, in: FS-Prütting, S. 212.

917 *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 520.

918 S. nur *Vollkommer*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 935 Rn. 1 ff.; zu den Besonderheiten im Immaterialgüterrecht s. *Ulrich,* WRP 1997, 135.

919 Zum Markenrecht etwa *Ringer/Wiedemann,* GRUR 2014, 229.

920 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 22.

921 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Interessen des Anspruchsgegners würden regelmäßig nicht ausreichend berücksichtigt, würde er unmittelbar zur Erfüllung des Anspruchs durch Vorlage der Urkunde oder Duldung der Besichtigung einer Sache verpflichtet.[922] Das Gericht hat daher sicherzustellen, dass die vertraulichen Informationen nur insoweit offenbart werden, wie es unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten angemessen erscheint [923]

Um dem beschrieben Interessenkonflikt zu begegnen, wurde im Patentrecht das sogenannte *Düsseldorfer Verfahren* entwickelt.[924] Soll eine öffentlich nicht zugängliche Sache besichtigt werden, findet dabei ein selbstständiges Beweisverfahren gemäß §§ 485 ff. ZPO statt, das mit einer einstweiligen Verfügung kombiniert wird.[925] Dieses Verfahren wurde auch in anderen Prozessen, in denen wegen der Verletzung eines Schutzrechts geklagt wurde, angewandt.[926]

1. Selbstständiges Beweisverfahren

Im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens erfolgt die Beweissicherung nicht durch den Gläubiger, sondern durch einen gerichtlichen Sachverständigen.[927] Voraussetzung ist vor allem, dass der Verlust des zu besichtigenden Beweismittels droht, seine Benutzung erschwert wird oder der Antragsteller ein rechtliches Interesse an der Beweissicherung durch Feststellung des Zustandes der zu besichtigenden Sache hat (§ 485 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Daran kann es fehlen, wenn gesetzliche Aufbewahrungspflichten bestehen.[928] In der Beweisanordnung ist der zu besichtigende Gegenstand möglichst präzise zu beschreiben. Ebenso ist genau anzugeben, welche Merkmale festgestellt werden sollen.[929]

Die Vertraulichkeit der Informationen wird sichergestellt, indem der Sachverständige zur Verschwiegenheit gegenüber Dritten verpflichtet

922 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 22.
923 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 22.
924 *Kühnen,* GRUR 2005, 185, 190 ff.; siehe zum Ganzen auch *Deichfuß,* GRUR 2015, 436; *Eck/Dombrowski*, in: FS-50 Jahre BPatG; *Kühnen,* Mitt. 2009, 211; zuvor schon *Leppin,* GRUR 1984, 552; *Stauder,* GRUR Int 1978, 230, 237.
925 *Trimborn*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, 3. Aufl. 2015, § 140c PatG Rn. 16.
926 Z. B. OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 17.01.2006 – 11 W 21/05, GRUR-RR 2006, 295 juris-Rn. 4; dazu Anm. *Rauschhofer,* GRUR-RR 2006, 249.
927 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 22.
928 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 21.07.2011 – 2 W 23/11, abrufbar bei juris.
929 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 25.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

wird.[930] Darüber hinaus wird ihm aufgegeben, jeglichen Kontakt mit dem Berechtigten zu vermeiden und sich nur an das Gericht oder an die –auch gegenüber ihrer Partei zur Verschwiegenheit verpflichteten – Prozessvertreter zu wenden. Es sollte klargestellt werden, dass das Gutachten nur an das Gericht, nicht aber an die Parteien zu übersenden ist.[931]

Besteht die Gefahr der Entfernung oder Veränderung des Beweisgegenstandes, wird angeordnet, dass die Besichtigung ohne vorherige Ladung oder Anhörung des Schuldners stattfindet.[932] Das ist bereits dann der Fall, wenn eine solche Einflussnahme technisch möglich ist, weil sie dann nicht ausgeschlossen werden kann.[933] Um ein Mindestmaß an Waffengleichheit zu gewährleisten, kann die Besichtigung (um typischerweise zwei bis drei Stunden) zurückgestellt werden, um dem Besichtigungsschuldner Gelegenheit zu geben, einen Rechts- oder Patentanwalt beizuziehen.[934]

2. Einstweilige Verfügung

Gleichzeitig wird dem Schuldner durch einstweilige Verfügung aufgegeben,[935] dieses selbstständige Beweisverfahren zu dulden und notwendigenfalls bestimmte Mitwirkungshandlungen vorzunehmen. Das ist notwendig, weil §§ 485 ff. ZPO keine Grundlage für Eingriffe in materielle Rechte des Besichtigungsschuldners erlauben.[936] Daher müssen zwingend die Voraussetzungen des jeweiligen Besichtigungsanspruchs vorliegen.

Die Besichtigung durch einen zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen stellt ein „wesensgleiches Minus" zur Besichtigung durch den Gläubiger dar, wenn diese zwar grundsätzlich gewährt werden muss, aber mit dem Schutz vertraulicher Informationen nicht vereinbar ist.[937] Die konkrete Duldungspflicht des Schuldners ist in der einstweiligen Verfügung möglichst genau anzugeben. Regelmäßig wird hier die Inaugenscheinnah-

930 *Deichfuß,* GRUR 2015, 436, 439.
931 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 26.
932 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 26.
933 Vgl. LG Düsseldorf, Beschl. v. 03.05.2005 – 4a O 162/05 – Anhörungsrüge, InstGE 5, 236.
934 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 26; *Deichfuß,* GRUR 2015, 436, 439.
935 Zum Rechtsschutz gegen die einstweilige Verfügung s. *Eck/Dombrowski,* GRUR 2008, 387.
936 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 27.
937 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

me, das Anfertigen von Lichtbildern, Videoaufnahmen oder Notizen, unter Umständen auch die Inbetriebnahme einer Maschine gestattet.[938] Gerade zur Inbetriebnahme ist häufig die Mitwirkung des Schuldners erforderlich, die dann ebenfalls angeordnet werden kann.[939] Des Weiteren kommt auch die Zerlegung einer Maschine in Betracht, wobei die Interessen des Schuldners an der Wahrung der Funktionsfähigkeit zu berücksichtigen sind.[940]

3. Verfahren nach Beweissicherung

Anschließend hat das Gericht zu entscheiden, in welchem Umfang das vom Sachverständigen an das Gericht übermittelte Gutachten dem Gläubiger zugänglich gemacht wird.[941] Hierzu übersendet es das Gutachten zunächst dem Schuldner, der Gelegenheit erhält, zur Frage der im Gutachten offengelegten Betriebs- und Geschäftsgeheimisse Stellung zu nehmen.[942] Für den Umstand, dass Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse tatsächlich der Übersendung des vollständigen Gutachtens an den Gläubiger entgegenstehen, trägt der Besichtigungsschuldner die Beweislast.[943]

Können die vertraulichen Informationen nicht durch Schwärzungen des Gutachtens gewahrt werden, hat das Gericht im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung zu ermitteln, ob dem Gläubiger das Gutachten zur Verfügung gestellt wird oder nicht.[944] Besondere Bedeutung kommt dabei der vorläufigen Beurteilung der Frage zu, ob auf Grundlage des Gutachtens eine Schutzrechtsverletzung angenommen werden kann.[945] Ist das der Fall, müssen die schutzwürdigen Interessen des Schuldners regelmäßig zurückstehen.[946] Kann eine Schutzrechtsverletzung auf Grundlage des Gutachtens

938 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 28; *Bork,* NJW 1997, 1665, 1671.
939 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 28.
940 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 29.
941 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 22; *Kühnen,* Mitt. 2009, 211, 215.
942 Vgl. BGH, Beschl. v. 16.11.2009 – X ZB 37/08 – Lichtborgenschnürung, GRUR 2010, 318 Rn. 4; *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 32; zu Schwierigkeiten im Freigabeverfahren vgl. *Müller-Stoy,* GRUR-RR 2009, 161.
943 BGH, Beschl. v. 16.11.2009 – X ZB 37/08 – Lichtborgenschnürung, GRUR 2010, 318 Rn. 37.
944 *Deichfuß,* GRUR 2015, 436, 440 f.
945 S. dazu auch *Kühnen,* GRUR 2005, 185, 191 f.
946 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 32.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

aber nicht festgestellt werden, so verdient der Schutz der vertraulichen Informationen Vorrang.[947]

IV. Verfahren gemäß § 89b GWB

Dem vergleichbar ordnet § 89b GWB ein besonderes Regime über den Zugang zu Beweismitteln im Kartellrecht an. Dort wird das Verfahren zur Beweismitteloffenlegung – als Kodifizierung der zum *Düsseldorfer Verfahren* entwickelten Grundsätze – ausdrücklich durch das Gesetz vorgeschrieben. Danach sollen die Interessen der Parteien in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden.

Besonders auffällig ist dabei die Regelung zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen in § 89b Abs. 6 GWB, die als „Herzstück des Geheimnisschutzregimes des § 33g Abs. 6 GWB" bezeichnet wird.[948] Dort wird bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die Beweismittel auch gegenüber den Parteien selbst offengelegt werden dürfen.[949] Voraussetzung für die Freigabe der Beweismittel ist danach, dass dies für die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs oder die Verteidigung gegen einen solchen Anspruch sachdienlich ist und das Offenlegungsinteresse das Geheimhaltungsinteresse überwiegt. Dann sind wiederum die Kriterien, die zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit gemäß § 33g Abs. 3 GWB herangezogen werden, beachtlich.[950] In vergleichbarer Weise soll außerdem geprüft werden, ob der Ausschlussgrund des § 33g Abs. 4 GWB eingreift (§ 89b Abs. 8 GWB), ob tatsächlich eine Kronzeugenerklärung oder eine Vergleichsausführung herausverlangt wird.[951]

V. Zwangsvollstreckung

Spätestens im Rahmen der Zwangsvollstreckung wird sich das Vollstreckungsorgan fragen, was der Schuldner genau zu tun, zu unterlassen oder

947 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.01.2009 – 2 W 56/08, InstGE 10, 198 juris-Rn. 4; *Kaess*, in: Busse/Keukenschrijver, PatG, 9. Aufl. 2020, § 140c Rn. 36; *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 32.
948 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 65.
949 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 66 f.
950 *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 83.
951 Dazu *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 46 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

zu dulden hat. Das Vollstreckungsorgan hat sich unweigerlich mit der Frage der Erfüllung der Offenlegungspflicht und damit dem zentralen Thema dieser Arbeit auseinanderzusetzen. Dabei kommt es maßgeblich auf den zu vollstreckenden Titel an.[952] Dieser muss daher so genau gefasst sein, dass das Vollstreckungsorgan die Zwangsvollstreckung ohne Weiteres betreiben kann. Allerdings lohnt in diesem Zusammenhang auch ein Blick in das Zwangsvollstreckungsrecht, weil die dort geltenden Grundsätze Rückschlüsse auf die Erfüllung von Ansprüchen erlauben.

Gegenstand der Zwangsvollstreckung können verschiedene Formen der Offenlegung von Beweismitteln sein kann.[953] Es ist zu beachten, dass die Zivilprozessordnung – abhängig vom Vollstreckungsgegenstand – unterschiedliche Verfahren der Zwangsvollstreckung unterscheidet. Soll eigenes Wissen mitgeteilt werden, handelt es sich um eine unvertretbare Handlung, so dass sich die Zwangsvollstreckung nach § 888 ZPO richtet, wonach bei Unterlassen der Handlung ein Zwangsgeld, ersatzweise Zwangshaft angeordnet wird.[954]

Sollen dem Gläubiger Beweismittel in einer Weise zugänglich gemacht werden, die es diesem erlaubt, diese einzusehen oder zu besichtigen, hat der Gerichtsvollzieher nach h. M. die Sache dem Schuldner analog § 883 Abs. 1 ZPO (vorübergehend) wegzunehmen und sie (vorübergehend) dem Gläubiger zu übergeben.[955] Umstritten ist dies vor allem, wenn der Titel den Schuldner dazu verpflichtet, Zutritt zu seiner Wohnung oder zu einem Grundstück zu gewähren. Dabei stellt sich die Frage, ob dies als vertretbare oder unvertretbare Handlung im Sinne von §§ 887, 892 ZPO oder § 888 ZPO oder als Duldung nach §§ 890, 892 ZPO zu vollstrecken ist.[956] In diesem Zusammenhang ist außerdem zu beachten, dass die Durchsuchung der Wohnung des Schuldners zur Zwangsvollstreckung gemäß § 758a ZPO einer besonderen richterlichen Anordnung bedarf.[957]

952 Es versteht sich von selbst, dass zur Erfüllung des Anspruchs den Anordnungen im Tenor genau Folge zu leisten ist. Abweichungen von den dort getroffenen Anordnungen führen nicht zur Erfüllung des Anspruchs. Anschaulich dazu OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.04.2020 – I-2 W 9/20, GRUR 2020, 734.

953 *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 388.

954 Ausf. dazu *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 389.

955 Ausf. auch zur a. A. *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 390.

956 *Grabinski*, in: FS-Mes, S. 135 f.

957 *Grabinski*, in: FS-Mes, S. 139 ff.; *Kühnen,* Mitt. 2009, 211, 215.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

D. Offenlegung mit Mitteln der Zivilprozessordnung

Das Zivilprozessrecht stellt aber nicht nur Mittel zur Verfügung, mit denen materiell-rechtliche Offenlegungspflichten durchgesetzt werden können.[958] Bestimmte Vorschriften der Zivilprozessordnung erlauben auch von sich aus den Zugang zu Beweismitteln. Von besonderer Bedeutung sind dabei die §§ 142 ff. ZPO, die mit dem Zivilprozess-Reformgesetz von 2002[959] eingeführt wurden. Zuvor konnte sich eine Partei grundsätzlich darauf verlassen, dass sie keine Unterlagen vorlegen musste, welche sich allein in ihrem Besitz befanden und welche sie nicht vorlegen wollte.[960] Der Prozessgegner konnte die Vorlage dieser Unterlagen nur verlangen, wenn er einen entsprechenden materiell-rechtlichen Anspruch hatte (§§ 420, 421 ZPO).

Diese Ausgangslage hat sich grundlegend geändert. Gemäß § 142 Abs. 1 ZPO kann das Gericht sowohl gegenüber einer Partei als auch gegenüber einem Dritten anordnen, dass Urkunden oder sonstige Unterlagen, auf die sich eine der Parteien bezogen hatte, vorgelegt werden müssen.[961] Diese Vorschriften dienen der vollständigen Sachaufklärung und der Beschleunigung des Verfahrens[962] und modifizieren den Beibringungsgrundsatz.[963] Der Tatsachenvortrag der Parteien soll klar erfasst werden können.[964] Ziel der Vorschriften ist aber nicht, dass der Sachverhalt von Amts wegen ermittelt wird.[965] Eine vergleichbare Vorschrift findet sich hinsichtlich der Vorlage von Augenscheinsobjekten in § 144 Abs. 1 S. 2 ZPO.

Nach der Einführung dieser Vorschriften in die Zivilprozessordnung beschäftigten sich viele Autoren mit ihrer dogmatischen Bedeutung und

958 Zum Zusammenspiel der unterschiedlichen Offenlegungskonzepte s. auch *Hellmann*, Auskunftanspruch und Auskunftspflicht.

959 Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 21.07.2001, BGBl. I, S. 1887 ff., wobei die Vorlegung von Urkunden im Zivilprozess keine neue Idee war, s. nur *Siegel*, Vorlegung von Urkunden im Prozeß.

960 *Greger,* DStR 2005, 479.

961 Ausf. dazu *Kapoor*, Vorlagepflichten, S. 35 ff., 146 ff.; *Scholz*, in: GS-Konuralp; vgl. auch *Saenger,* ZZP 2008, 139, 142 ff.; *Wagner,* JZ 2007, 706; *Musielak*, in: FS-Vollkommer, S. 239.

962 Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses vom 24.11.2000, BT-Drs. 14/4722, S. 78.

963 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 110 Rn. 9.

964 *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 142 Rn. 1.

965 *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 142 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

ihrer Anwendbarkeit in der Praxis.[966] Gleichwohl lässt sich an dieser Stelle der schon früh formulierte Gedanke, eine prozessuale Aufklärungspflicht, sei in vergleichbarem Umfang wie eine materielle Offenlegungspflicht, zu erfüllen, fortführen, wenn schon dazu ausgeführt wurde, dass von einer solchen prozessualen Aufklärungspflicht alle denkbaren und zumutbaren Aufklärungsbeiträge der nicht risikobelasteten Prozesspartei umfasst seien.[967] Weiterhin müssen auch die prozessualen Informationspflichten effektiv durchgesetzt werden, wobei hier die Zwangsvollstreckung gerade nicht zur Verfügung steht.[968]

Im Zuge der Reform der Zivilprozessordnung wurde u. a. der Wortlaut des § 142 Abs. 1 ZPO geändert. Wurde vor der Reform verlangt, dass der Gegner das fragliche Beweismittel „in den Händen halten" muss, ist nunmehr erforderlich, dass sich der Gegenstand in seinem Besitz befindet. Während die alte Formulierung unmittelbaren Besitz meinte, wird mittlerweile auch der mittelbare Besitz erfasst,[969] der jedenfalls dann ausreichend sein soll, wenn eine Partei den Besitz aufgrund des Besitzmittlungsverhältnisses jederzeit an sich ziehen kann.[970] Weil aber auch Dritte als Adressat dieser Norm in Betracht kommen, hat diese Unterscheidung kaum praktische Relevanz.[971]

Vor dem Hintergrund der §§ 142 ff. ZPO wurde später untersucht, inwieweit im Zivilprozess eine Beweiserhebung von Amts wegen in Betracht kommt.[972] Ebenso wurde untersucht, inwiefern elektronisch gespeicherte

966 S. nur *Hamelmann*, Urkundenvorlagepflichten; *Kapoor*, Vorlagepflichten; *Lang*, Urkundenvorlagepflichten; *Althammer*, in: FS Geimer, S. 15 ff.; *Zekoll/Haas,* JZ 2017, 1140; *Leipold*, in: FS-Meier, S. 421 ff.; *Krapfl/Mann*, in: FS Schütze, S. 279 ff.; *Kuhn/Löhr,* JR 2011, 269; *Becker,* MDR 2008, 1309; *Siegmann,* AnwBl 2008, 160; *Wagner,* JZ 2007, 706; *Greger,* DStR 2005, 479; *Gruber/Kießling,* ZZP 116 (2003), 305; *Leipold*, in: FS Gerhardt, S. 563 ff.; *Stadler*, in: FS-Beys, S. S. 1625 ff.; *Lüpke/Müller,* NZI 2002, 588; *Tilmann/Schreibauer*, in: FS-Erdmann, S. 901 ff.; *Zekoll/Bolt,* NJW 2002, 3129.

967 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 151 ff.

968 Ausf. zur Durchsetzung der von ihnen konstruierten prozessualen Informationspflichten *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 393 f.; *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 234; zur Bewältigung subjektiver und objektiver Aufklärungshindernisse *Gomille,* JZ 2018, 711.

969 *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 142 Rn. 3.

970 *Althammer*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 142 Rn. 16.

971 *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 142 Rn. 3.

972 *Diakonis*, Beweiserhebung von Amts wegen; *Schöpflin*, Beweiserhebung von Amts wegen.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Informationen Gegenstand dieser Vorschriften sind.[973] Weiterhin wurde vorgeschlagen, diese Vorschriften entsprechend den Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie anzupassen, so dass diese nicht in materielles Recht, sondern in Prozessrecht umgesetzt worden wären.[974]

Diese Vorschriften wurden jüngst etwa im Zusammenhang mit dem Dieselabgasskandal angewandt. Auf einen Zeitungsbericht[975] hin verpflichtete das Gericht die Beklagte dazu, ein internes Dokument, in dem Fachleute aus der Motorenentwicklung vor den Folgen des Auffliegens der Abgasmanipulationen warnten, vorzulegen. Nachdem das Dokument nicht vorgelegt wurde, ging das Gericht davon aus, dass dieses den vom Kläger behaupteten Inhalt hat.[976]

E. Zwischenergebnis

Im deutschen Recht finden sich Offenlegungsansprüche zunächst in §§ 809, 810 BGB. Diese Regelungen kamen zum Tragen, wenn der Inhaber eines Schutzrechts Schwierigkeiten hatte, die Verletzung dieses Schutzrechts zu beweisen. Seit sich entsprechende Ansprüche in § 19a MarkenG, § 140c PatG, § 101a UrhG etc. finden, haben die §§ 809, 810 BGB an Bedeutung verloren. Den genannten Beweisschwierigkeiten wird nunmehr durch die im Zuge der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie eingeführten Offenlegungsansprüche in den einzelnen Immaterialgüterrechtsgesetzen Rechnung getragen. Mit § 33g GWB wurde ein vergleichbarer Anspruch eingeführt, der Informationsasymmetrien im Zusammenhang mit Kartellrechtsverstößen begegnen soll.

Allerdings erfordern die genannten Ansprüche stets die „hinreichende Wahrscheinlichkeit" der Rechtsverletzung. Indizien, die deren Annahme rechtfertigen, sind nach wie vor vom Gläubiger vorzulegen. Befinden sich diese ebenfalls in der Hand seines Gegners, lösen die Offenlegungsansprüche sein Beweisproblem nicht. Insofern besteht unter Umständen nach wie vor das Dilemma, dass der Gläubiger ein Beweismittel benötigt, um zu

973 *Binder,* ZZP 122 (2009), 187, 188 ff.; *Stadler,* ZZP 115 (2002), 413, 431; zuvor schon *Britz*, Urkundenbeweisrecht.

974 *Schweitzer,* NZKart 2014, 335, 341.

975 *Ott*, Audi fürchtete schon 2013, aufzufliegen, Süddeutsche Zeitung v. 27.07.2017 (abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/eil-abgasmanipulation-audi-fuerchtete-schon-2013-aufzufliegen-1.3605498; zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

976 LG Heilbronn, Urt. v. 22.05.2018 – 6 O 35/18 juris-Rn. 48 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

beweisen, dass er Anspruch auf Herausgabe gerade dieses Beweismittels hat. Dem kann begegnet werden, indem an die Voraussetzung der „hinreichenden Wahrscheinlichkeit" im Einzelfall angemessene Anforderungen gestellt werden.

Die Ansprüche werden sinnvoller Weise im Wege der Stufenklage und in Verbindung mit einem Hauptanspruch geltend gemacht. Es besteht aber auch die Möglichkeit, die Ansprüche im Wege der einstweiligen Verfügung zur Sicherung von Beweismitteln feststellen zu lassen. In Verbindung mit einem selbstständigen Beweisverfahren kann den besonderen Erfordernissen im Immaterialgüterrecht Rechnung getragen werden (Düsseldorfer Verfahren). Im Kartellrecht regelt § 89b GWB die Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen. Die Zwangsvollstreckung erfolgt regelmäßig gemäß §§ 883 ff. BGB.

Außerdem gewährt das Zivilprozessrecht vor allem in den §§ 142 ff. ZPO Zugang zu Beweismitteln. Problematisch ist, dass sich eine Partei auf das fragliche Beweismittel bezogen haben muss. Dazu muss das Beweismittel genau beschrieben sein. Ist das nicht geschehen, muss das Beweismittel auch nicht vorgelegt werden. Weiß der sich in Beweisnot Befindende nichts von der Existenz eines entscheidenden Beweismittels oder kann er dieses aus anderen Gründen nicht genau beschreiben, kann er auf diese Weise keinen Zugang zu diesem Beweismittel erlangen.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Zusammenfassung des ersten Teils

Es kann festgehalten werden, dass sowohl Informationsansprüche als auch Offenlegungsansprüche eine möglichst umfassende und wirklichkeitsgetreue Sachverhaltsaufklärung zum Ziel haben. Dieses Ziel wird bei der Bestimmung der Reichweite der Offenlegungsansprüche stets im Blick zu behalten sein. Gegenwärtig finden sich Offenlegungsansprüche im deutschen Recht nur in wenigen spezialgesetzlichen Vorschriften. Es handelt sich typischerweise um Regelungsbereiche, in denen die Informationsasymmetrie zwischen den Parteien besonders ausgeprägt ist. Gleichwohl werden an die Offenlegung von Beweismitteln nach diesen Vorschriften strenge Anforderungen gestellt, weil eine Ausforschung des Gegners befürchtet wird. Die Offenlegungsansprüche werden damit bereits auf der Tatbestandsseite beschränkt. Welche Rechtsfolgen mit dem Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen verbunden sind, wird in aller Regel nur für den Einzelfall ausgeführt. Verallgemeinerungsfähige Aussagen sind kaum feststellbar.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Zweiter Teil – Zugang zu Beweismitteln in fremden Rechtsordnungen

Im ersten Teil wurden die dogmatischen Wurzeln[977] sowie die verschiedenen Anwendungsgebiete[978] der Offenlegungsansprüche im deutschen Recht dargestellt. Dabei wurde gezeigt, dass der Zugang zu Beweismitteln im deutschen (und europäischen) Zivil(prozess)recht bislang recht restriktiv behandelt wurde,[979] mittlerweile aber im Vordringen ist.

Ganz anders stellt sich der Zugang zu Beweismitteln im *common law* dar.[980] Dort erscheint die Informationsbeschaffung mit Mitteln des Prozessrechts selbstverständlich.[981] Die dort maßgeblichen Instrumente sollen in diesem Teil untersucht werden. Es wurde bereits angemerkt, dass beispielsweise § 33g GWB eine Form der dem deutschen Rechts eigentlich fremden *pre-trial discovery* einführe.[982] Dieses Instrument des US-amerikanischen Zivilprozessrechts soll zunächst ausführlich dargestellt werden. Ebenso lohnt ein Blick auf das englische und französische Recht, die die europarechtlichen Vorschriften über die Beweismitteloffenlegung maßgeblich geprägt haben. Dabei sollen insbesondere die in dieser Arbeit zu untersuchenden Probleme ins Auge gefasst werden. Auch in den genannten fremden Rechtsordnungen ist häufig fraglich, welche Beweismittel in welcher Weise vorgelegt werden müssen. Obwohl in der deutschen Literatur zu diesem Themenkreis immer wieder betont wird, dass die Einführung eines etwa der *pre-trial discovery* vergleichbaren Verfahrens nicht beabsichtigt sei,[983] scheint eine Untersuchung fremder Rechtsordnungen an dieser Stelle besonders lohnend.

977 S. o. S. 53 ff.
978 S. o. Kapitel 2 (S. 101).
979 *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 459; *Hellmann/Steinbrück,* NZKart 2017, 164, 165.
980 Diesen Kontrast beschreibt auch *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 459.
981 *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 459; *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 3.
982 *Ruster*, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2. Aufl. 2021, Kap. G. V. 2. h) (Rn. 94).
983 *Althammer*, in: FS-Prütting, S. 212; *Hellmann/Steinbrück,* NZKart 2017, 164, 165 m. w. N.; *Brandt*, Disclosure, S. 41 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 3 – Die Offenlegung von Beweismitteln im US-amerikanischen Zivilprozess

In diesem Kapitel soll das System der US-amerikanischen *pre-trial discovery* vorgestellt werden. Dort ist der Zugang zu Beweismitteln besonders ausgeprägt.[984] Dabei gilt das besondere Augenmerk den Fragen nach dem Umfang der *pre-trial discovery* und wie dieser Umfang beschränkt wird.[985] Unweigerlich mit diesen Fragen verbunden sind die Probleme, die im Zusammenhang mit der *pre-trial discovery* auftreten.[986]

A. Pre-trial discovery im US-amerikanischen Zivilprozess

In den Vereinigten Staaten von Amerika findet der Großteil der zivilprozessualen Tatsachenermittlung schon vor der eigentlichen Gerichtsverhandlung statt. Diese Phase des Zivilprozesses wird *pre-trial discovery* genannt. Bereits in diesem Stadium werden Zeugen befragt, Dokumente eingesehen und Objekte in Augenschein genommen sowie Fragenkataloge an die Gegenpartei formuliert.[987] Hier soll der Tatsachenstoff möglichst umfassend zusammengetragen werden, so dass die Beweise später im Rahmen einer einheitlichen und ununterbrochenen Hauptverhandlung gewürdigt werden können.[988] Dabei fällt die Aufgabe der Informationsbeschaffung in erster Linie den Parteien zu, während das Gericht diesen Verfahrensabschnitt nur überwacht.[989]

Die für das Verfahren vor den Bundesgerichten (*federal courts*) maßgeblichen Regeln über die *pre-trial discovery* finden sich in den *Rules 26-37* der *Federal Rules of Civil Procedure* (*FRCP*).[990] Die Gerichte der Bundesstaaten

984 Dazu sogl. Kapitel 3 A. (S. 188).
985 Dazu u. Kapitel 3 B. (S. 200) und Kapitel 3 C. (S. 240).
986 Dazu u. Kapitel 3 D. (S. 252) und Kapitel 3 E. (S. 256).
987 *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 3, 12; zu den einzelnen Methoden s. u. Kapitel 3 B. III. (S. 200 ff.).
988 *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 3.
989 *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 11; *Junker*, Discovery, S. 98.
990 Die teils sehr umfangreichen Regelungen werden an den betreffenden Stellen jeweils auszugsweise wiedergegeben, soweit es die in diesem Zusammenhang behan-

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

wenden vergleichbare Regeln an.[991] Für die Zwecke dieser Arbeit genügt die Darstellung des Bundesrechts.[992]

I. Sinn und Zweck der *pre-trial discovery*

Weil die Hauptverhandlung des US-amerikanischen Zivilprozesses an wenigen, schnell aufeinanderfolgenden Terminen stattfinden soll, bleibt den Parteien währenddessen meist keine Zeit, um auf überraschenden Vortrag der Gegenseite zu reagieren.[993] Anders als im deutschen Zivilprozess gibt es keine Fortsetzungstermine, die erst Wochen oder Monate später stattfinden. Vor Einführung der *discovery*-Regeln wurde ein Prozess maßgeblich durch überraschendes Verhalten der Rechtsanwälte beherrscht.[994] Grundlegend ist der Gedanke, jede Partei eines Gerichtsprozesses müsse das Recht haben, alle maßgeblichen Informationen zu kennen, solange diese nicht besonderen Schutzes bedürfen.[995] Überraschungseffekte sollen so vermieden werden.[996]

Im US-amerikanischen Zivilprozessrecht kommt der Wahrheitsfindung im Einzelfall herausragende Bedeutung zu.[997] Dieses Ziel könne aber nur erreicht werden, wenn dem Gericht alle relevanten Informationen vorliegen. Deshalb verpflichtet das US-amerikanische Recht die Parteien dazu, der jeweils anderen Partei bereits vor der Hauptverhandlung Einblick in sämtliche fallrelevanten Unterlagen zu gewähren.[998] Zivilprozesse sollten

---

delte Materie erfordert. Sie können vollständig unter https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_-_december_2020_0.pdf abgerufen werden (Fassung v. 01.12.2020, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

991 Burnham & Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States 372 (fn. 39) (2021).

992 Vgl. zum Verhältnis zwischen Bundesrecht und dem Recht der einzelnen Staaten 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.04 (December 2022).

993 Burnham & Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States 373 (2021).

994 Frank, 1965 Ins. L.J. 661 (1965); Holtzoff, 7 Vand. L. Rev. 576 (1954).

995 Wright & Kane, Law of Federal Courts 522 (2016).

996 *Schack*, US-Zivilprozessrecht, S. 50 (Rn. 112); *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 18.

997 *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 60 m. w., das gesamte *common law* betreffenden, N. in Fn. 71.

998 *Brand,* NJW 2017, 3558; vgl. den Überblick zum US-amerikanischen Zivilprozess: *Schack*, US-Zivilprozessrecht, S. 48 ff.; zum englischen Zivilprozess schon *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 17 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht länger „im Dunkeln" verhandelt werden[999] und es soll nicht die Partei mit der geschickteren Prozesstaktik den Prozess gewinnen. Vielmehr soll einer Partei der streitgegenständliche Anspruch auf Grundlage des gesamten Tatsachenstoffes zugesprochen werden.[1000]

Allgemeines Ziel der *pre-trial discovery* ist es, Überraschungen zu vermeiden.[1001] Den Parteien soll früh Klarheit über den Vortrag der jeweils anderen Partei verschafft werden und diese sollen sich ein Bild vom Tatsachenstoff machen können, der später der *jury* präsentiert wird.[1002] Den Parteien wird eine solide Tatsachenbasis zur Verfügung gestellt, was zur einer zügigen Erledigung des Streits und einem gerechten Ergebnis führen soll.[1003] In der Hauptverhandlung soll der Tatsachenstoff umfassend und zusammenhängend präsentiert werden können.[1004] Außerdem soll durch die frühzeitige Beweisbeschaffung sichergestellt werden, dass Aussagen von Zeugen, die später nicht mehr zur Verfügung stehen, in den Prozess eingeführt werden können.[1005] Des Weiteren bezweckt die *pre-trial discovery* die Förderung einer außergerichtlichen oder vorzeitigen Streitbeilegung.[1006] Außerdem wird betont, dass so auch öffentliche Interessen gewahrt werden können, nachdem die Durchsetzung von Allgemeinbelangen häufig privaten Klägern überlassen bleibt.[1007]

Im Rahmen der *pre-trial discovery* werden die Parteien grundsätzlich dazu verpflichtet, dem Gegner all das Tatsachenmaterial zur Verfügung zu stellen, welches er im Laufe des Prozesses benötigen könnte.[1008] Wird dieser Pflicht nicht nachgekommen, so können u. a. Fakten als in der Weise festgestellt angesehen werden, wie sie die die Information begehrende Partei

999 *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 501 (1947).
1000 Wright & Kane, Law of Federal Courts 522 (2016).
1001 2 Federal Litigation Guide § 9.01 (December 2022); 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.02 (December 2022).
1002 *New Haven Temple SDA Church v. Consolidated Edison Corp*, 1995 U.S. Dist. LEXIS 8220, 16 (S.D.N.Y. June 13, 1995).
1003 *Ragge v. MCA/Universal Studios*, 165 F.R.D. 601, 603 (C.D. Cal. 1995); *Federal Deposit Ins. Corp. v. Cherry, Bekaert & Holland*, 131 F.R.D. 202, 204 (M.D. Fla. 1990); 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.02 (December 2022).
1004 2 Federal Litigation Guide § 9.03 (December 2022).
1005 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.02 (December 2022).
1006 2 Federal Litigation Guide § 9.04 [1], § 9.05 (December 2022).
1007 Carrington, 49 Alab. L. Rev. 51, 54 (1997); Higginbotham, 49 Alab. L. Rev. 1, 4 (1997); o. V., 74 Harv. L. Rev. 940, 944-946 (1961).
1008 S. u. Kapitel 3 B. II. (S 202).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

schildert oder Strafmaßnahmen wegen *contempt of court* ergriffen werden (vgl. *FRCP 37(b)*).[1009]

Erlangt die *pre-trial discovery* somit vorranging im Rahmen der Tatsachenbeschaffung zur Prozessvorbereitung Bedeutung, kann sie auch noch nach Erlass eines Urteils wichtig werden: Zahlt ein verurteilter Schuldner nach Erlass des Urteils nicht, kann im Wege der *pre-trial discovery* ermittelt werden, ob er ausreichend liquide Mittel oder sonstiges Vermögen zur Verfügung hat, um die Klageforderung zu befriedigen. Anschließend kann der *sheriff* im Zuge der Zwangsvollstreckung (*execution*) auf dieses Vermögen zugreifen. Leistet der Schuldner einer entsprechenden gerichtlichen Anordnung keine Folge, kann dies zu seiner Inhaftierung wegen Missachtung einer gerichtlichen Anordnung (*contempt of court*) führen.[1010]

II. Entwicklung der Vorschriften über die *pre-trial discovery*

Erste Regeln über die Beweisbeschaffung für einen Zivilprozess formulierte der *Judiciary Act of 1789*.[1011] Dort waren strenge Anforderungen an den Zugang zu Beweismitteln formuliert, sodass diese Vorschriften nur selten Anwendung fanden.[1012] Die heute maßgebenden Regeln, die zuvor als Richterrecht Anwendung fanden,[1013] wurden durch den *Rules Enabling Act of 1934*, der 1938 in Kraft trat, erstmals kodifiziert.[1014] Auf Grundlage dieser Vorschriften konnten die Prozessparteien umfangreich auf Unterlagen, Zeugenaussagen und Stellungnahmen der jeweils anderen Partei zugreifen (vgl. *FRCP 26(a)* und *(b)*). Danach waren auch Beweisanträge ins Blaue hinein, sogenannte *fishing expeditions*, zulässig, um eine möglichst umfas-

1009 Ausführlich dazu *Adler*, US-discovery und Patentverletzungsprozess, S. 190 ff.; u. Kapitel 3 E. III. 2. (S. 261).

1010 Burnham & Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States 388 (2021).

1011 An Act to establish the Judicial Courts of the United States, I Stat. 73 (abrufbar unter https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=196, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1012 O. V., 74 Harv. L. Rev. 940, 949 (1961).

1013 Vgl. dazu *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 15.

1014 Stempel, 62 Alab. L. Rev. 529, 533 (2002); s. zur gesamten Gesetzgebungsgeschichte Burbank, 130 U. Pa. L. Rev. 1015 (1982).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

sende Sachverhaltsaufklärung zu gewährleisten.[1015] Es wurde betont, dass Verschwiegenheit und Heimlichtuerei die Geltendmachung in Wahrheit gar nicht bestehender Ansprüche fördern würden.[1016] Des Öfteren wurde der Vergleich zu Röntgenaufnahmen gezogen, welche es dem Chirurgen erlauben, sich ein klares Bild von einer Verletzung zu verschaffen.[1017] Die Kodifizierung wurde zunächst durchaus positiv aufgenommen.[1018] Auch der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten ging in einer – jedenfalls zu diesem Zeitpunkt – extrem bedeutenden Entscheidung[1019] zur *pre-trial discovery* davon aus, dass diese auf eine besonders breite und umfangreiche Beweisermittlung angelegt sei:

> *„[T]he deposition-discovery rules are to be accorded in a broad and liberal treatment. No longer can the time-honored cry of 'fishing expedition' serve to preclude a party from inquiring into the facts underlying the opponent's case. Mutual knowledge of all the relevant facts gathered by both parties is essential to proper litigation."*[1020]

Danach hatte jede Prozesspartei Anspruch auf Zugang zu allen Beweismitteln, Informationen und Unterlagen, selbst wenn sich diese in Händen der gegnerischen Partei befanden, sofern diese nur einen Bezug zum fraglichen Sachverhalt aufwiesen.[1021] In der Praxis wurde diesen Vorschriften jedoch mit Zurückhaltung begegnet, so dass das *Advisory Committee*, das mit der

---

1015 Stempel, 62 Alab. L. Rev. 529, 536 (2002); ausf. dazu Subrin, 39 B.C. L. Rev. 691 (1998).

1016 Sunderland, Foreword to Ragland, Discovery before Trial iii (1932): „*False and fictious causes and defenses thrive under a system of concealment and secrecy in the preliminary stages of litigation followed by surprise and confusion at the trial. … All this is well recognized by the profession, and yet there is a wide-spread fear of liberalizing discovery. Hostility towards 'fishing expeditions' before trial is a traditional and powerful taboo.*"

1017 Sunderland, 167 Annals Am. Ac. Pol. & Soc. Sci. 60, 76 (1933) („*Discovery procedure serves much the same function in the field of law as the X-ray in the field of medicine and surgery; and if its use can be sufficiently extended and its methods simplified, litigation will largely cease to be a game of chance.*"); Ragland, Discovery before Trial 251 (1932) („*The lawyer who does not use discovery procedure is in the position of a physician who treats a serious case without first using the X-ray.*").

1018 O. V., 74 Harv. L. Rev. 940, 951 (1961); Holtzoff, New Federal Procedure and the Courts 70 (1940).

1019 So Stempel, 62 Alab. L. Rev. 529, 539 (2002).

1020 *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 507 (1947).

1021 Holtzoff, New Federal Procedure and the Courts 70 (1940).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Formulierung der Vorschriften betraut war, klar stellte, dass ein Beweismittel selbst dann für die Sachverhaltsermittlung „*relevant*" sein kann, wenn es nicht als solches in den Prozess eingeführt werden kann.[1022]

III. *Pre-trial discovery* in verschiedenen Verfahrensstadien

Wie schon der Name verrät, findet die *pre-trial discovery* vor der Hauptverhandlung, dem *trial* statt. In dieser Phase lassen sich wiederum verschiedene Stadien unterscheiden. Abhängig davon kann sich der Umfang der *pre-trial discovery* unterscheiden. Im Wesentlichen wird zwischen Zeitraum vor Klageerhebung und Zeitraum nach Klageerhebung unterschieden. Abweichendes kann gelten, wenn die *pre-trial discovery* in Verfahren des Eilrechtsschutzes stattfinden soll. Besondere Regeln gelten dann auch nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens, wenn das Urteil in der nächsten Instanz überprüft werden soll (*appeal*).

Vor Klageerhebung können Beweise nach *FRCP 27* erhoben werden, wenn das zuständige Gericht dem zustimmt. Unmittelbar nach Klageerhebung schreibt *FRCP 26(a)(1)* die sogenannte *initial disclosure* vor, wobei die maßgeblichen Informationen hier ohne weitere Aufforderung der gegnerischen Partei mitzuteilen sind.[1023] Anschließend sind gemäß *FRCP 26(b)* im Rahmen der eigentlichen *discovery* alle Informationen preiszugeben, die für den Rechtsstreit von Bedeutung sein können.[1024] Außerdem gibt es bestimmte Regeln für die Offenlegung von Beweismitteln in Verfahren des Eilrechtsschutzes oder in Rechtsmittelverfahren, die sich hinsichtlich des Inhalts der Offenlegungspflicht jedoch nicht von der *pre-trial discovery* im Hauptsacheverfahren des ersten Rechtszugs unterscheiden.[1025]

1022 Die Vorschrift wurde daher um die Formulierung „*[i]t is not ground for objection that the testimonoy will be inadmissible at the trial if the testimony sought appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence.*" ergänzt, vgl. 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.App.02[2](b) (December 2022), wo die entsprechende Begründung wiedergegeben wird.

1023 S. dazu u. Kapitel 3 A. III. 3. a) (S. 197).

1024 Zum Umfang dieser Offenlegungspflicht s. u. Kapitel 3 B. II. (S. 202); zu der Einschränkung, dass die fragliche Information von Bedeutung für den Rechtsstreit sein muss s. u. Kapitel 3 C. I. (S. 242).

1025 Daher wird zu diesen Besonderheiten i. R. d. Arbeit nicht weiter ausgeführt. S. aber zur Informationsbeschaffung in Verfahren des Eilrechtsschutzes 2 Federal Litigation Guide § 11 (December 2022) und zur *pre-trial discovery* im Rechts-

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

1. *Informal discovery*

Unabhängig vom Verfahrensstadium sind bestimmte Nachforschungen zur Prozessvorbereitung ohne gesetzliche Grundlage zulässig.[1026] Dies wird gemeinhin als *informal discovery* bezeichnet.[1027] Dabei können die Parteien versuchen, für den Fall relevante Tatsachen beispielsweise durch Telefonanrufe oder persönliche Gespräche aber auch durch Nachforschungen in öffentlichen Registern in Erfahrung zu bringen. Die Beweissicherung durch Anfertigung von Fotografien oder die Inbesitznahme wichtiger Gegenstände gehört ebenso hierher, wie die Inanspruchnahme der Dienste eines Privatdetektivs.[1028]

Dabei ergeben sich verschiedene Vorteile: Informationen sind der Partei typischerweise früher als der gegnerischen Partei bekannt und diese weiß unter Umständen nicht einmal, auf welche Quellen zur Informationsbeschaffung zugegriffen wurde. So kann sehr früh entschieden werden, ob eine außergerichtliche Streitbeilegung sinnvoll erscheint, weil die Erfolgsaussichten des Falls schon früh beurteilt werden können.[1029] Außerdem können so die Kosten der später erforderlichen vorschriftsgemäßen *discovery* gesenkt werden.[1030] Allerdings sind die befragten Personen nicht verpflichtet, einer Partei weiter zu helfen und dieses Vorgehen verleitet in besonderer Weise zur Zeugenbeeinflussung.[1031] Außerdem besteht die Gefahr, unbewusst einem Interessenkonflikt zu begegnen.[1032]

---

mittelverfahren *FRCP 27(b)* mit der Kommentierung bei 6 Moore's Federal Practice – Civil § 27.30-36 (December 2022).

1026 Gleichwohl gilt es zu beachten, dass die in *FRCP 27* formulierten Anforderungen an die Beweissicherung vor Klageerhebung nicht umgangen werden, vgl. 6 Moore's Federal Practice – Civil § 27.04 (December 2022).

1027 *Arons v. Jutkowitz*, 880 N.E.2d 831, 836 (N.Y. 2007); ausf. dazu s. Imwinkelried & Blumoff, Pretrial Discovery – Strategy and Tactics, Chapter 4 – Informal Discovery (2019).

1028 Vgl. dazu ausf. Custis, Litigation Management Handbook § 1.34 (December 2022).

1029 Custis, Litigation Management Handbook § 1.34 (December 2022).

1030 *Trans-World Invs. v. Drobny*, 554 P.2d 1148 (Alaska 1976); *Samms v. District Court*, 908 P.2d 520 (Colorado 1995); *Green v. Bloodsworth*, 501 A.2d 1257 (Del. Super. Ct. 1985).

1031 Custis, Litigation Management Handbook § 1.34 (December 2022).

1032 Vgl. z. B. *Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Superior Court of Alameda County*, 123 Cal. App. 3d 840 (1981), wonach Angestellte des Gegners nicht an ihrem Arbeitsplatz befragt werden dürfen; auch *G-I Holdings v. Baron & Budd*, 199 F.R.D. 529 (S.D.N.Y. 2001), wo ehemalige Angestellte nicht befragt werden durften, weil die Gefahr bestand, dass geheime Gespräche offengelegt würden.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

2. *Pre-trial discovery* vor Klageerhebung

FRCP 27(a) stellt ein Instrument zur Verfügung, das es dem Antragsteller erlaubt, schon vor Klageerhebung die Sicherung bestimmter Beweismittel zu erreichen, wenn die Gefahr besteht, dass diese in der Hauptverhandlung nicht mehr zur Verfügung stehen werden. Es handelt sich dabei um ein hilfsweises Verfahren, das die gerechte Durchführung der Hauptverhandlung sicherstellen soll. Sobald die Klage dann erhoben wird, greifen die allgemeinen Regeln über die *pre-trial discovery*.[1033]

Der Antragsteller muss zunächst vortragen, es sei denkbar, dass er Beteiligter eines Prozesses werden könnte, wobei er die Klage derzeit noch nicht erheben kann und auch nicht darauf hinwirken kann, dass die Klage erhoben wird.[1034] Dabei muss er den der Klage zugrundeliegenden Sachverhalt einschließlich der zu erwartenden weiteren Beteiligten sowie sein Interesse an diesem Prozess beschreiben. Weiterhin muss er vortragen, welche Tatsachen er mit den festzuhaltenden Zeugenaussagen beweisen will und welche Rolle diese für den zu erwartenden Prozess spielen. Schließlich muss er erläutern, weshalb das frühzeitige Festhalten der Zeugenaussage notwendig erscheint.[1035]

Liegen diese Voraussetzungen vor, erlässt das Gericht eine Verfügung, die dem Antragsteller die Vernehmung bestimmter Personen gestattet. Dabei wird das Beweisthema und die Art der Vernehmung, also ob sie mündlich oder schriftlich erfolgen soll, festgelegt.[1036] *FRCP 27(a)(3)* erweitert den Anwendungsbereich der Vorschrift unter Verweis auf *FRCP 34* und *FRCP 35,* sodass in gleicher Weise auch die Sicherstellung von Unterlagen, elektronisch gespeicherten Dateien und anderen Augenscheinsobjekten erreicht werden kann. Außerdem kann angeordnet werden, dass ein Grundstück zu Zwecken der Beweissicherung betreten werden darf.[1037] Dieses Vorgehen muss nicht im Zusammenhang mit einer Zeugenbefragung stehen.[1038] Während dieses Verfahren an strengere Voraussetzungen geknüpft

1033 6 Moore's Federal Practice – Civil § 27.02 (December 2022).
1034 Zu den Anforderungen an die Antragsschrift im Einzelnen s. auch 6 Moore's Federal Practice – Civil § 27.11 (December 2022).
1035 Z. B. *Calderon v. United States Dist. Court, N.D. Cal.*, 144 F.3d 618, 621 (9th Cir. 1998); *Penn Mut. Life Ins. Co. v. U.S.*, 68 F.3d 1371, 1373 (D.C. 1995); ausf. z. Ganzen 6 Moore's Federal Practice – Civil § 27.13 (December 2022).
1036 6 Moore's Federal Practice – Civil § 27.14 [2] (December 2022).
1037 6 Moore's Federal Practice – Civil § 27.14 [2] (December 2022).
1038 6 Moore's Federal Practice – Civil § 27.12 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

ist, unterscheidet es sich inhaltlich nicht von der *pre-trial discovery* nach Klageerhebung.[1039] Es fällt aber auf, dass die Gerichte dies nie unter Verweis auf *FRCP 26* ausdrücklich feststellen,[1040] sondern das Beweisthema für jeden Einzelfall genau bestimmen und so den Umfang der Beweissicherung gemäß *FRCP 27(a)* beschränken, indem gefragt wird, welche Rolle das fragliche Beweismittel für die Hauptverhandlung spielen wird und ob es geeignet ist, die fragliche Tatsachen auch zu beweisen.[1041] Eine entsprechende Verfügung steht einer Klage, mit der die Herausgabe von Beweismitteln gesondert erreicht werden soll, nicht im Wege (*FRCP 27(c)*). Die Verfügung kann von dem jeweils zuständigen Rechtsmittelgericht überprüft werden.[1042]

3. *Required disclosures* nach Klageerhebung

Sobald die Klage dann erhoben wurde, regelt *FRCP 26(a)* den Ablauf der eigentlichen *pre-trial discovery*. Unter der Überschrift *required disclosures* gewährt die Vorschrift in ihren Unterabsätzen (1) bis (3) den Zugang zu unterschiedlichen Informationen (auch *initial disclosure*).[1043] Gemäß Unterabsatz (1) müssen im Rahmen der *initial disclosure* grundlegende Informationen zu dem Fall mitgeteilt werden. Unterabsatz (2) betrifft die *expert witness disclosure*, wonach Einzelheiten zu den Sachverständigen, die eine Partei in der Hauptverhandlung zu laden beabsichtigt, mitgeteilt werden müssen. Schließlich muss die andere Partei im Rahmen der *required disclosures* gemäß Unterabsatz (3) vor Beginn der Hauptverhandlung darüber informiert werden, welche Beweismittel in der Hauptverhandlung verwendet werden sollen. An dieser Stelle wird der Grundsatz des US-amerikanischen Zivilprozesses, dass die Wahrheit bestmöglich im Wege konkurrierenden

1039 6 Moore's Federal Practice – Civil § 27.16 (December 2022).

1040 Z. B. *In re Hopson Marine Transp.*, 168 F.R.D. 560, 565 (E.D. La. 1996) ("*As the courts that have already considered the issue have noted, a materiality and competency requirement under Rule 27 makes sense in light of the Advisory Committee's notes, which suggest that the Rule was designed to conform with the then-existing equity practice concerning bills to perpetuate testimony and modern statutes.*").

1041 6 Moore's Federal Practice – Civil § 27.16 (December 2022); dazu sogl. Kapitel 3 A. III. 3. (S. 196).

1042 6 Moore's Federal Practice – Civil § 27.15 (December 2022).

1043 Wright & Kane, Law of Federal Courts 549 (2016), die anschaulich von „*three waves of disclosures*" sprechen.; 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.21 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Parteivortrages (*adversary system*) ermittelt wird, nicht mehr streng angewandt. Vielmehr wird das *adversary system* darauf reduziert, dass über die zu Tage geförderten Tatsachen gestritten wird, wodurch es gestärkt werden soll.[1044] Allerdings wurde schon früh darauf hingewiesen, dass eine derart automatisierte Pflicht zur Beweismittelvorlage nicht nur Vorteile mit sich bringen würde. Vielmehr würde es gerade mittellosen Prozessbeteiligten erheblich erschwert, eine gerechte Entscheidung vor Gericht zu erreichen.[1045]

a) *Initial disclosure*

Die *Federal Rules of Civil Procedure* und damit auch die Vorschriften über die *pre-trial discovery* wurden durch den *Rules Enabling Act of 1934* kodifiziert.[1046] Dabei stand ursprünglich noch das Gericht im Zentrum des *discovery*-Verfahrens; es war seine Aufgabe, darauf zu achten, dass die *pre-trial discovery* vorschriftsgemäß durchgeführt wurde. Das führte zu einer erheblichen Belastung der Richter. Die Vorschriften wurden daher so geändert, dass die *pre-trial discovery* heute vor allem von den Prozessanwälten betrieben wird und dem Gericht nur noch eine überwachende Rolle zukommt.[1047] Mit der Änderung der Vorschriften im Jahr 1993,[1048] wurden in *FRCP 26(a)(1)* auch die *initial disclosures* eingeführt.[1049]

Gemäß *FRCP 26(a)(1)* muss jede Partei ihrem Gegner ohne Weiteres mitteilen, welche Personen Informationen zu den streitigen Tatsachen haben könnten (*FRCP 26(a)(1)(i)*). Außerdem muss Zugang zu Dokumenten, elektronisch gespeicherten Daten und Augenscheinsobjekten, die mit Blick auf die streitigen Tatsachen relevant sein könnten, gewährt werden. Wo möglich, kann dies durch Übermittlung einer Kopie geschehen, andernfalls genügt auch die Mitteilung des Ortes dieser Gegenstände (*FRCP 26(a)(1)(ii)*). Wird Schadensersatz verlangt, muss dargestellt werden, wie der Schaden berechnet wurde (*FRCP(a)(1)(iii)*). Sofern auch eine Versicherung an

1044 Wolfson, 36 Clev. St. L. Rev 17, 64 (1988).
1045 Hench, 67 Temp. L. Rev. 180, 182 (1994).
1046 Dazu Stempel, 62 Alab. L. Rev. 529, 533 (2002); allgemein Burbank, 130 U. Pa. L. Rev. 1015 (1982).
1047 Burnham & Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States 372 (2021).
1048 Zu den Meinungsverschiedenheiten, die diese Änderungen betrafen s. 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.28 (December 2022).
1049 Stempel, 62 Alab. L. Rev. 529, 533 (2002).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

dem Rechtsstreit beteiligt sein könnte, sind auch diesbezüglich alle notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen (*FRCP(a)(1)(iv)*).

Die zur Offenlegung verpflichtete Partei muss dabei alle ihr zumutbaren Anstrengungen unternehmen, die erforderlich sind, um an die jeweiligen Informationen zu gelangen. Das heißt aber nicht, dass die Partei schon in dieser Phase den Tatsachenstoff eingehend sichten muss.[1050] Im Zusammenspiel mit *FRCP 26(g)(1)* wird deutlich, dass es genügt, wenn im Rahmen der *initial disclosure* offengelegt wird, was der Partei bekannt ist oder was ihr bekannt sein müsste.[1051] Verstößt eine Partei gegen diese Vorschriften, ergeben sich Sanktionen aus *FRCP 37(c)(1)*.[1052]

b) *Disclosure of expert testimony*

Außerdem muss eine Partei offenlegen, welche „*expert witnesses*" sie im Hauptverfahren zu befragen gedenkt, welches Gutachten diese erstatten werden und auf welcher Grundlage dieses Gutachten gefertigt wurde (*FRCP 26(a)(2)*). Der Begriff „*expert witness*" nimmt dabei Bezug auf Personen, die gemäß *Rule 702* der *Federal Rules of Evidence (FRE)* aussagen sollen. Es handelt sich um den Sachverständigenbeweis. Diese Informationen müssen typischerweise spätestens neunzig Tage vor Beginn der Hauptverhandlung bereitgestellt werden (*FRCP 26(a)(2)(D)(i)*). Der gegnerischen Partei soll so ausreichend Gelegenheit gegeben werden, den Sachverständigen im Rahmen eines Kreuzverhörs eingehend zu befragen und, falls nötig, eigene Sachverständige heranzuziehen.[1053] Dass in dieser frühen Phase schon das Gutachten mitgeteilt werden muss,[1054] ist wiederum dem der *pre-trial discovery* übergeordneten Zweck, Überraschungen zu vermeiden, geschuldet.[1055] Es soll zulässig sein, dass der Prozessanwalt dem Sachverständigen bei der Erstellung des Gutachtens zur Hand geht.[1056]

1050 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.22 [1][b] (December 2022).
1051 *Lintz v. American Gen. Fin., Inc*., 1999 U.S. Dist. LEXIS 12572, at 4-5 (D. Kan. Aug. 2, 1999).
1052 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.27 (December 2022).;. s. zu den Sanktionen u. Kapitel 3 E. III. 2. (S. 261).
1053 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.23 [1] (December 2022), mit der wörtlich wiedergegeben Gesetzesbegründung in § 26App.09[2].
1054 Dazu 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.23 [2][b][i] (December 2022).
1055 *Heller v. Dist. of Columbia*, 801 F.3d 264, 270 (D.C. Cir. 2015).
1056 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.23 [5] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

c) *Pretrial disclosure*

Schließlich muss jede Partei der jeweils anderen Partei spätestens dreißig Tage vor Prozessbeginn (*FRCP 26(a)(3)(B)*) ohne Aufforderung mitteilen, welche Beweismittel sie in die Hauptverhandlung einführen will (*FRCP 26(a)(3)(A)*).[1057] Das gilt nicht für Beweismittel, die nur dazu dienen sollen, die Beweisführung der anderen Partei zu erschüttern (*impeachment evidence*),[1058] weil hier ein Überraschungseffekt gerade gewünscht ist.[1059] Allerdings ist umstritten, welche Beweismittel als *impeachment evidence* anzusehen sind.[1060]

Es müssen Namen, Adresse und Telefonnummer eines jeden Zeugen mitgeteilt werden. Wichtig ist, dass jeder Zeuge aufgelistet wird, weil *FRCP 37(c)(1)* vorsieht, dass nur die hier mitgeteilten Zeugen auch im Prozess aufgerufen werden können.[1061] Es muss außerdem mitgeteilt werden, wenn nur eine schon durchgeführte Zeugenvernehmung (*deposition*) in den Prozess eingeführt werden soll. Dabei muss auch eine Mitschrift der Vernehmung zur Verfügung gestellt werden (*FRCP 26(a)(3)(A)(ii)*). Sodann müssen Dokumente und Beweismittel benannt werden. Diese Informationen müssen schriftlich zusammengestellt, unterschrieben und der anderen Partei zugestellt werden. Außerdem müssen sie auch dem Gericht zur Verfügung gestellt werden.

4. Pflicht zur Korrektur unvollständiger oder unzutreffender Informationen

Gemäß *FRCP 26(e)(1)(A)* ist eine Partei über die in *FRCP 26(a)* vorgesehenen *required disclosures* hinaus zur Offenlegung von Beweismitteln verpflichtet, wenn ihr später bekannt wird, dass die mitgeteilten Informationen unvollständig oder unzutreffend sind, solange der gegnerischen Partei die zutreffenden Informationen nicht schon anderweitig bekannt geworden

1057 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.24 [1] (December 2022).
1058 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.24 [1] (December 2022).
1059 *Bearint ex rel. Bearint v. Dorel Juvenile Group, Inc.*, 389 F.3d 1339, 1353 (11th Cir. 2004); *DeBiasio v. Illinois Cent. R.R.*, 52 F.3d 678, 686 (7th Cir. 1995); *Ford v. CSX Transp., Inc.*, 162 F.R.D. 108, 111 (E.D.N.C. 1995).
1060 S. dazu 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.24 [1] (December 2022).
1061 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.24 [2][a] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

sind.[1062] Verstößt eine Partei gegen diese Vorgaben, so kann dies gemäß *FRCP 37(c)* sanktioniert werden.[1063]

5. Über die *required disclosures* hinausgehende *pre-trial discovery*

Üblicherweise müssen die im Rahmen der *initial disclosure* mitzuteilenden Informationen spätestens 14 Tage nach der *pre-trial conference* an die andere Partei übermittelt worden sein. Erst anschließend wird in die hauptsächlich von den Parteien betriebene *pre-trial discovery* eingetreten. Jede Partei kann Zugang zu Informationen verlangen, die über die *required disclosures* hinaus gehen. Dazu formuliert jede Partei eine Anfrage (*discovery request*). Diese muss der Person, die sich im Besitz des fraglichen Beweismittels befindet oder die Auskunft über die fragliche Information erteilen kann, zugestellt werden. Die Anforderungen an den Inhalt dieser Anfrage unterscheiden sich abhängig vom einschlägigen Beweismittel und werden daher dort dargestellt, wo die einzelnen Methoden der *pre-trial discovery* erläutert werden.[1064] Die Anfrage muss, ebenso wie die Antwort darauf, von der Partei oder ihrem Prozessvertreter unterzeichnet werden und dessen Kontaktdaten erkennen lassen (*FRCP 26(g)(1)*). Wird einer entsprechenden Anfrage nicht Folge geleistet, kann das Prozessgericht zur Durchsetzung der *pre-trial discovery* angerufen werden (*FRCP 26(g)(3)* i. V. m. *FRCP 37*).[1065]

B. Umfang und Methoden der pre-trial discovery

Im Zentrum dieser Arbeit steht die Frage nach der Erfüllung von Offenlegungsansprüchen. Parallel dazu stellt sich im US-amerikanischen Zivilprozess die Frage nach dem Umfang von Instrumenten, die auf die eine oder andere Weise Zugang zu Beweismitteln gewähren. Nachdem bereits

1062 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.131 (December 2022).

1063 S. dazu 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.132 (December 2022); *Laboratory Skin Care, Inc. v. Limited Brands, Inc.*, 661 F. Supp. 2d 473, 476 f. (D. Del. 2009).

1064 S. sogl. Kapitel 3 B. III. (S. 204 ff.).

1065 Beispiele für solche *discovery motions* finden sich im „*Discovery Motions Resource Kit (Federal)*" des Lexis Praxis Advisors (abrufbar unter https://advance.lexis.com/practice-advisor-home, dort unter „Tools & Resources" – „Resource Kits", zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

kurz dargestellt wurde, in welchem Zusammenhang das US-amerikanische Zivilprozessrecht den Zugang zu Beweismitteln gewährt, folgen nun Ausführungen zum Umfang der *pre-trial discovery*.

I. Der Umfang der *pre-trial discovery* im Wandel der Zeit[1066]

Auch wenn *FRCP 26(a)* in ihrer ersten Fassung nur *depositions*[1067] zum Gegenstand hatte, lassen sich schon aus dieser Fassung Grundsätze für die Frage nach dem Umfang der *pre-trial discovery* ableiten.[1068] Es wurde bereits dargestellt, dass die *pre-trial discovery* zu diesem Zeitpunkt sehr weit konzipiert war.[1069] Diese großzügige Sichtweise etablierte sich dann auch in der Rechtsprechung der 1950er- und 1960er-Jahre und führte dazu, dass die *pre-trial discovery* auch heute noch sehr weit gefasst ist.[1070]

Anpassungen erfuhren die Vorschriften über die *pre-trial discovery* erneut in den 1970er-Jahren. Der Zugriff auf Beweismittel wurde noch einmal erweitert. Es konnte nunmehr auf Versicherungspolicen zugegriffen werden und die Vorlage von Dokumenten auch dann verlangt werden, wenn eine Partei dafür keinen wichtigen Grund (*good cause*) hat. Eine Vorschrift über den Sachverständigenbeweis wurde ebenso eingeführt, wie eine Regelung für den Fall, dass sich eine Partei der Sachverhaltsaufklärung im Wege der *pre-trial discovery* widersetzt.[1071]

Dieser Trend setzte sich anschließend nicht mehr fort. Spätestens in den 1980er-Jahren verstärkten sich Bestrebungen, den weiten Umfang der *pre-trial discovery* wieder einzuschränken. Rechtsanwälte mussten versichern, dass alle *discovery*-Verlangen gerechtfertigt waren und es wurde die obligatorische *discovery conference* eingeführt (*FRCP 26(f)*).[1072] Den Richtern wurde die engmaschigere Überwachung des *discovery*-Verfahrens aufgegeben.[1073] Gleichwohl wurden diese Beschränkungen für unzureichend erach-

1066 Ausf. dazu o. V., 74 Harv. L. Rev. 940 (1961); Miller, 105 Harv. L. Rev. 427, 427-463 (2002).
1067 Dazu u. Kapitel 3 B. III. 1. (S. 205).
1068 Stempel, 62 Alab. L. Rev. 529, 538 (2002).
1069 S. o. Kapitel 3 A. II. (S. 191).
1070 Stempel, 62 Alab. L. Rev. 529, 539, 541 (2002).
1071 Zum Ganzen Stempel, 62 Alab. L. Rev. 529, 541 (2002); zu den einzelnen Regelungen vgl. 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26. App.05 (December 2022).
1072 S. dazu 2 Federal Litigation Guide § 10.31 (December 2022); 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.140-146 (December 2022).
1073 Zum Ganzen Stempel, 62 Alab. L. Rev. 529, 544 (2002).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

tet.[1074] Daher wurden in der Folge weitere Anforderungen an die *pre-trial discovery* gestellt, ohne aber ihren Umfang an sich zu beschränken.[1075]

Das änderte sich mit der Gesetzesreform aus dem Jahr 1993. Erst damit wurden die *required disclosures*[1076] eingeführt. Außerdem wurde die *pre-trial discovery* damit inhaltlich beschränkt, indem etwa die Zahl der *interrogatories* auf 25 und die der *depositions* auf zehn beschränkt wurde. Allerdings konnte das Gericht auf Antrag weitere Befragungen genehmigen.[1077] Diese Bestrebungen setzten sich fort, als im Jahr 2000 die *disclosure* grundsätzlich ausgedehnt, der Zeitumfang der *depositions* jedoch auf sieben Stunden beschränkt wurde. Vor allem aber wurde in diesem Zug *FRCP 26(b)(1)* so geändert, dass die *pre-trial discovery* nun nicht mehr alles erfasst, „was für den Rechtsstreit von Bedeutung sein kann", sondern nur noch Beweismittel, die Bedeutung für einen „Anspruch oder ein Verteidigungsmittel" haben können.[1078] Insgesamt vertraut das der *pre-trial discovery* zugrundeliegende Konzept gleichwohl auf die Kooperation der Parteien, weshalb nahezu das gesamte außerhalb der Hauptverhandlung stattfindende Verfahren Parteivereinbarungen (*stipulations*) zugänglich ist (*FRCP 29*).[1079]

II. Der Umfang der *pre-trial discovery* nach geltendem Recht

FRCP 26(b)(1) als Ausgangspunkt der Vorschriften über den Gegenstand der *pre-trial discovery* ist sodann denkbar umfassend formuliert:[1080]

1074 *Justice Lewis F. Powell jr.* führt dazu in *den Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, 85 F.R.D. 521, 523 (1980) aus: „*I simply believe that Congress' acceptance of these tinkering changes will delay for years the adoption of genuinely effective reforms.*"

1075 Stempel, 62 Alab. L. Rev. 529, 545 (2002).

1076 S. o. Kapitel 3 A. III. 3. (S. 196).

1077 Stempel, 62 Alab. L. Rev. 529, 549 (2002).

1078 Vgl. Stempel, 62 Alab. L. Rev. 529, 550-551 (2002); zu dieser Einschränkung dann auch Kapitel 3 C. I. (S. 242).

1079 6 Moore's Federal Practice – Civil § 29 (December 2022).

1080 Wright & Kane, Law of Federal Courts 526 (2016); *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 11; Born & Westin, International Civil Litigation in United States Courts - Commentary and materials 262 (1990); *Junker*, Discovery, S. 117 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

FRCP 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery

[…]

(b) Discovery Scope and Limits.

(1) *Scope in General.* Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. […]

FRCP 26 bestimmt, welche Informationen und Objekte der pre-trial discovery unterfallen und strahlt auf alle anderen Regelungen in diesem Abschnitt der Federal Rules of Civil Procedure aus.[1081] Gegenstand der pre-trial discovery sind danach alle Beweismittel,[1082] die für die Geltendmachung eines Anspruchs oder die Verteidigung einer Partei von Bedeutung sind,[1083] solange dies verhältnismäßig erscheint[1084] und die Beweismittel nicht durch Anordnung des Gerichts[1085] von der discovery ausgenommen oder von Gesetzes wegen besonders geschützt[1086] sind.[1087] Der pre-trial discovery unterfällt alles, was nicht ausdrücklich davon ausgenommen ist.[1088] Sie ist besonders umfangreich, weil sie sich auf alle Zivilprozesse, auf alle Parteien

1081 *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 12.
1082 Zu den einzelnen Beweismitteln sogleich Kapitel 3 B. III. (S. 200).
1083 Dazu u. Kapitel 3 C. I. (S. 242).
1084 Dazu u. Kapitel 3 C. II. (S. 245).
1085 Dazu u. Kapitel 3 E. I. (S. 256).
1086 Dazu u. Kapitel 3 C. III. (S. 246).
1087 S. auch *Junker*, Discovery, S. 117 ff.
1088 *Inderpendent Productions Corp. v. Loew's*, 22 F.R.D. 266, 271 (1958) ("*Under this rule, the courts have permitted broad discovery. Any question that is in any way relevant to the subject-matter of the litigation is proper.*"); *Junker*, Discovery, S. 117; White, 48 U. Chi. L. Rev. 158, 159 (1981) („*So vast is the range of relevance that it has been couched in the negative: discovery will be allowed unless the information sought is clearly irrelevant.*").

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

(und Dritte) und auf alle Informationen erstreckt.[1089] Ihre große Reichweite wird mit Verweis auf ihren Sinn und Zweck begründet.[1090] Die Parteien sollen in der Hauptverhandlung nicht durch neue Beweisangebote überrascht werden. So sollen gerechte Ergebnisse erzielt und die Prozessökonomie gewährleistet werden.[1091] An dieser Stelle kann zunächst festgehalten werden, dass die pre-trial discovery alle Beweismittel, die für den Rechtsstreit von Bedeutung sein können, erfasst. Die Prozessparteien haben grundsätzlich all diese Beweismittel bereit zu stellen und müssen diese auch schon vor Prozessbeginn benennen (vgl. *FRCP 26(a)*).[1092]

III. Methoden der *pre-trial discovery*

Unabhängig vom Verfahrensstadium sehen die Regeln über die *pre-trial discovery* fünf unterschiedliche Methoden der Beweisermittlung vor. Grundsätzlich können so Informationen erlangt werden, die sich in den Händen der jeweils anderen Prozesspartei befinden.[1093] Auf der Grundlage der *Federal Rules of Civil Procedure* können darüber hinaus auch Personen, die nicht unmittelbar am Prozess beteiligt sind, den Vorschriften über die *pre-trial discovery* unterfallen (*FRCP 26(c)(2): „…the court may, on just terms, order that any party or person provide or permit discovery")*.[1094]

Das die einzelnen *pre-trial discovery*-Behelfe betreffende Verfahren ist in *FRCP 30-36* geregelt. *FRCP 30* regelt die mündliche Zeugenvernehmung (*depositions by oral examinations*), während *FRCP* 31 *FRCP* die schriftliche Zeugenvernehmung (*deposition by written questions)* zum Gegenstand hat. *FRCP* 32 trifft Bestimmungen über die Verwertbarkeit dieser *depositions* im Prozess. Diese Vorschriften regeln auch, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Aussagen von Sachverständigen in der Hauptverhandlung berücksichtigt werden können.[1095] *FRCP 33* regelt die schriftliche

1089 *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 11 f; *Schack*, US-Zivilprozessrecht, S. 50 (Rn. 111).
1090 S. dazu o. Kapitel 3 A. I. (S. 189).
1091 *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 13 (Fn. 49 m. w. N.).
1092 S. auch *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 33.
1093 Burnham & Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States 373 ff. (2021).
1094 O. V., 74 Harv. L. Rev. 940, 1020 (1961).
1095 Dazu sogl. Kapitel 3 B. III. 1. (S. 205).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Parteivernehmung durch *written interrogatories*.[1096] *FRCP 34* trifft Bestimmungen über die Beschaffung von Dokumenten, elektronisch gespeicherten Daten und anderen Gegenständen sowie den Zugang zu Grundstücken (*producing documents, electronically stored information, and tangible things, or entering onto land, for inspection and other purposes*).[1097] *FRCP 35* regelt die körperliche und geistige Untersuchung einer Person (*physical and mental examinations*).[1098] *FRCP 36* gewährt schließlich die Möglichkeit, ein Geständnis herbeizuführen (*request for admission*).[1099]

Insgesamt ist den Parteien zur Gestaltung der *pre-trial discovery* ein großer Gestaltungsspielraum eingeräumt, wobei *FRCP 26(f)* zunächst die Durchführung einer *pre-trial conference* vorschreibt. In diesem Rahmen sollen die Parteien versuchen, Streitpunkte im Zusammenhang mit der *pre-trial discovery* untereinander zu klären. Dazu können verschiedene Parteivereinbarungen (*stipulations*) getroffen werden, die sodann von den Parteien bei der Durchführung der *pre-trial discovery* zu beachten sind (*FRCP 29*).

1. Anhörung von Parteien, Zeugen und Sachverständigen (*depositions*)

Als *deposition* wird die außergerichtliche Zeugenvernehmung bezeichnet, die von einem *court reporter* schriftlich festgehalten wird.[1100] Dieser Vorgang wird auch als *examination before trial* bezeichnet. Außerdem wird das vom *court reporter* angefertigte Transkript dieser Vernehmung als *deposition* bezeichnet.[1101] Teilweise werden „*discovery depositions*" von „*de bene esse depositions*" (oder „*trial depositions*") unterschieden. *Discovery depositions* werden dabei von der beweisbelasteten Partei angestrengt, um

1096 Dazu u. Kapitel 3 B. III. 2. (S. 215).
1097 Dazu u. Kapitel 3 B. III. 3. (S. 223).
1098 Dazu u. Kapitel 3 B. III. 4. (S. 236).
1099 Dazu u. Kapitel 3 B. III. 5. (S. 239).
1100 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.02 (December 2022); *Windsor Shirt Co. v. New Jersey Nat'l Bank*, 793 F. Supp. 589, 606 (E.D. Pa. 1992)(„*A deposition is a record of testimony taken outside of the courtroom that has been certified in conformity with the Federal Rules of Civil Procedure so that a jury can regard it as equivalent to testimony delivered inside the courtroom under oath.*"); umfangreiche Materialien zum Ablauf und zur Vorbereitung einer *deposition* finden sich im „*Deposition Resource Kit (Federal)*" des Lexis Praxis Advisors (abrufbar unter https://advance.lexis.com/practice-advisor-home, dort unter „Tools & Resources" – „Resource Kits", zuletzt abgerufen am 11.07.2023).
1101 Black's Law Dictionary, deposition (2019).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

sich Gewissheit über den Sachverhalt zu verschaffen, während *de bene esse depositions*, dazu dienen, eine Aussage festzuhalten, wenn bereits feststeht, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht aussagen können wird.[1102] Das Verfahren ist umfassend in *FRCP 30* geregelt.[1103]

Depositions sind das am häufigsten genutzte *discovery*-Instrument.[1104] Den Parteien wird ein Fragerecht eingeräumt, das jede Person, die Kenntnis von für den Fall bedeutsamen Umständen hat, erfasst. Diese Person muss ihre Aussage unter Umständen schon in diesem Stadium beeiden.[1105] So soll festgehalten werden, was ein Zeuge wahrgenommen hat oder diesem in Bezug auf den konkreten Fall bekannt geworden ist.[1106] Dieser Mechanismus wird zwar gemeinhin begrüßt,[1107] jedoch wird teilweise auch am Sinn dieser Zeugenbefragungen gezweifelt.[1108] Die im Rahmen der *depositions* gewonnenen Informationen sind besonders wertvoll, weil sie es einer Partei erlauben, den Fall aus allen Blickwinkeln zu betrachten und so unerwarteten Wendungen besonders sicher vorbeugen.

Obwohl die Niederschrift an Stelle einer beeideten Zeugenaussage in der Hauptverhandlung verwendet werden kann, erlangen die *depositions* ihre herausragende Bedeutung bereits im vorprozessualen Stadium. Sie werden meist eingesetzt, um Informationen zu sammeln und die Hauptverhandlung vorzubereiten.[1109] Steht danach fest, dass die Zeugen tatsächlich zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen können, werden sie – soweit möglich – in der Hauptverhandlung vor der *jury* erneut befragt. Dabei spielt die Niederschrift eine gewichtige Rolle, weil so das Kreuzverhör (*cross-examination*) vorbereitet werden kann. Widersprechen sich die Aussagen des

1102 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.02 [1], § 30.41 (December 2022).
1103 Zu Zeitpunkt und Ort s. 2 Federal Litigation Guide § 17.03 (December 2022).
1104 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.02 [2] (December 2022); 4 AmJur Trials 119 § 1 (December 2022).
1105 Burnham & Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States 372 (2021).
1106 Vgl. *Ethicon Endo-Surgery v. United States Surgical Corp.*, 150 F.R.D. 98, 99 (S.D. Ohio 1995)(*"A deposition is intended to permit discovery of information in the possession of the deponent or perpetuate the testimony of the deponent."*).
1107 S. etwa *Miner v. Atlass*, 363 U.S. 641, 649, 80 S. Ct. 1300, 4 L. Ed. 2d 1462 (1960).
1108 S. nur 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.02 (December 2022); *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 12.
1109 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.02 [1] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Zeugen in Hauptverhandlung und *deposition*, wird dies häufig genutzt, um die Glaubhaftigkeit seiner Aussage anzuzweifeln.[1110]

Die *depositions* gelten als besonders vorteilhaft, weil sie die zuverlässige Vorbereitung der Beweisaufnahme ermöglichen. Außerdem kann so die Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage in der Hauptverhandlung bestätigt oder in Zweifel gezogen werden, wenn diese von der Aussage im Rahmen der *deposition* abweicht. Die Zeugenaussage wird für den Fall konserviert, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht mehr zur Verfügung steht. Auch sind sie flexibler und daher in größerer Detailtiefe handhabbar als etwa die *written interrogatories*.[1111] Andererseits bieten die *depositions* reichlich Anlass für ausufernde Auseinandersetzungen mit einem Zeugen oder einer Partei.[1112]

Eine Partei kann den notwendigen Beweis auch durch die Aussage oder das Gutachten eines Sachverständigen erbringen.[1113] Gemäß *FRCP 26(b)(4)* wird der Sachverständige typischerweise[1114] von einer Partei ausgewählt.[1115] Zur Prozessvorbereitung kann er – wie eine Partei oder ein Zeuge – im Rahmen einer *deposition* befragt werden.[1116] Tatsächlich kennen die *Federal Rules of Civil Procedure* kein eigenständiges Instrument des Sachverständigenbeweises. Vielmehr ist auch der Sachverständige Zeuge (*[expert] witness*).[1117] Soll nur das Gutachten, nicht aber die Aussage des Sachverständigen selbst in die Hauptverhandlung eingeführt werden, so kann

1110 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.02 [1] (December 2022); o. V., 74 Harv. L. Rev. 940, 953 (1961); allgemein zur Verwendung der *depositions* in der Hauptverhandlung s. *FRCP 32*.

1111 Zu den Vor- und Nachteilen der *depositions* insgesamt s. 4 AmJur Trials 119 § 2 (December 2022).

1112 Siehe nur die Vernehmung von Justin Bieber, der im Rahmen eines Körperverletzungsprozesses gegen einen seiner Bodyguards aussagen sollte (abrufbar unter https://www.youtube.com/watch?v=6szSy_UBL_U, zuletzt abgerufen am 11.07.2023). Eindrücklich ist auch die Auseinandersetzung im Rahmen einer *deposition* um die Frage, was eine *photocopy machine* ist; abrufbar https://www.cleveland.com/metro/2011/03/identifying_photocopy_machine.html; s. dazu auch https://www.nytimes.com/2014/04/28/opinion/verbatim-what-is-a-photocopier.html?smid=url-share; eine Verfilmung dieser Sequenz ist abrufbar unter https://www.youtube.com/watch?v=PZbqAMEwtOE (alle Links zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1113 S. dazu das „*Expert Witness Resource Kit (Federal)*" des Lexis Praxis Advisors (abrufbar unter https://advance.lexis.com/practice-advisor-home, dort unter „Tools & Resources" – „Resource Kits", zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1114 Zu vom Gericht bestellten Sachverständigen s. *FRE 706*.

1115 Zum Auswahlprozess s. 2 Federal Litigation Guide § 23.02 (December 2022).

1116 S. u. Kapitel 3 B. III. 1. (S. 205).

1117 2 Federal Litigation Guide § 23.01 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

weiteres Wissen des Sachverständigen nur unter den Voraussetzungen von *FRCP 35(b)* oder bei Vorliegen besonderer Umstände im Rahmen einer *deposition* oder durch *interrogatories* in Erfahrung gebracht werden.[1118] Die Kosten für die Erstellung des Gutachtens hat grundsätzlich die Partei zu tragen, die das Gutachten in Auftrag gegeben hat.[1119]

a) Beteiligte

Im Rahmen der *deposition* wird der Zeuge außerhalb des Gerichtssaals von einem Prozessvertreter befragt.[1120] Nicht notwendig ist, dass der Zeuge anwaltlich vertreten ist, weil es um Aussagen des Zeugen, nicht seines Rechtsanwaltes geht.[1121] Ein *„officer of the court" (*vgl. *FRCP 28)*, meist ein *court reporter*, beaufsichtigt die Vernehmung und fertigt ein Wortprotokoll. Entscheidend kommt es darauf an, dass diese Person berechtigt ist, dem Zeugen den Eid abzunehmen.[1122] Befinden sich Zeuge und *officer of the court* an verschiedenen Orten, kommt unter Umständen auch die Vernehmung im Rahmen einer Telefon- oder Videokonferenz in Betracht.[1123]

Gemäß *FRCP 30(a)(1)* kann im Rahmen einer *deposition* jede Person vernommen werden.[1124] Es ist unerheblich ob die zu befragende Person als Partei am Rechtsstreit beteiligt ist oder nicht.[1125] *„Person"* meint jede natürliche Person oder Körperschaft,[1126] wobei im letzteren Fall ein Vertreter der Körperschaft angehört wird. [1127] Die Vorschrift reicht so weit, dass sogar der Prozessvertreter einer Partei im Rahmen einer *deposition* befragt werden kann.[1128] Parteien können ohne gerichtliche Anordnung vernommen werden, während Dritte vom Gericht vorgeladen sein müssen.[1129] Eine

1118 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.80 [2] (December 2022).
1119 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.80 [3] (December 2022).
1120 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.02 [1] (December 2022).
1121 *Hall v. Clifton Precision*, 150 F.R.D. 525, 528 (E.D. Pa. 1993).
1122 6 Moore's Federal Practice – Civil § 28.03, § 30.02 [3], § 30.06 (December 2022).
1123 6 Moore's Federal Practice – Civil § 28.04 (December 2022).
1124 4 AmJur Trials 119 § 19 (December 2022).
1125 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.03 [1] (December 2022).
1126 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.03 [1] (December 2022).
1127 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.03 [2] (December 2022) mit Beispielen zur Frage, welche Personen als geeignete Vertreter in Betracht kommen.
1128 7 Moore's Federal Practice – Civil § 31.03 [5] (December 2022).
1129 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.21 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

entsprechende Ladung wird das Gericht aussprechen, wenn die in *FRCP 45* formulierten Voraussetzungen erfüllt sind.[1130] Kann jemand jedoch im Rahmen der Hauptverhandlung nicht als Zeuge (oder als Partei) vernommen werden, so gilt dies auch für die Vernehmung im Rahmen einer *deposition.*[1131]

b) Modalitäten der Vernehmung

FRCP 30 geht grundsätzlich von der mündlichen Vernehmung eines Zeugen aus. Diese Vernehmung kann durch Ton- oder Videoaufzeichnung oder durch ein stenographisches Transkript festgehalten werden.[1132] Den Parteien steht es dabei frei, die von ihnen gewünschte Art der Aufzeichnung zu wählen.[1133] Mittlerweile werden die *depositions* vorwiegend audiovisuell aufgezeichnet. Das hat den Vorteil, dass Umstände, die sich mit Worten nur schwer beschreiben lassen, nachgestellt werden können und die *jury* auch Auftreten und Benehmen des Zeugen während der Vernehmung in ihr Urteil einfließen lassen kann.[1134] Ist eine Partei mit der einen oder anderen Art der Aufzeichnung nicht einverstanden, kann sie versuchen eine Schutzanordnung (*protective order*) gemäß *FRCP 26(c)* zu erwirken.[1135] Auf Grundlage der Aufzeichnung kann im Anschluss an die *deposition* ein schriftliches Wortprotokoll gefertigt werden. Soll die *deposition* später in die Hauptverhandlung eingeführt werden, ist dies sogar notwendig (*FRCP 32(c)*).[1136] Die notwendigen Aufwendungen trägt die die *deposition* durchführende Partei (*FRCP 30(b)(3)(A)*).

Während typischerweise alle Beteiligten an einem Ort versammelt sind und die *deposition* in einem Gespräch von Angesicht zu Angesicht durchgeführt werden kann, lässt *FRCP 30(b)(4)* auch die fernmündliche Verneh-

1130 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.21 (December 2022).
1131 4 AmJur Trials 119 § 19 (December 2022); zu weiteren Ausnahmen s. 4 Fed. Trial Guide § 100.10[1][a](1)-(3) (2018).
1132 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.23 [1][a] (December 2022).
1133 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.23 [3] (Decemeber 2022).
1134 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.23 [1][b] (December 2022).
1135 Dazu ausf. u. Kapitel 3 E. I. (S. 256).
1136 Zu weiteren Fällen, in denen die Anfertigung eines schriftlichen Wortprotokolls erforderlich ist s. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.23 [4] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

mung[1137] eines Zeugen zu, wenn die Parteien sich darauf verständigen oder das Gericht dies auf Antrag einer Partei anordnet. Anstatt selbst an der Vernehmung teilzunehmen, kann die die *discovery* durchführende Partei Fragen auch schriftlich formulieren. Diese werden der zu vernehmenden Person zugestellt und dem zuständigen *officer of the court* übergeben. Dieser stellt dann die Fragen und notiert die Antworten des Zeugen.[1138] Die maßgeblichen Regeln formuliert *FRCP 31*.[1139] Die *depositions* können dabei grundsätzlich auf Parteiinitiative durchgeführt werden (*FRCP 30(a)(1), 31(a)(1)*).[1140] Nur in bestimmten Fällen ist die Genehmigung des Gerichts (*leave of court*) erforderlich.[1141]

c) Gegenstand der depositions

Den Umfang des durch *depositions* Erforschbaren bestimmt wiederum *FRCP 26*.[1142] Danach darf nach für den Fall relevanten, nicht besonders geschützten Informationen gefragt werden, wenn dabei damit zu rechnen ist, dass dies zur Aufdeckung von Informationen führt, die für den Fall von Bedeutung sind.[1143] Die Beweisführung in der Hauptverhandlung wird vielfach durch die *Federal Rules of Evidence* beschränkt. Einem Zeugen dürfen danach bestimmte Fragen in der Hauptverhandlung nicht gestellt werden. Die *deposition* unterliegt keiner vergleichbaren Beschränkung. Entscheidend kommt es darauf an, dass die Fragen zur Aufdeckung von Beweismitteln führen können, die dann in der Hauptverhandlung präsentiert werden dürfen.[1144] In Zusammenspiel mit *FRCP 34, FRCP 45(d)* erlaubt *FRCP 30* auch die Anforderung von Unterlagen oder Augenscheinsobjekten, die sich im Besitz des Zeugen befinden.[1145]

1137 Gemeint ist die telefonische Vernehmung des Zeugen oder die Vernehmung im Rahmen einer Videokonferenz. Zu den Einzelheiten der fernmündlichen Vernehmung s. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.24 (December 2022) m. w. N.
1138 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.44 (Decemeber 2022).
1139 S. dazu 7 Moore's Federal Practice – Civil § 31 (December 2022).
1140 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.04, § 31.04 (December 2022).
1141 Zu den Fällen, in denen eine gerichtliche Genehmigung erforderlich ist s. (*FRCP 30(a)(2), 31(a)(2)* samt der Kommentierung bei 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.05 (December 2022).
1142 S. dazu. o. Kapitel 3 B. II. (S. 202).
1143 2 Federal Litigation Guide § 17.02 [1] (December 2022).
1144 2 Federal Litigation Guide § 17.02 [1] (December 2022).
1145 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.03 [1] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Dieser großen Reichweite der *deposition* kann begegnet werden, indem einer Frage widersprochen wird (*objection*). Dieser Widerspruch wird in der Niederschrift vermerkt und der Richter entscheidet darüber grundsätzlich im Rahmen der Hauptverhandlung (*FRCP 30(c)(2)*). Das bedeutet aber auch, dass der Zeuge grundsätzlich verpflichtet ist, im Rahmen der *deposition* auf jede Frage zu antworten.[1146] Der Einspruch kann auch erst in der Hauptverhandlung geltend gemacht werden.[1147] Insgesamt sollte von den *objections* zurückhaltend Gebrauch gemacht werden.[1148] In bestimmten Fällen kann es aber erforderlich sein, dass eine Frage nicht im Rahmen der *deposition* beantwortet wird. Das ist der Fall, wenn es darum geht, geschützte Informationen geheim zu halten, eine vom Gericht angeordnete Beschränkung der Fragestellung sicherzustellen oder um einen Antrag nach *FRC 30(d)(3)* zu stellen, mit dem die *deposition* eingeschränkt oder beendet werden kann (*FRCP 30(c)(2)*). Allerdings darf dem Zeugen von der Beantwortung der Frage nur abgeraten werden, wenn einer dieser Fälle vorliegt.[1149]

1146 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.43 [1] (December 2022).

1147 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.43 [1] (December 2022).

1148 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.43 [1] (December 2022).

1149 *Riddel Sports, Inc. v. Brooks*, 158 F.R.D. 555, 557 (S.D.N.Y. 1994)("*…counsel for Mr. Brooks noted that Riddell's attorney had on several occasions directed the deponents not to answer certain questions. Such conduct is generally inappropriate.*"); *Boyd v. Univ. of Maryland Med. Sys.*, 173 F.R.D. 143, 147 (D. Md. 1997)(„*…any time that a lawyer instructs a deponent not to answer a question except as authorized by Rules 30(d)(1) or 30(d)(3) the instruction is presumptively improper*); *Dravo Corp. v. Liberty Mut. Ins. Co.*, 164 F.R.D. 70, 75 (D. Neb. 1995)(„*Since there was no claim of privilege, and there has been no showing that the deposition was conducted in bad faith or in such a manner as unreasonably to annoy, embarrass, or oppress Hartsock, the instructions not to answer were 'highly improper.'*"). Offenbar sind die aus Film und Fernsehen bekannten Szenen, in denen die Prozessvertreter häufig die Zeugenbefragung durch ihre Einwürfe ad absurdum führen, nicht völlig aus der Luft gegriffen. Verschiedene Gerichte sahen die Notwendigkeit, die Prozessvertreter auf ihre Rolle als Organe der Rechtspflege hinzuweisen und ihnen ein entsprechenden Benehmen anzuraten, vgl. nur *Calzaturficio S.C.A.R.P.A., s.p.a. v. Fabiano Shoe Co.*, 201 F.R.D. 33, 39-40 (D.Mass. 2001); *Hearst/ABC-Viacom Entertainment Servs. v. Goodway Mktg., Inc.*, 145 F.R.D. 59, 63 (E.D. Pa. 1992); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.43 [2] (December 2022) m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

d) Ablauf einer deposition

Will eine Partei eine *deposition* durchführen, so muss sie zunächst die anderen am Rechtsstreit beteiligten Parteien davon schriftlich unterrichten. Die Mitteilung muss erkennen lassen, wann[1150] und wo die *deposition* durchgeführt werden soll, wer vernommen werden soll,[1151] welche Urkunden und Augenscheinsobjekte bei der *deposition* vorgelegt werden sollen und auf welche Art und Weise die Vernehmung aufgezeichnet werden soll (*FRCP 30(b)*). Üblicherweise bestimmt dabei die beweissuchende Partei den Ort der *deposition*.[1152] Allerdings kann das Gericht anordnen, dass die Vernehmung an einem anderen Ort stattzufinden hat, wenn dies angemessen erscheint.[1153]

Während es zur Vernehmung einer Partei keiner gesonderten Anordnung des Gerichts bedarf, müssen Dritte gemäß *FRCP 45* vorgeladen werden (*subpoena*). So kann einerseits erreicht werden, dass die zu vernehmende Person überhaupt an der Vernehmung teilnimmt (*FRCP 45(a)(1)(B)*), andererseits kann sie so zur Vorlage von bestimmten Beweismitteln verpflichtet werden (*FRCP 45(a)(1)(C)*).[1154] Dass die zu vernehmende Person ihren Mitwirkungspflichten dann auch tatsächlich nachkommt, kann mit den in *FRCP 37* vorgesehenen Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden.[1155]

aa) Vorbereitung einer *deposition*

Um eine *deposition* erfolgreich durchführen zu können, muss zunächst klar sein, welcher Sachverhalt bewiesen werden soll. Der die *deposition* durchführende Prozessvertreter muss also eine These entwickeln, auf welcher er den Fall aufbauen kann. So wird sichergestellt, dass alle Tatsachen, die für den Fall von Bedeutung sein könnten, ausgeleuchtet werden.[1156] Freilich

1150 Dazu 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.20 [1][b][iii] (December 2022).
1151 Dazu 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.20 [1][b][i] (December 2022).
1152 *DeepGulf, Inc. v. Moszowski*, 330 F.R.D. 600, 606-607 (N.D. Fla. 2019); *SEC v. Aly*, 320 F.R.D. 116, 118 (S.D.N.Y. 2017); *Buzzeo v. Board of Educ.*, 178 F.R.D. 390, 392 (E.D.N.Y. 1998); *Riley v. Murdock*, 156 F.R.D. 130, 132 (E.D.N.C. 1994).
1153 Zu den Ausnahmen s. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.20 [1][b][ii] (December 2022) m. Beispielen in w. N.
1154 Dazu ausf. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.22 [4] (December 2022).
1155 Dazu insb. u. Kapitel 3 E. III. 2. (S. 261).
1156 2 Federal Litigation Guide § 16.02 [1.1] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

wird es sich dabei nur um eine vorläufige Einschätzung handeln, die auf Grundlage der im Rahmen der *discovery* zu Tage geförderten Informationen angepasst werden muss.[1157] Zur Weiterentwicklung seiner These kann der Prozessvertreter auf die klageleitendenden Schriftsätze, Antworten auf *interrogatories*[1158] sowie auf vorgelegte Urkunden und Augenscheinsobjekte[1159] zurückgreifen. Eine besonders wertvolle Informationsquelle wird regelmäßig auch der eigene Mandant sein.[1160] In der *deposition* wird es darum gehen, die These durch Zeugenaussagen zu bestätigen oder zu widerlegen.[1161] Zur Vorbereitung der *deposition* empfiehlt sich die Anfertigung einer Übersicht, aus der sich die zu befragenden Zeugen[1162] sowie die Probleme des Falles ergeben.[1163] Auch werden üblicherweise umfangreiche Informationen über die einzelnen Zeugen zusammengetragen, die insbesondere dazu genutzt werden, Zweifel an deren Glaubwürdigkeit zu schüren.[1164] Dabei ist zu beachten, dass Aussagen von Zeugen aus dem Lager einer Partei regelmäßig ein geringeres Gewischt zugemessen wird als den Aussagen eines neutralen Zeugen. Dies sollte auch im Rahmen der Vorbereitung der *deposition* beachtet werden.[1165]

bb) Zeugenverhör

Das eigentliche Zeugenverhör im Rahmen der *deposition* folgt dann den auch für die Hauptverhandlung maßgeblichen Regeln der *Federal Rules of Evidence* (*FRCP 30(c)(1)*). Der Zeuge wird von den Rechtsanwälten der am Prozess beteiligten Parteien verhört (*examination and cross-examination*). Dabei sind alle Fragen zulässig, die Gegenstand der *deposition* sein können.[1166] Hat ein Zeuge Schwierigkeiten, sich an die genauen Umstände des Sachverhalts zu erinnern, kann zusätzliches Beweismaterial benutzt werden, um seine Erinnerung aufzufrischen (*FRE 612*). Auch wenn ein Zeuge

1157 2 Federal Litigation Guide § 16.02 [1.1] (December 2022).
1158 Dazu u. Kapitel 3 B. III. 2. (S. 215).
1159 Dazu u. Kapitel 3 B. III. 3. (S. 223).
1160 2 Federal Litigation Guide § 16.02 [1.3] (December 2022).
1161 2 Federal Litigation Guide § 16.02 [1.2] (December 2022).
1162 S. dazu 2 Federal Litigation Guide § 16.03 (December 2022).
1163 2 Federal Litigation Guide § 16.02 [2] (December 2022).
1164 2 Federal Litigation Guide § 16.02 [4] (December 2022).
1165 2 Federal Litigation Guide § 16.05-06, § 17.03, § 17.10 (December 2022)..
1166 Dazu s. o. Kapitel 3 B. III. 1. c) (S. 210).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

oder eine Partei bei dem Verhör von einem Rechtsanwalt begleitet wird, hat die die *deposition* durchführende Partei grundsätzlich Anspruch auf eine Antwort des Zeugen. Der Rechtsanwalt darf den Zeugen jedenfalls während der Befragung grundsätzlich nicht beraten.[1167] Auch vor der *deposition* erscheint es jedenfalls fragwürdig, wenn Zeugen von den Prozessvertretern im Interesse ihrer Mandanten instruiert werden (sog. *witness coaching*).[1168]

Die Prozessvertreter haben stets darauf achten, dass die vom *court reporter* angefertigte Niederschrift eindeutig formuliert und verwertbar ist. Soll die *deposition* später in die Hauptverhandlung eingeführt werden, ist entscheidend, dass sie eindeutig und logisch aufgebaut ist.

FRCP 30(d)(1) beschränkt die Dauer einer *deposition* grundsätzlich auf sieben Stunden. Die *deposition* hat danach außerdem an einem einzigen Tag stattzufinden. Unterbrechungen sind zulässig.[1169] Diese zeitliche Beschränkung kann auf Anordnung des Gerichts verlängert werden. Dabei kann berücksichtigt werden, dass zur Befragung des Zeugen ein Dolmetscher erforderlich oder dass ein besonders umfangreicher Zeitraum Gegenstand der Befragung ist.[1170]

e) Verwertung im Prozess

FRCP 32 bestimmt, unter welchen Umständen die *deposition* in der Hauptverhandlung verwertet werden kann. *FRCP 32(a)(1)* regelt die allgemeinen Voraussetzungen. Eine *deposition* kann einer Partei in der Hauptverhandlung nur entgegengehalten werden, wenn diese Partei bei der Vernehmung anwesend oder vertreten gewesen ist. Außerdem müssen die *Federal Rules of Evidence* die Verwendung der *deposition* in die Hauptverhandlung zulassen.

Die im Rahmen der *deposition* gewonnene Zeugenaussage ist zwar grundsätzlich als Aussage eines „Zeugen vom Hörensagen" (*hearsay* im Sinne von *FRE 801*) zu werten und kann nicht durch den Bericht einer

1167 *In re Stratosphere Corp. Sec. Litig.*, 182 F.R.D. 614, 621-622 (D. Nev. 1998); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.42 [2] (December 2022); zu den Gestaltungsmöglichkeiten des Prozessvertreters, um für seine Seite nachteilige Aussagen zu vermeiden s. auch 2 FEDERAL LITIGATION GUIDE § 18 (December 2022).

1168 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.42 [2] (December 2022); ausf. dazu auch *Timmerbeil*, Witness Coaching.

1169 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.45 (December 2022).

1170 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.45 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

anderen Person, die bei der *deposition* anwesend war, in die Hauptverhandlung eingeführt werden.[1171] Gemäß *FRCP(a)(2)-(8)* kann aber die Niederschrift in der Hauptverhandlung verlesen werden. Die Verwertung der *deposition* ist danach unter anderem zulässig, wenn damit die Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder die Glaubhaftigkeit seiner Aussage angezweifelt wird (*FRCP(a)(2)*) oder wenn ein Zeuge in der Hauptverhandlung aus bestimmten Gründen nicht mehr zur Verfügung steht (*FRCP(a)(4)*).[1172] In diesen Fällen wird somit von dem in *FRCP 43(a)* formulierten Grundsatz, dass Zeugen unmittelbar in der öffentlichen Hauptverhandlung aussagen müssen, abgewichen.[1173]

Eine *deposition* kann von jeder Partei in die Hauptverhandlung eingeführt werden,[1174] unabhängig davon, ob die *deposition* auf Initiative dieser Partei oder der gegnerischen Partei durchgeführt worden ist.[1175] Die *deposition* darf grundsätzlich auch zu Lasten jeder Partei eingesetzt werden.[1176] Insgesamt hat das Gericht aber einen weiten Beurteilungsspielraum, wenn fraglich ist, ob eine *deposition* in der Hauptverhandlung verwertet werden darf.[1177] Hält eine Partei die Verwertung der *deposition* für unzulässig, kann sie Einspruch (*objection*) dagegen erheben.[1178] Soll eine *deposition* von vornherein vermieden werden, kann ein entsprechender Antrag an das Gericht gestellt werden. Allerdings geben die Gerichte diesen Anträgen nur äußerst zurückhaltend statt.[1179] Gleiches gilt, wenn eine *deposition* abgebrochen oder beschränkt werden soll.[1180]

2. Schriftliche Fragen (*interrogatories*)

FRCP 32 enthält Regeln über die Informationsgewinnung durch *interrogatories.* Dabei handelt es sich um Fragen, üblicherweise eine Zusammenstel-

1171 S. dazu ausf. 5 Weinstein's Federal Evidence § 802 (December 2022).
1172 Zu diesen Fällen im Einzelnen 7 Moore's Federal Practice – Civil § 32.20–28 (December 2022).
1173 *Griman v. Makousky*, 76 F.3d 151, 153 (7th Cir. 1996); *Kolb v. County of Suffolk*, 109 F.R.D 125, 127 (E.D.N.Y. 1985); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 32.02 (December 2022).
1174 Dazu 7 Moore's Federal Practice – Civil § 32.60-65 (December 2022).
1175 *Weiss v. Wayes*, 132 F.R.D. 152, 154 (M.D. Pa. 1990).
1176 7 Moore's Federal Practice – Civil § 32.04 (December 2022).
1177 7 Moore's Federal Practice – Civil § 32.07 (December 2022).
1178 Ausf. dazu 7 Moore's Federal Practice – Civil § 32.40-47 (December 2022).
1179 Vgl. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.50 (December 2022).
1180 Vgl. dazu 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.51 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

lung mehrerer Fragen, die der gegnerischen Partei im Rahmen der *pre-trial discovery* schriftlich übermittelt werden.[1181] Die gegnerische Partei muss die *interrogatories* schriftlich und unter Eid beantworten oder Einspruch dagegen einlegen (*FRCP 33(b)(3), (4)*). *Interrogatories* können nur an die jeweils andere Partei adressiert werden. Erfasst werden alle Personen, die in der Klageschrift und der gerichtlichen Ladung (*summons*) genannt sind (*FRCP 33(a)(1), (b)*).[1182]

Gemeinhin werden zwei Arten von *interrogatories* unterschieden: *identification interrogatories* und *contention interrogatories*.[1183] *Identification interrogatories* werden eingesetzt, um Tatsachen zu erforschen. Mit ihnen kann die gegnerische Partei dazu angehalten werden, für den Fall relevante Unterlagen, Gegenstände oder Personen, die Kenntnis von den maßgebenden Umständen haben, zu benennen.[1184] *Contention interrogatories* betreffen demgegenüber Meinungen und Behauptungen mit Bezug zu den streitgegenständlichen Tatsachen.[1185]

Interrogatories dienen – wie alle *discovery*-Instrumente – der Aufdeckung der tatsächlichen Umstände des Falles sowie der zügigen und kostengünstigen Streitbeilegung. Ihre Aufgabe ist es, unnötige *depositions* und die damit verbundenen Verzögerungen zu vermeiden sowie die streitigen Tatsachen einzugrenzen.[1186] Sie können dabei mit anderen *discovery*-Instrumenten kombiniert werden.[1187] So kann etwa die Frage nach Eigenschaften einer Urkunde mit deren Vorlage (*request for production*)[1188] verbunden werden.[1189] Dem Gericht stehen zahlreiche Mittel zur Verfügung, mit denen es

1181 Black's Law Dictionary, interrogatory (2019); 27 CJS DiscovDep § 92 (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.02 [1] (December 2022).
1182 Ausf. dazu 27 CJS DiscovDep § 97 (December 2022); 2 Federal Litigation Guide § 12.03 (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.20 (December 2022).
1183 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.02 [2] (December 2022).
1184 Bsp. in 2 Federal Litigation Guide § 12.07 (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.02 [2][a] (December 2022).
1185 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.02 [2][b] (December 2022); allg. dazu Johnston & Johnston, 148 F.R.D. 441 (1993); Bsp. in 2 Federal Litigation Guide § 12.08 (December 2022).
1186 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.03 (December 2022).
1187 27 CJS DiscovDep § 92 (December 2022).
1188 S. u. Kapitel 3 B. III. 3. (S. 223).
1189 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.04 [1] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

auf die Formulierung und die Beantwortung der *interrogatories* einwirken kann.[1190]

Die *interrogatories* erlauben die einfache und kostengünstige Feststellung bestimmter Tatsachen, weshalb sie gegenüber den anderen *discovery*-Methoden häufig vorzugswürdig erscheinen.[1191] Andererseits muss beachtet werden, dass so keine Rückschlüsse auf der Grundlage des Verhaltens der Partei bei der Beantwortung gezogen werden können und anschließende Nachfragen nur unter erheblichem Aufwand möglich sind.[1192] Außerdem erhält eine Partei so nur selten die „ungefilterte" Antwort auf ihre Frage, weil die gegnerische Seite regelmäßig anwaltliche Hilfe bei der Beantwortung in Anspruch nimmt.[1193]

Häufig geht es im Rahmen der *interrogatories* darum, ganz grundlegende Informationen, die sich von Fall zu Fall kaum unterscheiden, zu ermitteln. Zahlreiche Bundesstaaten stellen daher umfangreiche Standardfragebögen zur Verfügung.[1194] Benötigen die Parteien Angaben zu einem genau bestimmten Umstand, können die Fragen auch individuell formuliert werden.[1195]

a) Modalitäten der interrogatories

Soll die *pre-trial discovery* mittels *interrogatories* durchgeführt werden, sind bestimmte Regeln zu Form und Verfahren zu beachten. Zunächst beschränkt *FRCP 33(a)(1)* die Zahl der zulässigen Fragen an eine Partei auf 25, wobei auch abtrennbare Teilfragen[1196] als eine Frage gezählt werden. Weitere Fragen können mit Genehmigung des Gerichts formuliert werden. *FRCP 33* schreibt zwar nicht vor, in welcher Form die *interrogatories* abge-

1190 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.06 (December 2022).
1191 2 Federal Litigation Guide § 12.09 (December 2022); zu den Vorteilen der *interrogatories* gegenüber anderen *discovery*-Methoden s. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.05 [1] (December 2022).
1192 2 Federal Litigation Guide § 12.10 (December 2022); zu den Nachteilen 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.33 [2] (December 2022).
1193 *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 13.
1194 Für Kalifornien s. bspw. http://www.courts.ca.gov/documents/disc001.pdf (zuletzt abgerufen am 11.07.2023).
1195 S. dazu das *„Written and Document Discovery Resource Kit (Federal)"* des Lexis Praxis Advisors (abrufbar unter https://advance.lexis.com/practice-advisor-home, dort unter „Tools & Resources" – „Resource Kits", zuletzt abgerufen am 11.07.2023).
1196 Dazu ausf. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.30 [2] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

fasst sein müssen, allerdings ist anerkannt, dass diese endgültig, eindeutig und verständlich formuliert sein müssen.[1197] Sind mehrere Parteien am Rechtsstreit beteiligt, so muss eine Kopie der *interrogatories* an jede Partei übermittelt werden (*FRCP 5(a)(1)(C)*). Die *interrogatories* dürfen erst zugestellt werden, wenn die *pre-trial conference* abgehalten wurde. Regelmäßig werden *identification interrogatories* recht früh im *discovery*-Verfahren gestellt, während *contention interrogatories* eher zu einem späteren Zeitpunkt sinnvoll sein werden.[1198]

b) Gegenstand der interrogatories

Der Gegenstand dieser Fragen ergibt sich aus dem in *FRCP 26* festgelegten Umfang der *pre-trial discovery* (*FRCP 33(c)*).[1199] Alles, was für die Geltendmachung eines Anspruchs oder die Verteidigung dagegen von Bedeutung sein kann,[1200] kann erforscht werden.[1201] Das entspricht dem zu den *depositions* bereits Ausgeführten.[1202] Es kommt darauf an, dass die angefragten Informationen für den Rechtsstreit von Bedeutung[1203] und nicht besonders geschützt sind.[1204] Nicht entscheidend ist, ob die fraglichen Informationen auch in der Hauptverhandlung verwertet werden können.[1205]

Beantwortet werden muss nur, was die befragte Partei auch tatsächlich weiß. Eine Pflicht, die angefragten Informationen erst selbst zu erfor-

1197 *Babcock Swine, Inc. v. Shelbco, Inc.*, 126 F.R.D. 43, 45 (S.D. Oh. 1989); ausf. zum Format der *interrogatories* s. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.31 (December 2022).

1198 Ausf. zu Zeitpunkt und Zustellung der *interrogatories* s.7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.40 - § 33.43 (December 2022).

1199 S. o. Kapitel 3 B. II. (S. 202).; so auch *Wirtz v. Capitol Air Service, Inc.*, 42 F.R.D. 641, 642 (D. Kan. 1967)("*The scope of examination by interrogatories is as broad as the scope of examination by deposition under Rule 26(b).*").

1200 2 Federal Litigation Guide § 12.02 (December 2022).

1201 2 Federal Litigation Guide § 12.01 (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.60 (December 2022).

1202 S. Kapitel 3 B. III. 1. c) (S. 210).; so auch *Félix A. Thillet, Inc. v. The Kelly Springfield Tire Company*, 41 F.R.D. 55, 57 (D.P.R. 1966)(„*The scope of inquiry into the other party's case through this procedural device is as broad as discovery under Rule 26, relative to depositions.*"); 35A CJS FedCivProc § 686 (December 2022).

1203 S. 35A CJS FedCivProc § 687 (December 2022).

1204 35A CJS FedCivProc § 695 (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.62 (December 2022).

1205 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.61 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

schen und zusammenzustellen, besteht nach wohl überwiegender Ansicht nicht.[1206] Gefragt werden darf auch nach Informationen, die der fragenden Partei bereits bekannt sind.[1207] Kann sich die informationssuchende Partei die gewünschten Informationen selbst beschaffen, muss sie dies nur tun, wenn ihr dies erheblich einfacher möglich ist als der gegnerischen Partei.[1208] Auch Informationen, die für jedermann einsehbar sind, können Gegenstand der *interrogatories* sein,[1209] weil diese als Geständnis (*admission*) verwertet und so ein besonderes Gewicht erhalten können.[1210] Wurden Informationen bereits zur Verfügung gestellt, erscheint es aber unverhältnismäßig, eine Partei im Rahmen der *interrogatories* zur erneuten Mitteilung dieser Informationen zu verpflichten.[1211] Informationen, die der Prozessvorbereitung durch die gegnerische Partei dienen, können nicht im Rahmen der *interrogatories* erforscht werden.[1212]

Soweit im Rahmen der *interrogatories* nach Personen gefragt wird, die Informationen zum streitgegenständlichen Fall haben oder haben könnten, muss der Name der Person und – soweit bekannt – ihre Adresse oder Telefonnummer angegeben werden.[1213] Kommt es im konkreten Fall auf weitere

1206 *Hudgins v. Georgia Southern & F. Ry. Co.*, 16 F.R.D. 243, 244 (M.D. Ga. 1954); *Kainz v. Anheuser-Busch*, 15 F.R.D. 242, 249 (N.D. Ill. 1954); 35A CJS FedCivProc § 688 (December 2022); a. A. *Firemen's Mut. Ins. Co. v. Erie-Lackawanna Railroad Co.*, 35 F.R.D. 297, 298-299 (N.D. Oh. 1964); *American Oil Co. v. Pennsylvania Petroleum Products Co.*, 23 F.R.D. 680, 683 (D.R.I. 1959).

1207 *U.S. v. Article of Drug Constisting of 40 Individually Cartonedd Jars, More or Less, Labeled in Part: "Ahead Hair Restorer for New Hair Growth"*, 43 F.R.D. 181, 188 (D. Del. 1967); *Bowles v. Safeway Stores*, 4 F.R.D. 469, 470-471 (W.D. Mo.); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.73 (December 2022).

1208 *U.S. v. Beatrice Foods Co.*, 52 F.R.D. 14, 19 (D. Minn. 1971); *O'Brien v. Equitable Life Assur. Soc. of U.S.*, 13 F.R.D. 475, 477 (W.D. Mo. 1953); *Sunday v. Gas Service Co.*, 10 F.R.D. 185, 186 (W.D. Mo. 1950).

1209 *Anderson v. United Airlines, Inc.*, 49 F.R.D. 144, 147 (S.D.N.Y. 1969); *Rogers v. Tri-State Materials Corp.*, 51 F.R.D. 234, 245 (N.D. W. Va.) ("*The fact that the information sought is equally available to the interrogator, or is a matter of public record, does not render the interrogatories objectionable*" [zitiert aus 2A William W. Barron & Alexander Holtzoff, Federal Practice and Procedure § 877 (S. 299-300) (1961)]).

1210 *Erone Corp. v. Skouras Theatres Corp.*, 22 F.R.D. 494, 500 (S.D.N.Y. 1958)(*"It is true that the mere fact that matters are within the knowledge of the examining party or are matters of public record will not be a valid ground for objection where answers to the interrogatories may be valuable as admissions on issues in the case."*).

1211 35A CJS FedCivProc § 689 (December 2022).

1212 35A CJS FedCivProc § 691 (December 2022) m. w. N.

1213 35A CJS FedCivProc § 693 (December 2022) m. w. N.; 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.70 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Einzelheiten an, so können auch diese Gegenstand der *interrogatories* sein. Geht es, etwa im Rahmen der Schadensberechnung, um das Vermögen der gegnerischen Partei, so muss diese darüber Auskunft erteilen.[1214]

Beabsichtigt die gegnerische Partei, einen Sachverständigen in der Hauptverhandlung anzuhören, so kann auch nach Informationen, die seine Person betreffen gefragt werden.[1215] Hat ein Sachverständiger, der zwar zur Prozessvorbereitung beauftragt wurde, der aber nicht in der Hauptverhandlung angehört werden soll, Kenntnis von bestimmten Umständen erlangt, können diese nur unter strengen Voraussetzungen im Rahmen der *interrogatories* in Erfahrung gebracht werden (vgl. *FRCP 26(b)(4)(D)*).

Des Weiteren kann gefragt werden, ob Bücher, Aufzeichnungen oder Unterlagen überhaupt existieren und wo diese sich befinden (vgl. *FRCP 26(b)(1)*).[1216] Gleichzeitig kann die Vorlage dieser Unterlagen verlangt werden.[1217] Umstritten ist, ob die gegnerische Partei im Rahmen einer *contention interrogatory*[1218] nach einer Rechtsauffassung gefragt werden kann.[1219]

c) Antworten auf *interrogatories*

Die Adressatin der *interrogatories* ist grundsätzlich verpflichtet, auf diese zu antworten (*FRCP 33(b)(3)*.[1220] Keinesfalls darf eine Partei eine *interrogatory* schlicht ignorieren.[1221] Die Fragen müssen jeweils einzeln, vollständig und schriftlich beantwortet werden (*FRCP 33(b)(3)*). Die Antworten müssen der Wahrheit entsprechend, eindeutig, verständlich und aufrichtig erteilt werden.[1222] Dabei müssen die Antworten alle notwendigen Details enthal-

1214 *CEH, Inc. v. FV "Seafarer"*, 148 F.R.D. 469, 471 (D.R.I. 1993); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.77 (December 2022).

1215 Diese Informationen müssen jedoch ohnehin bereits im Rahmen der *required disclosures* bereitgestellt werden.

1216 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.72 (December 2022).

1217 *Fischer & Porter Co. v. Tolson*, 143 F.R.D. 93, 97 (E.D. Pa. 1992); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.72 (December 2022).

1218 S. dazu allg. auch 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.78 (December 2022).

1219 E. A. 35A CJS FedCivProc § 694 (December 2022); a. A. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.79 (December 2022).

1220 S. *Gray v. Faulkner*, 148 F.R.D. 220, 224 (N.D. Ind. 1992).

1221 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.100 (December 2022).

1222 *Hansel v. Shell Oil Corp.*, 169 F.R.D. 303, 305 (E.D. Pa. 1996)("*Parties must provide true, explicit, responsive, complete, and candid answers to interrogatories.*"); diese Entscheidung zitierend s. *Weaver v. Mateer & Harbert, P.A.*, 277 F.R.D. 655, 657

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

ten.[1223] Die Bezugnahme auf andere Beweismittel wird dabei kritisch gesehen.[1224] Werden die Fragen unzutreffend, unvollständig oder ausweichend beantwortet, können die in *FRCP 37* vorgesehenen Sanktionen verhängt werden.[1225] Die Antworten auf die *interrogatories* können als Beweismittel in die Hauptverhandlung eingeführt werden, soweit die *Federal Rules of Evidence* dies zulassen.[1226]

Bei der Beantwortung einer *interrogatory* müssen alle Informationen berücksichtigt werden, die der zur Auskunft verpflichteten Partei zur Verfügung stehen.[1227] Erfasst werden alle Informationen, die sich im Einflussbereich dieser Partei befinden.[1228] Die notwendigen Informationen müssen aber nicht erst erforscht werden.[1229] Eine klare Trennung von Informationen, die zur Verfügung stehen und der Informationen, die von einer Partei erst erforscht werden müssten, ist jedoch nicht immer möglich, so dass dieser Punkt häufig Anlass zur Auseinandersetzung vor Gericht gibt.[1230] Handelt es sich bei der zur Antwort verpflichteten Partei um eine Körperschaft, so ist sie verpflichtet, alle Informationen mitzuteilen, die ihr selbst, ihren geschäftsführenden Vertreten und ihren (ehemaligen) Angestellten zur Ver-

(M.D. Fl. 2011); *Equal Rights Ctr. v. Post Props, Inc.*, 246 F.R.D. 29, 32 (D.D.C. 2007).

1223 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.101 (December 2022).

1224 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.103 (December 2022); allerdings können auch Geschäftsbücher vorgelegt werden, wenn sich die angefragten Informationen daraus ermitteln lassen und der notwendige Aufwand für beide Parteien vergleichbar wäre, vgl. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.105 (December 2022).

1225 S. u. Kapitel 3 E. III. 2. (S. 261); s. z. B. *Truck Treads, Inc. v. Armstrong Rubber Co.*, 818 F.2d 427, 429 (5th Cir. 1987); *Dollar v. Long Mfg., N.C., Inc.*, 561 F.2d 613, 616 (5th Cir. 1977); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.101 (December 2022) m. w. N.; siehe auch 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.140–143 (December 2022).

1226 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.160 (December 2022).

1227 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.102 [1] (December 2022).

1228 *Jackson v. Kroblin Refrigerated Xpress, Inc.*, 49 F.R.D. 134, 137 (N.D. W. Va. 1970); zitiert von *Frontier-Kemper Constructors, Inc. v. Elk Run Coal Co., Inc.*, 246 F.R.D. 522, 529 (S.D.W.Va. 2007); *Vica Coal Co. v. Crosby*, 212 F.R.D. 498, 506 (S.D.W.Va. 2003); s. auch *U.S. v. All Assets Held at Bank Julius Baer & Co.*, 309 F.R.D. 1, 14 (D.D.C. 2015).

1229 *Trane Co. v. Klutznick*, 87 F.R.D. 473, 476 (W.D. Wis. 1980)("*While a party may not have a duty to search out new information, it is undisputed that a party has a duty to provide all information available to him.*").

1230 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.102 [1] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

fügung stehen.[1231] Steht ihr die fragliche Information tatsächlich nicht zur Verfügung, so muss wenigstens dieser Umstand mitgeteilt werden.[1232]

Die Antworten müssen unterschrieben werden (*FRCP 33(b)(5)*),[1233] sodass die Mitteilung der angefragten Informationen via E-Mail für nicht ausreichend erachtet wurde.[1234] Handelt es sich bei der zur Auskunft verpflichteten Partei um eine Körperschaft, so müssen die Antworten von einem ihrer Geschäftsführer oder Vertreter unterzeichnet sein (*FRCP 33(b)(1)(B)*).[1235] Wurde eine Antwort einmal an die die *discovery* durchführende Partei übermittelt, kann sie nur noch mit Genehmigung der Gerichts zurückgezogen oder abgeändert werden.[1236]

Interrogatories müssen innerhalb von dreißig Tagen nach ihrer Zustellung beantwortet werden (*FRCP 33(b)(2)*).[1237] Diese Frist kann im Rahmen der *pre-trial conference* durch Parteivereinbarung abgeändert[1238] oder auf Antrag einer Partei vom Gericht angepasst werden.[1239] Kann die Antwort zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollständig gegeben werden, so sind die verfügbaren Informationen gleichwohl mitzuteilen. Gleichzeitig muss der anderen Partei mitgeteilt werden, wie lange es voraussichtlich dauern wird, bis die vollständigen Informationen zur Verfügung stehen werden.[1240] Erkennt eine Partei später, dass sie unzutreffende Informationen mitgeteilt hat, so hat sie dies richtig zu stellen.[1241]

Will eine Partei bestimmte Fragen nicht beantworten, so kann sie Einspruch (*objection*) dagegen erheben.[1242] Dieser Einspruch kann sich auch auf einen Teil einer Frage beziehen, wobei dann der andere Teil der Frage

---

1231 Ausf. dazu 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.102 [2] (December 2022).

1232 *Hansel v. Shell Oil Corp.*, 169 F.R.D. 303, 305 (E.D. Pa. 1996)("*If a party is unable to supply the requested information, the party may not simply refuse to answer, but must state under oath that he is unable to provide the information and 'set forth the efforts he used to obtain the information.'*").

1233 Ausf. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.104 [1] (December 2022).

1234 *Villareal v. El Chile, Inc.*, 266 F.R.D. 207, 211 (N.D. Ill. 2010)("*Requiring a party to sign interrogatory responses under oath serves the critical purpose of ensuring that the responding party attests to the truth of the responses. […]. An attorney's communication, e-mail or otherwise, does not do that, …*").

1235 Dazu 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.104 [2], [3] (December 2022).

1236 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.107 (December 2022).

1237 S. auch 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.120 (December 2022).

1238 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.122 (December 2022).

1239 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.123 (December 2022).

1240 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.101 (December 2022).

1241 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.106 (December 2022).

1242 Ausf. dazu 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.170-175 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

beantwortet werden muss.[1243] Die Parteien müssen, nachdem die Antworten samt *objections* übermittelt wurden, versuchen, den Streit über den Einspruch selbst zu klären. Erst dann kann ein Antrag an das Gericht gestellt werden, mit dem die gegnerische Partei zur Beantwortung der Frage verpflichtet werden soll.[1244] Eine *objection* kommt beispielsweise in Betracht, wenn die angefragte Information für den Rechtsstreit nicht von Bedeutung ist (*irrelevant information*), es sich um besonders geschützte Informationen handelt (*privileged information*)[1245] oder weil die Frage zu weit gestellt ist (*overbroad interrogatory*).[1246] Will eine Partei eine Frage nicht beantworten, obwohl kein Grund für eine *objection* vorliegt, kann sie beim Gericht Antrag auf Erlass einer Schutzanordnung (*protective order*) stellen.[1247]

3. Vorlage von Dokumenten und Augenscheinsobjekten (*requests for production or inspection*)

Gemäß *FRCP 34* kann eine Partei die Vorlage von Unterlagen, elektronisch gespeicherten Unterlagen oder von Augenscheinsobjekten sowie Zugang zu einem Grundstück verlangen, sofern die andere Zugriff auf diese Beweismittel hat. In Verbindung mit *FRCP 45* können auch Dritte dazu verpflichtet werden, einer Partei diese Gegenstände zugänglich zu machen (*FRCP 34(c)*). *FRCP 45* verpflichtet dabei zur Vorlage in gleichem Umfang wie *FRCP 34*. Anders als *depositions*, *interrogatories* und *requests for admission* ist die Zahl dieser Vorlageanfragen (*requests for production*) weder in ihrem Umfang noch in ihrer Zahl durch die *Federal Rules of Civil Procedure* beschränkt.[1248] Die Vorlageanfrage kann auch mit den anderen *discovery-*

1243 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.100 (December 2022).
1244 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.172 (December 2022).
1245 Ausf. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.173 [1] (December 2022).
1246 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.173 [4] (December 2022); weitere Gründe vgl. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.173 [5] (December 2022) mit zahlreichen Beispielen in w. N.
1247 S. u. Kapitel 3 E. I. (S. 256); s. auch 7 Moore's Federal Practice – Civil § 33.175 (December 2022).
1248 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.02 [3] (December 2022); einzelne Gerichte haben aber *local rules*, nach denen dies doch der Fall sein kann, vgl. z. B. M.D. Ga. LR 34 ("*Except with written permission of the court first obtained, requests for production under Rule 34 of the Federal Rules of Civil Procedure, may not exceed ten (10) requests to each party.*").

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Methoden kombiniert werden,[1249] so dass im Rahmen einer *deposition* Fragen zu einer Urkunde oder mittels einer *interrogatory* Eigenschaften eines bestimmten Gegenstandes näher beleuchtet werden können.[1250] Überall, wo Urkunden oder Augenscheinsobjekte im Zentrum der gerichtlichen Auseinandersetzung stehen, wird dieses Instrument der *pre-trial discovery* besonders wertvoll.[1251]

a) Possession, custody oder control als Voraussetzung der Vorlageverpflichtung

Voraussetzung für die Vorlageverpflichtung ist, dass sich das Beweismittel im Herrschaftsbereich (*possession, custody or control*) der gegnerischen Partei befindet.[1252] Nicht erforderlich ist, dass die Partei, von der die Offenlegung verlangt wird, Eigentümerin des fraglichen Beweismittels ist.[1253] Die Begriffe *custody* und *control* sind dabei weiter als der Begriff *possession*, der mit unmittelbarem Besitz sinnwahrend übersetzt werden kann. Unmittelbarer Besitz ist damit nicht zwingende Voraussetzung der Vorlageverpflichtung.[1254] Insbesondere der Begriff *control* wird weit verstanden.[1255] Gemeint ist das Recht, den fraglichen Gegenstand herausverlangen zu können („*the legal right to obtain the documents requested upon demand.*").[1256]

1249 Beispiele abrufbar unter https://iaals.du.edu/sites/default/files/documents/resources/03-defendants_request_for_production_of_documents.pdf (zuletzt abgerufen am 11.07.2023); s. auch „*Document Review and Production Resource Kit (Federal)*" des Lexis Praxis Advisors (abrufbar unter https://advance.lexis.com/practice-advisor-home, dort unter „Tools & Resources" – „Resource Kits", zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1250 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.02 [4] (December 2022).

1251 Z. B. in Patentverletzungsverfahren, vgl. *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 14 ff.

1252 2 Federal Litigation Guide § 14.41 (December 2022); ausf. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.14 [2] (December 2022); zu ausgesuchten Fragen s. u. Kapitel 5 A. III. (S. 349).

1253 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.14 [2][b] (December 2022).

1254 *Costa v. Kerzner International Resorts, Inc.*, 277 F.R.D. 468, 470 (S.D. Fla. 2011).

1255 *Japan Halon Co. v. Great Lakes Chem. Corp.*, 155 F.R.D. 626, 627 (D.N.J. 1991); *Scott v. Arex Inc.*, 124 F.R.D. 39, 41 (D. Conn. 1989); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.14 [2][b] (December 2022).

1256 *Thermal Design, Inc. v. American Society of Heating, Refrigerating & Air-Conditioning Engineers, Inc.*, 755 F.3d 832, 838 (7th Cir. 2014); *Swindell Dressler International Co. v. Travelers Cas. & Sur. Co.*, 827 F. Supp. 498, 505 (W.D. Pa. 2011); *Tiffany (N.J.) LLC v. Qi Andrew*, 276 F.R.D. 143, 147 (S.D.N.Y. 2011); *Alexander v. FBI*, 194

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Partei Zugriff auf die herauszugebenden Beweismittel hat, kann berücksichtigt werden, zu welchem Zweck sie eingesetzt werden, ob sie mit oder aus Mitteln der beweisverpflichteten Partei hergestellt wurden, wie diese genutzt werden, wer tatsächlich Zugriff auf die Beweismittel hatte oder inwieweit die Beweismittel zu bestimmt sind, den Interessen der offenlegungsverpflichteten Partei zu dienen.[1257] Grundsätzlich verbleiben beispielsweise Unterlagen, die eine Partei ihrem Anwalt übergeben hat, in ihrer *control*.[1258] Auch Patientenunterlagen, die beim Arzt der Partei aufbewahrt werden, befinden sich grundsätzlich im Herrschaftsbereich der Partei.[1259]

b) Der Zugriff auf Beweismittel in Arbeitsverhältnissen

Wann sich ein Beweismittel so im Herrschaftsbereich des Offenlegungsschuldners befindet, dass er zur Herausgabe des Beweismittels verpflichtet ist, lässt sich besonders anschaulich in Arbeitsverhältnissen darstellen. Es geht um Fälle, in denen sich das vom Klagegegner des Arbeitgebers begehrte Beweismittel im unmittelbaren Herrschaftsbereich eines seiner Angestellten befindet.

aa) Allgemeines

Grundsätzlich ist dabei anerkannt, dass Arbeitgeber angehalten sein können, Unterlagen, insbesondere E-Mails, vorzulegen, die sich im Besitz ihrer Angestellten befinden.[1260] In *Chevron Corp. v. Salazar* verlangte der Kläger Einsicht in E-Mails, die im privaten E-Mail-Konto einer Angestellten des

F.R.D. 299, 301 (D.D.C. 2000); *Prokosch v. Catalina Lighting, Inc.*, 193 F.R.D. 633, 636 (D. Minn. 2000); *Green v. Fulton*, 157 F.R.D. 136, 142 (D.Me. 1994); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.14 [2][b] (December 2022).

1257 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.14 [2][b] (December 2022).

1258 *Hanson v. Gartland S.S.Co.*, 34 F.R.D. 493, 496 (N.D. Oh. 1964); *Kane v. New Syndicate Co.*, 1 F.R.D., 739 (S.D.N.Y. 1941).

1259 Z. B. *Carlson v. Geneva City Sch. Dist.*, 277 F.R.D. 90, 96 (W.D.N.Y. 2011); weitere Einzelfälle s. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.14 [2][c] (December 2022); s. auch u. Kapitel 5 A. III. 1. a) (S. 352) zur Herausgabe von Beweismitteln, die sich im Besitz von Angestellten und Tochtergesellschaften befinden.

1260 *In re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum Dated June 13, 1983 and June 22, 1983*, 722 F.2d 981, 984 (2d Cir. 1983); *Caston v. Hoaglin*, 2009 WL 1687927, at *3 (S.D.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Nebenintervenienten (*intervenor*) gespeichert waren. Dieser hatte selbst keinen Zugriff auf dieses E-Mail-Konto, weshalb die Angestellte meinte, ihr Arbeitgeber hätte weder *„custody [n]or control [n]or access to her Gmail account.“*[1261] In Ermangelung eines gesonderten E-Mail-Kontos für die geschäftliche Korrespondenz wurde diese jedoch vollständig über die private E-Mail-Adresse der Angestellten abgewickelt.[1262] Die Angestellte hatte außerdem angegeben, dass sie alle geschäftlichen E-Mails an den Nebenintervenienten herausgegeben hätte, wäre sie dazu aufgefordert worden. Nachdem auch tatsächliche Hindernisse der Vorlage nicht im Wege standen, erkannte das Gericht kurzerhand, dass diese E-Mails vom maßgeblichen Vorlagebeschluss erfasst wären.[1263] Entscheidend kommt es jedoch stets darauf an, dass die Beweismittel einen Bezug zum Arbeitsverhältnis haben.[1264]

In diesen Fällen muss der Offenlegungsschuldner sorgfältig ausgewählt werden. Befinden sich bestimmte Unterlagen im Eigentum des Arbeitgebers, so ist dieser der richtige Anspruchsgegner, auch wenn sich die Unterlagen im Besitz eines Angestellten befinden. Der Arbeitnehmer kann dann nicht im Wege der *third party discovery* zur Offenlegung verpflichtet werden.[1265] Auf diese Weise wird ein Gleichlauf der im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigenden Interessen erreicht, weil so nur die Interessen des Klagegegners, nicht aber auch die des Angestellten berücksichtigt werden müssen.[1266]

Zum Schwur kommt es in Fällen, die *Chevron v. Salazar* zwar grundsätzlich vergleichbar sind, in denen sich die Angestellte aber weigert, die E-Mails an seinen Arbeitgeber herauszugeben. Hier wird man zunächst kaum davon ausgehen können, dass der Arbeitgeber dahingehend auf den Arbeitnehmer einwirken kann, dass er Zugang zu dessen privatem E-Mail-Konto verlangen kann.

Ohio, June 12, 2009); *Miniace v. Pacific Maritime Association*, 2006 WL 335389, at *2 (N.D. Cal. Feb. 13, 2006).

1261 S. *Chevron Corp. v. Salazar*, 275 F.R.D. 437, 448 (S.D.N.Y. 2011).

1262 *Chevron Corp. v. Salazar*, 275 F.R.D. 437, 448 (S.D.N.Y. 2011).

1263 *Chevron Corp. v. Salazar*, 275 F.R.D. 437, 449 (S.D.N.Y. 2011).

1264 *Schaaf v. SmithKline Beecham Corp.*, 233 F.R.D. 451, 455 (E.D.N.C. 2005); *Rodger v. Electronic Data Sys. Corp.*, 155 F.R.D. 537, 542 (N.C.E.D 1994); Richter, 82 Tenn. L. Rev. 443, 446 (2015).

1265 *In re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum Dated June 13, 1983 and June 22, 1983*, 722 F.2d 981, 984 (2d Cir. 1983); *Schaaf v. SmithKline Beecham Corp.*, 233 F.R.D. 451, 455 (E.D.N.C. 2005).

1266 *In re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum Dated June 13, 1983 and June 22, 1983*, 722 F.2d 981, 984 (2d Cir. 1983).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) *Bring your own device*

aaa) Allgemeine Ausführungen und Interessenkonflikt

Das zuletzt beschriebene Problem ergibt sich besonders häufig, wenn die begehrten Informationen auf Geräten der Mitarbeiter gespeichert sind. Wurde dieses Gerät vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt, wird er regelmäßig darauf hinwirken können, dass der Mitarbeiter ihm das gesamte Gerät zur Verfügung stellt.

Schwieriger sind Fälle, in denen Mitarbeiter private Geräte im Rahmen eines *bring your own device*-Programms auch dienstlich nutzen.[1267] Das sind Programme, die den Einsatz privater IT-Geräte[1268] von Mitarbeitern im Unternehmen ermöglichen.[1269] Besonders vorteilhaft ist dabei, dass die Mitarbeiter mit diesen Geräten bereits vertraut sind und die eingesetzten Geräte oftmals aktueller sind, als die von einem Unternehmen bereitgestellten Geräte. Für den Arbeitgeber ist ein solches Programm besonders attraktiv, weil die Mitarbeiter zufrieden gestellt und Kosten gespart werden.[1270]

Die unterschiedlichen Interessenlagen und Schwierigkeiten lassen sich anhand eines Kartellsachverhalts anschaulich darstellen: Wird das Verhalten eines Kartellanten maßgeblich über das Smartphone eines Mitarbeiters gesteuert, hat dieser ein erhebliches Interesse, dass seine – unter Umständen auch strafrechtlich relevante – Kommunikation nicht offengelegt werden muss. Auch seine private Kommunikation, die mit der Kartellabsprache nichts zu tun hat, geht seinen Arbeitgeber grundsätzlich nichts an. Kaum angemessen (und zulässig) wird es sein, dass der Arbeitgeber Zugriff auf alle Textnachrichten, die vom Arbeitnehmer empfangen oder gesendet werden, verlangt. Genauso wenig sachgerecht scheint es jedoch, ihm überhaupt keinen Zugriff auf diese Informationen einzuräumen.

Es kann zunächst festgehalten werden, dass der Arbeitgeber auf bestimmte Informationen keinen Zugriff haben darf, auf andere Informationen aber Zugriff haben muss. Soweit der auf Offenlegung in Anspruch genommene Arbeitgeber Zugriff auf diese Informationen hat, muss er auch

1267 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 39.

1268 Neben PCs, Laptops und Smartphones kommen auch zahlreiche weitere elektronische Geräte in Betracht, s. Richter, 82 Tenn. L. Rev. 443, 445 (2015).

1269 Richter, 82 Tenn. L. Rev. 443, 444 (2015).

1270 *Imping*, in: Taeger/Pohle, Computerrechts-Handbuch, 37. EL (Mai 2022), Kap. 70.11 Rn. 63; *Hoppe*, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, B. IX. Rn. 677; Richter, 82 Tenn. L. Rev. 443, 446 (2015); *Arning/Moos/Becker,* CR 2012, 592.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

die Informationen offenlegen, die auf dem Gerät eines Arbeitnehmers gespeichert sind.[1271]

bbb) *Pradaxa, Cotton* und *Ewald*

Entscheidend kommt es damit darauf an, ob der zur Offenlegung Verpflichtete Zugriff auf die fraglichen Informationen hat. Genau diese Frage hat in den Vereinigten Staaten bereits unterschiedliche Gerichte beschäftigt, die diesbezüglich zu unterschiedlichen Ergebnissen gekommen sind. *In re Pradaxa*[1272] hat einen Produkthaftungsfall zum Gegenstand, in dem die Kläger die Offenlegung verschiedenster „*business related text messages*" verlangten, die auf den Mobiltelefonen von Angestellten der Beklagten gespeichert waren. Der Beklagten wurde außerdem vorgeworfen, diese Nachrichten nicht ausreichend gesichert zu haben.[1273] Das Gericht entschied schließlich im Sinne der Kläger: Die Beklagte musste sicherstellen, dass ihren Angestellten klar ist, welche Informationen aufzubewahren sind.[1274] Grundlage dieser Entscheidung war die Feststellung, dass sich die Informationssicherungspflicht im Zusammenhang mit der *pre-trial discovery* auch auf diejenigen Informationen erstreckt, die auf den privaten Telefonen der Angestellten gespeichert sind.[1275]

In *Cotton v. Costco*[1276], einem Fall, in dem der Beklagten die Diskriminierung und Belästigung eines Arbeitnehmers vorgeworfen wurde, kam ein

1271 Die EU-Kommission geht in vergleichbarer Weise davon aus, dass sie gemäß Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 (Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Ratens vom 16.12.2002 zur Durchführung der in Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln) berechtigt ist, diese Geräte zu untersuchen, vgl. Explanatory note on Commission Inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation No 1/2003 (revised 11 September 2015), Ziff. 10 (abrufbar unter http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/explanatory_note.pdf, zuletzt abgerufen am 11.07.2023); kritisch dazu S Kinsella, ‚The EU Commission publishes an explanatory note on its powers of investigation' e-Competitions Bulletin (September 2015), art no 76175.

1272 *In re Pradaxa (Dabigatran Etexilate) Prods. Liab. Litig.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 173674 (S.D. Ill. Dec. 9, 2013).

1273 *In re Pradaxa (Dabigatran Etexilate) Prods. Liab. Litig.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 173674, at *3 (S.D. Ill. Dec. 9, 2013).

1274 *In re Pradaxa (Dabigatran Etexilate) Prods. Liab. Litig.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 173674, at *58 (S.D. Ill. Dec. 9, 2013).

1275 *In re Pradaxa (Dabigatran Etexilate) Prods. Liab. Litig.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 173674, at *63 (S.D. Ill. Dec. 9, 2013).

1276 *Cotton v. Costco Wholesale Corp.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 103369 (D. Kan. July 24, 2013).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

anderes Gericht zum gegenteiligen Ergebnis. Der Kläger hatte hier beantragt, die Beklagte solle Textnachrichten offenlegen, die auf den privaten Mobiltelefonen seiner früheren Kollegen gespeichert seien.[1277] Das Gericht konnte aber nicht feststellen, dass die Beklagte in irgendeiner Weise Zugriff auf diese Textnachrichten hätte.[1278] Ob das Gericht die Offenlegung angeordnet hätte, wenn der Kläger hätte beweisen können, dass er in diesen Nachrichten erwähnt worden war oder die Angestellten ihre Mobiltelefone zur geschäftlichen Zwecken nutzten, bleibt offen.[1279]

Auch *Ewald v. Royal Norwegian Embassy*[1280] liegt eine Diskriminierungsklage zugrunde. Zum Beweis der Diskriminierung wollte die Klägerin die Telefone, Speicherkarten und Tablets früherer Kollegen untersuchen.[1281] Anders als *Cotton* konnte *Ewald* jedoch Zeugen benennen und andere Beweismittel vorlegen, die darauf hindeuteten, dass die herausverlangten Textnachrichten tatsächlich existierten.[1282] Außerdem trug sie vor, es sei üblich gewesen, dass die Textnachrichten in einem offiziellen Archiv gesammelt würden.[1283] Soweit sie beweisen konnte, dass auf den Telefonen ihrer früheren Kollegen für den Rechtsstreit relevante Nachrichten gespeichert waren, ordnete das Gericht die Vorlage dieser Geräte an. Wo ein entsprechender Beweis nicht geführt wurde, lehnte das Gericht die Offenlegung ab.[1284]

Die unterschiedlichen Ergebnisse zeigen die Notwendigkeit einheitlicher Standards, wenn es um die Offenlegung von Beweismitteln geht, die sich nicht im unmittelbaren Herrschaftsbereich des Offenlegungsschuldners befinden. Es wird aber ebenso deutlich, dass die Tatsachengrundlage, auf die ein Offenlegungsverlangen gestützt wird, entscheidend ist für Frage, ob dem Offenlegungsverlangen stattgegeben wird.

1277 *Cotton v. Costco Wholesale Corp.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 103369, at *17 (D. Kan. July 24, 2013).

1278 Im Übrigen sei diese *Request for Production* auch zu weit gefasst, *Cotton v. Costco Wholesale Corp.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 103369, at *18 (D. Kan. July 24, 2013).

1279 Richter, 82 Tenn. L. Rev. 443, 451 (2015).

1280 *Ewald v. Royal Norwegian Embassy*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 164828 (D. Minn. Nov. 20, 2013).

1281 *Ewald v. Royal Norwegian Embassy*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 164828, at *26 (D. Minn. Nov. 20, 2013).

1282 *Ewald v. Royal Norwegian Embassy*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 164828, at *28 (D. Minn. Nov. 20, 2013).

1283 Plaintiff's Memorandum of Law in Support of Motion to Compel Discovery at 18, *Ewald v. Royal Norwegian Embassy*, No. 11-cv-02116, 2013 WL 6094600 (D. Minn. Nov. 20, 2013).

1284 *Ewald v. Royal Norwegian Embassy*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 164828, at *31 (D. Minn. Nov. 20, 2013).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Zeitpunkt und Formalitäten der Anfrage

Ohne abweichende gerichtliche Genehmigung, kann die Besichtigung der von *FRCP 34* erfassten Gegenstände erst nach Abschluss der *pre-trial conference* verlangt werden.[1285] Die begehrten Beweismittel müssen in der schriftlich zu formulierenden Anfrage[1286] konkret bezeichnet werden. Allerdings genügt auch die Bezeichnung der Art der herausverlangten Beweismittel (*category of items*).[1287] Die begehrten Gegenstände müssen jedoch in jedem Fall hinreichend genau beschrieben werden (*FRCP 34(b)(1)(A)*). Eine allgemeine Vorgabe, wann ein ausreichender Grad an Genauigkeit erreicht ist, kann aber nicht formuliert werden.[1288] Es kommt darauf an, ob ein verständiger Dritter erkennen kann, welche Beweismittel herausverlangt werden.[1289] Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalles. Daher kann es auf bereits vorhandenes Wissen einer Partei[1290] ebenso ankommen wie auf den Fortschritt des Verfahrens.[1291] Allerdings ist eine Partei nicht verpflichtet, zunächst von anderen Methoden der *pre-trial discovery* Gebrauch zu machen, um sich über die Existenz weiterer Beweismittel in Kenntnis zu setzen.[1292]

d) Reaktion auf die Anfrage

Die Adressatin einer Vorlageanfrage hat nach deren Erhalt dreißig Tage Zeit, um darauf einzugehen (*FRCP 34(b)(2)(A)*). In Betracht kommen drei

1285 Ausf. dazu s. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.10 (December 2022).
1286 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.11 [2] (December 2022).
1287 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.11 [1] (December 2022).
1288 *Mallinckrodt Chemical Works v. Goldman, Sachs & Co.*, 58 F.R.D. 348, 535 (S.D.N.Y. 1973)("*The "reasonable particularity" requirement is not susceptible to exact definition. What is reasonably particular is dependent upon the facts and circumstances in each case.*").
1289 *Bruggeman v. Blagojevich*, 219 F.R.D. 430, 436 (N.D. Ill. 2004)("*The test for reasonable particularity is whether the request places a party upon 'reasonable notice of what is called for and what is not.'*"); *In re Folding Carton Antitrust Litigation*, 76 F.R.D. 420, 424 (N.D. Ill. 1977); *Mallinckrodt Chemical Works v. Goldman, Sachs & Co.*, 58 F.R.D. 348, 354 (S.D.N.Y. 1973).
1290 *Westhemeco, Ltd. v. New Hampshire Ins. Co.*, 82 F.R.D. 702, 709 (S.D.N.Y. 1979).
1291 *Taylor v. Florida Atl. Univ.*, 132 F.R.D. 304, 305 (S.D. Fla. 1990) bestätigt durch 976 F.2d 743 (11th Cir. 1992).
1292 S. hierzu ausf. und mit zahlreichen weiteren Beispielen und Nachweisen 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.11 [4] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Antwortmöglichkeiten:[1293] Die angefragte Partei kann der Anfrage zunächst zustimmen und muss das angefragte Beweismittel dann auch bereitstellen (*FRCP 34(b)(2)(B)*). Es muss alles vorgelegt werden, was von *FRCP 26* erfasst wird. In Betracht kommen etwa Geschäftsbücher, Patientenakten, Steuerbescheide, Sozialversicherungsnachweise, Fotografien, Verträge oder Fingerabdrücke.[1294] Die Antwort muss erkennen lassen, auf welche Weise die vorgelegten Gegenstände untersucht werden dürfen.[1295] Werden die für den Fall relevanten Beweise vorgelegt, so müssen diese einer spezifischen Anfrage zugeordnet werden.[1296]

Die Partei kann aber auch vorschlagen, dass die Vorlage unter anderen als den vorgeschlagenen Modalitäten durchgeführt wird. Schließlich kann diese Partei die Vorlage unter Angabe eines bestimmten Grundes verweigern (*objection*).[1297] Ist die Vorlage nicht möglich, muss der Grund für die Unmöglichkeit der Vorlage angegeben werden.[1298] Außerdem kann auch in diesem Fall der Erlass einer Schutzanordnung beantragt werden.[1299]

e) Dokumentenvorlage

Dokumente[1300] sind so vorzulegen, wie es in der maßgeblichen Branche üblich ist. Alternativ können sie so angeordnet werden, dass die Organisation der Dokumente der Reihenfolge aus der Vorlageanfrage entspricht.[1301] Ins-

---

1293 *Jayne H. Lee, Inc. v. Flagstaff Indus. Corp.*, 173 F.R.D. 651, 656 (D. Md. 1997)(*"In short, there are only three appropriate responses to a request for production of documents: (1) an objection to the scope, time, method and manner of the requested production; (2) an answer agreeing to the requested scope, time, place and manner of the production; or (3)or a response offering a good faith, reasonable alternative production, which is definite in scope, time, place or manner."*).

1294 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.12 [2] (December 2022).

1295 2 Federal Litigation Guide § 14.04 (December 2022).

1296 2 Federal Litigation Guide § 14.04 (December 2022).

1297 2 Federal Litigation Guide § 14.07 (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.13 [2][b] (December 2022); s. dazu schon o. Kapitel 3 B. III. 2. c) (S. 220); ausf. u. Kapitel 3 C. V. (S. 252).

1298 2 Federal Litigation Guide § 14.06 (December 2022).

1299 2 Federal Litigation Guide § 14.08 (December 2022).

1300 Das *common law* kennt keinen eigenständigen Urkundenbegriff, sodass der Begriff „Dokumente" hier als Oberbegriff für schriftliche Unterlagen wird, vgl. auch *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 6.

1301 2 Federal Litigation Guide § 14.52 [2] (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.14 [3] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

besondere in Verfahren, in denen Dokumente in großem Umfang Gegenstand der Vorlageanfrage sind, ist es unerlässlich, ein verständliches System der Dokumentenverwaltung einzuführen und zu beachten.[1302] Anstatt der Vorlage des Originals eines Schriftstücks, ist auch die Übermittlung einer Kopie zulässig (*FRCP 34(b)(2)(B)*).

Üblicherweise trägt die antwortende Partei die Kosten der Dokumentenvorlage, während die anfragende Partei die mit der Anfertigung von Kopien und der unter Umständen notwendigen Übersetzung der Dokumente verbundenen Kosten trägt. Kann ein Dokument nur unter Zuhilfenahme weiterer Hilfsmittel gelesen werden, so kann die vorlegende Partei verpflichtet sein, die Kosten dafür zu übernehmen. Diese Regelungen können vom Gericht unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen modifiziert werden.[1303] Der anfragenden Partei darf die Einsicht in diese Dateien nicht absichtlich erschwert werden.[1304]

f) Elektronisch gespeicherte Daten

aa) Bedeutung

FRCP 34 erlaubt auch das Anfordern elektronisch gespeicherter Daten.[1305] Es braucht kaum ausgeführt werden, welche Bedeutung die Offenlegung elektronischer Daten in von *Big Data* geprägten Zeiten[1306] und vor dem Hintergrund der allgegenwärtigen Datensammlung und -verarbeitung

1302 S. dazu 2 Federal Litigation Guide § 15 (December 2022).
1303 2 Federal Litigation Guide § 14.53 (December 2022) m. w. N.
1304 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.14 [3] (December 2022).
1305 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.09 (December 2022); *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 11 m. w. N.; z. Ganzen Arkfeld, Arkfeld on Electronic Discovery and Evidence (2020); 2 Federal Litigation Guide § 24 (December 2022); Grenig & Gleisner III., eDiscovery & Digital Evidence (2019); s. auch „*E-discovery Resource Kit (Federal)*" des Lexis Praxis Advisors (abrufbar unter https://advance.lexis.com/practice-advisor-home, dort unter „Tools & Resources" – „Resource Kits", zuletzt abgerufen am 11.07.2023).
1306 S. nur 1 Arkfeld, Arkfeld on Electronic Discovery and Evidence § 1.1 (2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

durch Unternehmen erlangt hat.[1307] Die maßgeblichen Vorschriften haben einen denkbar weiten Anwendungsbereich.[1308]

Illustrativ ist dabei der Fall *Zubulake v. UBS Warburg*.[1309] Der Klägerin wurde – für diese nicht nachvollziehbar – der berufliche Aufstieg im Unternehmen verweigert, woraufhin eine Auseinandersetzung mit ihren Vorgesetzten folgte. Diese Auseinandersetzung führte zu einem Gerichtsverfahren, in dem die Beklagte lediglich 120 E-Mails vorlegte, die für den Fall von Bedeutung sein sollten. Auf der anderen Seite konnte die Klägerin selbst bereits 400 solcher E-Mails vorlegen. Mit Verweis auf die streng regulierte Finanzbranche gelang es den Prozessvertretern der Klägerin, das Gericht davon zu überzeugen, dass die 120 von der Beklagten vorgelegten E-Mails unmöglich alle für den Fall bedeutsamen E-Mails sein konnten, auch wenn die Beklagte behauptete, weitere E-Mails würden nicht existieren.[1310] Im Zuge der *pre-trial discovery* stellte sich sodann heraus, dass die fraglichen Informationen auf Backup-Bändern gespeichert waren. Die Beklagte trug vor, es würde über 300.000 USD kosten, die Informationen auszuwerten, was in diesem Fall unverhältnismäßig wäre.[1311] Die Prozessvertreter der Klägerin hielten diese Summe für deutlich zu hoch geschätzt und verlangten eine Erklärung der Gegenseite. Anstatt einer solchen Erklärung erhielten sie jedoch ein Schreiben des *Magistrate Courts* der die *pre-trial discovery* in diesem Fall beaufsichtigte.

Das Gericht hatte zunächst zu entscheiden, welche der Parteien die Kosten der *discovery* in diesem Fall tragen sollte.[1312] Nachdem das Gericht wiederholt feststellen musste, dass die Beklagte E-Mails teilweise gelöscht oder nicht gespeichert hatte,[1313] erließ es eine *adverse inference instruction*, mit der die *jury* angewiesen wurde, alle Behauptungen der Klägerin, die die Beklagte nicht durch Beweismittel entkräften konnte, als zugestanden zu

1307 S. dazu nur 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.09 (December 2022).
1308 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.09 (December 2022).
1309 *Zubulake v. UBS Warburg*, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004).
1310 S. Li, 2014 ABA Journal 48, 50 (2014).
1311 Li, 2014 ABA Journal 48, 50 (2014); zur Unverhältnismäßigkeit s. u. Kapitel 3 C. II. (S. 245).
1312 S. dazu *Zubulake v. UBS Warburg*, 217 F.R.D. 309 (2003); *Zubulake v. UBS Warburg*, 216 F.R.D. 280 (2003).
1313 Dies wurde schon zuvor festgestellt, allerdings wurde hier noch nicht zulasten der Beklagten entschieden vgl. *Zubulake v. UBS Warburg*, 220 F.R.D. 212 (2003).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

werten.[1314] Diese Entscheidung,[1315] wird heute als Meilenstein („*landmark*") der *pre-trial discovery* bezeichnet.[1316] Erstmals wurde durch ein Gericht geklärt, in welchem Umfang Parteien eines Rechtsstreits elektronische Daten sichern und vorhalten müssen, dass ihre Prozessvertreter dies zu überwachen haben und welche Folgen das Missachten einer solchen Pflicht haben kann. Allerdings verlor die Beklagte den Prozess wohl auch deshalb, weil sie ihre Zeugen nicht ausreichend vorbereitet hatte.[1317]

Diese Entscheidung war die Grundlage für eine Industrie, die heute unter dem Begriff *e-discovery* Milliarden umsetzt.[1318] *E-discovery*-Dienstleister unterstützen vor allem Unternehmen dabei, ihre elektronischen Daten so zu sichern und aufzubereiten, dass sie im Falle eines Rechtsstreits zu Zwecken der *pre-trial discovery* offengelegt werden können. Außerdem war diese Entscheidung Grundlage für die gesetzliche Vorgaben zur *e-discovery* (*FRCP 34(b)(2)(E)*).

bb) Art und Weise der Vorlage elektronischer Daten

In welcher Art und Weise die elektronischen Daten zur Verfügung gestellt werden, wird typischerweise zwischen den Parteien vereinbart.[1319] Gegenstand dieser Vereinbarung sind etwa die Art, der Umfang und der Zeitpunkt der Offenlegung, die Formatierung der Daten oder auch ob die Daten am Sitz des Gegners eingesehen werden.[1320] Auch wenn solche Vereinbarungen für die Vorlage von Dokumenten oder Augenscheinsobjekten

1314 *Zubulake v. UBS Warburg*, 229 F.R.D. 422 (S.D.N.Y. 2004); zum Begriff der *adverse inference instruction* vgl. Black's Law Dictionary, jury instruction – adverse-inference instruction (2019). Dabei mag es für die Klägerin von Vorteil gewesen sein, dass die zuständige Richterin kurz zuvor bereits einen Aufsatz, der sich mit genau dieser Thematik auseinandersetzt, veröffentlicht hat. Vgl. Scheindlin & Rabkin, 41 B.C. L. Rev. 327 (2000).

1315 Diese Entscheidung ist auch als *Zubulake V* bekannt, weil es sich um die fünfte von fünf vorprozessualen Entscheidungen handelt, die das Gericht in diesem Fall zu entscheiden hatte, vgl. Li, 2014 ABA Journal 48 (2014).

1316 So Li, 2014 ABA Journal 48 (2014).

1317 Vgl. Li, 2014 ABA Journal 48, 51 (2014).

1318 Li, 2014 ABA Journal 48 (2014).

1319 1 Arkfeld, Arkfeld on Electronic Discovery and Evidence § 6.3 (E)(1) (2022).

1320 1 Arkfeld, Arkfeld on Electronic Discovery and Evidence § 6.3 (E)(1) (2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:25
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

üblich sind, muss doch im Rahmen der *e-discovery* hier besonders sorgfältig gearbeitet werden.[1321]

Sofern sich aus der Anfrage keine bestimmten Vorgaben hinsichtlich der Formatierung der Daten ergeben, die Parteien sich darüber nicht verständigt haben und auch das Gericht keine dies betreffende Anordnung erlassen hat, so müssen die Daten entweder in einer Art und Weise übereicht werden, die in der maßgeblichen Branche üblich ist oder in der sie von der anderen Partei sinnvoll verwertet werden können (*FRCP 34(b)(2)(E)(ii)*). Die Daten müssen aber nicht in mehr als einer Form vorgelegt werden.[1322] Auch wenn Daten für die andere Partei verwertbar sind, darf die Verwertung der Daten nicht unnötig behindert werden. Sind die Daten etwa für die vorlegende Partei durchsuchbar, so darf diese Eigenschaft nicht entfernt oder beeinträchtigt werden.[1323] Ein Ausdruck der Dateien wird diesen Anforderungen regelmäßig nicht gerecht werden.[1324] Vielmehr ist meist die Vorlage der Daten in digitaler Form die kostensparendste und nutzerfreundlichste Alternative.[1325] Allerdings sind damit auch nicht zu unterschätzende Risiken verbunden. In digitaler Form enthalten Dateien häufig „Metadaten", die Rückschlüsse auf die Entstehung der Datei zulassen. Dabei ist umstritten, ob diese Metadaten entfernt werden dürfen.[1326]

1321 Grenig & Gleisner III., eDiscovery & Digital Evidence § 7.1 (2019).

1322 2 Federal Litigation Guide § 14.52 (December 2022).

1323 *FRCP* 34(b) advisory committee's note (2006), wörtlich wiedergegeben bei 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34. App.08[2] (December 2022); *Aguilar v. Immigration & Customs Enforcement Div.*, 255 F.R.D. 350, 355 (S.D.N.Y. 2008)("*…if the ESI [electronically stored information] is kept in an electronically-searchable form, it 'should not be produced in a form that removes or significantly degrades this feature.'*"); *Nat'l Jewish Health v. WebMD Health Serv.s Group*, 305 F.R.D. 247, 252 (D. Colo. 2014).

1324 Grenig & Gleisner III., eDiscovery & Digital Evidence § 7.24 (2019).

1325 Grenig & Gleisner III., eDiscovery & Digital Evidence § 7.25 (2019).

1326 2 Federal Litigation Guide § 24.02 (December 2022); s. dazu Grenig & Gleisner III., eDiscovery & Digital Evidence § 7.26 (2019).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

g) Augenscheinsobjekte und Zugang zu Grundstücken

Schließlich erlaubt *FRCP 34(a)* auch die Untersuchung von Gegenständen (*tangible things)*[1327] und Immobilien (*land and other property*)[1328], wobei sich auch hier der maßgebliche Umfang der Untersuchungsrechte aus *FRCP 26(b)* ergibt.[1329] Dritte können gemäß *FRCP 45* dazu gezwungen werden, die Untersuchung zu ermöglichen. Im Wesentlichen gilt das zur Dokumentenvorlage Ausgeführte entsprechend.

Während dort aber Dokumenteneinsicht und Anfertigen einer Kopie im Vordergrund stehen, spielt hier die Erlaubnis zur Durchführung von Tests und zur Entnahme von Proben eine wesentliche Rolle.[1330] Auch die Untersuchung durch Sachverständige wird regelmäßig zulässig sein.[1331] Ist zu befürchten, dass der zu untersuchende Gegenstand beschädigt oder zerstört wird, so kann eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden.[1332] Das Gericht wird dann die gegenläufigen Interessen abzuwägen haben.[1333]

4. Körperliche oder geistige Untersuchung (*physical and mental examination*)

Gemäß *FRCP 35* kann das Gericht auf Antrag[1334] einer Partei die geistige oder körperliche Untersuchung der anderen Partei (oder eines Mündels dieser Partei)[1335] anordnen. Ein von der den Antrag stellenden Partei ausge-

1327 Zum Begriff und zu Beispielen s. 2 Federal Litigation Guide § 20.09 (December 2022).

1328 Zum Begriff und zu Beispielen s. 2 Federal Litigation Guide § 20.10 (December 2022); zu zulässigen Untersuchungsformen s. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.15 (December 2022).

1329 *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 40.

1330 S. auch 2 Federal Litigation Guide § 20.10 [3] (December 2022) m. w. N.

1331 *New York State Ass'n for Retarted Children v. Carey*, 706 F.2d 956, 960 (2d Cir. 1983); *Eirhart v. Libbey-Owens-Ford Co.*, 93 F.R.D. 370, 372 (N.D. Ill. 1981).

1332 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.14 [6] (December 2022); z. B. *Ostrander v. Cone Mills, Inc.*, 119 F.R.D. 417, 419 (D. Minn. 1988).

1333 *Komar Invs., Inc. v. Zurich Am. Ins. Co.*, 331 F.R.D. 181, 183 (S.D. Fla. 2019); *Mirchandani v. Home Depot, U.S.A., Inc.*, 235 F.R.D. 611, 614 (D.Md. 2006); *Ostrander v. Cone Mills, Inc.*, 119 F.R.D. 417, 419 (D. Minn. 1988).

1334 Zum Inhalt des Antrags s.2 Federal Litigation Guide § 21.06, § 21.07 (December 2022) Beispiele für den Antrag, die u. U. notwendige Versicherung an Eides statt und die stattgebende Entscheidung des Gerichts in 2 Federal Litigation Guide § 21.100–102 (December 2022).

1335 2 Federal Litigation Guide § 21.03 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

wählter Arzt untersucht dann die Verfassung einer Person,[1336] soweit die Parteien darüber keine Einigkeit erzielen können.[1337] Eine solche Untersuchung ist nur unter strengen Voraussetzungen und nach Anordnung des Gerichts zulässig. Die körperliche oder geistige Verfassung muss ernsthaft in Zweifel stehen (*in controversy*)[1338] und es muss einen wichtigen Grund (*good cause*)[1339] für die Untersuchung geben (*FRCP 35(a)*). Der Gesundheit der untersuchenden Partei muss streitentscheidende Bedeutung zu kommen. Es ist offensichtlich, dass dieses Instrument der *pre-trial discovery* mit einem erheblichen Eingriff in die Intimsphäre einer Partei verbunden ist,[1340] so dass hiervon nur zurückhaltend Gebrauch gemacht wird und andere Informationsquellen vorrangig heranzuziehen sind.[1341]

a) Beteiligte

Grundsätzlich kann die Untersuchung jeder Partei angeordnet werden. Ist die Partei minderjährig, können auch deren gesetzliche Vertreter verpflichtet werden, die Untersuchung der Partei zu ermöglichen. (*FRCP 35(a)(1)*). Letzteres spielt vor allem eine Rolle, wenn Eltern wegen eines Personenschadens des Kindes klagen oder die Vaterschaft festgestellt werden muss.[1342] Schließlich soll auch der Leichnam auf diese Weise untersucht werden können.[1343] Wird der Anordnung nicht Folge geleistet, kann diese gemäß *FRCP 37* durchgesetzt werden.[1344]

1336 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.07 [2] (December 2022).
1337 Verständlicherweise erscheint es empfehlenswert hier einen weitgehenden Konsens der Parteien herbeizuführen, so auch 2 Federal Litigation Guide § 21.04 (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.02 [5] (December 2022).
1338 Gemeint ist eine über den sonst erforderlichen Grad der Bedeutsamkeit (*relevance*) hinausgehender Stellenwert gerade dieser Art der Beweisermittlung, vgl. 2 Federal Litigation Guide § 21.08 (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.03 (December 2022).
1339 S. dazu auch 2 Federal Litigation Guide § 21.09 (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.04 (December 2022).
1340 *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 13.
1341 2 Federal Litigation Guide § 21.05 (December 2022).
1342 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.06 (December 2022).
1343 *In re Certain Asbestos Cases*, 112 F.R.D. 427 (N.D. Tex. 1986).
1344 2 Federal Litigation Guide § 21.13 (December 2022); ausf. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.11 (December 2022); s. u. Kapitel 3 E. III. 2. (S. 261).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Untersuchung darf nur von einem entsprechend zugelassenen oder zertifizierten Sachverständigen vorgenommen werden. Je nach Fall kommen hier etwa Allgemeinmediziner, Psychologen und sonstige Fachärzte in Betracht.[1345] *FRCP 35* beschränkt weder die Zahl der Untersuchungen noch die Zahl der Personen, die eine Person untersuchen sollen. Allerdings wird an eine wiederholte Untersuchung nur unter besonderen Voraussetzungen anzuordnen sein.[1346] Das Gericht kann im Rahmen der Anordnung der Untersuchung auch bestimmen, dass Dritte an der Untersuchung teilnehmen dürfen. Meist wird die Anwesenheit des Prozessvertreters oder eines Sachverständigen der Gegenseite nicht geboten sein.[1347]

b) Art und Weise der Untersuchung

Soweit es um die Frage geht, in welcher Art und Weise die Untersuchung durchgeführt wird, wird dem Gericht ein großer Beurteilungsspielraum eingeräumt.[1348] In welcher Art und Weise die Untersuchung durchzuführen ist, ist von der wissenschaftlichen Belastbarkeit und Zuverlässigkeit der in Frage kommenden Methoden abhängig.[1349] Ist die Untersuchung gefährlich oder mit Schmerzen für den zu Untersuchenden verbunden, so kann das Gericht die Anordnung der Untersuchung ablehnen.[1350] Die Untersuchung wird typischerweise an dem Ort durchgeführt, an dem die Hauptverhandlung stattfinden wird.[1351] Die Anfertigung eines Wortprotokolls oder die Videoaufzeichnung der Untersuchung ist regelmäßig nicht notwendig und angesichts der Höchstpersönlichkeit der betroffenen Rechtsgüter der unter-

1345 *Olcott v. LaFiandra*, 793 F. Supp. 487, 492 (D.Vt. 1992); weitere Bsp. in 2 Federal Litigation Guide § 21.10 (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.07 [1] (December 2022).

1346 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.07 [3] (December 2022).

1347 2 Federal Litigation Guide § 21.12 (December 2022); ausf. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.08 (December 2022).

1348 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.05 (December 2022).

1349 *McDonald v. Southworth*, 2008 U.S. Dist. LEXIS 52830, at *10 (S.D.Ind. July 10, 2008); *Usher v. Lakewood Engineering & Mfg. Co.*, 158 F.R.D. 411, 413 (N.D. Ill. 1994); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.05 [3] (December 2022).

1350 *Hernandez v. Gulf Oil Corp.* Fed. R. Serv. 2d 1378, 1379 (E.D. Pa. 1976); 2 Federal Litigation Guide § 21.11 [2] (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.05 [2] (December 2022).

1351 Zu den Ausnahmen s. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.09 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

suchten Person nicht angemessen.[1352] Nach Abschluss der Untersuchung wird der Untersuchende einen Bericht anfertigen, den er der Partei, die die Untersuchung hat durchführen lassen, zukommen lässt. Auch die Partei, die untersucht worden ist, hat das Anspruch auf Überlassung einer Kopie dieses Berichts.[1353] Wird diese Kopie nicht zur Verfügung gestellt, kann das Gericht die Vernehmung des Untersuchenden in der Hauptverhandlung ablehnen (*FRCP 35(b)(5)*). Die untersuchte Partei kann dann versuchen, mit Hilfe anderer *discovery*-Methoden an den Bericht zu gelangen (*FRCP 35(b)(6)*).

5. Antrag auf Ablegung eines Geständnisses (*requests for admission*)

Wurden mit Hilfe der beschriebenen *discovery*-Methoden alle dem Sachverhalt zugrundeliegenden Tatsachen aufgedeckt, [1354] kann eine Partei die andere Partei schließlich dazu auffordern,[1355] die umstrittenen Punkte zuzugestehen (*request for admission*). Die gegnerische Partei wird schriftlich aufgefordert, zuzugeben, dass bestimmte Streitpunkte nunmehr unstreitig feststehen. Wird auf eine entsprechende Anfrage nicht geantwortet, so wird dies als Geständnis gewertet.[1356] Soll diese Folge vermieden werden, muss die gegnerische Partei schriftlich auf die Aufforderung antworten und dabei erklären, weshalb sie das Geständnis verweigert.[1357] Insgesamt soll so der in der Hauptverhandlung zu behandelnde streitige Sachverhalt eingegrenzt werden.[1358]

Die zum Geständnis aufgeforderte Partei hat verschiedene Möglichkeiten, auf die Anfrage zu antworten.[1359] Sie kann die Tatsache zugestehen[1360] oder dies ablehnen.[1361] Sie kann Einspruch (*objection*) gegen die Aufforde-

1352 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.10 (December 2022).
1353 2 Federal Litigation Guide § 21.15 [2] (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 35.12 [1] (December 2022).
1354 Zur Abgrenzung von anderen Methoden der *pre-trial discovery* s. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 36.02 (December 2022).
1355 Zu den Anforderungen an den entsprechenden Antrag s. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 36.10 (December 2022).
1356 7 Moore's Federal Practice – Civil § 36.03 [1] (December 2022).
1357 7 Moore's Federal Practice – Civil § 36.03, § 36.11 [4] (December 2022).
1358 2 Federal Litigation Guide § 19.01 (December 2022).
1359 S. auch 2 Federal Litigation Guide § 19.05, § 19.41–46 (December 2022).
1360 Dazu 7 Moore's Federal Practice – Civil § 36.11 [5][a] (December 2022).
1361 Dazu 7 Moore's Federal Practice – Civil § 36.11 [5][b] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

rung einlegen[1362] oder angeben, dass sie von den fraglichen Umständen keine Kenntnis hat.[1363] Sie kann außerdem einen Antrag auf Verlängerung der Frist von dreißig Tagen zur Abgabe der Erklärung stellen oder Antrag auf Erlass einer Schutzanordnung (*protective order*) stellen.[1364]

Hält die den Antrag stellende Partei eine Antwort, mit der das Geständnis verweigert wird, für nicht ausreichend begründet, so kann sie dies gerichtlich feststellen lassen.[1365] Folgt das Gericht diesem Antrag, so kann es das Geständnis fingieren (*FRCP 36(a)(6)*). Erscheint dies nicht angemessen, kann das Gericht anordnen, dass die für die Beweisführung notwendigen Kosten zu ersetzen sind.[1366] Eine einmal gegebene Antwort kann nur mit Genehmigung des Gerichts abgeändert oder zurückgezogen werden.[1367]

C. Die Grenzen der pre-trial discovery

FRCP 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery
[…]
(b) Discovery Scope and Limits.
[...]

(2) Limitations on Frequency and Extent.

(A) When Permitted. By order, the court may alter the limits in these rules on the number of depositions and interrogatories or on the length of depositions under Rule 30. By order or local rule, the court may also limit the number of requests under Rule 36.

(B) Specific Limitations on Electronically Stored Information. A party need not provide discovery of electronically stored information from sources that the party identifies as not reasonably accessible because of undue burden or cost. On motion to compel discovery or for a protective order, the party from

1362 Dazu 7 Moore's Federal Practice – Civil § 36.11 [5][c] (December 2022); s. u. Kapitel 3 C. V. (S. 252).
1363 Dazu 7 Moore's Federal Practice – Civil § 36.11 [5][d] (December 2022).
1364 Dazu 7 Moore's Federal Practice – Civil § 36.11 [5][e] (December 2022); s. u. Kapitel 3 E. I. (S. 256).
1365 7 Moore's Federal Practice – Civil § 36.12 (December 2022).
1366 Z. B. *Thalheim v. Eberheim*, 124 F.R.D. 34, 35-36 (D. Conn. 1988).
1367 7 Moore's Federal Practice – Civil § 36.13 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

whom discovery is sought must show that the information is not reasonably accessible because of undue burden or cost. If that showing is made, the court may nonetheless order discovery from such sources if the requesting party shows good cause, considering the limitations of Rule 26(b)(2)(C). The court may specify conditions for the discovery.

(C) When Required. On motion or on its own, the court must limit the frequency or extent of discovery otherwise allowed by these rules or by local rule if it determines that:

(i) the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or can be obtained from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive;

(ii) the party seeking discovery has had ample opportunity to obtain the information by discovery in the action; or

(iii) the proposed discovery is outside the scope permitted by Rule 26(b)(1).

[...]

Angesichts der schieren Reichweite der *pre-trial discovery*[1368] stellt sich sodann die Frage, ob und in welcher Weise diese eingeschränkt wird. Dabei ist zunächst zu beachten, dass die Offenlegung von Beweismitteln nach den *Federal Rules of Civil Procedure* stets für den jeweiligen Rechtsstreit von Bedeutung sein muss. Außerdem muss die Offenlegung dieser relevanten Beweismittel auch verhältnismäßig erscheinen (*FRCP 26(b)(1)*). *FRCP 26(b)(2)(B)* enthält besondere Beschränkungen für die Offenlegung von elektronisch gespeicherten Informationen. Außerdem kann das Gericht die Reichweite der *pre-trial discovery* im Einzelfall beschränken (*FRCP(b)(2)(A), (C)*). Schließlich bestimmen allgemeine Grundsätze des Zivilprozess- und Beweisrechts die Reichweite der *pre-trial discovery*, wenn ein bestimmtes Beweisthema oder die Art und Weise der Beweisführung Grundlage für einen Einspruch (*objection*) der Gegenseite ist.

1368 S. o. Kapitel 3 B. II. (S. 202).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Bedeutung für den Rechtsstreit

1. Grundsätzliches

Damit im Rahmen der *pre-trial discovery* die Herausgabe eines Beweismittels verlangt werden kann, muss dieses eine gewisse Relevanz für den Rechtsstreit haben.[1369] Das Kriterium der „Bedeutung für einen Anspruch oder die Verteidigung" („*is relevant to any party's claim or defense*") wird dabei sehr weit gefasst.[1370] Zunächst lässt sich mittlerweile immerhin der Bezugspunkt dieses Relevanzkriteriums eingrenzen, nachdem frühere Fassungen von *FRCP 26(b)(1)* so formuliert waren, dass die herausverlangten Beweismittel für den Streitgegenstand (*subject matter*) von Bedeutung sein mussten.[1371] Die neue Fassung der Vorschrift engt die Reichweite insofern ein, als klargestellt wird, dass sich ein Beweismittel stets auf ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel beziehen muss und nicht nur in irgendeiner Weise mit dem Rechtsstreit in Berührung gekommen sein muss.[1372] Die *pre-trial discovery* bleibt dennoch geprägt von ihrer enormen Reichweite.[1373] Erfasst werden alle Informationen, die im Rahmen der Hauptverhandlung oder dieser vorgehenden Anhörungen als Beweismittel präsentiert werden können, wozu auch solche Informationen gehören, die allein dazu geeignet sind, andere Beweismittel in Frage zu stellen oder zu potentiell neuen Beweismitteln zu führen.[1374]

Ausgangspunkt der Frage, ob ein Beweismittel für den Rechtsstreit von Bedeutung ist, werden regelmäßig die klageleitendenden Schriftsätze (*pleadings*) sein. Allerdings ist es nicht zwingend, dass die fragliche Tatsache in den *pleadings* behauptet wird.[1375] Die Beweiserforschung im Rahmen der *pre-trial discovery* ist vielmehr solange zulässig, bis feststeht, dass das fragliche Beweismittel unter keinen Umständen eine Rolle bei der Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Klage oder der Verteidigung dagegen spielen

1369 S. schon o. Kapitel 3 A. I. (S. 189).
1370 *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 20; *Junker*, Discovery, S. 117.
1371 O. V., 74 Harv. L. Rev. 940, 1007 (1961); auch *Junker*, Discovery, S. 118; s. dazu ausf. Kapitel 3 A. II. (S. 191).
1372 Haydock & Herr, Discovery Practice § 3.01 (2020).
1373 Haydock & Herr, Discovery Practice § 3.01 (2020).
1374 Haydock & Herr, Discovery Practice § 3.01 (2020); z. B., *Neuberger & Scott v. Shapiro*, 196 F.R.D. 286 (2000).
1375 *In re PE Corp. Secs. Litig.*, 221 F.R.D. 20, 24 (2003).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

kann.[1376] Insgesamt sind bei der Beurteilung der Frage nach der Bedeutung eines Beweismittels für den Rechtsstreit die Umstände im Einzelfall maßgeblich, so dass das Prozessgericht an dieser Stelle regelmäßig verfahrensleitend eingreift und dabei das zugrundeliegende materielle Recht zu berücksichtigen haben wird.[1377] Daher gelten abhängig vom jeweiligen Verfahren unterschiedliche Standards, nach denen die Frage der Bedeutsamkeit für den Rechtsstreit bemisst.[1378]

Auch wenn die *Federal Rules of Evidence* im Rahmen der *pre-trial discovery* eine bedeutende Rolle spielen können,[1379] ist für die Frage, ob ein Beweismittel für den Rechtsstreit von Bedeutung sein kann, mittlerweile unbeachtlich,[1380] ob das Beweismittel nach diesen Bestimmungen auch in die Hauptverhandlung eingeführt und dort verwertet werden kann. Im Gegenteil werden von der *pre-trial discovery* explizit auch solche Informationen erfasst, die später nicht in der Hauptverhandlung beachtet werden dürfen (*FRCP 26(b)(1)*).[1381] Ebenso ist grundsätzlich unerheblich, dass das fragliche Beweismittel örtlich weit entfernt ist, längst Vergangenes beweisen soll oder erst in Zukunft zur Verfügung stehen wird.[1382]

1376 *United States ex. re. Shamesh v. CA, Inc.*, 314 F.R.D. 1, 8 (2016); *Wrangen v. Pennsylvania Lumbermans Mut. Ins. Co.*, 593 F.R.D. 1273, 1278 (2008) (*"Put more simply, a matter is deemed to be irrelevant if it does not pertain to a claim or defense"*); 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.42 [1] (December 2022).

1377 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.42 [1] (December 2022); *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 34.

1378 Vgl. 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.46 (December 2022).

1379 S. u. Kapitel 3 C. V. (S. 252); Burnham & Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States 373 ff. (2021).

1380 Vgl zur Entwicklung der Vorschrift und die damit verbundenen Einschränkungen der Reichweite der *pre-trial discovery* Frost, 37 Ga. L. Rev. 1039 (2003); Stempel, 62 Alab. L. Rev. 529, 532–549 (2002); *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 32 ff.

1381 *Donohue v. New York City Dep't. of Prob.*, 1990 WL 64629, 1 (May 7, 1990) (*"Consistent with the broad scope of discovery permitted under the Federal Rules, relevance to the retaliation claim is not to be equated with admissibility at trial or the ultimate probativeness of the discovered material."*); 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.43 (December 2022).

1382 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.45 [5] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Einzelheiten

Die Bedeutung dieser allgemeinen Grundsätze wird anschaulich, wenn einzelne Umstände ins Zentrum der Betrachtung gerückt werden.[1383] Das Vermögen und die wirtschaftliche Situation einer Partei sind etwa grundsätzlich für den Rechtsstreit nicht von Bedeutung.[1384] Das ändert sich jedoch, wenn diese Informationen notwendig sind, um einen Anspruch beziffern zu können. Das spielt vor allem in Prozessen, in denen Schadensersatz, insbesondere Strafschadensersatz, verlangt wird, der gerade auf der Grundlage des Vermögens einer Partei berechnet wird, eine besondere Rolle.[1385] Allerdings ist auch dann noch nichts darüber ausgesagt, in welcher Weise die fragliche Information vermittelt werden muss. Steuerunterlagen wären zur Beurteilung der Frage nach dem Vermögen einer Partei wohl besonders hilfreich und zuverlässig, allerdings wird im Rahmen der *pre-trial discovery* Zugriff darauf regelmäßig schon aus grundsätzlichen Erwägungen nicht gewährt.[1386]

Andererseits werden Beweismittel, die allein dazu gebraucht werden sollen, belastende Zeugenaussagen anzuzweifeln, regelmäßig von Bedeutung für den Rechtsstreit sein.[1387] Dies scheint wenig verwunderlich, wenn man sich vor Augen führt, dass der Zeugenbeweis die Grundlage der Wahrheitsermittlung im *adversarial system* des US-amerikanischen Zivilprozesses ist.[1388] So kann etwa ausgeforscht werden, ob ein Zeuge bereits in der Ver-

1383 Zu den im Einzelfall beachtlichen Umständen s. auch 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.44 (December 2022).

1384 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.45 [1][a] (December 2022).

1385 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.45 [1][c], [d] (December 2022) m. w. N.

1386 Es wird befürchtet, dass die Verpflichtung zur Offenlegung von Steuerunterlagen im Rahmen des Zivilprozesses einen Anreiz zu Abgabe fehlerhafter Steuererklärungen schafft, vgl. *Premium Serv. Corp. v. Sperry & Hutchinson Co.*, 511 F.R.D. 229, 229 (1975); außerdem würden die Steuererklärungen im Rahmen eines besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Bürger und Staat abgegeben, vgl. 26 U.S.C. § 6103; 26 U.S.C. § 7213(a); *Farmers & Merchants Nat'l Bank v. San Clemente Fin. Group Sec., Inc.*, 174 F.R.D. 572, 585 (1997); *Payne v. Howard*, 75 F.R.D. 465, 469-470 (1977); s. dazu auch o. V., 74 Harv. L. Rev. 940, 1010 (1961).

1387 *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495, 511 (1947); *United States v. IBM*, 66 F.R.D. 215, 218-219 (1974); *Mellon v. Cooper-Jarret, Inc.*, 424 F.2d 499, 501 (6th Cir. 1970); *Thayer v. Liggett & Myers Tobacco Co.*, 13 Fed. R. Serv. 2d 976, 978-979 (W.D. Mich. 1970); 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.45 [2][a] (December 2022).

1388 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.45 [2][a] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

gangenheit vor Gericht falsch ausgesagt hat.[1389] In anderen Fällen kann es von entscheidender Bedeutung sein, die Identität einer Person festzustellen, etwa weil sie als weitere Partei an einer (Sammel-)Klage beteiligt sein soll oder muss.[1390]

II. Verhältnismäßigkeit

In jüngerer Vergangenheit wurde der Zugang zu Beweismitteln im Rahmen der *pre-trial discovery* weiter eingeschränkt, nachdem *FRCP 26(b)* nunmehr vorsieht, dass das *discovery*-Ersuchen verhältnismäßig sein muss (*proportional to the needs of the case*).[1391] So soll der ausufernde Einsatz der *pre-trial discovery* eingeschränkt werden.[1392] In diesem Zusammenhang können Faktoren wie die Höhe der Klagesumme, die Ressourcen der Parteien, die Wichtigkeit der Lösung der streitigen Frage, die Belastung der Parteien und die Kosten gegen den Nutzen der *pre-trial discovery* abgewogen werden (*FRCP 26(b)(1)*).[1393] Dabei kann auch eine unter Umständen auftretende Informationsasymmetrie berücksichtigt werden, indem der Partei, die über erheblich weitergehende Informationen verfügt als die andere Partei, weitergehende Offenlegungspflichten auferlegt werden.[1394] Darauf soll dann auch im Rahmen der *pre-trial conference* eingegangen und Rücksicht genommen werden.[1395] Kann so jedoch keine Einigkeit über die Verhältnismäßigkeit der konkreten Beweismitteloffenlegung erzielt werden, so ist es Aufgabe des Gerichts die oben genannten Faktoren gegeneinander abzuwägen.[1396]

1389 Ausf. dazu 4 Weinstein's Federal Evidence § 608 (December 2022).
1390 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.45 [3] (December 2022).
1391 Burnham & Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States 376 f. (2021).
1392 Siehe https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/frcv15(update)_1823.pdf (zuletzt abgerufen am 11.07.2023.).
1393 *Oxbow Carbon & Minerals LLC v. Union Pac. R.R.*, 322 F.R.D. 1, 6 (2017).
1394 Vgl. *FRCP 26(a)(1)* advisory committee's note (2015), wörtlich wiedergegeben bei 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26. App.14 [2] (December 2022).
1395 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.42 [2] (December 2022).
1396 Vgl. *FRCP 26(a)(1)* advisory committee's note (2015), wörtlich wiedergegeben bei 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26. App.14 [2] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Besonders geschützte Informationen

Besonderen Schutz erfahren vertrauliche Informationen („*privileged information*").[1397] Dabei handelt es sich um besonders wertvolle Informationen oder Informationen, die im Vertrauen auf ein besonderes Vertrauensverhältnis mitgeteilt wurden. Das Verhältnis zwischen Patient und Arzt, zwischen Mandant und Rechtsanwalt oder auch zwischen Ehegatten, kann hier etwa als Beispiel angeführt werden.[1398] Der besondere Schutz dieses Verhältnisses kann sich dabei zunächst aus dem Gesetz ergeben. Meist wird das Gericht jedoch im Einzelfall zu entscheiden haben, ob es sich bei den fraglichen Informationen um solche vertraulicher Art handelt.[1399] Gemäß *FRCP 26(b)(1)* können solche Informationen von vornherein nicht herausverlangt werden. Korrespondierend mit der großen Reichweite der *pre-trial discovery* ist der Anwendungsbereich für den Schutz vertraulicher Informationen dabei eher eng gefasst.[1400] Er steht nie der gesamten *pre-trial discovery* im Wege, sondern allenfalls einzelnen Beweismittelersuchen.[1401] Die Parteien können auf diesen besonderen Schutz verzichten.[1402]

1. Geschäftsgeheimnisse

Besonders geschützt sind Geschäft- und Betriebsgeheimnisse. Verlangt eine Partei im Rahmen der *pre-trial discovery* Zugriff auf diese Informationen, kann sich die andere Partei mit einem Antrag auf Erlass einer Schutzanordnung zur Wehr setzen (vgl. *FRCP 26(c)(1)(G)*).[1403] Auch wenn in der

1397 Grundlegend o. V., 74 Harv. L. Rev. 940, 1009 (1961).

1398 Z. B. *FRE 501* oder das im Fünften Verfassungszusatz verankerte Recht, eine Aussage, verweigern zu können, wenn man sich dadurch selbst einer Straftat bezichtigen würde.

1399 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.47 [2] (December 2022).

1400 *Jansson v. Stamford Health, Inc.*, 312 F. Supp. 289, 292 (D. Conn. 2018).

1401 Z. B. *Hudson Tire Mart, Inc. v. Aetna Ca. & Sur. Co.*, 518 F.2d 671, 673-674 (2d Cir. 1975); *General Dynamics Corp. v. Selb. Mfg. Co.*, 481 F.2d 1204, 1212 (8th Cir. 1973); *Byers v. Burleson*, 100 F.R.D. 436, 439 (D.D.C. 1987); *Gatoil, Inc. v. Forest Hill State Bank*, 104 F.R.D. 580, 581 (D.Md. 1985); 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.47 [1][b] (December 2022).

1402 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.47 [5] (December 2022); ausf. zum *attorney-client privilege* s. 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.49 [5] (December 2022); zur *work-product rule* s. 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.70 [6] (December 2022).

1403 Zum Verfahren vgl. u. Kapitel 3 E. I. (S. 256).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Vorschrift von *trade secrets* die Rede ist, werden, über diesen relativ engen Begriff (es wird zur Abgrenzung auch von „*true trade secrets*" gesprochen) hinaus, auch andere Informationen als vertraulich eingestuft, wenn diese geheime Forschung, Entwicklung oder die Handelsbücher betreffen („*confidential research, development, or commercial information*").[1404] Entscheidend kommt es darauf an, dass das Geheimnis hinreichend genau benannt wird.[1405]

Dabei kann das Gericht anordnen, dass solche Informationen nicht oder nur in bestimmter Weise veröffentlicht werden müssen. Diese Geheimnisse werden nicht absolut geschützt. Sind die für die Entscheidung des Falles von elementarer Bedeutung, können Maßnahmen ergriffen werden, die die Geheimhaltung sicherstellen.[1406] Kann der Rechtsstreit ohne die Offenlegung der Informationen nicht entschieden werden, kann das Gericht diese auch ohne besondere Schutzmaßnahmen anordnen.[1407] Allerdings hat das Gericht zu beachten, dass die fraglichen Informationen nicht offengelegt werden, solange dies nicht unbedingt für die Entscheidung des Rechtsstreits notwendig ist.[1408]

1404 Vgl. dazu 8A Wright & Miller, Federal Practice and Procedure § 2043 Fn. 4 (April 2022).

1405 4 Milgrim & Bensen, Milgrim on Trade Secrets § 14.02 [0.1] (December 2022).

1406 *Federal Open Market Committe of Federal Reserve System v. Merril*, 443 U.S. 340, 363 (1979); 8A Wright & Miller, Federal Practice and Procedure § 2043 (April 2022); 4 Milgrim & Bensen, Milgrim on Trade Secrets § 14.02 [1][a] (December 2022).

1407 Z. B. *Centurion Indus, Inc. v. Warren Steurer & Assocs.*, 665 F.2d 323, 326 (10th Cir. 1981); *Carter Prods. V, Inc. v. Eversharp, Inc.*, 360 F.2d 868 (Cir. 7th 1966); *Olympic Ref. Co. v. Carter*, 332 F.2d 260 (9th Cir. 1964).

1408 *Brown Bag Software v. Symantec Corp.*, 960 F.2d 1465 (9th Cir. 1992); *Donald v. Rast*, 927 F.2d 379 (8th Cir. 1991); *Quotron Sys., Inc. v. Automatic Data Processing, Inc.*, 141 F.R.D. 37 (D.C.N.Y. 1992) Sehr anschaulich zum Ganzen auch *Coca-Cola Bottling Co of Shreveport, Inc. v. Coca-Cola Co.,* 110 FRD 363, 366 (D. Del 1986) (*"secret formula for Coca-Cola ordered to be revealed because it was essential to determining lawsuit; when Coca-Cola Co. refused to comply, all inferences from the formula would be assumed to be in plaintiff's favor at trial."*).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

2. *Attorney-client privilege* und *work-product doctrine*[1409]

Besonderen Schutz erfährt auch die Kommunikation zwischen Rechtsanwälten und ihren Mandanten (*attorney-client privilege*). Dieser im *common law* verankerte Schutz wird durch das Recht der Partei, die Offenlegung dieser Informationen zu verweigern, gewährleistet und durch das an Dritte gerichtete Verbot, diese Informationen offenzulegen, flankiert. So wird das Interesse der Partei an einer umfassenden rechtlichen Beratung durch den Rechtsanwalt geschützt. Erfasst wird die gesamte anwaltliche Korrespondenz.[1410] Entscheidend kommt es dabei darauf an, dass die Informationen dem Rechtsanwalt im Vertrauen auf diesen besonderen Schutz mitgeteilt wurden.[1411] Die Kommunikation mit Syndikusrechtsanwälten wird ebenfalls erfasst, wenn deren Rat eingeholt wird.[1412] Nicht ausreichend ist, dass diesen Unterlagen zu sonstigen Zwecken überlassen werden.[1413] Unterschiedlich wird die Frage beurteilt, ob nur die vom Mandanten an den Rechtsanwalt übermittelten Informationen von diesem Schutz erfasst werden, oder ob das auch für Informationen gilt, die vom Rechtsanwalt dem Mandanten mitgeteilt werden.[1414]

Von dieser – grundsätzlich strengen und weitreichenden Regel – werden jedoch auch Ausnahmen gemacht (vgl. *FRCP 26(b)(3), (4)*). Soll etwa der vom Rechtsanwalt ersuchte Rat der Vorbereitung einer Straftat dienen,

1409 Anschauliche Beispiele und Fallkonstellationen finden sich im *Resource Kit "Attorney-Client Privilege and Work Product Doctrine (Federal)"* des Lexis Practice Advisors (abrufbar unter https://advance.lexis.com/practice-advisor-home, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1410 *Wiese/Urban,* WuW 2020, 23, 26; ausf. zum Anwendungsbereich 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.49 [1] (December 2022); allg. *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 21; zum besonderen Schutz der anwaltlichen Kommunikation im US-amerikanischen Patentverletzungsverfahren s. *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 20.

1411 *EEOC v. BDO USSA, L.L.P.*, 876 F.3d 690, 695 (5th Cir. 1990); *U.S. v. Rockwell Int'l*, 897 F.2d 1255, 1264 (3d Cir. 1990); *U.S. v. Schwimmer*, 892 F.2d 237, 244 (2d Cir. 1989); *FTC v. Boehringer Ingelheim Pharms., Inc.*, 892 F.3d 1264, 1267 (D.C. Cir. 2018) ("*the attorney-client privilege applies to a confidential communication between attorney and client if the communication was made for the purpose of obtaining or providing legal advice*"); *Donovan v. Teamsters Unions Local 25*, 103 F.R.D. 550, 553 (D.Mass. 1984).

1412 *Upjohn Co. v. U.S.*, 449 U.S. 383, 389 (1981); *In re Kellogg Brown & Root, Inc.* F.3d 754, 758 (D.C. Cir. 2014); ausf. dazu 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.49 [4][a] (December 2022).

1413 *Simon v. G. D. Searle & Co.*, 816 F.2d 397, 402-103 (8th Cir. 1987).

1414 Dazu 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.49 [2] (December 2022) m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

findet das *attorney-client privilege* keine Anwendung.[1415] Auch wenn bei der Mitteilung der grundsätzlich geschützten Informationen an den Rechtsanwalt Dritte anwesend sind, wird davon ausgegangen, dass die Informationen nicht im Vertrauen auf das *attorney-client-privilege* mitgeteilt wurden.[1416] Außerdem kann eine Partei auf den Schutz durch das *attorney-client-privilege* verzichten.[1417] Allerdings kann der Rechtsanwalt unter keinen Umständen dazu verpflichtet werden, seine Gedanken, insbesondere seine den Fall betreffenden Schlussfolgerungen offenzulegen.[1418]

In engem Zusammenhang mit dem *client-attorney-privilege* steht die *work-product rule*.[1419] Diese wurde erstmals in der grundlegenden Entscheidung *Hickman v. Taylor*[1420] formuliert und schützt das Ergebnis rechtsanwaltlicher Arbeit in besonderer Weise vor der Offenlegung im Rahmen der *pre-trial discovery* (*FRCP 26(b)(3)*). Ursprünglich sollte so die Prozessstrategie einer Partei vor dem Zugriff der anderen Partei geschützt werden.[1421] Es handelt sich dabei um eine qualifizierte Ausnahme, weil auch hier kein vollständiger Schutz vor der Beweismitteloffenlegung im Rahmen der *pre-trial discovery* gewährt wird.[1422]

Nach der *work-product rule* können Unterlagen und Gegenstände, die zur Vorbereitung eines Rechtsstreits[1423] durch oder für eine Partei oder ihren Prozessvertreter[1424] angefertigt wurden, von der *pre-trial discovery* ausgeschlossen sein. Allerdings soll die Tatsachenerforschung dadurch nicht behindert werden. Daher müssen Tatsachen, die der Rechtsanwalt zu Tage gefördert hat, gleichwohl offengelegt werden.[1425] Nur die geistige Auseinandersetzung des Rechtsanwalts mit dem Fall und die daraus resul-

1415 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.49 [6] (December 2022) m. w. N.
1416 Vgl. *Towne Place Condo. Ass'n v. Phila. Indem. Ins. Co.*, 284 F. Supp. 3d 889, 896 (N.D. Ill. 2018); *In re Chevron Corp.*, 650 F.3d 276, 289 (3d Cir. 2011).
1417 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.49 [5] (December 2022) m. w. N.
1418 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.70 [1] (December 2022) m. w. N.
1419 Zur Unterscheidung der beiden Ausnahmen s. 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.70 [8] (December 2022).
1420 329 US 495 (1947). S. dazu ausf. o. V., 74 Harv. L. Rev. 940, 1027-1046 (1961).
1421 *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947).
1422 Zur Unterscheidung von *„privileges"*, die umfangreichen Schutz vor der Beweismitteloffenlegung gewähren und *„qualified immunities"*, welche die *pre-trial discovery* nur im Einzelfall ausschließen vgl. *Kirkland v. Morton Salt Co.*, 46 F.R.D. 28, 30 (N.D. Ga. 1968).
1423 Dazu 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.70 [3] (December 2022).
1424 Dazu 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.70 [4] (December 2022).
1425 *United States v. All Assets Held at Bank Julius Baer & Co.*, 270 F. Supp. 3d 220, 226 (D.D.C. 2017); *Abbo-Bradley v. City of Niagara Falls*, 293 F.R.D. 401, 407 (W.D.N.Y.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

tierenden Schriftstücke und Gegenstände sind von der *pre-trial discovery* ausgenommen.[1426] Dabei wird die Formulierung *„document or tangible thing"* jedoch extensiv ausgelegt,[1427] so dass etwa auch Videoaufzeichnungen von Gesprächen zur Prozessvorbereitung von der *pre-trial discovery* ausgenommen wurden.[1428]

Dieser Schutz kann überwunden werden, wenn die andere Seite das fragliche Material zwingend benötigt, um einen Streitpunkt beweisen zu können,[1429] und sie das Material nicht ohne unzumutbaren Aufwand aus anderer Quelle beschaffen kann[1430] (*FRCP 26(b)(3)(A)(ii)*).[1431] Auch hier kommt es damit letztlich auf eine Abwägung der Parteiinteressen an.[1432]

3. Verfassungsrechtliche Schranken der *pre-trial discovery*

Die enorme Reichweite der *pre-trial discovery* wird außerdem durch verfassungsrechtliche Vorgaben beschränkt. So gewährt etwa der fünfte Verfassungszusatz die Garantie, dass keine Person in einer Strafsache gegen sich selbst als Zeuge aussagen muss. Dieser Grundsatz gilt auch im US-amerikanischen Zivilrecht[1433] und beschränkt insoweit die *pre-trial discovery.* Eine Partei kann sich auf dieses Privileg schon dann beziehen, wenn nur die Möglichkeit strafrechtlicher Verfolgung im Raum steht.[1434] Allerdings

---

2013); *Audiotext Communications Network v. U.S. Telecom, Inc.*, 164 F.R.D. 250, 254 (D. Kan. 1996).

1426 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.70 [2][a] (December 2022); vom Schutz nicht erfasst werden jedoch die persönlichen Gedanken des Prozessvertreters zu dem Fall, vgl. *Kushner v. Buhta*, 322 F.R.D. 494, 499 (D. Minn. 2017).

1427 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.70 [2][b] (December 2022).

1428 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.70 [2][d] (December 2022).

1429 Dazu 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.70 [5][c] (December 2022).

1430 Dazu 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.70 [5][d] (December 2022).

1431 Ausf. dazu 8A Wright & Miller, Federal Practice and Procedure § 2025 (April 2022).

1432 *Kearney & Trecker Corp. v. Giddings & Lewis, Inc.*, 296 F. Supp. 979, 982 (E.D. Wis. 1969); *U.S. v. Swift & Co.*, 24 F.R.D. 280, 284 (N.D. Ill. 1959); 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.70 [1] (December 2022).

1433 *Pillsbury Co. v. Conby*, 459 U.S. 248, 256-257 (1983); *Maness v. Meyers*, 419 U.S. 449, 460 (1975); *McCarthy v. Arndstein*, 34 U.S. 34, 40 (1924); 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.51 [1] (December 2022); ausf. Heidt, 91 Yale L.J. 1062 (1982).

1434 *Anover Data Servs. v. Statistical Tabulating*, 876 F.2d 1080, 1082 (2d Cir. 1989); *In re Master Key Litig.*, 507 F.2d 292, 293 (9th Cir. 1974); *Sallah v. Worldwide Clearing LLC*, 855 F. Supp. 1364, 1369-1370 (S.D. Fla. 2012).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

können sich nur natürliche Personen auf diesen Schutz berufen.[1435] Auch der erste Verfassungszusatz schützt unter Umständen bestimmte Informationen. Das kann vor allem der Fall sein, wenn Informationen von Journalisten herausverlangt werden und diese ihre vertraulichen Quellen offenlegen müssten.[1436]

Weitergehende Einschränkungen sieht jedenfalls das US-amerikanische Bundesrecht kaum vor.[1437] Gleichwohl können hier auch Regelungen der einzelnen Bundesstaaten zu berücksichtigen sein, die vereinzelt beispielsweise den Informationsaustausch zwischen Buchhaltern und ihren Klienten oder ein Bankgeheimnis von der *pre-trial discovery* ausnehmen.[1438]

IV. Besondere Vorgaben im Bereich der *e-discovery*

FRCP 26(b)(2)(B) regelt die Beweismittelherausgabe im Rahmen der *pre-trial discovery*, wenn die fraglichen Informationen elektronisch gespeichert werden.[1439] Danach müssen nur die Daten, auf die die Adressatin der Vorlageanfrage mit vertretbarem Aufwand Zugriff erlangen kann, vorgelegt werden. Auch unverhältnismäßige Kosten der Datenaufbereitung können die *pre-trial discovery* beschränken.[1440] Neben den mit der Datenaufbereitung

1435 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.51 [2] (December 2022); zur Frage, ob auch der Kläger dieses Recht geltend machen kann und mit welchen Konsequenzen er gegebenenfalls zu rechnen hat s. White, 48 U. Chi. L. Rev. 158 (1981).

1436 *Gonzales v. National Broadcasting Co.*, 194 F.3d 29, 32 (2d. Cir. 1999); *In re Madden*, 151 F.3d 125, 130 (3d Cir. 1998); *Miller v. Transamerican Press, Inc.*, 621 F.2d 721, 725 (5th Cir. 1980); *In re An Application to Enforce Admin. Subpoena of the United States CFCT v. McGraw-Hill Cos.*, 507 F. Supp. 2d 45, 50 (D.D.C. 2007); 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.48 [1][a] (December 2022).

1437 Allerdings ist im *common law*, etwa die Schweigepflicht eines Priesters anerkannt, s. 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.50 [4] (December 2022); ebenso wird auf richterrechtlicher Grundlage der Informationsaustausch zwischen Psychologen und ihren Patienten oder zwischen Patentanwälten und ihren Mandaten von der *pre-trial discovery* ausgenommen, s. 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.50 [5], [6] (December 2022). Insgesamt wird dem die *pre-trial discovery* überwachenden Gericht ein weiter Spielraum bei der Beurteilung der Frage, ob ein *privilege* vorliegt eingeräumt, so dass ein solches auch in weniger offensichtlichen Situationen in Betracht kommen kann, vgl. dazu nur Rhodes, 43 Stan. L. Rev. 445 (1991).

1438 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.50 [1], [2] (December 2022).

1439 Zum Gegenstand der *e-discovery* s. o. Kapitel 3 B. III. 3. f) (S. 232); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 34.12 (December 2022).

1440 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.53 [1] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

verbundenen hohen Kosten können auch veraltete Speichermedien oder -formate oder gelöschte, beschädigte oder fragmentierte Datenbestände einen unverhältnismäßigen Aufwand begründen.[1441] Allerdings kann das Gericht die Datenvorlage anordnen, wenn es dafür einen wichtigen Grund gibt.[1442]

V. Einspruch gegen die Beweismittelerhebung

Schließlich können sich auch aus dem allgemeinen Beweisrecht des US-amerikanischen Zivilprozesses Einschränkungen der Reichweite der *pre-trial discovery* ergeben. Dabei wird immer wieder betont, dass die im Rahmen der *pre-trial discovery* herausverlangten Beweismittel nicht auch in der Hauptverhandlung verwertbar sein müssen.[1443] Allerdings kann einem Beweismittelersuchen ebenso wie der Beweisverwertung mit einem Einspruch (*objection*) widersprochen werden. Grundlage für eine solche *objection* kann etwa der Umstand sein, dass eine Aussage nur vom Hörensagen (*hearsay*) her bekannt ist oder dass eine Frage wiederholt gestellt wird (*repetition*) und bereits beantwortet ist (*asked and answered*).[1444] Das Gericht entscheidet über die Begründetheit eines solchen Einspruchs.

D. Probleme und Lösungsansätze

Angesichts der beschriebenen Reichweite der *pre-trial discovery* ist es nicht verwunderlich, dass im Zusammenhang mit der *pre-trial discovery* auch Probleme zu Tage treten.[1445] Ein kurzer Blick darauf scheint auch im Rahmen dieser Arbeit unvermeidlich, wenn doch in Deutschland der Beweismitteloffenlegung stets mit großer Zurückhaltung begegnet wird und

1441 *Zubulake v. UBS Warburg*, 217 F.R.D. 309, 319 (2003); 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.53 [1] (December 2022).

1442 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.53 [2] (December 2022).

1443 S. nur 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.43 (December 2022).

1444 Für eine ausführliche Liste der Möglichen Grundlagen für eine *objection* s. McElhaney, 78 ABA Journal 90 (1992).

1445 Ausf. dazu auch mit Lösungsansätzen s. Beckerman, 84 Minn. L. Rev. 505 (2000); Grimm, 46 Litigation 23-26 (2020); Stempel, 51 Akron L. Rev. 639 (2017); Stempel, 62 Alab. L. Rev. 529 (2002); Cooter & Rubinfeld, 84 Geo. L.J. 61 (1995); Mullenix, 46 Stan. L. Rev. 1393 (1994).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

dabei stets vor „amerikanischen Verhältnissen" gewarnt wird.[1446] Unter dem Stichwort „Missbrauch der *pre-trial discovery*" (*discovery abuse*) wird dabei eine Vielzahl von Fallgestaltungen diskutiert.[1447] Diesen Schwierigkeiten wurde mit einer Vielzahl von Anpassungen der Vorschriften über die *pre-trial discovery* begegnet. Insbesondere sehen *FRCP 26(g)(3), 30(d)(2), 37* verschiedene Sanktionen vor und die obligatorische *pre-trial conference* soll die einvernehmliche Lösung von Meinungsverschiedenheiten über die Durchführung der *pre-trial discovery* fördern. Schließlich sollen *protective orders* die Schlichtung der Auseinandersetzung durch das Gericht ermöglichen.[1448] Außerdem kann das Gericht auch ohne besondere Anordnung aus einer Vielzahl weitreichender zivilprozessualer Ordnungsmittel schöpfen, um dem Missbrauch der Beweismitteloffenlegung entgegenzuwirken.[1449]

I. Ausufernde Beweisbeschaffung

Mit der großen Reichweite der *pre-trial discovery* als Instrument zur Sachverhaltsaufklärung geht der große Umfang des zu Tage geförderten Beweismaterials einher. Im Fall *Ferguson v. Ford Motor Co.*,[1450] in dem die Kläger von der Beklagten die Zahlung von 342 Mio. USD wegen Kartell-, Patent- und Wettbewerbsrechtsverstößen verlangten, wurden 173 Zeugen verhört, deren *depositions* auf 100.000 Seiten Papier festgehalten, 45.000 Dokumente als Augenscheinsobjekte zusammengestellt und mehr als 700.000 Seiten zur Einsichtnahme durch die jeweils andere Partei vorgelegt.[1451] Die *pre-trial discovery* wurde daher als "gefräßiger Wolf, der durch die Landschaft streift und alles auffrisst, was ihm in den Weg kommt" beschrieben.[1452] Dadurch

1446 S. nur die Stellungsnahme des Bundesverbands der Deutschen Industrie zur 9. GWB-Novelle, Ausschussdrucks. 18(9)1094, S. 1 (abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/489192/30cf175cef8fbc257f99 fccb8524be29/john-data.pdf, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1447 Shugrue, 23 Litigation 10 (1997); Cooter & Rubinfeld, 84 Geo. L.J. 61, 62 (1995); Sorenson, Jr., 46 Hastings L.J. 680, 690 (1995).

1448 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.06 [1] (December 2022).

1449 Z. B. *Herbert v. Lando*, 411 U.S. 153, 177 (1979); ausf. 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.06 [2] (December 2022); insgesamt dazu Wright & Kane, Law of Federal Courts 542–546 (2016).

1450 *Ferguson v. Ford Motor Co.*, 92 F. Supp. 868 (S.D.N.Y. 1950).

1451 O. V., 74 Harv. L. Rev. 940, 1001 (1961).

1452 S. Downey & Massey, 13 Rev. Litig. 183 (1994) und Sherman, 3 Rev. Litig. 89, 197 (1982), die jeweils Judge *Goettel* zitieren.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

würden wohlhabende oder einer Bevölkerungsmehrheit[1453] angehörende Parteien begünstigt; außerdem führe dies zu einer Verschleppung von Verfahren.[1454] Einer derart ausufernden Beweisbeschaffung kann das Gericht den Riegel vorschieben, wenn sie aus verschiedenen Gründen (*annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense*) unzumutbar erscheint (*FRCP 26(c)(1)* a. E.).

II. Überflutung des Gegners mit unerwünschtem Beweismaterial

Die große Zahl der Beweismittel wird meist damit zusammenhängen, dass die beweispflichtige Partei sich ein möglichst umfassendes Bild vom zugrundeliegenden Sachverhalt verschaffen möchte. Allerdings kann auch die zur Offenlegung verpflichtete Partei ein prozesstaktisches Interesse an der Offenlegung zahlreicher Unterlagen haben. Das wird häufig der Fall sein, wenn mit den Beweismitteln „der rauchende Colt" vorgelegt werden muss und der Gegner mit einer Unmenge an Beweismitteln so überfordert werden soll, dass er zur gründlichen Sichtung der Materialien nicht mehr in der Lage sein wird.[1455] Hier wird der beweisbelasteten Partei regelmäßig nur die präzise Formulierung ihres Herausgabeverlangens weiterhelfen.

III. Verwertung des *discovery*-Materials

Befremdlich erscheint auch, dass es grundsätzlich zulässig sein soll, dass das im Zuge der *pre-trial discovery* erlangte Material ohne Weiteres mit Dritten geteilt wird. Jedes Beweismittel wird mit der Registrierung bei Gericht als solches öffentlich einsehbar.[1456] Um das zu verhindern, kann die zur Offenlegung verpflichtete Partei versuchen, die Weitergabe dieser Infor-

1453 Dazu Yamamoto, 25 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 341 (1990).

1454 *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 16 m. w. N.

1455 Dieses Vorgehen ist aus verschiedenen US-amerikanischen Fernsehserien bekannt, s. nur *Pilot – Part 2*, Suits, USA Network, Erstausstrahlung am 23.06.2011, ab Minute 19.20 (abrufbar unter https://www.netflix.com/watch/80012607?trackId=200257858, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

1456 *Public Citizen v. Ligett Group, Inc.*, 858 F.2d 775, 790 (1st Cir. 1988); *Wilk v. American Medical Ass'n.*, 635 F.2d 1295, 1299 (1st Cir. 1980).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

mationen durch Antrag auf Erlass einer entsprechenden Schutzanordnung (*protective order*) zu verhindern.[1457]

Grundsätzlich darf im Rahmen der *pre-trial discovery* gewonnenes Material auch in Prozessen, die anderen Jurisdiktionen unterfallen, verwertet werden.[1458] Umgekehrt ist es im US-amerikanischen Prozess zulässig, andernorts gewonnenes Beweismaterial, in den Prozess einzuführen.[1459] Gewisse Grenzen schieben dem „*blocking statutes*" vor, durch die ein Staat die Befolgung einer Offenlegungsanordnung verbietet.[1460]

IV. *Kosten*

Schließlich ist die *pre-trial discovery* – angesichts des Umfangs wenig überraschend – häufig mit erheblichen Kosten verbunden. Streit darüber, wer diese Kosten zu tragen hat, wird es im US-amerikanischen Zivilprozess gleichwohl nur selten geben: Die *Federal Rules of Civil Procedure* regeln dies ausdrücklich (z. B. *FRCP 30(b)(3)(A)* für die *depositions*). In der Regel hat der zur Offenlegung Verpflichtete deren Kosten zu tragen.[1461] Sollte im Einzelfall eine andere Kostenregelung sachgerecht erscheinen, kann das Gericht die Kosten der gegnerischen Partei auferlegen.[1462] Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn das Gericht feststellt, dass die Durchführung einer *deposition* für die Entscheidung des Falls unerlässlich war.[1463]

Gleichwohl tritt an dieser Stelle der grundlegende Konflikt im Zusammenhang mit der *pre-trial discovery* besonders offensichtlich zu Tage: Indem beiden Parteien gleichberechtigter Zugang zu allen Beweismitteln gewährt wird, gibt es keine Überraschungen und keine Geheimnisse mehr und ein Fall kann einer besonders gerechten Lösung zugeführt werden. Allerdings eröffnet die *pre-trial discovery* den Parteien auch die Möglichkeit,

1457 Wright & Kane, Law of Federal Courts 545 (2016).
1458 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.08 (December 2022); zu den Grenzen der Verwertung s. z. B. *In re Application of EWE Gasspeicher GmbH*, 2020 WL 1272612 (D. Del. 2020).
1459 S. dazu 6 Moore's Federal Practice – Civil § 28.10-15 (December 2022).
1460 Dazu 6 Moore's Federal Practice – Civil § 28.16 (December 2022).
1461 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.70 (December 2022).
1462 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.70 (December 2022).
1463 Dazu ausf. u. m. w. N. 7 Moore's Federal Practice – Civil § 30.71 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

„Sand in das Getriebe zu streuen", indem sie sich unkooperativ verhalten und so die Kosten der *pre-trial discovery* in die Höhe treiben. Hat der Gegner nur begrenzte finanzielle Mittel zur Verfügung, kann er zur Aufgabe gezwungen werden, weil es für ihn zu teuer wäre, die Auseinandersetzung in der Hauptverhandlung zu führen (*winning by attrition*).[1464]

E. Verfahrensfragen

I. Schutzanordnungen (*protective orders*)

FRCP 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery
[…]

(c) Protective Orders.

(1) In General. A party or any person from whom discovery is sought may move for a protective order in the court where the action is pending—or as an alternative on matters relating to a deposition, in the court for the district where the deposition will be taken. The motion must include a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with other affected parties in an effort to resolve the dispute without court action. The court may, for good cause, issue an order to protect a party or person from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense, […]

Bisher wurde in unterschiedlichem Zusammenhang erwähnt, dass bestimmte Informationen von der *pre-trial discovery* ausgenommen sein können. Dabei wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass die grundsätzlich zur Offenlegung verpflichtete Partei durch Antrag auf Erlass einer Schutzanordnung (*protective order*) ihre Interessen wahren kann.[1465] Auf diesen Antrag hin entscheidet das Gericht, ob die fragliche Information einem ent-

1464 Die Analogie zur Taktik der Materialschlacht ziehend, Easterbrook, 69 B.U. L. Rev. 635 (1989); s. dazu auch Cabraser/Lehe, 12 Sedona Conf. J. 1 (2011).

1465 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.102 [1] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

sprechenden Geheimhaltungsprivileg unterfällt. So soll einer ausufernden Ausdehnung der Beweismittelerforschung entgegengewirkt werden.[1466]

Zunächst muss diese Partei jedoch auch gegenüber der anderen Partei geltend machen, dass ein solches Geheimhaltungsinteresse besteht und dieses begründen (*FRCP 26(b)(5)*). Der Gegner soll die Inanspruchnahme des Privilegs selbst bewerten können.[1467] Erst anschließend kann ein entsprechender Antrag bei Gericht gestellt werden. Diesem Antrag muss eine Bestätigung beiliegen, dass die gütliche Streitbeilegung erfolglos versucht wurde (*FRCP 26(c)(1)*).[1468] Wird der Antrag gestellt, ohne dass die Gegenseite über die Geltendmachung des Geheimhaltungsinteresses informiert wurde, können der den Antrag stellenden Partei die für dieses Verfahren anfallenden Kosten auferlegt werden.[1469]

Der Antrag muss vor dem Zeitpunkt gestellt sein, zu dem die Partei die Beweismittel offenlegen müsste.[1470] Es ist genau anzugeben, weshalb die verlangten Informationen nicht herausgegeben werden können.[1471] Anzugeben ist ein wichtiger Grund (*good cause*), aus dem das Beweismittel nicht offengelegt werden kann.[1472] Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn gezeigt werden kann, dass die Beweismitteloffenlegung zu einer eindeutigen und ernsthaften Gefährdung berechtigter Interessen führen würde.[1473]

1466 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.101 [1] (December 2022); *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 22; ausf. zum Ganzen Miller, 105 Harv. L. Rev. 427 (2002).

1467 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.90 [1] (December 2022).

1468 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.103 (December 2022).

1469 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.90 [1] (December 2022).

1470 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.102 [2] (December 2022).

1471 *Brittain v. Stroh Brewery Co.*, 136 F.R.D. 408, 412 (M.D.N.C. 1991); 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.102 [1] (December 2022); s. dazu die anschaulichen Beispiele bei *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 36 ff.

1472 *Public Citizen v. Ligett Group, Inc.*, 858 F.2d 775, 789 (1st Cir. 1988); *In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig.*, 821 F.2d 139, 145 (2d Cir. 1987); *Chicago Tribune Co. v. Bridgestone/Firestone, Inc.*, 263 F.3d 1301 (11th Cir. 2001); dazu 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.104 [1] (December 2022); Baran, 53 Merc. L. Rev. 1675 (2002).

1473 *Anderson v. Cryovac, Inc.*, 805 F.2d 1, 7-8 (1st Cir. 1986); *Glenmede Trust Co. v. Thompson*, 56 F.3d 476, 483 (3d Cir. 1995); *Chevron Corp. v. Donzinger*, 325 F. Supp. 371, 387 (S.D.N.Y. 2018); *Nieves v. OPA, Inc.*, 948 F. Supp. 2d 887, 891 (N.D. Ill. 2013); 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.104 [1] (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Gericht muss sodann feststellen, dass das Herausgabeverlangen unverhältnismäßig belastend erscheint.[1474] Allerdings genügt ein geringes Maß an Belastung, wenn gezeigt werden kann, dass keine Notwendigkeit für die Beweismittelherausgabe besteht.[1475] Auch Wettbewerbsnachteile können einen wichtigen Grund für den Erlass einer Schutzanordnung darstellen.[1476] Bei der Beurteilung der Frage, ob ein wichtiger Grund für den Erlass einer Schutzordnung vorliegt, können Faktoren wie das Missbrauchspotential, der gute Glaube (*good faith*), die Effektivität der in Frage kommenden Schutzmaßnahmen und die Verfügbarkeit von anderen Beweismitteln berücksichtigt werden.[1477]

Wird dem Antrag stattgegeben, kann das Gericht die Beweismitteloffenlegung mit den in *FRCP 26(c)(1)(A)-(H)* beschriebenen Mitteln verhindern,[1478] wobei dieser Katalog nicht abschließend ist.[1479] Der vollständige Ausschluss der *discovery* (*FRCP 26(c)(1)(A)*) kann ebenso angeordnet werden wie die Beschränkung der bei der Durchführung der *discovery* anwesenden Personen (*FRCP 26(c)(1)(E)*) oder, dass ein Geschäftsgeheimnis nicht oder nur in besonderer Weise offengelegt werden muss (*FRCP 26(c)(1)(G)*). Angesichts der großen Reichweite der *pre-trial discovery* erscheint eine abschließende Auflistung nicht sachgerecht. So kann flexibel auf die Erfordernisse des Einzelfalles reagiert werden.[1480] Es wurde etwa angeordnet, dass ein Gegenstand zwar untersucht, dabei aber nicht zerstört werden darf[1481] oder dass bestimmte Personen nicht angesprochen werden dürfen, ohne dass der Prozessvertreter der Gegenpartei anwesend ist.[1482] Wird

1474 *U.S. v. IBM Corp.*, 83 F.R.D. 92 (D.C.N.Y 1979); *Alliance to End Repression v. Rochford*, 75 F.R.D. 441 (D.C.Ill. 1977).
1475 *United Air Lines, Inc. v. U.S.*, 26 F.R.D. 213 (D.C.Del. 1960).
1476 Z. B. *Automation LLC v. Micron Technology, Inc.*, 283 F.R.D. 671, 681 (D.N.M. 2012); *Miles v. Boeing Co.* F.R.D. 112, 114 (E.D. Pa. 1994).
1477 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.104 [1] (December 2022).
1478 Im Einzelnen dazu 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.105 [2]–[9] (December 2022) m. w. N.
1479 Wright & Kane, Law of Federal Courts 545 (2016); *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 21 f.
1480 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.105 [1][b] (December 2022); Wright & Kane, Law of Federal Courts 546 (2016).
1481 *Marrocco v. General Motors Corp.* F.2d 220, 221 (7th Cir. 1992).
1482 *May Coating Techs., Inc. v. Illinois Tool Works*, 157 F.R.D. 55, 56-57 (D. Minn. 1994); *M&M Med. Supplies v. Pleasant Valley Hosp.*, 981 F.2d 160, 163 (4th Cir. 1992).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

gegen eine solche Anordnung verstoßen, kann das Gericht angemessene Sanktionen verhängen.[1483]

II. Rechtsschutz gegen *discovery orders*

Grundsätzlich kann eine vom Gericht des ersten Rechtszuges erlassene Schutzanordnung nicht mit einem Rechtsbehelf angegriffen werden. Rechtsbehelfe stehen grundsätzlich nur gegen endgültige Entscheidungen, die den Rechtsstreit abschließen, zur Verfügung (*28 U.S.C. § 1291*). Ausnahmen kommen vor allem nach dem *All Writs Act (28 U.S.C. § 1651)* in Betracht. Danach können Bundesgerichte höherer Instanzen die Entscheidungen der Gerichte niederer Instanzen überprüfen, wenn dies erforderlich scheint, um in außergewöhnlichen Einzelfällen allgemeine Rechtsgrundsätze zu wahren.[1484]

III. Durchsetzung der *pre-trial discovery*

Schließlich wäre die *pre-trial discovery* nicht sonderlich effektiv, wenn sie – wo notwendig – nicht auch mit gerichtlichen Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden könnte. Daher wird abschließend dargestellt, welche Mechanismen das US-amerikanische Zivilprozessrecht zur Durchsetzung (*enforcement*) der *pre-trial discovery* vorsieht.[1485]

1. Zwangsanordnung (*order to compel*)

Weigert sich eine Partei, Material offenzulegen, ohne einen hinreichenden Grund für diese Weigerung zu haben, kann die gegnerische Partei[1486] einen Antrag (*motion to compel*) auf Erlass einer Zwangsanordnung (*order to*

1483 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.108 [2] (December 2022).
1484 *Glenmede Trust Co. v. Thompson*, 56 F.3d 476, 482 (3d Cir. 1995); 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.107 (December 2022).
1485 Insgesamt dazu 2 Federal Litigation Guide § 22 (December 2022).
1486 Zur Frage, wer den Antrag stellen kann s. 2 Federal Litigation Guide § 22.02 [1] (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.04 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

compel) stellen (*FRCP 37(a)*).[1487] Zuvor muss diese Absicht jedoch der anderen Partei mitgeteilt und eine gütliche Streitbeilegung versucht worden sein.[1488]

Ein solcher Antrag kann unabhängig davon gestellt werden, ob es sich um Informationen handelt, die im Rahmen der *required disclosures*, spezifischer *discovery requests*, oder die mittels *deposition, interrogatory* oder Inaugenscheinnahme erlangt werden sollen.[1489] Es wird unterschieden, ob die Antwort auf ein Beweismittelersuchen nur unvollständig erteilt oder vollständig verweigert wurde. Wurde unvollständig geantwortet, wird das Gericht Maßstäbe formulieren, an denen die Antwort fortan zu messen sein wird. Wird die Antwort vollständig verweigert, steht eine größere Auswahl an Sanktionen zur Verfügung. Diese hängen davon ab, um welches Beweismittel es geht (*FRCP 37(c)-(e)*).[1490] Im Antrag auf Erlass der Zwangsanordnung muss angegeben werden, weshalb die Antwort für unzureichend gehalten wird.[1491]

Das Gericht kann den Antrag sodann ganz oder teilweise ablehnen oder ihm stattgeben.[1492] Hat die andere Partei einen entsprechenden (Gegen-)Antrag (*cross-motion*) auf Erlass einer Schutzanordnung gestellt, kann über beide Anträge in einem Zug entschieden werden.[1493] Bei der Beurteilung dieser Frage wird sich das Gericht von den Vorgaben von *FRCP 26(a)* leiten lassen.[1494] Es kommt darauf an, ob das konkrete Beweismittel für den Rechtsstreit von Bedeutung, nicht besonders geschützt und die Offenlegung verhältnismäßig ist.[1495] In diesem Rahmen wird das Gericht auch über die Kosten, die für den Zwangsantrag angefallen sind, zu entscheiden

1487 Burnham & Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States 379 (2021); *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 22.

1488 2 Federal Litigation Guide § 22.02 [3], [4] (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.05 [3], [4] (December 2022).

1489 2 Federal Litigation Guide § 22.01 (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.02 (December 2022).

1490 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.03 (December 2022).

1491 2 Federal Litigation Guide § 22.02 [5] (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.05 [5] (December 2022).

1492 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.20 (December 2022).

1493 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.21 (December 2022).

1494 2 Federal Litigation Guide § 22.03 (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.02 [1] (December 2022).

1495 2 Federal Litigation Guide § 22.04 (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.22 (December 2022); s. ausf. o. Kapitel 3 B. II. (S. 202).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

haben. Typischerweise trägt diese – in Abweichung von dem Grundsatz, dass jede Partei ihre eigenen Kosten zu tragen hat – die in bezüglich dieser konkreten Frage unterlegene Partei (*FRCP 37(a)(5)*).[1496] Außerdem wird das Gericht Sanktionen für den Fall, dass der Zwangsanordnung nicht Folge geleistet wird androhen.[1497]

2. Zwangsmaßnahmen (*sanctions*)

Die in Betracht kommenden Sanktionen sind in *FRCP 37(b)* aufgelistet. Die Vorschrift unterscheidet Sanktionen zunächst je nach dem, vor welchem Gericht der Antrag auf Erlass der Zwangsanordnung gestellt wird. Das spielt eine Rolle, wenn eine *deposition* in einem anderen Gerichtsbezirk als die Hauptverhandlung durchgeführt werden soll. Weigert sich ein Zeuge, an einer solchen *deposition* mitzuwirken, kann das Gericht an seinem Wohnsitz, dies als *contempt of court* werten (*FRCP 37(b)(1)*).

Wird eine Zwangsanordnung, mit der die *pre-trial discovery* oder die *required disclosure* durchgesetzt werden soll, missachtet, sieht *FRCP 37(b)(2)(A)* eine Reihe verschiedener Rechtsfolgen vor.[1498] Dabei ist grundsätzlich unerheblich, ob Adressat der Zwangsanordnung eine Partei oder ein Zeuge ist.[1499] Allerdings sieht die Vorschrift in *FRCP 37(b)(2)(A)(i)-(vi)* nur Zwangsmaßnahmen vor, die sich gegen eine Partei richten. *FRCP 37(b)(2)(A)(i)* bestimmt, dass die von der beweisbelasteten Partei vorgetragenen Tatsachen schlicht als wahr angesehen werden können. *FRCP 37(b)(2)(A)(iii)* sieht vor, dass der Vortrag der Parteien ganz oder teilweise gestrichen werden kann und gemäß *FRCP 37(b)(2)(A)(v)* kann die Klage ganz oder teilweise abgewiesen werden, wenn der Kläger seinen *discovery*-Verpflichtungen nicht nachkommt.[1500] Sowohl gegen eine Partei als auch gegen einen Zeugen kommt die Annahme der Missachtung des Gerichts (*contempt of court*) in Betracht. Das soll sicherstellen, dass einer konkreten Gerichtsanordnung Folge geleistet wird, klarstellen, dass diesen ganz all-

1496 2 Federal Litigation Guide § 22.05 (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.23 (December 2022).
1497 *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 22.
1498 2 Federal Litigation Guide § 22.23 [1] (December 2022); 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.42 (December 2022).
1499 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.41 (December 2022).
1500 Ausführlich zu den Zwangsmaßnahmen im Einzelnen 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.51 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

gemein Folge zu leisten ist und – wo angemessen – Behinderungen der Wahrheitsfindung bestrafen.[1501] Insgesamt steht den Gerichten sowohl hinsichtlich der Feststellung eines Verstoßes gegen eine Zwangsanordnung als auch bei der Auswahl der Strafe ein weiter Beurteilungsspielraum zu.[1502]

Außerdem sieht *FRCP 37(c)-(f)* für eine Reihe von Verstößen spezifischere Strafen vor. Die Vorschriften betreffen Fälle, in denen *discovery*-Anfragen trotz entsprechender gerichtlicher Anordnung nicht ergänzt oder korrigiert werden, [1503] eine Partei nicht an ihrer eigenen Vernehmung (*deposition*) teilnimmt, *interrogatories* nicht beantwortet oder einer *request for production or inspection* nicht Folge leistet[1504], sich nicht an der Entwicklung und Einreichung eines *discovery plan* beteiligt[1505] oder Beweismaterial unbrauchbar macht.[1506]

F. Zwischenergebnis

Im Rahmen der *pre-trial discovery* wird dem Prozessgegner weitgehender Zugang zu allen für den Fall relevanten Beweismitteln gewährt. Das ist grundsätzlich unabhängig davon, in wessen Besitz sich das Beweismittel befindet. So kann der Sachverhalt von beiden Parteien umfassend aufgeklärt werden. Überraschungen finden in der Hauptverhandlung nicht mehr statt. Besondere Bedeutung kommt dem Instrument der *deposition* zu. Damit können Zeugen von den Parteien bereits vor Beginn der Hauptverhandlung befragt und so kann ein besonders genaues Bild des fraglichen Sachverhalts gezeichnet werden. Allerdings ist die Durchführung dieser *depositions* regelmäßig mit großem Aufwand und hohen Kosten verbunden. Abhängig vom Einzelfall ist daher der Einsatz weiterer Instrumente der *pre-trial discovery* sinnvoll.

Die enorme Reichweite der *pre-trial discovery* wird über das Erfordernis, dass das begehrte Beweismittel für den Fall relevant sein muss, hinaus nur durch einzelne Ausschlussmerkmale beschränkt. Das Beweismittel darf zum einen keinem besonderen Schutz (*privilege*) unterfallen, wobei

1501 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.41 (December 2022).
1502 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.50 [2] (December 2022); s. zu „kreativen Sanktionen" unter texanischem Recht Headley, 32 St. Mary's L.J. 115 (2000).
1503 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.60-76 (December 2022).
1504 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.90-99 (December 2022).
1505 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.110-111 (December 2022).
1506 7 Moore's Federal Practice – Civil § 37.120-122 (December 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

hier der Schutz von Geschäftsgeheimnissen und das Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant als besonders wichtige Fallgruppen zu beachten sind. Zum anderen beschränkt *FRCP 26(c)(1)* die *pre-trial discovery*, wenn diese dem Gegner unzumutbare Belastungen auferlegen würde.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 4 – Herausgabe von Beweismitteln im Recht europäischer Staaten und im Europarecht

Regelmäßig wurden Offenlegungssysteme mit Blick in fremde Rechtsordnungen analysiert.[1507] Auch das englische,[1508] französische[1509] und das schweizerische [1510] Recht sowie weitere[1511] Rechtsordnungen kennen Offenlegungsmechanismen. Im Wege eines Vergleichs dieser Rechtsordnungen wurde herausgearbeitet, dass Mitwirkungspflichten zur Wahrheitsfindung anderen Rechtsordnungen keineswegs fremd sind.[1512] Die Reichweite dieser Mitwirkungspflichten stand dabei – soweit ersichtlich – jedoch nicht im Zentrum der wissenschaftlichen Auseinandersetzung.

A. Ursprung der Offenlegungspflichten im europäischen Recht

Bevor im zweiten Teil dieses Kapitels die europarechtlichen Grundlagen der Offenlegungspflichten im deutschen Recht dargestellt und analysiert werden,[1513] scheint es angezeigt, zunächst die Herkunft dieser Vorgaben aufzuzeigen und dabei besonderes Augenmerk auf den Inhalt der jeweiligen Offenlegungsregeln zu legen. Insbesondere die Durchsetzungsrichtlinie

1507 Z. B. *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 17 ff.; *Haeffs*, Auskunftsanspruch, S. 44 ff.; *Prütting,* AnwBl 2008, 153; *Huber*, Transnationale Modellregeln für Zivilverfahren; *Katzenmeier,* JZ 2002, 533; *Schlosser,* JZ 1991, 599, 600 ff.

1508 S. nur *Brandt*, Disclosure.

1509 Dazu bspw. *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung; *Schlosser*, in: FS-Sonnenberger, 135 ff.

1510 Dazu *Affolter*, Durchsetzung von Informationspflichten, S. 117 ff.; in der Schweiz soll etwa die Auskunftspflicht im Scheidungsprozess höher zu gewichten sein, als die steuerrechtliche Schweigepflicht, vgl. OGE 40/2005/31 v. 13.01.2006.

1511 *Richter,* GRUR-Prax 2019, 500; *Deguchi*, in: FS-Leipold, S. 555 ff.; zum österreichischen Recht: *Rassi,* ZZP 121 (2008), 165; zum japanischen Recht: *Yoshida*, Informationsbeschaffung, S. 121 ff.

1512 Schon *Schlosser,* JZ 1991, 599, 606 stellte fest, dass ein restriktives Verständnis prozessualer Sachaufklärung im internationalen Vergleich rückgängig ist. S. dazu auch *Koch*, Mitwirkungsverantwortung, S. 45 ff.; *Stürner,* RabelsZ 69 (2005), 201, 232 ff.; *Schlosser*, in: FS-Sonnenberger, S. 136 ff.; *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 84 ff.; *Katzenmeier,* JZ 2002, 533, 537 f.; *Chartier,* ZZP 91 (1978), 286, 296 ff.

1513 S. u. Kapitel 4 A. II. (S. 298).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

ist diesbezüglich dem Vorbild der englischen[1514] *Anton-Piller-Order* und der französischen *saisie-contrefaçon* nachgebildet[1515] und orientiert sich an Art. 43a des TRIPS-Übereinkommens.[1516] Diese Instrumente der Beweisermittlung und Beweissicherung werden daher an dieser Stelle zunächst dargestellt.

I. England und Wales

Auch wenn das Vereinigte Königreich die Europäische Union zum 31.01.2020 verlassen hat, ändert dies nichts an dem Umstand, dass die dort geltenden Regeln über den Zugang zu Beweismitteln die europäischen Gesetzgebungsakte zu dieser Thematik maßgebend beeinflusst haben. Allerdings gelten auch im Vereinigten Königreich – abhängig vom Landesteil – unterschiedliche Zivilprozessrechte, wobei die europäischen Regeln zu den Offenlegungsansprüchen vor allem durch das in England und Wales geltende Recht beeinflusst wurden, so dass hier nur das Recht dieser Landesteile dargestellt wird.[1517]

In England und in Wales wird das Zivilprozessrecht durch die *Civil Procedure Rules (CPR)*[1518] geregelt.[1519] Diese sollen die möglichst zutreffende Sachverhaltsermittlung ermöglichen, weil nur so das Vertrauen der Bevöl-

1514 Der Einfachheit halber wird in der Folge schlicht vom „englischen" Recht gesprochen, wobei klarzustellen ist, dass die *Civil Procedure Rules* für England und Wales gelten.

1515 Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums vom 30.01.2003, KOM(2003) 46 endgültig, S. 15; *Wimmers*, in: Schricker/Löwenheim, UrhR, 6. Aufl. 2020, § 101a Rn. 6; *Spindler*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 101a UrhG Rn. 1; *Ohst*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 1.

1516 Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums vom 30.01.2003, COM(2003) 46 endgültig, S. 22.

1517 Zum Einfluss des amerikanischen Rechts auf das englische Recht s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 1.22 f.

1518 Abrufbar unter https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules (zuletzt abgerufen am 11.07.2023); zur Geschichte der *discovery* bzw. *disclosure* im englischen *common law* und zu früheren Kodifizierungen s. den kurzen Überblick bei P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 1.11 ff.

1519 Zur Entwicklung der vorprozessualen Sachverhaltsaufklärung in England s. o. V., 74 Harv. L. Rev. 940, 946–948 (1961).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

kerung in die Gerichte sichergestellt werden könne.[1520] Gleichwohl wird anerkannt, dass es schon aus praktischen Gründen nicht um die Erforschung absoluter Wahrheit gehen kann.[1521] Insgesamt werden die Parteien jedoch dazu angehalten, mit Beweismitteln offen umzugehen, anstatt diese aus prozesstaktischen Gründen geheim zu halten.[1522]

In einem weiteren und nicht-technischen Sinn beschreibt der Begriff „*disclosure*" eine Reihe von Verfahren des Zivilprozessrechts mit welchen Informationen gewonnen, Ineffizienzen beseitigt und prozessuale Nachteile beseitigt werden sollen. Dazu gehören neben den *pre-action protocols*[1523], den klagebestimmenden Schriftsätzen (*statements of case*) und den Zeugenaussagen (*witness statements*)[1524] auch Sachverständigengutachten (*expert reports*),[1525] die körperliche und geistige Untersuchung des Klägers (*physical inspection* und *clinical investigation of state of mind*)[1526] sowie Durchsuchungsanordnungen (*search orders*)[1527] und die Untersuchung von Gegenständen (*inspection of property*).[1528]

Die Regelungen über die *disclosure* in diesem weiten Sinn bezwecken unter anderem die Vermeidung von Überraschungen in der Hauptverhandlung, die Waffengleichheit der Parteien mit Blick auf die Beweisführung, die Förderung der gütlichen Streitbeilegung und das Vermeiden doppelter Sachverhaltserforschung. Dem Gericht soll eine angemessene und gerechte Entscheidung ermöglicht werden. Dabei wird erkannt, dass es sowohl „zu viel" als auch „zu wenig" *disclosure* geben kann.[1529] Die *disclosure* dient außerdem der Vorbereitung von Zeugenaussagen und der Beweissi-

1520 *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 76.
1521 *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 76.
1522 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.09.
1523 Ausf. T Goriely, R Moorhead and P Abrams, *More Civil Justice? The impact of the Woolf reforms on pre-action behaviour* (The Law Society and Civil Justice Council, London 2002) (abrufbar unter https://orca.cf.ac.uk/44483/1/557.pdf, zuletzt abgerufen am 11.07.2023); *Deguchi*, in: FS-Leipold, S. 558 f.
1524 S. u. Kapitel 4 A. I. 2. (S. 291).
1525 S. u. Kapitel 4 A. I. 2. b) (S. 291).
1526 S. u. Kapitel 4 A. I. 3. b) (S. 298).
1527 S. u. Kapitel 4 A. I. 3. a) bb) (S. 294).
1528 S. u. Kapitel 4 A. I. 3. a) (S. 293); s. die Auflistung mit diesen (und weiteren) Methoden der Sachverhaltserforschung im englischen Zivilprozess *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 83-84.
1529 AAS Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure* (4th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 15.5.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

cherung.[1530] Dies wird erreicht, indem einer Partei Zugang zu Dokumenten, Informationen oder gegenständlichen Beweismitteln gewährt wird.[1531] Insgesamt kommt dabei die Überzeugung zum Ausdruck, dass ein gerechtes Ergebnis eher in einem offenen als einem von Geheimhaltung geprägten Verfahren erzielt werden kann.[1532]

Auch wenn insbesondere die *Anton-Piller-Order* stets als Vorlage der europäischen Offenlegungspflichten genannt wird, ist doch zu beachten, dass das englische Zivilprozessrecht den Zugang zu Beweismitteln detailliert regelt und die Durchsuchungsanordnungen (*search orders*), wie die *Anton-Piller-Orders* mittlerweile genannt werden, nur einen Aspekt dieses feingliedrigen Systems darstellen.[1533] Im Rahmen dieser Arbeit soll dieses System jedenfalls in seinen Grundzügen dargestellt werden. Innerhalb des so geregelten Zugangs zu Beweismitteln werden Dokumentenoffenlegung und Dokumenteneinsicht, die Offenlegung von Informationen und der Zugang zu gegenständlichen Beweismitteln unterschieden:

I. Dokumentenoffenlegung und Dokumenteneinsicht

In einem engeren Sinn und als *terminus technicus* des englischen Zivilprozessrechts beschreibt der Begriff „*(documentary) disclosure*" allein die Offenlegung von Dokumenten (*disclosure and inspection of documents*), wie sie in *Part 31* der *Civil Procedure Rules* geregelt ist.[1534] Gemäß *CPR 31.2* ist *disclosure* die Angabe einer Partei, dass ein Dokument existiert oder existiert hat. Die Dokumentenoffenlegung ist das wichtigste Element der

1530 S. *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 82.

1531 S. diese Untergliederung bei P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 1.05.

1532 *Lord Edmund-Davies* bringt dies in *Waugh v British Railways Board* [1980] AC 521, 543, HL auf den Punkt, indem er formuliert: *"Justice is better served by candour than by suppression. […] privilege … distracts from the fairness of the trial by denying a party access to relevant documents or at least subjecting him to surprise."*

1533 Zu diesen s. u. Kapitel 4 A. I. 3. a) bb) (S. 294).

1534 Vor der Einführung der *Civil Procedure Rules* im Jahr 1998 wurden die Maßnahmen zur Dokumentenoffenlegung unter dem Stichwort *„discovery"* diskutiert, vgl. N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.01; *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 82; *Schaaff*, Discovery; s. auch *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 155 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Beweismitteloffenlegung im englischen Zivilprozess[1535] und hat in der Praxis die größte Bedeutung.[1536]

CPR 31.3 (1) bestimmt, dass ein offengelegtes Dokument von der gegnerischen Partei eingesehen werden kann. Ausgenommen sind Fälle, in denen das Dokument sich nicht mehr in der Herrschaft (*control*) der offenlegenden Partei befindet, diese Partei das Recht oder die Pflicht hat, die Einsichtnahme zu verweigern oder ein Fall von *CPR 31.3 (2)* bzw. *CPR 78.26* vorliegt (*CPR 31.3 (1)(a)-(d)*). Bezüglich *CPR 31.3 (1)(b)* regelt *CPR 31.19* das Verfahren, wenn ein Recht oder eine Pflicht, die der Offenlegung entgegenstehen, geltend gemacht werden.[1537] *CPR 32.3 (2)* regelt Fälle, in denen die Offenlegung unverhältnismäßig erschiene. *CPR 78.26* betrifft Fälle, in denen grenzüberschreitende Streitigkeiten mittels Mediation gelöst werden sollen.

Die Vorschriften über die *disclosure* sind weitgehend disponibel, so dass das Gericht davon abweichende Anordnungen treffen kann. Gemäß *CPR 31.12* kann das Gericht etwa anordnen, in welcher Reihenfolge Dokumente offenzulegen sind oder welcher Aufwand bei der Suche nach einem Dokument betrieben werden muss. Ebenso kann bestimmt (und auch von den Parteien vereinbart) werden, dass das gesamte *disclosure*-Verfahren in verschiedenen Stufen durchgeführt wird (*CPR 31.13*).[1538]

a) Voraussetzungen der disclosure

Die *disclosure* findet grundsätzlich in allen zivilprozessualen Verfahren statt. *CPR 31.5 (1)(a)* bestimmt grundsätzlich die Durchführung der *standard disclosure*.[1539] Die *disclosure* beginnt, sobald die Klage erhoben ist. Gemäß *CPR 31.16* kann auch ein Antrag auf Zulassung der vorprozessualen *disclosure* gestellt werden. Einsicht kann in alle Dokumente genommen werden, die in einem bestimmenden Schriftsatz (*statement of case*), einer schriftlichen Zeugenaussage (*statement of witness*) gemäß *CPR 32.4*,

1535 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.02.

1536 *Brandt*, Disclosure, S. 41.

1537 S. u. Kapitel 4 A. I. 1. e) (S. 282).

1538 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.20.

1539 Näher dazu sogl. Kapitel 4 A. I. 1. c) (S. 280); die Form der *disclosure* ist von dem jeweils statthaften Verfahren abhängig, s. dazu *Brandt*, Disclosure, S. 45 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

der Zusammenfassung einer Zeugenaussage (*witness summary*) gemäß *CPR 32.9* oder einer Versicherung an Eides statt (*affidavit*) erwähnt werden (*CPR 31.14*).[1540]

Gemäß *CPR 31.6* müssen die Parten im Rahmen der *standard disclosure* alle Dokumente vorlegen, die ihre Argumentation stützen, die die Erfolgsaussichten der eigenen Position beeinträchtigen oder die die Position einer anderen Partei beeinträchtigten oder stützen.[1541] Dabei wird von den Parteien ein hohes Maß an Ehrlichkeit und Problembewusstsein verlangt.[1542] Des Weiteren müssen Dokumente offengelegt werden, wenn eine einschlägige *Practice Direction* dies anordnet (*CPR 31.6 (a)-(c)*).[1543] Allgemeine Anweisungen zur Durchführung der *disclosure and inspection* enthält *Practice Direction 31A. Practice Direction 31B*[1544] ist bei der Offenlegung elektronisch gespeicherter Informationen und *Practice Direction 31C*[1545] im Rahmen der Offenlegung in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten zu beachten. Letztere dient der Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie.[1546] Grundsätzlich kommt es darauf an, dass ein Dokument für den Rechtsstreit von Bedeutung ist.[1547]

Ist eine Partei der Auffassung, die Offenlegung von Dokumenten oder Dokumentenklassen sei im Einzelfall nicht angemessen, muss sie diesbe-

1540 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.86 ff.

1541 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.28; zu den Schwächen des alten Rechts a. a. O. 26.15.

1542 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.22.

1543 Zum Ganzen S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.14.

1544 https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part31/pd_part31b.

1545 https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part31/practice-direction-31c-disclosure-and-inspection-in-relation-to-competition-claims.

1546 Ausf. dazu C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 9-39 f.

1547 *Wallace Smith Trust Co v Deloitte Haskins & Sells* [1997] 1 WLR 257, CA; dabei wird in diesem Teil der Arbeit nicht das Wort *relevance* mit „Bedeutung" übersetzt, sondern der Umstand, dass das fragliche Beweismittel in dem Fall eine Rolle spielen kann, beschrieben, vgl. zur sprachlichen Unterscheidung zwischen *relevance* und der vom englischen Gesetzgeber gewählten Formulierung auch S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.13. Daher werden etwa Dokumente, die allein der Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen dienen, nicht von der *disclosure* erfasst, vgl. *Favor Easy Management Ltd v Wu* [2011] 1 WLR 1803, CA.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

züglich zunächst nicht angeben, ob solche Dokumente existieren und dementsprechend auch keine Dokumenteneinsicht gewähren (*CPR 31.3 (2)(a)*). Allerdings muss dies im *disclosure statement* (Stellungnahme zur Offenlegung gemäß *CPR 31.10 (6)*) dann auch so begründet werden (*CPR 31.3 (2) (b)*). Bei der Entscheidung über die Frage, ob die Offenlegung unverhältnismäßig ist, wird das Gericht besonders darauf achten, dass das *disclosure*-Verfahren in einem angemessenen Verhältnis zum geltend gemachten Anspruch steht.[1548]

b) Umfang und Pflichten im Rahmen der disclosure

Die *Civil Procedure Rules* bestimmen auch, was die Parteien im Rahmen der *disclosure* zu tun haben und in welcher Weise die Dokumenteneinsicht und gegebenenfalls auch die Beweissicherung abläuft.

aa) Gegenstand der *disclosure*

Gegenstand der *disclosure* sind Dokumente (*documents*). Gemeint ist jeder Informationsträger (*CPR 31.4*). Erfasst wird jeder Gegenstand, der geeignet ist, Informationen sinnlich wahrnehmbar zu machen.[1549] Daher werden auch und insbesondere elektronisch gespeicherte Daten von diesen Vorschiften erfasst,[1550] denen im modernen Zivilprozess eine besonders wichtige Rolle zukommt.[1551] Das liegt auch daran, dass in E-Mails und sozialen Netzwerken besonders offen kommuniziert wird und sich in den dort festgehaltenen Unterhaltungen häufig die *smoking gun* finden lässt.[1552] In diesem Bereich kommt es besonders auf die Umstände des Einzelfalls an, sodass sich hier kaum verallgemeinerungsfähige Regeln feststellen las-

1548 *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 85.
1549 *Niehr*, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 60.
1550 *Practice Direction 31A*, para 2A.1.
1551 Dazu auch S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.17; C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 9-05; N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.13.
1552 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 8-10, 9-28.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

sen.[1553] Immerhin scheint Einigkeit darüber zu bestehen, dass auch gelöschte Daten, die wiederhergestellt werden können, und Metadaten Gegenstand der *disclosure* sein können.[1554]

Die fragliche Information kann bildlich, wörtlich oder auch als verschlüsselter Code festgehalten sein. Ebenso werden Fotografien, Audio-, und audio-visuelle Aufzeichnungen von der *disclosure* erfasst.[1555] Nicht erfasst werden jedoch Informationen, die nicht verkörpert, das heißt nur im Geist einer Person festgehalten sind.[1556] Kopien unterfallen ebenfalls der *disclosure*. Sofern auf einer Kopie jedoch Änderungen des Originals zu erkennen sind, wird diese als eigenständiges Dokument behandelt (*CPR 31.9*).

Gemäß *CPR 31.8 (1)* erstreckt sich die *disclosure* nur auf Dokumente, die sich im Herrschaftsbereich (*control*) einer Partei befinden oder befunden haben. Das ist der Fall, wenn sich das Dokument im Besitz der Partei befindet oder befunden hat,[1557] die Partei ein Recht zum Besitz an dem Dokument hat oder hatte oder die Partei das Recht hat oder hatte, Einsicht in das Dokument zu nehmen oder Kopien von dem Dokument anzufertigen[1558] (*CPR 31.8 (2)*).[1559]

Die wesentlichen Kriterien zur Beurteilung der Frage, wann sich ein Dokument so im Herrschaftsbereich einer Partei befindet, dass diese zur *disclosure* verpflichtet ist, wurden in *Lonrho Ltd. et al. v. Shell Petroleum Co. Ltd. et al.*[1560] entwickelt. In diesem Fall verlangte die Klägerin Offenlegung von Dokumenten, die sich im unmittelbaren Besitz von Gesellschaften befanden, deren Geschäftsanteile letztlich vollständig von der Beklagten

1553 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 7-08.

1554 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.16; C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 11-12; zu Metadaten ausdrücklich *PD 31B,* para 29.

1555 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.16.

1556 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.14.

1557 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 7-29.

1558 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 9-20.

1559 Zum Ganzen ausf. und mit Beispielen S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.18 f.; C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 9-20.

1560 [1980] 1 WLR 627, HL.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

gezeichnet waren.[1561] Das Gericht entschied, dass die Beklagte nicht ohne Mitwirkung ihrer Tochtergesellschaften über die herausverlangten Dokumente verfügen konnte, so dass die Beklagte nicht die Macht (*power*)[1562] hatte, die Offenlegung der Dokumente anzuordnen.[1563] Entscheidend für diese Feststellung war der Umstand, dass die Beklagte nicht unmittelbar an den Tochtergesellschaften sondern nur über eine andere Tochtergesellschaft beteiligt war.[1564] Erschwerend kam hinzu, dass die Tochtergesellschaften teilweise im Vereinigten Königreich, teilweise im damaligen Rhodesien und in Südafrika gegründet worden waren.[1565] Weil das Unternehmensrecht in den verschiedenen Ländern jedoch vergleichbar war, kam es in diesem Fall auf die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen nicht an und es konnte insgesamt festgestellt werden, dass nicht der Gesellschafter, sondern die Geschäftsführung darüber entscheidet, welche Dokumente vorgelegt werden und welche nicht.[1566]

Der Einwand der Klägerin, die Beklagte könne den Gesellschaftsvertrag ihrer Tochtergesellschaften so anpassen, dass sie selbst ein Einsichtsrecht in die herausverlangten Unterlagen hätte, wurde vom Gericht mit dem Argument verworfen, es sei nicht Aufgabe des Gerichts, die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen komplexer Konzernstrukturen durch Urteil so zu gestalten, dass die *disclosure* im Sinne der Klägerin durchgeführt werden könne. Das Gesetz setze voraus, dass der Offenlegungsschuldner gegenwärtig oder in der Vergangenheit auf die Dokumente zugreifen konnte. Ob ein Zugriffsrecht in Zukunft geschaffen werden könne, sei unerheblich.[1567]

Auch wenn in diesem Fall die Offenlegung nicht geschuldet war, wird auf Grundlage des dort entwickelten *Lonrho*-Tests heute noch gefragt, ob der Offenlegungsschuldner gegenüber dem Dritten ein gegenwärtig durchsetzbares Recht auf Besitzverschaffung hat.[1568] Ist das der Fall, ist er zur Offenlegung des fraglichen Beweismittels verpflichtet.

1561 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 628 f., HL.

1562 Die damals maßgebliche Vorschrift verlangte, *„documents which are or have been in his possession, custody or power relating to any matter in question in the cause or matter …"*, s. *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 633, HL.

1563 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 629, HL.

1564 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 634, HL.

1565 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 634, HL.

1566 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 634, HL.

1567 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 635, HL.

1568 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, 635, HL.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Umfang der *disclosure*

Der Umfang der *disclosure* wird zunächst durch die Voraussetzung, dass ein Dokument für den Rechtsstreit von Bedeutung (*relevance*) sein muss, bestimmt.[1569] Dabei hat sich das Verständnis dessen, was unter „*relevance*" zu verstehen ist, im Laufe der Zeit grundlegend geändert. Ursprünglich galt hier die *Peruvian Guano*-Formel, nach der die Offenlegung von allen Informationen verlangt werden konnte, die zu einer relevanten (weiteren) Information führen könnten („*train of inquiry*").[1570] Ein derart weites Verständnis bringen die *Civil Procedure Rules* nicht mehr zum Ausdruck. Allerdings wird die *disclosure* auch nicht ausdrücklich enger gefasst. So weit gefasste *disclosure*-Anordnungen kommen dennoch nur in besonderen Fällen in Betracht. Eine besonders gründliche *disclosure* kann angeordnet werden, wenn einer Partei bereits Betrug oder unwahre Behauptungen nachgewiesen werden können.[1571] Insbesondere ist zu beachten, dass die Vorschriften über die *disclosure* keine *fishing expeditions* ermöglichen sollen, mittels derer zunächst in Erfahrung gebracht werden soll, ob die Klage oder die Verteidigung gegen eine Klage überhaupt Aussicht auf Erfolg hat.[1572]

Aus den *Civil Procedure Rules* ergeben sich im Wesentlichen sechs Pflichten des zur Offenlegung Verpflichteten.[1573] Diese Verpflichtungen können durch Vereinbarung ausgeschlossen oder modifiziert werden (*CPR 31.5 (3), CPR 31.10 (8), CPR 31.13, CPR 31.22 (1)(c)*).[1574] Davon abgesehen kann eine Partei stets Einfluss auf den Umfang der vorzulegenden Dokumente nehmen, indem sie sich schlicht nicht auf diese bezieht, nicht klagt oder einen Anspruch anerkennt. Ein Klageverzicht oder ein Anerkenntnis kommt in Betracht, wenn die preiszugebenden Informationen so wertvoll sind, dass

1569 S. auch *Niehr*, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 62.
1570 *Compagnie Financiére et Commerciale du Pacifique v Peruvian Guano Co* [1882] 11 QB 55, 63, QB.
1571 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 7-32; zur Entwicklung s. auch *Brandt*, Disclosure, S. 50.
1572 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 9-35; *Brandt*, Disclosure, S. 71 m. w. N.
1573 *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 86.
1574 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.01.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

sich die klageweise Geltendmachung des Anspruchs oder die Verteidigung gegen eine Klage nicht lohnt.[1575]

aaa) Offenlegung und *disclosure statement*

Zunächst muss jede Partei der anderen Partei eine Liste mit den für den Fall bedeutsamen Dokumenten zukommen lassen (*CPR 31.10 (2)*).[1576] Dabei müssen alle für den Fall relevanten Dokumente aufgelistet werden,[1577] was auch gilt, wenn diese vernichtet oder an eine andere Person übersendet oder übergeben wurden.[1578] In diesem Zusammenhang wird außerdem das *disclosure statement* abgegeben (*CPR 31.10 (5)*).[1579] Darin ist zu beschreiben, in welchem Umfang nach Dokumenten gesucht wurde[1580] und dass die Regeln über die *disclosure* verstanden und beachtet wurden (*CPR 31.10 (6)*). Außerdem muss hier angegeben werden, ob und aus welchem Grund die Offenlegung verweigert werden soll (*CPR 31.7 (3)*).

Ist eine große Zahl von Dokumenten offenzulegen, so kann auf eine Auflistung verzichtet werden. Stattdessen werden die Dokumente selbst oder Kopien davon übergeben.[1581] Dann besteht allerdings die Gefahr, dass geheime Informationen versehentlich offengelegt werden oder, dass beson-

1575 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.27.

1576 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.34.

1577 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.35; dabei sollen sich die Parteien an dem Formular N265 "*List of documents: standard disclosure*", das unter https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/866795/n265-eng.pdf abgerufen werden kann (zuletzt abgerufen am 11.07.2023)., orientieren (*CPR 4, PD 4 para 1.7*); zur Verwendung dieses Formulars s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.08 ff.

1578 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.38.

1579 Ausf. dazu S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.35 ff.; P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.05 ff.; s. auch N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 87.

1580 Dazu u. Kapitel 4 A. I. 1. b) bb) ddd) (S. 278).

1581 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.01.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

ders kritische Dokumente in der Vielzahl von Dokumenten versteckt werden und die gegnerische Partei so zu einer mühsamen und fehleranfälligen Suche gezwungen wird.[1582] Grundsätzlich ist es aber Aufgabe der Partei, die die Dokumente im Besitz hat, diese zu sichten und zusammenzustellen.[1583]

Weil auch Dokumente aufgelistet werden müssen, in die unter Umständen später keine Einsicht gewährt werden muss, weil ein Recht zur Verweigerung besteht,[1584] genügt, dass die Dokumente in dieser Liste nur sehr vage beschrieben werden. Insbesondere muss die Beschreibung der Dokumente keine Rückschlüsse auf deren Inhalt zulassen.[1585] Ist nur ein Teil eines Dokuments für den Rechtsstreit von Bedeutung, kann der Rest geschwärzt werden. Dies muss wiederum in der Liste angegeben werden.[1586] Tauchen nach der Übergabe der *document list* noch weitere Dokumente auf, muss dies der gegnerischen Partei genauso mitgeteilt werden, wie wenn im Nachhinein Fehler bei der Zusammenstellung der Dokumente erkannt werden.[1587] Dies geschieht typischerweise im Wege einer weiteren Liste.[1588]

bbb) Gewährung von Dokumenteneinsicht

Kernelement der Dokumentenoffenlegung im englischen Zivilprozess ist die Pflicht, der gegnerischen Partei Einsicht in Dokumente (*inspection*) zu gewähren, solange diese nicht vom Einsichtnahmerecht ausgenommen

1582 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.01.
1583 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.01 m. w. N.
1584 S. u. Kapitel 4 A. I. 1. e) (S. 282).
1585 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 1.06.
1586 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.18.
1587 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.28 ff.
1588 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.34.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

sind.[1589] Die Einräumung der Möglichkeit einer lediglich äußerlichen Betrachtung ist nicht ausreichend.[1590]

Das Einsichtsbegehren muss dem Gegner schriftlich mitgeteilt werden, der diesem Ersuchen dann binnen sieben Tagen entsprechen muss (*CPR 31.15*). Dazu muss der anderen Partei mitgeteilt werden, wann und wo die Dokumenteneinsicht stattfinden soll.[1591] Ist diese Partei mit den mitgeteilten Modalitäten der Dokumenteneinsicht nicht einverstanden, kann das Gericht angerufen werden.[1592]

Im Rahmen der Dokumenteneinsicht kann dann auch die Anfertigung von Kopien verlangt werden (*CPR 31.15(c)*).[1593] Ist der Inhalt eines Dokuments in fremder Sprache verfasst, muss es regelmäßig übersetzt werden, wobei die Parteien angehalten sind, sich über die Kosten der Übersetzung zu einigen. Andernfalls kann die in der Hauptverhandlung erfolgreiche Partei Ersatz für diese Kosten verlangen. Sind bereits Übersetzungen vorhanden, müssen diese ebenfalls vorgelegt werden.[1594] Auch wo es um die Einsicht in elektronisch gespeicherte Daten geht, sind die Parteien zur Zusammenarbeit angehalten.[1595] Diese Daten müssen grundsätzlich im ursprünglichen Dateiformat vorgelegt werden, sodass alle Metadaten erhalten bleiben.[1596]

Zur Einsichtnahme ist grundsätzlich die jeweilige Partei berechtigt. Typischerweise wird sie jedoch vom Prozessvertreter oder dessen Mitarbeitern

1589 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 7-29 f.; dabei ist es auch möglich, Stellen die nicht von Bedeutung für den Rechtsstreit oder besonders geheimhaltungsbedürftig sind, zu schwärzen, s. S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.76.

1590 *Niehr*, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 74.

1591 Dazu P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 9.16, 9.18; S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.75.

1592 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 9.39.

1593 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 9.19 ff.

1594 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 9.24 f.

1595 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 9.26 ff.

1596 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.78.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

durchgeführt.[1597] Allerdings kann das Gericht in besonderen Fällen auch anordnen, dass eine Partei nicht selbst Einsicht in diese Unterlagen nehmen darf.[1598] Ein von der Partei bestellter Sachverständiger darf nur mit Zustimmung des Gerichts Einsicht nehmen (*PD 31B, para 33*).[1599]

ccc) Informationssicherung

Weiterhin muss jede Partei sicherstellen, dass die für die *disclosure* in Frage kommenden Dokumente auch tatsächlich vorgelegt werden können. Die Parteien haben somit die Pflicht, Material, welches für einen Rechtsstreit von Bedeutung sein kann, nicht zu zerstören.[1600] Diese Pflicht besteht auch mit Blick auf in Zukunft mögliche Rechtsstreitigkeiten.[1601] Bei Verstößen gegen diese Pflicht, kann der gegnerische Vortrag als erwiesen fingiert und eine negative Kostenfolge angeordnet werden.[1602] Auch strafrechtliche Sanktionen sind denkbar.[1603] Es ist Aufgabe des Prozessvertreters sicherzustellen, dass diese Pflicht von seiner Partei beachtet wird.[1604]

ddd) Suche nach Dokumenten

Gemäß *CPR 31.7 (1)* ist eine Partei auch verpflichtet, mit angemessenem Aufwand nach Dokumenten zu suchen (*duty to search*), die für die Argumentation der anderen Partei von Bedeutung sein können oder die die eigene Position beeinträchtigen. Zur Beurteilung der Frage, in welchem Maß diese Suche angemessen ist, können die Zahl der in Frage kommenden Dokumente, die Natur und die Komplexität des Verfahrens, die Zu-

1597 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 9.36.
1598 Z. B. *Church of Scientology of California v DHSS* [1979] 1 WLR 723.
1599 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 9.37.
1600 N Andrews, *Principles of Civil Procedure* (Sweet & Maxwell, London 1994), 11-016.
1601 *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 86.
1602 *Infabrics Ltd v Jaytex Inc* [1985] FSR 75, Jeff QC; C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 11-24.
1603 N Andrews, *Principles of Civil Procedure* (Sweet & Maxwell, London 1994), 11-016.
1604 N Andrews, *Principles of Civil Procedure* (Sweet & Maxwell, London 1994), 11-017.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

griffsmöglichkeiten und die Kosten der Suche sowie die Bedeutung des einzelnen Dokuments für den Fall berücksichtigt werden (*CPR 31.7 (2)*).[1605]

eee) Keine verfahrensfremde Verwertung

CPR 31.22 regelt die Frage, ob im Zuge der *disclosure* offengelegtes Material auch außerhalb der Hauptverhandlung verwertet werden darf. Grundsätzlich sind der Informationsempfänger, sein Prozessvertreter und sonstige Dritte dazu verpflichtet, die erhaltenen Informationen nicht zu anderen Zwecken als in dem streitgegenständlichen Verfahren zu verwenden (*collateral undertaking*).[1606] Grundsätzlich dürfen diese Informationen also nicht in anderen Verfahren verwertet oder zur Einleitung eines neuen Verfahrens genutzt werden (*Riddick Principle*).[1607] Die erlangten Informationen dürfen auch nicht Dritten mitgeteilt werden.[1608]

Ausnahmen werden gemacht, wenn das fragliche Dokument in einer der Öffentlichkeit zugänglichen Anhörung verlesen wurde, das Gericht die weitergehende Verwertung gestattet oder sich die Parteien über die weitergehende Verwertung einig sind (*CPR 31.22 (1)*). Wurde das Dokument in einer öffentlichen Anhörung verlesen, kann das Gericht auf Antrag einer Partei oder des Eigentümers des Dokuments (*CPR 31.22 (3)*) gleichwohl anordnen, dass es nicht außerhalb des Verfahrens verwertet werden darf (*CPR 31.22 (2)*).[1609]

1605 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.32 f.; dazu P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.36.

1606 Früher *implied undertaking;* zum Ganzen s. C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), Ch 28.

1607 *Riddick v Thames Board Mills Ltd* [1977] QB 881, CA; mit weiteren Beispielen S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.90; *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 168; N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.45.

1608 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.45.

1609 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.91; ausf. N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.51 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Verfahren

Die *disclosure* findet grundsätzlich erst nach Klageerhebung statt. Allerdings erlaubt *CPR 31.16* dem Gericht auch die Anordnung der vorprozessualen Dokumentenoffenlegung (*pre-trial disclosure*), wenn die dort genannten Voraussetzungen vorliegen.[1610] Der Entscheidung über einen entsprechenden Antrag wird das Gericht Faktoren wie beispielsweise die Natur der Rechtsverletzung, die Kosten der *pre-trial disclosure*, die Art der offenzulegenden Dokumente oder die Frage, ob die Klage auch ohne *pre-trial disclosure* erhoben werden kann, zugrundelegen.[1611]

CPR 31.10 regelt das Verfahren zur Durchführung der *standard disclosure*. Danach muss jede Partei der anderen zunächst mitteilen, welche Dokumente sie für den Fall von Bedeutung erachtet. Anhand dieser Liste sollen sich die fraglichen Dokumente so einfach und genau wie möglich bestimmen lassen. Sie muss auch erkennen lassen, hinsichtlich welcher Dokumente die Offenlegung verweigert werden soll und welche Dokumente sich nicht mehr im Herrschaftsbereich der Partei befinden sowie was mit diesen Dokumenten geschehen ist.

Ist eine Partei mit der vom Gegner vorgenommenen *disclosure* nicht zufrieden gestellt, so kann sie zunächst beim Gericht beantragen, dass der Gegner dazu verpflichtet wird, an Eides statt zu versichern (*affidavit*), dass die im Rahmen der *disclosure* gemachten Angaben zutreffen (*CPR 3.1(1), 32.1(1)*).[1612] Wurde die *disclosure* nicht entsprechend den dargestellten Regeln durchgeführt werden, kann gemäß *CPR 31.12* ein Antrag auf Durchführung eines besonderen Offenlegungsverfahrens (*specific disclosure*) gestellt werden.[1613] Darüber hinaus kommen auch die allgemeinen Regeln gemäß *CPR 3.10(b), 3.4(2)(c)* zur Anwendung, nach denen sichergestellt werden kann, dass das Verfahrensrecht beachtet wird.

1610 Die vorprozessuale Dokumentenoffenlegung war vor Einführung der *Civil Procedure Rules* nur sehr eingeschränkt möglich, vgl. N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.57 ff.

1611 Z. B. *Black & Ors v Sumitomo Corp & Ors* [2002] 1 WLR 1562, par 96-98, CA; ausf. zum Ganzen N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.57 ff.

1612 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.40 f.

1613 Dazu P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.48 ff.; *Brandt*, Disclosure, S. 52.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

d) Disclosure durch Dritte

CPR 31.17 regelt sodann die *disclosure*, wenn sich ein für den Fall relevantes Dokument nicht im Besitz einer Partei, sondern im Besitz eines Dritten befindet. Dies muss zunächst bewiesen werden. Anschließend kann das Gericht in einer Zwischenverfügung gemäß *CPR 25.1(1)(j)* die Offenlegung anordnen, wenn das Dokument den Fall beeinflussen kann und seine Vorlage erforderlich ist, um eine gerechte Entscheidung herbeizuführen oder um Kosten zu sparen. In dieser Anordnung müssen die offenzulegenden Dokumente genau bezeichnet werden.[1614] Der Dritte kann dazu verpflichtet werden, Dokumente zu benennen, die sich nicht mehr in seinem Besitz befinden oder hinsichtlich derer er ein Einsichtnahmeverweigerungsrecht geltend machen will. Der Dritte ist wie eine Partei zur Suche nach Dokumenten verpflichtet.[1615] Außerdem kann er zu der Angabe, was mit den nicht mehr in seinem Besitz befindlichen Dokumenten geschehen ist, verpflichtet werden. Schließlich können in der Anordnung auch Zeit und Ort der Einsichtnahme bestimmt werden. Der Dritte kann die ihm entstehenden Kosten regelmäßig ersetzt verlangen (*CPR 48.1(2), (3)*).[1616]

Eine besondere Form dieser Anordnung sind *Norwich Pharmacal Orders*,[1617] durch die ein im Lager eines Rechtsverletzers stehender Dritter zur Dokumentenoffenlegung verpflichtet wird.[1618] Ein vergleichbares Ergebnis kann im Einzelfall auch erzielt werden, indem die Dokumentenvorlage im Rahmen der Zeugenvorladung[1619] angeordnet wird oder gegen den Dritten eine Durchsuchungs- und Sicherungsanordnung[1620] erlassen wird.[1621]

1614 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.99.

1615 *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 163 (Rn. 27).

1616 *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 88.

1617 Benannt nach dem namensgebenden Verfahren *Norwich Pharmacal Co v Customs and Excise* [1973] 3 WRL 164, HL.

1618 *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 88 f.

1619 Dazu u. Kapitel 4 A. I. 2. a) (S. 291).

1620 Dazu u. Kapitel 4 A. I. 3. a) bb) (S. 294).

1621 *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 162 f. (Rn. 26, 28) m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

e) Einsichtnahmeverweigerungsrecht

Der Offenlegungsverpflichtung muss nicht unter allen Umständen nachgekommen werden. Insoweit bestimmt *CPR 31.3(b)*, dass eine Partei zur Verweigerung der Einsichtnahme berechtigt sein kann.[1622] Gemäß *CPR 31.19 (3), (4)* muss dies unter Angabe eines Grundes im *disclosure statement* vorgetragen werden. *CPR 31.19* enthält über ein allgemein anerkanntes Einsichtnahmeverweigerungsrecht hinaus eine Reihe von Fällen, in denen eine Partei beim Gericht die Befreiung von der Verpflichtung zur Einsichtgewährung beantragen kann.[1623] Ein entsprechender Antrag muss stets durch Beweise gestützt werden (*CPR 31.19 (7)*).

Anstatt die Einsichtnahme vollständig zu verweigern, kann das Gericht zunächst anordnen, dass es das Dokument zunächst selbst einsehen darf (*CPR 31.18 (6)(a)*) oder dass die Dokumente nur geschwärzt (*blanking out*)[1624] oder einem bestimmten Personenkreis vorgelegt werden müssen.[1625]

aa) Allgemeines Einsichtnahmeverweigerungsrecht

Das allgemeine Einsichtnahmeverweigerungsrecht[1626] kommt insbesondere zum Schutz der Privatsphäre und wirtschaftlicher Geheimnisse in Betracht.[1627] Grundsätzlich hat aber niemand das Recht, dem Gericht Informationen mit dem Argument, diese seien geheimer Natur, vorzuenthalten.[1628] Von diesem Grundsatz kann im Einzelfall abgewichen werden, so dass Privatsphäre und Betriebsgeheimnisse keinen absoluten, wohl aber

1622 Dazu sogl. Kapitel 4 A. I. 1. e) aa) (S. 282).
1623 Dazu *Niehr*, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 92.
1624 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 10-11 ff.
1625 Sog. *confidentiality-rings/clubs*, s. C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 10-06 ff.; s. auch *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 164 f.; *Enchelmaier,* GRUR Int 2012, 503, 510 f.
1626 Auch Recht zur Vorenthaltung, vgl. z. B. *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 159 (Rn. 19).
1627 S. auch *Niehr*, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 91; *Enchelmaier,* GRUR Int 2012, 503, 508 ff.
1628 AAS Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure* (4th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 15.129; *Brandt*, Disclosure, S. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

relativen Schutz erfahren.[1629] Sind diese Interessen betroffen, so hat der Richter dies im Rahmen seiner Entscheidung über den Offenlegungsantrag zu berücksichtigen.[1630] Wird ein Recht zur Verweigerung der Einsichtnahme anerkannt, so muss dem Gegner das betreffende Dokument nicht vorgelegt werden. Gleichwohl muss in der *disclosure list* offengelegt werden, dass sich die schutzwürdige Partei im Besitz dieses Schriftstücks befindet (*CPR 31.10(4)(a)*).

bb) Einsichtsverweigerung im öffentlichen Interesse

Zunächst kann eine Partei das Recht – unter Umständen auch die Pflicht[1631] – haben, die Einsicht in Unterlagen zu verweigern, wenn die Geheimhaltung der darin enthaltenen Informationen dem öffentlichen Interesse dient (*public interest immunity,* vgl. *CPR 31.19*).[1632] Das ist vor allem dann, der Fall, wenn die Art oder der Inhalt[1633] dieser Dokumente öffentliche Interessen gefährden.[1634] So sind etwa diplomatische Berichte oder Unterlagen,

1629 So *Brandt*, Disclosure, S. 65 m. w. N. in Fn. 173; s. schon *Stadler*, Schutz von Unternehmensgeheimnissen, S. 110 ff., 158 ff., 196 ff.

1630 S. dazu *Brandt*, Disclosure, S. 66; speziell zum Schutz des Unternehmensgeheimnisses AAS Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure* (4th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 15.154 f.

1631 Dazu S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.72.

1632 Es handelt sich um eine neue Formulierung für das in *Duncan v Cammell, Laird an Co Ltd* [1942] AC 624, HL etablierte *crown privilege*. In diesem Fall klagten die Hinterbliebenen der Besatzung eines gesunkenen U-Boots gegen die Regierung und verlangten im Rahmen der *disclosure* Offenlegung der Konstuktionsunterlagen. Diese wurden als streng geheime Militärunterlagen unter Verschluss gehalten und des bestand die Befürchtung, dass die Offenlegung dazu führen würde, dass sensible Informationen in die Hände feindlicher Agenten geraten könnten. Das *House of Lords* entschied, dass die Gerichte nicht anordnen können, dass als geheim eingestuftes Material offengelegt werden muss. Die Formulierung *crown privilege* wurde in *R v Lewes Justices, Hollander ex parte Home Secretary* [1973] AC 400, 412, HL für nicht mehr zeitgemäß erachtet, weil sie die Reichweite des Regierungshandelns nicht hinreichend darstelle. Zum Ganzen s. N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 30.03; C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), Ch 22.

1633 Ausf. zu dieser Unterscheidung N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 30.15 ff.

1634 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.72; zu weiteren Fällen vgl. N Andrews, *English Civil Pro-*

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

die die nationale Sicherheit, den Kernbereich des Regierungshandelns oder bestimmte Angelegenheit der Polizei betreffen, aufgrund ihres sensiblen Inhalts von der *disclosure* ausgenommen. Gleiches gilt für Dokumente, die einer besonderes schützenswerten Kategorie zuzuordnen sind. Dazu gehören etwa Kabinettsprotokolle oder die Aufzeichnungen lokaler Behörden zur Sozialarbeit.[1635] Insgesamt ist eine Interessenabwägung nötig, wobei zugunsten der die Offenlegung beantragenden Partei das in Art. 6 Abs. 1 EMRK gewährte Recht auf einen fairen Prozess zu beachten ist.[1636]

cc) Keine Verpflichtung zur Selbstbezichtigung einer Straftat

Im *common law* ist das Recht zur Verweigerung der Aussage, wenn dies die Gefahr der Strafverfolgung begründen würde (*privilege against self-incrimination*), anerkannt.[1637] Im Zusammenhang mit der *disclosure* schützt das Recht davor, dem Gegner Einsicht in Unterlagen gewähren zu müssen, wenn dies Grundlage für die strafrechtliche Verfolgung der Partei (oder ihres Ehepartners)[1638] sein kann.[1639]

Allerdings wird erkannt, dass die Anwendung des Schutzes vor Selbstbelastung in bestimmten Bereichen zu einer erheblichen Behinderung des *disclosure*-Mechanismus führt. Für das Immaterialgüterrecht wurde die Möglichkeit, sich auf diesen Schutz zu berufen daher durch *section 28*

---

cedure: Fundamentals of the New Civil Justice System (Oxford University Press, Oxford 2003), 30.07 ff. und zu aktuelleren Entwicklungen 30.52 ff.

1635 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.72; N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 30.01.

1636 EGMR, Urt. v. 30.10.2001 – 29545/95 – Devlin v. U.K.; EGMR, Urt. v. 08.04.1997 – 20390/92 u. 21322/93 – Tinnelly & Sons Ltd et. al. v. U.K.

1637 Auch „Recht zu Schweigen" (*right to silence*), vgl. *R v Director of Serious Fraud Office, ex parte Smith* [1993] AC 1 at 30-1, HL, wo auch die damit verbundenen Privilegien explizit aufgelistet werden; zu aktuellen Entwicklungen s. N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 29.54 ff.; s. auch *Niehr*, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 78.

1638 *Civil Evidence Act 1968, section 14(1).*

1639 *Den Norske Bank ASA v Antonatos* [1998] QB 271, QB; *Rank Film Distributors Ltd v Video Information Centre* [1982] QB 380, QB; *Blunt v Park Lane Hotel Ltd* [1942] 2 KB 253, KB; s. allgemein N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 29.06 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

des *Copyright, Design and Patents Act 1988* aufgehoben.[1640] Die Interessen des Verletzers sind dennoch geschützt, weil die so zu Tage geförderten Beweismittel nur in Zivil-, nicht aber in Strafverfahren verwertet werden dürfen.[1641] Auch im Insolvenz-, Banken- und Finanz- sowie im Unternehmensrecht finden sich Vorschriften, die das Schweigerecht beschränken.[1642] Stets ist das Recht auf einen fairen Prozess (Art. 6 Abs. 1 EMRK) zu berücksichtigen.[1643]

dd) Besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant

Des Weiteren begründet das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwälten und ihren Mandanten ein besonders praxisrelevantes Einsichtnahmeverweigerungsrecht, das sog. *legal professional privilege*.[1644] Im auf Auseinandersetzung angelegten Prozess des *common law* (*adversarial proceedings*) kommt diesem Schutz große Bedeutung zu. So wird gewährleistet, dass das Recht auf anwaltliche Vertretung im Prozess nicht dadurch ausgehöhlt wird, dass der Rechtsanwalt im Rahmen der *disclosure* zum Verrat geheimer Informationen verpflichtet werden kann.[1645] Nur so könne sichergestellt werden, dass dem Rechtsanwalt alle für den Fall relevanten Informationen mitgeteilt werden können.[1646]

Geschützt wird die gesamte Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Mandant (*legal professional privilege).* Unterschieden werden die anwaltliche Beratung (*legal advice privilege*) und die Prozessvorbereitung (*liti-*

1640 S. dazu DI Bainbridge, *Intellectual Property* (10th edn., Pearson, Harlow 2018), 53 f.

1641 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.46; *Brandt*, Disclosure, S. 68.

1642 Zu weiteren Einschränkungen s. auch S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.45, 31.47; N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 29.23 m. w. N.

1643 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 29.29 ff. m. w. N.

1644 Sehr ausf. dazu C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), Ch. 17-Ch. 18; s. auch P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 6.15; *Niehr*, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 81 ff.

1645 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.48.

1646 *D v National Society for the Prevention of Cruelty to Children* [1978] AC 171, 231 f., HL; *Brandt*, Disclosure, S. 68.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

gation privilege).[1647] Das *legal advice privilege* betrifft die direkte Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant und wird großzügig angewendet.[1648] Das *litigation privilege* betrifft die Kommunikation des Anwalts mit Dritten oder zwischen dem Mandanten und einem Dritten, wenn dieser Informationsaustausch hauptsächlich der Vorbereitung oder der Führung eines Zivilprozesses dient.[1649] Erfasst wird auch ein fortlaufendes Beratungsverhältnis.[1650] Das *legal professional privilege* gilt auch für Syndikusrechtsanwälte, solange sie rechtlich beratend tätig und nicht nur mit Verwaltungsaufgaben betraut sind.[1651]

Etwas anderes gilt nur, wenn es um besonders verwerfliches und kollusives Zusammenwirken von Rechtsanwalt und Mandant geht oder das Gesetz eine Ausnahme vom *legal professional privilege* anordnet.[1652] Nicht erfasst wird daher ein Informationsaustausch, der der Begehung einer Straftat, insbesondere eines Betrugs, dient (*crime-fraud exception*).[1653] Auch zum Schutz von Kindern gibt es entsprechende Ausnahmen.[1654] Ursprünglich von der *disclosure* erfasstes Material wird nicht dadurch schützenswert, dass es von einem Anwalt oder seinem Mandanten zur Prozessvorbereitung vervielfältigt oder übersetzt wird.[1655]

Abgesehen von diesen Ausnahmen wird die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant jedoch absolut geschützt, so dass keine Abwägung im Einzelfall in Betracht kommt.[1656] Das *legal professional privilege* dient nicht nur dem Schutz des Mandanten, sondern dem Schutz der Rechtsordnung

1647 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.49; AAS Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure* (4th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 16.7 f.; zu dieser Unterscheidung genauer *Brandt*, Disclosure, S. 69.

1648 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 27.02 ff.

1649 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 27.21 ff.

1650 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.51.

1651 *Brandt*, Disclosure, S. 68; *Magnus*, Anwaltsprivileg, S. 204.

1652 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.57.

1653 Dazu ausf. *Magnus*, Anwaltsprivileg, S. 221 ff.

1654 S. z. B. *Essex County Council v R* [1994] Fam 167.

1655 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 27.42 ff.

1656 AAS Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure* (4th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 16.1.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

insgesamt, weil nur so das Recht auf einen fairen Prozess (Art. 6 Abs. 1 EMRK) gewährleistet ist.[1657]

ee) Vorprozessuale Verhandlungen und Gespräche unter Beteiligung eines Vermittlers

Weiterhin sollen die Parteien nicht in ihrer Bereitschaft zur gütlichen Streitbeilegung behindert werden, weil sie befürchten müssen, dass im Rahmen dieser Verhandlung offengelegte Informationen später in der Hauptverhandlung Verwendung finden[1658]. In diesem Rahmen offengelegte Informationen unterfallen dem *without prejudice privilege* und müssen daher im Rahmen der *disclosure* nicht offengelegt werden.[1659] Voraussetzung ist lediglich, dass es sich um den ernst gemeinten Versuch von Vergleichsverhandlungen handelt.[1660] Ausreichend ist die Vorlage zum Zweck der Vergleichsverhandlungen, eine besondere Kennzeichnung ist nicht erforderlich.[1661] Vergleichbares gilt in Bezug auf Gespräche, die unter Beteiligung eines Vermittlers (*conciliation*)[1662] stattfinden.[1663]

f) Verzicht auf das Verweigerungsrecht

Auf das Verweigerungsrecht kann – auch konkludent durch Herausgabe der fraglichen Dokumente – grundsätzlich verzichtet werden.[1664] Entscheidend kommt es dabei darauf an, zu wessen Schutz das Verweigerungsrecht dient.

1657 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.48; *Brandt*, Disclosure, S. 70; AAS Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure* (4th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 16.2.

1658 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 25.05 ff.

1659 *Brandt*, Disclosure, S. 71.

1660 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 25.11.

1661 *Chocoladenfabriken Lindt & Sprüngli AG et al v The Nestlé Co Ltd* [1978] RPC 287, Ch.

1662 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 25.45 ff.

1663 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 25.45.

1664 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.65.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Auf das *legal professional privilege* kann etwa nur der Mandant verzichten.[1665] Dass Unterlagen, die im Rahmen von Vergleichsgesprächen oder unter Beteiligung eines Vermittlers ausgetauscht wurden, von der *disclosure* ausgenommen sind, dient dem Schutz beider Parteien, so dass die Zustimmung beider Parteien erforderlich ist.[1666] Eine Sonderrolle nimmt insoweit die *public interest immunity* ein. Weil sie dem Schutz von Allgemeininteressen dient, kann auf sie grundsätzlich nicht verzichtet werden.[1667] Ist eine Partei zur Verweigerung der Offenlegung berechtigt und gewährt offensichtlich irrtümlich (*obvious mistake*) gleichwohl Einsicht, so darf der Inhalt des betroffenen Dokuments nur mit Zustimmung der zur Verweigerung berechtigten Partei verwertet werden (*CPR 31.20*).[1668]

g) Folgen der fehlerhaften Offenlegung

Wird die Offenlegung zu Unrecht und entgegen einer entsprechenden Anordnung des Gerichts verweigert, kann sich die zur Offenlegung verpflichtete Partei gemäß *CPR 31.21* nicht auf das betreffende Dokument berufen, solange das Gericht dem nicht zustimmt.

Macht eine Partei, ohne dabei in gutem Glauben zu sein, im *disclosure statement* falsche Angaben, so können Maßnahmen wegen Missachtung des Gerichts (*contempt of court*) eingeleitet werden (*CPR 31.23*). Näheres regeln *CPR 81.17* und *CPR 81.18,* die die allgemeinen Vorschriften über *contempt of court* für den Fall der Missachtung eines Urteils oder einer gerichtlichen Anordnung (*CPR 81.4-11*) modifizieren.

1665 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.64; C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), Ch 23; N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 27.70 ff.

1666 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.64.

1667 N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 30.28 ff.

1668 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.70.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

h) Durchsetzung der disclosure

Kommt eine Partei ihren Pflichten im Rahmen der *disclosure* nicht nach, kann das Gericht auf entsprechenden Antrag der anderen Partei diese Verpflichtung durch gerichtliche Anordnung feststellen. Dabei wird das Gericht auch angemessene Sanktionen androhen.[1669] Meint die nichtleistende Partei, zur Verweigerung der Einsichtgewährung berechtigt zu sein, kann dies im Zuge dieser Entscheidung berücksichtigt werden.[1670] Dem Gericht ist dabei breites Ermessen eingeräumt.[1671]

Zweifelt eine Partei an der ordnungsgemäßen Offenlegung im Rahmen der *standard disclosure*, so kann sie einen Antrag auf *specific disclosure* stellen. Auch wenn weitere Indizien herausverlangt werden (*train of inquiry*) oder die Glaubwürdigkeit eines Zeugen anhand besonderer Beweismittel festgestellt werden soll, kommt die *specific disclosure* in Betracht.[1672] Im Rahmen der *specific disclosure* kann das Gericht konkrete Dokumente benennen, die offengelegt werden müssen und in die Einsicht gewährt werden muss.[1673]

Gemäß *CPR 31.21* darf sich eine Partei auf Dokumente, die nicht offengelegt wurden, nicht berufen. Wird gegen die Pflicht zur Dokumentenaufbewahrung verstoßen, so kann eine Behauptung der Gegenseite als erwiesen angesehen werden und eine negative Kostenentscheidung die Folge eines Verstoßes gegen die *disclosure*-Regeln sein.[1674] Ein Verstoß gegen eine endgültige Anordnung des Gerichts (*unless order*)[1675] oder ein Verstoß, der ein faires Verfahren nicht mehr möglich erscheinen lässt, kann bei besonders schweren Verstößen gegen die maßgeblichen Vorschriften sogar zur Strei-

1669 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 11-01 ff.; Nelson & Simek, 37 Law Practice 25 (2011).

1670 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.81.

1671 *Brandt*, Disclosure, S. 74.

1672 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.84.

1673 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 31.85.

1674 *Infabrics Ltd v Jaytex Inc* [1985] FSR 75, 79, Jeff QC; *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 168.

1675 S. C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 11-01.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

chung der Klage bzw. der Verteidigung gegen die Klage führen, mit der Folge, dass der Rechtsstreit verloren geht (*striking out a case*).[1676]

Verstößt eine Partei widerrechtlich gegen eine Anordnung des Gerichts, kommt auch eine Bestrafung wegen Missachtung des Gerichts (*contempt of court*) in Betracht.[1677] Die Partei wird dann in Haft genommen, bis sie der gerichtlichen Anordnung nachkommt.[1678] Besonders scharfe Strafen kommen in Betracht, wenn Beweismittel vorsätzlich vernichtet oder gefälscht werden.[1679]

Angesichts dieser strengen Folgen eines Verstoßes gegen die *disclosure*-Vorschriften kommt der Aufsicht durch den Prozessvertreter eine besondere Bedeutung zu. Es ist seine Berufspflicht, hier auf die minutiöse Einhaltung der Regeln zu achten, um ein faires Verfahren zu ermöglichen.[1680]

i) Kosten

Die Kosten der *disclosure* trägt grundsätzlich die Partei, die sie veranlasst hat. Eine Kostenerstattung erfolgt unter Umständen nach Abschluss der Hauptverhandlung im Rahmen der Kostenentscheidung durch das Gericht. Gemäß *CPR 44.2(2)(a)* trägt grundsätzlich die unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits.[1681] Allerdings räumt *CPR 44.2(2), (4)* dem Gericht auch diesbezüglich ein weites Ermessen ein. Im Rahmen dieses Ermessens kann insbesondere das Verhalten der Parteien berücksichtigt werden.

Die *disclosure* kann sehr aufwendig und daher kostspielig sein. Einer Partei können Kosten zum einen dadurch entstehen, dass sie die für den Fall relevanten Dokumente suchen und unter Umständen aufbereiten muss.

1676 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 11-09; *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 168, 110 f.; N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.40.

1677 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 11-29; *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 167; N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.44.

1678 *Brandt*, Disclosure, S. 74; ausf. dazu A Arlidge, D Eady and ATH Smith, *Arlidge, Eady & Smith on contempt* (5th edn. Sweet & Maxwell, London 2019).

1679 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 11-05.

1680 *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 88.

1681 *Brandt*, Disclosure, S. 74.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Zum anderen können Kosten entstehen, wenn eine Partei mit unbedeutenden Dokumenten geradezu überschwemmt wird und sodann „nach der Nadel im Heuhaufen" suchen muss.[1682] Stellt das Gericht eine entsprechende Verschleierungstaktik fest, kann dies im Rahmen der Kostenfolge berücksichtigt werden.[1683]

2. Offenlegung von Informationen

Über die Dokumentenoffenlegung und -einsicht im Rahmen der *(documentary) disclosure* hinaus gewährt das englische Recht auch auf andere Weise Zugang zu bestimmten Informationen. Dazu gehören die Zeugenvernehmung vor der Hauptverhandlung und die Möglichkeit, Fragen an die andere Partei zu richten.[1684]

a) Vorprozessuale Zeugenvernehmung (*depositions*)

CPR 34.8(1) ermöglicht es einer Partei, die Zeugenvernehmung vor der Hauptverhandlung zu beantragen.[1685] Dem Gericht wird ein weites Ermessen eingeräumt, wenn es um die Fragen geht, ob eine solche *deposition* angeordnet wird und wie diese durchzuführen ist. Bemerkenswert ist, dass vor Einführung der *Civil Procedure Rules* eine solche *deposition* nur in Ausnahmefällen möglich war.[1686] Die vorprozessuale Zeugenvernehmung kam danach etwa in Betracht, wenn ein Zeuge wegen Krankheit oder Auslandsaufenthalt nicht in der Hauptverhandlung angehört werden konnte.[1687] Ungeklärt ist, ob *CPR 34.8(1)* zu einer nennenswerten Erweiterung der Anwendungsfälle führt.[1688] Es wird jedenfalls festgestellt, dass die *depositions* im englischen Zivilprozess weder hinsichtlich ihres Umfangs noch hinsichtlich der prozessualen Bedeutung den US-amerikanischen *depositi-*

1682 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 1.03.
1683 Ausf. *Brandt*, Disclosure, S. 75.
1684 *Brandt*, Disclosure, S. 53.
1685 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 30-35.
1686 *Brandt*, Disclosure, S. 55.
1687 *Jolowicz*, in: FS-Kerameus, S. 541 ff.
1688 *Jolowicz*, in: FS-Kerameus, S. 541 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

ons vergleichbar sind.[1689] Im Gegensatz zum US-amerikanischen Zivilprozess, wo dem *witness coaching* herausragende Bedeutung zukommt, ist eine Beeinflussung des Zeugen im englischen Zivilprozess jedoch in jedem Fall unzulässig.[1690] Gleichwohl wird betont, dass die vorprozessuale Zeugenvernehmung nicht zu verachtende Vorteile liefern kann.[1691]

b) Fragebögen (*information requests*)

Gemäß *CPR 18.1*[1692] kann das Gericht anordnen, dass ein bestimmter Umstand klargestellt oder in Bezug auf einen Umstand weitere Informationen mitgeteilt werden. Eine solche Anordnung kann vom Gericht aus eigenem Antrieb getroffen[1693] oder durch ein Gesuch auf Informationserteilung (*information request*) der anderen Partei angestoßen werden.[1694] Ziel dieser Vorschriften ist es, einer Partei die weitere Sachverhaltsaufklärung zu erleichtern. Insbesondere kann so versucht werden, ein Geständnis zu einer bestimmten Tatsache zu erreichen, Schwächen im Fall des Gegners oder Tatsachen, die den eigenen Sachvortrag stützen, zu erforschen.[1695]

Die Antwort auf eine solche Anfrage muss schriftlich abgefasst, datiert und unterschrieben sein.[1696] Gemäß *CPR 22.1(1)(b)* muss die Antwort mit einem *statement of truth* versehen sein.[1697]

1689 *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 89.
1690 C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 30-17.
1691 *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 90.
1692 Zu den Vorgängerinstrumenten s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 20.01 ff.
1693 Dazu P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 20.22.
1694 *Brandt*, Disclosure, S. 53 f.; zu den Formalitäten und dem Inhalt eines solchen Antrags s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 20.08 ff., 20.23 ff.
1695 S. dazu para 1 der *Practice Direction* zu *Part 18* der *Civil Procedure Rules;* auch P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 20.06; zu einzelnen Tatsachen a. a. O. 20.38 ff.
1696 Zu weiteren Anforderungen an das Antwortschreiben s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 20.15 f.
1697 Dazu P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 20.17.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Zugang zu gegenständlichen Beweismitteln

Schließlich besteht auch im englischen Zivilprozess, die Möglichkeit, die Vorlage von gegenständlichen Beweismitteln (*real evidence*) anzuordnen. Dabei kann eine Partei auch beantragen, dass nach solchen Gegenständen gesucht wird. Außerdem besteht die Möglichkeit zur Untersuchung der gefundenen (oder übergebenen) Gegenstände. Auch die medizinische Untersuchung einer Person oder die Einsichtnahme in Pläne ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung.[1698]

a) Untersuchung von Gegenständen (*inspection*)

Gemäß *CPR 25.5 (1)* kann eine Partei schon vor Klageerhebung einen Antrag stellen,[1699] mit dem sie Untersuchung (*inspection*) von Augenscheinsobjekten verlangt.[1700] Das Gericht wird dem Antrag stattgeben, wenn es der Auffassung ist, dass der Gegenstand in einem späteren Verfahren von Bedeutung sein wird („*property which appears to the court to be property which may become the subject-matter of subsequent proceedings*"). Ein Schriftstück oder ein sonstiger Informationsträger, etwa eine Fotografie, ein Audioband oder ein elektronischer Datenträger, kann dabei „*property*" im Sinne eines Augenscheinsobjekt und „*document*" im Sinne der (*documentary*) *disclosure* zugleich sein. Zur Unterscheidung kommt es entscheidend darauf an, ob es um den Gegenstand als solchen – dann handelt es sich um ein Augenscheinsobjekt – oder seinen Inhalt – dann handelt es sich um ein *document* – geht.[1701] Sollen Pläne, Fotografien, Modelle oder auch (verdeckt angefertigte) Videoaufzeichnungen in der Hauptverhandlung als Beweismittel verwendet werden, muss dies der anderen Partei rechtzeitig mitgeteilt und ihr Gelegenheit zur Untersuchung dieser Gegenstände gegeben werden.[1702]

1698 *Brandt*, Disclosure, S. 54.

1699 Zu den Formalitäten eines solchen Antrags s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.03.

1700 Zur Ermittlung ohne Antrag oder gegen den Wunsch der Parteien s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.14 f.

1701 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.02; insofern gilt im deutschen Recht Vergleichbares, s. o. Kapitel 2 A. I. (S. 101).

1702 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.26 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Untersuchung

Im Rahmen der *inspection* darf der fragliche Gegenstand zunächst in Augenschein genommen werden. Auch Fotografien dürfen angefertigt werden.[1703] Des Weiteren dürfen Proben genommen und Experimente[1704] mit dem Gegenstand durchgeführt werden, wenn das Gericht dies anordnet.[1705] Gemäß *CPR 35* ist die Untersuchung des Gegenstands durch einen Sachverständigen (*expert witnesses*) nur nach ausdrücklicher gerichtlicher Genehmigung zulässig. Hier kommt besonders deutlich zum Ausdruck, dass Sachverständige im englischen Zivilprozess zunächst und vor allem dem Gericht und nicht einer einzelnen Partei verpflichtet sind (*CPR 35.3(1)*).[1706] Unabhängig vom Verfahrensstadium muss ein Sachverständigengutachten offengelegt werden. Andernfalls kann das Gutachten nicht in der Hauptverhandlung verwertet werden (*CPR 35.15*).

bb) Insbesondere: Durchsuchungsanordnungen (*Search Orders* oder *Anton Piller Orders*)

Allerdings wird der Begriff der *inspection* weiter verstanden: Erfasst wird auch die Untersuchung im Sinne einer Durchsuchung von beweglichen Gegenständen und Immobilien.[1707] Eine entsprechende Anordnung (*search order*) wurde vor dem Erlass der *Civil Procedure Rules* in Anlehnung an den namensgebenden Fall[1708] *Anton Piller Order* genannt.[1709] Dabei handelt es sich um ein Bündel von einstweiligen Anordnungen, durch die der Adressat

1703 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.02.

1704 Dazu insb. in Patentverletzungsverfahren s. P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.19 ff.

1705 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.16.

1706 Ausf. dazu N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 32.39 ff.; auch insofern gilt im deutschen Recht Vergleichbares, s. o. Kapitel 2 A. II. (S. 102).

1707 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.04 f.; *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, S. 161 f.

1708 *Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd* [1976] Ch 55, CA.

1709 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 44.1; P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.04; *Götting*, GRUR Int 1988, 729 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

verpflichtet wird, der anderen Partei Zugang zu seinen Räumen zu gewähren. Dort darf die antragstellende Partei dann Beweismittel sicherstellen, wenn die Gefahr besteht, dass diese sonst vom Adressaten der Anordnung zerstört oder verheimlicht werden (*CPR 25.1(1)(h)* i. V. m. *Section 7* des *Civil Procedure Act 1997*).[1710] Von besonderer Bedeutung sind diese *search orders* in Verfahren des gewerblichen Rechtsschutzes.[1711]

Im Rahmen dieser Durchsuchung muss einem Prozessvertreter (*solicitor*) der gegnerischen und der eigenen Partei sowie bestimmten weiteren Personen Zugang zu einem Grundstück und den darauf befindlichen Gebäuden und Fahrzeugen gewährt werden. Sofern es der Sachverhaltsaufklärung dient, können schon in diesem Stadium Sachverständige hinzugezogen werden.[1712] Diesen Personen muss dann die Suche nach Beweismaterial erlaubt werden.[1713] Die Zahl der Anwesenden wird beschränkt, um eine Überrumpelung des Gegners zu vermeiden.[1714] Dabei handelt es sich um ein besonderes einschneidendes Mittel der Sachverhaltsaufklärung.[1715] Die besondere Schwere des Eingriffs ergibt sich vor allem daraus, dass sich der Adressat grundsätzlich nicht gegen diese Anordnung verteidigen kann. Dennoch betont *Lord Denning* im namensgebenden Fall, dass es sich nicht um eine Durchsuchungsanordnung im Sinne eines (aus dem Strafrecht bekannten) Durchsuchungsbeschlusses handelt, sondern lediglich erheblicher Druck auf den Gegner ausgeübt werden soll.[1716] Aufgrund der tiefeinschneidenden (Grundrechts-)Eingriffe formulierte *Lord Omrod* dementsprechend strenge Anforderungen an den Erlass einer *Anton Piller Order:*

> *"There are three essential pre-conditions for the making of such an order, in my judgment.* ***First****, there must be an extremely strong prima facie case.* ***Secondly****, the damage, potential or actual, must be very serious for the*

1710 *Niehr*, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung, S. 71; zu *search orders* im immaterialgüterrechtlichen Verletzungsverfahren s. DI Bainbridge, *Intellectual Property* (10th edn., Pearson, Harlow 2018), 53.

1711 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 44.3.

1712 *Götting,* GRUR Int 1988, 729, 733.

1713 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 44.2.

1714 *Götting,* GRUR Int 1988, 729, 733.

1715 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 44.1.

1716 *Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd* [1976] Ch 55, 60, CA.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

> *applicant.* ***Thirdly****, there must be clear evidence that the defendants have in their possession incriminating documents or things,* ***and*** *that there is a real possibility that they may destroy such material before any application inter partes can be made.*"[1717]

Erforderlich ist damit neben besonders hohen Erfolgsaussichten für den Antragsteller und einem drohenden schweren Schaden vor allem die Gefahr, dass der Gegner Beweismaterial zerstören wird, wenn er vor der Durchsuchung im Wege der *disclosure* zur Offenlegung verpflichtet wird.[1718]

Im Anhang zu *Practice Direction 25A* findet sich ein Muster für einen Antrag auf Erlass einer *Search Order*, das grundsätzlich immer verwendet werden und nur an den notwendigen Punkten angepasst werden soll. Jede wesentliche Abweichung von diesem Muster soll dem Gericht angezeigt werden.[1719] Die Verpflichtung zur Duldung der Durchsuchung ist dort in Klausel 6 enthalten:

6.	The Respondent must permit the following persons–	
	(a)	[ ] ('the Supervising Solicitor');
	(b)	[ ], a solicitor in the firm of [ ], the Applicant's solicitors; and
	(c)	up to [ ] other persons being [their identity or capacity] accompanying them, (together 'the search party'), to enter the premises mentioned in Schedule A to this order and any other premises of the Respondent disclosed under paragraph 18 below and any vehicles under the Respondent's control on or around the premises ('the premises') so that they can search for, inspect, photograph or photocopy, and deliver into the safekeeping of the Applicant's solicitors all the documents and articles which are listed in Schedule B to this order ('the listed items').

1717 *Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd* [1976] Ch 55, 61 f., CA (Hervorhebungen durch den Autor dieser Arbeit); nach einer teilweisen Aufweichung dieser Anforderungen besteht die Rechtsprechung heute auf einer strikten Einhaltung dieses Grundsatzes, s. S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 44.8 ff.

1718 *Götting*, GRUR Int 1988, 729, 731 f.

1719 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 44.14.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Dokumente, nach denen gesucht werden darf, müssen in einer gesonderten Liste (S*chedule B*) aufgelistet werden.[1720] Solange sich aus der *Search Order* nichts Besonderes ergibt, kann umfassend nach diesen Dokumenten gesucht werden. Allerdings kann das Gericht die Durchsuchung auch durch vielfältige Regelungen beschränken. Eine solche Beschränkung der Durchsuchungsberechtigung erfolgt zunächst in zeitlicher Hinsicht. Die *Chancery Division* des *High Court* ordnet üblicherweise an, dass die Durchsuchung binnen Wochenfrist durchgeführt wird. Die *Queen's Bench Division* erlaubt die Durchsuchung typischerweise bis zum Erlass einer anders lautenden Anordnung.[1721] Außerdem kann der Durchsuchende im Rahmen des *cross-undertaking in damages* zum Schadensersatz für den Fall, dass die *Search Order* später aufgehoben wird, verpflichtet werden.[1722] Außerdem muss der *Solicitor* des Klägers, der bei der Durchsuchung zugleich als *officer of the court* fungiert, den Beklagten genau über den Umfang der Durchsuchungsanordnung und seine Rechte, insbesondere das Recht, seinen Rechtsanwalt hinzuzuziehen, in Kenntnis setzen.[1723] Auch über das Recht, einen Antrag auf Aufhebung oder Änderung stellen zu dürfen, muss der Adressat der *Search Order* belehrt werden.[1724]

Damit besteht zwar grundsätzlich die Möglichkeit, dass der Adressat gegen die Durchsuchungsanordnung vorgehen kann.[1725] In der Praxis werden diese jedoch häufig widerspruchslos befolgt. Geht der Adressat widerrechtlich gegen die Anordnung vor, besteht die Gefahr, dass er wegen Missachtung des Gerichts (*contempt of court*) bestraft wird.[1726] Eine solche Bestrafung wurde sogar ausgesprochen, als der Antrag erfolgreich war. Die Durchsuchungsanordnung sei zu befolgen, solange sie in Kraft ist. Der späteren Aufhebung komme keine *ex tunc*-Wirkung zu.[1727]

1720 S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure* (24th edn., Oxford University Press, Oxford 2021), 44.15; *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 45.

1721 *Götting,* GRUR Int 1988, 729, 733; J Adams, 'Anton Piller Orders: An Introduction' [1985] EIPR 293292.

1722 *Götting,* GRUR Int 1988, 729, 733.

1723 *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 45; *Götting,* GRUR Int 1988, 729, 734.

1724 *Götting,* GRUR Int 1988, 729, 734.

1725 Z. B. *Rank Film Distributors Ltd v Video Information Centre* [1982] QB 380, QB.

1726 *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess, S. 46; *Götting,* GRUR Int 1988, 729, 734.

1727 *Wardle Fabrics Ltd v Myristis Ltd* [1984] FSR 263, 275, Ch.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Körperliche und geistige Untersuchung

Die körperliche oder geistige Untersuchung einer Partei oder eines Dritten ist im englischen Zivilprozessrecht nicht ausdrücklich vorgesehen.[1728] Allerdings ist die Möglichkeit zu einer solchen Untersuchung in anderen Gesetzen vorgesehen, wenn es die Interessenlage gebietet.[1729] In Verfahren, die eine Verletzung des Klägers (*personal injury claim*) zum Gegenstand haben, kann eine Partei durch Anordnung des Gerichts zur Duldung der körperlichen Untersuchung angehalten werden.[1730]

4. Zusammenfassung

Im englischen Zivilprozessrecht finden sich sehr detaillierte Vorgaben, die den vorprozessualen Beweismittelzugang betreffen. Bei der Gestaltung der konkreten Vorlageanordnung wird dem Richter ein weitreichendes Ermessen eingeräumt. Allerdings stehen ihm aufgrund der gesetzlichen Vorgaben genaue Parameter zur Bestimmung des Umfangs der Offenlegungsverpflichtung zur Verfügung.

II. Frankreich

Auch das französische Recht kennt Mittel der vorprozessualen Sachverhaltsermittlung.[1731] Anders als die allgemeinen Regeln über die englische *disclosure* haben die allgemeinen Regeln der französischen Zivilprozessordnung (*Nouveau Code de Procédure Civile [NCPC]*) über die vorprozessua-

1728 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.22.

1729 S. z. B. *Family Law Reform Act 1969, sections 20-23* (Blutuntersuchungen und andere Tests zur Feststellung der Vaterschaft), *Social Security Administration Act 1992, sections 9, 55* (Medizinische Untersuchung der Antragsteller), *Road Traffic Act 1988, sections 6, 7* (Atemalkoholtests).

1730 *Nicholson v Halton General Hospitals NHS Trust* [1999] PIQR 310, CA; *S v S, W v W* [1972] AC 24, HL; *Edmeades v Thames Board Mills Ltd* [1969] 2 QB 67, CA; P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 23.25 f.

1731 Allgemein zur vorprozessualen Vorlage von Urkunden durch Zeugen und Parteien im französischen Zivilprozess s. *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 222 ff., 367 ff.; *Schlosser*, in: FS-Sonnenberger, S. 136 ff.; allgemein zum Urkundenbeweis im französischen Recht *Teske*, Urkundenbeweis, S. 3 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

le Beweismittelvorlage die entsprechenden europarechtlichen Vorschriften wohl kaum beeinflusst.

Besondere Aufmerksamkeit soll an dieser Stelle jedoch der *saisie-contrefaçon* (wörtlich Nachahmungsbeschlagnahme)[1732] zuteilwerden. Dabei handelt es sich um eine Anordnung des Gerichts, mit der der Antragsteller berechtigt wird, einen Gerichtsvollzieher (*huissier de justice*) damit zu beauftragen, die Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums festzustellen. Dieses Instrument wird häufig zur Beweissicherung und Informationsbeschaffung genutzt, wenn unklar ist, ob und in welchem Umfang eine Schutzrechtsverletzung stattgefunden hat.[1733] Im Marken- und Urheberrecht dient das Verfahren außerdem der einstweiligen Unterbindung der Rechtsverletzung.[1734]

Je nach behaupteter Schutzrechtsverletzung werden die Voraussetzungen der *saisie-contrefaçon* in verschiedenen Normen geregelt (s. nur *Art. L332-1 Code de la Propriété Intellectuelle [CPI]* für Urheberrechtsverletzungen, *Art. L716-4-7 CPI* für Markenverletzungen und *Art. L615-5 CPI* für Patentverletzungen).[1735] Gleichwohl ergeben sich aus diesen Normen im Wesentlichen dieselben Voraussetzungen für den Erlass einer Anordnung, mit der die *saisie-contrefaçon* genehmigt wird. Trotz des beschränkten Anwendungsbereichs kann an diesem Beispiel gezeigt werden, wie der Zugang zu Beweismitteln in einem streng regulierten Umfeld ausgestaltet sein kann.

I. Antrag auf Durchführung der *saisie-contrefaçon*

Der Antrag (*requête*) auf Durchführung der *saisie-contrefaçon* kann nur vom Rechtsinhaber oder dem Inhaber einer ausschließlichen Lizenz gestellt werden (*Art. L615-2 CPI*).[1736] Er muss beim Präsidenten des zuständigen

1732 Tatsächlich handelt es sich weder um ein Verbot noch um eine Beschlagnahme, sondern um ein Verfahren zur Beweissicherung, s. *Véron*, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 0.15; *Véron,* Mitt. 2002, 386, 392.

1733 *Boval,* GRUR Int 1993, 377, 378.

1734 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 425; zur Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie in Frankreich s. auch *Nicolas-Vullierme,* WuW 2017, 592.

1735 S. auch *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 424; in der Folge werden exemplarisch nur die besonders ausführlichen Normen zur Patentverletzung zitiert.

1736 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 427; *Véron,* Mitt. 2002, 386, 392 (Fn. 2); *Boval,* GRUR Int 1993, 377, 378.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Tribunal Judicaire (TJ) gestellt werden (*Art. R615-2 CPI*).[1737] In dem Antrag muss der Umfang der gewünschten Durchsuchung genau beschrieben werden.[1738] Insbesondere müssen die Gegenstände, die besichtigt oder beschlagnahmt werden sollen, angegeben werden.[1739] Diese Gegenstände sind hinreichend genau beschrieben, wenn der Gerichtsvollzieher das Beweismittel von anderen Gegenständen eindeutig unterscheiden kann.[1740] Sodann hat der Antragsteller die Maßnahmen, die er für erforderlich hält, so genau wie möglich zu beschreiben.[1741] Typischerweise wird auch angegeben, welche Personen bei der Durchsuchung anwesend sein sollen[1742] und wie die Durchsuchung im Einzelnen ablaufen soll.[1743] Es handelt sich nicht um ein kontradiktorisches Verfahren. Der vermeintliche Verletzer erfährt erst bei der Durchführung der *saisie-contrefaçon* von deren Anordnung.[1744] Er soll von der *saisie-contrefaçon* überrascht und es soll ihm unmöglich gemacht werden, Beweismittel vor der Durchsuchung zu vernichten oder beiseitezuschaffen.[1745]

2. Anordnung der *saisie-contrefaçon*

Die *saisie-contrefaçon* darf angeordnet werden, wenn ein (französisches oder europäisches[1746]) Schutzrecht besteht oder beantragt ist und dessen Verletzung behauptet wird (s. z. B. *Art. R615-2 CPI*).[1747] Nicht erforderlich ist die Wahrscheinlichkeit einer Schutzrechtsverletzung. Beweise für eine

1737 *Véron,* Mitt. 2002, 386, 393; *Boval,* GRUR Int 1993, 377, 378.
1738 *Véron*, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 122.82; *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 25.
1739 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 428.
1740 *Véron*, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 122.82; *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 428.
1741 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 429.
1742 *Véron*, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 122.61.
1743 *Véron*, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 122.71 ff.
1744 *Véron,* Mitt. 2002, 386, 392; *Boval,* GRUR Int 1993, 377, 378.
1745 *Werner,* VPP-Rundbrief 2003, 76; *Véron,* Mitt. 2002, 386, 392.
1746 Ein europäisches Schutzrecht muss dabei auch Schutz in Frankreich gewähren. Außerdem muss die Schutzrechtsbeschreibung in französischer Sprache vorliegen, s. *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 23 (Fn. 143).
1747 *Véron,* Mitt. 2002, 386, 393. Bei Verletzung anderer Schutzrechte gelten u. U. abweichende Regeln. Besteht der Verdacht einer Urheberrechtsverletzung, kann die *saisie-contrefaçon* etwa auch bei einem Polizeikommissar oder einem Amtsrichter beantragt werden (*Art. L332-1 CPI*, s. auch *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 427.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Schutzrechtsverletzung müssen nicht vorgelegt werden.[1748] Die *saisie-contrefaçon* bezweckt gerade die Beweismitteloffenlegung.[1749] Genügt der Antrag diesen Anforderungen, so ist der Präsident des zuständigen Gerichts verpflichtet, die *saisie-contrefaçon* zu genehmigen. Es kommt zum Ausdruck, dass das Recht zur Durchführung der *saisie-contrefaçon* als unweigerlich mit dem Schutzrecht verbunden verstanden wird.[1750]

Die Anordnung (*ordonnance*) kann jedoch von dem Antrag insoweit abweichen, als der Umfang der Beweissicherung betroffen ist. Der Präsident des Gerichts bestimmt die Modalitäten der Durchführung der *saisie-contrefaçon*.[1751] Wird etwa eine Beschlagnahme (*saisie réelle*) beantragt, kann auch nur die Besichtigung und genaue Beschreibung des Verletzungsgegenstandes durch den Gerichtsvollzieher (*saisie descriptive*) angeordnet werden.[1752] Tatsächlich handelt es sich bei der *saisie descriptive* um die in der Praxis weitaus bedeutendere Form der *saisie-contrefaçon*.[1753] Die Beschlagnahme (*saisie réelle*) wird nur angeordnet, wenn der Richter die Vorlage des Gegenstandes selbst für sachdienlich erachtet.[1754] Der Anordnungsbeschluss wird nur vom Antrag abweichen, wenn zu befürchten ist, dass die *saisie-contrefaçon* zu Zwecken der unzulässigen Ausforschung oder Belästigung missbraucht wird.[1755]

3. Durchführung der *saisie-contrefaçon*

Der mit der Durchführung der *saisie-contrefaçon* betraute Gerichtsvollzieher wird vom Kläger ausgewählt. Es handelt sich dabei um eine Art „beauftragter Zeuge."[1756] Er kann sich dabei durch einen Fachmann (*homme de l'art*), typischerweise einen Patentanwalt (*conseil en propriété industrielle*), einen Polizeibeamten, und von jeder Person, deren technische Kenntnisse

1748 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 430.
1749 *Véron*, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 0.15 ff.
1750 *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 25.
1751 *Véron*, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 123.12; *Boval,* GRUR Int 1993, 377, 378.
1752 *Véron,* Mitt. 2002, 386, 393; zur Unterscheidung s. *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 27 f.
1753 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 423.
1754 *Boval,* GRUR Int 1993, 377, 378.
1755 Z. B. CA Aix-en-Provence, 01.12.1976, PIBD 1977, nº 186, III, 63.
1756 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 426.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

nützlich sein können, unterstützen lassen.[1757] Diese Personen dürfen dann Immobilien des vermeintlichen Verletzers betreten, um dort das vermeintlich patentverletzende Produkt oder Verfahren zu suchen.[1758] Außerdem darf nach sonstigen Beweismitteln gesucht werden, die geeignet sind, die Schutzrechtsverletzung zu beweisen.[1759]

Eine besonders wichtige Rolle spielt in diesem Zusammenhang der Gerichtsvollzieher. Er führt die Durchsuchung durch und nimmt die gefundenen Beweismittel in Gewahrsam.[1760] Außerdem fertigt er ein Protokoll (*procès-verbal*) an, dem im späteren Hauptsacheverfahren ein besonderer Beweiswert zukommt.[1761] Dieses beruht häufig auf den Vorgaben eines Patentanwalts und ist sehr detailliert.[1762] Es dient dem Gericht im Verletzungsprozess als Grundlage, wenn es um die Beantwortung der Frage geht, ob eine Verletzungshandlung vorliegt.[1763]

Es handelt sich um einen drastischen Eingriff in die Rechte des vermeintlichen Schutzrechtsverletzers.[1764] Allerdings ist die den Antrag stellende Partei typischerweise nicht zur Anwesenheit berechtigt.[1765] Auch ist der vermeintliche Schutzrechtsverletzer nicht über den Wortlaut der Anordnung hinaus zur Zusammenarbeit mit den die Durchsuchung durchführenden Personen verpflichtet.[1766] Entsprechend große Bedeutung hat die präzise und vollständige Formulierung des Antrags.[1767]

a) Besichtigung und Beschreibung (*saisie descriptive*)

Die Beweissicherung erfolgt grundsätzlich durch Besichtigung und Beschreibung (vgl. *Art. L615-5 al. 2 CPI:* „*description détaillée*"). Dabei umfasst

1757 *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 26 f.; *Werner,* VPP-Rundbrief 2003, 76; *Véron,* Mitt. 2002, 386, 393.
1758 Speziell zur Protokollierung der Durchführung eines Testkaufs vgl. *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 427.
1759 *Boval,* GRUR Int 1993, 377, 378.
1760 *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 26.
1761 *Boval,* GRUR Int 1993, 377, 379, 380.
1762 *Boval,* GRUR Int 1993, 377, 379.
1763 *Boval,* GRUR Int 1993, 377, 379.
1764 *Boval,* GRUR Int 1993, 377, 378.
1765 *Boval,* GRUR Int 1993, 377, 379.
1766 M Köhler and S Cohen, 'Disclosure in European Patent Litigation: Towards an Efficient Protection of Patent Owners' [11 (Issue 2)] IP Litigator 1.
1767 *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

die Besichtigung eine Vielzahl von Maßnahmen. Maschinen können in Betrieb genommen, ein Gerät in seine Einzelteile zerlegt werden und es dürfen – wenn dies sinnvoll ist – auch Proben genommen werden.[1768] Auch die Vorlage von Bauplänen kann verlangt werden.[1769] Technische, buchhalterische und Finanzunterlagen dürfen eingesehen und kopiert werden. Das gilt auch dann, wenn diese vertraulicher Natur sind.[1770] Verbreitet ist außerdem die Beweisaufnahme mit Hilfe von Foto- und Filmaufnahmen.[1771]

Durch die Beschreibung werden alle sinnlichen Wahrnehmungen des Gerichtsvollziehers in Bezug auf das Beweisthema festgehalten. Ist zur Erfassung kein besonderer Sachverstand erforderlich, werden die Wahrnehmungen unmittelbar zu Protokoll genommen.[1772] In diesem Protokoll wird die Funktionsweise des gefundenen Verletzungsgegenstandes ebenso festgehalten wie die Begleitumstände der *saisie-contrefaçon*. Dazu gehört auch das Verhalten des vermeintlichen Verletzers und seiner Angestellten.[1773] Fragen dürfen nur in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Beweisthema gestellt werden.[1774] Ist zur Feststellung der Funktionsweise des Verletzungsgegenstandes oder -verfahrens technischer Sachverstand erforderlich, werden auch die Wahrnehmungen des vom Gerichtsvollzieher zu Rate gezogenen Sachverständigen in das Protokoll aufgenommen.[1775] Im Protokoll ist anzugeben, ob Wahrnehmungen des Gerichtsvollziehers oder des Sachverständigen wiedergegeben werden und welche Hilfsmittel verwendet wurden.[1776]

1768 *Véron,* Mitt. 2002, 386, 393.
1769 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 436.
1770 *Véron,* Mitt. 2002, 386, 393; insgesamt zum Ablauf der *Saisie-contrefaçon*, s. *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 438; zum Geheimnisschutz u. Kapitel 4 A. II. 4. (S. 304).
1771 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 436; ganz Ähnliches gilt im deutschen Recht, s. o. Kapitel 2 B. II. 2. b) bb) (S. 131).
1772 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 435.
1773 *Véron*, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 132.131; *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 435; *Boval,* GRUR Int 1993, 377, 379.
1774 CA Paris, 04.11.1992, PIBD 1993, nº 538, III-111, 113.
1775 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 435.
1776 Cass. com. 05.04.1999, Ann. propr. ind. 1999, p. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Beschlagnahme (*saisie réelle*)

Wurde im Rahmen einer Schutzrechtsverletzung die Beschlagnahme genehmigt, nimmt der Gerichtsvollzieher die beschlagnahmten Gegenstände in Gewahrsam und versiegelt sie.[1777] Unproblematisch ist dies bei Gegenständen, die in großer Zahl hergestellt werden und beim Hersteller vorhanden sind. Typischerweise wird dann die Mitnahme von zwei Exemplaren gestattet.[1778] Handelt es sich um ein Unikat oder einen Gegenstand, der für den Betriebsablauf des Gegners unerlässlich ist, kann die Beschlagnahme unverhältnismäßig sein. Das Gericht kann in diesem Fall die Sequestration anordnen. Der zu sichernde Gegenstand verbleibt beim Gegner.[1779]

4. Geheimnisschutz

Es ist offensichtlich, dass der Schutzrechtinhaber im Rahmen der *saisie-contrefaçon* Zugang zu besonders schützenswerten Informationen seines Gegners erlangen kann. Es wird betont, das Schutzinteresse des Berechtigten brauche nicht hinter den Interessen eines potenziellen Verletzers zurückstehen.[1780] Gleichwohl wird erkannt, dass mit der *saisie-contrefaçon* ein erhebliches Missbrauchspotential verbunden ist.[1781]

Der Geheimnisschutz wird sichergestellt, indem der Antragsteller üblicherweise nicht selbst bei der Durchführung der *saisie-contrefaçon* anwesend sein darf. Auch kann das Gericht anordnen, dass alle Beweismittel, also das Protokoll und gegebenenfalls beschlagnahmte Gegenstände, unter Verschluss zu halten sind.[1782] Die entsprechend versiegelten Unterlagen und Gegenstände werden dem Gericht übergeben.[1783] Hat das Gericht keine entsprechende Anordnung erlassen, kann der Gerichtsvollzieher selbst über die Schutzbedürftigkeit der ermittelten Informationen entscheiden.[1784] Soll der Geheimnisschutz nach Abschluss der *saisie-contrefaçon* aufrecht-

1777 *Boval,* GRUR Int 1993, 377, 379.
1778 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 436.
1779 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 437.
1780 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 440.
1781 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 437.
1782 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 441.
1783 Z. B. TGI Vienne 18.05.1990, PIBD 1990, n°487, III-602; TGI Rennes, 15.01.1998, PIBD 1998, n° 652, III-218.
1784 Z. B. TGI Paris 04.07.1997, PIBD 1997, n°644, III-639, 640.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

erhalten werden, muss beim Gericht ein entsprechender Antrag gestellt werden.[1785]

5. Rechtsschutz gegen die *saisie-contrefaçon* und Verwertung der gefundenen Beweismittel

Der vermeintliche Verletzer kann sich erst nach Durchführung der *saisie-contrefaçon* verteidigen.[1786] Auf entsprechenden Antrag hin kann er Bedenken und Vorbehalte gegen die Durchführung der *saisie-contrefaçon* geltend machen. Dabei kann die Anordnung selbst, weil die Voraussetzungen für ihren Erlass nicht vorlagen, oder die Durchführung der *saisie-contrefaçon* angegriffen werden. Außerdem führt die Feststellung, dass ein Schutzrecht nicht vorliegt, zur Unverwertbarkeit der im Rahmen der *saisie-contrefaçon* gewonnen Erkenntnisse.[1787] Vereinzelt bleibt die Entscheidung über den Geheimnisschutz auch dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.[1788] Wird die *saisie-contrefaçon* von vornherein nicht genehmigt, kann der Antragsteller gegen diese Entscheidung Berufung einlegen.

Nach Durchführung der *saisie-contrefaçon* hat der Antragsteller zügig Klage zu erheben, wenn er die gefundenen Beweise in einem Verletzungsprozess verwerten will. Je nach dem, was zuletzt eintritt, muss die Klage spätestens zwanzig Werk- oder einunddreißig Kalendertage nach Durchführung der *saisie-contrefaçon* dem Beklagten zugestellt und beim Gericht eingereicht werden. Andernfalls dürfen die gefundenen Beweismittel nicht mehr verwertet werden (*Art. R615-1 CPI*). Das vom Gerichtsvollzieher erstellte Protokoll wird als Urkundenbeweis in das Hauptverfahren eingeführt und darf in allen Prozessen verwertet werden, in denen Ansprüche aus dem jeweiligen Schutzecht geltend gemacht werden. Das Protokoll erbringt dann für darin festgestellten Tatsachen den vollen Beweis.[1789] Beschlagnahmte Gegenstände werden als Augenscheinsobjekte in den Prozess eingeführt. Ein von einem Sachverständigen im Rahmen der *saisie-contre-*

1785 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 441.
1786 *Boval*, GRUR Int 1993, 377, 379; zum Ganzen *Véron*, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 152.11 ff.
1787 *Véron*, Saisie-Contrefaçon, Ziff. 152.21 ff.; *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases, S. 29.
1788 Zum Ganzen ausf. *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 441 ff.
1789 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 445.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

façon gefertigtes Gutachten steht dem eines gerichtlich bestellten Gutachters gleich.[1790]

6. Zusammenfassung

Das französische Recht erlaubt den Zugang zu Beweismitteln damit unter verhältnismäßig niedrigen Voraussetzungen, während – jedenfalls grundsätzlich – eine sehr detaillierte Untersuchung des gefundenen Materials möglich ist. Allerdings wird die *saisie-contrefaçon* engmaschig kontrolliert und so eine im Einzelfall angemessene Durchführung der *saisie-contrefaçon* sichergestellt.

B. Europarechtliche Grundlagen nationaler Offenlegungspflichten

Ausgehend von den Regelungen in England und Frankreich fand der Zugang zu Beweismitteln seinen Weg auch in Gesetzgebungsakte der Europäischen Union. Insbesondere im Immaterialgüterrecht und im Kartellrecht wurden mit der Durchsetzungsrichtlinie und der Kartellschadensersatzrichtlinie die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, den Zugang zu Beweismitteln sicher zu stellen.[1791] Die oben[1792] dargestellten Offenlegungsansprüche wurden in Umsetzung dieser Richtlinien in das deutsche Recht eingeführt.[1793]

I. Durchsetzungsrichtlinie

Gemeinsamer Ausgangspunkt der über die verschiedenen Immaterialgütergesetze verteilten Offenlegungsansprüche ist Art. 6 Abs. 2 S. 1 DSRL.[1794] Danach stellen die Mitgliedstaaten

1790 *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung, S. 445.
1791 Zur „Beweissicherung und Beweisbeschaffung im europäischen Justizraum" vor Erlass dieser Richtlinien s. *Hess/Zhou,* IPrax 2007, 183.
1792 S. Kapitel 2 B. II. (S. 118) und Kapitel 2 B. III. (S. 140).
1793 *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 479.
1794 *Grabinski/Zülch*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 140c Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

> „sicher, dass die zuständigen Gerichte auf Antrag einer Partei, die alle vernünftigerweise verfügbaren Beweismittel zur hinreichenden Begründung ihrer Ansprüche vorgelegt und die in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befindlichen Beweismittel zur Begründung ihrer Ansprüche bezeichnet hat, die Vorlage dieser Beweismittel durch die gegnerische Partei anordnen können, sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird."

Art. 6 Abs. 2 DSRL erweitert dies noch um die

> „Übermittlung von in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befindlichen Bank–, Finanz– oder Handelsunterlagen anzuordnen, sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird."

Diese Vorgaben werden durch die in Art. 7 DSRL normierte Verpflichtung zur Sicherstellung von Maßnahmen zur Beweissicherung flankiert. Nach Absatz 1 dieser Norm müssen *„schnelle und wirksame einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der rechtserheblichen Beweismittel hinsichtlich der behaupteten Verletzung"* zur Verfügung gestellt werden.

1. Zweck der Durchsetzungsrichtlinie

Die Durchsetzungsrichtlinie soll in allen Mitgliedstaaten ein einheitliches Schutzniveau sicherstellen und dafür sorgen, dass Unterschiede in den verschiedenen Immaterialgüterrechten den Handel zwischen den Mitgliedstaaten nicht negativ beeinflussen.[1795] Es wurde erkannt, dass zwischen den Mitgliedstaaten erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Regeln, die einstweilige Maßnahmen zur Beweissicherung betreffen, bestehen.[1796] Es wurde festgestellt, dass die *Anton Piller Order* des englischen und die *saisie-contrefaçon* des französischen Rechts effektive Mittel zur Beweismittelsicherung sind. Auch in Italien gebe es ein brauchbares Instrument.[1797] In Deutschland seien *„die rechtlichen Möglichkeiten der Beweissicherung [hingegen] nicht sehr schlagkräftig"* gewesen. Auch im österreichischen, dänischen und

1795 Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum vom 30.01.2003, KOM(2003) 46 endgültig, S. 3.
1796 KOM(2003) 46 endgültig, S. 14.
1797 KOM(2003) 46 endgültig, S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

schwedischen Zivilrecht seien Durchsuchungsbefehle ohne Anhörung der Gegenpartei nicht vorgesehen gewesen.[1798]

EGr. 20 DSLR betont, dass *„Beweismittel für die Feststellung einer Verletzung der Rechte des geistigen Eigentums von zentraler Bedeutung sind"*. Es müsse *„sichergestellt werden, dass wirksame Mittel zur Erlangung und zur Sicherung von Beweismitteln zur Verfügung stehen."* Allerdings müsste auch Belangen der Verteidigung Rechnung getragen werden. Neben dem erweiterten Zugang zu Beweismitteln sollen Auskunftsansprüche bei der Herstellung ausgeglichener Informationsverhältnisse zwischen den Parteien eine entscheidende Rolle spielen.[1799]

2. Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie betreffend den Zugang zu Beweismitteln

Art. 6 DSRL schreibt zunächst lediglich vor, dass die Gerichte auf Antrag einer Partei die Vorlage von Beweismitteln anordnen können, wenn sich diese Beweismittel in der Verfügungsgewalt des Gegners befinden und der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird.[1800] Allerdings finden sich keine Hinweise darauf, wie die Vorlage von Beweismitteln im Einzelnen ausgestaltet sein soll. Die Erfüllung des Vorlageanspruchs wird allenfalls diskutiert, wo gefragt wird, ob diese schon im Rahmen einer einstweiligen Verfügung angeordnet werden könne, weil durch diese Anordnung die Entscheidung in der Hauptsache vorweggenommen würde.[1801]

Eine erste Orientierung bei der Frage nach der Reichweite der Offenlegungsansprüche liefert der Grundsatz von der „praktischen Wirksamkeit". Sodann ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof zu Fällen, in denen ein Informationsgefälle besteht, zu beachten. Außerdem hat die Europäische Kommission mittlerweile einen Leitfaden zur Klärung offener Fragen im Zusammenhang mit der Durchsetzungsrichtlinie veröffentlicht, der bei der Bestimmung der Reichweite der Offenlegungsansprüche weiterhelfen kann.

1798 KOM(2003) 46 endgültig, S. 15.
1799 EGr. 21 DSRL.
1800 *Peukert/Kur,* GRUR Int 2006, 292, 299.
1801 *Peukert/Kur,* GRUR Int 2006, 292, 300 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

a) *Effet Utile*

Im Europarecht ist anerkannt, dass bei der Auslegung einer Norm deren „praktische Wirksamkeit" (*effet utile*) zu berücksichtigen ist.[1802] Danach ist im Zweifel die Auslegung zugrunde zu legen, die die Verwirklichung der Vertragsziele und die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft sicherstellt.[1803] Die in Art. 6 DSRL enthaltene Verpflichtung, den Zugang zu Beweismitteln sicherzustellen, bezweckt das Erreichen eines hohen, gleichwertigen und homogenen Schutzniveaus im Bereich des geistigen Eigentums.[1804] Durch Art. 6 DSRL soll das Informationsdefizit des Schutzrechtsinhabers verringert werden.[1805] Dem Schutzrechtsinhabers soll im Falle einer Schutzrechtsverletzung die Durchsetzung seiner Rechte erleichtert werden. Dieser Zweck ist bei der Auslegung der Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie stets zu berücksichtigen.

b) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Der Europäische Gerichtshof hat unabhängig von den hier in Rede stehenden Verpflichtungen, den Zugang zu Beweismitteln zu erleichtern, entschieden, dass ein Richter zur Sachverhaltsaufklärung alle ihm nach nationalem Recht zur Verfügung stehenden Verfahrensmaßnahmen ausschöpfen muss.[1806] Mittlerweile hatte der Europäische Gerichtshof jedoch auch Gelegenheit, sich explizit zu den Informationsungleichgewichten bei Schutzrechtsverletzungen zu äußern:

1802 EuGH, Urt. v. 19.11.1991 – verb. Rs. C-6/90 u. C-9/90 – Francovich, Slg. 1991, I-5403 Rn. 32 ff.; EuGH, Urt. v. 05.02.1963 – Rs. 26-62 – van Gend en Loos, Slg. 1963, 7, 26 f.

1803 EuGH, Urt. v. 21.02.1991 – verb. Rs. C-143/88 u. C-92/89 – Süderdithmarschen, Slg. 1991, I-534 Rn. 30; EuGH, Urt. v. 15.07.1963 – Rs. 34-62 – Bundesrepublik Deutschland gegen Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft., Slg. 1963, 295, 318 f.; EuGH, Urt. v. 29.11.1956 – Rs. 8-55 – Fédération charbonnière de Belgique, Slg. 1955/1956, 307, 311 f.; *Mayer*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 76. EL (Stand: Mai 2022), Art. 19 EUV Rn. 57.

1804 EGr. 10 DSRL; *Heinze,* ZEuP 2009, 282, 283; *Knaak,* GRUR Int 2004, 745; zum Erfordernis der Harmonisierung dieser Regeln schon *Hartz*, Beweissicherung, S. 33 ff.

1805 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 5; *Sujecki,* GRUR Int 2011, 28, 31.

1806 EuGH, Urt. v. 07.09.2006 – C-526/04 – Boiron, Slg. 2006, I-7529 Rn. 55.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Die Entscheidung *Constantin Film ./. Youtube*[1807]

In der Entscheidung *Constantin Film Verleih GmbH gegen Youtube LLC, Google Inc.* verlangte die Klägerin von den Beklagten eine Reihe von Auskünften über Nutzer, die urheberrechtlich geschützte Werke rechtswidrig auf die Videoplattform *Youtube* hochgeladen und so der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hatten.[1808] Im Zentrum dieser Entscheidung steht die Verpflichtung der Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass dem Schutzrechtsinhaber Auskünfte über die Vertriebswege von Waren oder Dienstleistungen, die ein Recht des geistigen Eigentums verletzen, vom Verletzer oder Dritten erteilt werden (Art. 8 DSRL). Diese Verpflichtung verfolgt das gleiche Ziel wie die im Rahmen dieser Ausführungen maßgebliche Vorschrift des Art. 6 DSRL und ist mit dieser eng verwandt. Daher lassen die Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs zur Auskunftsverpflichtung auch Rückschlüsse auf die Reichweite der Offenlegungspflicht zu.

Im Kern dieser Entscheidung ging es um die Frage, wie der in Art. 8 Abs. 2 lit. a) DSLR enthaltene Begriff der „Adressen" auszulegen ist. Die Klägerin hatte Auskünfte über die Namen und Postanschriften der in Rede stehenden Nutzer verlangt; diese standen der Beklagten jedoch nicht zur Verfügung, weil sich die Nutzer unter Decknamen und mit fiktiven E-Mail-Adressen bei *Youtube* registriert hatten. Die Postanschrift wurde von *Youtube* bei der Registrierung gar nicht abgefragt. Der Rechtsstreit wurde diesbezüglich daher schon im erstinstanzlichen Verfahren für erledigt erklärt.[1809] Die Klägerin verlangte in der Folge insbesondere noch die Mitteilung der E-Mail-Adresse und der Telefonnummer, die der Nutzer bei der Registrierung angegeben hatte, sowie die IP-Adressen, die zum Hochladen der Datei und beim letzten Zugriff auf das *Youtube*-Konto verwendet wurden. [1810] Das Landgericht wies die Klage ab, das Oberlandesgericht verurteilte die Beklagte zur Mitteilung der E-Mail-Adressen und lehnte die

1807 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542..

1808 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 15.

1809 LG Frankfurt a. M., Urt. v. 03.05.2016 – 2-3 O 476/13 – Videoplattform, GRUR-RR 2017, 3 juris-Rn. 26.

1810 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 18; LG Frankfurt a. M., Urt. v. 03.05.2016 – 2-3 O 476/13 – Videoplattform, GRUR-RR 2017, 3 Rn. 33–36.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

weitergehende Berufung ab.[1811] Der Bundesgerichtshof legte dem Europäischen Gerichtshof im Zuge des Revisionsverfahrens die Frage vor, wie der in Art. 8 Abs. 2 lit a) DSRL verwendete Begriff der „Adressen" zu verstehen ist, insbesondere, ob darunter auch E-Mail-Adressen, Telefonnummern und IP-Adressen zu verstehen sind.[1812]

Der Europäische Gerichtshof führt zu dieser Frage aus, der Begriff „Adressen" stelle einen unionsrechtlichen Begriff dar, der in der Regel in der gesamten Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müsse.[1813] Diese Auslegung habe sich an dem Sinn und dem gewöhnlichen Sprachgebrauch zu orientieren, wobei auch der Zusammenhang, in dem der Begriff verwendet wird und seine Entstehungsgeschichte berücksichtigt werden kann.[1814] Der Europäische Gerichtshof stellt sodann fest, dass der Begriff „Adressen" nach seinem gewöhnlichen Sinn und im gewöhnlichen Sprachgebrauch nur die Postanschrift erfasst. Ohne weitere Präzisierung beziehe sich der Begriff nicht auf E-Mail-Adressen, Telefonnummern oder IP-Adressen.[1815]

Auch lasse die Gesetzgebungshistorie nicht erkennen, dass der Gesetzgeber ein davon abweichendes Verständnis vor Augen hatte.[1816] Systematische Erwägungen rechtfertigten keine andere Auslegung.[1817] Vor allem aber stehe die streng am Wortsinn orientierte Auslegung auch in Einklang mit dem von Art. 8 DSRL und der Durchsetzungsrichtlinie im Allgemeinen verfolgten Ziel. Es treffe zwar zu, dass Art. 8 DSRL vor dem Hintergrund des in Art. 47 GRCh normierten Grundrechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf zu lesen sei und die wirksame Ausübung des Grundrechts auf Eigentum si-

1811 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 22.08.2017 – 11 U 71/16 – Anspruch auf Drittauskunft, GRUR 2017, 1116; LG Frankfurt a. M., Urt. v. 03.05.2016 – 2-3 O 476/13 – Videoplattform, GRUR-RR 2017, 3.

1812 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 22; BGH, Beschl. v. 21.02.2019 – I ZR 153/17 – Youtube-Drittauskunft, GRUR 2019, 504.

1813 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 28.

1814 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 29.

1815 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 30.

1816 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 31.

1817 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 32 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

cherstellen soll, indem es dem Schutzrechtsinhaber ermöglicht, die Person zu identifizieren, die dieses Recht verletzt.[1818] Allerdings habe sich der Unionsgesetzgeber für eine Mindestharmonisierung entschieden, die auf die in Art. 8 Abs. 2 DSRL klar umschriebenen Auskünfte beschränkt sei.[1819] Eine enge Auslegung sei auch zum Schutz der Interessen und Grundrechte der Nutzer von Schutzgegenständen und dem Allgemeininteresse geboten.[1820] Abschließend führt der Europäische Gerichtshof aus, es sei den Mitgliedstaaten unbenommen, weitergehende Regelungen zur Auskunft über weitere Informationen in das Gesetz einzuführen, solange die widerstreitenden Interessen angemessen berücksichtig werden.[1821] Diese Auslegung wurde letztlich auch vom Bundesgerichtshof übernommen.[1822]

bb) Schlussfolgerungen für die Reichweite der Offenlegungspflicht

Aus der Entscheidung wird ersichtlich, dass sich der Europäische Gerichtshof bei der Auslegung der Durchsetzungsrichtlinie eng am Wortlaut der jeweiligen Norm orientiert. Im Rahmen von Art. 8 Abs. 2 DSRL fällt dies recht leicht, weil dort sehr detailliert aufgelistet wird, welche Informationen zur Verfügung gestellt werden.

Bei der Auslegung von Art. 6 Abs. 1 DSRL dürfte die Auslegung schwerer fallen. Hier wird lediglich vorgeschrieben, dass der Verletzer die in seiner Verfügungsgewalt befindlichen Beweismittel zur Begründung der Ansprüche des Klägers vorzulegen hat. Schon der Begriff der Verfügungsgewalt bedarf der Auslegung. Denkbar ist ein Verständnis, das dem „Besitz" im Sinne von § 854 BGB entspricht, oder die Auslegung im Sinne von *control*, wie sie das englische Zivilprozessrecht[1823] kennt. Auch der Begriff der „Beweismittel" wirft Fragen auf. Zu seiner Bestimmung kann nicht ohne Weiteres auf die Definitionen und den *numerus clausus* der Beweismittel der

1818 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 35.
1819 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 36.
1820 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 37.
1821 EuGH, Urt. v. 09.07.2020 – C-264/19 – Constantin Film v. Youtube, ECLI:EU:C:2020:542 Rn. 39.
1822 BGH, Urt. v. 10.12.2020 – I ZR 153/17 – Youtube-Drittauskunft II, WRP 2021, 201.
1823 Dazu o. Kapitel 4 A. I. 1. b) aa) (S. 271).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

einzelnen Mitgliedstaaten zurückgegriffen werden. Vielmehr bedarf auch dieser Begriff einer unionsrechtskonformen Auslegung. Schließlich ist klärungsbedürftig, welche Beweismittel zur „Begründung der Ansprüche" des Klägers erforderlich sind. Dabei wird es jedoch weniger auf die Auslegung dieser Formulierung als auf die Umstände im Einzelfall ankommen. All dies wird zu berücksichtigen sein, wenn abschließend die Reichweite der Offenlegungspflichten nach deutschem Recht geklärt werden soll.[1824]

c) Leitfaden der Europäischen Kommission

Die genannten Verständnisschwierigkeiten hat auch die Europäische Kommission erkannt. Besondere Schwierigkeiten würden sich dort ergeben, wo verlangt wird, die genaue Art, den Verbleib, die Bezugsnummern oder die Inhalte angeforderter Unterlagen genau zu beschreiben, selbst wenn dies für einen Dritten, der die fraglichen Unterlagen nicht einsehen konnte, unmöglich oder nur unter erheblichem Aufwand möglich ist.[1825] Es wird erkannt, dass ein gewisses Maß an Spezifizierung notwendig sei. Allerdings ist es nach Ansicht der Kommission nicht ausgeschlossen, dass auch eine Kategorie von Beweismitteln herausverlangt werden kann.[1826]

Soweit fraglich ist, wann sich der Offenlegungsgegenstand „in der Verfügungsgewalt" des Offenlegungsschuldners befindet, stellt die Kommission fest, dass Art. 6 Abs. 1 DSLR keine klare Grundlage für die Verpflichtung zur aktiven Suche nach Beweisen biete. Das Beweismittel müsse sich nicht im unmittelbaren Besitz der verpflichteten Partei befinden. In begründeten Fällen könne aus Art. 6 Abs. 1 DSLR die Verpflichtung einer Partei abgeleitet werden, innerhalb ihrer Organisation eine sorgfältige Suche nach Beweismitteln durchzuführen, solange dies vom Antragsteller hinreichend begründet und konkretisiert wurde und auch angemessen erscheint. Allerdings deute der Begriff der „Verfügungsgewalt" auf ein von „Besitz" zu unterscheidendes Verständnis hin.[1827]

1824 Dazu u. Kapitel 5 (S. 339) u. Kapitel 6 (S. 379).
1825 COM(2017) 708 final, S. 15 (III. 3.).
1826 COM(2017) 708 final, S. 15 (III.3.).
1827 COM(2017) 708 final, S. 16 (III.3.).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Schutz vertraulicher Informationen

Weiterhin schreibt die Richtlinie lediglich vor, *dass* vertrauliche Informationen einen besonderen Schutz erfahren sollen. *Wie* dieser Schutz erreicht wird, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Diese „lapidare Regelung" wurde auch vor dem Hintergrund kritisiert, dass etwa das englische und französische Recht rechtliche Mechanismen zum Schutz der Vertraulichkeit im allgemeinen Prozessrecht oder verschiedenen Standesordnungen vorgeben, in Deutschland aber keine entsprechenden Maßnahmen im Gesetz verankert sind.[1828] Somit lassen sich der Durchsetzungsrichtlinie selbst auch hinsichtlich des Schutzes vertraulicher Informationen keine Vorgaben entnehmen.

a) Interessenabwägung am Beispiel einer behaupteten Urheberrechtsverletzung

Indes hatte sich der Europäische Gerichtshof in der Entscheidung *Filesharing*[1829] mit der Auslegung der Durchsetzungsrichtlinie unter diesem Gesichtspunkt zu beschäftigen.

aa) Sachverhalt und Vorgeschichte

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit ging es um einen Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Urheberrechtsverletzung durch Filesharing. Der Beklagte hatte zunächst bestritten, die Urheberrechtsverletzung selbst begangen zu haben. Allerdings hätten auch seine im selben Haus wohnenden Eltern Zugriff auf seinen Internetanschluss gehabt. Dieser sei ausreichend gesichert gewesen.[1830]

In erster Instanz wurde die Schadensersatzklage abgewiesen, weil auch die Eltern des Beklagten das Urheberrecht als Verletzer in Betracht kommen.[1831] Das Berufungsgericht neigte zwar dazu, eine Haftung des Beklagten anzunehmen, weil sich aus seinem Vortrag nicht ergebe, dass im Ver-

1828 *Peukert/Kur,* GRUR Int 2006, 292, 302.
1829 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234, 1235 (Rn. 2).
1830 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234, 1235 (Rn. 15).
1831 AG MÜnchen, Urt. v. 05.11.2014 – 262 C 21484/13 – nicht veröffentlicht.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

letzungszeitpunkt eine Dritte Person den Internetanschluss benutzt habe, weshalb er ernsthaft als Täter in Betracht komme.[1832] Jedoch sah sich das Gericht gehindert, die Regelung aus Art. 8 Abs. 1, Abs. 2 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 InfoSocRL[1833] und Art. 3 Abs. 2 DSRL, wonach wirksame Maßnahmen zum Schutz der Rechte des geeigneten Eigentums gewährleistet werden müssen, in diesem Fall anzuwenden.[1834] Dem stehe die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 97 UrhG – der der Umsetzung der Richtlinienvorgaben dient – entgegen. Danach sei die Norm dahingehend anzuwenden, dass ein privater Anschlussinhaber, der Familienangehörigen Zugriff auf seinen Internetanschluss gewährt, über den ein urheberrechtlich geschütztes Werk rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht wurde, für diese Urheberrechtsverletzung nicht hafte, wenn er mindestens ein Familienmitglied benennt, dem neben ihm der Zugriff auf diesen Internetanschluss möglich war. Nähere Einzelheiten zu Zeitpunkt und Art der Internetnutzung durch dieses Familienmitglied müssten nicht mitgeteilt werden.[1835] Der Bundesgerichtshof führt dazu aus, es seien die allgemeinen Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast zu beachten. Die Klägerin hatte danach alle Voraussetzungen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs, einschließlich der Täterschaft des Beklagten, zu beweisen.[1836]

Das Landgericht hat dem Europäischen Gerichtshof daher zwei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.[1837] Diese sind im Wesentlichen identisch formuliert, jedoch bezieht sich die zweite Vorlagefrage explizit auf die Durchsetzungsrichtlinie. Der Europäische Gerichthof hatte die Frage zu beantworten, ob

1832 LG München I, Urt. v. 17.03.2017 – 12 S 24454/14 – Das verlorene Symbol, GRUR-RR 2017, 188 Rn. 33.

1833 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.05.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L. 167, S. 10 (abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001L0029:de:pdf, zuletzt abgerufen am 11.07.2023) (im Folgenden InfoSocRL).

1834 LG München I, Urt. v. 17.03.2017 – 12 S 24454/14 – Das verlorene Symbol, GRUR-RR 2017, 188 Rn. 34.

1835 LG München I, Urt. v. 17.03.2017 – 12 S 24454/14 – Das verlorene Symbol, GRUR-RR 2017, 188 Rn. 35 f. mit Verweis auf BGH, Urt. v. 06.10.2016 – I ZR 154/15 – Afterlife, GRUR 2017, 386.

1836 BGH, Urt. v. 06.10.2016 – I ZR 154/15 – Afterlife, GRUR 2017, 386 Rn. 14.

1837 LG München I, Urt. v. 17.03.2017 – 12 S 24454/14 – Das verlorene Symbol, GRUR-RR 2017, 188 Rn. 36 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

„Art. 3 Abs. 2 [DSRL] so auszulegen [sei], dass ‚wirksame Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums' auch dann noch gegeben sind, wenn eine Schadensersatzhaftung des Inhabers eines Internetanschlusses, über den Urheberrechtsverletzungen begangen wurden, ausscheidet, wenn der Anschlussinhaber mindestens ein Familienmitglied benennt, dem neben ihm der Zugriff auf diesen Internetanschluss möglich war, ohne durch entsprechende Nachforschungen ermittelte nähere Einzelheiten zu Zeitpunkt und Art der Internetnutzung durch dieses Familienmitglied mitzuteilen".

bb) Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs

Der Europäische Gerichtshof betont zunächst den Zweck der Durchsetzungsrichtlinie, die ein hohes, gleichwertiges und homogenes Schutzniveau für geistiges Eigentum im Binnenmarkt gewährleisten soll.[1838] Weiterhin wird betont, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 6 Abs. 1 DSRL sicherzustellen haben, dass die zuständigen Gerichte die Vorlage von Beweismitteln anordnen können, wenn der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet wird.[1839] Vor dem Hintergrund von EGr. 20 DSRL, wonach Beweismittel für die Feststellung einer Verletzung der Rechte des geistigen Eigentums von zentraler Bedeutung sind und sichergestellt werden muss, dass wirksame Mittel zur Vorlage, zur Erlangung und zur Sicherung von Beweismitteln zur Verfügung stehen, sei Art. 6 Abs. 1 DSRL so auszulegen, dass es dem Geschädigten ermöglicht werden muss, die zur Begründung seiner Ansprüche erforderlichen Beweismittel zu erlangen, die sich in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befinden, sofern dabei der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet ist.[1840] Andererseits sei der Schutz des Familienlebens, der im vorliegenden Fall durch Art. 6 Abs. 1 GG besonderen Schutz erfährt und auch in Art. 7 GRCh anerkannt werde, zu beachten. Aus EGr. 32 DSRL ergebe sich, dass die Durchsetzungsrichtlinie im Einklang mit den Grundrechten und Grundrechten steht, die mit der Grundrechtecharta anerkannt wurden. Im Kern des Falles steht damit die Frage, wie das

1838 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 33 mit Verweis auf EGr. 10 DSRL.
1839 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 39.
1840 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 40 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Eigentumsgrundrecht[1841] und das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens in Einklang gebracht werden können.[1842]

Der Europäische Gerichtshof betont zunächst, dass Familienmitglieder nicht dazu verpflichtet werden können, sich gegenseitig zu belasten, wenn eines von ihnen einer rechtswidrigen Handlung verdächtigt wird.[1843] Dieses Anliegen komme auch in Art. 8 Abs. 3 lit. d) DSRL i. V. m. Art. 8 Abs. 1, Abs. 2 DSRL zum Ausdruck, wonach nationale Bestimmungen, die es zulassen, dass der Zuwiderhandelnde Auskünfte verweigert, mit denen er gezwungen würde, seine Beteiligung oder die Beteiligung enger Verwandter an einer Schutzrechtsverletzung zuzugeben, nicht ausgeschlossen sind.[1844] Allerdings werde dem Rechteinhaber durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die Feststellung der behaupteten Urheberrechtsverletzung und die Identifizierung des Täters unmöglich gemacht. Es komme zu einer qualifizierten Beeinträchtigung des Inhabers des Urheberrechts und ein angemessenes Verhältnis zwischen Eigentumsschutz und Schutz der Familie werde so nicht hergestellt.[1845] Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 97 UrhG, die „einen quasi absoluten Schutz gewährt", stehe einem hinreichend wirksamen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums im Wege.[1846] Ein angemessener Ausgleich der widerstreitenden Interessen könne erreicht werden, indem eine zivilrechtliche Haftung des Anschlussinhabers normiert würde.[1847]

b) Schlussfolgerungen für den Interessenausgleich im Allgemeinen

Der Europäische Gerichtshof betont in seiner *Filesharing*-Entscheidung das hohe Schutzniveau der Durchsetzungsrichtlinie und zeigt auf, wie die widerstreitenden Interessen gegeneinander abzuwägen sind. Einen absoluten Schutz des einen oder des anderen Rechts hält er dabei für unangemessenen. Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kann insbesondere nicht im Umkehrschluss gefolgert werden, dass der Anschlussinhaber ohne Weiteres verpflichtet wäre, Einzelheiten zu Zeitpunkt und

1841 Das geistige Eigentum wird explizit in Art. 17 Abs. 2 GRCh genannt.
1842 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 44.
1843 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 49.
1844 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 50.
1845 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 51.
1846 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 52.
1847 EuGH, Urt. v. 18.10.2018 – C-149/17 – Filesharing, GRUR 2018, 1234 Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Art der Anschlussnutzung durch Angehörige mitzuteilen.[1848] Gleichwohl wird schon vertreten, der Anschlussinhaber sei nunmehr dazu verpflichtet, vorzutragen, welche Familienmitglieder zur Tatzeit zu Hause gewesen sind. Verfüge der Anschlussinhaber über keine eigenen Erkenntnisse, müsse er die Familienangehörigen befragen. Diese seien aber nicht zur Beantwortung dieser Fragen verpflichtet.[1849]

Letztlich wird in der beschriebenen Konstellation der Bedeutung nationaler Zeugnisverweigerungsrechte eine entscheidende Bedeutung zukommen. Auch unter diesem Gesichtspunkt wird wieder eine Interessenabwägung notwendig sein. In diesem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass dann insgesamt das Zusammenspiel von Beweisregeln und Informationsansprüchen problematisch ist.[1850] Mit Blick auf die Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte wird besonders beachtlich sein, dass eine Aussage, die ein Familienmitglied belastet, nicht nur zu dessen zivilrechtlicher Haftung führen, sondern auch strafrechtlich – etwa gemäß § 106 UrhG – beachtlich sein kann.[1851]

In Fällen, in denen ein anderes Schutzrecht betroffen ist, werden naturgemäß andere Interessen abzuwägen sein. Auch der Schutz von Handelsgeheimnissen und anderen sensiblen Geschäftsinformationen muss gewährleistet sein. Problematisch ist dabei, dass diese Informationen in den verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlichen Regelungen unterliegen.[1852]

Es kann festgehalten werden, dass eine Auslegung der Formulierung „sofern der Schutz vertraulicher Informationen gewährleistet ist" nicht so ausgelegt werden darf, dass der Rechteinhaber beweisrechtlich chancenlos ist.[1853] Es ist auch zu berücksichtigen, dass der Interessenausgleich nicht nur durch die Herausgabe oder Nichtherausgabe von Beweismitteln, sondern auch durch den Einsatz bestimmter (prozessualer) Methoden – wie etwa die Vorlage nur gegenüber dem Gericht – erreicht werden kann.[1854]

1848 *Ungern-Sternberg,* GRUR 2019, 1, 8.
1849 *Hilgert,* jM 2019, 138, 140.
1850 *Schaub,* GRUR 2018, 1237, 1238.
1851 *Hilgert,* jM 2019, 138, 140.
1852 COM(2017) 708 final, S. 16 (III.4.).
1853 *Schaub,* GRUR 2018, 1237, 1238.
1854 COM(2017) 708 final, S. 16 (III.4.).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Zusammenfassung

Insgesamt lassen sich der Durchsetzungsrichtlinie kaum eindeutige Vorgaben entnehmen, die bei der Bestimmung der Reichweite der Offenlegungsansprüche unmittelbar weiterhelfen würden. Gleichwohl – und gerade deshalb – wird hier der Auslegung der maßgeblichen Vorschriften durch die Rechtsprechung, insbesondere den Europäischen Gerichtshof, erhebliche Bedeutung zukommen. Die bislang zu diesem Themengebiet getroffenen Entscheidungen können im Rahmen der Bestimmung von Umfang und Grenzen der Offenlegungspflichten nach Maßgabe des nationalen Rechts berücksichtigt werden.

II. Kartellschadensersatzrichtlinie

Die Kartellschadensersatzrichtlinie enthält in ihrem Artikel 5 Abs. 1 eine Art. 6 Abs. 1 DSRL vergleichbare Vorschrift. Danach gewährleisten die Mitgliedstaaten,

> „dass in Verfahren über Schadensersatzklagen in der Union auf Antrag eines Klägers, der eine substantiierte Begründung vorgelegt hat, die mit zumutbarem Aufwand zugängliche Tatsachen und Beweismittel enthält, die die Plausibilität seines Schadensersatzanspruchs ausreichend stützen, die nationalen Gerichte unter den Voraussetzungen dieses Kapitels die Offenlegung von relevanten Beweismitteln durch den Beklagten oder einen Dritten, die sich in deren Verfügungsgewalt befinden, anordnen können."

Diese Vorschrift ist zehn Jahre nach der Durchsetzungsrichtlinie in Kraft getreten. Die durch die jeweilige Richtlinie geregelten Fälle sind zumindest im Ansatz vergleichbar. Sowohl bei Verstößen gegen das Kartellrecht als auch bei Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums verfügt eine Partei regelmäßig über Informationen, die die andere Partei benötigt, um einen Hauptanspruch effektiv geltend machen zu können. Es kann daher untersucht werden, in welche Richtung sich die europarechtlichen Grundlagen der Beweismitteloffenlegung entwickeln.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Zweck der Kartellschadensersatzrichtlinie

Das Recht des Geschädigten, vom Schädiger Schadensersatz verlangen zu können, ist einer der Grundpfeiler des Wettbewerbsrechts der Union. Die Kartellschadensersatzrichtlinie soll sicherstellen, dass dieses Recht wirksam geltend gemacht werden kann. Die Notwendigkeit wirksamer Rechtsbehelfe ist bereits durch Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, Art. 47 Abs. 1 GRCh vorgegeben (EGr. 4 SERL). Die Durchsetzung der Schadensersatzansprüche ist in den Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt. Diese Unterschiede können nicht nur zu Wettbewerbsvorteilen der Unternehmen in einem bestimmten Mitgliedstaat führen, sondern auch von der Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Warenverkehr oder Dienstleistungsverkehrs abschrecken (EGr. 8 SERL). Außerdem weisen Verstöße gegen das Kartellrecht häufig einen grenzüberschreitenden Bezug auf, sodass derselbe Sachverhalt unter den verschiedenen Wettbewerbsregimen unterschiedlich beurteilt werden kann (EGr. 9 SERL). Insgesamt bezweckt die Kartellschadensersatzrichtlinie daher die Angleichung des Schutzniveaus im Bereich des Wettbewerbsrechts (EGr. 7 SERL).

Der Unionsgesetzgeber erkennt, dass die Schadensersatzklagen in der Regel eine komplexe Analyse der zugrundeliegenden Tatsachen und wirtschaftlichen Zusammenhänge erfordern. Ebenso wird erkannt, dass sich die für diese Analyse erforderlichen Beweismittel häufig ausschließlich im Besitz der gegnerischen Partei oder Dritter befinden. Würden die hergebrachten Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast streng angewandt, könnte dies die wirksame Geltendmachung der Schadensersatzansprüche übermäßig erschweren (EGr. 14).

Diese Streitigkeiten seien durch eine Informationsasymmetrie gekennzeichnet. Um dieser zu begegnen, sei es notwendig, die Offenlegung der für die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs erforderlichen Beweismittel verlangen zu können (EGr. 15 SERL). Die nationalen Gerichte sollen die Offenlegung der Beweismittel anordnen können. Die Offenlegungsanordnung setzt jedoch eine strenge Kontrolle durch das Gericht voraus. Dabei sei insbesondere die Erforderlichkeit sowie die Verhältnismäßigkeit der Offenlegung zu beachten (EGr. 16 SERL). Die kartellrechtliche Offenlegungsverpflichtung dient auch der Herstellung gleichwertiger Verhältnisse in den einzelnen Mitgliedstaaten. Den Vorschriften über die private

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Kartellrechtsdurchsetzung soll zur „praktischen Wirksamkeit" verholfen werden.[1855]

2. Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie

An dieser Stelle sollen die Vorgaben der Kartellschadensersatzrichtlinie betreffend den Zugang zu Beweismitteln dargestellt werden, weil diese bei Zweifeln hinsichtlich der Reichweite des kartellrechtlichen Offenlegungsanspruchs im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung von § 33g GWB bedeutsam werden. Hier kann jedoch – anders als bei der Durchsetzungsrichtlinie – bislang nur auf die Vorgaben des Unionsgesetzgebers zurückgegriffen werden. Der kartellrechtliche Offenlegungsanspruch war bislang noch nicht Gegenstand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

Soweit die nationalen Vorschriften über die Offenlegung der Auslegung bedürfen, sind die vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Grundsätze zur richtlinienkonformen Auslegung zu berücksichtigen. Wenn und soweit das nationale Umsetzungsrecht Interpretationsspielräume zulässt, die mit den Vorgaben der Richtlinie unvereinbar wären, ist es nicht mit Art. 288 AEUV i. V. m. Art 4 Abs. 3 EUV vereinbar, eine richtlinienwidrige Entscheidung zu treffen.[1856] Die Gerichte der Mitgliedstaaten sind verpflichtet, das nach nationalen Methoden Mögliche und im Rahmen ihrer Kompetenz Zulässige zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben zu unternehmen.[1857] Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung besteht innerhalb des sachlichen, personellen und gegenständlichen Regelungsbereichs der Richtlinie, erfasst in diesem Rahmen aber das gesamte nationale Recht.[1858]

1855 EuGH, Urt. v. 13.07.2006 – C-295/04 – Manfredi, Slg. 2006, I-6619 Rn. 61; EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-453/99 – Courage/Crehan, Slg. 2001, I-6279, 26 f.; *Keßler,* VuR 2015, 83; insoweit gilt das o. unter Kapitel 4 B. I. 2. a) (S. 309) Ausgeführte entsprechend; s. auch AD Chirita, 'The Disclosure of Evidence under the 'Antitrust Damages' Directive 2014/104/EU', in: Tomljenović et al., EU Competition and State Aid Rules: Public and Private Enforcement (Springer 2017), S. 149.

1856 *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 76. EL (Stand: Mai 2022), Art. 288 AEUV Rn. 135.

1857 EuGH, Urt. v. 04.207.2006 – C-212/04 – Adeneler, Slg. 2006, I-6057 Rn. 111.

1858 EuGH, Urt. v. 14.07.1994 – C-91/92 – Faccini Dori, Slg. 1994, I-3347 Rn. 26; EuGH, Urt. v. 16.07.1998 – C-355/96 – Silhouette International, Slg. 1998, I-4822 Rn. 36.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Offenlegungsgegenstand

Art. 5 Abs. 1 SERL verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Erlass von Vorschriften, auf deren Grundlage die „Offenlegung von relevanten Beweismitteln" durch den Beklagten und den Kläger verlangt werden kann, sofern diese sich „in deren Verfügungsgewalt befinden".

aa) Beweismittel

Gemäß Art. 2 Nr. 13 SERL sind Beweismittel „alle vor dem befassten nationalen Gericht zulässigen Arten von Beweismitteln, insbesondere Urkunden und alle sonstigen Gegenstände, die Informationen enthalten, unabhängig von dem Medium, auf dem die Informationen gespeichert sind." Der Begriff des Beweismittels ist damit vom Prozessrecht der Mitgliedstaaten abhängig. Entscheidend kommt es darauf an, welche Beweismittel im konkreten Zivilprozess zulässig sein können.Auch wenn damit zunächst zur Bestimmung des Beweismittels der Begriff des Beweismittels selbst gebraucht wird und somit ein gewisser Zirkelschluss vorliegt, wird doch klargestellt, dass es hier um den Zugang zu Informationen aller Art geht.

Gegenstand der Beweismitteloffenlegung sind somit zunächst die Informationsträger, auf denen die relevanten Informationen gespeichert sind. Diese Informationen können digital oder analog, auf Bändern, USB-Speichersticks, Disketten – kurz Datenträgern aller Art – vorgehalten werden. In welcher Weise die Informationen vorgehalten werden ist unerheblich.[1859] E-Mails müssen demnach in elektronischer Form, Dokumente in Form von Kopien oder Scans, andere elektronisch gespeicherte Daten in einem gängigen Dateiformat zur Verfügung gestellt werden. Die Vorlage von Originalurkunden wird hingegen kaum erforderlich sein.[1860]

1859 AD Chirita, 'The Disclosure of Evidence under the 'Antitrust Damages' Directive 2014/104/EU', in: Tomljenović et al., EU Competition and State Aid Rules: Public and Private Enforcement (Springer 2017), S. 149; *Kühne/Woitz,* DB 2015, 1028, 1029.

1860 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 58.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Relevanz

Mit Blick auf das Relevanzkriterium haben die zuständigen Kommissionsdienststellen erkannt, dass es darauf ankommt, ob die herausverlangten Beweismittel *geeignet* sind, die Behauptungen des Klägers (oder des Beklagten) zu stützen. Weiterhin soll es darauf ankommen, ob diese Informationen *erforderlich* sind, das heißt, die Informationen können nicht auf andere – weniger einschneidende – Weise erlangt werden.[1861]

Gleichwohl fehlt es an einer einheitlichen Maßgabe, anhand derer die Relevanz bemessen werden kann. Insofern besteht die Gefahr, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten hier auf die zum nationalen Recht erlassene Rechtsprechung zurückgreifen und so dem Ziel, ein einheitliches Schutzniveau zu erreichen, entgegenwirken. Während in Deutschland klargestellt ist, dass eine Ausforschung des Gegners nicht stattfinden darf,[1862] würde der englische Richter hier wohl auf den weit reichenden *Peruvian Guano*-Test mit seiner *train of inquiry*-Formel bzw. die entsprechenden Vorschriften der *Civil Procedure Rules* zurückgreifen.[1863] Hier wird darauf zu achten sein, dass das Unionsrecht einheitlich, aber autonom ausgelegt wird.[1864]

cc) Verfügungsgewalt

Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich mit Blick auf den Begriff der „Verfügungsgewalt" (in der englischen Sprachfassung *control*). In Wettbewerbsstreitigkeiten wird sich etwa die Frage stellen, ob eine Muttergesellschaft über Informationen „verfügt", die nur einer Tochtergesellschaft bekannt sind.[1865] Weiterhin wird darauf zu achten sein, dass die nationale Rechtsprechung, etwa der englische *Lonrho*-Test[1866] oder die deutsche Rechtsprechung zur Frage, ob im Rahmen von § 142 Abs. 1 ZPO a.F. Besitz oder

1861 Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen zum Weißbuch zur über Schadensersatzklagen des EG-Wettbewerbsrechts vom 02.04.2008, SEC(2008) 404 (abrufbar in englischer Sprache unter https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF, zuletzt abgerufen am 11.07.2023), Ziff. 108.

1862 Z. B. BGH, Urt. v. 04.07.1975 – I ZR 115/73 – Ausschreibungsunterlagen, GRUR 1976, 367 juris-Rn. 17 ff.

1863 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. b) bb) (S. 274).

1864 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 38.

1865 S. u. Kapitel 5 A. III. 1. a) (S. 352); *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 38.

1866 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. b) aa) (S. 271).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

lediglich ein Recht zum Besitz erforderlich ist,[1867] nicht einer unionsrechtskonformen Auslegung im Wege stehen.[1868] Vielmehr kann zu dieser speziellen Frage unter Umständen auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Unternehmensbegriff[1869] zurückgegriffen werden.

Allerdings sieht die Richtlinie ohnehin vor, dass der Offenlegungsanspruch auch gegen Dritte geltend gemacht werden kann, sodass die Unschärfen im Zusammenhang mit dem Begriff der „Verfügungsgewalt" nur selten zum Problem werden dürften.[1870] Schwierigkeiten ergeben sich jedoch, wenn die Muttergesellschaft der Gerichtsbarkeit eines bestimmten Staates unterfällt, die Tochtergesellschaft, der die fraglichen Informationen allein bekannt sind, aber nicht.[1871] Weitere Probleme sind absehbar, wenn sich eine Offenlegungsklage gegen einen Mitarbeiter eines Unternehmens als Privatperson richtet, etwa weil die fraglichen Informationen auf dessen Dienstsmartphone gespeichert sind.[1872] In diesen Fällen werden arbeitsvertragliche und datenschutzrechtliche Erwägungen eine bedeutende Rolle spielen.[1873]

Grundlegend wird jedoch zu berücksichtigen sein, in welchem Verhältnis die Verfügungsgewalt des Offenlegungsschuldners und Rechte oder Interessen Dritter stehen. Es ist durchaus denkbar, dass der Offenlegungsschuldner zur Herausgabe des Beweismittels bereit und in der Lage ist, der Beweismitteloffenlegung jedoch Rechte oder Interessen Dritter entgegenstehen. In diesen Fällen kommt es regelmäßig auf die Umstände des konkreten Einzelfalles, insbesondere die Ausgestaltung des konkreten Besitzmittlungsverhältnisses an.

b) Bezeichnung des Offenlegungsgegenstandes

Der Unionsgesetzgeber erkennt im Rahmen der Kartellschadensersatzrichtlinie die Schwierigkeiten des Beweisverpflichteten, den Herausgabege-

1867 S. o. Kapitel 2 D. (S. 181).
1868 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 38 f.
1869 Dazu zuletzt EuGH, Urt. v. 14.03.2019 – C-724/17 – Vantaan Kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy u. a., NZKart 2019, 217; so auch *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 39.
1870 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 40.
1871 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 40.
1872 S. dazu u. Kapitel 5 A. III. 1. c) (S. 356).
1873 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 40.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

genstand hinreichend genau beschreiben zu können, weil er auf diesen grundsätzlich keinen Zugriff hat.[1874] Kartellabsprachen zeichnen sich gerade durch ein Element der Geheimhaltung gegenüber anderen Marktteilnehmern und oftmals auch eine gewisse Komplexität aus, so dass es für den Beweisverpflichteten häufig besonders schwierig sein wird, die relevanten Informationen ohne Mitwirkung des Gegners vorzutragen.[1875]

Im deutschen Recht stellt ihn regelmäßig das Bestimmtheitserfordernis gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO vor große Herausforderungen.[1876] Bei der Anwendung dieser Vorschrift wird in entsprechenden Verfahren nunmehr Art. 5 Abs. 2 SERL zu beachten sein, der bestimmt, dass die herausverlangten Beweismittel „so genau und so präzise wie möglich abgegrenzt sind, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen […] möglich ist." Dem Bestimmtheitserfordernis wird dabei durchaus Rechnung getragen. Gleichzeitig wird deutlich gemacht, dass hier kein absoluter Maßstab anzulegen ist, sondern stets die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. In diesem Zusammenhang ist Erwägungsgrund 15 der Kartellschadensersatzrichtlinie zu lesen, wonach „konkrete einzelne Beweismittel" nicht benannt werden müssen. Vielmehr genügt die Benennung von Kategorien von Beweismitteln („Beweisgruppen").[1877] Im Zweifel wäre § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO unter Berücksichtigung des wesentlich weitergefassten Art. 5 Abs. 2 SERL richtlinienkonform auszulegen. Gleichwohl müssen auch die Beweisgruppen hinreichend genau beschrieben werden. [1878] Dass der Klageantrag nunmehr auch auf Beweiskategorien gerichtet sein kann, wurde als „wesentliche Auswirkung" („*main transformation*") der Kartellschadensersatzrichtlinie auf das nationale Recht beschrieben.[1879]

1874 EGr. 16 SERL.
1875 *Schnitzler,* WuW 2015, 992, 993.
1876 S. o. Kapitel 2 B. II. 1. e) (S. 125).
1877 S. auch EGr. 16 SERL; AD Chirita, 'The Disclosure of Evidence under the 'Antitrust Damages' Directive 2014/104/EU', in: Tomljenović et al., EU Competition and State Aid Rules: Public and Private Enforcement (Springer 2017), S. 150; *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 76; *Schnitzler,* WuW 2015, 992, 993 f.
1878 S. dazu ausf. *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 40 ff.
1879 E de Smijter, 'Private Enforcement: Public Enforcer's Perspective', in: Wijckmans et al. (eds.), 'Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law' (Oxford University Press 2015), para 8.135.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Verhältnismäßigkeit

Die Mitgliedstaaten haben gemäß Art. 5 Abs. 3 SERL zu gewährleisten, dass die Anordnung der Beweismitteloffenlegung durch die Gerichte verhältnismäßig ist. Es findet also eine Abwägung der Interessen der Parteien und der Interessen Dritter statt. Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist insbesondere zur berücksichtigen, inwieweit die Klage(-erwiderung) durch bereits zugängliche Tatsachen und Beweismittel gestützt wird, die den Offenlegungsantrag Rechtfertigen (Art. 5 Abs. 3 lit. a) SERL), in welchem Umfang die Offenlegung verlangt wird und welche Kosten damit verbunden sind (Art. 5 Abs. 3 lit. b) SERL) sowie ob die offenzulegenden Beweismittel vertrauliche Informationen enthalten und welche Vorkehrungen zum Schutz dieser Informationen bestehen (Art. 5 Abs. 3 lit. c) SERL). Art. 5 Abs. 5 SERL stellt klar, dass das Interesse, Schadensersatzklagen zu vermeiden, nicht als schutzwürdiges Interesse zu berücksichtigen ist.

Klare Parameter, die bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten sind, werden von den Gerichten, insbesondere dem Europäischen Gerichtshof, noch herauszuarbeiten sein.[1880] Bislang finden sich diesbezüglich sehr unterschiedliche Einschätzungen. Während einige davon ausgehen, es sei eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen,[1881] befürchten andere *fishing expeditions*.[1882] Angesichts der Beschränkungen aus Art. 6 Abs. 6 SERL und 7 Abs. 1 SERL handle es sich bei der Offenlegungsverpflichtung ohnehin eher um einen „Papiertiger".[1883] Eine konkrete Vorgabe, wann die Offenlegung unverhältnismäßig ist, fehle.[1884] Ausgehend von dem Kriterienkatalog in Art. 5 Abs. 3 SERL sollen daher die jeweils maßgeblichen Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeitsprüfung an dieser Stelle beleuchtet werden:

1880 So auch *Ascheberg,* Jura 2016, 1101, 1110.
1881 Z. B. *Böni,* EWS 2014, 324, 326.
1882 Z. B. *Podszun/Kreifels/Schmieder,* WuW 2017, 114, 116.
1883 *Keßler,* VuR 2015, 83, 88.
1884 *Podszun/Kreifels,* GWR 2017, 67, 68.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Ausreichende Tatsachengrundlage für das Offenlegungsverlangen (Art 5 Abs. 3 lit. a) SERL)

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung haben die Gerichte Zunächst gemäß Art. 5 Abs. 3 lit. a) SERL, der im deutschen Recht in § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB umgesetzt wurde, zu berücksichtigen, ob eine Tatsachenbehauptung bereits durch verfügbare Fakten belegt werden kann.[1885] Aus dieser Formulierung rührt das zu § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB bereits dargestellte Problem her, dass der Umfang des Offenlegungsanspruchs umso geringer würde, je größer die Beweisnot des Beweisverpflichteten ist.[1886]

Insgesamt haben die Gerichte bei der Prüfung dieses Punktes zu beachten, dass die Offenlegungspflicht gerade der Beweisnot des Beweisverpflichteten begegnen soll. Zur Umsetzung der Vorgabe aus Art. 5 Abs. 3 lit. a) SERL sind daher die Umstände des Einzelfalls zu beachten, insbesondere inwieweit es dem Beweispflichtigen zumutbar ist, auch ohne Zugang zu Beweismitteln des Gegners den Kartellvorwurf zu untermauern. Dennoch wird deutlich, dass ein genau formulierter Antrag die Erfolgsaussichten erhöht.[1887] Es erscheint denkbar, dass auf Grundlage der in einem ersten Offenlegungsverfahren erlangten Informationen ein weiterer Offenlegungsanspruch geltend gemacht werden kann, wenn nur so weitere notwendige Informationen erlangt werden können.[1888]

bb) Umfang und Aufwand (Art. 5 Abs. 3 lit. b) SERL)

Weiterhin ist gemäß Art. 5 Abs. 3 lit. b) SERL im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu beachten, dass die Offenlegung nicht zur Ausforschung des Gegners missbraucht wird. Die Gerichte haben dabei zu sicherzustellen, dass die offenzulegenden Beweismittel mit Blick auf Art, Gegenstand und Inhalt eindeutig bezeichnet sind.[1889] Bislang war es jedenfalls den Kartellbehörden erlaubt, die Vorlage *„sämtliche[r] ‚in- und externe[r] E-Mail-Korrespondenz […], die sich mit der Frage von Preiserhöhungen*

1885 *Schweitzer,* NZKart 2014, 335, 340.
1886 S. dazu schon o. Kapitel 2 B. III. 2. a) aa) (S. 152); *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 86; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 38.
1887 *Makatsch/Kacholdt*, in: MüKo-WettbR, Bd. 2, 4. Aufl. 2022, § 33g GWB Rn. 77.
1888 *Makatsch/Kacholdt*, in: MüKo-WettbR, Bd. 2, 4. Aufl. 2022, § 33g GWB Rn. 79.
1889 *Schweitzer,* NZKart 2014, 335, 340.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

für die Produkte XYZ im Zeitraum zwischen 2009 und 2014 befasst'", zu verlangen.[1890] Es erscheint fraglich, ob ein derart weit gefasster Antrag eines privaten Klägers von der Kartellschadensersatzrichtlinie gedeckt wäre.[1891] Nach EGr. 23 SERL soll die unnötig weit gefasste Suche nach Informationen, die für die Verfahrensbeteiligten wahrscheinlich nicht relevant sind, verhindert werden. Die Offenlegungspflicht ist streng zweckbezogen.[1892] Insgesamt wird der Offenlegungsgläubiger erläutern müssen, weshalb ihm gerade die herausverlangten Beweise die Durchsetzung seines Anspruchs entscheidend erleichtern.[1893]

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass dem Offenlegungsverpflichteten keine unnötig hohen Kosten und kein unnötig hoher Aufwand entsteht. Ein unnötig hoher Aufwand wird dabei nur selten allein durch den Umfang der herausverlangten Beweismittel gekennzeichnet sein, weil große Datensätze mittlerweile durchaus einfach zur Verfügung gestellt werden können. Mit Blick auf herkömmliche („analoge") Beweismittel mag dies im Einzelfall anders zu beurteilen sein.

Zu beachten ist aber, dass auch die Suche nach einzelnen Dokumenten, „der Nadel im Heuhaufen", für den Offenlegungsschuldner einen großen Aufwand bedeuten kann.[1894] Nach der Gesetzesbegründung zu § 33 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB, wo diese Vorgabe der Kartellschadensersatzrichtlinie umgesetzt wurde, ist der zeitliche, personelle und finanzielle Aufwand des Verpflichteten zu berücksichtigen.[1895] Die mit dem Aufwand verbundenen Kosten können zwar grundsätzlich gemäß § 33g Abs. 7 GWB ersetzt verlangt werden, allerdings ist zu beachten, dass die Kostenerstattung allein den Aufwand des Verpflichteten nicht immer vollständig ausgleichen kann.[1896]

Auch hier wird es auf eine Interessenabwägung ankommen. Die Offenlegung muss dem Offenlegungsschuldner zumutbar sein. Allerdings kann von ihm grundsätzlich verlangt werden, eine von ihm verursachte Infor-

1890 *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518, 519.
1891 *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518, 519.
1892 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 34.
1893 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 95; *Preuß*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 86.
1894 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 89.
1895 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 63.
1896 *Makatsch/Kacholdt*, in: MüKo-WettbR, Bd. 2, 4. Aufl. 2022, § 33g GWB Rn. 81.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

mationsasymmetrie zu beseitigen.[1897] Besondere Bedeutung erlangt der Aufwand des Offenlegungsschuldners, wenn es sich bei diesem nicht um einen Kartellbeteiligten, sondern um einen Dritten handelt.[1898] Soweit es um den Nachweis der Schadensweiterwälzung (*passing on*) geht, spielt der Aufwand der indirekten Abnehmer eine entscheidende Rolle.[1899]

cc) Schutz vertraulicher Informationen (Art. 5 Abs. 3 lit. c) SERL)

Schließlich ist gemäß Art. 5 Abs. 3 lit. c) SERL der Schutz vertraulicher Informationen zu gewährleisten. Beweismittel, die solche Informationen enthalten, sollen nach Art. 5 Abs. 4 SERL i. V. m. EGr. 18 SERL zwar grundsätzlich für Schadensersatzklagen zur Verfügung stehen, allerdings müssen diese angemessen geschützt werden. Die Richtline wird im deutschen Recht durch § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB umgesetzt.[1900] Auch wenn der Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse besondere Aufmerksamkeit verdient, muss beachtet werden, dass der Begriff der vertraulichen Information autonom ausgelegt werden muss. Insoweit kann auch auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Durchsetzungsrichtlinie Bezug genommen werden.[1901]

Soweit im Rahmen der Offenlegungsansprüche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse eine Rolle spielen, sind außerdem die unionsrechtlichen Vorgaben der Geschäftsgeheimnisrichtlinie[1902] zu beachten.[1903] Diese Informa-

1897 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 90; ähnlich *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 41.

1898 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 91.

1899 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 92.

1900 Dazu o. Kapitel 2 B. III. 2. a) ff) (S. 155).

1901 Z. B. EuGH, Urt. v. 16.07.2015 – C-580/13 – Coty, GRUR 2015, 894 Rn. 29 ff.; diese Rechtsprechung fand in Deutschland u. a. Berücksichtigung in BGH, Urt. v. 21.10.2015 – I ZR 51/12 – Davidoff Hot Water II, GRUR 2016, 497 Rn. 22 ff., wo eine Bank dazu verpflichtet wurde, den Inhaber eines Kontos zu benennen, der über dieses Konto Geschäfte mit markenverletzender Ware abgewickelt hatte.

1902 Richtlinie 2016/943/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 08.06.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. L 157 v. 15.6.2016, 1 ff.

1903 Mitteilung der Kommission über den Schutz vertraulicher Informationen im Rahmen der privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts durch nationale Gerichte, ABl. v. 22.07.2020, C 242/1 Rn. 24 (abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0722(01), zuletzt abgerufen

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

tionen sind jedoch nicht schlechthin von der Offenlegung ausgenommen, sie sind aber durch geeignete Vorkehrungen zu schützen. Solche können sich wiederum aus der Geschäftsgeheimnisrichtlinie ergeben. So ordnet etwa Art. 9 Abs. 2 UAbs. 2 lit. a) GeschGehRL die Einrichtung eines Vertraulichkeitskreises[1904] als Mindestvoraussetzung an.[1905] Es ist auf ein sinnvolles Zusammenspiel zwischen den Vorschriften der Kartellschadensersatzrichtlinie und der Geschäftsgeheimnisrichtlinie zu achten. Erst wenn keine zum Schutz sensibler Informationen geeignete Maßnahme zur Verfügung steht, ist im Wege der Interessenabwägung zu klären, inwieweit die Offenlegung unverhältnismäßig erscheint.[1906]

Besonderen Schutz erfahren gemäß Art. 5 Abs. 6 SERL Informationen, die Angehörigen von Rechtsberufen anvertraut wurden. In diesem Fall ist den durch das Unionsrecht und das nationale Recht gewährten Privilegien uneingeschränkter Vorrang eingeräumt.[1907] Das gilt für das *legal professional privilege* des englischen Rechts[1908] ebenso wie das Zeugnisverweigerungsrecht der Rechtsanwälte gemäß § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO i. V. m. § 43a Abs. 2 S. 1 BRAO. Inwieweit dies bereits vor Zustandekommen des Mandatsvertrages gilt, ist jedoch ebenso fraglich[1909] wie das Zusammenspiel dieser Bestimmung mit § 33g Abs. 5, Abs. 6 GWB.[1910] Im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof, ist jedoch davon auszugehen, dass Syndikusrechtsanwälten anvertraute Informationen nicht in vergleichbarer Weise vor der Offenlegung ausgenommen sind.[1911]

---

am 11.07.2023); dazu auch *Preuß*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 91.

1904 Zum Begriff s. o. Kapitel 2 B. III. 2. a) ff) ccc) (S. 157).

1905 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 101.

1906 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 102; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 45.

1907 *Preuß*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33g GWB 96 f.

1908 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. e) dd) (S. 285).

1909 S. dazu *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 103.

1910 *Makatsch/Kacholdt*, in: MüKo-WettbR, Bd. 2, 4. Aufl. 2022, § 33g GWB Rn. 96; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 46.

1911 EuGH v. 14.09.2010 – C550/07 P – Akzo Nobel Chemicals, ECLI:EU:C:2010:512 Rn. 41 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

dd) Weitere Kriterien

Die in Art. 5 Abs. 3 SERL genannten Kriterien sind nicht abschließend.[1912] Vielmehr gelten die allgemeinen Grundsätze der Verhältnismäßigkeitsprüfung, sodass insbesondere auch mildere Mittel berücksichtigt werden müssen (vgl. so auch § 33 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 GWB).[1913] In der Regel werden die widerstreitenden Interessen im Rahmen der Angemessenheitsprüfung abzuwägen sein. Der Kartellgeschädigte wird hier regelmäßig die Natur und den Wert des verfolgten Schadensersatzanspruchs ins Feld führen. Für den Offenlegungsschuldner werden Natur und Wert seiner gegenläufigen Interessen in die Waagschale zu legen sein.[1914] Besonderes Gewicht wird dabei seinen Grundrechten beizumessen sein. Das gilt auch für das Recht, sich nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen.[1915] Weil sich das Kartellrecht aber gegen Unternehmen richtet, wird dies nur in Ausnahmefällen berücksichtigt werden können.[1916]

3. Weitere Verwendung der erlangten Informationen

Zur Frage, inwieweit die erlangten Beweismittel außerhalb des streitigen Verfahrens verwendet werden dürfen, lassen sich der Kartellschadensersatzrichtlinie hingegen kaum Vorgaben entnehmen. Erwägungsgrund 32 bestimmt zwar, dass das *public enforcement* durch die Wettbewerbsbehörden nicht über Gebühr beeinträchtigt werden darf. Deshalb sollten „Beweismittel, die bei einer Wettbewerbsbehörde erlangt wurden, kein Gegenstand des Handels werden." Angesichts des klaren Wortlauts, der diese Vorgabe auf Beweismittel beschränkt, die von den Wettbewerbsbehörden erlangt wurden, erscheint jedenfalls fraglich, ob Entsprechendes auch für die Beweismittel gelten soll, die vom Verfahrensgegner erlangt wurden.

1912 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 32.
1913 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 35.
1914 Ausf. *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen, S. 566; s. dazu auch schon o. Kapitel 2 B. III. 2. a) (S. 151 ff.).
1915 *Preuß*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 4. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 98.
1916 *Westhoff*, Zugang zu Beweismitteln, S. 178.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Sanktionen

Im Zusammenhang mit der Offenlegung von Beweismitteln spielt stets auch die Gefahr der Beweismittelunterdrückung und -vernichtung eine Rolle. Das erkennt auch Art. 8 SERL i. V. m. EGr. 33 SERL und bestimmt daher, dass die nationalen Gerichte hinreichend abschreckende Sanktionen verhängen können sollen, die die Vernichtung relevanter Beweismittel verhindern und gewährleisten, dass Offenlegungsanordnungen Folge geleitet wird. Ebenso sollen für den Fall, dass Pflichten zum Schutz von vertraulichen Informationen verletzt werden, wirksame Sanktionen vorgesehen werden.

Art. 8 Abs. 2 SERL nennt als Beispiele für wirksame Sanktionen nachteilige Schlussfolgerungen. Gemeint sind Fiktionen, nach denen der betroffene Beweis als erbracht angesehen wird, die Zurückweisung von Klagen oder Klageerwiederungen oder, dass die die Pflicht verletzende Partei die dadurch entstandenen Kosten zu tragen hat. In Österreich sieht etwa § 37m öKartG[1917] in Umsetzung dieser Vorgabe eine Ordnungsstrafe von bis zu 100.000 Euro vor, wenn eine Partei oder deren Vertreter dem Beweisführer relevante Beweismittel entziehen, diese beseitigen oder untauglich machen, die Erfüllung einer Anordnung zum Schutz vertraulicher Informationen auferlegten Verpflichtungen unterlassen oder verweigern oder Beweismittel in nach § 37k Abs. 5, Abs. 6 öKartG unzulässiger Weise benutzen. Angesichts der beträchtlichen Schadensersatzsummen, denen sich Kartellanten ausgesetzt sehen, wird aber in Frage gestellt, ob die Höhe dieser Ordnungsstrafe ausreicht.[1918]

5. Zusammenfassung

Insgesamt lässt sich die Frage, wie der Schuldner einer Offenlegungspflicht gemäß Art. 5 Abs. 1 SERL nachzukommen hat, auf Grundlage des Richtlinientextes und der dazu gehörenden Gesetzgebungsmaterialien nicht abschließend beantworten. Vielmehr werden auslegungsbedürftige Rechtsbe-

1917 Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KartG 2005) in der Fassung v. 11.07.2023.

1918 *Hoffer,* NZKart 2016, 466, 470.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

griffe verwendet, weshalb letztlich der Europäische Gerichtshof auftretende Unschärfen zu klären haben wird.[1919]

III. Datenschutzgrundverordnung

Mit der im Mai 2019 in Kraft getretenen Datenschutzgrundverordnung wurden unter anderem Ansprüche auf Herausgabe von gespeicherten Daten eingeführt. Diese Ansprüche unterscheiden sich von den bis hierher dargestellten Regelungen,[1920] weil sie nicht der Geltendmachung eines Hauptanspruchs dienen. Es geht hier – zumindest in erster Linie – nicht um die Beschaffung von Beweismitteln für die Zwecke eines Zivilprozesses. Vielmehr soll der Nutzer einer Onlineplattform herausfinden können, welche Daten bestimmte Anbieter über ihn gespeichert haben.

Gleichwohl scheint ein Blick auf das in Art. 15 DSGVO gewährte Recht auf Auskunft lohnend. Dort wird sehr detailliert und weitgreifend beschrieben, welche Informationen mitgeteilt werden müssen. Zunächst müssen danach personenbezogene Daten (s. zum Begriff Art. 4 Nr. 1 DSGVO) mitgeteilt werden (Art. 15 Abs. 1 Hs. 1 DSGVO). Inhalt dieses Anspruchs ist die Auskunft über die konkret verarbeiteten personenbezogenen Daten. Die Reichweite wird von zwei Parametern bestimmt: Die Daten müssen personenbezogen und sie müssen verarbeitet worden sein.[1921] Außerdem müssen bestimmte Meta- bzw. Kontextinformationen mitgeteilt werden (Art. 15 Abs. 1 lit. a) – lit. h)). Gemäß Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO muss dem Antragsteller eine Kopie sämtlicher Informationen zur Verfügung gestellt werden. Art. 15 Abs. 3 S. 2 DSGVO regelt die Kostentragungspflicht. Die erste Kopie muss kostenlos zur Verfügung gestellt werden, für jede weitere beantragte Kopie kann der Verantwortliche ein angemessenes Entgelt verlangten. Art. 15 Abs. 3 S. 3 DSGVO bestimmt außerdem, dass die Daten in einem gängigen Format zur Verfügung gestellt werden müssen.[1922]

1919 So auch *Makatsch/Kacholdt*, in: MüKo-WettbR, Bd. 2, 4. Aufl. 2022, § 33g GWB Rn. 76; *Mallmann/Lübbig,* NZKart 2016, 518, 519; *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 79.

1920 S. o. Kapitel 1 B. III. 2. d) (S. 86 f.).

1921 *Engeler/Quiel,* NJW 2019, 2201, 2202.

1922 S. zum Ganzen *Engeler/Quiel,* NJW 2019, 2201, 2202 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

C. Zwischenergebnis

Während das englische und das französische Recht detaillierte Vorgaben betreffend den Zugang zu Beweismitteln enthalten, lassen sich den europarechtlichen Grundlagen, die den Zugang zu Beweismitteln ermöglichen sollen, kaum Anhaltspunkte zur Bestimmung der Reichweite der Offenlegungsansprüche entnehmen. Allerdings ist der Blick in die anderen Rechtsordnungen sinnvoll, weil dort bereits Mechanismen zum Beweismittelzugang zu finden sind.

Dennoch ist das Ergebnis dieser Frage stark vom Einzelfall abhängig. Bei einer Patentverletzung werden andere Informationen relevant sein als bei einem Urheberrechts- oder Kartellrechtsverstoß. Stets müssen die widerstreitenden Interessen in angemessenen Ausgleich gebracht werden. In der Folge wird es daher darum gehen, allgemeine Leitlinien zu entwickeln, anhand derer dieser Interessenausgleich vorgenommen werden kann.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Zusammenfassung des zweiten Teils

Es kann festgestellt werden, dass alle im Rahmen dieser Arbeit angesprochenen Rechtsordnungen auf die eine oder andere Weise Zugang zu Beweismitteln, die sich in Händen eines potenziellen Klagegegners befinden, gewähren. Stets wird erkannt, dass die Ermittlung der objektiven Wahrheit für eine gerechte Entscheidung eines Rechtsstreits unerlässlich ist. Auf die eine oder andere Weise soll der Sachverhalt so umfassend ermittelt werden, dass dieser objektiven Wahrheit möglichst nahegekommen wird. Dabei ist zu beachten, dass die Wahrheitsermittlung im *common law* durch das Aufeinandertreffen der Parteien (*adversarial approach*) erreicht werden soll.

Im Vergleich mit dem kontinentaleuropäischen, insbesondere dem deutschen Recht kommt es zu einer interessanten Rollenvertauschung: Müssen für die eigene Position ungünstige Tatsachen vorgetragen werden, ist das kontinentaleuropäische Recht von großer Zurückhaltung geprägt. Das *common law* begegnet dieser Frage wesentlich pragmatischer, wenn solche Informationen zunächst ohne Weiteres vorgelegt werden müssen. Im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens müssten die Karten offen auf den Tisch gelegt werden, es handle sich weder um Krieg noch um ein Spiel. Es gehe schließlich um das Erreichen „wahrer Gerechtigkeit" zwischen den Parteien.[1923] Der grundsätzlich eher idealistisch veranlagte kontinentaleuropäische Jurist macht sich hier Sorgen über die praktische Umsetzung, während der pragmatische *common lawyer* das Ideal absoluter Wahrheitsfindung anstrebt.[1924]

1923 *Davies et al. v. Eli Lilly & Ors* [1987] 1 All ER 801, 804, HL.

1924 P Matthews and HM Malek, *Disclosure* (5th edn., Sweet & Maxwell, London 2017), 1.26.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Dritter Teil – Umfang und Grenzen von Offenlegungspflichten

In diesem Teil sollen die vorstehenden Feststellungen zur Rolle der Offenlegungsansprüche im deutschen Recht,[1925] zu Regelungen, die den Zugang zu Beweismitteln in fremden Rechtsordnungen betreffen,[1926] sowie zu den entsprechenden europarechtlichen Vorschriften[1927] so zusammengeführt werden, dass die Frage nach der Reichweite der Offenlegungsansprüche anhand allgemeiner Leitlinien beantwortet werden kann. Die hier zu entwickelnden Grundsätze finden damit zunächst dort Anwendung, wo es um die Offenlegung auf Grundlage bestehender Vorschriften geht. Sie können aber ebenfalls angewandt werden, sollte eine allgemeine Offenlegungspflicht in Zukunft vom Gesetzgeber im allgemeinen materiellen Zivilrecht verankert oder von den Gerichten im Wege der gesamtanalogen Anwendung der bestehenden Vorschriften begründet werden.

Als Prototyp der Offenlegungspflicht dient dabei mit § 33g GWB eine jüngere Norm. Gleichzeitig handelt es sich um einen besonders weit gefassten Offenlegungsanspruch, der die Herausgabe von Beweismitteln betrifft. Sollen Offenlegungspflichten verallgemeinert werden, ist zu berücksichtigen, dass die Weite der Norm auch kartellrechtlichen Besonderheiten geschuldet ist.[1928] Es ist gleichwohl auffallend, dass das Wettbewerbsrecht häufig Ausgangspunkt für allgemeine Regeln ist, wenn es um den Zugang zu Beweismitteln geht.[1929] Auch sollen die bereits kodifizierten Offenlegungsansprüche eine „Ausstrahlungswirkung" auf das allgemeine Zivil(prozess)recht haben.[1930] Entscheidet sich der Gesetzgeber in Zukunft zur Einführung einer allgemeinen Offenlegungspflicht, scheint es keineswegs fernliegend, dass § 33g GWB als Leitbild herangezogen wird. Maßgeblich kommt es daher in den folgenden Kapiteln auf die Auslegung von § 33

1925 Dazu o. Kapitel 2 (S. 101).
1926 Dazu o. Kapitel 3 (S. 188) und Kapitel 4 A. (S. 265).
1927 Dazu o. Kapitel 4 B. (S. 306).
1928 Dazu o. Kapitel 2 B. III. (S. 140).
1929 In England finden sich etwa maßgebliche Ausführungen zur damals neu eingeführten *disclosure* in *Black & Ors v Sumitomo Corp & Ors* [2002] 1 WLR 1562, CA, einer wettbewerbsrechtlichen Entscheidung; dazu auch N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.70.
1930 *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 476.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

GWB und insbesondere der nachfolgend hervorgehobenen Tatbestandsmerkmale, an.

„(1) Wer im Besitz von Beweismitteln ist, […], ist verpflichtet, sie […] herauszugeben […].
[…]
(2) Die Herausgabe von Beweismitteln nach den Absätzen 1 und 2 ist ausgeschlossen, soweit sie unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten unverhältnismäßig ist.[…]“[1931]

1931 Unterstreichungen durch den Verfasser; auf diese Tatbestandsmerkmale wird im Folgenden maßgeblich eingegangen.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 5 – Umfang der Offenlegungspflicht

Der Umfang der Offenlegungspflicht hängt maßgeblich von ihrem Bezugspunkt, der geschuldeten Offenlegungshandlung sowie der Frage ab, ob die Offenlegung dem Offenlegungsschuldner zumutbar ist.[1932] Außerdem wird darauf zu achten sein, dass die so ermittelte Reichweite der Offenlegungsverpflichtung nicht durch überhöhte zivilprozessuale Anforderungen, insbesondere hinsichtlich der Bestimmtheit des Klageantrags, konterkariert wird.[1933] Wie dargestellt, kennen auch der US-amerikanische, der englische und der französische Zivilprozess Instrumente zur Beweismitteloffenlegung. Die in diesem Rahmen aufgeworfenen Probleme werden beim Entwurf allgemeiner Maßstäbe zur Beurteilung der Offenlegungsreichweite berücksichtigt.

Bislang begegnet die deutsche Rechtsprechung Vorschriften, die den Zugang zu Beweismitteln betreffen, die sich in den Händen des Prozessgegners befinden, eher mit Zurückhaltung.[1934] Einzelne Gerichte erkennen aber mittlerweile, dass ein gegenüber den hergebrachten Grundsätzen weiteres Verständnis jedenfalls dort geboten ist, wo die Offenlegungsverpflichtung auf europäischem Sekundärrecht beruht.[1935] Das ist zutreffend, weil nur so den europarechtlichen Vorgaben zur Offenlegung von Beweismitteln zu praktischer Wirksamkeit verholfen werden kann.[1936]

A. Gegenstand des Offenlegungsanspruchs

Die Offenlegungsansprüche haben Beweismittel zum Gegenstand, die für den Rechtsstreit von Bedeutung sind und auf die der Offenlegungsschuldner in der einen oder anderen Form Zugriff hat. Zur Bestimmung der Reichweite ist es daher unerlässlich, zu ermitteln, was unter dem Begriff des Beweismittels verstanden wird, wann ein solches für den Rechtstreit von

1932 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 76 f.
1933 Dazu u. Kapitel 5 E. (S. 374).
1934 S. o. Kapitel 2 (S. 101 ff.).
1935 Thüringer OLG, Beschl. v. 08.06.2015 – 1 W 17/15, NJW-RR 2015, 1392 juris-Rn. 51.
1936 S. dazu o. Kapitel 4 B. I. 2. a) (S. 309).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Bedeutung ist und wann der Offenlegungsschuldner so darauf zugreifen kann, dass ihm die Offenlegung zumutbar ist.

Bereits in den Abhandlungen, die sich mit der Konstruktion einer allgemeinen prozessualen oder materiell-rechtlichen Aufklärungspflicht beschäftigt haben, finden sich Ausführungen zu deren Reichweite.[1937] Darauf aufbauend sollen die maßgeblichen Aspekte, die für die Erfüllung einer Offenlegungspflicht von besonderer Bedeutung sind, in diesem Kapitel herausgearbeitet werden. Dabei ist ein funktionales Verständnis erforderlich[1938], das sich am Ziel des Anspruchs und dem Interesse des Berechtigten orientieren muss.[1939]

I. Begriff des Beweismittels

Die Reichweite einer Offenlegungspflicht, mit der die „Herausgabe von Beweismitteln" verlangt werden kann, hängt zunächst maßgeblich von der Definition des Begriffs des Beweismittels ab. Der Begriff des Beweismittels wird in den in dieser Arbeit berücksichtigten Rechtsordnungen mittels eines *numerus clausus*, einer abschließenden Aufzählung bestimmter Methoden der Sachverhaltsaufklärung, beschrieben. Es handelt sich um Mittel der Überzeugungsbildung.[1940] Jedes Beweismittel kann nach Vorgabe der jeweils maßgeblichen Vorschriften im Rahmen der Hauptverhandlung in das Verfahren eingeführt und dort zur Sachverhaltsaufklärung genutzt werden.[1941]

Auch die Zivilprozessordnung kennt einen solchen *numerus clausus*.[1942] Während die Regeln über die Sachverhaltsaufklärung mit Hilfe der dort genannten Beweismittel überschaubar sind, sind die entsprechenden Vor-

1937 Z. B. *Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht, S. 337 ff.; *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 95 ff.; *Kapoor*, Vorlagepflichten, S. 71 ff.; *Osterloh-Konrad*, Vorbereitender Informationsanspruch, S. 229 ff.; zum materiellen Recht vgl. *Yoshida*, Informationsbeschaffung, S. 56 ff.; *Lang*, Aufklärungspflicht und europäische Rechtsvereinheitlichung, S. 244 ff.; zum Prozessrecht: *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 134 ff.

1938 *Stauder,* GRUR 1985, 518, 519.

1939 *Osterloh-Konrad*, Vorbereitender Informationsanspruch, S. 229; *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 95.

1940 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 111 Rn. 10.

1941 Vgl. zu diesem *numerus clausus* im deutschen Recht o. Kapitel 2 A. (S. 101), zum US-amerikanischen Recht o. Kapitel 3 B. III. (S. 204) und zum englischen Recht o. Kapitel 4 A. I. (S. 266).

1942 Dazu o. Kapitel 2 A. (S. 101 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

schriften im anglo-amerikanischen Raum deutlich ausführlicher. Es ist jedoch nicht erkennbar, dass die Effektivität der Sachverhaltsaufklärung im deutschen Zivilprozess entscheidend hinter diesen Rechtsordnungen zurückbleibt. Vielmehr dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass die entscheidenden Informationsträger – unabhängig davon, auf welche Weise sie erlangt wurden oder um welches Beweismittel es sich konkret handelt – in jedem Fall in der Hauptverhandlung berücksichtigt werden können.

Ein Vergleich mit den anderen Rechtsordnungen erscheint jedoch insofern gewinnbringend, als dort dem Zeugenbeweis und der Parteivernehmung ein besonderer Stellenwert eingeräumt wird[1943] und die Beweisführung mittels elektronisch gespeicherter Informationen ausführlich geregelt wird. Dabei erscheint besonders lohnend zu untersuchen, inwiefern die Umstände, dass das deutsche Zivilprozessrecht eine Zeugenvernehmung außerhalb der Hauptverhandlung nur unter den besonderen Voraussetzungen des selbstständigen Beweisverfahrens gemäß §§ 485 ff. ZPO erlaubt und der Umgang mit elektronischen Beweismitteln nur rudimentär geregelt wird, im Rahmen der Offenlegung berücksichtigt werden können.

1. Keine *deposition* im deutschen Zivilprozess

Zunächst kann festgestellt werden, dass dem Zeugenbeweis in den dargestellten Rechtsordnungen unterschiedliche Bedeutung beigemessen wird. In der deutschen Literatur wird immer wieder darauf hingewiesen, dass der Zeuge ein besonders unzuverlässiges Beweismittel sei, weil er beeinflussbar und vergesslich ist.[1944] Gleichzeitig handelt es sich beim Zeugen um ein besonders wichtiges Beweismittel, das in der Praxis besonders häufig eine Rolle spielt.[1945] Das erkennt auch das US-amerikanische Zivilprozessrecht und legt daher besonders großen Wert auf die formelle Zeugenvernehmung. Den mit Zeugenaussagen verbundenen Unsicherheiten soll begegnet werden, indem die Parteien einen Zeugen bereits vor der Hauptverhandlung im Wege der *deposition* anhören können.[1946] An diese Aussage ist der Zeuge zwar nicht gebunden, allerdings wird eine Aussage in

1943 S. dazu sogl. Kapitel 5 A. I. 1. (S. 341).

1944 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor §§ 373-401 Rn. 14; *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 373 Rn. 13 m. zahlreichen w. N. in Fn. 54.

1945 *Damrau/Weinland*, in: MüKo-ZPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 373 Rn. 1; *Huber*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 373 Rn. 1.

1946 S. o. Kapitel 3 B. III. 1. (S. 205 ff).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

der Hauptverhandlung, die von einer im Vorfeld durchgeführten Vernehmung (*deposition*) abweicht, erhebliche Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen schüren.[1947]

Ein vergleichbarer Mechanismus der Zeugenvernehmung außerhalb der Hauptverhandlung ist dem deutschen Zivilprozess grundsätzlich fremd. Das selbstständige Beweisverfahren erfordert gemäß § 485 Abs. 1 ZPO, dass der Prozessgegner diesem Verfahren „zustimmt oder zu besorgen ist, dass das Beweismittel verloren geht oder seine Benutzung erschwert wird." Die Zeugenvernehmung außerhalb der Hauptverhandlung ist im deutschen Zivilprozess somit nur unter besonderen Voraussetzungen möglich, die wiederum der Antragsteller dazulegen und zu beweisen hat.

Dieser Unterschied ergibt sich vor allem aus dem Umstand, dass sich das US-amerikanische Zivilprozessrecht in besonderer Weise auf die Aufklärungskraft eines kontradiktorischen Verfahrens (*adversarial approach*) verlässt. Das hat zur Folge, dass Zeugen von der einen oder anderen Seite zum Verfahren geladen werden. Es ist üblich, dass die Zeugen auf eine für „ihre" Partei günstige Aussage vorbereitet werden (*witness coaching*).[1948] Umso schwieriger wird es für die gegnerische Partei, die Aussage im Rahmen des Kreuzverhörs zu erschüttern.

Sind die Zeugen – wie im deutschen Zivilprozess – grundsätzlich zur Neutralität verpflichtet, erscheint fragwürdig, ob die Zeugenvernehmung außerhalb der Hauptverhandlung der beweisbelasteten Partei einen entscheidenden Vorteil verschaffen würde. Allerdings kann nicht geleugnet werden, dass es beim Fehlen einer im Vorfeld der Hauptverhandlung durchgeführten Zeugenbefragung unweigerlich zu Überraschungsmomenten kommen wird.[1949] Dass der Zeuge in der Hauptverhandlung der Wahrheit entsprechend aussagt, ist über die Eidespflicht gemäß § 391 ZPO i.V.m §§ 153, 154 StGB sichergestellt. Eine Zeugenbeeinflussung, die eine Falschaussage zur Folge hat, wird gemäß § 159 StGB sanktioniert.

Zur Steigerung der Verlässlichkeit von Zeugenaussagen erscheinen *depositions* damit nicht zwingend notwendig. Im US-amerikanischen Zivilprozess sind die *depositions* besonders effektiv, weil alle für den Fall möglicherweise relevanten Zeugen im Rahmen der *initial disclosure* offengelegt werden müssen (*FRCP 26(a)(1)(A)(i)*) und den Parteien viele Zeugen so

1947 Ausf. zu den *depositions* s. o. Kapitel 3 B. III. 1. (S. 205).
1948 S. o. Kapitel 3 B. III. 1. d) aa) (S. 212).
1949 S. auch zur Zeugenvernehmung im angloamerikanischen und im deutschen Zivilprozess *Stoll,* ZRP 2009, 46.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

schon bekannt sind, bevor der Prozess beginnt. Darauf aufbauend kann die jeweilige Partei dann zum Fall vortragen. Damit dieser Vortrag nicht obsolet wird, weil der Zeuge in der Hauptverhandlung ganz anders aussagt, ist dort eine gewisse Verbindlichkeit der *depositions* notwendig.

Gerade diese Konnexität zwischen vor und in der Hauptverhandlung durchgeführter Zeugenvernehmung gibt es im deutschen Zivilprozess nicht. Vielmehr werden die Zeugen in Deutschland kaum vor der Verhandlung von den Parteien angehört. Sie treten regelmäßig zum ersten Mal in der Hauptverhandlung in Erscheinung. Eine Ladung ist jedoch nur möglich, wenn die Zeugen der sich in Beweisnot befindlichen Partei bekannt sind.

Handelt es sich bei dem Klagegegner etwa um ein Unternehmen und sind dessen interne Abläufe für den Ausgang des Rechtsstreits von entscheidender Bedeutung, müssen nahezu zwangsläufig dessen Mitarbeiter befragt werden. Diese sind jedoch nur selten bekannt. Insofern erscheint es sinnvoll, dass § 33g Abs. 10 GWB eine Auskunftspflicht vorsieht, die sich von der Offenlegungspflicht gemäß § 33g Abs. 1 GWB unterscheidet.

Ein sinnvolles Zusammenspiel zwischen den beiden Pflichten ist unerlässlich. Es können nämlich nur Sachen, nicht aber Personen und damit Zeugen, „herausgegeben" bzw. „vorgelegt" oder besichtigt werden. Im Rahmen der Auskunftsklage kann aber erforscht werden, welcher Mitarbeiter für einen bestimmten Ablauf verantwortlich ist. Gleichzeitig kann Auskunft über eine ladungsfähige Adresse dieses Mitarbeiters verlangt werden. Wurde die Auskunft erteilt, kann der Zeuge im Beweisantrag so genau beschrieben werden, dass eine Ladung zur Hauptverhandlung über einen folgenden Leistungsantrag möglich ist. Dann ist der Zeuge gemäß §§ 377, 380 ZPO zum Erscheinen und gemäß § 395 ZPO zur wahrheitsgetreuen Aussage verpflichtet.

Weiterhin ist zu beachten, dass im Rahmen einer *deposition* auch die gegnerische Partei bereits vor dem Prozess unter Eid angehört werden kann. So wird der Gegner maßgeblich zur Beteiligung an der Sachverhaltsaufklärung verpflichtet. Zwar kennt auch die Zivilprozessordnung die Parteivernehmung als Beweismittel (§§ 445 ff. ZPO), allerdings kommt dieser nur untergeordnete Bedeutung zu. Sie soll nur stattfinden, wenn andere Beweise nicht zur Verfügung stehen (§ 445 Abs. 1 ZPO).[1950] Das deutsche Recht folgt insoweit dem römisch-rechtlichen Grundsatz, dass niemand Zeuge in

1950 *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 445 Rn. 12; *Nagel*, in: FS-Habscheid.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

eigener Sache sein darf (*nullus idoneus testis in re sua intellegitur*).[1951] Die gegnerische Partei taugt ohnehin nur sehr eingeschränkt zum Beweis einer ihr selbst ungünstigen Tatsache.

Damit bietet sich die Kombination eines Auskunftsanspruchs betreffend die ladungsfähigen Merkmale einer Person sowie die Vernehmung im Prozess, notwendigenfalls unter Eid, zur Sachverhaltsermittlung an. Eine ganz der *deposition* vergleichbare Effizienz wird so zwar nicht erreicht werden. Angesichts der mit einer *deposition* verbundenen Nachteile, insbesondere der immensen Kostenbelastung,[1952] dürften die Defizite im deutschen Zivilprozess jedoch hinnehmbar sein.

2. Elektronische Dokumente als Gegenstand der Beweismittelvorlage

Grundsätzlich kann auch im deutschen Zivilprozess der Beweis mittels elektronischer Dokumente geführt werden. Dazu stellen §§ 371 Abs. 1 S. 2, 371a ZPO klar, dass der Beweis auch durch Vorlegung oder Übermittlung einer Datei angetreten wird und besondere Regeln für mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehene elektronische Dokumente gelten.[1953] Dabei bleibt jedoch zu beachten, dass die Vorschrift angesichts der geringen Verbreitung qualifizierter elektronischer Signaturen in der Praxis kaum Anwendung findet.[1954] Weitere Einzelheiten über die Zugänglichmachung elektronischer Dokumente zu Beweiszwecken sind von der Zivilprozessordnung jedoch nicht vorgegeben.

Im US-amerikanischen Zivilprozess wird die Beweisführung mittels elektronischer Dokumente in *FRCP 34 (b)(2)(E)* geregelt. Diese Norm ist zwar – verglichen mit anderen *discovery*-Vorschriften – nicht besonders umfangreich, allerdings wird zunächst klargestellt, dass elektronisch gespeicherte Dokumente in dem im Geschäftsalltag üblichen Format vorgelegt

1951 Digesten (D.) 22,5,10 (Pomponius); *Wagner,* ZEuP 2001, 441, 485; zum französischen Recht ebd., S. 486 f.

1952 S. o. Kapitel 3 D. IV. (S. 255).

1953 Zu den Unterschieden s. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 119 Rn. 4.

1954 Bislang konnten sich qualifizierte elektronische Signaturen nicht flächendeckend durchsetzen, was an den damit verbundenen strengen Anforderungen verbunden sein dürfte, s. dazu *Huber*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 371a Rn. 3; inwiefern sich dies durch die Einführung der elektronischen Akte bei Gericht oder die Möglichkeit der Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung mittels Videokommunikation (§ 2 Abs. 3 GmbHG in der am 01.08.2022 in Kraft tretenden Fassung) ändert, wird abzuwarten sein.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

werden müssen. Sodann kann bei der Anwendung dieser Norm jedoch auf umfassendes Richterrecht zurückgegriffen werden.[1955] Es erscheint daher lohnend zu untersuchen, inwieweit die dort etablierten Grundsätze auch im deutschen Recht Anwendung finden können. Gerade der Blick auf den US-amerikanischen Zivilprozess zeigt, dass der Beweis durch elektronisch gespeicherte Informationen ein wichtiges rechtliches und rechtstatsächliches Problem darstellt.[1956]

Die Zivilprozessordnung spricht in diesem Zusammenhang stets von „Dokumenten". Insoweit erscheint es naheliegend, dass nur elektronisch festgehaltene Gedankenerklärungen von diesen Vorschriften erfasst werden. Gleichwohl ist anerkannt und sachgerecht, dass der Begriff nicht nur elektronisch gespeicherte Erklärungen, sondern auch beispielsweise Audio- und Videoaufzeichnungen erfasst.[1957]

Weiterhin kann festgestellt werden, dass deutsche Gerichte der Beweisführung mit elektronischen Beweismitteln nach wie vor skeptisch begegnen.[1958] Bedenken bestehen schon hinsichtlich der Integrität und Authentizität einer E-Mail, weil diese nach dem Absenden verändert werden könne, ohne dass dies Spuren hinterlasse.[1959] Sollen Erklärungen, die in einer E-Mail enthalten sind, vorgelegt werden, wird zum Beweis der Erklärung regelmäßig ein Ausdruck dieser E-Mail vorgelegt.[1960] Dabei kann auf diesem Weg die Authentizität und Integrität der Erklärung erst recht nicht festgestellt werden. Abgesehen von den Fragen der Datensicherheit zeichnen sich elektronische Beweismittel jedoch besonders dadurch aus, dass sie nur mit Hilfe eines Computers und eines passenden Programms ausgewertet werden können.[1961]

1955 S. dazu insgesamt o. Kapitel 3. B. III.3. d).

1956 So auch *Binder,* ZZP 122 (2009), 187, 188.

1957 *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 371 Rn. 19; s. auch o. Kapitel 2 A. I. (S. 101).

1958 Mit Blick auf die „E-Akte" s. *Greger,* NJW 2019, 3429; zur Beweisführung mittels SMS und ähnlichen Kommunikationsmitteln s. *Rupp*, Beweisführung mit privaten elektronischen Dokumenten, S. 181 ff.

1959 Dazu schon *Roßnagel/Pfitzmann,* NJW 2003, 1209, 1210.

1960 S. auch *Rupp*, Beweisführung mit privaten elektronischen Dokumenten, S. 85 f.; *Czeguhn,* JuS 2004, 124; *Sosnitza/Gey,* K&R 2004, 465.

1961 Ausf. dazu D Seng and S Mason, *Electronic evidence* (4th edn., University of London Press, London 2017); insb. zur Rechtslage in China s. *Zhang/Chen*, in: Kengyel/Nemessányi (Hrsg.), Electronic Technology and Civil Procedure, S. 305 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Elektronische Beweise sind dort besonders wertvoll, wo große Datensammlungen ausgewertet werden müssen. Offensichtlich wird dies, wenn man sich nochmals vor Augen führt, dass etwa zur Rechnungslegung die Vorlage einzelner Belege erforderlich ist.[1962] Heute werden die allermeisten Rechnungen über computergestützte Buchhaltungssysteme ausgestellt, die zugleich Informationen über Steuern, Skonti und sonstige im Zusammenhang mit den einzelnen Buchungen stehenden Besonderheiten verwalten. Geht es im Prozess darum, das diesen Besonderheiten zugrundeliegende System zu durchschauen, können auf Grundlage einzelner Rechnungen nur Vermutungen über diemaßgeblichen Kalkulationen angestellt werden.[1963] Wäre statt der Rechnungslegung die Offenlegung von Beweismitteln geschuldet, könnte man darüber nachdenken, ob nicht das gesamte Buchhaltungsprogramm als Beweismittel in Betracht kommt und Zugang zu diesem gewährt werden muss.[1964]

Allerdings wird auch in den Vereinigten Staaten uneinheitlich beurteilt, ob im Rahmen der *e-discovery* Zugriff auf Systemdaten oder Hardware, das Programm, mit dem die Dokumente erstellt wurden, oder Sicherungsdateien gewährt werden muss.[1965] Wo einzelne Dokumente analysiert werden müssen, werden Systeme eingesetzt, die gezielt nach den relevanten Informationen suchen können.[1966] Dabei ist unverkennbar, dass die Durchsuchbarkeit elektronischer Dokumente[1967] und die mit diesen stets verbundenen Metadaten die Sachverhaltsaufklärung erheblich erleichtern.[1968] Allerdings ist zu bedenken, dass damit auch die Gefahr besteht, dass schutzwürdige Informationen offenbart werden und ein erhöhtes Missbrauchspotential besteht.[1969]

1962 S. dazu o. Kapitel 1 B. I. 2. (S. 65 ff.).

1963 Zu dem damit verbundenen erheblichen Aufwand s. *Binder,* ZZP 122 (2009), 187, 190 m. w. N.

1964 Zum Zuganggewähren als Offenlegungshandlung s. u. Kapitel 5 B. (S. 360).

1965 Dazu z. B. *Columbia Pictures, Inc. v. Bunnell*, 245 F.R.D. 443 (C.D. Cal. 2007); *Powerhouse Marks, LLC v. Chi Hsin Impex, Inc*, 2006 WL 83477 (E.D. Mich. Jan 12, 2006); *Quinby v. WestLB AG*, 2005 WL 3453908 (S.D.N.Y. Dec. 15, 2005); *Tulip Computers Int'l v. Dell Computer Corp.*, 2002 WL 717061 (D. Del. Apr. 30, 2002).

1966 *Ambrus*, in: Kengyel/Nemessányi (Hrsg.), Electronic Technology and Civil Procedure, S. 285 ff.; *Kodek*, in: Kengyel/Nemessányi (Hrsg.), Electronic Technology and Civil Procedure, S. 262.

1967 *Hagenbuch v. 3B6 Sistemi Elettronici Industriali, S.R.L.*, 2006 WL 665005 (N.D. Ill. Mar. 8, 2006); *Binder,* ZZP 122 (2009), 187, 191.

1968 *Binder,* ZZP 122 (2009), 187, 192.

1969 *Binder,* ZZP 122 (2009), 187, 193.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

3. Schlussfolgerungen für den Begriff des Beweismittels

Mit Blick auf § 33g GWB ist festzuhalten, dass diese Norm bereits die „Herausgabe von Beweismitteln" im Allgemeinen zum Gegenstand hat. Andere Offenlegungsansprüche sind in ihrer Reichweite demgegenüber dadurch beschränkt, dass nur bestimmte Beweismittel vorgelegt werden müssen oder eingesehen werden dürften (vgl. nur §§ 809, 810 BGB, § 140c PatG). Allerdings wird eine analoge Anwendung dieser Vorschriften gegenwärtig zu einem sachgerechten Ergebnis führen.[1970]

Es kann sodann festgehalten werden, dass eine Offenlegungspflicht, die sich auf alle Beweismittel erstreckt, auch elektronische Dokumente zum Gegenstand hat. Elektronisch gespeicherten Dokumenten kommt neben Urkunden und sonstigen Dokumenten bei der Sachverhaltsaufklärung eine besondere Bedeutung zu.[1971] Jedoch wird nahezu immer die Übermittlung einer Dateikopie genügen. Genügt zur Sachverhaltsermittlung schon die Übermittlung der Kopie oder einer Abschrift einer Urkunde,[1972] so kann bei elektronischen Beweismitteln kaum etwas anderes gelten. Zweck der Vorlage des Originals ist, die Authentizität und Integrität der Urkunde sicherzustellen. Diese Funktion kann die Vorlage einer „Originaldatei" schon aus technischen Gründen nur sehr eingeschränkt erfüllen. Außerdem können elektronische Dokumente beliebig oft und ohne größeren Aufwand vervielfältigt werden. Daher ist eine solche Originaldatei wohl ohnehin nur denkbar, wenn technisch sichergestellt ist, dass Kopien – etwa in ihren Metadaten – erkennen lassen, dass ein Original verändert wurde.

Insoweit ist der Offenlegungsanspruch erkennbar einem Auskunftsanspruch verwandt. Die Herausgabepflicht hat aber vor allem Beleg- und Beweisfunktion.[1973] In jedem Fall erscheint die Kombination der Offenlegungspflicht mit einer (korrespondierenden) Auskunftspflicht sinnvoll, weil es Fälle geben wird, in denen zunächst grundlegende Informationen notwendig sind oder aber die Auskunft schon ausreichend und eine Beweismitteloffenlegung nicht erforderlich ist.[1974]

§ 33g GWB dürfte den Mindestanforderungen der Kartellschadensersatzrichtlinie ohne Weiteres gerecht werden, soweit es um den Gegenstand

1970 So bereits *Binder,* ZZP 122 (2009), 187, 211 ff.
1971 *Berger,* NJW 2005, 1016 ff.
1972 *Hellmann/Steinbrück,* NZKart 2017, 164, 169; *Bach/Wolf,* NZKart 2017, 285, 286.
1973 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 21.
1974 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 26.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

der Beweismittelherausgabe geht, zumal dessen Bestimmung zunächst den Mitgliedstaaten überlassen wird.[1975] Schutzlücken, die in diesem Zusammenhang der „praktischen Wirksamkeit" der Kartellschadensersatzrichtlinie entgegenstehen, sind nicht ersichtlich. Der Begriff der Beweismittel im Sinne der Zivilprozessordnung dürfte alle denkbaren Informationsformen erfassen, so dass alle maßgeblichen Informationen bei der Sachverhaltsermittlung erlangt werden können.

Die Verwertung elektronisch gespeicherter Dokumente ist bereits auf Grundlage des geltenden Rechts im deutschen Zivilprozess möglich. Allerdings fehlt es noch an verbindlichen Leitlinien über die Durchführung der Vorlage elektronischer Dokumente. Während ein Tätigwerden des Gesetzgebers diesbezüglich nicht notwendig erscheint, ist es weiterhin Aufgabe der Rechtsprechung eine praktikable Kasuistik zu entwickeln.

II. Erforderlichkeit der Offenlegung

Orientiert man sich an § 33g Abs. 1 GWB als Leitbild einer allgemeinen Offenlegungspflicht, ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift, dass die herausverlangten Beweismittel für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs „erforderlich" sein müssen. Insoweit ist zu beachten, dass die Sachverhaltsaufklärung nicht mit milderen Mitteln erreicht werden kann und der Verhältnismäßigkeitsprüfung bereits vorgegriffen wird.[1976]

In den Vereinigten Staaten wird dementsprechend verlangt, dass das herausverlangte Beweismittel für den Rechtsstreit *relevant* sein muss (*FRCP 26(b)(1)*.[1977] Dieses Merkmal wird im US-amerikanischen Zivilprozess sehr weit verstanden, so dass die Beweiserforschung so lange zulässig ist, bis feststeht, dass das fragliche Beweismittel für die Erfolgsaussichten der Klage nicht von Bedeutung sein kann.[1978] Das kann so weit gehen, dass im Rahmen der *pre-trial discovery* mitgeteilt werden muss, wie die *pre-trial discovery* selbst genau vorbereitet wurde.[1979] Auch dem englischen Zivilprozess lag ein ähnlich weites Verständnis zugrunde, das in der *train of*

1975 Vgl. z. B. Art. 2 Nr. 13 SERL; s. o. Kapitel 4 B. II. 2. a) aa) (S. 322).
1976 S. dazu o. Kapitel 2 B. III. 1. c) (S. 145) und Kapitel 2 B. II. 1. d) (S. 124).
1977 Dazu ausf. o. Kapitel 3 B. II. (S. 202).
1978 S. o. Kapitel 3 C. I. (S. 242).
1979 Shaffer, 19 Sedona Conf. J. 215 (2018).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

inquiry-Formel der *Peruvian Guano*-Prüfung zum Ausdruck kam. Mittlerweise enthalten die *Civil Procedure Rules* besondere, engere Vorgaben.[1980]

In Kontinentaleuropa begegnet eine so weite Auslegung bei der Umsetzung der Durchsetzungs- und Kartellschadensersatzrichtlinie hingegen Bedenken. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die zugrundeliegenden Richtlinien ein einheitliches Schutzniveau zum Ziel haben. Je weiter man den Begriff der Erforderlichkeit versteht, desto eher besteht die Gefahr, dass die nationalen Gerichte die Reichweite der Offenlegungsansprüche unterschiedlich beurteilen und so ein einheitliches Schutzniveau nicht mehr gewährleistet ist.[1981] Allerdings bleibt zu bedenken, dass es sich beim Begriff der Erforderlichkeit um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der auch in diesen Fällen einer Bestimmung durch die Praxis bedarf. Eindeutig wäre eine Regelung nur, wenn „alle Beweismittel" oder „keine Beweismittel" offengelegt werden müssten; im Bereich der Erforderlichkeit sind Unschärfen unvermeidlich.

Allerdings kann festgehalten werden, dass in Deutschland wesentlich strengere Anforderungen an die Erforderlichkeit der Beweismittelvorlage gestellt werden als in anderen Mitgliedstaaten.[1982] Dennoch ist auch hier unzweifelhaft, dass Informationen und Gegenstände, die zum Beweis einer Tatsache im konkreten Rechtsstreit schon nicht geeignet sind, nicht vorgelegt werden müssen. Die Erforderlichkeitsprüfung wird stets unter der Leitfrage erfolgen, ob die Sachverhaltsaufklärung durch mildere Mittel möglich ist.

III. Verfügungsgewalt des Schuldners

Weiterhin steht fest, dass der Schuldner nicht herausgeben muss, was er aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht herausgeben kann.[1983] Dass der Schuldner in irgendeiner Weise Zugriff auf das herausverlangte Beweismittel haben muss, ist inhärente Voraussetzung der Offenlegungspflicht. § 33g GWB verlangt daher, dass sich das Beweismittel im „Besitz" des Offenlegungsschuldners befinden muss.

1980 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. b) bb) (S. 274).
1981 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 38.
1982 S. o. Kapitel 2 B. I. 1. (S. 109), Kapitel 2 B. II. 1. d) (S. 124), Kapitel 2 B. III. 1. c) (S. 145).
1983 Dazu ausf. Kapitel 6 B. I. 1. (S. 383).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Bestimmungsrecht des Offenlegungsschuldners

Schon im deutschen Recht werden diesbezüglich verschiedene Formulierungen verwendet. Während § 33g GWB von „Besitz" spricht, setzen die immaterialgüterrechtlichen Offenlegungsvorschriften die europarechtlichen Vorgaben, die in der Durchsetzungsrichtlinie von „Verfügungsgewalt" sprechen, wortgetreu um. Im Prozessrecht verlangt wiederum § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO seit der Reform der Zivilprozessordnung im Jahr 2002 ebenfalls „Besitz", nachdem die Norm in ihrer alten Fassung vorsah, dass das Gericht eine Partei dazu verpflichten konnte, die sich „in ihren Händen befindlichen Urkunden" vorzulegen.[1984] Erkennbar ist in jedem Fall erforderlich, dass der zur Offenlegung Verpflichtete selbst bestimmen kann, was mit dem Beweismittel geschieht.

Ein traditionell-sachenrechtliches Verständnis von Besitz greift dabei zu kurz, weil es sich nur um ein tatsächliches Element handelt. Nur in Ausnahmefällen ist mit dem (mittelbaren) Besitz das Recht verbunden, die Sache von einem Dritten herauszuverlangen. Mit Blick auf § 33g GWB verbietet sich ein derart enges Verständnis von Besitz schon angesichts der weitergehenden Formulierung in Art. 5 Abs. 1 SERL, der verlangt, dass sich die herausverlangten Beweismittel in der „Verfügungsgewalt [des Schuldners] befinden" müssen.[1985]

Das Tatbestandsmerkmal ist logische Voraussetzung der Offenlegung und folglich in allen dargestellten Rechtsordnungen im Gesetzestext verankert. Unterschiede lassen sich insbesondere im Vergleich mit den *common law*-Jurisdiktionen erkennen. *FRCP 34 (a) (1)* verlangt, dass sich das begehrte Beweismittel im Besitz, der Verwahrung oder im Herrschaftsbereich (*possession, custody, or control*) der anderen Partei befinden muss. Wie oben[1986] dargestellt, ist dazu erforderlich, dass der Offenlegungsschuldner das Beweismittel entweder selbst besitzt oder seine Herausgabe von einem Dritten verlangen kann. Noch weiter geht in dieser Hinsicht *CPR 31.8 (1)*, wonach *control* auch vorliegt, wenn sich ein Dokument im Herrschaftsbereich der Partei befunden hat. Erforderlich ist aber auch dort ein durchsetzbares Recht auf Besitzverschaffung.[1987]

Soweit verlangt wird, dass der Offenlegungsschuldner „Besitz" am herausverlangten Beweismittel hat, ist außerdem zu beachten, dass der Gegen-

1984 S. o. Kapitel 2 D. (S. 181).
1985 Dazu o. Kapitel 4 B. (S. 306).
1986 S. o. Kapitel 3 B. III. 3. a) (S. 224).
1987 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. b) aa) (S. 271).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

stand des Besitzes stets eine Sache im Sinne von § 90 BGB ist (§ 854 Abs. 1 BGB). Mit einer solchen Formulierung wäre wiederum der Offenlegungsanspruch so beschränkt, dass grundsätzlich elektronische Dokumente nicht erfasst würden.

Insgesamt wird deutlich, dass auch heute schon Besitz im Zusammengang mit Offenlegungsansprüchen nicht im Sinn von § 854 Abs. 1 BGB verstanden wird. Vielmehr geht es darum, dass der Offenlegungsschuldner bestimmen kann, was mit dem Beweismittel im konkreten Fall geschieht. Insofern erscheint die Formulierung „in der Verfügungsgewalt" sinnvoll, weil sie dieses Bestimmungsrecht deutlich zum Ausdruck bringt. Der Offenlegungsschuldner ist damit – wie im US-amerikanischen und englischen Zivilprozess – auch dann zur Herausgabe der Beweismittel verpflichtet, wenn er seinerseits die Herausgabe der Beweismittel von einem Dritten verlangen kann. Zur Beantwortung der Frage, wann das der Fall ist, kann wiederum berücksichtigt werden, zu welchem Zweck sie eingesetzt werden, ob sie mit oder aus Mitteln des Offenlegungsschuldners hergestellt wurden, wer tatsächlich Zugriff auf die Beweismittel hat oder wessen Interessen die Beweismittel zu dienen bestimmt sind.[1988]

Zugleich ist es zutreffend, wenn etwa zu § 371 Abs. 2 ZPO darauf hingewiesen wird, dass „Besitzer" eines elektronischen Dokuments nicht derjenige ist, der die tatsächliche Sachherrschaft am Datenträger innehat, sondern derjeninge, der die „Verfügungsmacht" über den gespeicherten Datenbestand ausübt.[1989] Zur Offenlegung verpflichtet ist damit, wer über die technischen Mittel und das Recht zur Weitergabe des Beweismittels verfügt.[1990] Eine mittelbare Zugriffsmöglichkeit des Offenlegungsschuldners ist somit ausreichend.

Hat der Offenlegungsschuldner selbst die Macht zu entscheiden, ob ein Beweismittel vorgelegt wird, stellt das Merkmal der „Verfügungsgewalt" kaum ein Problem dar. Schwieriger sind Fälle, in denen (auch) Dritte über das herausverlangte Beweismittel „verfügen". So ist es denkbar, dass der Offenlegungsschuldner nur gemeinsam mit dem Dritten befugt ist, ein Beweismittel herauszugegeben. Ebenso ist an Konstellationen zu denken, in denen der Offenlegungsschuldner das Beweismittel nicht ohne Weiteres

1988 So bereits o. Kapitel 3 B. III. 3. a) (S. 224).

1989 S. auch *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 371 Rn. 22; *Binder,* ZZP 122 (2009), 187, 195.

1990 Entsprechend zu elektronischen Dokumenten *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 371 Rn. 22.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

herausgeben kann, weil nur ein Dritter darauf Zugriff hat. In diesen Fällen muss der Offenlegungsschuldner zunächst einen ihm selbst zustehenden Herausgabeanspruch geltend machen.[1991]

Kann die Offenlegung – wie gemäß § 33g GWB – auch von Dritten verlangt werden, wird es in der Praxis nur selten darauf ankommen, ob der Offenlegungsschuldner seinen Einfluss auf den Dritten geltend machen muss, weil die Offenlegung unmittelbar von dem Dritten verlangt werden kann. Dennoch muss schon zur richtigen Benennung des Offenlegungsschuldners gründlich untersucht werden, welcher Beteiligte die Verfügungsgewalt über das fragliche Beweismittel innehat. Außerdem bietet es sich zum dogmatischen Verständnis an, diesen Gesichtspunkt anhand von Beispielen aus dem Gesellschaftsrecht und dem Arbeitsrecht näher zu untersuchen, wo die hier zu untersuchenden Fragen auch in anderen Rechtsordnungen eingehend behandelt wurden.

a) Verfügungsgewalt in Konzernstrukturen

Sind verschiedene juristische Personen miteinander verwoben, so stellt sich die Frage, ob die Muttergesellschaft Zugriff auf Beweismittel hat, über deren Schicksal eine Tochtergesellschaft entscheidet. Gleichermaßen kann gefragt werden, ob Tochtergesellschaften Zugriff auf Beweismittel haben, die sich in der Verfügungsgewalt der Muttergesellschaft befinden.[1992] Der Begriff des Besitzes passt in diesen Fällen schon nicht, weil juristische Personen keine eigene tatsächliche Sachherrschaft haben können.[1993]

Im Rahmen von § 33g GWB sind dabei zunächst kartellrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen. Insbesondere wenn ein Rechtsträger weggefallen ist, an seine Stelle aber ein Rechtsnachfolger getreten ist („Wurstlücke"), kann hier auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur wirtschaftlichen Einheit eine Rolle spielen,[1994] was dazu führen kann, dass die Unterscheidung zwischen den verschiedenen juristischen Personen

1991 S. auch *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 18.

1992 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 38.

1993 *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 39; zum Organbesitz sogl. Kapitel 5 A. III. 1. b) (S. 354 f.).

1994 Zuletzt EuGH, Urt. v. 14.03.2019 – C-724/17 – Vantaan Kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy u. a., NZKart 2019, 217.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

aufgegeben würde.[1995] Ein derart weitgehendes Verständnis der Haftung in Konzernstrukturen, welche letztlich das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip aufgibt, erscheint jedoch allenfalls in Ausnahmekonstellationen, wie sie sich etwa im Kartellrecht ergeben können, gerechtfertigt.

Soll die Offenlegungspflicht verallgemeinert werden, muss geklärt werden, von wem die Offenlegung verlangt werden kann. Im englischen Zivilprozess richtet sich die maßgebliche Prüfung nach dem *Lonrho*-Test. Im zugrunde liegenden Fall stellte sich die Frage, ob ein Mutterunternehmen aufgrund seiner Beteiligung an einem Tochterunternehmen zur Offenlegung verpflichtet ist.[1996] Der Einwand der Klägerin, die Beklagte könne die Gesellschaftsverträge ihrer Tochterunternehmen so anpassen, dass sie selbst Zugriff auf die von der Klägerin begehrten Dokumente hätte, führt allgemein zu der Frage, ob eine Offenlegungsverpflichtung so weit gehen kann, dass der Offenlegungsschuldner verpflichtet wird, Einfluss auf die (gesellschafts-)vertraglichen Grundlagen des Besitzmittlungsverhältnisses zu nehmen. Eine solche Annahme erscheint sehr weitgehend.

Dem Gericht in *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Ltd.*[1997] kann insoweit zugestimmt werden, als dem Gericht bzw. dem Kläger kaum ein Recht zustehen kann, mit dem bestimmte Klauseln in Gesellschaftsverträge der gegnerischen Konzernmutter diktiert werden können. Allerdings bleibt auch festzuhalten, dass dieser Fall wohl anders ausgegangen wäre, wären entsprechende Kontrollrechte der Muttergesellschaft in den Gesellschaftsverträgen bereits vorgesehen gewesen.[1998]

Im konkreten Einzelfall kommt es darauf an, ob eine Gesellschafterin von einer Gesellschaft die Herausgabe bestimmter Dokumente verlangen kann. Ein solches Einsichtsrecht kann sich zunächst aus dem Gesetz ergeben. Im deutschen Recht erstrecken sich die maßgeblichen Kontrollrechte regelmäßig auf „Bücher und Schriften" (z. B. § 51a Abs. 1 GmbHG, was gemäß § 51a Abs. 3 GmbHG nicht dispositiv ist, § 716 Abs. 1 BGB, § 118 Abs. 1 HGB). Auf diesem Weg kann wohl auch die Darstellung elektronisch gespeicherter Daten auf einem Bildschirm verlangt werden.[1999] Ein Anspruch

1995 M Brealey, N Green and K George, *Brick Court Chambers Competition Litigation* (2nd edn., Oxford Univ. Press, Oxford 2019), para 9.23; *Timmerbeil/Blome,* BB 2007, 1544, 1545 ff.

1996 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. b) aa) (S. 271 f.).

1997 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, HL.

1998 Zu *"one-man-companies"*, s. C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 9-21.

1999 *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 716 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

auf Einsichtnahme durch ein eigenes Gerät des Gesellschafters besteht jedoch nicht.[2000] Allerdings könnte man angesichts einer weitgehend auf elektronische Daten gestützten Buchführung über eine analoge Anwendung der Kontrollrechte nachdenken.

Soweit die Kontrolle weitergehen soll, als vom Gesetz vorgesehen, kommt es auf die Regelungen im Gesellschaftsvertrag an. Dieser wird dem Gläubiger nur in den seltensten Fällen vorliegen. Dann stellt sich aber die Frage, ob die Offenlegungsverpflichtung so weit reicht, dass dem Offenlegungsgläubiger die Gesellschaftsverträge vorgelegt werden müssen, damit dieser beurteilen kann, ob ein entsprechendes Kontrollrecht seines Schuldners auf vertraglicher Grundlage besteht. Jedenfalls soweit andere Beweismittel als Bücher, Schriften und gegebenenfalls elektronische Dokumente betroffen sind, kann die Offenlegung nur verlangt werden, wenn der Gesellschafter diese selbst von der Gesellschaft verlangen kann.

b) Natürliche Personen als Besitzmittler

Handelt es sich bei dem Dritten um eine natürliche Person, wird die Frage nach der Reichweite der Offenlegungsverpflichtung insbesondere auf Verhältnismäßigkeitsebene auf den ersten Blick auch praktisch relevant: Der sich aus § 33g GWB ergebende Offenlegungsanspruch wird in der Regel gegen das an einem Kartellverstoß beteiligte Unternehmen gerichtet sein. Befinden sich wesentliche Informationen in seiner Verfügungsgewalt, so müssen diese grundsätzlich offengelegt werden. Weil eine juristische Person oder eine Personengesellschaft selbst keinen Besitz haben kann, kommt es dann auf die zum Organbesitz entwickelten Grundsätze an.[2001]

In diesem Fall können die Bestimmungen über den unmittelbaren Besitz nicht ohne Weiteres auf diese angewendet werden.[2002] Es ist anerkannt, dass juristische Personen eigenen unmittelbaren Besitz durch ihre Geschäftsführungsorgane und sonstigen verfassungsmäßig berufenen Vertreter ausüben.[2003] Organbesitz liegt vor, wenn das Geschäftsführungsor-

2000 *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 716 Rn. 8 m. w. N.
2001 S. dazu nur *F. Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 39 ff.
2002 *F. Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 39.
2003 S. nur BGH, Urt. v. 27.10.1971 – VIII ZR 48/70, NJW 1972, 43; BGH, Urt. v. 19.04.1971 – II ZR 98/68, NJW 1971, 1355.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

gan die tatsächliche Sachherrschaft innerhalb seines Aufgabenbereichs innehat.[2004] Vergleichbares gilt bei rechtsfähigen Personengesellschaften.[2005]

An dieser Stelle werden Unterschiede sichtbar, wenn der Offenlegungsanspruch direkt gegen eine natürliche Person geltend gemacht wird. Das Verhalten des Dritten im Rahmen der Kartellabsprache kann nämlich auch strafrechtlich relevant sein. Er kann sich daher auf den Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare*[2006] berufen. Einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft ist dieser Einwand verwehrt,[2007] weil dem deutschen Strafrecht die Strafbarkeit juristischer Personen fremd ist (*societas delinquere non potest*).[2008]

Auch im US-amerikanischen Zivilprozess, wo die Offenlegungsverpflichtung im Rahmen der *pre-trial discovery* besonders weit gefasst ist,[2009] wird dem im fünften Verfassungszusatz garantierten Recht, sich durch Aussage nicht selbst belasten zu müssen, Rechnung getragen.[2010] Allerdings wurde dabei zu Recht angemerkt, dass die *pre-trial discovery* weitgehend wirkungslos würde, wenn sich eine Partei im Zivilprozess so weitreichend auf dieses *privilege against self-incrimination* berufen könnte, dass sie gar keine Informationen vorlegen müsste.[2011] Dort wird daher klar zwischen den verschiedenen Verfahren unterschieden. Die *pre-trial discovery* des Zivilprozesses soll nie auch der Strafverfolgung dienen.[2012] Dementsprechend dürfen die Strafverfolgungsbehörden Informationen, die im Wege der zivilprozessualen *pre-trial discovery* zu Tage gefördert wurden, nicht verwerten.[2013] Will eine Partei trotz dieser Grundsätze bestimmte Informationen zurückhalten, kommt ihrem Antrag auf Erlass einer Schutzanordnung (*protective*

2004 *F. Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 41.
2005 *F. Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 46 ff.
2006 S. dazu nur BGH, Urt. v. 27.06.2013 – 3 StR 435/12, NStZ 2013, 604.
2007 Auch soweit derzeit mit dem Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Art. 1 des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft vom 16.06.2020, S. 4) erste Schritte eines deutschen Unternehmensstrafrechts diskutiert werden, ist zu beachten, dass der persönlichen Strafbarkeit einer natürlichen Person und der Verantwortlichkeit eines Unternehmen auf Verhältnismäßigkeitsebene naturgemäß unterschiedliches Gewicht zukommen wird.
2008 BGH, Beschl. v. 11.07.1952 – 1 StR 432/52, BGHSt 3, 130; *Scholz,* ZRP 2000, 435.
2009 S. o. Kapitel 3 B. II. (S. 202).
2010 Z. B. *Hashagen v. US*, 283 F.2d 345, 348 (9th Cir. 1960); ausf. Dazu Donnici, 3 U.S.F. L. Rev. 12, 19 (1968).
2011 Donnici, 3 U.S.F. L. Rev. 12, 19 f. (1968).
2012 *National Discount Corp. v. Holzbaugh*, 13 F.R.D. 236 (E.D. Mich. 1952).
2013 *Hashagen v. US*, 283 F.2d 345, 348 (9th Cir. 1960).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

order)[2014] besondere Bedeutung zu.[2015] Im englischen Zivilprozess, der eine Schutzrechtsverletzung zum Gegenstand hat, wird ähnlich verfahren: Der potenzielle Verletzer ist grundsätzlich zur Offenlegung verpflichtet, die so erlangten Informationen dürfen aber nicht in einem Strafverfahren verwertet werden.[2016]

In Deutschland ergibt sich Vergleichbares aus § 33g Abs. 9 GWB, §§ 140c Abs. 4, 140b Abs. 8 PatG. Diese Regelungen sind zwar von der Schadensersatz- und der Durchsetzungsrichtlinie nicht vorgegeben, allerdings stehen sie deren Zwecken auch nicht entgegen. Sie ermöglichen eine besonders weite Ausgestaltung der Offenlegungsverpflichtung, indem der vermeintliche Verletzer vor der Strafverfolgung geschützt wird. Wird die Offenlegungspflicht durch eine entsprechende Regelung flankiert, bestehen daher nur im Einzelfall Unterschiede, je nachdem, ob die Offenlegung von einer juristischen oder einer natürlichen Person verlangt wird.

c) Zugriff auf Beweismittel in Arbeitsverhältnissen

Dennoch stellt sich daran anschließend die Frage, wann der Schuldner so Zugriff auf ein Beweismittel hat, dass er zur Offenlegung verpflichtet werden kann. Besonders anschaulich wird dieses Problem, wenn sich das Beweismittel im Besitz eines Angestellten der auf Offenlegung in Anspruch genommenen Partei befindet. Hier wird deutlich, dass die Frage, wann eine Partei selbst so Zugang zu bestimmten Informationen hat, dass sie auch ihrem Gegner diese Informationen offenlegen muss, entscheidende Bedeutung für die Reichweite der Offenlegungsansprüche hat. Zur Verdeutlichung der Problematik führe man sich den Fall vor Augen, dass das kartellrechtswidrige Verhalten eines Unternehmens wesentlich über das private Mobiltelefon eines Angestellten koordiniert wurde. Der Geschädigte wird dann ein großes Interesse daran haben, die auf diesem Mobiltelefon gespeicherten Daten, die die Kartellabsprache betreffen, einzusehen. Allerdings ist dann schon fraglich, ob das Unternehmen selbst Zugriff auf diese Daten hat.

Regelmäßig wird in diesem Zusammenhang betont, dass sichergestellt sein muss, dass der Arbeitgeber in solchen Konstellationen keinen Zugriff

2014 Dazu o. Kapitel 3 E. I. (S. 256).
2015 S. Donnici, 3 U.S.F. L. Rev. 12, 21 (1968).
2016 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. e) cc) (S. 284).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

auf private Daten des Arbeitnehmers erlangen kann. Dabei sind insbesondere die Vorgaben des Datenschutzrechts und des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu berücksichtigen.[2017] Allerdings hat diese Interessenlage auch eine Kehrseite: Der Arbeitgeber benötigt unter Umständen gerade Zugang zu gewissen Informationen, die auf dem Gerät eines Mitarbeiters gespeichert sind. Außerdem muss auch die Datensicherheit, insbesondere für die Zeit nach dem Ausscheiden eines Mitarbeiters, sichergestellt sein.[2018] Weiterhin muss sichergestellt sein, dass gesetzliche Vorgaben zur Dokumentenarchivierung (z. B. § 147 AO, § 257 HGB) oder zum Geheimnisschutz (§ 203 StGB, § 4 GeschGehG) beachtet werden. Eine scharfe Trennung zwischen privaten Daten, auf die der Arbeitgeber keinen Zugriff hat und geschäftlichen Daten, auf die der Arbeitgeber jederzeit zugreifen darf, wird besonders schwierig, wenn durch den Einsatz privater Geräte für geschäftliche Zwecke der private und der geschäftliche Bereich ineinander übergehen.[2019]

Zur Beantwortung der Frage, ob der Arbeitgeber geschäftsbezogene Daten, die auf dem privaten Gerät eines Angestellten gespeichert sind, einsehen darf, kommt es regelmäßig auf die Auslegung des Arbeitsvertrags an. Allerdings werden dort derart spezifische Fragen nur selten geregelt sein. Die genannte Konstellation wird regelmäßig unter dem Stichwort *bring your own device* (*BYOD*) diskutiert. Gerade weil der Arbeitsvertrag zu diesen Konstellationen in aller Regel schweigen wird, empfiehlt sich die Regelung von *bring your own device*-Programmen in einer gesonderten BYOD-Nutzungsvereinbarung.[2020] Eine solche Vereinbarung enthält regelmäßig Vorgaben zum Umgang mit den Daten, die auf den Endgeräten der Mitarbeiter gespeichert sind.[2021] Dem Arbeitnehmer wird so vor Augen

2017 S. dazu Datenschutz-Wegweiser des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit „Telearbeit und Mobiles Arbeiten" (abrufbar unter https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Faltblaetter/Telearbeit.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 11.07.2023); *Helfrich*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Kap. 2 Rn. 25 ff.; s. auch u. Kapitel 6 B. I. 1. b) cc) (S. 389).

2018 S. nur *Imping*, in: Taeger/Pohle, Computerrechts-Handbuch, 37. EL (Mai 2022), Kap. 70.11 Rn. 63.

2019 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 40.

2020 Auf diese Vereinbarung kann in einer Vielzahl unterschiedlicher Konstellationen zurückgegriffen werden, etwa auch bei internen Ermittlungen, s. dazu *Bartz/Grothenrath*, CCZ 2019, 184.

2021 S. z. B. *Raif*, in: Beck'sches Formularbuch IT-Recht, 5. Aufl. 2020, Form. M.5.; *Kremer/Sander*, in: Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2021, D. III. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

geführt, auf welche Daten der Arbeitgeber Zugriff erhält, welchen Sicherheitsanforderungen sein Gerät gerecht werden muss und mit welchen Konsequenzen er zu rechnen hat, wenn er gegen die Vereinbarung verstößt. Auch Regelungen für den Fall, dass der Mitarbeiter das Unternehmen verlässt, können hier getroffen werden.[2022]

Außerdem könnten Regelungen für den Fall, dass Dritte die Offenlegung der auf Mitarbeitergeräten gespeicherten Informationen verlangen, vereinbart werden.[2023] Weil ein Vindikationsanspruch schlechterdings nicht in Betracht kommt, wenn der Mitarbeiter Eigentümer des Endgeräts ist,[2024] empfiehlt sich die Vereinbarung eines vertraglichen Herausgabeanspruchs.[2025] Die Vereinbarung sollte so gestaltet sein, dass der gesetzliche Umfang der Offenlegungsansprüche nicht konterkariert wird. Eine Vereinbarung, nach der im geschilderten Fall[2026] der Zugriff des Arbeitgebers schlechthin ausgeschlossen ist, dürfte jedenfalls unter Compliance-Gesichtspunkten problematisch sein.

Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine solche Vereinbarung geschlossen, richtet sich die Reichweite der Offenlegungsverpflichtung nach dem Inhalt dieser Vereinbarung. Wurde eine solche Vereinbarung nicht geschlossen, kommt es darauf an, ob der Arbeitgeber auf gesetzlicher Grundlage oder aufgrund seines Weisungsrechts, die Übermittlung der fraglichen Daten verlangen kann.[2027] Allerdings stellt sich die Frage, ob auf das Gerät des Mitarbeiters zugegriffen werden muss dort nicht, wo die relevanten Informationen in der „Cloud" oder auf einem Server des auf Offenlegung Inanspruchgenommenen gespeichert sind. In diesen Fällen befinden sich die Beweismittel ohne Weiteres in seiner Verfügungsgewalt. Dann bleibt nur zu klären, in welcher Weise dem Offenlegungsgläubiger Zugang zu diesen Daten gewährt werden muss.[2028]

2022 Zu Punkten, die hier geregelt werden können, s. die Liste bei *Hoppe*, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, B. IX. Rn. 712; zum US-amerikanischen Recht s. Richter, 82 Tenn. L. Rev. 443, 455 (2015).

2023 Richter, 82 Tenn. L. R. 443, 455 (2015).

2024 *Bartz/Grothenrath,* CCZ 2019, 184, 187.

2025 *Arning/Moos/Becker,* CR 2012, 592, 594; *Göpfert/Wilke,* NZA 2012, 765, 769.

2026 S. o. Kapitel 5 A. III. 1. c) (S. 356).

2027 Dazu *Bartz/Grothenrath,* CCZ 2019, 184, 187; *Arning/Moos/Becker,* CR 2012, 592, 594 f.

2028 S. sogl. Kapitel 5 B. (S. 360).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Maßgeblichkeit des Besitzmittlungsverhältnisses

Eine Beschränkung der Offenlegungsansprüche auf Beweismittel, die sich im, Besitz, d.h. in der tatsächlichen Sachherrschaft des Offenlegungsschuldners befinden, erscheint weder in unmittelbarem Zusammenhang mit den materiell-rechtlichen Offenlegungsvorschriften noch im Zusammenhang mit verfahrensrechtlichen Vorschriften angemessen, da es den Anwendungsbereich dieser Vorschriften zweckwidrig verengen würde. Freilich kommt dies praktisch nur dort zum Tragen, wo die Offenlegung – wie etwa im Entwurf zu § 14 HZÜ/HBÜ-AusfG[2029] und *anders* als etwa in § 33g GWB – nicht ohnehin von einem Dritten verlangt werden kann.[2030] Mit Blick auf den Entwurf zu § 14 HZÜ/HBÜ-AusfG wird die Beschränkung der Herausgabepflicht auf solche Beweismittel, die sich im Besitz der Parteien befinden, kritisiert, weil nicht ersichtlich ist, weshalb die Abwägung zwischen Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteresse nicht möglich sein soll, wenn sich die Beweismittel im Besitz Dritter befinden.[2031]

Damit hängt die Frage, ob der Offenlegungsverpflichtete selbst so Zugriff auf das begehrte Beweismittel, das sich im „Besitz" bzw. der „Verfügungsgewalt" eines Dritten befindet, hat, vom Verhältnis zwischen Offenlegungsverpflichtetem und dem Dritten ab. Soweit dieses Verhältnis durch einen Vertrag geregelt ist, kann dieser zur Bestimmung der Reichweite des Offenlegungsanspruchs herangezogen werden. Ansonsten ist auf die gesetzlichen Vorgaben zurückzugreifen.

Kann dem Vertrag oder dem Gesetz – notwendigenfalls im Wege der Auslegung – ein Herausgabeanspruch des Offenlegungsschuldners gegen

2029 S. dazu bereits o. Kapitel 2 B. IV. a. E, (S. 172).

2030 So ausdrücklich auf § 35 des Referentenentwurfs (abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Grenzueberschreitende_Zustellungen.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

2031 Gemeinsame Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg und des Max-Planck-Institiuts für Internationales, Europäisches und Regulatorisches Verfahrensrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der EU-Verordnungen über grenzüberschreitende Zustellungen und grenzüberschreitende Beweisaufnahmen in Zivil- oder Handelssachen, zur Änderung der Zivilrechtshilfe, des Vormundschafts- und Betreuungsrecht sowie sonstiger Vorschriften vom 14.02.2022 (abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0214_Stellungnahme_MPl_HbgLux_Grenzueberschreitende_Zustellungen.pdf?__blob=publicationFile&v=4, zuletzt abgerufen am 11.07.2023), S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

den Dritten entnommen werden, befindet sich das fragliche Beweismittel in seiner „Verfügungsgewalt". Damit kann auf die etablierte Kasuistik und Literatur zum Begriff des Besitzmittlungsverhältnisses im Sinne von § 868 BGB verwiesen werden.[2032]

Insofern ist ähnlich wie im US-amerikanischen[2033] und im englischen[2034] Zivilprozess, wo jeweils maßgeblich ist, ob der Offenlegungsschuldner *control* über den Offenlegungsgegenstand ausübt, entscheidend, ob der Offenlegungsschuldner gegenwärtig von dem Dritten die (zumindest zeitweise) Herausgabe des Beweismittels verlangen kann. Ist das der Fall, so kann wiederum der Offenlegungsgläubiger vom Offenlegungsschuldner die Herausgabe des Beweismittels verlangen.

B. Offenlegungshandlung

Sodann ist zu klären, was „offenlegen" im Sinne der Offenlegungspflicht bedeutet. Die von der zur Offenlegung verpflichteten Partei vorzunehmende Handlung lässt sich regelmäßig den gesetzlichen Vorgaben entnehmen: Im US-amerikanischen Zivilprozessrecht bestimmt *FRCP 26(a)(1)(A)* diesbezüglich *"[…] a party must, […] provide to the other parties: […]"*. [2035] Noch präziser ist *FRCP 34(a)(1),* wonach eine Partei mit der Formulierung *"[…] to produce and permit the requesting party or its representative to inspect, copy, test, or sample […]"* zur Beweismittelvorlage verpflichtet wird.[2036] Im englischen Zivilprozessrecht bestimmt *CPR 31.3 "[a] party […] has a right to inspect that document […]."*[2037] Entsprechend erlaubt *CPR 25 (1)* die „*inspection etc. of property*".[2038] Die französische *saisie-contrefaçon* erlaubt die Suche nach einem Beweismittel.[2039]

In Deutschland ergibt sich die zur Erfüllung eines Offenlegungsanspruchs vorzunehmende Handlung aus der entsprechenden materiellrechtlichen Norm. § 809 BGB bestimmt, dass dem Gläubiger „die Sache zur Besichtigung vor[ge]legt oder die Besichtigung gestattet" wird. § 810

2032 S. nur *F. Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 868 Rn. 11 ff. m. w. N.
2033 S. o. Kapitel 3 B. III. 3. a) (S. 224).
2034 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. b) aa) (S. 271).
2035 Dazu o. Kapitel 3 B. II. (S. 202).
2036 Dazu o. Kapitel 3 B. III. 3. e) (S. 231).
2037 Dazu o. Kapitel 4 A. I. 1. b) bb) bbb) (S. 276).
2038 Dazu o. Kapitel 4 A. I. 3. a) (S. 293).
2039 Dazu o. Kapitel 4 A. II. 3. (S. 301).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

BGB gewährt ihm das Recht, „die Gestattung der Einsicht [zu] verlangen". Die immaterialgüterrechtlichen Offenlegungspflichten kombinieren diese Ansprüche und gewähren einen Anspruch auf „Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache".[2040] All diesen Vorschriften ist gemein, dass sie dem Gläubiger auf die eine oder andere Weise Zugang zum von ihm benötigten Beweismittel gewähren und der Schuldner die Untersuchung des Beweismittels dulden muss.[2041]

Damit korrespondieren die Ausführungen zu einer allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht. Zur Kontrolle erteilter Auskünfte habe der Verpflichtete die Besichtigung aller in seinem Besitz und Eigentum befindlichen Augenscheinsgegenstände zu dulden und gegebenenfalls durch Vorlage zu fördern.[2042] Um überprüfen zu können, ob die Angaben tatsächlich der Wahrheit entsprechen, könne die zur Aufklärung verpflichtete Partei vernommen werden (§§ 445 ff. ZPO), wobei auch die Erklärung unter Eid (§ 452 ZPO) in Betracht komme, wodurch der Gleichlauf zu § 260 BGB hergestellt werde.[2043] Außerdem komme die Verpflichtung zur Entbindung geheimhaltungsverpflichteter Zeugen von ihrer Schweigepflicht (§ 385 ZPO) in Betracht.[2044] Auch der Zugang zu Augenscheinsgegenständen, die Duldung der Untersuchung des Körpers und des Geistes sowie die Vorlage von Urkunden werde geschuldet.[2045]

§ 33g GWB hingegen verpflichtet den Schuldner schlicht zur „Herausgabe" der Beweismittel.[2046] Herausgabe meint grundsätzlich die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an einer Sache.[2047] Demgegenüber verlangt Art. 5 Abs. 1 SERL die „Offenlegung" von Beweismitteln. Das ist bei der richtlinienkonformen Anwendung von § 33g GWB zu beachten. Dabei hat „offenlegen" einen anderen Wortsinn als „herausgeben". Gemeint ist das Einsichtgewähren, das Zugänglichmachen.[2048] Dazu müssen die Beweismit-

2040 Zu all dem o. Kapitel 2 (S. 101 ff.).
2041 *Trimborn*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, 3. Aufl. 2015, § 140c PatG Rn. 13.
2042 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 138.
2043 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 136.
2044 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 137, 202, 229.
2045 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 138, 140, 144.
2046 Dazu o. Kapitel 2 B. III. 3. a) (S. 162).
2047 BGH, Urt. v. 05.07.2001 – IX ZR 327/99, NJW 2001, 2966; *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 53; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 21.
2048 S. https://www.duden.de/rechtschreibung/offenlegen; *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 58; s. ausf. o. Kapitel 2 (S. 101).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

tel in geeigneter Form übergeben werden[2049] und der Offenlegungsgläubiger muss die Beweismittel untersuchen können.[2050] Insofern sind die Ausführungen aus Kapitel 2 hierher übertragbar. Danach kann in bestimmten Fällen über die bloße Herausgabe des Beweismittels hinaus auch die Mitwirkung des Offenlegungsschuldners verlangt werden.[2051]

Dennoch kann im Einzelfall fraglich sein, in welcher Weise der Zugang zu Beweismitteln verschafft werden muss. Anschaulich werden die damit verbundenen Schwierigkeiten, wenn die Offenlegung von elektronisch gespeicherten Daten verlangt wird. Die relevanten Informationen lassen sich besonders schnell und einfach finden, wenn diese Daten durchsuchbar sind.[2052] Ein einfacher Scan ausgedruckter Dokumente oder das Abschalten der Durchsuchbarkeitsfunktion stehen den mit dem Einsatz elektronischer Dokumente erreichten Effizienzgewinnen dann aber entgegen. Es ist zwar anerkannt, dass die Dateien in üblichen, vom Gläubiger lesbaren Formaten, übermittelt werden müssen.[2053] Darüber hinaus erscheint es aber sinnvoll, wenn der Offenlegungsgläubiger die Übermittlung einer unbearbeiteten Datei verlangen kann, so dass die Dateien durchsuchbar bleiben und Rückschlüsse auf ihr Entstehen zulassen.[2054] Andererseits kann es dem Offenlegungsschuldner unzumutbar sein, eine in einem veralteten Format gespeicherte Datei so aufzubereiten, dass sie der Offenlegungsgläubiger lesen kann.

Allerdings gibt es auch Fälle, in denen es nicht um den Zugang zu einzelnen Dateien oder Dateisammlungen geht, sondern um den Zugang zu einer Plattform, auf der die relevanten Daten systematisch geordnet sind. Gerade diese Systematisierung kann für den Gläubiger von besonderem Interesse sein. Mit dieser Frage hatte sich auch der Bundesgerichtshof in einem Fall auseinanderzusetzen, der mit den hier behandelten Offenlegungspflichten auf den ersten Blick nur wenig gemein hat:

2049 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 58.
2050 *Binder,* ZZP 122 (2009), 187, 213.
2051 S. o. S. 101 ff.
2052 *Binder,* ZZP 122 (2009), 187, 191.
2053 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 58.
2054 Vgl. auch Art. 61 der Verordnung (EU) 2018/858 des Europäisches Parlaments und des Rates vom 30.05.2018 über die Genehmigung und die Marktüberwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 715/2007 und (EG) Nr. 595/2009 und zur Aufhebung der Richtlinie 2007/46/EG, ABl. L 151/1 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Parteien stritten sich über den Zugang zu einem Benutzerkonto eines sozialen Netzwerks. Die Kläger verlangten Zugang zu dem bei der Beklagten unterhaltenen Nutzerkonto ihrer verstorbenen minderjährigen Tochter und den darin enthaltenen Kommunikationsinhalten. Die Beklagte wurde dem Antrag entsprechend verurteilt.[2055] Daraufhin übermittelte sie den Klägern einen USB-Stick, auf dem eine pdf-Datei gespeichert war, die über 14.000 Seiten enthielt mit dem Hinweis, es handle sich um eine Kopie der im Konto der Verstorbenen vorhandenen Daten. Im Zwangsvollstreckungsverfahren hatte der Bundesgerichtshof zu entscheiden, ob die Beklagte ihrer Verpflichtung aus dem Urteil, mit dem sie dazu verurteilt wurde, der *Gläubigerin „Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten der verstorbenen […] bei dem sozialen Netzwerk […] unter den Nutzerkonto […] zu gewähren"*[2056] nachgekommen ist.[2057] Der Bundesgerichtshof verneinte dies; die Beklagte habe ihre Verpflichtung, Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto […] zu gewähren, nicht erfüllt.[2058] Entscheidend komme es darauf an, dass die Kläger die Möglichkeit erhalten müssten*, „vom Konto und dessen Inhalt auf dieselbe Art und Weise Kenntnis nehmen zu können, wie dies die Erblasserin konnte."* Das bedeute, die Kläger müssten sich in dem Konto so „bewegen" können, wie die Erblasserin selbst.[2059]

Zwar kam im genannten Urteil eine gänzlich verschiedene Anspruchsgrundlage zum Tragen; der Anspruch wurde dort auf den Vertrag, den die Erblasserin mit dem sozialen Netzwerk geschlossen hatte und der gemäß § 1922 BGB auf die Erben übergegangen ist, gestützt. Jedoch sind die dort getroffenen Schlussfolgerungen auf die Offenlegungspflicht übertragbar, soweit es um den Zugang zu elektronisch gespeicherten Informationen geht. Die Entscheidung zeigt nämlich deutlich, dass es Fälle gibt, in denen die Form der Informationserteilung durchaus von maßgeblicher Bedeutung ist: Es ist ein erheblicher Unterschied, ob 14.000 Seiten ausgewertet werden müssen oder ob über die Nutzeroberfläche einer Plattform so agiert werden kann, wie es auch der Offenlegungsgläubiger kann (bzw. der ursprüngliche Vertragspartner konnte).

2055 BGH, Urt. v. 12.07.2018 – III ZR 183/17 – Digitaler Nachlass, GRUR 2019, 100.
2056 LG Berlin, Urt. v. 17.12.2015 – 20 O 172/15, ZEV 2016, 189.
2057 BGH, Beschl. v. 27.08.2020 – III ZB 30/20, MMR 2020, 688.
2058 BGH, Beschl. v. 27.08.2020 – III ZB 30/20, MMR 2020, 688 Rn. 10.
2059 BGH, Beschl. v. 27.08.2020 – III ZB 30/20, MMR 2020, 688 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Für den Umfang der Offenlegungspflicht kann aus den Ausführungen des Bundesgerichtshofs geschlossen werden, dass „Zugang gewähren" nicht nur die reine Informationsübermittlung meint. Vielmehr kann es gerade darauf ankommen, auf die Informationen so zugreifen zu können, wie es auch der Offenlegungsschuldner kann. In diesen Fällen muss ihm dann unter Umständen Zugang zu einem System gewährt werden, mit dem die Informationen in ihrer ursprünglichen Form eingesehen werden können. Damit erfasst die „Offenlegung" alle Handlungen, die bislang mit „Vorlage und Besichtigung" beschrieben wurden[2060] und geht abhängig vom Einzelfall auch darüber hinaus. Geschuldet wird, was notwendig ist, um dem Offenlegungsgläubiger die Informationsnahme zu ermöglichen. Weiterhin kommt es darauf an, dass die Informationen nicht nur überhaupt, sondern auch in einer für den Gläubiger brauchbaren Form bereitgestellt werden.

C. Versicherung der Vollständigkeit

Der so bestimmte Umfang der Offenlegungspflicht hilft dem Offenlegungsgläubiger jedoch zunächst nur bedingt weiter. Es steht zu befürchten, dass der Offenlegungsschuldner nicht alle oder die unzutreffenden Beweismittel übergibt, so dass der Gläubiger seinen Hauptanspruch nicht richtig bezeichnen kann. Um dem Gläubiger hier zusätzliche Sicherheit zu gewähren, wird zu § 33g GWB vorgeschlagen, den Offenlegungsgläubiger zur Bestätigung, dass alle relevanten Beweismittel offengelegt wurde, zu verpflichten. Ein entsprechender Anspruch des Gläubigers sei als Minus in § 33g Abs. 1 GWB enthalten. Jedenfalls werde die entsprechende Auskunft gemäß § 33g Abs. 10 GWB geschuldet.[2061]

Eine solche Verpflichtung wird den Interessen des Offenlegungsgläubigers jedoch nur gerecht, wenn an die Falschauskunft weitere Konsequenzen geknüpft sind. Zusätzlich zu der Bestätigung wäre deshalb die Verpflichtung zur Abgabe einer Versicherung an Eides statt erforderlich. Der entsprechende Anspruch könnte in analoger Anwendung von § 260 BGB konstruiert werden. Erforderlich sind dann Anhaltspunkte, dass nicht alle relevanten Beweismittel vorgelegt wurden.

2060 *Binder,* ZZP 122 (2009), 187, 188 (Fn. 7); s. ausf. o. Kapitel 2 B. I. 1. b) (S. 110).
2061 *Bach/Wolf,* NZKart 2017, 285, 289.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

D. Schlechterfüllung

Überträgt man das zu den Auskunfts- und Rechenschaftsansprüchen gefundene Ergebnis[2062] auf die Offenlegungsansprüche, so sind die relevanten Beweismittel zunächst vollständig herauszugeben. Die Herausgabe ist nur bei körperlichen Gegenständen möglich. Handelt es sich um Beweismittel, die keine körperlichen Gegenstände sind, so muss dem Gläubiger anderweitig Zugang zu diesen gewährt werden.

Werden die herausverlangten Beweismittel hingegen nicht, nur unvollständig oder unrichtig übermittelt, stellt sich die Frage, welche Rechte dem Gläubiger zustehen. Zunächst kommen hier Ansprüche auf Erfüllung oder Nacherfüllung in Betracht. Außerdem kann an Schadensersatzansprüche gedacht werden. Macht der Offenlegungsgläubiger die Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit geltend, so hat der Offenlegungsschuldner zu beweisen, dass Erfüllung eingetreten ist.[2063]

I. Erfüllung und Nacherfüllung

Wird das geschuldete Beweismittel nicht in zur Erfüllung ausreichender Weise mitgeteilt, so erlischt der Offenlegungsanspruch nicht gemäß § 362 BGB. Das ergibt sich schon mit Blick auf die allgemeinen Grundsätze der Erfüllung, wonach anerkannt ist, dass bei Erbringung einer nicht geschuldeten, sondern einer anderen, mangelhaften oder unvollständigen Leistung keine Erfüllung eintritt.[2064] Außerdem kann hier auf den eingangs entwickelten Standard zur Erfüllung von Informationsansprüchen zurückgegriffen werden, wonach der Informationsanspruch erst erlischt, wenn die inhaltlich zutreffende Information in formell ordnungsgemäßer Form mitgeteilt wird. Grenzen gelten dort, wo ein Leistungsverweigerungsrecht dem Erfüllungsanspruch entgegensteht. Übertragen auf die Offenlegungsansprüche hat dies zur Folge, dass diese nur erlöschen, wenn das tatsächlich vom Gläubiger benötigte Beweismittel herausgegeben wurde. Dieses kann nur dann nicht verlangt werden, wenn sich der Schuldner auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen kann.

2062 Vgl. o. Kapitel 1 C. (S. 98).
2063 *Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2022, § 362 Rn. 68.
2064 OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.10.2006 – 5 U 108/06, WM 2007, 447 juris-Rn. 22; *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 362 Rn. 3; *Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2022, § 362 Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Parallele zur Erfüllung von Auskunftsansprüchen

Mit Blick auf die Ausführungen zu den Auskunftsansprüchen kann an dieser Stelle die Frage aufgeworfen werden, ob es für die Rechtsfolgen der Schlechterfüllung einen Unterschied machen kann, dass das falsche Beweismittel oder nicht alle Beweismittel herausgegeben wurden. Wendete man die Rechtsprechung zur „formell ordnungsgemäßen Auskunftserteilung“[2065] analog auf die Offenlegungsansprüche an, würde dies bedeuten, dass auch die Herausgabe des falschen Beweismittels zum Erlöschen des Offenlegungsanspruchs führen müsste. Dieses Ergebnis kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Vielmehr zeigt es, dass es auch bei den Auskunftsansprüchen darauf ankommen muss, dass der Gläubiger Anspruch auf Erteilung einer inhaltlich richtigen Auskunft hat.[2066]

2. Falschlieferung und Schlechtlieferung

Dieser Frage kann auch mit Blick auf das vor der Schuldrechtsreform geltende kaufrechtliche Mängelgewährleistungsrecht begegnet werden. Danach war allein die Verschaffung von Besitz und die Übereignung der Sache geschuldet. Die Mangelfreiheit war der Sache war gerade nicht Voraussetzung der Erfüllung.[2067] Zwar ist die Interessenlage bei der Erfüllung eines Kaufvertrages und einer Offenlegungspflicht nicht unmittelbar vergleichbar. Allerdings wurde diese „ Gewährleistungstheorie“ im Rahmen der Schuldrechtsreform mit guten Gründen zu Gunsten der „Erfüllungstheorie“ aufgegeben.[2068]

Grundsätzlich ergibt sich aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB der Anspruch auf Übergabe und Übereignung einer sach- und rechtsmangelfreien Sache. Ist die gelieferte Sache mangelhaft, setzt sich dieser Erfüllungsanspruch als Nacherfüllungsanspruch gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB fort. Der originäre Verschaffungsanspruch erlischt – jedenfalls, solange es sich um eine Stückschuld handelt – erst mit der Mängelbeseitigung.[2069] Das gilt auch bei Lieferung einer falschen Sache oder einer unzureichenden Menge,

2065 S. o. Kapitel 1 B. II. (S. 69).
2066 S. o. Kapitel 1 B. III. (S. 73), insb. Kapitel 1 B. III. 1.2. d) ff) (S. 97).
2067 Vgl. dazu *Thier,* AcP 203 (2003), 399, 401.
2068 S. nur *Westermann*, NJW 2002, 241, 242 f.
2069 *Fetzer*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 362 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

§ 434 Abs. 5 BGB. Gleichzeitig kann aber auch hier Schadensersatz verlangt werden, sobald die Frist zur Nacherfüllung abgelaufen ist.[2070]

Im Rahmen dieser Normen kommt es – wie es § 434 Abs. 3 BGB für das Kaufrecht klarstellt – nicht darauf an, ob die geschuldete Leistung vollständig oder unvollständig, in zutreffender Weise oder nicht erbracht wurde. Der Anspruch auf Nacherfüllung entsteht vielmehr bereits, „soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt".

Bezüglich der Informations- und Offenlegungsansprüche sieht das Gesetz dies nicht ausdrücklich vor. Insbesondere fehlt es an einem gesonderten Nacherfüllungsregime. Allerdings heißt das nicht, dass bei der Herausgabe falscher oder unzureichender Beweismittel etwas anderes gilt. Vielmehr folgt das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht ausdifferenzierten Regeln zu der Frage, wie mit der Lieferung einer mangelhaften Sache umgegangen wird. Fehlen solche Regeln, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der originäre Anspruch ohne Weiteres erlischt. Es muss im Gegenteil davon ausgegangen werden, dass der originäre Anspruch so lange bestehen bleibt, bis die geschuldete Leistung erbracht wird. Insoweit kommt es notwendigenfalls im Rahmen der Zwangsvollstreckung auf eine genaue Beachtung des Tenors eines Offenlegungsurteils an.

Dieses Ergebnis ist aus Gründen der effektiven Rechtsdurchsetzung geboten. Auch § 281 Abs. 1 BGB und § 323 Abs. 1 BGB – Normen aus dem allgemeinen Schuldrecht – setzen voraus, dass der Gläubiger vor Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs bzw. vor Ausübung des Rücktrittsrechts eine „angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat" und so dem Schuldner ein Recht zur zweiten Andienung gewährt.[2071]

Wo der Bundesgerichtshof in seinen „Dampffrisierstab"-Entscheidungen[2072] davon ausgeht, nur die richtige Information führe zum Erlöschen einer Informationspflicht,[2073] erkennt er zutreffend, dass im Falle der unvollständig und ergänzungsfähig gelegten Rechnung der Schuldner verpflichtet sei, die Rechnungslegung so zu vervollständigen, dass sie ihren Zweck erfüllen kann. Der Gläubiger ist daher so vollständig über den vom

2070 Vgl. dazu *Huber,* NJW 2002, 1004.

2071 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 281 Rn. 39; *Schwarze*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 281 Rn. A9.

2072 BGH, Urt. v. 03.07.1984 – X ZR 34/83 – Dampffrisierstab II, GRUR 1984, 728; BGH, Urt. v. 16.09.1982 – X ZR 54/81 – Dampffrisierstab I, GRUR 1982, 723.

2073 BGH, Urt. v. 16.09.1982 – X ZR 54/81 – Dampffrisierstab I, GRUR 1982, 723 juris-Rn. 17; s. o. Kapitel 1 B. III. 2. d) (S. 86).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Schuldner erzielten Gewinn zu unterrichten, dass er sich für eine der zur Schadensberechnung in Betracht kommenden Berechnungsarten entscheiden kann.[2074] Der Gläubiger kann nicht verlangen, dass die gelegte Rechnung (auf Kosten des Schuldners) von einem Wirtschaftsprüfer kontrolliert wird.[2075] Wenn es dem Schuldner gestattet wird, die einmal gelegte Rechnung durch eine andere zu ersetzen, scheint es umgekehrt gerechtfertigt, es dem Gläubiger zuzugeben, dass er Ergänzung und Berichtigung einer gelegten Rechnung verlangen kann, wenn er berechtigte Zweifel an deren Vollständigkeit oder Richtigkeit hat.[2076] Diese Zweifel müssen substantiiert begründet werden. An der Feststellung des Reichsgerichts, eine Verurteilung zu weiterer Auskunftserteilung sei regelmäßig ausgeschlossen, sobald einmal Auskunft erteilt wurde,[2077] wird damit schon länger nicht mehr festgehalten.[2078] Die Grenze des Ergänzungsanspruchs bildet das Leistungsvermögen des Schuldners.[2079]

Insoweit erscheint es konsequent, vom Gläubiger die oben beschriebene Offenlegungshandlung, die sich auf alle erforderlichen Beweismittel erstreckt, zu verlangen.[2080] Stellt der Schuldner falsche oder unvollständige Beweismittel zur Verfügung, so kann der Gläubiger weiterhin (Nach-)Erfüllung und unter weiteren Voraussetzungen Schadensersatz verlangen.

II. Schadensersatz

Wird die Verpflichtung zur Vorlage einer Urkunde oder Ermöglichung der Besichtigung einer Sache nicht erfüllt, so richten sich die Rechtsfolgen nach allgemeinen Grundsätzen.[2081] In Betracht kommt insbesondere eine Haftung wegen schuldhafter Nichterfüllung.[2082]

2074 BGH, Urt. v. 16.09.1982 – X ZR 54/81 – Dampffrisierstab I, GRUR 1982, 723 juris-Rn. 27.
2075 BGH, Urt. v. 03.07.1984 – X ZR 34/83 – Dampffrisierstab II, GRUR 1984, 728.
2076 *Brändel,* GRUR 1985, 616, 617.
2077 BGH, Urt. v. 04.12.1959 – I ZR 135/58 – Krankenwagen, GRUR 1960, 247; RG, Urt. v. 12.01.1914 – IV 492/13, RGZ 84, 41; dem noch folgend BGH, Urt. v. 29.10.1957 – I ZR 192/56 – Bleicherde, GRUR 1958, 149.
2078 *Brändel,* GRUR 1985, 616, 618.
2079 *Brändel,* GRUR 1985, 616, 619; dazu ausf. u. Kapitel 6 B. (S. 380).
2080 S. o. Kapitel 5 A. (S. 339) und Kapitel 5 B. (S. 360).
2081 Mot. II 892.
2082 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, vor §§ 809-811 Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Schadensersatz bei unzureichender Offenlegung (§ 281 BGB)

Kommt der Schuldner seiner Offenlegungsverpflichtung nicht den soeben formulierten Anforderungen entsprechend nach, so kann er vom Gläubiger gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wenn er dem Schuldner zuvor eine Frist zur Leistung gesetzt hat und dieser sich nicht entlasten kann. Der Kläger wird bei der Geltendmachung eines entsprechenden Anspruchs aber regelmäßig vor dem Problem stehen, dass er zur Bezifferung des Schadensersatzanspruchs genau die Beweismittel benötigt, die er nicht erhalten hat.

Der sich in Beweisnot befindliche Gläubiger sieht sich hier einer unglücklichen Zirkelkonstruktion ausgesetzt, derer er sich nur erwehren kann, wenn es ihm grundsätzlich nach wie vor möglich ist, die Herausgabe der benötigten Beweismittel zu verlangen. Wiederum zeigt sich, dass ein Informations- bzw. Offenlegungsanspruch nicht erlischt, wenn er nicht seinem Zweck entsprechend erfüllt wird.[2083] Der sich in Beweisnot befindliche Offenlegungsgläubiger kann daher in diesem Zuge versuchen, die benötigten Beweismittel auf Grundlage des nicht erloschenen Offenlegungsanspruchs im Wege der Stufenklage gemäß § 254 ZPO zu erlangen.

2. Schadensersatz bei Verschulden der Unmöglichkeit (§ 283 BGB)

Wird ein Beweismittel vorsätzlich oder fahrlässig vom Offenlegungsschuldner vernichtet, so kann der Gläubiger nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB Schadensersatz verlangen. Entscheidend wird es darauf ankommen, dass der Schuldner die Umstände zu vertreten hat, die das Leistungshindernis gemäß § 275 BGB begründen.[2084] Im Hauptprozess kann dem Gläubiger in dieser Situation schon nach den Grundsätzen der Umkehr der Beweislast unter dem Gesichtspunkt der Beweisvereitelung geholfen werden.[2085] Der Schadensersatzanspruch ist dann auf weitergehende Vermögenseinbußen gerichtet.

Insbesondere bei der Beweisvereitelung handelt es sich regelmäßig um einen Fall des § 275 Abs. 1 BGB. Wird die Leistung gemäß § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB verweigert, so ist Voraussetzung, dass der Schuldner die Ein-

2083 S. dazu o. Kapitel 1 B. III. (S. 73 ff.).
2084 Dazu ausf. u. Kapitel 6 B. I. (S. 381).
2085 S. dazu nur *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 286 Rn. 199 ff. m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

rede der Unmöglichkeit erhoben hat.[2086] Andernfalls kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung nur gemäß § 281 BGB verlangen. Die Fristsetzung wird dann regelmäßig gemäß § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich sein.

3. Weitere Anspruchsgrundlagen

Ein Schadensersatzanspruch kann sich außerdem aus §§ 280 Abs. 2, 286 BGB ergeben, wenn der Offenlegungsschuldner mit der Offenlegung in Verzug gerät.[2087] Das ist auch der Fall, wenn es sich – wie regelmäßig – bei der Offenlegungspflicht um eine leistungsbezogene Nebenpflicht handelt. Offenlegungspflichten dienen regelmäßig der ordnungsgemäßen Abwicklung eines Schuldverhältnisses, so dass diese Pflichten typischerweise unter § 241 Abs. 1 BGB subsumiert werden können.[2088] Daran ist auch zu denken, wenn eine bevorstehende rechtliche Auseinandersetzung die Beweissicherung notwendig erscheinen lässt und Beweise dennoch nicht aufbewahrt werden.[2089]

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass es auch Informationspflichten gibt, die dem Schutz des Integritätsinteresses dienen und daher ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Verstoßes gegen eine Rücksichtnahmepflicht gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht kommt. Allerdings handelt es sich dabei um Aufklärungs- und Beratungspflichten, die sich nur bei Vorliegen besonderer Voraussichten ausgelöst werden.[2090] Insbesondere kommt daher eine vertragliche Nebenpflicht aus einem Auskunftsvertrag in Betracht, wonach der Informationsgläubiger nicht irregeführt werden darf.[2091] Im Unterschied zu den Auskunfts- und Offenlegungspflichten, die unter § 241 Abs. 1 BGB gefasst und selbstständig eingeklagt

2086 BGH, Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074 Rn. 28; *Schwarze*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 283 Rn. 23.

2087 *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, vor §§ 809-811 Rn. 7.

2088 *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 241 Rn. 168 ff.; i. E. ähnlich *Bachmann*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 69, der auch die leistungssichernden Nebenpflichten unter § 241 Abs. 2 BGB fasst (a. a. O. Rn. 62).

2089 BGH, Urt. v. 15.11.1984 – IX ZR 157/83, NJW 1986, 59; *Schubert*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 359; zum prozessrechtlichen Aspekt der Beweisvereitelung vgl. *Laumen*, in: FS-Prütting, S. 398 f.

2090 Dazu ausf. *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 241 Rn. 437 f.; *Bachmann*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 79.

2091 BGH, Urt. v. 17.09.2015 – I ZR 47/14 – Irreführende Lieferangabe, GRUR 2016, 526 Rn. 24 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

werden können, fehlt dieses Merkmal bei den Informationspflichten i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB.[2092]

4. Sorgfaltsmaßstab

Ein Schadensersatzanspruch gegen den Offenlegungsschuldner kommt grundsätzlich in Betracht, wenn dieser die Verletzung der Offenlegungspflicht gemäß § 276 Abs. 1 BGB zu vertreten hat. Bemerkenswert ist, dass § 33g Abs. 8 GWB – wie auch § 19 Abs. 5 MarkenG, § 140b Abs. 5 PatG usw. – diese Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. In den Vorschriften über die immaterialgüterrechtlichen Offenlegungsansprüche fehlt eine entsprechende Regelung zum Schadensersatz.[2093]

Es stellt sich die Frage, ob eine solche Privilegierung gerechtfertigt ist und auf eine allgemeine Offenlegungspflicht übertragen werden kann. Dabei ist wiederum der Zweck dieser Regelungen zu beachten. Durch die Schadenersatzansprüche sollen die Verpflichteten zur Sorgfalt bei der Erbringung der ursprünglichen Leistungspflicht angehalten werden. [2094] Gerade vor diesem Hintergrund verwundert, dass die Schadensersatzhaftung nur eintreten soll, wenn die Fehlerhaftigkeit oder die Unvollständigkeit der erteilten Auskunft auf wenigstens grobem Verschulden des Verpflichteten beruht.

Die Privilegierung scheint gerechtfertigt, soweit etwa gemäß § 19 Abs. 2 MarkenG oder § 140c Abs. 2 PatG auch Dritte, wie etwa Frachtführer, Internetprovider und Lieferanten des Verletzers zur Auskunft verpflichtet sind. Es wäre wohl unangemessen, einem zunächst nicht schuldhaft handelnden Frachtführer bei leicht fahrlässigem Verhalten eine Schadensersatzpflicht aufzuerlegen.[2095] Es scheint jedoch schwer nachvollziehbar, weshalb auch der Verletzer eines Schutzrechts Nutznießer dieser Privilegierung sein soll. Es gibt keinen sachlichen Grund, der rechtfertigen kann, dass der Verletzer die ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht mit der im Verkehr zu

2092 *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 241 Rn. 439; *Bachmann*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 78.

2093 Dort muss dann zunächst gefragt werden, ob ein Schadensersatzanspruch überhaupt, sei es nach allgemeinen Regeln, sei es gemäß § 19 Abs. 5 MarkenG analog bzw. § 140c Abs. 5 PatG analog, in Betracht kommt.

2094 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 39.

2095 *Schmidhuber,* WRP 2008, 296, 300.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

beachtenden Sorgfalt durchzusehen hat, nachdem er die Verletzungshandlung schuldhaft begangen hat.[2096]

Die Schadensersatzpflicht wurde bei Schutzrechtsverletzungen gerade deshalb eingeführt, weil die eidesstattliche Versicherung nicht für ausreichend gehalten wurde.[2097] Nachdem aber schon die fahrlässige Abgabe einer fehlerhaften Versicherung an Eides statt die Strafbarkeit zu begründen vermag (§ 161 StGB), erscheint es wenig sinnvoll, die Schadensersatzpflicht auf grobe Fahrlässigkeit zu beschränken.

In Bezug auf § 33g GWB wird die mit einer solchen Haftungsprivilegierung verbundene Schadensersatzpflicht gar als „nutzlos" bezeichnet. Angesichts der Zirkelschlüssigkeit der Beweisnot habe der Gesetzgeber einen „Bärendienst geleistet".[2098] Tatsächlich ist es wohl kaum sachgerecht, dass ein Offenlegungsschuldner, der zugleich Schuldner des Hauptanspruchs ist, nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz einer Schadensersatzhaftung ausgesetzt sein soll. Vielmehr ist er allgemeinen Grundsätzen entsprechend gehalten, die fraglichen Beweismittel besonders sorgfältig zusammenzustellen. Eine allgemeine Haftungsprivilegierung bei der Verletzung einer Offenlegungspflicht erscheint nicht angezeigt. Insgesamt wird zu Recht festgestellt, dass es gegenwärtig an probaten Mitteln fehlt, um der Vereitelung einer Offenlegungspflicht entgegenzutreten.[2099] Anstelle einer Haftungserleichterung erscheint auch hier die Anwendung hergebrachter Grundsätze angemessen, nach denen sich der Verletzer stets im Verzug befindet (*fur semper in mora*) und damit auch für den zufälligen Untergang des Offenlegungsgegenstandes haftet (§ 287 BGB).

2096 *Schmidhuber,* WRP 2008, 296, 300; auch die Gemeinsamen Ausschüsse für Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Geschmacksmusterrecht und Urheberrecht der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) sprachen sich – allerdings ohne weitere Begründung – gegen die Beschränkung der Haftung auf „grobe" Fahrlässigkeit aus, vgl. Stellungnahme zum Referenten Entwurf des Bundesministeriums der Justiz des „Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums", Stand: 03.01.2006 v. 28.02.2006, S. 4 – Gliederungspunkt 3.7.

2097 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 39.

2098 *Galle/Popot-Müller,* NZKart 2019, 317, 318.

2099 *Galle/Popot-Müller,* NZKart 2019, 317, 320.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

5. Inhalt des Schadensersatzanspruchs

Sodann stellt sich die Frage nach dem Inhalt des Schadensersatzanspruchs. Dabei ist zu unterscheiden, ob das herausverlangte Beweismittel noch verschafft werden kann oder nicht. Ist das der Fall, so ist die Offenlegung des Beweismittels Inhalt des Schadensersatzanspruchs. Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution ist der Gläubiger so zu stellen, als hätte der Schuldner von vornherein das erforderliche Beweismittel zur Verfügung gestellt (§ 249 Abs. 1 BGB).[2100]

Vergleichbar ist der Fall, dass dem Pflichtteilsberechtigten, der gemäß § 2314 S. 2 BGB zur Anwesenheit bei der Errichtung eines Nachlassverzeichnisses berechtigt ist, die Anwesenheit verwehrt wird. Es wird teilweise vertreten, in diesem Fall trete schon keine Erfüllung ein.[2101] Andere meinen, die Pflicht zur Neufertigung des Nachlassverzeichnisses ergebe sich als Schadensersatzanspruch in Form der Naturalrestitution, weil der Erbe in diesem Fall schuldhaft die Unmöglichkeit der Erfüllung des Zuziehungsanspruchs herbeigeführt habe (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB).[2102] Unabhängig von der dogmatischen Begründung muss in diesem Fall das ordnungsgemäße Beweismittel, ein neues Nachlassverzeichnis, gefertigt werden, wenn die Zuziehung des Pflichtteilsberechtigten trotz rechtzeitigen Verlangens unterbleibt.[2103]

Werden die Beweismittel auch nach Fristsetzung nicht bereitgestellt oder ist dies schlicht nicht mehr möglich, so muss Schadensersatz in Geld verlangt werden, der dann auf das Interesse des Gläubigers an den Beweismitteln gerichtet ist (§§ 250, 251 BGB). Befindet sich der Auskunftsschuldner mit der Auskunftserteilung in Verzug, so hat der dem Berechtigten außerdem die Kosten seiner Nachforschungen zu ersetzen.[2104] Wurde einmal

2100 Vgl. auch BGH, Urt. v. 03.09.2020 – III ZR 136/18 – Tonbänder II, MMR 2020, 756 Rn. 52.

2101 *Fleischer/Horn,* ZErb 2013, 105, 107; vgl. auch *Lange*, in: MüKo-BGB, Bd. 11, 9. Aufl. 2020, § 2314 Rn. 45.

2102 *Kuhn/Trappe,* ZEV 2011, 347.

2103 *Bock*, in: NK-BGB, 6. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 26; *Fleischer/Horn,* ZErb 2013, 105, 107; *Weidlich,* ErbR 2013, 134, 144; *Kuhn/Trappe,* ZEV 2011, 347.

2104 Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen der durch das Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (PrPG) vom 7. März 1990 (BGBl. I S. 422) eingeführten neuen Maßnahmen zur Bekämpfung der Schutzrechtsverletzungen im Bereich des geistigen Eigentums, insbesondere der Produktpiraterie, BT-Drs. 12/4427, S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Schadensersatz statt der Leistung verlangt, so erlischt der Anspruch auf Naturalleistung.[2105]

E. Bestimmtheit des Offenlegungsantrags

Der Inhalt der Offenlegungspflicht ist auch auf prozessualer Ebene bedeutsam. Danach richtet sich nämlich die Formulierung des Antrags einer auf Offenlegung gerichteten Klage. Es ist unerlässlich, dass das fragliche Beweismittel angegeben wird. Alle untersuchten Rechtsordnungen schreiben dies in der einen oder anderen Form in ihren Regeln über die Beweismitteloffenlegung vor.

In den Vereinigten Staaten ergibt sich bereits aus *FRCP 26(a)(1)* eine weitreichende Offenlegungspflicht, ohne dass eine Partei einen entsprechenden Antrag stellen muss. Folglich muss im Rahmen der *initial disclosure* das konkret benötigte Beweismittel noch nicht bezeichnet werden. Wird das Beweismittel hier nicht vorgelegt, kann es im Wege der Vorlageanfrage (*request for production*) angefordert werden. *FRCP 34(b)(1)(A)* schreibt vor, dass der begehrte Gegenstand so genau beschrieben werden muss, wie es der antragstellenden Partei zumutbar ist. Dazu kann auch die abstrakte Beschreibung der benötigten Beweismittel oder die Angabe einer Beweismittelkategorie genügen. Entscheidend kommt es darauf an, dass ein Dritter erkennen kann, welche Beweismittel herausverlangt werden. Das ist regelmäßig eine Frage des Einzelfalls.[2106]

Ganz ähnlich beginnt die Sachverhaltsermittlung im englischen Zivilprozess mit der *standard disclosure*. Gemäß *CRP 31.6* müssen zu Beginn des Rechtsstreits alle Dokumente offengelegt werden, die für die eine oder die andere Partei von Bedeutung sein können.[2107] Werden in diesem Rahmen einzelne Dokumente nicht vorgelegt, so kann deren Herausgabe im Wege der *specific disclosure* verlangt werden (*CRP 31.12*). Diese bezweckt die korrekte Durchführung der *standard disclosure* und ergänzt diese.[2108] Es handelt sich um ein nachgelagertes Mittel der Beweismittelbeschaffung. Die Partei in Beweisnot kann einen Antrag auf Vorlage der noch benötigten Dokumente stellen. Allerdings muss sie dazu beweisen, dass diese Doku-

2105 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 281 Rn. 120.
2106 S. o. Kapitel 3 B. III. 3. c) (S. 230).
2107 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. a) (S. 269).
2108 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. h) (S. 289).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

mente existieren.[2109] Außerdem müssen diese Unterlagen genau beschrieben werden.[2110] Diesen Anforderungen wird beispielsweise ein Antrag nicht gerecht, wenn er *„all documents relating to the invention of the plaintiff's patent"* oder *„any and all documents relating to the indemnities given [by the third defendants] in relation to the plaintiff's patent"* zum Gegenstand hat. Ein solcher Antrag sei deutlich zu weit gefasst.[2111] Auch soweit Beweismittelkategorien angegeben werden dürfen, muss sich der Antrag auf solche Beweismittel beziehen, die für den Rechtsstreit relevant sind. Dieser Umstand muss in dem Antrag dargelegt werden.[2112]

Wesentlich strengere Vorgaben formuliert § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Nach ihrem Wortlaut verlangt die Vorschrift die Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag. Der Begriff des „Gegenstandes" hat in diesem Zusammenhang zunächst keine eigenständige Bedeutung.[2113] Umso wichtiger ist hingegen das Erfordernis des bestimmten Antrags. Offenlegungsklagen sind stets Leistungsklagen, so dass der Antrag die begehrte Leistung nach Art und Umfang so genau bezeichnen muss, dass keine Ungewissheit über das Geforderte besteht.[2114] Insbesondere wird so sichergestellt, dass später ein Titel mit vollstreckungsfähigem Inhalt erteilt wird.[2115] Soweit die Offenlegung auf Herausgabe eines Gegenstandes gerichtet ist, muss dieser deshalb eindeutig bezeichnet werden.[2116] Das kann insbesondere durch die genaue Beschreibung des Herausgabegegenstandes erreicht werden.[2117]

Es ist außerdem fraglich, inwiefern diese strengen Vorgaben mit den europäischen Vorgaben zur Beweismitteloffenlegung, die teilweise explizit die Benennung von „Beweiskategorien" vorschreiben,[2118] vereinbar sind. Problematisch erscheint dabei insbesondere, dass auch bei weitem Verständnis von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO stets die Bezeichnung eines konkreten

2109 *CPR PD 31A para 5.2.*
2110 Z. B. *Berkeley Administration v McClelland* [1990] F.S.R. 381, 382, CA; C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 7-32.
2111 *Fuji Photo Film v Carr's Paper* [1989] R.P.C. 713.
2112 *Molnlycke AB v Procter & Gamble (No.3)* [1990] R.P.C. 498, 499 f.
2113 *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 253 Rn. 24; *Roth*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 253 Rn. 22.
2114 *Roth*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 253 31.
2115 BGH, Urt. v. 26.01.1983 – IVb ZR 355/81 – Vorlage von Belegen, NJW 1983, 1056.
2116 BGH, Urt. v. 10.07.2015 – V ZR 206/14 – Tonbänder I, NJW 2016, 317 Rn. 9; BGH, Urt. v. 26.01.1983 – IVb ZR 355/81 – Vorlage von Belegen, NJW 1983, 1056.
2117 BGH, Urt. v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14 – Intime Fotos, NJW 2016, 1094 Rn. 20 ff.
2118 S. o. Kapitel 4 B. II. 2. a) aa) (S. 322).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Beweismittels erforderlich ist. Genau diese Beschränkung soll aber insbesondere durch die Kartellschadensersatzrichtlinie überwunden werden.[2119]

Allerdings erlaubt auch § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO Anträge, die auf verschiedene, im Einzelnen nicht genau unterscheidbare Gegenstände gerichtet sind. Wird die Herausgabe einer Vielzahl von Gegenständen verlangt, müssen diese möglichst genau beschrieben werden.[2120] Ausreichend bestimmt sei beispielsweise ein der Antrag, mit dem die *„Herausgabe von 142 – hilfsweise 95 – Bierfässer[n] der Marke ‚Früh-Kölsch' wahlweise mit einem Fassungsvermögen von 10-20 l"* begehrt wird.[2121] Nicht ausreichend bestimmt sei hingegen der Antrag des Klägers, *„die Beklagte zu verurteilen, mit ihm alle Rechtsgeschäfte abzuschließen, die zur Übertragung ihres Geschäfts auf ihn erforderlich seien"*. Es sei in diesem Fall nicht erkennbar, welche konkreten Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden sollten, so dass es an einem vollstreckbaren Inhalt fehle.[2122]

Dementsprechend müssen Klagen, mit denen ein Aufklärungsanspruch geltend gemacht wird, einen eindeutigen Antrag enthalten.[2123] Dem wird ein Antrag, mit welchem die „Auskunft durch Vorlage von Belegen" verlangt wird, nicht gerecht. Allerdings kann ein solcher Antrag so ausgelegt werden, dass dem Bestimmtheitserfordernis Rechnung getragen wird.[2124] Die herausverlangten Belege müssen jedoch konkret bezeichnet werden,[2125] weshalb es nicht ausreichend sein soll, die Herausgabe „ausreichend geeignete[r] Belege"[2126] oder „soweit Belege vorhanden"[2127] zu verlangen. Der Gläubiger und das Vollstreckungsorgan müssen erkennen können, für welchen Zeitraum und worüber Informationen verlangt werden.[2128]

Wird auf der Grundlage eines Offenlegungsanspruchs die Herausgabe einer Vielzahl von Beweismitteln verlangt, ist es Aufgabe des Gläubigers die Beweismittel so genau zu beschreiben, dass ein Urteil mit vollstreckungsfä-

2119 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 40 f.
2120 *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 253 Rn. 32; a. A. wohl *Roth*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 253 Rn. 31, der meint, bei Sachgesamtheiten müssten die Einzelstücke spezifiziert werden.
2121 OLG Köln, Urt. v. 16.06.1997 – 16 U 2-97, NJW-RR 1998, 1682.
2122 BGH, Urt. v. 25.05.1959 – II ZR 115/58, NJW 1959, 1371.
2123 *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 253 Rn. 32.
2124 OLG München, Beschl. v. 11.11.1993 – 12 WF 1033/93, FamRZ 1994, 1126 juris-Rn. 2.
2125 *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 253 Rn. 32.
2126 BGH, Beschl. v. 03.02.1988 – IVb ZB 205/87, NJW-RR 1988, 693; BGH, Urt. v. 26.01.1983 – IVb ZR 355/81 – Vorlage von Belegen, NJW 1983, 1056.
2127 OLG Köln, Beschl. v. 27.08.1992 – 7 W 35/92, MDR 1993, 83 juris-Rn. 8.
2128 *Roth*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 253 Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

higem Inhalt ergehen kann. Das Gericht hat bei der Beurteilung der Frage, ob der Antrag den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO gerecht wird, zu berücksichtigen, dass die Offenlegung gerade der Sachverhaltsermittlung dient und der Gläubiger gewissen Schwierigkeiten bei der Benennung der Beweismittel begegnen kann. Dabei sind auch die Vorgaben des materiellen Rechts – z. B. § 33g Abs. 1 GWB –[2129] zu berücksichtigen.

F. Zusammenfassung

Von dem traditionellen Verständnis, dass eine Partei der anderen nicht durch die Beweismittelvorlage zum Sieg zu verhelfen habe,[2130] ausgehend, erscheinen die hier gefundenen Ergebnisse zum Umfang der Offenlegungsansprüche zunächst überraschend.[2131] Angesichts der Zielsetzung der Ansprüche, den Sachverhalt so genau wie möglich nachvollziehen zu können und eine gerechte Entscheidung durch die Ermittlung der objektiven Wahrheit zu ermöglichen, ist es indes angemessen, den Umfang der Offenlegungsansprüche grundsätzlich weit zu fassen. Insoweit kann durchaus von einer Annäherung an das US-amerikanische *discovery*-Verfahren gesprochen werden.[2132] Dieser Umfang kann im Einzelnen unter Gesichtspunkten der Zumutbarkeit bzw. der Verhältnismäßigkeit zu korrigieren sein. Dazu wird im nachfolgenden Kapitel ausgeführt.

2129 Dazu o. Kapitel 2 B. III. (S. 140).

2130 BGH, Urt. v. 08.01.1985 – X ZR 18/84 – Druckbalken, BGHZ 93, 191; dazu Anm. *Stürner/Stadler,* JZ 1985, 1101; BGH, Urt. v. 26.06.1958 – II ZR 66/57, JZ 1958, 541; ausführlich auch *Laumen*, in: FS-Prütting.

2131 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 25.

2132 *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 473; *Rosenfeld/Brand,* WuW 2017, 247, 252.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Kapitel 6 – Unverhältnismäßigkeit als Schranke der Offenlegungspflicht

In Anbetracht der im vorstehenden Kapitel grundsätzlich weit konstruierten Offenlegungsverpflichtung und allgegenwärtigen Warnungen, die Offenlegung dürfe nicht zur Ausforschung des Prozessgegners führen, ist abschließend zu untersuchen, wie sich ein Offenlegungsanspruch sinnvoll beschränken lässt. In diesem Kapitel soll daher dargestellt werden, wo die Grenzen der Offenlegungspflicht verlaufen.

A. Grundsätzliche Überlegungen

§ 33g Abs. 3 S. 1 GWB bestimmt als allgemeine Schranke der Offenlegung die Unverhältnismäßigkeit. Auch das allgemeine Schuldrecht schränkt Leistungsverpflichtungen ein, wo ein Leistungsverlangen unzumutbar erscheint. Das ist ohne Weiteres nachvollziehbar und wird auch in den anderen oben untersuchten Rechtsordnungen anerkannt.

In den Vereinigten Staaten bestimmt *FRCP 26(b)(1)* den Umfang der *pretrial discovery* auch mit Rücksicht darauf, dass die Offenlegung *„proportional to the needs of the case […]"* sein muss.[2133] Im englischen Zivilprozess beschränkt *CPR 31.3 (2)* die *disclosure*, *„[w]here a party considers that it would be disproportionate to the issues in the case to permit inspection of documents […]"*. In Frankreich ergibt sich eine solche Beschränkung im Einzelfall.[2134] Im Vergleich mit den sehr detaillierten Vorschriften über den Zugang zu Beweismitteln, erscheinen die Beschränkungen der Offenlegung in diesen Rechtsordnungen nur spärlich geregelt. Es wird nicht zuletzt daher häufig die Kritik geäußert, es komme zu einer ausufernden Beweismittelbeschaffung oder zur Ausforschung des Gegners.[2135]

In der Durchsetzungsrichtlinie wird der im Europarecht grundsätzlich geltende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 EUV) im Rahmen der allgemeinen Verpflichtung gemäß Art. 3 Abs. 2 DSRL – ohne konkreten Be-

2133 S. o. Kapitel 3 C. II. (S. 245 ff.).
2134 S. o. Kapitel 4 A. II. (S. 298 ff.).
2135 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 44.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

zug zur Offenlegungsverpflichtung gemäß Art. 6 DSRL – berücksichtigt. Demgegenüber wird er in Art. 5 Abs. 3 SERL explizit als Schranke der Offenlegungsverpflichtung genannt. Diese Vorgaben wurden in Deutschland durch § 19a Abs. 3 MarkenG, § 140c Abs. 3 PatG etc. und eben auch § 33g Abs. 3 GWB umgesetzt, wonach die Beweismittelvorlage bzw. -herausgabe ausgeschlossen ist, soweit sie im Einzelfall bzw. unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten unverhältnismäßig ist. Aus Art. 5 Abs. 3 SERL, § 33g Abs. 3 S. 2 GWB ergeben sich sodann „Regelbeispiele", in denen die Beweismittelherausgabe regelmäßig unverhältnismäßig sein wird.[2136]

In allen Rechtordnungen wird etwa den Geheimhaltungsinteressen des Offenlegungsschuldners ein besonderes Gewicht im Rahmen der Abwägungsentscheidung zugemessen.[2137] Allerdings ist es kaum verwunderlich, dass die Frage der Verhältnismäßigkeit in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich beurteilt wird. Im Rahmen der Interessenabwägung sind auch die Grundpfeiler der unterschiedlichen Rechtsordnungen sowie die Wertung der betroffenen Interessen im konkreten Rechtskreis maßgeblich. Allerdings wird selbst bei der US-amerikanischen *pre-trial discovery* erkannt, dass *fishing expeditions* wenig wünschenswert sind und die Beweismittelherausgabe nicht ins Blaue hinein verlangt werden darf.[2138]

Insgesamt werden Offenlegungspflichten auch im deutschen Recht vor allem durch zivilprozessuale Maßnahmen beschränkt.[2139] Nachdem die (dargestellten) Offenlegungspflichten jedoch sämtlich materiell-rechtliche Grundlagen haben, erscheint auch ihre Beschränkung im Rahmen des materiellen Rechts angezeigt.

B. Unverhältnismäßigkeit als Schranke der Leistungspflicht im allgemeinen Schuldrecht

Zu §§ 809 ff. BGB ist ohne Weiteres anerkannt, dass diese Normen keine abschließende Regelung der aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis fließenden Pflichten und zur Erfüllung enthalten und dass entsprechende Folge-

2136 S. zur Kartellschadensersatzrichtlinie Kapitel 4 B. II. 2. c) (S. 326 ff.).
2137 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 46.
2138 Richter, 82 Tenn. L. Rev, 443, 454 (2015).
2139 S. o. Kapitel 2 C. III. (S. 174 ff.); *Sebulke*, Zivilprozessualer Geheimnisschutz, S. 106 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

rungen aus dem allgemeinen Schuldrecht gezogen werden können.[2140] Bei der Beschränkung einer spezialgesetzlich geregelten Offenlegungspflicht ist dennoch auf die Besonderheiten des jeweils betroffenen Regelungsbereichs Rücksicht zu nehmen.

Erfüllung wird dort nicht geschuldet, wo dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht. Der Anspruch auf Erfüllung einer Leistungspflicht findet seine Grenze, wo dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht gewährt wird. Die Reichweite eines Anspruchs kann damit negativ beschrieben werden, wenn die geschuldete Leistung aufgrund einer normativen Wertung nicht erbracht werden muss. An dieser Stelle soll deshalb untersucht werden, unter welchen Umständen die Herausgabe von Beweismitteln verweigert werden darf, weil sie unverhältnismäßig erscheint. Damit kann jedenfalls mittelbar auf den Umfang der Offenlegungsansprüche geschlossen werden.

Wird – wie hier – zur Erfüllung eines Informationsanspruchs die inhaltlich richtige und vollständige Information gefordert, so werden Umfang und Inhalt dieser Ansprüche in der denkbar umfangreichsten Weise gefasst. Gleichwohl werden die fraglichen Informationen nicht grenzenlos geschuldet. Es ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.[2141] Die Grenzen einer Informationspflicht werden durch Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit bestimmt.[2142] Durch den derart weitgefassten Inhalt einer materiell-rechtlichen Aufklärungspflicht dürfen auch nicht die allgemeinen Beweisgrundsätze unterlaufen werden. Insbesondere darf dies nicht zu einer Ausforschung des Aufklärungsschuldners führen.[2143]

I. Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275 BGB

Regelmäßig wird als Voraussetzung eines Informationsanspruchs gefordert, die Informationserteilung müsse dem Schuldner zumutbar sein.[2144] Eine

2140 *Habersack*, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 811 Rn. 6.

2141 BVerfG, Beschl. v. 15.01.1970 – 1 BvR 13/68 – Ehescheidungsakten, BVerfGE 27, 344; *Schmidhuber,* WRP 2008, 296, 297.

2142 *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 9 UWG Rn. 5.12; *Köhler,* GRUR 1996, 82, 88.

2143 So zuletzt BGH, Urt. v. 17.04.2018 – XI ZR 446/16, NJW-RR 2018, 1067 Rn. 24 ff.

2144 Vgl. nur *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 260 Rn. 20; *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 242 Rn. 605; weitere Nachweise vgl. o. Fn. 99 (S. 55).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

solche Beschränkung lässt sich dem Gesetz jedoch nicht unmittelbar entnehmen. Vielmehr wird eine entsprechende Beschränkung des Umfangs einer Informationspflicht unmittelbar aus § 242 BGB hergeleitet, der in diesen Fällen auch als Anspruchsgrundlage dient.[2145] Ohne Zweifel ist bei der Bestimmung der Reichweite der Aufklärungsansprüche eine Abwägung zwischen dem Informationsinteresse des Berechtigten und den Geheimhaltungsinteressen des Aufklärungsschuldners erforderlich.[2146] Außerdem können auch Interessen der Allgemeinheit in diese Abwägung eingestellt werden.[2147] Die Umstände des Einzelfalls sind dabei besonders sorgfältig zu berücksichtigen.[2148]

Der Rückgriff auf § 242 BGB zur Bestimmung des Umfangs und den Schranken einer Informationspflicht erscheint indes nicht notwendig. Das Gesetz selbst sieht zunächst mit § 275 BGB eine Regel vor, welche das Recht, eine Leistung zu fordern beschränkt, wenn dem Schuldner die Leistung unzumutbar ist. Die Interessen des Aufklärungsschuldners können regelmäßig im Rahmen des nach § 275 BGB gewährten Leistungsverweigerungsrechts berücksichtigt werden. Insbesondere sehen § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB eine Prüfung der Zumutbarkeit von Gesetzes wegen vor.

Aus systematischen Gründen erscheint es vorzugswürdig, die Zumutbarkeit der Aufklärung nicht bereits als Voraussetzung eines Aufklärungsanspruchs zu begreifen. Vielmehr sollte dies im Rahmen der Frage nach

---

2145 BGH, Urt. v. 08.02.2018 – III ZR 65/17, NJW 2018, 2629 Rn. 29; BGH, Beschl. v. 02.07.2014 – XII ZB 201/13, NJW 2014, 2571 Rn. 13; BGH, Urt. v. 26.06.2013 – IV ZR 39/19, NJW 2013, 3580 Rn. 24; BGH, Urt. v. 17.05.1994 – X ZR 82/92, GRUR 1994, 898 juris-Rn. 25; BGH, Urt. v. 07.12.1977 – VIII ZR 164/76, BGHZ 70, 86 juris-Rn. 16; *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 260 Rn. 8; *Budde*, in: FS-Semler, S. 792; s. o. Kapitel 1 A. II. (S. 55).

2146 BGH, Urt. v. 23.02.1995 – I ZR 75/93 – Schwarze Liste, GRUR 1995, 427 juris-Rn. 18 f.; BGH, Urt. v. 24.03.1994 – I ZR 42/93 – Cartier-Armreif, GRUR 1994, 630 juris-Rn. 29; BGH, Beschl. v. 13.02.1981 – I ZR 111/78 – Wirtschaftsprüfervorbehalt, GRUR 1981, 535 juris-Rn. 1; BGH, Urt. v. 07.12.1979 – I ZR 157/77 – Monumenta Germaniae Historica, GRUR 1980, 227 juris-Rn. 110; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 9 UWG Rn. 5.15; *Büch*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 38 Rn. 9; *Bacher*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 74 Rn. 12; *Goldmann*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 5. Aufl. 2021, vor § 8 ff. Rn. 59.

2147 BGH, Urt. v. 17.05.2001 – I ZR 291/98 – Entfernung der Herstellungsnummer II, GRUR 2001, 841 juris-Rn. 36 f.

2148 *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 242 Rn. 605; *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 260 Rn. 21a.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

der Durchsetzbarkeit eines Anspruchs berücksichtigt werden. Dies wird umso deutlicher, als auch im Rahmen von § 275 Abs. 2 BGB die Gebote von Treu und Glauben zu beachten sind. Als Generalklausel findet § 242 BGB entsprechend dem allgemeinen Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* nur dort Anwendung, wo keine speziellere Norm vorgesehen ist. Betreffend die Frage, ob dem Schuldner eine Leistung zumutbar ist, finden sich jedoch mit § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB ausdrückliche Vorschriften,[2149] sodass nur soweit von diesen Bestimmungen vorgesehen auf die Grundsätze von Treu und Glauben zurückzugreifen ist. Während § 242 BGB vor allem zur Korrektur der im Einzelfall als unbillig empfundenen Ergebnisse herangezogen wird,[2150] enthält § 275 BGB allgemein gültige Maßstäbe für ein Leistungsverweigerungsrecht. Insgesamt wird dem Schuldner die Aufklärung zumutbar sein, wenn er sie unschwer, das heißt ohne unbillige Belastung, geben kann.[2151]

Liegen die Voraussetzungen des § 275 Abs. 1 BGB vor oder macht der Schuldner die Einreden gemäß § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB geltend, so ist der Leistungsanspruch des Gläubigers – sei es kraft Gesetzes, sei es als Folge eines (als Einrede zu erhebenden) Leistungsverweigerungsrechts – ausgeschlossen.[2152]

1. Unmöglichkeit der Offenlegung gemäß § 275 Abs. 1 BGB

In diesem Zusammenhang werden zunächst die allgemeinen Grundsätze der Unmöglichkeit im engeren Sinn gemäß § 275 Abs. 1 BGB dargestellt. Zwar ergibt sich das Leistungsverweigerungsrecht hier nicht erst in Folge einer Abwägungsentscheidung, sondern bereits unmittelbar aus dem Gesetz. Allerdings fügen sich diese Ausführungen unweigerlich in die entwickelte Dogmatik der Unmöglichkeit von Leistungspflichten ein.

2149 *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 242 Rn. 6.
2150 *Looschelders/Olzen*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 242 Rn. 102.
2151 BGH, Urt. v. 06.02.2007 – X ZR 117/04 – Meistbegünstigungsvereinbarung, GRUR 2007, 532 Rn. 13 ff.; BGH, Urt. v. 17.05.1994 – X ZR 82/92, GRUR 1994, 898.
2152 *Looschelders*, SchuldR AT, § 21 Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Tatsächliche Unmöglichkeit

Die Leistung muss gemäß § 275 Abs. 1 BGB nicht erbracht werden, wenn sie für jedermann (objektiv) unmöglich ist. Tatsächlich unmöglich ist eine Leistung, die nach den Naturgesetzen oder nach dem Stand der Erkenntnis von Wissenschaft und Technik tatsächlich nicht erbracht werden kann.[2153] Dies erfasst insbesondere Fälle, in denen der geschuldete Gegenstand schon beim Entstehen einer Verpflichtung nicht besteht oder später untergeht, insbesondere zerstört wird.[2154]

Objektiv unmöglich ist eine Leistung auch, wenn der Gläubiger weiß, dass der Erfolg nicht herbeigeführt werden kann, aber dennoch seiner inneren Überzeugung oder einer irrationalen Erwartung über den Nutzen der Leistung folgt. Deshalb kann der Schuldner die Leistung gemäß § 275 Abs. 1 BGB etwa verweigern, wenn er durch einen Vertrag zur Auskunft über „die Zukunft" auf Grundlage von gelegten Karten verpflichtet wurde.[2155]

Die Informationsverschaffung ist objektiv unmöglich, wenn der Schuldner sich nicht mehr an das fragliche Ereignis erinnern kann und ihm keine anderweitige Erkenntnismöglichkeit zu Verfügung steht. Ist etwa einer Mutter der Name des möglichen Vaters nicht (mehr) bekannt und ist sie auch nach Einholung der ihr zumutbaren Erkundigungen nicht in der Lage, diesen zu benennen, so ist der Auskunftsanspruch nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.[2156] Gleichwohl kann objektive Unmöglichkeit nur angenommen werden, wenn dargelegt wurde, dass entsprechende Nachforschungen stattgefunden haben.[2157] Mit Blick auf die Offenlegungsansprüche wird die Leistung regelmäßig unmöglich sein, wenn das herausverlangte Beweismittel nicht mehr vorhanden ist, sei es, weil es sich in der Verfügungsgewalt eines nicht mehr aufzufinden Dritten befindet, sei es, weil es vernichtet wurde oder sonst untergegangen ist.

Allein der schiere Umfang einer Leistung, deren Erbringung nicht naturgemäß ausgeschlossen, aber mit exorbitanten Kosten verbunden ist, fällt

2153 BGH, Urt. v. 07.12.1977 – VIII ZR 164/76, BGHZ 70, 86 juris-Rn. 10; *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 12.
2154 *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 13.
2155 Beispiel bei *Westermann*, in: Ermann, BGB, 16. Aufl. 2020, § 275 Rn. 5; *Bartels,* ZJS 2011, 106, wobei dies wohl einen Fall anfänglicher Unmöglichkeit im Sinne von § 311a BGB darstellt.
2156 BGH, Beschl. v. 02.07.2014 – XII ZB 201/13, NJW 2014, 2571 Rn. 25.
2157 BGH, Beschl. v. 19.01.2022 – XII ZB 183/21 Rn. 41 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

hingegen nicht unter § 275 Abs. 1 BGB. Fälle, die früher unter den Stichworten „praktische" oder „faktische" Unmöglichkeit diskutiert wurden, können aber im Rahmen von § 275 Abs. 2 S. 1 BGB erfasst werden.[2158] Ebenso genügt es nicht, dass der Schuldner gegenwärtig nicht über den Leistungsgegenstand verfügen kann. Vielmehr muss feststehen, dass er auch in Zukunft nicht über den Leistungsgegenstand verfügen kann. Das Leistungshindernis muss für den Schuldner unüberwindbar sein. Kann die Leistung von einem Dritten erbracht werden, muss dieser die Mitwirkung endgültig verweigert haben.[2159]

b) Rechtliche Unmöglichkeit

Eine gesetzlich verbotene Leistung ist rechtlich und damit ebenfalls objektiv unmöglich. Rechtliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn ein Leistungserfolg aus Rechtsgründen nicht herbeigeführt werden kann oder nicht herbeigeführt werden darf.[2160] Dabei wird es im Zusammenhang mit der Erfüllung einer Offenlegungspflicht regelmäßig nicht darum gehen, dass die Rechtsordnung den angestrebten Erfolg nicht anerkennt oder der rechtliche Erfolg bereits eingetreten ist.[2161] Vielmehr sind hier die Fälle interessant, in denen der geschuldete Erfolg grundsätzlich herbeigeführt werden kann, der Schuldner zur Erfüllung jedoch gegen die Rechtsordnung verstoßen müsste.[2162] Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Schuldner zur Erfüllung seiner Leistungspflicht gegen ein Strafgesetz verstoßen müsste.[2163] Die zivilrechtliche Verpflichtung tritt dann im Interesse der Einheit der Rechtsordnung zurück.[2164] Soweit sich die Offenlegungsverpflichtung aus einem Rechtsgeschäft ergibt, ist freilich regelmäßig schon die vertragliche Vereinbarung gemäß § 134 BGB nichtig. Allerdings ergeben sich die Offen-

2158 Begr. RegE, BT-Drs. 14/6040, S. 129; *Canaris*, JZ 2001, 501; *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 275 Rn. 22; s. dazu u. Kapitel 6 B. I. 1. b) cc) (S. 389).
2159 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 64.
2160 BGH, Urt. v. 25.10.2012 – VII ZR 146/11, NJW 2013, 152 Rn. 33; BGH, Urt. v. 21.01.2010 – Xa ZR 175/07, NZG 2010, 310 Rn. 23; *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 38, 40; *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 48.
2161 Dazu *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 449.
2162 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 50.
2163 *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 40.
2164 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

legungspflichten regelmäßig aus dem Gesetz, sodass hier der Rückgriff auf § 275 Abs. 1 BGB notwendig wird.

aa) Verschwiegenheitsverpflichtungen

Daher kann die Informationsverschaffung verweigert werden, wenn gegen die Strafvorschriften über die Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs (§§ 201 ff. StGB) verstoßen werden müsste.[2165] Eine Schweigepflicht erstreckt nicht nur darauf, bestimmte Informationen nicht mitteilen zu dürfen, sondern enthält unweigerlich auch das Verbot, Beweismittel, die Rückschlüsse auf die jeweilige Information zulassen, offenzulegen. Ein Geheimnis wird im Sinne von § 203 Abs. 1 StGB offenbart, wenn es in irgendeiner Weise an einen anderen gelangt. Erfasst wird daher beispielsweise auch die Möglichkeit zur Kenntnisnahme des Inhalts eines Schriftstücks.[2166]

Im Zusammenhang mit den Informationsansprüchen ist insbesondere an die Schweigepflicht eines Rechtsanwalts bezüglich der ihm im Rahmen seines Mandats anvertrauten Informationen zu denken (§ 203 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB, § 43a Abs. 2 BRAO).[2167] Damit korrespondiert § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, wonach Rechtsanwälte zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, wenn sie in einem Zivilprozess über Angelegenheiten angehört werden sollen, die ihnen im Zusammenhang mit dem Mandat bekannt geworden sind.[2168] Wird im Zeugnisverweigerungsrecht eine Einrede gegen den Anspruch des Staates auf Aussage erkannt,[2169] so kann im materiellen Zivilrecht ohne Weiteres eine entsprechende Parallele im Rahmen von § 275 Abs. 1 BGB gezogen werden. Die Schweigepflicht und das damit korrespondierende Schweigerecht des Rechtsanwalts beziehen sich gemäß § 43a Abs. 2 S. 2, § 2 Abs. 2 BORA „auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist."[2170]

2165 Vgl. dazu u. Kapitel 6 B. I. 3. c) (S. 401).
2166 *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 20.
2167 Insb. zu den Schweigepflichten des Rechtsanwalts in Kartellverfahren s. *Kübler/Pautke,* BB 2007, 390, 390 ff.; *Hentschel/Pfromm,* EWS 2005, 350, 350 ff.
2168 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 121 Rn. 22; ausf. *Magnus*, Anwaltsprivileg, S. 48 ff.
2169 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 121 Rn. 21.
2170 Zum Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts kann auf die ausführliche dies betreffende Fachliteratur verwiesen werden, s. nur *Henssler*, in:

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Auch Syndikusrechtsanwälte können von der Schweigepflicht betroffen sein.[2171] Allerdings erscheint fraglich, ob sich daraus im Rahmen der Beweismitteloffenlegung ein dem Rechtsanwalt gewährten vergleichbares Schweige*recht* ableiten lässt. Insbesondere in den Vereinigten Staaten von Amerika hat dies der *Supreme Court* im Rahmen der *pre-trial discovery* anerkannt,[2172] weil entsprechende Angaben von Angestellten regelmäßig auf Weisung von Vorgesetzten im Rahmen ihrer beruflichen Verpflichtung gemacht werden, wobei dies im Bewusstsein geschieht, dass damit rechtlicher Rat eingeholt werden soll und die Situation damit mit der Rechtsberatung durch einen Rechtsanwalt vergleichbar sei.[2173] Andererseits hat der Europäische Gerichtshof, dessen Rechtsprechung jedenfalls in Bezug auf die in Umsetzung der europäischen Richtlinien auch im Rahmen der nationalen Offenlegungsregeln zu berücksichtigen ist, entschieden, dass es Syndikusrechtsanwälten gerade an der Unabhängigkeit fehle, die Rechtsanwälte auszeichnet, weshalb Syndikusrechtsanwälte kein vergleichbares Schweigerecht für sich in Anspruch nehmen könnten.[2174]

Ähnliche Verschwiegenheitspflichten gelten etwa für die Angehörigen der Heilberufe (§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB) und Geistliche (§ 383 Abs. 1 Nr. 4 ZPO). Insoweit gelten dieselben Beschränkungen, die auch im Zusammenhang mit § 142 ZPO diskutiert werden.[2175]

Auch wo andere Vorschriften der Weitergabe von Informationen entgegenstehen, besteht ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 275 Abs. 1 BGB. So darf beispielsweise ein Unternehmen Informationen, die ihm bei der Bereitstellung von Telemedien bekannt geworden sind, nicht für andere Zwecke verwenden, solange ihm dies nicht durch ein Gesetz oder eine Rechtsvorschrift oder durch Einwilligung des Nutzers ausdrücklich gestattet wird. Besteht gegen das Unternehmen ein Auskunftsanspruch, der sich grundsätzlich auf diese Informationen bezieht, ist ihm die Herbeiführung des Leistungserfolgs rechtlich unmöglich.[2176] Insofern können die zu den

---

Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a BRAO Rn. 45 ff. m. w. N.; *Träger*, in: Weylandt, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 43a BRAO Rn. 16 ff.

2171 Ausf. *Mann,* DB 2011, 978, 978 ff.

2172 S. o. Kapitel 3 C. III. 2. (S. 248) m. w. N. in Fn. 1414.

2173 *Upjohn Co. v. U.S.*, 449 U.S. 383, 389-391 (1981); ausf. 6 Moore's Federal Practice – Civil § 26.49 [4][a] (December 2022).

2174 EuGH v. 14.09.2010 – C550/07 P – Akzo Nobel Chemicals, ECLI:EU:C:2010:512 Rn. 41 ff.

2175 Ausf. dazu *Rühl,* ZZP 125 (2012), 25, 26 f., 33 ff.

2176 BGH, Urt. v. 01.07.2014 – VI ZR 345/13 – Ärztebewertung I, BGHZ 201, 380 Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Informationsansprüchen geltenden Ausführungen ohne Weiteres auf die Offenlegungsansprüche übertragen werden.

bb) Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz

Wenn der Offenlegungsschuldner durch die Offenlegung gegen die sich aus § 4 GeschGehG ergebenden Handlungsverbote verstoßen müsste, kommt ebenfalls der Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB in Betracht.[2177] Ein solcher Verstoß ist jedoch nur denkbar, wenn der Offenlegungsschuldner nicht selbst Inhaber[2178] des Geschäftsgeheimnisses ist, sondern ein Dritter. Im Rahmen des Geschäftsgeheimnisgesetzes ist der Schutz von Geschäftsgeheimnissen strukturell mit dem Schutz der Rechte des geistigen Eigentums vergleichbar.[2179] Trotz der verbleibenden grundlegenden Unterschiede[2180] wird deutlich, dass es sich bei Geschäftsgeheimnissen um eine immaterielle Rechtsposition handelt, die einen Handelswert verkörpert.[2181]

Die Offenlegung führt nicht zu einer rechtlichen Konfliktsituation, die im Rahmen von § 275 Abs. 1 BGB beachtet werden kann, wenn der Offenlegungsschuldner selbst Inhaber des Geschäftsgeheimnisses ist. Als Rechtsverletzer im Sinne des § 2 Nr. 3 GeschGehG kommen nur solche Personen in Betracht, die ein Geschäftsgeheimnis unter Verstoß gegen § 4 Gesch-

2177 Zum Schutz der gewerblichen Geheimsphäre im Rahmen einer prozessualen Aufklärungspflicht s. schon *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 208 ff.

2178 Zum Begriff s. § 2 Nr. 2 GeschGehG; grundsätzlich zum GeschGehG s. *Dann/Markgraf,* NJW 2019, 1774.

2179 Ausf. dazu *Sebulke*, Zivilprozessualer Geheimnisschutz; *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, Vorbemerkungen zum GeschGehG Rn. 73; s. auch *McGuire,* GRUR 2016, 1000, 1008.

2180 Dazu *Harte-Bavendamm*, in: FS-Köhler, S. 238 ff.

2181 Vgl. auch EGr. 1 und EGr. 14 der Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. 2016, L 157/ff. (abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0943&from= DE, zuletzt abgerufen am 11.07.2023) (im Folgenden GeschGehRL). Die Richtlinie wurde durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 18.04.2019, BGBl. 2019 I Nr. 13, S. 446 in das deutsche Recht überführt.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

GehG rechtswidrig erlangen, nutzen oder offenlegen. Der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses wird davon unter keinen Umständen erfasst.[2182] Wird im Rahmen der Offenlegung vom Offenlegungsschuldner, der zugleich Inhaber des Geschäftsgeheimnisses ist, die Offenbarung dieses Geschäftsgeheimnisses verlangt, so kommt ein Leistungsverweigerungsrecht allein gemäß § 275 Abs. 2 BGB in Betracht.[2183]

Rechtliche Unmöglichkeit liegt demgegenüber vor, wenn zur Erfüllung des Offenlegungsanspruchs gegen die in § 4 GeschGehG genannten Handlungsverbote verstoßen werden müsste. Insbesondere darf gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 1 GeschGehG ein Geschäftsgeheimnis nicht offengelegt werden, wenn es rechtswidrig – das heißt unter Verstoß gegen § 4 Abs. 1 GeschGehG – erlangt wurde. Das gilt gemäß § 4 Abs. 3 GeschGehG auch dann, wenn der in Anspruch genommene das Geschäftsgeheimnis bößgläubig von einem Rechtsverletzer erlangt hat.

Allerdings entfiele die Rechtswidrigkeit, wenn der Schuldner vom Inhaber des Geschäftsgeheimnisses die Erlaubnis zur Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses erhalten hätte. Es stellt sich somit die Frage, ob der Schuldner – analog zur Geltendmachung eines Herausgabeanspruchs gegen einen Dritten – verpflichtet sein kann, diese Erlaubnis einzuholen. Es scheinen jedoch kaum Fälle denkbar, in denen der Schuldner einen Anspruch gegen den Dritten auf Erteilung der Erlaubnis hat.

cc) Datenschutzrecht

Außerdem sind die durch das Datenschutzrecht gezogenen Grenzen zu beachten. Ein Arbeitgeber darf etwa die personenbezogenen Daten seiner Angestellten nur für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses nutzen, solange keine qualifizierte Einwilligung vorliegt.[2184] Sind die Daten zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung zivilrechtlicher Ansprüche erforderlich, dürfen sie mittlerweile auch zu anderen Zwecken verwertet werden (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 BDSG). Wo ein Angestellter über die Anschrift

2182 *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 2 GeschGehG Rn. 110 ff.

2183 S. dazu u. Kapitel 6 B. I. 2. b) (S. 394).

2184 So noch zum alten Recht, BGH, Urt. v. 20.01.2015 – VI ZR 137/14, NJW 2015, 1525 Rn. 17; s. auch BGH, Urt. v. 09.07.2015 – III ZR 329/14, BGHZ 206, 195 Rn. 18 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

seines Arbeitgebers geladen werden kann, dürfte die Preisgabe seiner Privatanschrift jedoch schon nicht erforderlich sein.[2185]

2. Wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Offenlegung gemäß § 275 Abs. 2 BGB

Die Offenlegung von Beweismitteln kann gemäß § 275 Abs. 2 BGB außerdem verweigert werden, soweit dies einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Dabei kann berücksichtigt werden, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. Wie bei jeder anderen Leistungspflicht endet auch die Pflicht zur Offenlegung an der Grenze zur Zumutbarkeit.[2186]

a) Aufwand der Offenlegung

Mit Blick auf die Informationsansprüche wird dies vor allem eine Rolle spielen, soweit die Zusammenstellung der geschuldeten Informationen erhebliche Kosten verursacht. Wird im Rahmen eines Auskunftsanspruchs eine Information geschuldet, die sich der Schuldner erst noch von einem Dritten im Wege einer eigenen Auskunftsklage verschaffen muss, so zählen die Kosten des Auskunftsbegehrens gegen den Dritten zum Schuldneraufwand.[2187] Auch der Umfang der Pflicht zur Rechnungslegung bemisst sich nach dem Grundsatz der Zumutbarkeit, so dass sich die Frage nach einem sinnvollen Verhältnis zwischen dem Arbeits- und Zeitaufwand des Verpflichteten und dem Interesse des Berechtigten stellt.[2188] Allerdings bleibt festzuhalten, dass der Aufwand nicht bereits über den Bestand des Rechts, sondern lediglich über den Umfang der geschuldeten Informationsvermittlung entscheidet.

§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB enthält eine ähnliche Beschränkung.[2189] Maßgeblich ist auch hier der Aufwand des Offenlegungsschuldners, wobei der

2185 BGH, Urt. v. 20.01.2015 – VI ZR 137/14, NJW 2015, 1525, 19 f.
2186 *Brändel,* GRUR 1985, 616, 619.
2187 BAG, Beschl. v. 29.06.2004 – 1 ABR 32/99, BAGE 111, 191 juris-Rn. 44 f.; *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 98.
2188 BGH, Urt. v. 07.12.1977 – VIII ZR 164/76, BGHZ 70, 86 juris-Rn. 16.
2189 S. dazu ausf. o. Kapitel 2 B. III. 2. a) bb) (S. 153).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

bloße Umfang der Beweismittel allenfalls ausnahmsweise Bedeutung erlangen soll.[2190] Hier soll insbesondere der zeitliche, der personelle sowie der finanzielle Aufwand eine Rolle spielen.[2191] Letztlich lässt sich aber auch der zeitliche und personelle Aufwand wohl am ehesten mit Hilfe eines Geldbetrages beziffern, sodass hier der wirtschaftliche Aufwand das maßgebliche Kriterium sein wird (Kosten-Nutzen-Rechnung).[2192]

Sowohl § 275 Abs. 2 BGB als auch § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB berechtigten zur Leistungsverweigerung, wenn ein (grobes) Missverhältnis zwischen Gläubiger- und Schuldnerinteresse vorliegt. Während bei § 275 Abs. 2 BGB vor allem das besonders schwerwiegende Missverhältnis zwischen dem Interesse des Gläubigers an der Offenlegung und dem Aufwand, den der Schuldner zur Bereitstellung des fraglichen Beweismittels betreiben muss, von Bedeutung ist, wird bei § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB auch berücksichtigt, ob es sich beim Offenlegungsschuldner um einen am Kartell Beteiligten handelt, der für die Informationsasymmetrie verantwortlich gemacht werden kann, oder einen Dritten.[2193]

In beiden Fällen ist gründlich zu untersuchen, ob ein Missverhältnis zwischen Gläubiger- und Schuldnerinteresse besteht. Liegt ein grobes Missverhältnis im Sinne von § 275 Abs. 2 BGB vor, ist die Offenlegung regelmäßig auch unverhältnismäßig im Sinne von § 33g Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GWB. Im Rahmen dieser Untersuchung sind stets die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, weshalb Faustformeln nicht weiterhelfen.[2194] Ist das Gläubigerinteresse immaterieller Natur, passen diese Wertungen schon von vornherein nicht.[2195] Dennoch spielen in den hier interessierenden Fällen die Kosten der Beweismitteloffenlegung eine entscheidende Rolle. Besonders deutlich wird dies, wenn man sich noch einmal die Situation in den Vereinigten Staaten vor Augen führt, wo die *pre-trial discovery* im Zusammenspiel mit der *American Rule of Cost*, nach der jede Partei die ihr zur Last fallenden Kosten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens zu tragen

2190 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 89.
2191 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 63 ff.
2192 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 83; *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 98.
2193 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 90 f.
2194 *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 101 m. w. N.
2195 *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 97, 101.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

hat,[2196] oft so eingesetzt wird, dass der Gegner in Anbetracht der Kostenlast vom Rechtsstreit Abstand nimmt oder einem Vergleich zustimmt (*winning by attrition*).[2197]

Im Zusammenhang mit § 275 Abs. 2 BGB werden vor allem solche Fälle diskutiert, die im alten Schuldrecht unter den Stichworten „praktische Unmöglichkeit" oder „faktische Unmöglichkeit" diskutiert wurden. Gemeint sind Fälle, in denen die Leistungserbringung zwar nicht naturgesetzlich ausgeschlossen ist, aber mit enormen Kosten verbunden wäre.[2198] Im Vergleich mit §§ 251 Abs. 2, 439 Abs. 3, 651k Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 635 Abs. 3, 2170 BGB, die eine vergleichbare Befreiung von der Primärleistungspflicht ermöglichen, wenn diese nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erbracht werden kann, fällt auf, dass § 275 Abs. 2 BGB jedoch ein „grobes" Missverhältnis erfordert. Es wird hier eine besonders hohe Hürde gesetzt: Die Unverhältnismäßigkeit muss so gravierend sein, dass die Pflicht zur Naturalerfüllung sinnlos und deren Verlangen rechtsmissbräuchlich erscheint.[2199]

Es sind Fälle bekannt, in denen die Verfahrensakte aus tausenden Dokumenten bestand, hunderte von Aktenordnern mit Anlagen gefüllt waren und tausende E-Mails ausgewertet wurden.[2200] Es stellt sich die Frage, ob die Offenlegung all dieser Beweismittel auch im Rahmen einer Offenlegungspflicht verlangt werden könnte oder ob die Grenze des § 275 Abs. 2 BGB hier erreicht werden kann. Dabei muss beachtet werden, dass bestimmte Informationen auch in großer Zahl binnen kürzester Zeit zusammengestellt werden können. Andererseits kann die Beschaffung einzelner Beweismittel mit großem Aufwand verbunden sein.[2201] Insgesamt wird diese Grenze so hoch gesetzt, dass die damit verbundenen Fragen eher akademischer Natur sein sollen.[2202]

Es ist zu beachten, dass der Aufwand, den der Schuldner eines Informationsanspruchs, der die fraglichen Informationen zunächst selbst ermitteln muss, zu betreiben hat, wesentlich größer sein kann als der Aufwand eines Offenlegungsschuldners. Der Berechtigte, der „nur" Beweismitteloffen-

2196 S. dazu ausf. Burnham & Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States 295 f. (2021).
2197 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 45; s. auch o. Kapitel 3 D. IV. (S. 256).
2198 BT-Drs. 14/6040, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, S. 129 f.; s. auch *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 45.
2199 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 84.
2200 *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3015.
2201 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 89.
2202 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 84.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

legung verlangt, entlastet den Offenlegungsschuldner insoweit als er selbst die Auswertung und Untersuchung der überlassenen Beweismittel übernimmt. Allerdings ist das Offenlegungsverlangen für den Schuldner in besonderem Maße belastend, weil dieser unter Umständen nicht einmal selbst weiß, welche Informationen der Gläubiger zu Tage fördern wird. Damit kann der mit geringerem Aufwand verbundene Offenlegungsanspruch für den Schuldner zugleich einschneidender sein als ein Informationsanspruch. Allerdings ist zu beachten, dass der Offenlegungsanspruch unzumutbar sein kann, weil er in besonders belastender Weise Einblick in die Sphäre des Schuldners gewährt und darüber hinaus auch der Informationsanspruch unzumutbar sein kann, weil er mit unzumutbarem Aufwand verbunden ist. Offenlegungs- und Informationsanspruch stehen in keinem Alternativverhältnis, in dem zwingend der eine oder der andere Anspruch dem Berechtigten zum Erfolg verhelfen müsste.

Hat der Schuldner die Unzumutbarkeit zu vertreten (§ 275 Abs. 2 S. 2 BGB), können kaum schärfere Anforderungen gelten. Fehlt ein solches Verschulden jedoch, kann im Einzelfall die wirtschaftliche Unzumutbarkeit schon früher angenommen werden.[2203] Damit kann insbesondere die Maßgabe berücksichtigt werden, dass der gegen einen Dritten geltend gemachte Offenlegungsanspruch weniger weit reicht als der gegen den Hauptschuldner geltend gemachte Offenlegungsanspruch.

Dient der Offenlegungsanspruch zur Durchsetzung eines verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruchs, kann mit Blick auf den „Inhalt des Schuldverhältnisses" (§ 275 Abs. 2 S. 1 BGB) auch auf das diesbezügliche Verschulden Rücksicht genommen werden. Demgegenüber kommt den „Gebote[n] von Treu und Glauben" (§ 275 Abs. 2 S. 1 BGB) in diesem Zusammenhang nur geringe Bedeutung zu. Diese können jedoch eine Rolle spielen, wenn das grobe Missverhältnis durch den Gläubiger verursacht wurde[2204] oder der Vertrauensschutz dies erfordert. Versichert der Schuldner dem Gläubiger, er werde trotz des hohen Aufwandes die Leistung erbringen, so erhöht sich der ihm zumutbare Aufwand entsprechend.[2205]

In Fällen, die dieser Fallgruppe zuzuordnen sind, können außerdem Leistungsverweigerungsrechte gemäß §§ 226, 242 BGB in Betracht kommen.[2206] Die Offenlegung darf verweigert werden, wenn an ihrer Erteilung

2203 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 86.
2204 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 102.
2205 *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 104 m. w. N.
2206 Dazu ausf. u. Kapitel 6 B. II. (S. 403) u. Kapitel 6 B. III. (S. 404).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

kein vernünftiges Interesse besteht oder das Interesse so unbedeutend ist, dass es in keinem Verhältnis zum für die Offenlegung erforderlichen Aufwand steht.[2207]

b) Geheimnisschutz

Wie auch in dieser Arbeit immer wieder betont, sind im Zusammenhang mit der Offenlegung von Informationen, insbesondere Beweismitteln, schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Schuldners von enormer Bedeutung. Sind Berechtigter und Verpflichteter gar Konkurrenten, ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob und in welchem Umfang Beweismittel, die geschäftliche Vorgänge betreffen, offengelegt werden müssen.[2208] Es steht fest, dass bestimmte Informationen einen so wichtigen Geschäftswert darstellen können, dass sie dem Offenlegungsgläubiger gegenüber nicht offengelegt werden sollten, selbst wenn diese Informationen zum Nachweis der behaupteten Rechtsverletzung erforderlich wären.[2209]

Zur interessengerechten Lösung der in diesem Zusammenhang auftretenden Problemen kann durch die Subsumtion der fraglichen Fallgruppen unter § 275 BGB eine einheitliche Leitlinie beachtet werden. Zu unterscheiden sind dabei die Fälle, in denen der Offenlegungsschuldner selbst Inhaber des Geschäftsgeheimnisses im Sinne von § 2 Nr. 2 GeschGehG ist und jene Fälle, in denen Informationen Dritter offengelegt werden sollen.[2210]

2207 BGH, Urt. v. 11.01.2011 – II ZR 187/09, NJW 2011, 921 Rn. 22.

2208 *Budde*, in: FS-Semler, S. 792.

2209 COM(2017) 708 final, S. 16 (III.4.).

2210 Zu dieser Unterscheidung auch *Blome/Fritzsche,* NZKart 2019, 247, 251; ausf. schon *Stürner,* JZ 1985, 453, 458 ff.; dazu o. Kapitel 6 B. I. 1. b) (S. 385 f.) und u. Kapitel 6 B. I. 3. a) (S. 399); allgemein zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse durch das neue Geschschäftsgeheimnisgesetz s. *Alexander,* WRP 2019, 673.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Geheimhaltungsinteressen des Offenlegungsschuldners in der Güterabwägung

Dass und wie Geschäftsgeheimnisse ausreichend geschützt werden können, wurde bereits umfangreich untersucht.[2211] Besondere Aufmerksamkeit erfuhr dabei der Schutz der Geschäftsgeheimnisse in Verletzungsfahren des gewerblichen Rechtsschutzes, wenn der Inhaber im Rahmen von Gerichts- oder Verwaltungsverfahren gezwungen werden soll, die Geheimnisse zu offenbaren. Außerdem wurde gezeigt, wie dem Problem in anderen Rechtskreisen begegnet wird.[2212]

Dabei wurde erkannt, dass der Schutz der Geschäftsgeheimnisse sowohl mit Mitteln des materiellen Rechts als auch mit prozessualen Mitteln erreicht werden kann.[2213] Auf materiell-rechtlicher Ebene ist hier zunächst die Einheit der Rechtsordnung zu beachten, so dass eine Partei nicht dazu verpflichtet werden kann, Geschäftsgeheimnisse zu offenbaren, die durch eine andere Vorschrift besonders geschützt werden.[2214]

In den hier in Rede stehenden Konstellationen wird es jedoch häufig darum gehen, dass der Offenlegungsschuldner keine fremden, sondern eigene Geschäftsgeheimnisse offenbaren soll, so dass er nicht gegen eine entsprechende Schutzvorschrift verstoßen würde. Es steht ihm nämlich grundsätzlich frei, die fraglichen Informationen zu offenbaren. Aufgrund der bei Verweigerung der Offenlegung drohenden Umkehr der Beweislast wurde zu Recht festgestellt, dass er sich in einem solchen Fall regelmäßig entscheiden muss, „ob [er sein] Geheimnis oder den Prozess verlieren will."[2215] Letztlich kommt es damit auf eine Abwägung der wirtschaftlichen Interessen an. Der Wert des Geschäftsgeheimnisses für den Offenlegungsschuldner kann dem Wert der fraglichen Information für den Offenlegungsgläubiger gegenübergestellt werde.

Wurde auf Tatbestandsebene bereits festgestellt, dass die Offenlegung „erforderlich" ist, bleibt zur Beschränkung der Offenlegungspflicht im Rah-

2211 S. dazu *Götz*, Geheimnisschutz; *Stadler*, Schutz von Unternehmensgeheimnissen; *Stöber,* ZIP 2007, 1492; *Schlosser*, in: FS-Vollkommer, S. 217 ff.; *Schlosser*, in: FS-Großfeld, S. 997 ff.; *Gottwald,* BB 1979, 1780.

2212 S. o. Zweiter Teil (S. 187 ff.).

2213 Zum prozessualen Schutz der Geschäftsgeheimnisse sogl. Kapitel 6 B. I. 2. b) bb) (S. 397 ff.).

2214 *Kersting*, Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses, S. 37 f. ;s. schon o. Kapitel 6 B. I. 1. b) bb) (S. 388).

2215 So *Müller/Aldick,* ZIP 2020, 9; *Kürschner,* NJW 1992, 1804, 1805.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

men des allgemeinen Schuldrechts häufig nur noch eine Abwägung im Rahmen von § 275 Abs. 2 BGB. In diesem Rahmen ist zu fragen, ob die Gefahr des Verlusts des Geschäftsgeheimnisses das Offenlegungsinteresse des Gläubigers so überwiegt, dass dem Offenlegungsschuldner die Herausgabe der fraglichen Beweismittel nicht zugemutet werden kann. Nach den bereits dargestellten Grundsätzen sind dabei jedoch außerordentlich strenge Maßstäbe zu berücksichtigen.[2216]

Die Geschäftsgeheimnisse erfahren gemäß § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB im Rahmen der kartellrechtlichen Offenlegungsverpflichtung besondere Beachtung, wenn im Rahmen der Verhältnismäßigkeit beurteilt werden soll, ob bestimmte Beweismittel offengelegt werden müssen.[2217] Insoweit fehlt es bislang jedoch an Entscheidungen, anhand derer beurteilt werden könnte, ob sich die hier anzustellenden Überlegungen mit den im Rahmen von § 275 Abs. 2 BGB zu berücksichtigenden Maßstäben überlagern. Schon früh wurde angemerkt, dass Geschäftsgeheimnisse in dieser Konstellation jedenfalls keinen absoluten Schutz erfahren.[2218] Erforderlich ist stets eine Abwägung im Einzelfall.[2219]

Steht fest, dass die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses durch den Schuldner zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs erforderlich ist, sollte die Verhältnismäßigkeit bzw. die Zumutbarkeit der Offenlegung nicht vorschnell abgelehnt werden. Die im Rahmen von § 275 Abs. 2 BGB maßgeblichen Überlegungen können hier durchaus eine brauchbare Orientierungslinie liefern, nachdem die Vorschrift eine Vielzahl von Konstellationen erfasst und dazu gefestigte Rechtsprechung existiert. Insgesamt sollte danach die Offenlegung in diesem Zusammenhang nur verweigert werden können, wenn auf Seiten des Anspruchsgegners nach den dargestellten Maßstäben vertrauliche Informationen zu schützen sind und deren Geheimhaltung mit verfahrensrechtlichen Mitteln nicht gewährleistet werden kann.[2220] Ein solcher Fall ist jedoch in der Praxis kaum denkbar.[2221] Die vorgeschlagene Konstruktion erlaubt außerdem die Entwicklung einheitlicher Maßstäbe in allen denkbaren Konstellationen, in denen Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden sollen.[2222]

2216 S. o. Kapitel 6 B. I. 2. a) (S. 390 ff.).
2217 Dazu ausf. o. Kapitel 2 B. III. 2. a) ff) (S. 155 ff.).
2218 *Stürner,* JZ 1985, 453, 457.
2219 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 44.
2220 Dazu sogl. Kapitel 6 B. I. 2. b) bb) (S. 397).
2221 *Kühnen,* GRUR 2005, 185, 187.
2222 Zum Fehlen einer solchen einheitlichen Linie s. *Stürner,* JZ 1985, 453, 457.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Geschäftsgeheimnisschutz mit prozessualen Mitteln

Im Rahmen dieser Abwägung ist auch zu berücksichtigen, welche Möglichkeiten das Zivilprozessrecht bereitstellt, um die fraglichen Informationen zu schützen (s. auch EGr. 18 SERL).[2223] Eine Offenlegung, die nach den dargestellten Maßstäben zunächst unverhältnismäßig erscheint, wird in aller Regel zumutbar sein, wenn die fraglichen Beweismittel an einen gegenüber dem Offenlegungsgläubiger zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten herausgegeben werden sollen. Gerade solche Überlegungen entsprechen der Vorgabe aus § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB, wonach bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Offenlegung auch berücksichtigt werden soll, welche Vorkehrungen zum Schutz vertraulicher Informationen in Betracht kommen. Besonders effektiv sind dabei solche Instrumente, die sicherstellen, dass die Gegenseite die fraglichen Informationen nicht erfährt, diese Informationen aber dennoch im Verfahren verwertet werden können.[2224]

Zu diesem Zweck ist zunächst an die die Einschaltung von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern zu denken, um die Vertraulichkeit der Informationen zu schützen.[2225] Dabei kann insbesondere auf die Erfahrungen mit dem „Düsseldorfer Verfahren" zurückgegriffen werden (s. auch § 89b Abs. 7 GWB).[2226] Mit Blick auf die immaterialgüterrechtlichen Offenlegungsansprüche wird festgestellt, dass die Rechtsprechung häufig das Interesse des Verpflichteten an der Geheimhaltung vor diesem Personenkreis „eindeutig" gegenüber dem Auskunftsinteresse des Berechtigten und den Allgemeininteressen zurücktreten lässt.[2227] Anderes kann gelten, wenn ein Dritter zur Offenlegung verpflichtet ist.[2228] Im Ergebnis ist jedoch gut nachvollziehbar, dass die Einbeziehung eines gegenüber dem Offenlegungsgläubiger zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten die Interessen des Offenlegungsschuldners besonders effektiv schützt. Dieses Vorgehen ist insbesondere

2223 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 43; ausf. *Sebulke*, Zivilprozessualer Geheimnisschutz, S. 106 ff., 332 ff.

2224 *Stürner,* JZ 1985, 453, 459.

2225 *Stadler*, Schutz von Unternehmensgeheimnissen, S. 196 ff.; *Stadler*, in: FS-Leipold, S. 211; *Budde*, in: FS-Semler, S. 793.

2226 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 43; zum „Düsseldorfer Verfahren" ausf. o. Kapitel 2 C. III. (S. 174 ff.); zur Änderung durch die 10. GWB-Novelle s. *Hornkohl/Melzer,* NZKart 2021, 214.

2227 *Wirtz*, in: Ingerl/Rohnke/Nordemann, MarkenG, 4. Aufl. 2023, § 19 Rn. 39; *Teplitzky*, in: FS-Tilmann, S. 915; einschränkend *Wiume*, Auskunftsanspruch, S. 38 ff.

2228 Vgl. dazu *Schaffert*, in: FS-Erdmann; *v. Gamm*, in: FS-Vieregge.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

dann sinnvoll, wenn später gestellte Fragen von dem Dritten beantwortet werden können. Wird aber die Offenlegung der Funktionsweise eines Verfahrens oder eines Mechanismus verlangt, weil nur so ein vollstreckbarer Antrag formuliert werden kann, gerät dieses Instrument an seine Grenzen.[2229]

Außerdem wird in diesem Zusammenhang immer wieder die Durchführung eines *in camera*-Verfahrens oder eines „prozessualen Geheimverfahrens" vorgeschlagen.[2230] Ein solches Verfahren begegnet mit Blick auf den Grundsatz der Öffentlichkeit der Beweisaufnahme (§ 357 Abs. 1 ZPO, Art. 103 Abs. 1 GG) auch schwerwiegenden Bedenken,[2231] die auch § 89b Abs. 7 GWB im Kartellrecht nicht beseitigen kann.[2232] Gleichwohl wäre eine Offenlegungspflicht, die so weit wie im Rahmen dieser Arbeit gefasst wird, besonders effektiv beschränkbar, wenn sichergestellt wäre, dass außer einem Sachverständigen oder dem Gericht selbst die geheimen Beweismittel niemand zu Gesicht bekommt.[2233] Insofern könnten insbesondere §§ 16-21 GeschGehG als Vorbild herangezogen werden.

3. Persönliche Unzumutbarkeit der Offenlegung gemäß § 275 Abs. 3 BGB

Schließlich kann der persönlich zu einer Leistung Verpflichtete diese gemäß § 275 Abs. 3 BGB verweigern, wenn sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Berechtigten nicht zugemutet werden kann. Jedenfalls bei einer Auskunftspflicht handelt es sich regelmäßig um eine vom Schuldner persönlich zu erbringende Leistung.

Bei Offenlegungspflichten dürfte die Verweigerung der Leistung gemäß § 275 Abs. 3 BGB hingegen nur selten in Betracht kommen. Hier kann die Leistung – Herausgabe des Beweismittels – auch bewirkt werden, indem die Sache dem Offenlegungsschuldner weggenommen und dem Offenlegungs-

2229 *Stadler*, in: FS-Leipold, S. 211, 213.
2230 *Stadler*, Schutz von Unternehmensgeheimnissen, S. 222 ff.; *Stadler*, in: FS-Leipold, S. 214 (Fn. 57) m. w. N.; *Götting,* GRUR Int 1988, 729, 743.
2231 *Stürner*, in: FS-Vollkommer, S. 214; *Stürner,* JZ 1985, 453, 459.
2232 *Blome/Fritzsche,* NZKart 2019, 247, 248.
2233 Vgl auch. *Binder,* ZZP 122 (2009), 187, 222; zur Konstruktion eines *in camera*-Verfahrens im deutschen Zivilprozessrecht *Rausch*, Stärkung des Informationsanspruchs (dem eine besonders effiziente *black box (arca nigra*) vorschwebt); *Müller/Aldick,* ZIP 2020, 9, 13 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

gläubiger übergeben wird. Die Mitwirkung des Offenlegungsschuldners ist hier nicht in jedem Fall notwendig.

Im Rahmen der persönlichen Unzumutbarkeit finden insbesondere rechtliche Konfliktsituationen Beachtung.[2234] Dabei kann nicht nur die Kollision widerstreitender Pflichten berücksichtigt werden, sondern auch die Wahrnehmung höherwertiger Interessen.[2235] Insbesondere, wo die Offenlegung von einem Dritten verlangt wird, muss beachtet werden, dass dieser im Hauptprozess als Zeuge gemäß § 384 Nr. 3 ZPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sein kann. Um Wertungswidersprüchen vorzubeugen, muss es ihm als Offenlegungsschuldner in dieser Situation gestattet sein, die Offenlegung gemäß § 275 Abs. 3 BGB zu verweigern.

a) Rechte Dritter und Pflichtenkollision

Müsste der Schuldner durch die Offenlegung gegen andere Rechtspflichten, die sich nicht aus dem Gesetz ergeben, verstoßen, so handelt es sich nicht um einen Fall der rechtlichen Unmöglichkeit. Fälle der rechtlichen Unmöglichkeit[2236] zeichnen sich dadurch aus, dass der Schuldner zur Bewirkung der Leistung gegen die Rechtsordnung verstoßen müsste und er zur Wahrung der „Einheit der Rechtsordnung" von der Leistungspflicht befreit wird.[2237]

Denkt man jedoch etwa an das Bankgeheimnis, das sich nicht aus dem Gesetz ergibt, sondern als vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht anerkannt ist und im Rahmen vertraglicher Regelungen vereinbart wird,[2238] wird deutlich, dass es sich nicht um einen Fall der rechtlichen Unmöglichkeit handelt. Ebenso wie bei einem *Non Disclosure Agreement* verpflichtet sich hier eine Partei vertraglich, bestimmte Informationen nicht offenzulegen. Sie ist also nicht von vornherein verpflichtet, die fraglichen Informationen geheim zu halten. Vielmehr hat die Partei in diesem Fall den Zustand, der sie and der Erfüllung der Offenlegungspflicht hindert, selbst herbeigeführt.

2234 *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 109; *Canaris*, in: FS-Cian, S. 385.

2235 *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 109.

2236 Dazu bereits o. Kapitel 6 B. I. 1. b) (S. 385).

2237 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 50.

2238 S. ausf. zu den Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses *Krepold/Zahrte*, in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022, § 8 Rn. 7 ff.; *Koberstein-Windpassinger,* WM 1999, 473, 474.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Ein Verstoß gegen eine solche Vereinbarung führt auch nicht zu einer Strafbarkeit gemäß § 203 StGB. Sollen Beweismittel offengelegt werden, die etwa Rückschlüsse auf vom Bankgeheimnis umfasste Informationen zulassen, so ist „[d]er Konflikt zwischen Aufklärungspflicht und Bankgeheimnis […] durch Güterabwägung zu lösen."[2239] Diese Güterabwägung kann im Rahmen von § 275 Abs. 3 BGB vorgenommen werden. In einer Situation, in der Pflichten kollidieren, die sich nicht aus dem Gesetz ergeben, sind im Rahmen der Abwägung die Folgen für den Offenlegungsschuldner, der nur einer von mehreren Pflichten nachkommen kann, zu berücksichtigen und dem Offenlegungsinteresse des Gläubigers gegenüberzustellen.[2240]

Unter § 275 Abs. 3 BGB fallen damit (insbesondere) rechtliche Konfliktsituationen, in denen der Schuldner die Verpflichtung aus einem Schuldverhältnis nur erfüllen kann, wenn er eine andere Pflicht verletzt. Unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten ist dieses Problem so aufzulösen, dass der Schuldner der höherwertigen Pflicht zu Lasten der anderen Pflicht folgen kann.[2241]

b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht des Schuldners

Weiterhin ist schon bei der Beweisermittlung im Zivilprozess anerkannt, dass eine Offenbarungspflicht ihre Grenzen findet, wo das allgemeine Persönlichkeitsrecht die Privat- und Intimsphäre besonders schützt.[2242] Diese Grenze ist etwa zu beachten, wenn die Offenlegung des vertraulich gesprochenen Wortes oder privater Aufzeichnungen verlangt wird.[2243] Auch wo die körperliche oder psychologische Untersuchung der anderen Partei verlangt werden kann, ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Schranke der Offenlegungsverpflichtung zu beachten. Allerdings ergibt sich die maßgebliche Wertung dann regelmäßig schon aus der entsprechenden Vorschrift.

2239 BGH, Urt. v. 27.11.1990 – XI ZR 308/89, NJW 1991, 85 juris-Rn. 17; zur zivilprozessualen Aufklärungspflicht so auch *Stürner*, in: FS-Vollkommer, S. 214.

2240 S. dazu u. Kapitel 6 C. (S. 407).

2241 *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 109.

2242 So schon *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 193 ff.; allg. zur „Sphärentheorie" s. BVerfG, Beschl. v. 03.06.1980 – 1 BvR 185/77, NJW 1980, 2070; BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969 – 1 BvL 19/63 – Mikrozensus, NJW 1969, 1707; *Specht-Riemenschneider*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.11.2022, § 823 Rn. 1488 ff.; *Peifer,* JZ 2013, 853, 857 f.

2243 *Ahrens*, in: FS-Kerameus, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

So bleibt etwa im Rahmen von § 1600d BGB grundsätzlich kein Raum mehr zur Abwägung, wenn die Vorschrift den Sachverständigenbeweis zur Vaterschaftsermittlung durch DNA-Gutachten explizit vorsieht.[2244]

In diesem Zusammenhang wird häufig die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte bei der Abwägung der jeweiligen Interessen zu berücksichtigen sein.[2245] Wird dem Staat die Verwertung höchstpersönlicher Tagebuchaufzeichnungen verwehrt,[2246] ist es nur unter besonderen Umständen vermittelbar, dass der private Offenlegungsgläubiger diese Aufzeichnungen einsehen darf. Wo elektronische Kommunikationsmittel sowohl für dienstliche als auch private Zwecke genutzt werden,[2247] wird besonders sorgfältig zu unterscheiden sein, ob eine herausverlangte Nachricht dem Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts unterfällt oder als dienstliche Kommunikation von der Offenlegungspflicht erfasst wird.[2248]

c) Schweigerechte

Nicht immer korrespondiert mit einem Schweigerecht auch eine (bei Verstoß dagegen strafbewehrte) Schweigepflicht, sodass keine rechtliche Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB vorliegt.[2249] Besonders augenscheinlich wird dies bei dem in Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 EMRK gewährten Recht, sich nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen (*nemo tenetur se ipsum accusare*).[2250] Der Betroffene wird hier nicht zum Schweigen verpflichtet. Es steht ihm jederzeit frei, ein Geständnis abzulegen. Allerdings kann er nicht zur ihn selbst belastenden Aussage gezwungen werden.[2251]

Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass ein Auskunftsschuldner nicht offenbaren muss, dass ein Dritter eine strafbare

2244 *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, Bd. 10, 8. Aufl. 2020, § 1600d Rn. 47, 61 ff.
2245 *Canaris*, in: FS-Cian, S. 387.
2246 BVerfG, Beschl. v. 14.09.1989 – 2 BvR 1062/87 – Tagebuchaufzeichnung, BVerfGE 80, 367.
2247 Zu *bring your own device*-Praktiken s. o. Kapitel 3 B. III. 3. b) bb) (S. 227 ff.).
2248 S. dazu auch *Binder,* ZZP 122 (2009), 187, 224 f.
2249 S. dazu o. Kapitel 6 B. I. 1. b) (S. 385); zu § 8 GeschGehG s. *Kehrer,* GRUR 2021, 31.
2250 Dazu schon *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess; zu den Rechtsgrundlagen des *nemo tenetur*-Grundsatzes s. *Schumacher*, Nemo tenetur im Spannungsfeld zu außerstrafrechtlichen Offenbarungspflichten, S. 46 ff.
2251 Ausf. *Verrel,* NStZ 1997, 361 ff., 415 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Handlung, im konkreten Fall einen Verstoß gegen § 17 UWG a.F., begangen hat.[2252] Dabei erkennt der Bundesgerichtshof zunächst die Gefahr einer unzulässigen Ausforschung.[2253] Außerdem wird betont, „da[ss] es weithin als anstößig empfunden wird, einen Dritten einer strafbaren Handlung zu bezichtigen."[2254] Eine Pflicht zur Offenbarung der Kenntnis von einer strafbaren Handlung ergebe sich nur in seltenen Fällen aus § 138 StGB.[2255] Diese Abwägung findet vollständig im Rahmen von § 242 BGB statt, wobei man durchaus auch zu dem Schluss kommen könnte, der Beklagte habe im zitierten Fall die fraglichen Informationen zu offenbaren.[2256]

Im Zusammenhang mit den zivilrechtlichen Offenlegungspflichten ist zu berücksichtigen, dass diese regelmäßig die Verwertung der im Zivilprozess offengelegten Informationen in einem Strafverfahren ausschließen (z. B. § 33g Abs. 9 GWB, § 140c Abs. 4 PatG i. V. m. § 140b Abs. 8 PatG). Fehlt eine entsprechende Vorschrift – wie etwa in § 8 GeschGehG – so ist der Schutz des Offenlegungsschuldners gleichwohl zu berücksichtigen. Auch im Insolvenzrecht, dem Arbeitsrecht, dem Steuerrecht sowie dem Recht des Behandlungsvertrags können vergleichbare Interessenkonflikte entstehen.[2257] Dabei betont das Bundesverfassungsgericht, dass die Gefahr der Strafverfolgung der Offenlegung nicht *per se* entgegenstehe. Allerdings können die offengelegten Informationen nicht ohne Einwilligung des zur Offenlegung Verpflichteten in einem Strafverfahren verwertet werden.[2258]

Handelt es sich beim Offenlegungsschuldner nicht um die Partei, gegen die der Hauptanspruch geltend gemacht wird, so kann er gemäß § 384 Nr. 1 ZPO das Zeugnis verweigern, wenn ihm aufgrund der Aussage ein unmittelbarer Vermögensschaden entstehen würde. Folglich müssen Unterlagen, die diese Informationen enthalten, nicht gemäß §§ 142 Abs. 1, 144

2252 BGH, Urt. v. 04.07.1975 – I ZR 115/73 – Ausschreibungsunterlagen, GRUR 1976, 367, 368.
2253 BGH, Urt. v. 04.07.1975 – I ZR 115/73 – Ausschreibungsunterlagen, GRUR 1976, 367, 369.
2254 BGH, Urt. v. 04.07.1975 – I ZR 115/73 – Ausschreibungsunterlagen, GRUR 1976, 367, 369.
2255 BGH, Urt. v. 04.07.1975 – I ZR 115/73 – Ausschreibungsunterlagen, GRUR 1976, 367, 369.
2256 Insgesamt krit. zu dieser Entscheidung *Fritze,* GRUR 1976, 369, 369 f.
2257 Ausf. *Schumacher*, Nemo tenetur im Spannungsfeld zu außerstrafrechtlichen Offenbarungspflichten, S. 116 ff.
2258 BVerfG, Beschl. v. 13.01.1981 – 1 BvR 116/77 – Gemeinschuldner, BVerfGE 56, 37 juris-Rn. 27; s. dazu auch *Stürner,* NJW 1981, 1757.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 1 S. 2 ZPO vorgelegt werden. Diese Wertungen sind im Rahmen einer materiell-rechtlichen Offenlegungspflicht zu berücksichtigen.[2259]

Sodann kann nach herrschender Auffassung ein Glaubens- oder Gewissenskonflikt ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 275 Abs. 3 BGB begründen.[2260] Das gilt auch für den Umstand, dass die Offenlegung bestimmter Informationen nicht nach deutschem, wohl aber nach dem Recht eines anderen Staates verboten ist.[2261]

II. Schikaneverbot

Der Schuldner muss die verlangten Beweismittel nicht zur Verfügung stellen, wenn der Gläubiger bereits (vollständige) Kenntnis von den in Rede stehenden Tatsachen hat. In diesem Fall hat die Offenlegung für den Gläubiger keinen objektiven Nutzen und keinen anderen Zweck, als dem Schuldner unnötigen Aufwand und damit einen Schaden zu verursachen.[2262] Dieser Gedanke kommt schon in dem in § 226 BGB normierten Schikaneverbot zum Ausdruck. Der Schaden braucht nicht vermögensrechtlicher Natur zu sein; vielmehr genügt die Verletzung immaterieller Werte und Interessen.[2263] Zu beachten ist jedoch, dass jedes objektiv erkennbare berechtigte Interesse an der Rechtsausübung den Schikaneeinwand ausschließt.[2264]

Außerdem kann der Schuldner die Leistung verweigern, wenn der Gläubiger die Beweismittel nicht benötigt, um seinen Hauptanspruch zu beweisen. In diesem Sinne kommt ein Offenlegungsanspruch nicht in Betracht, wenn sich der Berechtigte die fraglichen Informationen aus eigenen Unter-

2259 S. dazu OLG Stuttgart, Beschl. v. 04.03.2019 – 1 W 41/18, 1 W 42/18.

2260 *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 110; *Canaris*, in: FS-Cian, S. 390 f., 402 ff.; *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 190 f.

2261 *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 112; siehe dazu schon Teil I Titel 5 § 376 des Allgemeinen Preußischen Landrechts: *„Doch kann der Verpflichtete zur Erfüllung auf die bestimmte Art gar nicht angehalten werden, wenn damit eine wahrscheinliche Gefahr des Lebens, der Gesundheit oder der Freiheit für ihn verbunden sein würde."*

2262 Vgl. *Ellenberger*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 226 Rn. 2.

2263 *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 226 Rn. 4.

2264 *Grothe*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 226 Rn. 4 m. w. N.; zu diesen Einwänden im Zivilprozess, s. *Baumgärtel,* ZZP 69 (1956), 89, 115 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

lagen selbst beschaffen kann oder wenn ihm ein vorrangiger Anspruch gegen einen anderen Schuldner zusteht.[2265]

§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 3, Nr. 4 GWB bestimmen folgerichtig, dass bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer kartellrechtlichen Offenlegungspflicht auch berücksichtigt werden kann, ob sich die Beweismittel auf Tatsachen beziehen, die für den Rechtsstreit nicht erheblich sind oder die der Gläubiger nicht mehr beweisen muss, weil die Bindungswirkung gemäß § 33b GWB eingreift. Allerdings sind diese Beweismittel schon nicht zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs erforderlich im Sinne von § 33g Abs. 1 GWB,[2266] so dass es bereits an einer Tatbestandsvoraussetzung der Offenlegungspflicht fehlt.

III. Die Gebote von Treu und Glauben

Nach der hier vorgeschlagenen Konzeption wird die Reichweite der Offenlegung durch die zu bekannten Vorschriften etablierten Grundsätze beschränkt. Anlass der vorgeschlagenen Lösung ist die fehlende Trennschärfe zwischen Tatbestandsmerkmal und Leistungsverweigerungsrecht, wo eine materiell-rechtliche Aufklärungspflicht (allein) auf § 242 BGB gestützt wird. Es konnte gezeigt werden, dass viele der bislang unter § 242 BGB diskutierten Ansätze im Rahmen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts angemessen berücksichtigt werden können. Dennoch muss erkannt werden, dass sich einzelne Fallgruppen nicht unter diese Vorschriften subsumieren lassen, so dass nach wie vor Raum für die Beschränkung der Offenlegungspflicht durch § 242 BGB bleibt. Das gilt insbesondere dort, wo auf die zu § 242 BGB anerkannten Fallgruppen der Leistungsverweigerungsrechte zurückgegriffen werden kann.

1. Rechtsmissbrauch

Zum einen gilt das besonders für die Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs. Dabei lassen sich die Ausforschung sowie die zweckfremde Verwertung erlangter Beweismittel unter diesem Gesichtspunkt subsumieren.

2265 BGH, Urt. v. 08.02.2018 – III ZR 65/17, NJW 2018, 2629 Rn. 26; OLG Celle, Urt. v. 19.06.2003 – 11 U 10/03, NJW-RR 2003, 1715 juris-Rn. 41 ff.; *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 260 Rn. 7 m. w. Beispielen.

2266 S. dazu o. Kapitel 2 B. III. 1. c) (S. 145 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Ausforschung

Immer wieder wurde betont, dass Informationsansprüche nicht zur Ausforschung des Prozessgegners missbraucht werden dürfen. In diesem Zusammenhang wird immer wieder vor „amerikanischen Verhältnissen" und den damit verbundenen *fishing expeditions* gewarnt. Wo Offenlegungsansprüche gesetzlich normiert wurden, wurde dies auch vom Gesetzgeber hinlänglich betont.[2267] Es ist deshalb ohne Weiteres anzuerkennen, dass der Grundsatz von Treu und Glauben die Offenlegungsansprüche dort beschränkt, wo die uferlose Ausweitung droht.[2268] Eine äußerste Grenze ist dort zu ziehen, wo die Auskunft nicht mehr der Nachprüfung, sondern einer unzulässigen Ausforschung des Gegners dient.[2269] In diesen Fällen fehlt es jedoch schon an einem schutzwürdigen Interesse des Offenlegungsschuldners[2270] und damit im Rahmen der oben dargestellten Offenlegungsansprüche an der Erforderlichkeit.[2271]

Eine § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB entsprechende Regelung erscheint vor diesem Hintergrund nicht notwendig, wenn die Erforderlichkeit der Offenlegung schon Tatbestandsvoraussetzung der Offenlegungsverpflichtung ist (anders demgegenüber Art. 5 Abs. 3 lit. a) SERL).[2272] Die Vorschrift betont (eher deklaratorisch), dass Offenlegung besonders dann in Betracht kommt, wenn der Offenlegungsgläubiger deutlich machen kann, dass es für die Geltendmachung des Hauptanspruchs gerade auf die herausverlangten Beweismittel ankommen wird.[2273]

Berücksichtigt man, dass im Rahmen der Erforderlichkeit schon auf Tatbestandsebene geprüft werden kann, ob der Gläubiger die fraglichen Informationen tatsächlich benötigt und, dass man auch sich aus dem Schikaneverbot gemäß § 226 BGB ergebende Überlegungen berücksichtigen kann, dürfte für die Beschränkung der Offenlegungsansprüche gemäß § 242 BGB nur noch wenig Raum bleiben. Dabei kann die Beweisnot des Gläubigers

2267 S. nur Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 63.
2268 BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, NJW 2009, 1209 juris-Rn. 11, 12; *Marburger*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, vor §§ 809-811 Rn. 5.
2269 *Haeffs*, Auskunftsanspruch, S. 151.
2270 *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 242 Rn. 50.
2271 S. o. Kapitel 2 B. I. 1. a) (S. 109), Kapitel 2 B. II. 1. d) (S. 124) Kapitel 2 B. III. 1. c) (S. 145).
2272 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 82.
2273 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 87.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

hinreichend überprüft und berücksichtigt werden.[2274] Die Beschränkung der Offenlegungsverpflichtung auf dieser Grundlage erscheint vor allem dort angemessen, wo festgestellt werden kann, dass der Offenlegungsanspruch dazu missbraucht wird, um an schutzwürdige Informationen des Offenlegungsschuldners zu gelangen und dies anders nicht verhindert werden kann.[2275]

b) Prozessfremde Verwertungszwecke

Gleiches gilt, wenn festgestellt werden kann, dass die herausverlangten Beweismittel missbräuchlich ausgenutzt werden sollen.[2276] Dabei kann insbesondere an Fälle des *discovery sharing* gedacht werden, in denen die erlangten Informationen nach Abschluss des Prozesses an interessierte Dritte weitergegeben werden.[2277] Nachdem die Offenlegungspflicht erkennbar nicht zu diesem Zweck konstruiert wurde, kann sie in diesen Fällen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs beschränkt werden. Indes wird der Nachweis eines entsprechenden nachprozessualen Verhaltens kaum zu führen sein. Als Indiz kann jedoch ein entsprechendes Verhalten in anderen Verfahren dienen.

Unter Umständen kann sich der Offenlegungsschuldner in diesen Fällen damit behelfen, dass er sich mit der Offenlegung unter der Bedingung einverstanden erklärt, dass der Offenlegungsgläubiger eine entsprechende Verschwiegenheitsvereinbarung unterzeichnet oder beim Gericht beantragt, dass die Verurteilung zur Offenlegung nur unter dem Vorbehalt einer Sicherungsleistung für den Fall des Geheimnisverrats ausgesprochen wird.[2278] Dabei ist zu beachten, dass ein Auskunftsanspruch teilweise schon dann für unangemessen gehalten wird, wenn die dadurch erlangten Informationen nicht an Dritte weitergegeben werden, sondern vom Auskunfts-

2274 S. aber *Chudoba*, Ausforschender Beweisantrag, S. 159, der freilich nicht auf diese materiell-rechtlichen Beschränkungen der Beweismitteloffenlegung eingeht.

2275 *Bork*, NJW 1997, 1665, 1669.

2276 RG, Urt. v. 07.11.1908 – I 638/07 – Nietzsche-Briefe, RGZ 69, 401, 406; *Ahrens*, in: FS-Kerameus, S. 13; *Budde*, in: FS-Semler, S. 792.

2277 S. dazu im US-amerikanischen Recht o. Kapitel 3 D. III. (S. 254); Benham, 71 Wash. & Lee L. Rev. 2181, 2225 (2014); Lawrence, 138 U. Pa. L. Rev. 549 (1989).

2278 Zur Antragsstellung s. u. Kapitel 6 D. (S. 409).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

gläubiger selbst zur Geltendmachung weiterer Ansprüche eingesetzt werden sollen.[2279]

2. Widersprüchliches Verhalten

Zum anderen kann hier die Fallgruppe des widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium)* berücksichtigt werden. Unterlässt es der Gläubiger eines Informationsanspruchs vorsätzlich, sich die Information selbst – auf anderem und einfacherem Wege – zu verschaffen, so kann die Rechtsausübung ebenfalls unzulässig sein. In diesem Fall ist das frühere Verhalten des Gläubigers mit dem späteren unvereinbar und der Schutz der Interessen des Schuldners kann in diesem Fall besondere Berücksichtigung finden.[2280]

C. Übergeordnete Interessen der Allgemeinheit

Schwierigkeiten bereiten Fälle, in denen übergeordnete Interessen der Allgemeinheit der Offenlegung entgegenstehen. Diese Interessen können im Rahmen der im allgemeinen Schuldrecht vorzunehmenden Güterabwägung keine Berücksichtigung finden, weil dort nur die Interessen der am Schuldverhältnis beteiligten Parteien eine Rolle spielen. Allerdings finden übergeordnete Interessen der Allgemeinheit regelmäßig Ausdruck in gesetzlichen Vorschriften. Müsste durch die Leistungserbringung gegen eine solche Vorschrift verstoßen werden, darf der geschuldete Erfolg aus Rechtsgründen nicht herbeigeführt werden. Es liegt dann ein Fall der rechtlichen Unmöglichkeit vor.[2281] Im oben dargestellten englischen U-Boot-Fall[2282] wäre die Leistungserbringung etwa unmöglich, weil es dem (deutschen) U-Boot-Hersteller gemäß § 353b Abs. 2 StGB i. V. m. der entsprechenden Geheimhaltungsverpflichtung verboten wäre, die Konstruktionspläne offenzulegen.[2283]

Allerdings kommt etwa in § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB, wonach die Wirksamkeit der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung im Rahmen der

2279 *Ungern-Sternberg,* WRP 1984, 55, 57.
2280 Vgl. *Grüneberg*, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 242 Rn. 55 ff.
2281 S. dazu o. Kapitel 6 B. I. 1. b) (S. 385).
2282 S. o. Fn. 1634 (S. 283).
2283 *Perron/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 353b Rn. 11 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Offenlegungsverpflichtung zu berücksichtigen ist, zum Ausdruck, dass dort übergeordnete Interessen der Allgemeinheit berücksichtigt werden sollen, ohne dass die Offenlegung durch gesetzliche Vorschrift untersagt wäre. Mit Blick auf diese konkrete Vorschrift ist aber zu beachten, dass sie nicht durch die Kartellschadensersatzrichtlinie vorgegeben ist. Vielmehr wird das Zusammenspiel zwischen öffentlicher und privatrechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung auch im Bereich des Zugangs zu Beweismitteln in den Art. 5 bis Art. 7 SERL detailliert ausgestaltet. In Umsetzung dieser Vorschriften sind bestimmte Aktenbestandteile schon gemäß § 33g Abs. 4, Abs. 5 GWB von der Offenlegung ausgenommen. Eine weitere Einschränkung der Offenlegung widerspricht den Zielen der Richtlinie.[2284] Auch EGr. 26 DSRL bringt deutlich zum Ausdruck, dass der Ausschluss der Offenlegung nur für Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen gelten soll. Insgesamt kann einer solchen Beschränkung daher kaum Bedeutung zukommen.[2285] Die Offenlegung sollte auf dieser Grundlage nur mit größter Zurückhaltung beschränkt werden.[2286] Die Vorschrift muss jedenfalls vor dem Hintergrund der besonderen Gegebenheiten im Kartellrecht gesehen werden und kann nicht verallgemeinert werden.

Vor diesem Hintergrund fällt es schwer, überhaupt einen Fall zu konstruieren, in dem der Erfüllung der Offenlegungspflicht übergeordnete Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen, die Erfüllung jedoch nicht gesetzlich verboten ist. Gleichwohl kann es Fälle geben, in denen die Offenlegungsverpflichtung entsteht, die Offenlegung selbst aber verboten ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn das Leistungsverbot dem Entstehen der Offenlegungsverpflichtung nachfolgt (*intervening illegality*).[2287] In solchen Fällen kann ein Leistungsverweigerungsrecht unter Umständen in analoger Anwendung von § 134 BGB oder im Zusammenhang mit § 242 BGB konstruiert werden. Allerdings wird dies stark von den Umständen des Einzelfalles abhängig sein, so dass eine allgemeine Lösung hier nicht vorgeschlagen werden kann.

2284 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 98; *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 47.

2285 *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 98; *Podszun/Kreifels,* GWR 2017, 67, 71.

2286 *Bornkamm/Tolkmitt*, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 47.

2287 Zur entsprechenden Konstellation bei vertraglichen Verpflichtungen *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Nicht ohne Weiteres erschließt sich jedoch, weshalb umgekehrt das Interesse des Gläubigers an der Offenlegung schwerer wiegen soll, wenn die Offenlegung zugleich dem Interesse der Allgemeinheit dient.[2288] Allerdings werden diese Fälle häufig so liegen, dass der Gläubiger versucht, ein (auch) allgemein schädliches Verhalten zu unterbinden. Insoweit deckt sich das Gläubigerinteresse mit dem Allgemeininteresse und die Allgemeinheit hat gewisse Erwartungen an die Rechtsdurchsetzung durch den Gläubiger.

D. Antragstellung und Verschwiegenheitsverpflichtung des Gläubigers

I. Schutz vertraulicher Informationen auf gesetzlicher Grundlage

Erkennt der Gläubiger, dass sein Offenlegungsverlangen ohne besondere Schutzmaßnahmen dem Offenlegungsschuldner nicht zumutbar sein dürfte, so sollte er bereits im Rahmen der Antragstellung darauf achten, die Verurteilung unter den Vorbehalt der genannten Sicherungsmöglichkeiten zu stellen. Insbesondere kann er dabei die Herausgabe nicht an sich selbst, sondern an einen ihm gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten beantragen. Durch sachgerechte Antragstellung kann so das Unverhältnismäßigkeitsverdikt und damit eine (teilweise) Klageabweisung vermieden werden.

In diesem Sinne erkennt auch Art. 9 Abs. 1 GeschGehRL, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen in den fraglichen Fällen auch dadurch erreicht werden kann, dass es den Verfahrensbeteiligten (u. a. Parteien, Vertreter, Zeugen, Sachverständige) verboten wird, die erlangten Informationen nach dem Ende des Verfahrens zu nutzen oder Dritten offenzulegen. Diese Vorgabe wurde in § 16 GeschGehG umgesetzt. Obwohl die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nicht auf andere Zivilverfahren als Geschäftsgeheimnisstreitsachen anwendbar ist, kann sie dort unter Umständen im Wege der analogen Anwendung zu sachgerechten Entscheidungen führen.[2289]

2288 BGH, Urt. v. 17.05.2001 – I ZR 291/98 – Entfernung der Herstellungsnummer II, GRUR 2001, 841 juris-Rn. 39; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 9 UWG Rn. 5.18; *Büch*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 38 Rn. 9.

2289 *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 16 GeschGehG Rn. 15; ausf. *Müller/Aldick,* ZIP 2020, 9, 10 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Schutz vertraulicher Informationen durch Vereinbarung

Weiterhin kann der Gläubiger schon vor Klageerhebung dem Offenlegungsschuldner ein Angebot zum Abschluss einer Geheimhaltungsvereinbarung unterbreiten. Die Vorschriften über die Offenlegung sind – wie Rechenschaftspflichten und alle anderen schuldrechtlichen Verpflichtungen – dispositiv.[2290] Gerade im Kartellrecht besteht ein erhebliches Interesse weiterer Kartellgeschädigter, die von einem Geschädigten gewonnenen Erkenntnisse in die von ihnen geführten Prozesse einzuführen. Um deutlich zu machen, dass der Offenlegungsgläubiger nicht beabsichtigt, die erlangten Beweismittel zu anderen Zwecken als der Geltendmachung seines eigenen Hauptanspruchs zu verwenden, kann sich ein solches Vorgehen empfehlen. Allerdings kann auch das Gericht die Offenlegung unter dem Vorbehalt einer entsprechenden Einschränkung gemäß § 89b Abs. 7 GWB anordnen.[2291]

Wird der Antrag nicht unter einem solchen Vorbehalt gestellt oder unterbreitet der Gläubiger kein entsprechendes Angebot, muss berücksichtigt werden, dass das Gericht nicht nur zwischen Verurteilung zur Offenlegung und Klageabweisung entscheiden, sondern selbst die entsprechenden Sicherungsmaßnahmen anordnen kann. Zu diesem Zweck kann der Offenlegungsschuldner für den Fall, dass er mit seinem Klageabweisungsantrag nicht durchdringt, hilfsweise die Verurteilung unter dem Wirtschaftsprüfervorbehalt[2292] oder dem Vorbehalt einer Sicherheitsleistung durch den Gläubiger beantragen. Von Gesetzes wegen ist eine solche Beschränkung jedoch nicht vorgesehen.

Insgesamt kann es sich empfehlen, den Weg der außergerichtlichen Streitbeilegung zu beschreiten, wo jedoch grundsätzlich andere Regeln vereinbart werden können. Die Geheimhaltungsvereinbarung kann etwa auch in einem Vergleich vereinbart werden. Außerdem hätte ein solches Vorgehen den Vorteil, dass der gesamte Vorgang – anders als ein Urteil – nicht öffentlich würde.[2293]

2290 *Budde*, in: FS-Semler, S. 792; *Locher,* NJW 1968, 2324, 2326 m. w. N.
2291 Z. B. LG Hannover, Beschl. v. 17.12.2020 – 13 O 265/20, NZKart 2021, 127; dazu *Rigod/Haberrecker,* NZKart 2021, 158.
2292 S. schon RG, Urt. v. 07.11.1908 – I 638/07, RGZ 69, 401, 406.
2293 *Meier/Schmoll,* WuW 2018, 445, 450.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

E. Beweislast und Auswirkungen im Prozess

Die vorgeschlagene Konstruktion scheint auch mit Blick auf die Beweislast gut vertretbar. Der Offenlegungsgläubiger hat nach allgemeinen Regeln alle ihm günstigen und damit die anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale darzulegen und zu beweisen.[2294] Unter Umständen können dabei auch die Regeln zur sekundären Darlegungslast und dem Anscheinsbeweis fruchtbar gemacht werden.

Macht der Offenlegungsschuldner geltend, die Offenlegung sei unverhältnismäßig, so hat er dies darzulegen und zu beweisen. Weil die Frage der Zumutbarkeit nach der vorgeschlagenen Konzeption nicht Voraussetzung eines Informationsanspruchs,[2295] sondern im Rahmen der Leistungsverweigerungsrechte zu berücksichtigen ist,[2296] ist diesbezüglich der Beklagte darlegungs- und beweisbelastet.[2297] Es handelt sich nicht etwa um die Umkehr der Beweislast, sondern um eine konsequente Anwendung hergebrachter Grundsätze. Ebenso trägt der Offenlegungsschuldner die Beweislast dafür, dass er seine Offenlegungverpflichtung erfüllt hat.[2298] Ist er also der Auffassung, er habe alle von der Offenlegungspflicht erfassten Beweismittel herausgegeben, muss er dies im Bestreitensfalle beweisen.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Schuldner nicht unbillig benachteiligt wird. Insbesondere darf diese Konstruktion nicht dazu führen, dass dem Gläubiger im Ergebnis doch die Ausforschung des Schuldners ermöglicht wird. Das ist besonders problematisch, wenn der Offenlegungsschuldner zur Geltendmachung einer Einrede gerade die Informationen offenlegen müsste, deren Schutzwürdigkeit er zu beweisen versucht. In analoger Anwendung von § 20 Abs. 3 GeschGehG könnte der Schuldner dabei entlastet werden, indem er nur glaubhaft machen muss, die Offenlegung sei unverhältnismäßig.

2294 S. nur *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor § 284 Rn. 17a; vgl. auch *Gomille,* JZ 2018, 711.

2295 So zu § 260 BGB *Krüger*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 260 Rn. 20, 45; *Bittner*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 260 Rn. 21.

2296 Ohne diese Unterscheidung etwa *v. Gamm*, in: FS-Vieregge, S. 262.

2297 *Greger*, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor § 284 Rn. 17a; *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 114.

2298 Grds. BGH, Beschl. v. 26.04.2007 – I ZB 82/06, NJW-RR 2007, 1475 Rn. 19; *Haft*, in: Cepl/Voß, 3. Aufl. 2022, § 888 ZPO Rn. 29.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

F. Zusammenfassung

Es konnte gezeigt werden, dass eine grundsätzlich weit gefasste Offenlegungsverpflichtung weitgehend mit etablierten Mechanismen des allgemeinen Schuldrechts beschränkt werden kann. Vor allem § 275 BGB erlaubt es, die im Zusammenhang mit der Offenlegung auftretenden Probleme im Rahmen vertrauter Grundsätze zu behandeln. Stehen der Offenlegung tatsächliche Hindernisse entgegen, lässt sich ein Leistungsverweigerungsrecht ohne Weiteres auf § 275 Abs. 1 BGB stützen.[2299] Gleiches gilt, wenn zur Leistungserbringung gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen werden müsste.[2300] Wo mit der Offenlegung ein unverhältnismäßiger Aufwand und damit exorbitante Kosten verbunden sind, liefert § 275 Abs. 2 BGB Leitlinien, innerhalb derer beurteilt werden kann, ob die Leistung verweigert werden darf.[2301] Kollidieren sonstige Interessen, insbesondere persönliche Interessen des Offenlegungsschuldners mit seiner Offenlegungsverpflichtung, kann dies im Rahmen von § 275 Abs. 3 BGB berücksichtigt werden.[2302]

In Fällen, in denen ein Leistungsverweigerungsrecht nicht auf § 275 BGB gestützt werden kann, kann auf die im Rahmen von § 242 BGB anerkannten Grundsätze, insbesondere die an den Rechtsmissbrauch und ein widersprüchliches Verhalten geknüpften Rechtsfolgen, zurückgegriffen werden.[2303] Erscheint die Offenlegung rein mutwillig und ist kein damit verbundener Nutzen für den Offenlegungsgläubiger erkennbar, kann ein Leistungsverweigerungsrecht auch auf § 226 BGB gestützt werden.[2304]

Schwierigkeiten bereiten Fälle, in denen übergeordnete Interessen der Allgemeinheit der Offenlegung entgegenstehen. Diese Interessen können nicht in die vom allgemeinen Schuldrecht vorgesehenen Abwägungen eingestellt werden. Allerdings scheinen Fälle, in denen übergeordnete Interessen der Allgemeinheit nicht auch gesetzlich abgesichert sind, und die deshalb unter § 275 Abs. 1 BGB subsumiert werden können, kaum denkbar.[2305]

Der Offenlegungsgläubiger kann durch geschickte Antragstellung verhindern, dass die Offenlegung für zu weitgehend und damit für unverhältnismäßig befunden wird. Dabei kann er insbesondere auf die Herausgabe der

2299 S. o. Kapitel 6 B. I. 1. a) (S. 384).
2300 S. o. Kapitel 6 B. I. 1. a) (S. 384 f.).
2301 S. o. Kapitel 6A.I.2 (S. 10).
2302 S. o. Kapitel 6 B. I. 3. (S. 398).
2303 S. o. Kapitel 6 B. III. (S. 404).
2304 S. o. Kapitel 6 B. II. (S. 403).
2305 S. o. Kapitel 6 C. (S. 407).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Beweismittel an sich selbst verzichten und stattdessen die Herausgabe an einen ihm gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten beantragen, oder sich selbst gegenüber dem Offenlegungsschuldner zur Verschwiegenheit verpflichten.[2306] Die vorgeschlagene Konstruktion fügt sich sodann ohne Weiteres in die anerkannten Grundsätze zur Beweislast ein.[2307]

2306 S. o. Kapitel 6 D. (S. 409).
2307 S. o. Kapitel 6 E. (S. 411).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Zusammenfassung des dritten Teils

Anlass zu dieser Untersuchung gab insbesondere § 33g Abs. 1 GWB, wo im Zusammenhang mit Kartellschadensersatzansprüchen die Verpflichtung des Anspruchsgegners normiert ist, dem Gläubiger die Beweismittel, die er benötigt, um seinen Kartellschadensersatzanspruch geltend machen zu können, herauszugeben. Eine solche Offenlegungsverpflichtung erscheint auch zur Erleichterung der Geltendmachung anderer Ansprüche sinnvoll.

Unter der Annahme einer allgemein gültigen Offenlegungsverpflichtung, die dem Vorbild von § 33 Abs. 1 GWB nachgebildet ist, wurde sodann untersucht, in welcher Weise die Offenlegung zur Erfüllung des Offenlegungsanspruchs erfolgen müsste. Diese Offenlegungspflicht wird erfüllt, indem alle zur Sachverhaltsaufklärung durch diese andere Partei erforderlichen Beweismittel, auf die der Offenlegungsschuldner Zugriff hat, herausgegeben werden und deren Untersuchung geduldet wird. Der Begriff der Beweismittel korrespondiert mit dem zivilprozessualen *numerus clausus* der Beweismittel, solange mit diesen die für den Fall relevanten Informationen abschließend belegt werden können. Sodann ist ein Beweismittel erforderlich, wenn nur damit ein gewisser Umstand, der der beweisverpflichteten Partei günstig ist, belegt werden kann. Schließlich hat der Offenlegungsschuldner auch dann Zugriff auf ein Beweismittel, wenn er es von einem Dritten, in dessen unmittelbarem Besitz sich das Beweismittel befindet, herausverlangen kann.

Verglichen mit dem hergebrachten Verständnis zum Umfang einer Offenlegungspflicht, erscheint diese Konstruktion zunächst weit. Tatsächlich ist das gefundene Ergebnis der Reichweite der US-amerikanischen *pre-trial discovery* zunächst durchaus vergleichbar. Allerdings war schon vor der Kodifizierung von § 33g GWB anerkannt, dass „amerikanische Verhältnisse" im Zusammenhang mit dem Zugang zu Beweismitteln, die sich nicht in den Händen des Beweisbelasteten befinden, nicht gewünscht sind.[2308]

Die Offenlegungspflicht wird jedoch – wie jede andere Leistungspflicht – bereits durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beschränkt. Ist die Offenlegung unverhältnismäßig, kann der Offenlegungsschuldner ein

2308 Ausf. *Zekoll/Bolt,* NJW 2002, 3129 ff.; s. zu § 33g GWB *Weber,* ZZP 131 (2018), 457, 466.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Leistungsverweigerungsrecht geltend machen. Ein solches Leistungsverweigerungsrecht lässt sich regelmäßig schon auf Grundlage des allgemeinen Schuldrechts begründen. Wo besondere Interessenkonstellationen ein davon abweichendes Leistungsverweigerungsrecht erfordern, kann dies im Rahmen spezialgesetzlicher Offenlegungsansprüche zum Ausdruck gebracht werden.

Es sollte bei der Bestimmung der Reichweite der Offenlegungsansprüche verhindert werden, dass der Ausspruch

> *"If there is a hell to which disputatious, uncivil, vituperative lawyers go, let it be one in which the damned are eternally locked in discovery disputes with other lawyers of equally repugnant attributes"*[2309]

von einem deutschen Richter zitiert werden muss. Dazu lässt sich die grundsätzlich weit gefasste Offenlegungsverpflichtung sinnvoll nach anerkannten Grundsätzen des allgemeinen Schuldrechts beschränken. Analog zur oben zitierten Metapher der Röntgenaufnahmen, mit denen die *pretrial discovery* verglichen wurde und wo die damit verbunden Vorzüge womöglich über Gebühr gelobt wurden,[2310] muss auch im Zusammenhang mit den Offenlegungsansprüchen darauf geachtet werden, dass die Offenlegung nicht zu langfristig unerwünschten Folgen führt.[2311] Insbesondere sind die Auswirkungen der Offenlegung auf die Effizienz der Gerichte und die Verfahrensökonomie zu berücksichtigen. Es ist wenig wünschenswert, den Sachverhalt umfassend aufklären zu können, wenn sich dadurch Verfahren endlos in die Länge ziehen.

2309 Judge Wayne E Alley (Oklahoma, USA), Beobachtung aus dem Gerichtssaal, wiedergegeben bei *Andrews,* ZZP Int 8 (2003), 69, 85 (Fn. 119).

2310 Vgl. o. Kapitel 3 A. II. (S. 192, Fn. 1019).

2311 Nachdem das Röntgen Marktreife erreicht hatte, wurde es auf unterschiedlichste Weise eingesetzt. So erfreute es sich etwa im Schuhhandel besonderer Beliebtheit, weil so besonders gut untersucht werden konnte, ob ein neuer Schuh auch passt (sog. Schuh-Fluoroskop oder Pedoskop). Über die gesundheitlichen Folgen war damals noch nicht genug bekannt. S. dazu *Patalong,* Der Spiegel vom 02.10.2003, Na, Sohnemann, da strahlst du! (abrufbar unter https://www.spiegel.de/netzwelt/tech/durchsichtige-fuesse-na-sohnemann-da-strahlst-du-a-268071.html, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Abschließende Thesen

1. Zweck der Informationsansprüche ist regelmäßig die Beseitigung von Informationsasymmetrien. Diese stehen der effektiven Rechtsdurchsetzung im Wege, wo der Gläubiger zur Geltendmachung eines Hauptanspruchs gerade die Informationen benötigt, die nur der Schuldner kennt.
2. Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn Informationen zutreffend übermittelt werden. Zur Erfüllung eines Informationsanspruchs genügt es deshalb nicht, dass die Information in formell ordnungsgemäßer und nicht offensichtlich unrichtiger Weise erteilt wird. Vielmehr ist auch die Übermittlung der inhaltlich richtigen und vollständigen Informationen geboten.
3. Während Auskunft und Rechnungslegung die Zusammenstellung von Informationen betreffen, ermöglicht die Offenlegung die selbstständige Ermittlung von Informationen durch den Offenlegungsgläubiger. Der Offenlegungsanspruch wird seinem Zweck nur gerecht, wenn er die Herausgabe aller Beweismittel, die für die Geltendmachung des (Haupt-)Anspruchs notwendig sind, erfasst.
4. Gegenstand der Offenlegungspflicht sind alle Beweismittel, die zur Geltendmachung des (Haupt-)Anspruchs erforderlich sind und sich in der Verfügungsgewalt des Offenlegungsschuldners befinden.
   a) Der Begriff des Beweismittels kann unter Rückgriff auf das Zivilprozessrecht bestimmt werden. Ohne Weiteres können dabei Urkunden und Augenscheinsobjekte herausgegeben werden. Weil es bei Zeugen und Sachverständigen und auch der gegnerischen Partei an der zur Herausgabe erforderlichen Sachqualität fehlt, können diesbezüglich nur die Informationen herausverlangt werden, die erforderlich sind, um diese Personen im Prozess zu vernehmen.
   b) Erforderlich sind alle Beweismittel, die Rückschlüsse auf die zur Geltendmachung eines Anspruchs erforderlichen Informationen zulassen.
   c) Erfasst werden nicht nur Beweismittel, die sich im unmittelbaren Besitz des Offenlegungsschuldners befinden, sondern auch die Beweismittel, deren Herausgabe der Offenlegungsschuldner aufgrund eines Besitzmittlungsverhältnisses von einem Dritten verlangen kann.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

5. Offenlegen heißt zunächst herausgeben. Darüber hinaus hat der Offenlegungsschuldner die Untersuchung und Auswertung der herausgegebenen Beweismittel zu dulden. Je nach Art des Beweismittels ist der Offenlegungsgläubiger unter anderem berechtigt, Kopien oder Fotografien von dem Beweismittel zu fertigen, dieses in Betrieb zu nehmen, Proben durchzuführen oder das Beweismittel in seine Einzelteile zu zerlegen, solange die Gebrauchsfähigkeit des Beweismittels dadurch nicht nachhaltig beeinträchtigt wird oder die Gebrauchsbeeinträchtigung dem Offenlegungsschuldner zumutbar erscheint.
6. Der Einwand der Unverhältnismäßigkeit schränkt die Offenlegungspflicht ein. Zur Konkretisierung des Unverhältnismäßigkeitseinwands kann auf die im allgemeinen Schuldrecht bekannten Grundsätze zu den Leistungsverweigerungsrechten zurückgegriffen werden.
   a) Wo der Offenlegung tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegenstehen, ist sie gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich. Zu denken ist hier insbesondere an den Untergang des herauszugebenden Beweismittels oder Fälle, in denen das Beweismittel aufgrund einer Verschwiegenheitsverpflichtung des Offenlegungsschuldners nicht offenbart werden darf. Das gilt regelmäßig auch, wenn Geschäftsgeheimnisse Dritter offenbart werden müssten.
   b) Ist die Offenlegung nur unter erheblichem wirtschaftlichem Aufwand möglich, kann dies im Rahmen von § 275 Abs. 2 BGB berücksichtigt werden. Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung kann dann der zur Herausgabe der fraglichen Beweismittel erforderliche Aufwand ebenso berücksichtigt werden wie der Umstand, dass er ein eigenes Geschäftsgeheimnis offenlegen müsste. Insgesamt sind dabei jedoch strenge Maßstäbe anzulegen.
   c) Stehen persönliche Gründe der Offenlegung entgegen, so kann sich ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 Abs. 3 BGB ergeben. Hier ist zu berücksichtigen, dass höchstpersönliche Aufzeichnungen besonders geschützt werden und das Recht bestimmte Schweigerechte privilegiert. Das kann im Rahmen der hier gebotenen Interessenabwägung berücksichtigt werden.
   d) Fälle, die nicht unter § 275 BGB subsumiert werden können, werden regelmäßig im Rahmen der zu § 242 BGB anerkannten Fallgruppen berücksichtigt. Hat die Offenlegung für den Gläubiger (überhaupt) keinen erkennbaren Nutzen, kann sich ein Leistungsverweigerungsrecht auch aus § 226 BGB ergeben.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

7. Der Gläubiger kann mit sachgerecht formulierten Klageanträgen darauf hinwirken, dass die Offenlegung nicht unverhältnismäßig erscheint. So kann er die Herausgabe an einen ihm gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten verlangen oder sich selbst dem Schuldner gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichten.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Literaturverzeichnis

Abel, Stefan, Der Gegenstand des Auskunftsanspruchs im deutschen gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, in: Beier, Dietrich (Hrsg.), Festschrift für Jochen Pagenberg – Zum 65. Geburtstag, Köln 2006, S. 221 ff. (zit.: *Abel*, in: FS-Pagenberg).

Adams, Anton Piller Orders: An Introduction, [1985] EIPR 292.

Adler, David B., US-discovery und deutscher Patentverletzungsprozess, Berlin 2014 (zit.: *Adler*, US-discovery und Patentverletzungsprozess).

Adloff, Daniel, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im deutschen und französischen Zivilprozess, Tübingen 2007 (zit.: *Adloff*, Vorlagepflichten und Beweisvereitelung).

Affolter, Daniel, Die Durchsetzung von Informationspflichten im Zivilprozess, Bern/Stuttgart/Wien 1994 (zit.: *Affolter*, Durchsetzung von Informationspflichten).

Ahrens, Hans-Jürgen, Ärztliche Aufzeichnungen und Patienteninformation - Wegmarken des BGH, NJW 1983, 2609 ff.

–, Beweisermittlung für den deutschen Zivilprozess, in: National and Kapodistrian University of Athens, Faculty of Law, Research Institute of Procedural Studies (Hrsg.), Essays in Honour of Konstantinos D. Kerameus – Festschrift für Konstantinos D. Kerameus, Athens 2009, S. 1 ff. (zit.: *Ahrens*, in: FS-Kerameus).

Ahrens, Hans-Jürgen (Hrsg.), Der Wettbewerbsprozess - Ein Praxishandbuch, 9. Aufl., Köln 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess).

Alexander, Christian, Grundstrukturen des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen durch das neue GeschGehG, WRP 2019, 673 ff.

Althammer, Christoph, Materialisierung der amtswegigen Urkundenedition (§§ 143 ff. ZPO) als Folge der Umsetzung europäischen Schadensersatzrechts (insbesondere der Kartellschadensersatzrichtlinie), in: Schütze, Rolf A. (Hrsg.), Fairness Justice Equity - Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag, München 2017, S. 15 ff. (zit.: *Althammer*, in: FS Geimer).

–, Beweismittelherausgabe und Auskunftserteilung nach § 33g GWB und § 89b GWB n. F., in: Brinkmann, Moritz/Effer-Uhe, Daniel Oliver/Völzmann-Stickelbrock, Barbara/Wesser, Sabine/Weth, Stephan (Hrsg.), Dogmatik im Dienst von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung - Festschrift für Hanns Prütting zum 70. Geburtstag, Köln 2018, S. 207 ff. (zit.: *Althammer*, in: FS-Prütting).

Ambrus, Zoltán, Applied Technology in Litigation Proceedings (The Electronic Discovery Reference Model), in: Kengyel, Miklós/Nemessányi, Zoltan (Hrsg.), Electronic technology and civil procedure - New paths to justice from around the world, Dordrecht 2012, S. 285 ff. (zit.: *Ambrus*, in: Kengyel/Nemessányi (Hrsg.), Electronic Technology and Civil Procedure).

American Jurisprudence - Trials, San Francisco December2022 (zit.: AmJur Trials).

Andrews, Neil, Principles of Civil Procedure, London 1994 (zit.: N Andrews, *Principles of Civil Procedure*).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

–, English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System, Oxford 2003 (zit.: N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*).

–, The Pursuit of Truth in Modern English Civil Proceedings, ZZP Int 8 (2003), 69 ff.

Arens, Peter, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess, ZZP 96 (1983), 1 ff.

Arkfeld, Michael R., Arkfeld on Electronic Discovery and Evidence, 4th edn., Newark, N.J. 2022 (zit.: Arkfeld, Arkfeld on Electronic Discovery and Evidence).

Arlidge, Anthony/Eady, David/Smith, A. T.H., Arlidge, Eady & Smith on contempt, 5th edn., London 2019 (zit.: A Arlidge, D Eady and ATH Smith, *Arlidge, Eady & Smith on contempt*).

Arning, Marian/Moos, Flemming/Becker, Maximilian, Vertragliche Absicherung von Bring Your Own Device - Was in einer Nutzungsvereinbarung zu BYOD mindestens enthalten sein sollte, CR 2012, 592 ff.

Ascheberg, Leonie, Kartellrechtliche Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU, Jura 2016, 1101 ff.

Asendorf, Claus Dietrich, Auskunftsanprüche nach dem Produktpirateriegesetz und ihre analoge Anwendung auf Wettbewerbsverstöße, in: Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Fritz Traub zum 65. Geburtstag, Frankfurt a. M. 1994, S. 21 ff. (zit.: *Asendorf*, in: FS-Traub).

Aufdermauer, Christian, Zeitliche Anwendbarkeit der neuen Offenlegungsregeln des GWB, WuW 2017, 482 ff.

Bach, Albrecht/Wolf, Christoph, Neue Instrumente im Kartellschadensersatzrecht - Zu den Regeln über Offenlegung, Verjährung und Bindungswirkung, NZKart 2017, 285-294.

Bainbridge, David I., Intellectual Property, 10th edn., Harlow 2018 (zit.: DI Bainbridge, *Intellectual Property*).

Bakowitz, Michael, Informationsherrschaft im Kartellrecht, Der Umgang mit Dokumenten im Besitz der Wettbewerbsbehörden, Baden-Baden 2018 (zit.: *Bakowitz*, Informationsherrschaft).

Banzhaf, Volker, Der Auskunftsanspruch im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Heidelberg 1989 (zit.: *Banzhaf*, Auskunftsanspruch).

Baran, Sheila J., *Chicago Tribune Co. v. Bridgestone/Firestone, Inc.: "Good Cause" Wins the Battle, But Will Protective Orders Survive the Product Liability War?*, 53 Merc. L. Rev. 1675 (2002).

Bartels, Florian, Ein Blick in die Zukunft und der Blick ins Gesetz: Der BGH und die Hellseherei, ZJS 2011, 106 ff.

Bartz, Stefan/Grothenrath, Marco, „Bring Your Own Device"-Geräte in internen Ermittlungen, CCZ 2019, 184 ff.

Battenstein, Ralf, Instrumente zur Informationsbeschaffung im Vorfeld von Patent- und Urheberrechtsverletzungsverfahren, Der Vorlegungs- und Besichtigungsanspruch nach § 809 BGB und die Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, Hamburg 2006 (zit.: *Battenstein*, Instrumente zur Informationsbeschaffung).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Baumgärtel, Gottfried, Treu und Glauben, gute Sitten und Schikaneverbot im Erkenntnisverfahren, ZZP 69 (1956), 89-131.

Becker, Moritz, Die Pflicht zur Urkundenvorlage nach § 142 Abs. 1 ZPO und das Weigerungsrecht der Parteien, MDR 2008, 1309 ff.

Beckerman, John S., *Confronting Civil Discovery's Fatal Flaws*, 84 Minn. L. Rev. 505 (2000).

Beckhaus, Gerrit M., Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, Tübingen 2010 (zit.: *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten).

Beckhaus, Gesa K., Die Rechtsnatur der Erfüllung - Eine kritische Betrachtung der Erfüllungstheorien unter besonderer Berücksichtigung der Schuldrechtsmodernisierung, Tübingen 2013 (zit.: *Beckhaus*, Rechtsnatur der Erfüllung).

Beck-Online Großkommentar BGB, Müller-Engels, Gabriele (Hrsg.), München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOGK-BGB).

Beck'scher Online Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), 63. Ed., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK-BGB).

Beck'scher Online Kommentar zum Markenrecht, Kur, Annette/von Bomhard, Verena/Albrecht, Friedrich (Hrsg.), 31. Ed., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK-MarkenR).

Beck'scher Online Kommentar zum Patentrecht, Fitzner, Uwe/Lutz, Raimund (Hrsg.), 26. Ed., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK-PatR).

Beck'scher Online Kommentar zur Zivilprozessordnung, Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian (Hrsg.), 46. Ed., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK-ZPO).

Beck'sches Formularbuch IT-Recht, Weitnauer, Wolfgang/Mueller-Stöfen, Tilman (Hrsg.), 5. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Beck'sches Formularbuch IT-Recht).

Bemmann, Kau, Die tierärztliche Dokumentationspflicht und das Einsichtsrecht in tierärztliche Behandlungsunterlagen, VersR 2005, 760 ff.

Bender, Albrecht, Das postmortale Einsichtsrecht in Krankenunterlagen, Ein zivilrechtliches Spannungsverhältnis zwischen ärztlicher Dokumentations- und Schweigepflicht, Berlin 1998 (zit.: *Bender*, Postmortales Einsichtsrecht in Krankenunterlagen).

Benham, Dustin B., *Proportionality, Pretrial Confidentiality, and Discovery Sharing*, 71 Wash. & Lee L. Rev. 2181 (2014).

Benkard, Georg (Begr.), Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentkostengesetz, 11. Aufl., München 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: Benkard, PatG).

Berger, Christian, Beweisführung mit elektronischen Dokumenten, NJW 2005, 1016 ff.

Berlit, Wolfgang, Auswirkungen des Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums im Patentrecht, WRP 2007, 732 ff.

Binder, Jens-Hinrich, Pflichten zur Offenlegung elektronisch gespeicherter Informationen am Beispiel der Unternehmensdokumentation, ZZP 122 (2009), 187 ff.

Blome, Max-Niklas/Fritzsche, Alexander, Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Kartellschadensersatzprozess, NZKart 2019, 247 ff.

Bodewig, Theo, Praktische Probleme bei der Abwicklung der Rechtsfolgen einer Patentverletzung - Unterlassung, Beseitigung, Auskunft, GRUR 2005, 632-639.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Bogan, Aaron, Der ökonomische Sachverständige als „Berater des Gerichts" im Kartellschadensersatzprozess – Vor- und Nachteile einer frühzeitigen Sachverständigenbeteiligung, GRUR 2021, 140 ff.

Bömelburg, Regina, Der Selbstbelastungszwang im Insolvenzverfahren - eine Untersuchung zur Reichweite des Verwendungsverbotes gemäß § 97 Absatz 1 Satz 3 Insolvenzordnung, Köln 2004 (zit.: *Bömelburg*, Selbstbelastungszwang).

Böni, Franz, Europäische Richtlinie zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung - Maß aller Dinge für Privatgeschädigte?, EWS 2014, 324 ff.

Bork, Reinhard, Effiziente Beweissicherung für den Urheberrechtsverletzungsprozeß – dargestellt am Beispiel raubkopierter Computerprogramme, NJW 1997, 1665 ff.

Born, Gary/Westin, David, International Civil Litigation in United States Courts - Commentary and materials, Deventer/Boston 1990 (zit.: Born & Westin, International Civil Litigation in United States Courts - Commentary and materials).

Bosesky, Pino, Privatisierung und Informationszugang, Baden-Baden 2018 (zit.: *Bosesky*, Privatisierung und Informationszugang).

Boval, Bruno, Sicherungs- und einstweilige Maßnahmen im Zusammenhang mit Patentverletzungsklagen in Frankreich, GRUR Int 1993, 377 ff.

Brand, Peter-Andreas, Grenzen zivilprozessualer Wahrheit und Gerechtigkeit, NJW 2017, 3558 ff.

Brändel, Oliver C., Die Problematik eines Anspruchs auf ergänzende Rechnungslegung bei Schutzrechtsverletzungen, GRUR 1985, 616 ff.

Brandi-Dohrn, Matthias, Die Verfolgung von Softwareverletzungen mit den Mitteln des Zivilrechts, CR 1985, 67 ff.

–, Probleme der Rechtsverwirklichung beim Schutz von Software, CR 1987, 835 ff.

–, Wer hat die eidesstattliche Versicherung auf die Richtigkeit einer Auskunft zu leisten?, GRUR 1999, 131 ff.

Brandt, Verena, Das englische Disclosure-Verfahren - Ein Modell für Zugang zu Information und Beweis im deutschen Zivilprozess?, Tübingen 2015 (zit.: *Brandt*, Disclosure).

Brealey, Mark/Green, Nicholas/George, Kyla, Brick Court Chambers Competition Litigation, UK practice and procedure, 2nd edn., Oxford 2019 (zit.: M Brealey, N Green and K George, *Brick Court Chambers Competition Litigation*).

Breyer, Michael, New Trends in Pre-Action - Neuere Entwicklungen im vorprozessualen Bereich, in: Gilles, Peter/Pfeiffer, Thomas (Hrsg.), Neue Tendenzen im Prozessrecht - New Trends in Procedural Law, Baden-Baden 2008, S. 179 ff. (zit.: *Breyer*, in: Gilles/Pfeiffer).

Britz, Jörg. W., Urkundenbeweisrecht und Elektroniktechnologie - Eine Studie zur Tauglichkeit gesetzlicher Beweisregeln für elektronische Dokumente und ihre Reproduktionen im Zivilprozess, München 1997 (zit.: *Britz*, Urkundenbeweisrecht).

Brüggemann, Dieter, Beiziehung behördlicher Akten im Zivilprozeß - unter besonderer Berücksichtigung des Kindschaftsprozesses, ZBlJugR 1976, 217 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Budde, Wolfgang Dieter, Grundsätze ordnungsgemäßer Rechnungslegung, in: Kropff, Bruno/Bierich, Marcus/Hommelhoff, Peter (Hrsg.), Festschrift für Johannes Semler zum 70. Geburtstag am 28. April 1993 - Unternehmen und Unternehmungsführung im Recht, Berlin/Boston 1993, S. 789 ff. (zit.: *Budde*, in: FS-Semler).

Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Kartellrecht, 14. Aufl., Köln 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Bunte, KartR).

Burbank, Stephen B., *The Rules Enabling Act of 1934*, 130 U. Pa. L. Rev. 1015 (1982).

Burger, Benedikt, Lauterkeitsrechtliche Informationspflichten, systematische Stellung und inhaltliche Reichweite, Köln 2012 (zit.: *Burger*, Lauterkeitsrechtliche Informationspflichten).

Burnham, William/Reed, Stephen F., Introduction to the Law and Legal System of the United States, 7th edn., St. Paul, Minn. 2021 (zit.: Burnham & Reed, Introduction to the Law and Legal System of the United States).

Büscher, Wolfgang/Dittmer, Stefan/Schiwy, Peter (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, Kommentar, 3. Aufl., Köln 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: Büscher/Dittmer/Schiwy).

Busse, Rudolf (Begr.)/Keukenschrijver, Alfred/Kaess, Thomas/McGuire, Mary-Rose/Tochtermann, Peter/Werner, Georg/Maute, Lena (Hrsg.), Patentgesetz unter Berücksichtigung des Europäischen Patentübereinkommens, der Regelungen zum Patent mit einheitlicher Wirkung und des Patentzusammenarbeitsvertrags mit Patentkostengesetz, Gebrauchsmustergesetz und Gesetz über den Schutz der Topographien von Halbleitererzeugnissen, Gesetz über Arbeitnehmererfindungen und Gesetz über internationale Patentübereinkommen: Kommentar, 9. Aufl., Berlin/Boston 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Busse/Keukenschrijver, PatG).

Bydlinski, Peter, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?, AcP 198 (1998), 287 ff.

Cabraser, Elizabeth J./Lehe, Kathrine, *Unconvering Discovery*, 12 Sedona Conf. J. 1 (2011).

Canaris, Claus-Wilhelm, Das Leistungsverweigerungsrecht wegen Unzumutbarkeit der Leistung in einer Kollissions- oder Konfliktslage nach deutschem Recht, in: Cristofaro, Giovanni de (Hrsg.), Studi in onore di Giorgio Cian, Padova 2010, S. 383 ff. (zit.: *Canaris*, in: FS-Cian).

Carrington, Paul D., *Renovating Discovery*, 49 Alab. L. Rev. 51 (1997).

Cepl, Philipp Moritz/Voß, Ulrike (Hrsg.), Prozesskommentar zum Gewerblichen Rechtsschutz - ZPO mit spezieller Berücksichtigung des Marken-, Patent-, Design-, Urheber- und Lauterkeitsrechts sowie des UKlaG, 3. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Cepl/Voß).

Chartier, Yves, Die neuere Entwicklung des Zivilprozessrechts in Frankreich, ZZP 91 (1978), 286 ff.

Chirita, Anca D., The Disclosure of Evidence under the 'Antitrust Damages' Directive 2014/104/EU, in: Tomljenović, Vesna/Bodiroga-Vukobrat, Nada/Butorac Malnar, Vlatka/Kunda, Ivana (Hrsg.), EU Competition and State Aid Rules: Public and Private Enforcement, Berlin, Heidelberg 2017, S. 147 ff. (zit.: *Chirita*, in: Tomljenović et al., EU Competition and State Aid Rules: Public and Private Enforcement).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Chudoba, Gerd, Der ausforschende Beweisantrag, Berlin 1993 (zit.: *Chudoba*, Ausforschender Beweisantrag).

Cooter, Robert D. & Rubinfeld, Daniel L., *Reforming the New Discovery Rules*, 84 Geo. L.J. 61 (1995).

Corpus Juris Secundum - Discovery and Depositions, Eagan, Minn. December 2022 (zit.: CJS DiscovDep).

Corpus Juris Secundum - Federal Civil Procedure, Eagan, Minn. December 2022 (zit.: CJS FedCivProc).

Custis, Jerry M., Litigation Management Handbook, St. Paul, Minn. December 2022 (zit.: Custis, Litigation Management Handbook).

Czeguhn, Ignacio, Beweiswert und Beweiskraft digitaler Dokumente im Zivilprozess, JuS 2004, 124 ff.

Czychowski, Christian, Auskunftsansprüche gegenüber Internetzugangsprovidern vor dem 2. Korb und nach der Enforcement-Richtlinie der EU, MMR 2004, 514 ff.

Daniels, Jürgen, Die Ansprüche des Patienten hinsichtlich der Krankenunterlagen des Arztes, NJW 1976, 345 ff.

Dann, Matthias/Markgraf, Jochen W., Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, NJW 2019, 1774 ff.

Deguchi, Masahisa, Vorprozessuale Informationsbeschaffung und Streitbeilegung, in: Stürner, Rolf/Matsumoto, Hiroyuki/Lüke, Wolfgang/Masahisa, Deguchi (Hrsg.), Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, Tübingen 2009, S. 555 ff. (zit.: *Deguchi*, in: FS-Leipold).

Deichfuß, Hermann, Rechtsdurchsetzung unter Wahrung der Vertraulichkeit von Geschäftsgeheimnissen - Das praktizierte Beispiel: der Schutz des verdächtigen Patentverletzers im Düsseldorfer Verfahren, GRUR 2015, 436 ff.

Demelius, Gustav, Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht, Gratz 1872 (zit.: *Demelius*, Exhibitionspflicht).

Derleder, Peter/Wosnitza, Rüdiger, Auskunftspflichten der Banken beim Teilzahlungskredit, ZIP 1990, 901 ff.

Diakonis, Antonios, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der §§ 142 ff. und 448 ZPO, Tübingen 2014 (zit.: *Diakonis*, Beweiserhebung von Amts wegen).

Dierschke, Alfons, Die Vorlegung von Sachen zur Besichtigung nach Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1901 (zit.: *Dierschke*, Die Vorlegung von Sachen).

Dietrich, Michael/Nowak, Christine, Die Vorschläge der EU-Kommission zum Schutz vertraulicher Informationen in Kartellschadensersatzklagen – ein Aufruf an den Gesetzgeber zum Handeln, NZKart 2020, 15 ff.

Donnici, Peter J., *The Privilege against Self-Incrimination in Civil Pre-Trial Discovery: The Use of Protective Orders to Avoid Constitutional Issues*, 3 U.S.F. L. Rev. 12 (1968).

Downey, Dan & Massey, Lori, *Precluding Appeals*, 13 Rev. Litig. 183 (1994).

Easterbrook, Frank H., *Discovery as Abuse*, 69 B.U. L. Rev. 635 (1989).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Eck, Matthias/Dombrowski, Jan, Rechtsschutz gegen Besichtigungsverfügungen im Patentrecht – De lege lata und de lege ferenda, GRUR 2008, 387 ff.

–, Wenn der Sachverständige zwei Mal klingelt – Probleme bei der wiederholten Besichtigung in Verfügungsverfahren am Beispiel des Patentsrechts, in: Bender, Achim/Schülke, Klaus/Winterfeldt, Volker (Hrsg.), 50 Jahre Bundespatentgericht – Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bundespatentgerichts am 1. Juli 2011, Köln 2011, S. 169 ff. (zit.: *Eck/Dombrowski*, in: FS-50 Jahre BPatG).

Eichmann, Helmut, Die Durchsetzung des Anspruchs auf Drittauskunft, GRUR 1990, 575 ff.

Ellenberger, Jürgen/Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch).

Enchelmaier, Stefan, Durchsetzung von Immaterialgüterrechten vs. Schutz von Betriebsgeheimnissen im englischen Zivilprozessrecht, GRUR Int 2012, 503 ff.

Engeler, Malte/Quiel, Philipp, Recht auf Kopie und Auskunftsanspruch im Datenschutzrecht, NJW 2019, 2201 ff.

Engelhardt, Marcel, Der patentrechtliche Besichtigungsanspruch - von § 809 BGB zu § 140c PatG, Münster 2017 (zit.: *Engelhardt*, Der patentrechtliche Besichtigungsanspruch).

Ermann BGB - Kommentar, Grunewald, Barbara/Maier, Reimer, Georg/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), 16. Aufl., Köln 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ermann, BGB).

Ernst, Stefan, Noch mehr Informationspflichten - Die-DL-InfoV, CR 2010, 481 ff.

Federal Litigation Guide, Suskin, Howard S./Solovy, Jerold S./Shaw, Jeffrey/Neumeier, Matthew/Levenstam, Barry/Koch, C. John/Johnson, Clark/Chorvat, Timothy J./Byman, Robert L./Brody, Michael T. (Hrsg.), New York, N.Y. December 2022 (zit.: Federal Litigation Guide).

Federal Practice and Procedure, Wright, Charles A./Miller, Arthur R. (Hrsg.), 3rd edn., St. Paul, Minn. April 2022 (zit.: Wright & Miller, Federal Practice and Procedure).

Fezer, Karl-Heinz, Das Informationsgebot der Lauterkeitsrichtlinie als subjektives Verbraucherrecht - Zur Umsetzung des Art. 7 UGP-RL in § 5 UWG, WRP 2007, 1021 ff.

–, Lebensmittelimitate, gentechnisch veränderte Produkte und CSR-Standards als Gegenstand des Informationsgebots im Sinne des Art. 7 UGP-RL – Lauterkeitsrechtliche Informationspflichten nach § 5a UWG zum Schutz vor irreführender Lebensmittelvermarktung, WRP 2010, 577 ff.

–, Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen. Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts, 4. Aufl., München 2009 (zit.: *Bearbeiter*, in: Fezer, MarkenR).

Fiedler, Lily/Niermann, Marcus, Neue Regeln zur Offenlegung von Beweismitteln: Wer zahlt die Zeche für die Kosten der Disclosure?, NZKart 2017, 497 ff.

Fleischer, Thomas/Horn, Claus-Henrik, Verlauf und Optimierung der Pflichtteilsstufenklage einschließlich Zwangsvollstreckung (Teil 1), ZErb 2013, 105 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Forgó, Nikolaus/Helfrich, Marcus/Schneider, Jochen (Hrsg.), Betrieblicher Datenschutz, Rechtshandbuch, 3. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz).

Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht, Koreng, Ansgar/Lachenmann, Matthias (Hrsg.), 3. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Koreng/Lachenmann, Formularhandbuch Datenschutzrecht).

Frank, John P., *Pretrial Conferences and Discovery - Disclosure or Surprise*, 1965 Ins. L.J. 661 (1965).

Fritze, Ulrich, Anm. zu BGH 04.07.1975 I ZR 115/73 "Ausschreibungsunterlagen", GRUR 1976, 369f.

Fromm, Karl-Friedrich/Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd (Hrsg.), Urheberrecht - Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 12. Aufl., Stuttgart 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Fromm/Nordemann, UrhR).

Frost, Christopher C., *The Sound and the Fury or the Sound of Silence?: Evaluating the Pre-Amendment Predictions and Post-Amendment Effect of the Discovery Scope-Narrowing Language in the 2000 Amendment to Federal Rule of Civil Procedure 26(b)(1)*, 37 Ga. L. Rev. 1039 (2003).

Galle, René/Popot-Müller, Friederike, Sanktionen bei Vereiteilung der Herausgabepflicht nach § 33g GWB, NZKart 2019, 317 ff.

Garner, Bryan A., Black's Law Dictionary, 11th edn., St. Paul, Minn. 2019 (zit.: Black's Law Dictionary).

Geschke, Eva, Auskunft und Rechnungslegung nach einer mittelbaren Schutzrechtsverletzung, in: Grosch, Marcus/Ullmann, Eike (Hrsg.), Gewerbliche Schutzrechte und ihre Durchsetzung - Festschrift für Tilman Schilling zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, Köln/Berlin/München 2007, S. 125 ff. (zit.: *Geschke*, in: FS-Schilling).

Gniadek, Thomas, Die Beweisermittlung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht - Die Behandlung des strukturellen Informationsdefizits des Rechtsinhabers im Falle einer vermuteten Schutzrechtsverletzung - von der Entscheidung "Druckbalken" bis zur Umsetzung der "Enforcement"-Richtlinie, Berlin 2011 (zit.: *Gniadek*, Beweisermittlung).

Gomille, Christian, Informationsproblem und Wahrheitspflicht - Ein Aufklärungsmodell für den Zivilprozess, Tübingen 2016 (zit.: *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht).

–, Der nichtaufklärbare Sachverhalt, JZ 2018, 711 ff.

Göpfert, Burkard/Wilke, Elena, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, 765 ff.

Goriely, Tamara/Moorhead, Richard/Abrams, Pamela, More Civil Justice? The impact of the Woolf reforms on pre-action behaviour, London 2002 (zit.: T Goriely, R Moorhead and P Abrams, *More Civil Justice? The impact of the Woolf reforms on pre-action behaviour*).

Götting, Hans-Peter, Die Entwicklung neuer Methoden der Beweisbeschaffung zur Bekämpfung von Schutzrechtsverletzungen: Die Anton-Piller-Order - Ein Modell für das deutsche Recht?, GRUR Int 1988, 729 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Gottwald, Peter, Zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess, BB 1979, 1780 ff.

–, Gutachten A zum 61. Deutschen Juristentag Karlsruhe 1996, Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts, München 1996 (zit.: *Gottwald*, Gutachten A zum 61. DJT).

–, Aufklärung über Aufklärungspflicht der Parteien, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph/Münch, Joachim/Piekenbrock, Andreas (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag - Band 1: Deutsches Recht, Tübingen 2013 (zit.: *Gottwald*, in: FS-Stürner).

Götz, Andreas, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Zivilverfahren, Tübingen 2014 (zit.: *Götz*, Geheimnisschutz).

Götz, Catharina, Tatsachen- und Informationsbeschaffung im Immaterialgüterrechtsprozess, Köln 2012 (zit.: *Götz*, Tatsachen- und Informationsbeschaffung).

Grabinski, Klaus, Die Zwangsvollstreckung der Duldungsverfügung im patentrechtlichen Besichtigungsverfahren, in: Bergermann, Michael (Hrsg.), Festschrift für Peter Mes zum 65. Geburtstag, München 2009, S. 129 ff. (zit.: *Grabinski*, in: FS-Mes).

Grabitz, Eberhardt/Hilf, Meinhard (Begr.)/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 76. EL, München, Stand: Mai 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union).

Greger, Reinhard, Zwischen Mediation und Inquisition - Neue Wege der Informationsbeschaffung im Zivilprozess, DStR 2005, 479 ff.

–, Der Zivilprozess auf dem Weg in die digitale Sackgasse, NJW 2019, 3429 ff.

Grenig, Jay E./Gleisner, William C., III., eDiscovery & Digital Evidence, Eagan 2019 (zit.: Grenig & Gleisner III., eDiscovery & Digital Evidence).

Grimm, Paul, *Feature: Good Faith in Discovery*, 46 Litigation 23 (2020).

Grimme, Rainer, Der Anspruch auf Einsichtnahme in (Vertrags-) Urkunden nach § 810 BGB, JA 1985, 320 ff.

Gruber, Urs Peter/Kießling, Erik, Die Vorlagepflichten der §§ 142 ff. ZPO nach der Reform - Elemente der "discovery" im neuen deutschen Gerichtsverfahren?, ZZP 116 (2003), 305 ff.

Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 82. Aufl., München 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: Grüneberg, BGB).

Habermalz, Johannes, Das Akteneinsichtsrecht des Patienten und seine zivilprozessuale Durchsetzung, NJW 2013, 3403 ff.

Haedicke, Maximilian, Urkundenvorlagepflichten des vermeintlichen Patentverletzers im Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, in: Stürner, Rolf/Matsumoto, Hiroyuki/Lüke, Wolfgang/Masahisa, Deguchi (Hrsg.), Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, Tübingen 2009, S. 53 ff. (zit.: *Haedicke*, in: FS-Leipold).

Haeffs, Julia Aya, Der Auskunftsanspruch im Zivilrecht - Zur Kodifikation des allgemeinen Auskunftsanspruchs aus Treu und Glauben (§ 242 BGB), Baden-Baden 2010 (zit.: *Haeffs*, Auskunftsanspruch).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Hamelmann, Uwe, Urkundenvorlagepflichten nach § 142 Abs. 1 und 2 ZPO, Leipzig 2012 (zit.: *Hamelmann*, Urkundenvorlagepflichten).

Harmsen, Heinz, Anm. zu BGH, Urt. v. 04.12.1959 - I ZR 135/58 - Krankenwagen, GRUR 1960, 249.

Harte-Bavendamm, Henning, Reform des Geheimnisschutzes: naht Rettung aus Brüssel? Zum Richtlinienvorschlag zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, in: Alexander, Christian/Bornkamm, Joachim (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 235 ff. (zit.: *Harte-Bavendamm*, in: FS-Köhler).

Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung - Kommentar, 5. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG).

Hartz, Nikolaus von, Beweissicherung im gewerblichen Rechtsschutz - Umsetzung internationaler Vorgaben in nationales Recht, Baden-Baden 2004 (zit.: *Hartz*, Beweissicherung).

Hay, Peter, Informationsbeschaffung über schriftliche Unterlagen und Augenscheinsobjekte im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des anglo-amerikanischen Rechts, in: Schlosser, Peter (Hrsg.), Die Informationsbeschaffung für den Zivilprozess - Die verfahrensmässige Behandlung von Nachlässen, ausländisches Recht und internationales Zivilprozessrecht, Bielefeld 1996 (zit.: *Hay*, in: Schlosser (Hrsg.), Informationsbeschaffung für den Zivilprozess).

Haydock, Roger S./Herr, David F., Discovery Practice, 8th edn., Aspen 2020 (zit.: Haydock & Herr, Discovery Practice).

Headley, Travis C., *Comment: Creative Sanctions for Discovery Abuse in Texas*, 32 St. Mary's L.J. 115 (2000).

Heese, Michael, Gläubigerinformation in der Insolvenz - eine vergleichende Untersuchung des U.S.-amerikanischen und deutschen Rechts zur Verbesserung des Gläubigerschutzes im Insolvenzverfahren, Tübingen 2008 (zit.: *Heese*, Gläubigerinformation in der Insolvenz).

Heidenreich, Uta, Keine Ermittlungspflicht des Notars bei Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses, ZErb 2011, 71 ff.

Heidt, Robert, *The Conjurer's Circle – The Fifth Amendment Privilege in Civil Cases*, 91 Yale L.J. 1062 (1982).

Heinze, Christian, Die Durchsetzung geistigen Eigentums in Europa – Zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG in Deutschland, England und Frankreich, ZEuP 2009, 282 ff.

Hellmann, Hans-Joachim/Steinbrück, Ben, Discovery Light - Informations- und Beweisbeschaffung im Rahmen von Kartellschadensersatzklagen, NZKart 2017, 164 ff.

Hellmann, Thomas, Materiellrechtlicher Auskunftsanspruch und prozessuale Auskunftspflicht, Würzburg 1978 (zit.: *Hellmann*, Auskunftanspruch und Auskunftspflicht).

Hench, Virginia E., *Mandatory Disclosure and Equal Access to Justice: The 1993 Federal Discovery Rules Amendments and the Just, Speedy and Inexpensive Determination of Every Action*, 67 Temp. L. Rev. 180 (1994).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Henssler, Martin/Prütting, Hanns (Hrsg.) Bundesrechtsanwaltsordnung mit EuRAG, Berufs- und Fachanwaltsordnung, RAVPV, Rechtsdienstleistungsgesetz, Mediationsgesetz, ZMediatAusbV und Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Kommentar, 5. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Henssler/Prütting, BRAO).

Hentschel, Kristin/Pfromm, Rene, Zum Umfang des Legal Privilege in Kartellrechtsverfahren: Das gemeinschaftsrechtliche Gebot umfassender Vertraulichkeit der Anwaltskorrespondenz, EWS 2005, 350 ff.

Hess, Burkhard/Zhou, Cui, Beweissicherung und Beweisbeschaffung im europäischen Justizraum - zu EuGH, 28.4.2005 - Rs. C-104/03 - St. Paul Dairy Industries ./. Unibel Exser, unten S. 208, Nr. 16, IPrax 2007, 183 ff.

Heun, Sven-Erik, Elektronisch erstellte oder übermittelte Dokumente und Schriftform, CR 1995, 2 ff.

Higginbotham, Patrick E., *Foreword*, 49 Alab. L. Rev. 1 (1997).

Hilgert, Peter, Haftung für Urheberrechtsverletzungen beim Familienanschluss, jM 2019, 138 ff.

Hinne, Dirk, Das Einsichtsrecht in Patientenakten, NJW 2005, 2270 ff.

Hippel, Fritz von, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess, Frankfurt a. M. 1939 (zit.: *Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht).

Hoeren, Thomas, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 03.09.2020 - III ZR 136/18, MMR 2020, 759.

Hoffer, Raoul, Kartellgesetz-Novelle in Österreich – Der Begutachtensentwurf des Bundesministeriums für Justiz, NZKart 2016, 466 ff.

Hohlfeld, Ulrike, Die Einholung amtlicher Auskünfte im Zivilprozeß, Konstanz 1995 (zit.: *Hohlfeld*, Einholung amtlicher Auskünfte).

Hohloch, Gerhard, Ärztliche Dokumentation und Patientenvertrauen - Zum Streit um "Dokumentationspflicht" und "Einsichtsrecht", NJW 1982, 2577 ff.

Hollander, Charles, Documentary Evidence, 14th edn., London 2021 (zit.: C Hollander, *Documentary Evidence*).

Holtzoff, Alexander, New Federal Procedure and the Courts, Chicago, Ill. 1940 (zit.: Holtzoff, New Federal Procedure and the Courts).

–, The Elimination of Surprise in Federal Practice, 7 Vand. L. Rev. 576 (1954).

Hornkohl, Lena, Geschäftsgeheimnisschutz im Kartellschadensersatzprozess, Tübingen 2021 (zit. *Hornkohl*, Geschäftsgeheimnisschutz).

Hornkohl, Lena/Melzer, Edmund James, Prozessualer Geheimnisschutz im Kartellschadensersatzrecht nach der 10. GWB-Novelle - eine Novelle ohne Novellierung, NZKart 2021, 214 ff.

Huber, Peter, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, 1004 ff.

Huber, Stefan, Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren am Beispiel der Dokumentenvorlage, Tübingen 2008 (zit.: *Huber*, Transnationale Modellregeln für Zivilverfahren).

Hustus, Ludmila, Der Syndikusanwalt und das Legal Privilege respektive das Anwaltsprivileg – alea iacta est, NStZ 2016, 65 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim (Begr.), Wettbewerbsrecht - Band 2: Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, Körber, Torsten/Schweitzer, Heike/Zimmer, Daniel (Hrsg.), 6. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2).

Imwinkelried, Edward J./Blumoff, Theodore Y., Pretrial Discovery – Strategy and Tactics, St. Paul, Minn. 2019 (zit.: Imwinkelried & Blumoff, Pretrial Discovery – Strategy and Tactics).

Inderst, Roman/Thomas, Stefan, Schadensersatz bei Kartellverstößen, Juristische und ökonomische Grundlagen und Methoden, 2. Aufl., Düsseldorf 2018 (zit.: *Inderst/Thomas*, Schadensersatz bei Kartellverstößen).

Ingerl, Reinhard/Rohnke, Christian (Begr.)/Nordemann, Axel/Nordemann-Schiffel, Anke (Hrsg.), Markengesetz, Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen, 4. Aufl., München 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ingerl/Rohnke/Nordemann, MarkenG).

Janal, Ruth M., Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz, Tübingen 2015 (zit.: *Janal*, Europäisches Zivilverfahrensrecht und Gewerblicher Rechtsschutz).

Jensen, Michael C.& Meckling, William H., *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 Journal of Financial Economics 305 (1976).

Jestaedt, Bernhard, Auskunfts- und Rechnungslegungsanspruch bei Sortenschutzverletzung, GRUR 1993, 219 ff.

Johnston, Ian & Johnston, Robert G., *Contention Interrogatorries in Federal Court*, 148 F.R.D. 441 (1993).

Jolowicz, John A., Discovery of documents in the common law and the forced production of documents in civil law systems, in: National and Kapodistrian University of Athens, Faculty of Law, Research Institute of Procedural Studies (Hrsg.), Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus - Festschrift für Konstantinos D. Kerameus, Athens 2009, S. 535 ff. (zit.: *Jolowicz*, in: FS-Kerameus).

Junker, Abbo, Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, Heidelberg 1987 (zit.: *Junker*, Discovery).

Kamann, Hans-Georg/Ohlhoff, Stefan/Völcker, Sven (Hrsg.), Kartellverfahren und Kartellprozess, Handbuch, München 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess).

Kapoor, Arun, Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung, Baden-Baden 2009 (zit.: *Kapoor*, Vorlagepflichten).

Kargl, Walter, Wahrheit und Wirklichkeit im Begriff der "falschen Aussage" (§§ 153 ff. StGB), GA 2003, 791.

Kather, Peter/Fitzner, Uwe, Der Patentinhaber, der Besichtigte, der Gutachter und sein Gutachten, Mitt. 2010, 325 ff.

Katzenmeier, Christian, Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess, JZ 2002, 533 ff.

Kehrer, Christoph, Der Auskunftsanspruch aus § 8 GeschGehG im Spannungsverhältnis mit dem nemo-tenetur-Grundsatz, GRUR 2021, 31 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Kersting, Christian, Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozess, Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der Federal Rules of Civil Procedure und der ZPO, Bielefeld 1995 (zit.: *Kersting*, Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses).

–, Privilegierung von Kronzeugen de lege ferenda, GRUR 2021, 250 ff.

Kersting, Christian/Podszun, Rupprecht (Hrsg.), Die 9. GWB-Novelle - Kartellschadensersatz - Digitale Ökonomie - Fusionskontrolle - Bußgeldrecht, München 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle).

Kerwer, Christof, Die Erfüllung in der Zwangsvollstreckung, Köln/Berlin 1996 (zit.: *Kerwer*, Erfüllung in der Zwangsvollstreckung).

Keßler, Jürgen, Die europäische Richtlinie über Schadensersatz im Wettbewerbsrecht - Cui bono?, VuR 2015, 83 ff.

Kiethe, Kurt, Auskunft und sekundäre Behauptungslast - Anspruchsdurchsetzung bei ungeklärten Sachverhalten, MDR 2003, 781 ff.

Taeger, Jürgen/Pohle, Jan (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch - Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 37. EL., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Taeger/Pohle, Computerrechts-Handbuch).

Kinsella, The EU Commission publishes an explanatory note on its powers of investigation, e-Competitions Bulletin (September 2015), art no 76175.

Klumpe, Gerhard/Thiede, Thomas, Auskunftsklage nach der GWB-Novelle - Gedankensplitter aus der Praxis, NZKart 2016, 471 ff.

–, Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle - Änderungsbedarf aus Sicht der Praxis, BB 2016, 3011 ff.

–, Keeping the Floodgates Shut - Kartellschadensersatz nach der 9. GWB-Novelle, NZKart 2017, 332 ff.

Knaak, Roland, Die EG-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums und ihr Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, GRUR Int 2004, 745 ff.

Knieper, Judith, Mit Belegen gegen Produktpiraten, WRP 1999, 1116 ff.

Koberstein-Windpassinger, Carmen, Wahrung des Bankgeheimnisses bei Asset-Backed Securities-Transaktionen, WM 1999, 473 ff.

Koch, Raphael, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, Ein Beitrag zum Verhältnis von Parteiherrschaft und Richtermacht, zur Wechselwirkung von materiellem Recht und Prozessrecht sowie zur Risikoverteilung und Effizienz im Zivilprozess, Tübingen 2013 (zit.: *Koch*, Mitwirkungsverantwortung).

Kodek, Georg E., Modern Communications and Information Technology and the Taking of Evidence, in: Kengyel, Miklós/Nemessányi, Zoltan (Hrsg.), Electronic technology and civil procedure - New paths to justice from around the world, Dordrecht 2012, S. 261 ff. (zit.: *Kodek*, in: Kengyel/Nemessányi (Hrsg.), Electronic Technology and Civil Procedure).

Köhler, Helmut, Die Begrenzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, GRUR 1996, 82 ff.

–, Preisinformationspflichten, in: Erdmann, Willi (Hrsg.), Festschrift für Michael Loschelder zum 65. Geburtstag, Köln 2010, S. 151 ff. (zit.: *Köhler*, in: FS-Loschelder).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

–, UWG 2015: Neue Maßstäbe für Informationspflichten der Unternehmer, WRP 2017, 1 ff.

Köhler, Martin/Cohen, Simon, Disclosure in European Patent Litigation: Towards an Efficient Protection of Patent Owners, [11 (Issue 2)] IP Litigator 1.

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung, 37. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG).

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GEschGehG, PAngV, UKlaG, DL-InfoV, P2B-VO, 40. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG).

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, GeschGehG, PAngV, UKlaG, DL-InfoV, P2B-VO, 41. Aufl., München 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG).

Körber, Thomas C./Henlein, Katharina, Informationspflichten und neues UWG, WRP 2009, 780 ff.

Kramer, Stefan (Hrsg.), IT-Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht).

Krapfl, Claudia/Mann, Marius E., Die Grenzen der Urkundenvorlage durch eine Partei - Eine Bestandsaufnahme zu § 142 ZPO, in: Geimer, Reinhold/Kaissis, Athanassios/Thümmel, Roderich C. (Hrsg.), Ars qequi boni in mundo - Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag, München 2014, S. 279 ff. (zit.: *Krapfl/Mann*, in: FS Schütze).

Kreye, Boris, Der Besichtigungsanspruch nach § 140c PatG im Spannungsfeld von Informations- und Geheimhaltungsinteressen, in: Harmsen, Christian/Jüngst, Oliver Jan/Rödiger, Felix (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang von Meibom zum 65. Geburtstag, Köln 2010, S. 241 ff. (zit.: *Kreye*, in: FS-v. Meibom).

Krieger, Ulrich, Zum Anspruch auf Auskunftserteilung wegen Warenzeichenverletzung, GRUR 1989, 802 ff.

Kübler, Johanna/Pautke, Stephanie, Legal Privilege: Fallstricke und Werkzeuge im Umgang mit kartell-rechtlich sensiblen Dokumenten - Ein praktischer Leitfaden, BB 2007, 390 ff.

Kuhn, Johannes/Trappe, Sebastian, Der Anspruch auf ein notarielles Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB, ZEV 2011, 347 ff.

Kuhn, Sascha/Löhr, Marcel, Die Urkundenvorlage nach § 142 ZPO im Spannungsfeld zwischen Sachverhaltsaufklärung und Beibringungsgrundsatz, JR 2011, 269 ff.

Kühne, Armin/Woitz, Steffen, Die neue EU-Kartellschadensersatzrichtlinie: "Follow-on"-Klagen auf Schadensersatz werden gefährlicher, DB 2015, 1028 ff.

Kühnen, Thomas, Update zum Düsseldorfer Besichtigungsverfahren, Mitt. 2009, 211 ff.

–, Die Besichtigung im Patentrecht - Eine Bestandsaufnahme zwei Jahre nach "Faxkarte", GRUR 2005, 185 ff.

Kürschner, Wolfgang, Parteiöffentlichkeit vor Geheimnisschutz im Zivilprozess, NJW 1992, 1804 f.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Kurth, Steffen, Inhalt und Form des Auskunftsanspruchs des Pflichtteilsberechtigten, insbesondere Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis nach § 2314 Abs 1 Satz 3 BGB (Teil 3), ZErb 2018, 293 ff.

Lahme, Rüdiger/Ruster, Andreas, Der zeitliche Anwendungsbereich des § 33 g GWB – Ein fiktives Streitgespräch, NZKart 2019, 645 ff.

Lang, Johannes, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung, Berlin 1999 (zit.: *Lang*, Aufklärungspflicht und europäische Rechtsvereinheitlichung).

Lang, Sonja, Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gem. § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO, Frankfurt a. M. 2007 (zit.: *Lang*, Urkundenvorlagepflichten).

Lange, Knut Werner, Erbrecht, 3. Aufl., München 2022 (zit.: *Lange*, Erbrecht).

Laufs, Adolf, Krankenpapiere und Persönlichkeitsschutz, NJW 1975, 1433 ff.

Laumen, Hans-Willi, Der Grundsatz "nemo tenetur edere contra se" in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Brinkmann, Moritz/Effer-Uhe, Daniel Oliver/Völzmann-Stickelbrock, Barbara/Wesser, Sabine/Weth, Stephan (Hrsg.), Dogmatik im Dienst von Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Rechtsentwicklung - Festschrift für Hanns Prütting zum 70. Geburtstag, Köln 2018, S. 391 ff. (zit.: *Laumen*, in: FS-Prütting).

Lawrence, Alan, *The Value of Copyright Law as a Deterrent to Discovery Abuse*, 138 U. Pa. L. Rev. 549 (1989).

Lehmann, Michael, Juristisch-ökonomische Kriterien zur Berechnung des Verletzergewinns bzw des entgangenen Gewinns, BB 1988, 1680 ff.

Leipold, Dieter, Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess, in: Schilken, Eberhard/Kreft, Gerhart/Wagner, Gerhard/Eckhardt, Diederich (Hrsg.), Festschrift für Walter Gerhardt, Köln 2004, S. 563 ff. (zit.: *Leipold*, in: FS Gerhardt).

–, Anordnung der Urkundenvorlage von Amtswegen ohne Vorlagepflicht der Parteien?, in: Breitschmid, Peter/Jent-Sørensen, Ingrid/Schmid, Hans/Sogo, Miguel (Hrsg.), Tatsachen - Verfahren - Vollstreckung - Festschrift für Isaak Meier zum 65. Geburtstag, Zürich 2015, S. 421 ff. (zit.: *Leipold*, in: FS-Meier).

Lenkaitis, Karlheinz, Krankenunterlagen aus juristischer, insbesondere zivilrechtlicher Sicht, Bochum 1979 (zit.: *Lenkaitis*, Krankenunterlagen).

Leppin, Klaus H., Besichtigungsanspruch und Betriebsgeheimnis - Ein Beitrag zum eingeschränkten Besichtigungsanspruch gemäß §§ 809, 242 BGB und zur Möglichkeit eines Geheimverfahrens im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung der Patentverletzung - Teil 1, GRUR 1984, 552 ff.

Li, Victor, *Looking Back on Zubulake - 10 Years Later*, 2014 ABA Journal 48 (2014).

Lilie, Hans, Ärztliche Dokumentation und Informationsrechte des Patienten, Eine arztrechtliche Studie zum deutschen und amerikanischen Recht, Frankfurt a. M. 1980 (zit.: *Lilie*, Ärztliche Dokumentation und Informationsrechte).

Locher, Horst, Die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht des Architekten und Baubetreuers, NJW 1968, 2324.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Loewenheim, Ulrich/Meesen, Karl Matthias/Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans Jürgen (Hrsg.), Kartellrecht - Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht, 4. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht).

Looschelders, Dirk, Schuldrecht - Allgemeiner Teil, 20. Aufl., München 2022 (zit.: *Looschelders*, SchuldR AT).

Lorenz, Stephan, Auskunftsansprüche im Bürgerlichen Recht, JuS 1995, 569 ff.

Lübbig, Thomas/Le Bell, Miriam, Die Reform des Zivilprozesses in Kartellsachen, WRP 2006, 1209 ff.

Lüke, Gerhard, Der Informationsanspruch im Zivilrecht, JuS 1986, 2 ff.

Lüpke, Tobias/Müller, Robert, „Pre-Trial Discovery of Documents" und § ZPO § 142 ZPO - ein trojanisches Pferd im neuen Zivilprozessrecht?, NZI 2002, 588 f.

Magnus, Robert, Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz - Eine rechtsvergleichende Analyse des deutschen, französischen und englischen Rechts, Tübingen 2012 (zit.: *Magnus*, Anwaltsprivileg).

Makatsch, Tilman/Mir, Araf Sascha, Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen – Angst vor der eigenen „Courage"?, EuZW 2015, 7 ff.

Mallmann, Roman/Lübbig, Thomas, Offenlegung von Beweismitteln gemäß dem Kabinettsentwurf für das 9. GWB-Änderungsgesetz, NZKart 2016, 518 ff.

Mankowski, Peter, Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte - Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil v. 10.4.2008, JZ 2008, 1141 ff.

Mann, Marius E., Anwaltsprivileg und Zeugnisverweigerungsrecht des unternehmensinternen Syndikus, DB 2011, 978 ff.

Marshall, Hans, Der Besichtigungsanspruch, in: Bohlig, Manfred (Hrsg.), Lohn der Leistung und Rechtssicherheit - Festschrift für Albert Preu zum 70. Geburtstag, München 1988, S. 151 ff. (zit.: *Marshall*, in: FS-Preu).

Matthews, Paul/Malek, Hodge M., Disclosure, 5th edn., London 2017 (zit.: P Matthews and HM Malek, *Disclosure*).

McElhaney, James W., *I Object – An Expert's List of Basic Trial Objections*, 78 ABA Journal 90 f. (1992).

McGuire, Mary-Rose, Know-how: Stiefkind, Störenfried oder Sorgenkind? - Lücken und Regelungsalternativen vor dem Hintergrund des RL-Vorschlags, GRUR 2015, 424 ff.

–, Der Schutz von Know-How im System des Immaterialgüterrechts, GRUR 2016, 1000 ff.

Meier, Anke/Schmoll, Annekathrin, Erstreckung von Schiedsvereinbarungen auf kartellrechtlichen Schadensersatz, WuW 2018, 445 ff.

Melullis, Klaus-Jürgen, Zum Besichtigungsanspruch im Vorfeld der Feststellung der Verletzung von Schutzrechten, in: Keller, Erhard (Hrsg.), Festschrift für Winfried Tilmann - Zum 65. Geburtstag, Köln 2003, S. 843 ff. (zit.: *Melullis*, in: FS-Tilmann).

Mes, Peter (Hrsg.), Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, 5. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Mes, PatG).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Messer, Herbert, Der Schutz des Schwächeren im Zivilprozess, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas/Hopt, Klaus J./Schmidt, Karsten (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, München 2000, S. 64 ff. (zit.: *Messer*, in: BGH-FS).

Meyer-Dulheuer, Karl Heinz, Der Vorlegungsanspruch bei biotechnologischen Erfindungen, GRUR Int 1987, 14 ff.

Milgrim on Trade Secrets, Volume 4, Milgrim, Roger M.; Bensen/Eric E. (Begr.), New Providence, N.J. December 2022 (zit.: Milgrim & Bensen, Milgrim on Trade Secrets).

Miller, Arthur R., *Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts*, 105 Harv. L. Rev. 427 (2002).

Moore's Federal Practice – Civil (Volume 6): Federal Rules of Civil Procedure 24-29, Moore, James Wm./Higginbotham, Patrick E./Brazil, Wayne D./Stempel, Jeffrey W. (Hrsg.), New Providence, N.J. December 2022 (zit.: 6 Moore's Federal Practice – Civil).

Moore's Federal Practice – Civil (Volume 7): Federal Rules of Civil Procedure 30-37, Moore, James Wm./Higginbotham, Patrick E./Brazil, Wayne D./Stempel, Jeffrey W. (Hrsg.), New Providence, N.J. December 2022 (zit.: 7 Moore's Federal Practice – Civil).

Mullenix, Linda S., *Symposium on Civil Justice Reform: Discovery in Disarray - The Pervasive Myth of Pervasive Discovery Abuse and the Consequences for Unfounded Rulemaking*, 46 Stan. L. Rev. 1393 (1994).

Müller, Wolf/Aldick, Jonna Margareta, Der Geheimnisschutz im Zivilprozess - Vom Gesetzgeber aus den Augen verloren?, ZIP 2020, 9 ff.

Müller-Engels, Gabriele, Anmerkung zur Entscheidung des BGH, Beschluss vom 13.09.2018, 1 ZB 109/17, FamRZ 2019, 144f.

Müller-Stoy, Tilmann, Nachweis und Besichtigung des Verletzungsgegenstandes im deutschen Patentrecht, Köln 2008 (zit.: *Müller-Stoy*, Nachweis und Besichtigung).

–, Der Besichtigungsanspruch gemäß § 140c PatG - Teil 1: Voraussetzungen und Reichweite des Anspruchs, Mitt. 2009, 361 ff.

–, Der Besichtigungsanspruch gemäß § 140c PatG - Teil 2: Der Schutz der Interessen des Anspruchsgegners, Mitt. 2009, 267 ff.

–, Durchsetzung des Besichtigungsanspruchs - Kritische Überlegungen zu OLG München, GRUR-RR 2009, 191 – Laser-Hybrid-Schweißverfahren, GRUR-RR 2009, 161 ff.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 1: Allgemeiner Teil - §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), 9. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Bd. 1).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil I, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), 9. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Bd. 2).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil II, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), 9. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Bd. 3).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 4: Schuldrecht - Besonderer Teil I – §§ 433-534, Finanzierungsleasing, CISG, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), 8. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Bd. 4).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 5: Schuldrecht - Besonderer Teil II – §§ 535-630h, BetrKV, HeizkostenV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), 9. Aufl., München 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Bd. 5).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 6: Schuldrecht – Besonderer Teil III – §§ 631-704, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), 9. Aufl., München 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Bd. 6).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV – §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), 8. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Bd. 7).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 8: Sachenrecht - §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), 9. Aufl., München 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Bd. 8).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 10: Familienrecht II - §§ 1589-1921, SGB VIII, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), 8. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Bd. 10).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 11: Erbrecht - §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.), 9. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-BGB, Bd. 11).

Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht - Band 2: –Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) §§ 1-96, 185, 186, Säcker, Franz Jürgen/Meier-Beck, Peter (Hrsg.), 4. Aufl., München 2022(zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-WettbR, Bd. 2).

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen - Band 2: §§ 355-945b, Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), 6. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo-ZPO, Bd. 2).

Musielak, Hans-Joachim, Zur Sachverhaltsklärung im Zivilprozess - unter besonderer Berücksichtigung der in jüngerer Zeit geschaffenen gesetzlichen Regelungen, in: Heinemann, Jörn/Gleußner, Irmgard/Greger, Reinhard (Hrsg.), Neue Wege zum Recht - Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag, Berlin/Köln 2006, S. 237 ff. (zit.: *Musielak*, in: FS-Vollkommer).

Musielak, Hans-Joachim; Voit, Wolfgang (Hrsg.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz - Kommentar, 19. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Musielak/Voit, ZPO).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Nagel, Heinrich, Kann die Subsidiarität der Parteivernehmung in der deutschen ZPO noch vertreten werden?, in: Lindacher, Walter F. (Hrsg.), Festschrift für Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag 6. April 1989, Bielefeld 1989, S. 195 ff. (zit.: *Nagel*, in: FS-Habscheid).

Nelson, Sharon & Simek, John, *Technology; Hot Buttons: Guidance on Reining in e-discovery: Think Proportionality*, 37 Law Practice 25 (2011).

Nicolas-Vullierme, Laurence, Die Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie in das französische Recht, WuW 2017, 592 ff.

Nieder, Michael, Zur Bekanntgabe von Abnehmern, Abnahmemengen, Lieferdaten und -preisen im Kennzeichenrecht, GRUR 1999, 654 ff.

Niehr, Patrick, Die zivilprozessuale Dokumentenvorlegung im deutsch-englischen Rechtshilfeverkehr nach der deutschen und der englischen Prozessrechtsreform, Frankfurt a. M. 2004 (zit.: *Niehr*, Zivilprozessuale Dokumentenvorlegung).

NomosKommentar BGB, Band 5: Erbrecht, Kroiß, Ludwig/Ann, Christoph/Mayer, Jörg (Hrsg.), 6. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: NK-BGB).

Nordemann-Schiffel, Anke, Kein Freibrief zur Ausforschung: Der Besichtigungsanspruch nach § 101a UrhG im einstweiligen Verfügungsverfahren, in: Wöhrn, Kirsten-Inger/Bullinger, Winfried/Grunert, Eike W./Ohst, Claudia (Hrsg.), Festschrift für Artur-Axel Wandtke zum 70. Geburtstag am 26. März 2013, Berlin/Boston 2013, S. 385 ff. (zit.: *Nordemann-Schiffel*, in: FS-Wandtke).

Nüßgens, Karl, Zur ärztlichen Dokumentationspflicht und zum Recht auf Einsicht in die Krankenunterlagen, in: Ebenroth, Carsten Thomas/Hillmann, Reinhard (Hrsg.), Verantwortung und Gestaltung - Festschrift für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag, München 1996, 831-846 (zit.: *Nüßgens*, in: FS-Boujong).

o. V., *Developments in the Law – Discovery*, 74 Harv. L. Rev. 940 (1961).

Oesterreich, Kerstin, Der Kartellschaden im Zivilprozess vor und nach der 9. GWB-Novelle - Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast, BB 2017, 1865 ff.

Oetker, Hartmut (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, Kommentar, 7. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Oetker, HGB).

Ohst, Claudia, Umfang vorzulegender Bank-, Finanz- und Handelsunterlagen, GRUR-Prax 2015, 412.

Olenhusen, Albrecht Götz von/Crone, Andreas, Der Anspruch auf Auskunft gegenüber Internet-Providern bei Rechtsverletzungen nach Urheber- bzw. Wettbewerbsrecht, WRP 2002, 164 ff.

Oppermann, Klaus, Der Auskunftsanspruch im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht: Dargestellt unter besonderer Berücksichtigung der Produktpiraterie, Berlin 1997 (zit.: *Oppermann*, Auskunftsanspruch).

Orthmann, Mark, Der Informationsanspruch zum Nachweis des Kartellschadens aus der Perspektive des Rechtsanwalts, Berlin 2014 (zit.: *Orthmann*, Informationsanspruch zum Nachweis des Kartellschadens).

Osterloh-Konrad, Christine, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, München 2007 (zit.: *Osterloh-Konrad*, Vorbereitender Informationsanspruch).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Patzer, Stefan/Kruse, Johannes, Zeitliche Anwendbarkeit des GWB reloaded: Das OLG Düsseldorf verneint die Anwendbarkeit von § 33 g GWB auf Altansprüche – Zugleich Anmerkung zu den Beschlüssen vom 3. April 2018 und vom 7. Mai 2018, VI-W (Kart) 2/18, NZKart 2018, 291 ff.

Peifer, Karl-Nikolaus, Lauterkeitsrechtliche Informationspflichten - Dogmatik und Verhältnis zu (lebensmittelrechtlichen) Kennzeichnungsgeboten, ZLR 2011, 161 ff.

–, Persönlichkeitsrechte im 21. Jahrhundert - Systematik und Herausforderungen, JZ 2013, 853 ff.

Peter, Jürgen, Das Recht auf Einsicht in Krankenunterlagen, Köln/Berlin 1989 (zit.: *Peter*, Einsicht in Krankenunterlagen).

Peters, Egbert, Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners, ZZP 82 (1969), 200 ff.

–, Auf dem Wege zu einer allgemeinen Prozessförderungspflicht der Parteien?, in: Gottwald, Peter (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990, S. 399 ff. (zit.: *Peters*, in: FS-Schwab).

Peters, Marcel/Ziegenrücker, Daniel, Die neuen Offenlegungsansprüche im Kartellschadensersatzrecht - die Tücken liegen (nur) im Detail, KSzW 2017, 161 ff.

Petrasincu, Alex/Steuben, Karl-Christoph von, Wie Phoenix aus der Asche – Zeitliche Anwendbarkeit der Offenlegungsregeln des § 33g GWB im Lichte jüngster Rechtsprechung, NZKart 2018, 286 ff.

Peukert, Alexander/Kur, Annette, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums in deutsches Recht, GRUR Int 2006, 292 ff.

Pietzner, Rainer, Auskunft, Rechnungslegung und Schadensersatz bei wettbewerbswidrigen Eingriffen in fremde Firmenrechte, GRUR 1972, 151 ff.

Pipoh, Kay, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) in das deutsche Recht – Bericht zum Forum Unternehmensrecht vom 22.02.2016 in Düsseldorf, NZKart 2016, 226 f.

Podszun, Rupprecht/Kreifels, Stephan, Kommt der Ausforschungsanspruch? – Anmerkungen zum geplanten § 33 g GWB, GWR 2017, 67 ff.

Podszun, Rupprecht/Kreifels, Stephan/Schmieder, Gregor, Streitpunkte der 9. GWB-Novelle, WuW 2017, 114 ff.

Preuß, Nicola, Offenlegung von Beweismitteln nach der 9. GWB-Novelle: Sonderregeln mit Modellcharakter?, WuW 2017, 301.

Pries, Heinrich, Der Anspruch auf Vorlegung von Sachen und Urkunden aus §§ 809-811 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Biebrich a. Rh. 1913 (zit.: *Pries*, Anspruch auf Vorlegung von Sachen und Urkunden).

Prütting, Hanns, Discovery im deutschen Zivilprozess?, AnwBl 2008, 153 ff.

–, Beweislast und Beweismaß - Der Einfluss Leo Rosenbergs und Karls Heinz Schwabs auf die Entwicklung des modernen Beweisrechts, ZZP 123 (2010), 135 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

–, Die sekundäre Darlegungslast und die nicht existierende sekundäre Beweislast, in: Hertel, Christian/Lorenz, Stephan/Stresemann, Christina (Hrsg.), Simplex sigillum veri - Festschrift für Wolfgang Krüger zum 70. Geburtstag, München 2017 (zit.: *Prütting*, in: FS-Krüger).

Ragland, George, Discovery before Trial, Chicago, Ill. 1932 (zit.: Ragland, Discovery before Trial).

Rassi, Jürgen C. T., Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht, ZZP 121 (2008), 165 ff.

Rausch, Mathias, Stärkung des Informationsanspruchs durch das arca-nigra-Verfahren - Ein in-camera-Verfahren zur Kontrolle der Informationsgabe, Frankfurt a. M. 2011 (zit.: *Rausch*, Stärkung des Informationsanspruchs).

Rauschhofer, Hajo, Quellcodebesichtigung im Eilverfahren - Softwarebesichtigung nach § 809 BGB, GRUR-RR 2006, 249 ff.

Regenfus, Thomas, Informationsverschaffung und Rechtsfolgen falscher Informationen, NJW 2018, 2225 ff.

Rengier, Rudolf, Strafrecht - Besonderer Teil II, 23. Aufl., München 2022 (zit.: *Rengier*, Strafrecht BT II).

Rhodes, Melissa J., *The White Knight Privilege in Litigated Takeovers: Leveling the Playing Field in Discovery*, 43 Stan. L. Rev. 445 (1991).

Richter, Carsten, Das neue japanische Besichtigungsverfahren, GRUR-Prax 2019, 500 f.

Richter, Danielle, *"Bring Your Own Device" Programs: Employer Control Over Employee Devices in the Mobile E-Discovery Age*, 82 Tenn. L. Rev. 443 (2015).

Rigod, Boris/Haberrecker, Peter, „Discovery" nach deutschem Recht – LG Hannover gibt § 33g-Antrag statt, NZKart 2021, 158 ff.

Ringer, Matthias/Wiedemann, Dirk, Die Durchsetzung des Besichtigungsanspruchs nach § 19a MarkenG im einstweiligen Verfügungsverfahren, GRUR 2014, 229 ff.

Rojahn, Sabine, Praktische Probleme bei der Abwicklung der Rechtsfolgen einer Patentverletzung, GRUR 2005, 623 ff.

Rosenberg, Leo, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., München 1965 (zit.: *Rosenberg*, Beweislast).

Rosenberg, Leo (Begr.)/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter (Hrsg.), Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018 (zit.: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO).

Rosenfeld, Andreas/Brand, Peter-Andreas, Die neuen Offenlegungsregeln für Kartellschadensersatzansprüche nach der 9. GWB-Novelle, WuW 2017, 247 ff.

Röß, Simone, Das vorprozessuale Schweigen bei Urheberrechtsverletzungen - Auskunftspflicht und Haftung des Anschlussinhabers, NJW 2019, 1983 ff.

Roßnagel, Alexander/Pfitzmann, Andreas, Der Beweiswert von E-Mail, NJW 2003, 1209 ff.

Roth, Kondrad, Das neue gesetzliche Kronzeugenprogramm, WuW 2021, 10 ff.

Rühl, Giesela, Die Begrenzung des § 142 ZPO durch das Anwaltsprivileg, ZZP 125 (2012), 25 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Rupp, Susanne, Die Beweisführung mit privaten elektronischen Dokumenten - Eine Untersuchung der §§ 144, 371, 371a ZPO sowie der Vorschriften der eIDAS-Verordnung über Vertrauensdienste, Baden-Baden 2018 (zit.: *Rupp*, Beweisführung mit privaten elektronischen Dokumenten).

Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 12. Aufl., München 2022 (zit.: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie).

Saenger, Ingo, Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts aus deutscher Sicht, ZZP 2008, 139 ff.

Sanner, Julian Alexander, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen in der privaten Kartellrechtsdurchsetzung, Baden-Baden 2014 (zit.: *Sanner*, Informationsgewinnung und Schutz von Unternehmensgeheimnissen).

Saß, Stephan, Die Beschaffung von Informationen und Beweisen - Eine Untersuchung zum Anwendungsbereich der §§ 809, 810 BGB im Spannungsfeld zwischen Besichtigungs- und Geheimhaltungsinteresse, Sankt Augustin 2002 (zit.: *Saß*, Beschaffung von Informationen und Beweisen).

Schaaff, Petra, Discovery und andere Mittel der Sachverhaltsaufklärung im englischen Pre-Trial-Verfahren im Vergleich zum deutschen Zivilprozess, Berlin 1983 (zit.: *Schaaff*, Discovery).

Schack, Haimo, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 5. Aufl., München 2020 (zit.: *Schack*, US-Zivilprozessrecht).

Schaffert, Wolfgang, Die Ansprüche auf Drittauskunft und Schadensersatz im Fall der Beeinträchtigung schutzwürdiger Kontrollnummernsysteme durch Entfernen oder Unkenntlichmachen der Kontrollnummern, in: Ahrens, Hans-Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München 2002, S. 719 ff. (zit.: *Schaffert*, in: FS-Erdmann).

Schaffrath, Hans Dieter/Janger, Thomas, Umweltaltlasten: Durchsetzung von Haftpflichtversicherungsansprüchen bei Unauffindbarkeit der Versicherungsverträge, VersR 1996, 1065 ff.

Schaub, Renate, Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 18.10.2018 - C-149/17 - Filesharing, GRUR 2018, 1237 f.

Scheindlin, Shira A. & Rabkin, Jeffrey, *Electronic Discovery in Federal Civil Litigation: Is Rule 34 Up to the Task?,* 41 B.C. L. Rev. 327 (2000).

Scheja, Katharina/Mantz, Reto, Vertraulichkeit von Verträgen vs. Offenlegungsanforderungen, CR 2009, 413 ff.

Schricker, Gerhard (Begr.)/Loewenheim, Ulrich, Urheberrecht - Kommentar, Loewenheim, Ulrich/Leistner, Matthias/Ohly, Ansgar (Hrsg.), 6. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schricker/Löwenheim, UrhR).

Schilken, Eberhard, Ansprüche auf Auskunft und Vorlegung von Sachen im materiellen Recht und im Verfahrensrecht, Jura 1988, 525 ff.

Schlosser, Peter, Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne, JZ 1991, 599 ff.

–, Das Bundesverfassungsgericht und der Zugang zu den Informationsquellen im Zivilprozeß, NJW 1992, 3275 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

–, Wirtschaftsprüfervorbehalt und prozessuales Vertraulichkeitsinteresse der nicht primär beweis- und substanziierungsbelasteten Prozesspartei, in: Hübner, Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1999, S. 997 ff. (zit.: *Schlosser*, in: FS-Großfeld).

–, Französische Anregungen zur Urkundenvorlagepflicht nach § 142 ZPO, in: Coester, Michael (Hrsg.), Privatrecht in Europa: Vielfalt, Kollision, Kooperation - Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 135 ff. (zit.: *Schlosser*, in: FS-Sonnenberger).

–, Verwertungsbeschränkungen bei Informationen, die im Rahmen eines Zivilprozesses erlangt werden, in: Heinemann, Jörn/Gleußner, Irmgard/Greger, Reinhard (Hrsg.), Neue Wege zum Recht - Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag, Berlin/Köln 2006, S. 217 ff. (zit.: *Schlosser*, in: FS-Vollkommer).

Schmidhuber, Martin, Schadensersatz bei falscher oder unvollständiger Erteilung einer Auskunft - Überlegungen zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums, WRP 2008, 296 ff.

Schmidt-Futterer, Mietrecht, Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, Schmidt-Futterer, Wolfgang (Begr.), Blank, Hubert (Hrsg.), 15. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Futterer, MietR).

Schnitzler, Sebastian, Vorwirkungen der Kartellschadensersatzrichtlinie, WuW 2015, 992 ff.

Scholz, Peter, Die Vorlagepflichten gemäß §§ 142, 144 ZPO: Ein gelungener Beitrag zur Fortentwicklung des deutschen Zivilprozesses?, in: Kurulu, Yayin (Hrsg.), Halûk Konuralp anisina armağan - Gedächtnisschrift für Halûk Konuralp - Essays in Honour of Halůk Konuralp - Mélanges en l'honneur de Halûk Konuralp, Ankara 2009, S. 891 ff. (zit.: *Scholz*, in: GS-Konuralp).

Scholz, Rupert, Strafbarkeit juristischer Personen, ZRP 2000, 435 ff.

Schönenberg-Wessel, Ulf, Das notarielle Nachlassverzeichnis, NotBZ 2018, 204 ff.

–, Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 13.09.2018 (I ZB 109/17) - Zur Erstellung eines Nachlassverseichnisses durch den Notar und zur Anwesenheitspflicht des Erben, NotBZ 2019, 103 ff.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hrsg.), Strafgesetzbuch - Kommentar, 30. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder, StGB).

Schöpflin, Martin, Die Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozeß, Frankfurt a. M. 1992 (zit.: *Schöpflin*, Beweiserhebung von Amts wegen).

Schreiber, Christoph, Das Recht auf Besichtigung von Sachen, JR 2008, 1 ff.

Schreiber, Klaus, Die Urkunde im Zivilprozess, Berlin 1982 (zit.: *Schreiber*, Die Urkunde im Zivilprozess).

Schreinert, Ingo, Das notarielle Nachlassverzeichnis, RNotZ 2008, 61 ff.

Schulte, Thomas/Schulte, Ulrich W., Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr - wettbewerbsrechtlich betrachtet, NJW 2003, 2140 ff.

Schulte, Rainer (Hrsg.), Patentgesetz mit Europäischem Patentübereinkommen - Kommentar auf Grundlage der deutschen und europäischen Rechtsprechung, 11. Aufl., Köln 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Schulte, PatG).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Schumacher, Lena, Nemo tenetur im Spannungsfeld zu außerstrafrechtlichen Offenbarungspflichten, Berlin 2016 (zit.: *Schumacher*, Nemo tenetur im Spannungsfeld zu außerstrafrechtlichen Offenbarungspflichten).

Schweitzer, Heike, Die neue Richtlinie für wettbewerbsrechtliche Schadensersatzklagen, NZKart 2014, 335 ff.

Sebulke, Philipp, Zivilprozessualer Geheimnisschutz im Anschluss an das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, Baden-Baden 2021 (zit.: *Sebulke*, Zivilprozessualer Geheimnisschutz).

Seichter, Dirk, Die Umsetzung der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, WRP 2006, 391 ff.

Seitz, Esther, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases: Rule 34 Discovery and the Saisie-Contrefaçon, Baden-Baden 2009 (zit.: *Seitz*, Fact-Gathering in Patent Infringement Cases).

Seng, Daniel/Mason, Stephen, Electronic evidence, 4th edn., London 2017 (zit.: D Seng and S Mason, *Electronic evidence*).

Shaffer, Craig B., *Deconstructing "Discovery About Discovery"*, 19 Sedona Conf. J. 215 (2018).

Sherman, Edward F., *The Judge's Role in Discovery*, 3 Rev. Litig. 89 (1982).

Shugrue, John D., *Discovery, Identifying and Combating Disovery Abuse*, 23 Litigation 10 (1997).

Siegel, Ernst, Die Vorlegung von Urkunden im Prozeß, Jena 1904 (zit.: *Siegel*, Vorlegung von Urkunden im Prozeß).

Siegmann, Matthias, Die Beweisführung durch gegnerische Urkunden – Prozesstaktische Hinweise zu § 142 Abs. 1 ZPO, AnwBl 2008, 160 ff.

Sime, Stuart, A Practical Approach to Civil Procedure, 24th edn., Oxford 2021 (zit.: S Sime, *A Practical Approach to Civil Procedure*).

Smijter, Eddy de, Private Enforcement: Public Enforcer's Perspective, in: Wijckmans, Frank/Tuytschaever, Filip (Hrsg.), Horizontal agreements and cartels in EU competition law, Oxford, United Kingdom 2015 (zit.: *Smijter*, in: Wijckmans et al. (eds.), 'Horizontal Agreements and Cartels in EU Competition Law').

Soergel, Hans-Theodor (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB) – Band 3/2: Schuldrecht 1/2: §§ 243-304, Ekkenga, Jens (Bandredaktor), 13. Aufl., Stuttgart 2014 (zit.: *Bearbeiter*, in: Soergel).

Sorenson, Charles W., Jr., *Disclosure Under Federal Rule of Civil Procedure 26(a) – "Much Ado About Nothing?"*, 46 Hastings L.J. 680 (1995).

Sosnitza, Olaf/Gey, Michael, Technische Hintergründe und rechtliche Konsequenzen, K&R 2004, 465 ff.

Spickhoff, Andreas, Vaterschaftsfeststellung, Vaterschaftsanfechtung und das Recht auf Kenntnis der Abstammung nach heterologer Insemination, ZfPW 2017, 257-285.

Spindler, Gerald, Der Auskunftsanspruch gegen Verletzer und Dritte im Urheberrecht nach neuem Recht, ZUM 2008, 640 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Spindler, Gerald/Schuster, Fabian (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien).

Stadler, Astrid, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozeß und im Rechtshilfeverfahren, Tübingen 1989 (zit.: *Stadler*, Schutz von Unternehmensgeheimnissen).

–, Der Zivilprozeß und neuere Formen der Informationstechnik, ZZP 115 (2002), 413 ff.

–, Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung – erweiterte Urkundenvorlagepflichten von Parteien und Dritten nach der Zivilprozessrechtsreform, in: Nakamura, Hideo (Hrsg.), Festschrift für Kostas E. Beys, dem Rechtsdenker in attischer Dialektik - Zum 70. Geburtstag am 25. November 2003 - Timētikos tomos tu Kosta E. Mpeē ōs ainos tēs attikēs dialektikēs, Athen 2003, 1625 (zit.: *Stadler*, in: FS-Beys).

–, "Was drei wissen, das erfahren hundert" – Auskunftspflichten und Geheimnisschutz im Zivilprozess nach Umsetzung der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, in: Stürner, Rolf/Matsumoto, Hiroyuki/Lüke, Wolfgang/Masahisa, Deguchi (Hrsg.), Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, Tübingen 2009, S. 201 ff. (zit.: *Stadler*, in: FS-Leipold).

Stancke, Fabian/Weidenbach, Georg/Lahme, Rüdiger (Hrsg.), Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Stancke/Weidenbach/Lahme, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen).

Stauder, Dieter, Überlegungen zur Schaffung eines besonderen Beweisverfahrens im europäischen Patentverletzungsrecht - Saisie-contrefaçon oder actio ad exhibendum als Beispiele?, GRUR Int 1978, 230 ff.

–, Umfang und Grenzen der Auskunftspflicht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Zur neueren Entwicklung im englischen und deutschen Recht, GRUR Int 1982, 226 ff.

–, Anm. zu BGH 08.01.1985 - X ZR 18/84 - Druckbalken, GRUR 1985, 518 f.

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 139-163 (Teilnichtigkeit, Anfechtung, Vertrag, Bedingung und Zeitbestimmung), Berlin Neubearbeitung 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger).

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241-243 (Treu und Glauben), Berlin Neubearbeitung 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger).

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 255-304 (Leistungsstörungsrecht I), §§ 255-304 (Leistungsstörungsrecht I), Berlin Neubearbeitung 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger).

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 362 - 396 (Erfüllung, Hinterlegung, Aufrechnung), Berlin Neubearbeitung 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger).

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 705-740 (Gesellschaftsrecht), Berlin Neubearbeitung 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger).

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 779-811 (Vergleich, Schuldversprechen, Anweisung, Schuldverschreibung), Berlin Neubearbeitung 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 985-1011 (Eigentumsschutz und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis), Berlin Neubearbeitung 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger).

Staudinger, Julius von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 1363-1407 (Eheliches Güterrecht 1 - Gesetzliches Güterrecht), Berlin Neubearbeitung 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger).

Staudinger, Julius von (Begr.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 2303-2345 (Pflichtteil, Erbunwürdigkeit), Berlin Neubearbeitung 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger).

Stein, Friedrich /Jonas, Martin (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung - Band 2: §§ 78-147, Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Hrsg.), 23. Aufl., Tübingen 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas, ZPO).

Stein, Friedrich /Jonas, Martin (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung - Band 3: §§ 148-270, Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Hrsg.), 23. Aufl., Tübingen 2016 (zit.: *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas, ZPO).

Stein, Friedrich /Jonas, Martin (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung - Band 4: 271-327, Bork, Reinhard; Roth, Herbert (Hrsg.); Stein, Friedrich; Jonas, Martin (Begr.), 23. Aufl., Tübingen 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas, ZPO).

Stein, Friedrich /Jonas, Martin (Begr.), Kommentar zur Zivilprozessordnung - Band 5: §§ 328-510c, Bork, Reinhard/Roth, Herbert (Hrsg.), 23. Aufl., Tübingen 2015 (zit.: *Bearbeiter*, in: Stein/Jonas, ZPO).

Stempel, Jeffrey W., *Politics and Sociology in Federal Civil rulemaking: Errors of Scope*, 62 Alab. L. Rev. 529 (2002).

–, *Symposium: Trends in Federal Civil Discovery: Asymmetry and Adequacy in Discovery Incentives: The Discouraging Implications of Haeger v. Goodyear*, 51 Akron L. Rev. 639 (2017).

Stickelbrock, Barbara, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, Köln 2002 (zit.: *Stickelbrock*, Richterliches Ermessen im Zivilprozess).

Stöber, Michael, Die Verletzung von Berufsgeheimnissen durch Parteivorbringen im Zivilprozess, ZIP 2007, 1492 ff.

Stögmüller, Thomas, Quellcode-Herausgabe zum Nachweis von Urheberrechtsverletzungen, K&R 2013, 444 ff.

Stoll, Jutta, Überlegenheit des deutschen Zivilprozesses bei der Zeugenvernehmung?, ZRP 2009, 46 ff.

Ströbele, Paul/Hacker, Franz/Thiering, Frederik (Hrsg.), Markengesetz, Kommentar, 13. Aufl., Köln 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG).

Stürner, Rolf, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976 (zit.: *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess).

–, Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und Arzthaftungsprozeß, NJW 1979, 1225 ff.

–, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, 1757 ff.

–, Die gewerbliche Geheimsphäre im Zivilprozess, JZ 1985, 453 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

–, The Principles of Transnational Civil Procedure - An Introduction to Their Basic Conceptions, RabelsZ 69 (2005), 201 ff.

–, Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess, in: Heinemann, Jörn/Gleußner, Irmgard/Greger, Reinhard (Hrsg.), Neue Wege zum Recht - Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag, Berlin/Köln 2006, S. 201 ff. (zit.: *Stürner*, in: FS-Vollkommer).

Stürner, Rolf/Stadler, Astrid, Anm. zu BGH, 08.01.1985 - X ZR 18/04: Zum Besichtigungsanspruch des Patentrechtsinahbers, JZ 1985, 1101 ff.

Subrin, Stephen N., *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, 39 B.C. L. Rev. 691 (1998).

Sujecki, Bartosz, Zur Implementierung der Durchsetzungsrichtlinie in das niederländische Recht, GRUR Int 2011, 28 ff.

Sunderland, Edson R., *Improving the Administration of Civil Justice*, 167 Annals Am. Ac. Pol. & Soc. Sci. 60 (1933).

Tegelkamp, Martin/Krüger, Wolfgang, Anwesenheitsrechte bei der Erstellung des Nachlassverzeichnisses nach § 2314 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB, ZErb 2011, 33 ff.

Teplitzky, Otto, Neue Entwicklungen beim wettbewerbs- und markenrechtlichen Auskunftsanspruch, in: Keller, Erhard (Hrsg.), Festschrift für Winfried Tilmann - Zum 65. Geburtstag, Köln 2003, S. 913 ff. (zit.: *Teplitzky*, in: FS-Tilmann).

Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren - Unterlassung, Beseitigung, Auskunft, Schadensersatz, 12. Aufl., Köln 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren).

Teske, Joachim, Der Urkundenbeweis im französischen und deutschen Zivil- und Zivilprozeßrecht, Göttingen 1990 (zit.: *Teske*, Urkundenbeweis).

Thier, Andreas, Aliud- und Minus-Lieferung im neuen Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, AcP 203 (2003), 399 ff.

Thomas, Heinz/Putzo, Hans (Begr.), Zivilprozessordnung - FamFG, EGZPO, GVG, EGGVG, EU-Zivilverfahrensrecht, Reichold, Klaus/Hüßtege, Rainer (Hrsg.), 43. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Thomas/Putzo, ZPO).

Tilmann, Winfried, Der Auskunftsanspruch, GRUR 1987, 251 ff.

–, Der Schutz gegen Produktpiraterie nach dem Gesetz von 1990, BB 1990, 1565 ff.

–, Zum Anspruch auf Auskunftserteilung wegen Warenzeichenverletzung II, GRUR 1990, 160 ff.

Tilmann, Winfried/Schreibauer, Marcus, Beweissicherung vor und im Patentverletzungsprozess, in: Ahrens, Hans-Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München 2002, S. 901 ff. (zit.: *Tilmann/Schreibauer*, in: FS-Erdmann).

–, Die neueste BGH-Rechtsprechung zum Besichtigungsanspruch nach § 809 BGB Anmerkungen zum Urteil des BGH „Faxkarte", GRUR 2002, 1015 ff.

Timmerbeil, Sven, Witness Coaching und Adversary System, Der Einfluss der Parteien und ihrer Prozessbevollmächtigten auf Zeugen und Sachverständige im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozess, Tübingen 2004 (zit.: *Timmerbeil*, Witness Coaching).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Timmerbeil, Sven/Blome, Max-Niklas, Steter Tropfen höhlt den Stein - Die "wirtschaftliche Einheit" im deutschen Kartellrecht nach der 9. GWB-Novelle, BB 2007, 1544 ff.

Tinnefeld, Christian, Der Anspruch auf Besichtigung von Quellcode nach der Entscheidung „UniBasic-IDOS" des BGH - Zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urt. v. 11.4.2013 – I ZR 90/09, CR 2013, 417 ff.

Ulrich, Gustav-Adolf, Die Geltendmachung von Ansprüchen auf Erteilung einer Auskunft im Verfahren der einstweiligen Verfügung, WRP 1997, 135 ff.

Ulrici, Bernhard, Verjährung unterstützender Informationsansprüche, NJW 2018, 2001 ff.

Ungern-Sternberg, Joachim von, Auskunftsanspruch bei Verwendbarkeit der Auskunft zur Begründung von Vertragsstrafenansprüchen oder Anträgen auf Verhängung von Ordnungsmitteln, WRP 1984, 55 ff.

–, Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2018, GRUR 2019, 1 ff.

Véron, Pierre, Der Patentverletzungsprozess in Frankreich, Mitt. 2002, 386 ff.

–, Saisie-Contrefaçon, 3. Aufl., Paris 2015 (zit.: *Véron*, Saisie-Contrefaçon).

Verrel, Thorsten, Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes, NStZ 1997, 361 ff., 415 ff.

von Gamm, Otto-Friedrich Freiherr, Zur sog. Drittauskunft bei Wettberwerbsverletzungen, in: Baur, Jürgen F. (Hrsg.), Festschrift für Ralf Vieregge zum 70. Geburtstag am 6. November 1995, Berlin 1995, 261-267 (zit.: *v. Gamm*, in: FS-Vieregge).

Wagner, Gerhard, Europäisches Beweisrecht - Prozessrechtsharmonisierung durch Schiedsgerichte, ZEuP 2001, 441 ff.

–, Urkundenedition durch Prozessparteien - Auskunftspflicht und Weigerungsrechte, JZ 2007, 706 ff.

Wagner-von Papp, Florian, Access to Evidence and Leniency Materials, London 2016 (zit.: *Wagner-von Papp*, Access to Evidence).

Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 6. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG).

Wasserburg, Klaus, Die ärztliche Dokumentationspflicht im Interesse des Patienten, NJW 1980, 617 ff.

Waterstraat, Daniel, Informationspflichten der nicht risikobelasteten Partei im Zivilprozess - zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.02.2004 - X ZR 108/02), ZZP 118 (2005), 459 ff.

Weber, Franziska, Die Offenlegung von Beweismitteln nach der Umsetztung der Kartellschadensersatzrichtlinie im deutschen und spanischen Recht, ZZP 131 (2018), 457 ff.

Weidlich, Dietmar, Notarielles Nachlassverzeichnis: Grundsätze und prozessuale Durchsetzung, ErbR 2013, 134 ff.

Weinstein's Federal Evidence, Volume 4, Weinstein, Jack B./McLaughlin, Joseph M./Berger, Margaret A./Brodin, Mark S. (Hrsg.), New Providence, N.J. December 2022 (zit.: 4 Weinstein's Federal Evidence).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Weinstein's Federal Evidence, Volume 5, Weinstein, Jack B./McLaughlin, Joseph M./Berger, Margaret A./Brodin, Mark S. (Hrsg.), New Providence, N.J. December 2022 (zit.: 5 Weinstein's Federal Evidence).

Weiß, Hans-Dietrich, Die Verpflichtung des Rechtsanwalts zur Herausgabe von Handakten, JR 1971, 356 ff.

Weitbrecht, Andreas, Die Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie - Eine Chance für den Rechtsstandort Deutschland, WuW 2015, 959 ff.

–, Kartellschadensrecht 2018, NZKart 2019, 70 ff.

Werner, Frank, Beweissicherungsverfahren bei Schutzrechtsverletzungen in Belgien, Frankreich und Deutschland, VPP-Rundbrief 2003, 76f.

Westermann, Harm, Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241 ff.

Westhoff, Jan Philipp, Der Zugang zu Beweismitteln bei Schadensersatzklagen im Kartellrecht, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Baden-Baden 2010 (zit.: *Westhoff*, Zugang zu Beweismitteln).

Weyland, Dag (Hrsg.), Bundesrechtsanwaltsordnung, Berufsordnung, Fachanwaltsordnung, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Recht für Anwälte aus dem Gebiet der Europäischen Union, Patentanwaltsordnung, 10. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Weylandt, BRAO).

White, Marjorie S., *Plaintiff as Deponent: Invoking the Fifth Amendment*, 48 U. Chi. L. Rev. 158 (1981).

Wiedemann, Gerhard (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts).

Wiese, Elena/Urban, Julian, Das Legal Professional Privilege im Disclosure-Regime des § 33g GWB, WuW 2020, 23 ff.

Wiese, Günther, Probleme bei der Edition von Briefen, in: Hanau, Peter (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag, München 1982, 483-502 (zit.: *Wiese*, in: FS-Herschel).

Willems, Constantin, Kein Durchgang durch die Doppeltür? - Möglichkeiten und Grenzen der Abmilderung von Informationsasymmetrien im Kartellzivilrecht nach der RL 2014/104/EU zum Kartellschadensersatzrecht, WRP 2015, 818 ff.

Winkler von Mohrenfels, Peter, Abgeleitete Informationsleistungspflichten im deutschen Zivilrecht, Berlin 1986 (zit.: *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten).

Wiume, Mark, Der Auskunftsanspruch im Markenrecht, Frankfurt a. M. 2002 (zit.: *Wiume*, Auskunftsanspruch).

Wolfson, Michael E., *Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery*, 36 Clev. St. L. Rev 17 (1988).

Wosnitza, Rüdiger, Das Recht auf Auskunft im bankvertraglichen Dauerschuldverhältnis, Systematische Übersicht über Informationsansprüche nach Vertragsschluß bei typischen Bankgeschäften und ihre rechtsdogmatische Abstimmung aufeinander, Baden-Baden 1991 (zit.: *Wosnitza*, Auskunft im bankvertraglichen Dauerschuldverhältnis).

Wright, Charles Alan/Kane, Mary Kay, Law of Federal Courts, 8th edn., St. Paul, Minn. 2016 (zit.: Wright & Kane, Law of Federal Courts).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Wussow, Hansjoachim, Auskunfts- und Vorlegungspflicht des Haftpflichtversicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer?, NJW 1962, 420 ff.

Yamamoto, Eric K., *Efficiency's Threat to the Value of Accessible Courts for Minorities*, 25 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 341 (1990).

Yoshida, Motoko, Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess, Frankfurt a. M. 2001 (zit.: *Yoshida*, Informationsbeschaffung).

Zekoll, Joachim/Bolt, Jan, Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess - Amerikanische Verhältnisse in Deutschland?, NJW 2002, 3129 ff.

Zekoll, Joachim/Haas, Georg Alexander, Ausweitung ohne Ausforschung – zur Urkundenvorlagepflicht nach § 142 ZPO, JZ 2017, 1140 ff.

Zhang, Baosheng/Chen, Huangxun, Applications and Trends of Digital/Electronic Evidence in Chinese Litigation, in: Kengyel, Miklós/Nemessányi, Zoltan (Hrsg.), Electronic technology and civil procedure - New paths to justice from around the world, Dordrecht 2012, S. 305 ff. (zit.: *Zhang/Chen*, in: Kengyel/Nemessányi (Hrsg.), Electronic Technology and Civil Procedure).

Zimmer, Maximilian, Der Notar als Detektiv? - Zu den Anforderungen an das notarielle Nachlassverzeichnis, ZEV 2008, 365 ff.

–, Pflichten des Notars beim notariellen Nachlassverzeichnis, NJW 2019, 186 ff.

Zöller, Richard (Begr.), Zivilprozessordnung - Mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen, 34. Aufl., Köln 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Zöller, ZPO).

Zöllner, Stephanie, Der Vorlage- und Besichtigungsanspruch im gewerblichen Rechtsschutz – Ausgewählte Probleme, insbesondere im Eilverfahren, GRUR-Prax 2010, 74 ff.

Zuckerman, Adrian A. S., Zuckerman on civil procedure, principles of practice, 4th edn., London 2021 (zit.: AAS Zuckerman, *Zuckerman on civil procedure*).

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Sachregister

Allgemeines Persönlichkeitsrecht (*siehe* Offenlegungsschranken)
Allgemeines Schuldrecht S. 59, 86, 380
Allgemeininteressen S. 407
American Rule of Cost (*siehe* Kosten)
Amtliche Auskünfte (*siehe* Beweismittel)
Anspruchsberechtigter (*siehe* Gläubiger)
Anspruchsgegner (*siehe* Schuldner)
Anton Piller Order (*siehe* search order)
Antragstellung S. 409
Arbeitsverhältnis (*siehe* Verfügungsgewalt)
attorney-client-privilege S. 248
Aufklärungsanspruch (*siehe* Aufklärungspflicht)
Aufklärungspflicht S. 46, 340
— prozessuale S 38, 56, 84.
— materiell-rechtliche S. 40, 55, 78
Aufwand S. 392
Augenscheinsobjekte (*siehe* Beweismittel)
Ausforschung S. 124, 138, 153, 323, 379
— fishing expedition S. 192, 274, 326, 380
Auskunftsanspruch/-pflicht S. 44, 55, 366
Auskunftserteilung S. 60
Auskunftspflicht des Erben S. 82
Ausschluss der Offenlegung (*siehe* Offenlegungsschranken)
ausufernde Beweisbeschaffung S. 253

Beibringungsgrundsatz S. 37, S. 180
Besichtigung von Beweismitteln (*siehe* Vorlage oder Besichtigung)
Besitzmittlungsverhältnis (*siehe* Verfügungsgewalt)
besonders geschützte Informationen S. 223, 246
Bestimmtheit (*siehe* Offenlegungsgegenstand/genaue Bezeichnung)
Beweislast S. 37, 411
— sekundäre S. 57
— Umkehr der S. 123, 395
Beweismittel S. 101, 163, 340
— amtliche Auskünfte S. 106, 165
— Augenscheinobjekte S. 101, 131, 134, 164
— elektronisch gespeicherte Daten S. 102, 106, 164, 223, 344
— Parteivernehmung S. 106
— Sachverständige S. 102
— Suche nach S. 278, 295, 328
— Urkunden S. 105, 131, 134, 164
— Zeugen S. 103, 341
Beweisvereitelung S. 168, 369
Bindungswirkung S. 154

Constantin Film ./. Youtube S. 310
contempt of court S. 261, 288
control (*siehe* Verfügungsgewalt)
custody (*siehe* Verfügungsgewalt)

Datenschutz S. 333, 389
depositions S. 205, 291, 341
disclosure and inspection of documents S. 268
Durchsetzungsrichtlinie S. 306
Düsseldorfer Verfahren S. 174

e-discovery S. 234
Einsicht in Urkunden S. Einsicht in Urkunden
Einstweilige Verfügung S. 173, 176
elektronisch gespeicherte Daten (*siehe* Beweismittel)
Elektronische Dokumente (*siehe* Beweismittel/elektronisch gespeicherte Daten)
England und Wales S. 266
Erforderlichkeit S. 124, 145, 348
Erfüllung S. 59
— der Auskunftspflicht (*siehe* Auskunftserteilung)
— der Offenlegungspflicht S. 340
— der Rechnungslegungspflicht (*siehe* Rechnungslegung)
— Falschlieferung und Schlechtlieferung S. 366
— Nacherfüllung S. 365
— von Informationsansprüchen S. 58
Erfüllungsort S. 117, 139
Erfüllungstheorie S. 366
expert witness S. 198, 294

Falschlieferung (*siehe* Erfüllung/Falschlieferung und Schlechtlieferung)
Filesharing S. 91, 314
fishing expeditions (*siehe* Ausforschung)
Frankreich S. 298
Fremde Rechtsordnungen S. 187

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Gefahrtragung S. 118, 139
Geheimhaltungsinteresse S. 114, 136, 155, 174, 246, 394
Geschäftsgeheimnis S. 114, 136, 246, 329, 388, 395
Gewährleistungstheorie S. 366
Glaubhaftmachung
Gläubiger S. 121, 143
Grenzen der Offenlegung (*siehe* Offenlegungsschranken)

Hauptanspruch S. 55, 61, 75, 89, 95, 109, 124
Herausgabe S. 162, 361

Immaterialgüterrecht S. 118, 306
informal discovery S. 194
information requests S. 292
Informationsanspruch/-pflicht S. 41
— Erfüllung S. 58
— Grundlagen S. 54
Informationsgabe S. 41
Informationsnahme S. 41
Informationsverschaffung
— formell ordnungsgemäße S. 69
— inhaltlich richtige S. 73
— Sinn und Zweck der Vorschriften über die S. 86
Inhalt der Offenlegungspflicht (*siehe* Erfüllung/der Offenlegungspflicht)
inspection S. 276
Interessen der Allgemeinheit (*siehe* Allgemeininteressen)
interrogatories S. 215

Kartellrecht S. 140, 319
Kartellschadensersatzrichtlinie (*siehe* Schadensersatzrichtlinie)
Kosten S. 139, 153, 255, 290, 390
— American Rule of Cost S. 391
Kronzeugenerklärungen S. 158

legal professional privilege S. 285
Lonrho-Test S. 273

Markenrecht S. 135

Nacherfüllung (*siehe* Erfüllung)
nemo tenetur se ipsum accusare S. 355, 401

Offenlegungsanspruch/-pflicht S. 44
— Ursprung im europäischen Recht S. 265
Offenlegungsgegenstand S. 339
— genaue Bezeichnung S. 125, 149, 374
Offenlegungshandlung S. 360
Offenlegungsschranken S. 113, 150, 379
— Allgemeines Persönlichkeitsrecht S. 115, 400
— Ausschluss der Leistungspflicht S. 381
— Schweigepflicht S. 361, 386, 401
— verfahrensfremde Verwertungszwecke S. 279, 406
Organbesitz (*siehe* Verfügungsgewalt)

Parteivernehmung (*siehe* Beweismittel)
Patentrecht S. 129
Persönliche Unzumutbarkeit S. 398
possession (*siehe* Verfügungsgewalt)
pre-trial discovery S. 188
— Durchsetzung S. 259
— Entwicklung S. 191
— Grenzen S. 240
— Sinn und Zweck S. 189
— Umfang und Methoden S. 200
protective orders S. 256
prozessfremde Verwertung (*siehe* Offenlegungsschranken/verfahrensfremde Verwertung)

real evidence S. 293
Rechnungslegung S. 44, 65
Rechtsmissbrauch S. 404
relevance S. 242, 274
requests for admission S. 239
requests for production or inspection S. 223
required disclosures S. 196

Sachverständige (*siehe* Beweismittel)
saisie contrefaçon S. 299
sanctions (*siehe* Sanktionen)
Sanktionen
— sanctions S. 261
— strafrechtliche S. 169
Schadensersatz
— bei Schlechterfüllung S. 367
— Inhalt S. 373
Schadensersatzanspruch S. 368
— als Hauptanspruch S. 61
— Sorgfaltsmaßstab S. 371
Schadensersatzrichtlinie S. 319
Schikaneverbot S. 403
Schlechtlieferung (*siehe* Erfüllung)
Schranke (*siehe* Offenlegungsschranken)
Schuldner S. 121, 145, 349
Schweigerechte/-pflichten (*siehe* Offenlegungsschranken/Schweigepflicht)
search order S. 294
Selbstständiges Beweisverfahren S. 175
Sorgfaltsmaßstab (*siehe* Schadensersatzanspruch)
Stufenklage S. 173

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

Substanzeingriffe S. 113, S. 132

Treu und Glauben S. 55, 404

Umfang der Offenlegungspflicht S. 339
Unmöglichkeit S. 383
— praktische/faktische S. 392
— rechtliche S. 385
— tatsächliche S. 384
Untersuchung von Beweismitteln S. 112, 224, 294, 303, 361
Unverhältnismäßigkeit S. 137, 151, 245, 326, 379
Urheberrecht S. 133
Urkunden (*siehe* Beweismittel)

Vereinigte Staaten von Amerika S. 188
verfahrensfremde Verwertung (*siehe* Offenlegungsschranken)
Verfügungsgewalt S. 121, 308, 323, 349
— Besitzmittlungsverhältnis S. 359
— in Arbeitsverhältnissen S. 225, 356
— Organbesitz S. 354
— possession, custody, control S. 224
Verhältnismäßigkeit (*siehe* Unverhältnismäßigkeit)
Verschwiegenheitsverpflichtung S. 410
Versicherung an Eides statt S. 68, 80, 364
vertrauliche Informationen S. 135, 155, 246, 314, 394
Vertraulichkeitskreise S. 157
Verweigerungsrechte S. 160, 282, 318, 386, 401
Vorlage oder Besichtigung S. 109, 131, 134, 360
Vorlage von Beweismitteln (*siehe* Vorlage oder Besichtigung)

Wahrscheinlichkeit S. 110, 122, 148, 300
widersprüchliches Verhalten S. 407
work-product rule S. 249

Zeugen (*siehe* Beweismittel)
Zeugen (*siehe* Beweismittel)
Zeugnisverweigerungsrecht (*siehe* Verweigerungsrecht)
Zivilprozessordnung S. 180
Zumutbarkeit S. 381
Zwangsvollstreckung S. 178

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748917076, am 12.10.2023, 12:41:26
Open Access – (cc) BY – http://www.nomos-elibrary.de/agb