

Hinführung

A. Themenüberblick

I. Beibringungsgrundsatz und Beweisprobleme

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10 Stürner, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 13.

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

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

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

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

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

Darauf Bezug nehmend¹⁵ veröffentlichte *Stürner* im Jahr 1976 seine vielbeachtete Schrift zur „Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses“. Basierend auf dem Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip) sowie dem in Art. 101 GG verankerten Rechts auf gesetzlich vorgesehenes richterliches Tätigwerden und dem Grundrecht auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 BGB¹⁶ wurde von ihm in analoger Anwendung der gesetzlich geregelten Fälle einer Aufklärungspflicht der Prozessparteien (§§ 138 Abs. 1, 138 Abs. 2, 423, 445 ff., 372a, 654 ff. ZPO) eine umfassende prozessuale Aufklärungspflicht der nicht risikobelasteten Partei konstruiert.¹⁷

Diese Arbeit nahm der Bundesgerichtshof im Jahr 1990 zum Anlass, ausdrücklich am oben genannten Grundsatz festzuhalten, nachdem das Berufungsgericht in der Vorinstanz auf die Thesen *Stürners* zurückgegriffen hatte.¹⁸ Diese Entscheidung hat im Schrifttum viel Zustimmung erfahren.¹⁹ Gleichwohl wird der Grundsatz auch immer wieder in Frage gestellt.²⁰ Er sei überholt²¹ und angesichts der vom Bundesgerichtshof entwickelten vielfältigen Informationsansprüche gegen die nichtbeweisbelastete Partei könne von einer solchen Regel tatsächlich schon lange nicht mehr die Rede sein.²² Vor dem Hintergrund der „zunehmende[n] Komplexität der heutigen Welt“, wird gefragt, ob es nicht an der Zeit sei, eine allgemeine Aufklärungspflicht im Gesetz zu verankern.²³ Auch der Bundesgerichtshof

15 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 4 ff.

16 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 31 ff.

17 *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 93 ff., 104; vgl. auch u. Kapitel I A. II. (S. 55 ff.).

18 BGH, Urt. v. 11.06.1990 – II ZR 159/89, NJW 1990, 3151 juris-Rn. 9.

19 *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 210; *Laumen*, in: FS-Prütting, S. 393 m. w. N. in Fn. 12; *Gruber/Kießling*, ZJP 116 (2003), 305; *Lüke*, JuS 1986, 2; *Arens*, ZJP 96 (1983), 1.

20 Vgl. bereits *Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht, S. 337 ff.; auch *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 138 Rn. 11; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § 110 Rn. 9; *Zekoll/Haas*, JZ 2017, 1140, 1145 ff.; *Gottwald*, in: FS-Stürner, S. 301 ff.; *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 357 ff.; *Scholz*, in: GS-Konuralp, S. 939; *Ahrens*, in: FS-Kerameus, S. 3; *Waterstraat*, ZJP 118 (2005), 459; *Messer*, in: BGH-FS, S. 77.

21 *Stadler*, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 142 Rn. 4a.

22 *Waterstraat*, ZJP 118 (2005), 459, 477.

23 *Kern*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 138 Rn. 54.

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

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

Es ist jedoch nicht zu erwarten, dass der Gesetzgeber in naher Zukunft grundlegend von der fest etablierten Systematik abweichen wird. Allerdings fällt auf, dass zahlreiche Normen, die in den vergangenen Jahren Eingang in das deutsche Zivilrecht fanden, die Offenlegung von Beweismitteln zum Gegenstand haben. Entsprechende Ansprüche hat der Gesetzgeber etwa zur Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie²⁵ in die immaterialgüterrechtlichen Gesetze oder der Kartellschadensersatzrichtlinie²⁶ in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eingefügt. Neben Auskunft oder Rechnungslegung²⁷ kann der Berechtigte danach auch Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache verlangen.²⁸ Besonders weit geht der 2018 mit der Neunten GWB-Novelle eingeführte § 33g Abs.1 GWB, wonach der Gläubiger verlangen kann, dass ihm diejenigen Beweismittel herausgegeben werden, die zur Erhebung einer auf Schadensersatz gemäß § 33a Abs.1 GWB gerichteten Klage erforderlich sind. Auf diesem Wege werden weitreichende materiell-rechtliche Aufklärungspflichten normiert, die immerhin in besonderen Regelungszusammenhängen zu weitgehend vergleichbaren Ergebnissen führen dürften wie die von *Stürner* konstruierte allgemeine Aufklärungspflicht.

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

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

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

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

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

II. Informationsansprüche und Informationspflichten im deutschen Zivilrecht

Die in Rede stehenden Rechtsverhältnisse wurden häufig als Informationsansprüche²⁹, die sich daraus ergebenden Pflichten als Informations-³⁰ oder Informationsleistungspflichten³¹ bezeichnet. Mit dem Begriff der Informationsansprüche wurden Ansprüche beschrieben, deren Gläubiger Rechenschaft bzw. Rechnungslegung, einfache Auskunftserteilung oder die Bereitstellung oder Duldung der Sichtung von Informationsmaterial verlangen können.³² Teilweise wurden unter dem Begriff des Informationsanspruchs all diese Ansprüche zusammengefasst.³³ Teilweise wurden so nur Ansprüche auf Informationsgabe oder Duldung der Informationsnahme, also jene Ansprüche, durch die sich der Gläubiger selbst Wissen verschaffen kann, beschrieben.³⁴

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

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

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

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

31 Winkler von Mohrenfels, Informationsleistungspflichten.

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

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

34 Rausch, Stärkung des Informationsanspruchs, S. 37.

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

Auch im Lauterkeitsrecht ist häufig von Informationspflichten die Rede. Insbesondere das „Verschweigen von Tatsachen“ im Sinne von § 5a Abs. 1 UWG a. F. setzte eine Verpflichtung des Unternehmers zur Mitteilung bestimmter Tatsachen voraus.³⁵ Der Umfang der dem Verbraucher mitzuteilenden Tatsachen ergab sich aus § 5a Abs. 2 bis Abs. 4 UWG a. F. Diese Verpflichtung zur Mitteilung bestimmter Tatsachen wurde regelmäßig als Informationspflicht bezeichnet.³⁶ Auch hier war die Terminologie nicht ganz einheitlich. Die Verpflichtung zur Mitteilung bestimmter Tatsachen wurde auch als „Informationsgebot“³⁷ bezeichnet. In dem § 5 Abs. 4 UWG a. F. zugrundeliegenden Art. 7 UGP-RL³⁸ (dort Abs. 5) ist von „Informationsanforderungen“ die Rede. Gleichwohl hatte sich der Begriff der Informationspflichten in diesem Zusammenhang durchgesetzt. Auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht³⁹ wird dieser Begriff noch verwendet.⁴⁰

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

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

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

37 Vgl. Fezer, WRP 2007, 1021.

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

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

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

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

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

41 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, Einl. vor § 241 Rn. 14.

42 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, Einl. vor § 241 Rn. 14; *Looschelders*, SchuldR AT, § 1 Rn. 26.

43 *Looschelders*, SchuldR AT, § 1 Rn. 26.

44 Den Begriff verwendet bspw. auch *Mankowski*, JZ 2008, 1141.

45 S. zur Anwendbarkeit dieser Vorschriften auf privatisierte Unternehmen ausf. *Bosesky*, Privatisierung und Informationszugang, S. 97 ff.

III. Informations- und Offenlegungsansprüche in dieser Arbeit

1. Informationsansprüche und Informationspflichten

Aufgrund der soeben dargestellten mehrdeutigen Verwendung des Begriffs der Informationsansprüche soll zunächst klargestellt werden, dass der Begriff des Informationsanspruchs in dieser Arbeit als Oberbegriff für Ansprüche auf Rechnungslegung und Auskunftserteilung verwendet wird. Die Bezeichnung ist im Zusammenhang mit den hier zu untersuchenden Fragen etabliert, jedoch nicht ganz trennscharf definiert. Entgegen dem klassischen Verständnis, das teilweise auch Ansprüche auf Zugang zu jeder Art von Informationen unter diesem Begriff fassen will, sollen hier nur die Ansprüche so bezeichnet werden, die Zugang zu aufbereiteten und zusammengefassten Informationen gewähren. Es geht hier um die unmittelbare Informationsverschaffung. Das sind allein Rechnungslegungs- und Auskunftsansprüche.⁴⁶ Die sich daraus ergebenden Pflichten werden im Rahmen dieser Arbeit als Informationspflichten beschrieben. Anhand der dazu etablierten Grundsätze wird zunächst ein Maßstab für die Erfüllung aller Ansprüche, die unmittelbar oder mittelbar den Zugang zu Informationen ermöglichen sollen, entworfen.⁴⁷ Beachtlich ist mit Blick auf die Rechnungslegung, dass diese auch die Belegvorlage zum Gegenstand hat⁴⁸ und insoweit durchaus auch ein Element der Offenlegung beinhaltet.⁴⁹

2. Offenlegungsansprüche und Offenlegungspflichten

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

46 Vgl. dazu auch u. Kapitel 1 B. I. (S. 59).

47 S. u. Kapitel 1 (S. 54 ff.).

48 S. u. Kapitel 1 B. I. 2. (S. 65).

49 Zum Begriff sogl. Kapitel 1 A. III. 2. (S. 44).

Der Begriff der Offenlegung hat auch eine europarechtliche Grundlage. Er findet sich insb. in der Kartellschadensersatzrichtlinie, wo Kapitel II mit „Offenlegung von Beweismitteln“ überschrieben ist.⁵⁰ Gemäß Art. 5 SERL kann Offenlegung von Beweismitteln vom Beklagten, gemäß Art. 6 SERL aus den Akten der Wettbewerbsbehörde verlangt werden. Dabei handelt es sich auch um einen „echten“ Anspruch i. S. d. § 194 Abs. 1 BGB, weil die Vorschrift – jedenfalls hinsichtlich des Anspruchs gegen den Beklagten⁵¹ – in materielles Recht überführt wurde (vgl. § 33g Abs. 1, Abs. 2 GWB). Im Unterschied zu diesen Offenlegungsansprüchen ist in § 33 Abs. 10 GWB ein Auskunftsanspruch im klassischen Sinne vorgesehen, so dass auch hier die Differenzierung zwischen Offenlegung und Auskunft geboten scheint. Die Bezeichnung der Ansprüche, die Zugang zu Beweismitteln, die sich in fremder Hand befinden, gewähren, als Offenlegungsanspruch liegt damit nahe. Dieser Begriff wird in diesem Zusammenhang auch von Rechtsprechung und Literatur aufgegriffen.⁵² Die sich aus den Offenlegungsansprüchen ergebenden charakteristischen Pflichten werden im Rahmen dieser Arbeit als Offenlegungspflichten bezeichnet.⁵³

In Kapitel 2⁵⁴ werden die Anwendungsfälle der bereits gesetzlich vorgesehenen Offenlegungspflichten ausführlich dargestellt. Davon ausgehend und unter Berücksichtigung der mit Blick auf das US-amerikanische Zivilprozessrecht sowie die europarechtlichen Grundlagen dieser Offenlegungspflichten gewonnene Erkenntnisse, wird im abschließenden Teil erläutert, in welcher Art und Weise Offenlegungsansprüche allgemein zu erfüllen sind⁵⁵ und wie sich ihre Reichweite sinnvoll beschränken lässt.⁵⁶

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

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

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

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

54 S. u. S. 101.

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

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

IV. Aufklärungsansprüche und Aufklärungspflichten

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

V. Problemaufriss

Die Konstruktion einer allgemeinen prozessualen⁵⁷ oder materiellen Aufklärungspflicht⁵⁸ wurde bereits in verschiedenen wissenschaftlichen Abhandlungen versucht. Dabei ist häufig auf das vorgelagerte Informationsproblem hingewiesen worden.⁵⁹ Nachdem in diesen Arbeiten die Einführung einer allgemeinen Aufklärungspflicht in das Zivilrecht gut nachvollziehbar begründet wurde und der Gesetzgeber für einzelne Rechtsgebiete bereits eine Pflicht zur Herausgabe von Beweismitteln normiert hat, erscheint es naheliegend, Informationsdefiziten im allgemeinen Zivilrecht nicht nur durch Aufklärung im Wege der Informationsverschaffung, sondern auch durch einen allgemeinen Anspruch auf Vorlage von Beweisen zu begegnen. Eine so ausgestaltete allgemeine Pflicht zur Vorlage von Beweismitteln könnte zunächst auf die gesamtanaloge Anwendung der bestehenden spezialgesetzlichen Regelungen gestützt werden. Allerdings erscheint hier – wie zur Begründung einer allgemeinen Aufklärungspflicht – das Tätigwerden des Gesetzgebers vorzugswürdig, weil tiefgreifende Auswirkungen auf den Zivilprozess zu erwarten sind.⁶⁰

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

57 V. a. *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess.

58 Z. B. *Haeffs*, Auskunftsanspruch.

59 Vgl. *Bakowitz*, Informationsherrschaft; *Gomille*, Informationsproblem und Wahrheitspflicht; *Adler*, US-discovery und Patentverletzungsprozess; *Diakonis*, Beweis-erhebung von Amts wegen; *Koch*, Mitwirkungsverantwortung; *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten; *Kapoor*, Vorlagepflichten; *Oppermann*, Auskunftsanspruch; *Banzhaf*, Auskunftsanspruch.

60 Dazu grundlegend *Beckhaus*, Bewältigung von Informationsdefiziten, S. 357 ff.

und Umfang der bereits geregelten Offenlegungsansprüche und damit Art und Weise der geschuldeten Informationsverschaffung einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Dies ist selbst innerhalb abtrennbarer Regelungskomplexe oft nicht eindeutig bestimmbar.⁶¹ Darauf aufbauend soll ein Konzept entworfen werden, anhand dessen sich beurteilen lässt, in welcher Weise Offenlegungsansprüche im Allgemeinen zu erfüllen sind⁶² ohne die Beweisverschaffung unangemessen ausufern zu lassen.⁶³

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

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

61 Vgl. u. S. 63.

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

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

64 COM(2017) 708 final (abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/AL/L/?uri=COM:2017:708:FIN>, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

65 COM(2017) 708 final, S. 15.

66 COM(2017) 708 final, S. 15.

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

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

Um Inhalt und Umfang der Offenlegungspflichten negativ beschreiben zu können, ist daneben die Bestimmung ihrer Grenzen sinnvoll. Dabei ist zu beachten, dass das Informationsbedürfnis des Anspruchsberechtigten und die Geheimhaltungsinteressen des Offenlegungsverpflichteten in gerechten Ausgleich gebracht werden.⁷¹ Diese Frage stellt sich vor allem im Zusammenhang mit dem Einwand, der Zugang zu den begehrten Beweismitteln müsse aus Gründen der Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen oder beschränkt werden (die Informationsansprüche betreffend ausdrücklich etwa § 19 Abs. 4 MarkenG⁷² und § 140b Abs. 4 PatG). Auch ohne ausdrückliche Anordnung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung können diese Überlegungen jedenfalls unter dem Gesichtspunkt von „Treu und Glauben“ angestellt werden, weil jede richterliche Entscheidung auch eine Ermessensentscheidung darstellt.⁷³ Grenzen der Offenlegungsansprüche können sich auch aus Schweigepflichten⁷⁴, bei prozessfremden Verwer-

67 So zu § 33g GWB *Preuß*, in: Kersting/Podszun, 9. GWB-Novelle 2017, Kap. 10 Rn. 19; zur dies betreffenden Rspr. s. Kapitel 2 B. (S. 107).

68 *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 286; *Ahrens*, in: FS-Kerameus, S. 11.

69 S. u. Kapitel 5 (S. 339).

70 Dazu u. Kapitel 5 B. (S. 360).

71 S. u. Kapitel 6 B. I. 2. b) (S. 394).

72 Dazu *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 13. Aufl. 2020, § 19 Rn. 52 ff.

73 *Stickelbrock*, Richterliches Ermessen im Zivilprozess, S. 234.

74 S. u. Kapitel 6 B. I. 3. c) (S. 401).

tungszwecken⁷⁵ oder aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht⁷⁶ ergeben. Insgesamt geht es dabei um Fragen der Zumutbarkeit und der Verhältnismäßigkeit.⁷⁷ Es wird daher zu untersuchen sein, wann die Offenlegung unverhältnismäßig ist.⁷⁸

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

B. Gang der Darstellung

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

75 S. u. Kapitel 6 B. III. 1. a) (S. 405).

76 S. u. Kapitel 6 B. I. 3. a) (S. 399).

77 Vgl. nur BGH, Urt. v. 23.09.1958 – VI ZR 233/57, VersR 1958, 785, 786; OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.06.1984 – 8 U 166/83, NJW 1984, 2635; Wagner-von Papp, Access to Evidence, S. 76; Stürner, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 138; Peters, ZZP 82 (1969), 200, 222.

78 Dazu Kapitel 6 (S. 379 ff.).

79 Zum Begriff u. Kapitel 3 A. (S. 188).

80 Dazu u. Kapitel 4 A. I. (S. 266 ff.).

81 Zu den europarechtlichen Vorgaben u. Kapitel 4 B. (S. 306 ff.).

82 Dazu u. Kapitel 4 A. II. (S. 298 ff.).

83 Vgl. sogl. Kapitel 1 (S. 54 ff.).

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

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

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

84 Kapitel 2 (S. 101 ff.).

85 Kapitel 3 (S. 188 ff.).

86 Kapitel 4 A. (S. 265 ff.).

87 Dazu Kapitel 4 B. (S. 306 ff.).

88 Kapitel 5 (S. 339 ff.).

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

⁸⁹ Kapitel 6 (S. 379 ff.).

⁹⁰ S. 417 ff.

