

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.).

Kapitel 1 – Zugang zu aufbereiteten Informationen

In diesem Kapitel werden zunächst die Grundlagen der Informationsansprüche⁹² dargestellt und sodann untersucht, auf welche Art und Weise diese Ansprüche zu erfüllen sind. Informationsansprüche sind den Offenlegungsansprüchen⁹³ 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.

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 Pauschallität 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 oben¹⁰⁰ 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/Olsen, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 242 Rn. 605; Haefs, Auskunftsanspruch, S. 31 m. w. N.

98 Looschelders/Olsen, 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 I A. I. (S. 54).

101 Haefs, Auskunftsanspruch, S. 181 ff.

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 Aufklärungspflicht¹⁰⁶ 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.

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. 211f.

113 Zur Entwicklung vgl. *Arens*, ZZP 96 (1983), 1ff.; *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

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.

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 geschuldeten 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 geschuldeten Leistung durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB ermittelt werden.¹²⁸ Fehlt es – etwa bei deliktischen Handlungen – an einer vertraglichen Vereinbarung, so muss die geschuldeten 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.

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 formalhaft 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.

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.

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, II789 juris-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.

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.

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, II 789; 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.

Schuldnern 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 *Loosholders*, SchuldR AT, § 14 Rn. 9.

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

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.

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 ineinander greifen 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 *Zehlein*, 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.

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.

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 unglaublich.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.

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 – I3 WF I37/18, 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.

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 unglaublich.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.II.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.

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.

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.

1. 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 unglaublich“ 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 unglaublich 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 Informations schuldners abhänge, könne eine Erklärung dann nicht als von vornherein unglaublich 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.

ob der Tärichter 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 Herauszubringende 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.

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.

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.

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.

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 Auskunfts schuldner 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).

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 Aussagegegenstand 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 Rechtfertigung 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.

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.

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. II, 9. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 1.

273 Motive V, S. 409; *Lange*, in: MüKo-BGB, Bd. II, 9. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 1; *Tegelkamp/Krüger*, ZErb 2011, 33.

274 *Lange*, in: MüKo-BGB, Bd. II, 9. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 42.

275 *Lange*, in: MüKo-BGB, Bd. II, 9. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 42; *Otte*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 2314 Rn. 7.

276 Vgl. *Lange*, in: MüKo-BGB, Bd. II, 9. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 50.

277 Vgl. *Lange*, in: MüKo-BGB, Bd. II, 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.

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. II, 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. II, 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.

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 Verpflichtete 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, 71f.

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.

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 Meinung³⁰² 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.

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.

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 Auftraggeber 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 aufs. 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.

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; Tolkendorf, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.10.2022, § 2218 Rn. 49.

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 InsO³²³). 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*, Selbstbelastungzwang.

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. II; 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.

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 Produktpirateriegesetzes³²⁹ wurde in § 19 MarkenG, § 140b PatG, § 101 UrhG, § 24b GebrMG, § 46 DesignG, § 9 Abs. 2 HalbSchG 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 Piraterieprodukte 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. II, 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, II109.

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, II119.

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

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.

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.

sind. § 1379 BGB soll es beiden Ehegatten,³⁴⁶ § 2314 BGB dem Pflichtteilsberechtigten³⁴⁷ ermöglichen, den Umfang ihrer Ansprüche zu bestimmen. Gleches 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.

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 Kindes³⁵⁵ 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.

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 Sachbegriffen gehören und die der Kläger benötigt, um den Herausgabeantrag zu substantiiieren.“³⁵⁷

Wird die klageweise Geltendmachung des Hauptanspruchs erforderlich, so soll der Informationsanspruch dem Kläger die hinreichende Substanzierung 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 schätzen

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, III16.

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, II175 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.

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.

Linie liegt auch die bereits eingangs³⁷⁰ 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“-Entscheidungen³⁷² davon aus, dass eine einmal gelegte Rechnung erneut gelegt werden kann, wenn später erkannt wird, dass die zunächst gelegte Rechnung fehlerhaft war. Es könnte 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 unglaublich. 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.).

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.).

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

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.

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, Taschen 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.

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

Sachverständiger ist, wer dem Richter auf dessen Anordnung hin die dieselbe 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. II; dazu sogl. Kapitel 2 A. III. (S. 103).

394 Berger, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, vor § 402 Rn. II.

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.

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 Terminkreis 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.

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.

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 maschinen geschriebener 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; differenziert 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.

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 prozes-
sualem Wege⁴³² 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).

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 Rechnungslegung⁴³⁷ finden mittlerweile vermehrt Offenlegungspflichten im beschriebenen Sinn⁴³⁸ 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.

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 tatbeständlich 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 Grundstücks⁴⁴⁷ 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.

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.

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.II.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.

cc) Besichtigung

Gestattung der Besichtigung meint Ermöglichung der Inaugenscheinnahme.⁴⁶⁴ Der Schuldner bleibt hier passiv⁴⁶⁵ 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 Ermöglich 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 beizugezogen 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, II 01, II 01, II 02; ausführlich zum Ganzen *Leppin*, GRUR 1984, 552, 695.

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.

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.

cc) Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Grenzen des Anspruchs auf Vorlage einer Sache können sich auch aus dem 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 Tagebücher⁴⁸⁷ 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 mache.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 oben⁴⁹⁴ 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 BGB⁴⁹⁶ 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.

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 Banken⁴⁹⁸ und Versicherungen⁴⁹⁹ 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 Begehrnde 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; *Bemmam*, 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 ZR 198/69, 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.

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.

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 eingangs⁵¹⁷ 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.

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 Urkunden⁵²⁰ 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 HalbSchG 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 Dienstleistungsspiraterie im Binnenmarkt KOM (98) 599 endg., GRUR 1999, 560, 563; *Knieper*, WRP 1999, III16; *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.

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 ausgeführt⁵²⁶ – sehr umstritten, inwieweit § 809 BGB die Untersuchung einer Sache – insbesondere Substanzeingriffe – erlaubt.⁵²⁷ Der Gesetzgeber hat diesen Streit⁵²⁸ 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 ausgeschlossen⁵³¹ 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.

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

540 Czuchowski, 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.

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; *Czuchowski*, 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; *Czuchowski*, 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.

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, II. 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, II. 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, II. Aufl. 2022, § 140c Rn. 12.

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

552 *Rinken*, in: Schulte, PatG, II. 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:

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

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 Verhältnismäßigkeitsgebot.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 Anspruchsteller 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 Czuchowski, 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.

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 Augenscheinobjekte 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.

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 Schutzrechtsinhaber 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 Auskunftsansprüche

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).

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. 2022, § 101a UrhG Rn. 24; *Knaak*, *GRUR Int* 2004, 745, 747.

b) Beispiele aus dem Patentrecht

Im Patentrecht ist die Untersuchung eines Gegenstands von besonderer Bedeutung. Neben der Ermittlung des Verletzers und der Vertriebskanäle⁵⁹¹ 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 könnte 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 Wahrscheinlichkeit

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).

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 TRIPS⁶⁰¹ – 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 BGB⁶⁰⁴ 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 Besichtigungsantrag 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. II2).

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.

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.

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. II3).

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.

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/Schreiber*, 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; *Zöller*, 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.

aa) Urkundenvorlage

Als Urkunden kommen alle durch Niederschrift verkörperten Gedanken-erklärungen in Betracht. In welcher Weise die Niederschrift erfolgt, ist un-erheblich. 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 un-schwer durch bloße Einsichtnahme mit dem vorbestehenden Werk vergli-chen werden.⁶³⁵ Dazu sind die Originalurkunden vorzulegen, weil nur diese die Authentizität des Schriftstücks sicherstellen können.⁶³⁶ Zur Beweissi-cherung 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 verletzen-den 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: Wandt-ke/Bullinger, UrhG, 6. Aufl. 2022, § 101a UrhG Rn. 20; *Czuchowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 17.

634 *Nordemann-Schiffel*, in: FS-Wandtke, S. 385 ff.

635 *Czuchowski*, 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 *Czuchowski*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2018, § 101a UrhG Rn. 17.

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 Rechteinhaber 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.; *Czchowski*, 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.

tionen besonderen Schutz gewährt. Die maßgeblichen Vorschriften⁶⁴⁸ bestimmen, dass das Gericht die erforderlichen Maßnahmen anordnet, um den im Einzelfall gebotenen Schutz zu gewährleisten, soweit der vermeintliche Verletzter 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.

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.

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 werden⁶⁶⁷

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 oben⁶⁶⁸ beschriebenen Maßnahmen nicht geeignet sind, den Schutz vertraulicher Informationen sicherzustellen, kommt die Unverhältnismäßigkeit in Betracht.⁶⁶⁹ Gleichermaßen 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 hingegen

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.

gen keine Rolle, weil Absatz 4 der jeweils maßgeblichen Vorschrift⁶⁷² 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 verstößen würde.⁶⁷⁴ Gleiches gilt, wenn mit der Offenlegung gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen verstößen 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, II. 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.).

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.

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 erleichtert⁶⁸⁹ 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, 161f.; *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.

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 GWB⁶⁹⁵ 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 Rechts⁶⁹⁹ 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.

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

1. 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 „glaublich 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-Prüting*; *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 aufs. u. Kapitel 3 A. (S. 188 ff.).

707 *Rigod/Haberrecker*, NZKart 2021, 158.

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.

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.

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 Vorteile 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.

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 beschränkt 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.

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.

sprüche vorausgesetzten hinreichenden Wahrscheinlichkeit⁷⁴⁴ 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 Begehr 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, WettB R, 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.

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). Gleches 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.

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 Österreich, 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, II. 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.

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[en] oder sehr wahrscheinlich [sei], [köinne] der zumutbare Aufwand höher liegen.*“⁷⁶⁵

Wäre diese Begründung zutreffend, verringerte sich der Anspruchsinnhalt 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 anspruchsgrundenden 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 Zu widerhandlungen 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.

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.

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 milder 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.

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. 4⁷⁷⁹, Abs. 5⁷⁸⁰ 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.

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 Offenlegungsschuldner⁷⁸⁷ 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.

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).

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 Vergleichsausführungen⁸⁰² 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.

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.

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 Besitz 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, 68f.

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.

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.

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.

„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 Herausgabebeanspruch 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.).

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 ausgeführt⁸⁴⁴ 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) Augenscheinobjekte, 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).

Sinn,⁸⁴⁸ weil die Informationen elektronisch gespeichert wurden, kommt die Offenlegung als Augenscheinobjekt⁸⁴⁹ in Betracht.⁸⁵⁰ Diese eignen sich nicht zur Herausgabe im soeben⁸⁵¹ 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 Augenscheinobjekte 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.

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 Zeugenaussage, 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 bezoeken⁸⁶⁵ 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).

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 Zusammenhang 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.).

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, 301I, 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.

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 beifern 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 zivilrechtlichen⁸⁸⁷ 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.

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 vorgegeben⁸⁹² 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 Immaterialgüterrecht⁸⁹⁴ 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.

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.

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-AusfG⁹⁰⁸ 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 Gesetzentwurfs 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).

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.

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-Prüting, 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.

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 erscheint⁹²³

Um dem beschriebenen 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.

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.

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 offen gelegten Betriebs- und Geschäftsgeheimisse Stellung zu nehmen.⁹⁴² Für den Umstand, dass Betriebs- oder Geschäftsgeheimisse tatsächlich der Über sendung 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 zurück stehen.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.

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 Geschäftsheimnissen 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/Keukenschrifver, 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.

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.

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 2002⁹⁵⁹ 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 Verfahrens⁹⁶² 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*, Auskunftsanspruch 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.

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; *Siegmund*, 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.

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 Zeitungsbericht⁹⁷⁵ 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 Inhalten 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.

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.

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.

