

Dritter Teil – Umfang und Grenzen von Offenlegungspflichten

In diesem Teil sollen die vorstehenden Feststellungen zur Rolle der Offenlegungsansprüche im deutschen Recht,¹⁹²⁵ zu Regelungen, die den Zugang zu Beweismitteln in fremden Rechtsordnungen betreffen,¹⁹²⁶ sowie zu den entsprechenden europarechtlichen Vorschriften¹⁹²⁷ so zusammengeführt werden, dass die Frage nach der Reichweite der Offenlegungsansprüche anhand allgemeiner Leitlinien beantwortet werden kann. Die hier zu entwickelnden Grundsätze finden damit zunächst dort Anwendung, wo es um die Offenlegung auf Grundlage bestehender Vorschriften geht. Sie können aber ebenfalls angewandt werden, sollte eine allgemeine Offenlegungspflicht in Zukunft vom Gesetzgeber im allgemeinen materiellen Zivilrecht verankert oder von den Gerichten im Wege der gesamtanalogen Anwendung der bestehenden Vorschriften begründet werden.

Als Prototyp der Offenlegungspflicht dient dabei mit § 33g GWB eine jüngere Norm. Gleichzeitig handelt es sich um einen besonders weit gefassten Offenlegungsanspruch, der die Herausgabe von Beweismitteln betrifft. Sollen Offenlegungspflichten verallgemeinert werden, ist zu berücksichtigen, dass die Weite der Norm auch kartellrechtlichen Besonderheiten geschuldet ist.¹⁹²⁸ Es ist gleichwohl auffallend, dass das Wettbewerbsrecht häufig Ausgangspunkt für allgemeine Regeln ist, wenn es um den Zugang zu Beweismitteln geht.¹⁹²⁹ Auch sollen die bereits kodifizierten Offenlegungsansprüche eine „Ausstrahlungswirkung“ auf das allgemeine Zivil(prozess)recht haben.¹⁹³⁰ Entscheidet sich der Gesetzgeber in Zukunft zur Einführung einer allgemeinen Offenlegungspflicht, scheint es keineswegs fernliegend, dass § 33g GWB als Leitbild herangezogen wird. Maßgeblich kommt es daher in den folgenden Kapiteln auf die Auslegung von § 33

1925 Dazu o. Kapitel 2 (S. 101).

1926 Dazu o. Kapitel 3 (S. 188) und Kapitel 4 A. (S. 265).

1927 Dazu o. Kapitel 4 B. (S. 306).

1928 Dazu o. Kapitel 2 B. III. (S. 140).

1929 In England finden sich etwa maßgebliche Ausführungen zur damals neu eingeführten *disclosure* in *Black & Ors v Sumitomo Corp & Ors* [2002] 1 WLR 1562, CA, einer wettbewerbsrechtlichen Entscheidung; dazu auch N Andrews, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System* (Oxford University Press, Oxford 2003), 26.70.

1930 Weber, ZZP 131 (2018), 457, 476.

GWB und insbesondere der nachfolgend hervorgehobenen Tatbestandsmerkmale, an.

„(1) Wer im Besitz von Beweismitteln ist, [...], ist verpflichtet, sie [...] herauszugeben [...].

[...]

(2) Die Herausgabe von Beweismitteln nach den Absätzen 1 und 2 ist ausgeschlossen, soweit sie unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten unverhältnismäßig ist.[...]“¹⁹³¹

1931 Unterstreichungen durch den Verfasser; auf diese Tatbestandsmerkmale wird im Folgenden maßgeblich eingegangen.

Kapitel 5 – Umfang der Offenlegungspflicht

Der Umfang der Offenlegungspflicht hängt maßgeblich von ihrem Bezugs-punkt, der geschuldeten Offenlegungshandlung sowie der Frage ab, ob die Offenlegung dem Offenlegungsschuldner zumutbar ist.¹⁹³² Außerdem wird darauf zu achten sein, dass die so ermittelte Reichweite der Offen-legungsverpflichtung nicht durch überhöhte zivilprozessuale Anforderun-gen, insbesondere hinsichtlich der Bestimmtheit des Klageantrags, konter-kariert wird.¹⁹³³ Wie dargestellt, kennen auch der US-amerikanische, der englische und der französische Zivilprozess Instrumente zur Beweismittel-offenlegung. Die in diesem Rahmen aufgeworfenen Probleme werden beim Entwurf allgemeiner Maßstäbe zur Beurteilung der Offenlegungsreichweite berücksichtigt.

Bislang begegnet die deutsche Rechtsprechung Vorschriften, die den Zugang zu Beweismitteln betreffen, die sich in den Händen des Prozess-gegners befinden, eher mit Zurückhaltung.¹⁹³⁴ Einzelne Gerichte erkennen aber mittlerweile, dass ein gegenüber den hergebrachten Grundsätzen wei-teres Verständnis jedenfalls dort geboten ist, wo die Offenlegungsverpflich-tung auf europäischem Sekundärrecht beruht.¹⁹³⁵ Das ist zutreffend, weil nur so den europarechtlichen Vorgaben zur Offenlegung von Beweismitteln zu praktischer Wirksamkeit verholfen werden kann.¹⁹³⁶

A. Gegenstand des Offenlegungsanspruchs

Die Offenlegungsansprüche haben Beweismittel zum Gegenstand, die für den Rechtsstreit von Bedeutung sind und auf die der Offenlegungsschuld-nner in der einen oder anderen Form Zugriff hat. Zur Bestimmung der Reichweite ist es daher unerlässlich, zu ermitteln, was unter dem Begriff des Beweismittels verstanden wird, wann ein solches für den Rechtstreit von

1932 Wagner-von Papp, Access to Evidence, S. 76 f.

1933 Dazu u. Kapitel 5 E. (S. 374).

1934 S. o. Kapitel 2 (S. 101 ff.).

1935 Thüringer OLG, Beschl. v. 08.06.2015 – 1 W 17/15, NJW-RR 2015, 1392 juris-Rn. 51.

1936 S. dazu o. Kapitel 4 B. I. 2. a) (S. 309).

Bedeutung ist und wann der Offenlegungsschuldner so darauf zugreifen kann, dass ihm die Offenlegung zumutbar ist.

Bereits in den Abhandlungen, die sich mit der Konstruktion einer allgemeinen prozessualen oder materiell-rechtlichen Aufklärungspflicht beschäftigt haben, finden sich Ausführungen zu deren Reichweite.¹⁹³⁷ Darauf aufbauend sollen die maßgeblichen Aspekte, die für die Erfüllung einer Offenlegungspflicht von besonderer Bedeutung sind, in diesem Kapitel herausgearbeitet werden. Dabei ist ein funktionales Verständnis erforderlich¹⁹³⁸, das sich am Ziel des Anspruchs und dem Interesse des Berechtigten orientieren muss.¹⁹³⁹

I. Begriff des Beweismittels

Die Reichweite einer Offenlegungspflicht, mit der die „Herausgabe von Beweismitteln“ verlangt werden kann, hängt zunächst maßgeblich von der Definition des Begriffs des Beweismittels ab. Der Begriff des Beweismittels wird in den in dieser Arbeit berücksichtigten Rechtsordnungen mittels eines *numerus clausus*, einer abschließenden Aufzählung bestimmter Methoden der Sachverhaltsaufklärung, beschrieben. Es handelt sich um Mittel der Überzeugungsbildung.¹⁹⁴⁰ Jedes Beweismittel kann nach Vorgabe der jeweils maßgeblichen Vorschriften im Rahmen der Hauptverhandlung in das Verfahren eingeführt und dort zur Sachverhaltsaufklärung genutzt werden.¹⁹⁴¹

Auch die Zivilprozessordnung kennt einen solchen *numerus clausus*.¹⁹⁴² Während die Regeln über die Sachverhaltsaufklärung mit Hilfe der dort genannten Beweismittel überschaubar sind, sind die entsprechenden Vor-

1937 Z. B. *Hippel*, Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht, S. 337 ff.; *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 95 ff.; *Kapoor*, Vorlagepflichten, S. 71 ff.; *Osterloh-Konrad*, Vorbereitender Informationsanspruch, S. 229 ff.; zum materiellen Recht vgl. *Yoshida*, Informationsbeschaffung, S. 56 ff.; *Lang*, Aufklärungspflicht und europäische Rechtsvereinheitlichung, S. 244 ff.; zum Prozessrecht: *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 134 ff.

1938 *Stauder*, GRUR 1985, 518, 519.

1939 *Osterloh-Konrad*, Vorbereitender Informationsanspruch, S. 229; *Winkler von Mohrenfels*, Informationsleistungspflichten, S. 95.

1940 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, § III Rn. 10.

1941 Vgl. zu diesem *numerus clausus* im deutschen Recht o. Kapitel 2 A. (S. 101), zum US-amerikanischen Recht o. Kapitel 3 B. III. (S. 204) und zum englischen Recht o. Kapitel 4 A. I. (S. 266).

1942 Dazu o. Kapitel 2 A. (S. 101 ff.).

schriften im anglo-amerikanischen Raum deutlich ausführlicher. Es ist jedoch nicht erkennbar, dass die Effektivität der Sachverhaltsaufklärung im deutschen Zivilprozess entscheidend hinter diesen Rechtsordnungen zurückbleibt. Vielmehr dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass die entscheidenden Informationsträger – unabhängig davon, auf welche Weise sie erlangt wurden oder um welches Beweismittel es sich konkret handelt – in jedem Fall in der Hauptverhandlung berücksichtigt werden können.

Ein Vergleich mit den anderen Rechtsordnungen erscheint jedoch insfern gewinnbringend, als dort dem Zeugenbeweis und der Parteivernehmung ein besonderer Stellenwert eingeräumt wird¹⁹⁴³ und die Beweisführung mittels elektronisch gespeicherter Informationen ausführlich geregelt wird. Dabei erscheint besonders lohnend zu untersuchen, inwiefern die Umstände, dass das deutsche Zivilprozessrecht eine Zeugenvernehmung außerhalb der Hauptverhandlung nur unter den besonderen Voraussetzungen des selbstständigen Beweisverfahrens gemäß §§ 485 ff. ZPO erlaubt und der Umgang mit elektronischen Beweismitteln nur rudimentär geregelt wird, im Rahmen der Offenlegung berücksichtigt werden können.

1. Keine *deposition* im deutschen Zivilprozess

Zunächst kann festgestellt werden, dass dem Zeugenbeweis in den dargestellten Rechtsordnungen unterschiedliche Bedeutung beigemessen wird. In der deutschen Literatur wird immer wieder darauf hingewiesen, dass der Zeuge ein besonders unzuverlässiges Beweismittel sei, weil er beeinflussbar und vergesslich ist.¹⁹⁴⁴ Gleichzeitig handelt es sich beim Zeugen um ein besonders wichtiges Beweismittel, das in der Praxis besonders häufig eine Rolle spielt.¹⁹⁴⁵ Das erkennt auch das US-amerikanische Zivilprozessrecht und legt daher besonders großen Wert auf die formelle Zeugenvernehmung. Den mit Zeugenaussagen verbundenen Unsicherheiten soll begegnet werden, indem die Parteien einen Zeugen bereits vor der Hauptverhandlung im Wege der *deposition* anhören können.¹⁹⁴⁶ An diese Aussage ist der Zeuge zwar nicht gebunden, allerdings wird eine Aussage in

1943 S. dazu sogl. Kapitel 5 A. I. 1. (S. 341).

1944 Greger, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor §§ 373-401 Rn.14; Berger, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 373 Rn. 13 m. zahlreichen w. N. in Fn. 54.

1945 Damrau/Weinland, in: MüKo-ZPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 373 Rn. 1; Huber, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 373 Rn. 1.

1946 S. o. Kapitel 3 B. III. 1. (S. 205 ff).

der Hauptverhandlung, die von einer im Vorfeld durchgeführten Vernehmung (*deposition*) abweicht, erhebliche Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen schüren.¹⁹⁴⁷

Ein vergleichbarer Mechanismus der Zeugenvernehmung außerhalb der Hauptverhandlung ist dem deutschen Zivilprozess grundsätzlich fremd. Das selbstständige Beweisverfahren erfordert gemäß § 485 Abs. 1 ZPO, dass der Prozessgegner diesem Verfahren „zustimmt oder zu besorgen ist, dass das Beweismittel verloren geht oder seine Benutzung erschwert wird.“ Die Zeugenvernehmung außerhalb der Hauptverhandlung ist im deutschen Zivilprozess somit nur unter besonderen Voraussetzungen möglich, die wiederum der Antragsteller dazulegen und zu beweisen hat.

Dieser Unterschied ergibt sich vor allem aus dem Umstand, dass sich das US-amerikanische Zivilprozessrecht in besonderer Weise auf die Aufklärungskraft eines kontradiktitorischen Verfahrens (*adversarial approach*) verlässt. Das hat zur Folge, dass Zeugen von der einen oder anderen Seite zum Verfahren geladen werden. Es ist üblich, dass die Zeugen auf eine für „ihre“ Partei günstige Aussage vorbereitet werden (*witness coaching*).¹⁹⁴⁸ Umso schwieriger wird es für die gegnerische Partei, die Aussage im Rahmen des Kreuzverhörs zu erschüttern.

Sind die Zeugen – wie im deutschen Zivilprozess – grundsätzlich zur Neutralität verpflichtet, erscheint fragwürdig, ob die Zeugenvernehmung außerhalb der Hauptverhandlung der beweisbelasteten Partei einen entscheidenden Vorteil verschaffen würde. Allerdings kann nicht geleugnet werden, dass es beim Fehlen einer im Vorfeld der Hauptverhandlung durchgeführten Zeugenbefragung unweigerlich zu Überraschungsmomenten kommen wird.¹⁹⁴⁹ Dass der Zeuge in der Hauptverhandlung der Wahrheit entsprechend aussagt, ist über die Eidespflicht gemäß § 391 ZPO i.V.m §§ 153, 154 StGB sichergestellt. Eine Zeugenbeeinflussung, die eine Falschaussage zur Folge hat, wird gemäß § 159 StGB sanktioniert.

Zur Steigerung der Verlässlichkeit von Zeugenaussagen erscheinen *depositions* damit nicht zwingend notwendig. Im US-amerikanischen Zivilprozess sind die *depositions* besonders effektiv, weil alle für den Fall möglicherweise relevanten Zeugen im Rahmen der *initial disclosure* offengelegt werden müssen (*FRCP 26(a)(1)(A)(i)*) und den Parteien viele Zeugen so

1947 Ausf. zu den *depositions* s. o. Kapitel 3 B. III. 1. (S. 205).

1948 S. o. Kapitel 3 B. III. 1. d) aa) (S. 212).

1949 S. auch zur Zeugenvernehmung im angloamerikanischen und im deutschen Zivilprozess *Stoll*, ZRP 2009, 46.

schon bekannt sind, bevor der Prozess beginnt. Darauf aufbauend kann die jeweilige Partei dann zum Fall vortragen. Damit dieser Vortrag nicht obsolet wird, weil der Zeuge in der Hauptverhandlung ganz anders aussagt, ist dort eine gewisse Verbindlichkeit der *depositions* notwendig.

Gerade diese Konnexität zwischen vor und in der Hauptverhandlung durchgeführter Zeugenvernehmung gibt es im deutschen Zivilprozess nicht. Vielmehr werden die Zeugen in Deutschland kaum vor der Verhandlung von den Parteien angehört. Sie treten regelmäßig zum ersten Mal in der Hauptverhandlung in Erscheinung. Eine Ladung ist jedoch nur möglich, wenn die Zeugen der sich in Beweisnot befindlichen Partei bekannt sind.

Handelt es sich bei dem Klagegegner etwa um ein Unternehmen und sind dessen interne Abläufe für den Ausgang des Rechtsstreits von entscheidender Bedeutung, müssen nahezu zwangsläufig dessen Mitarbeiter befragt werden. Diese sind jedoch nur selten bekannt. Insofern erscheint es sinnvoll, dass § 33g Abs. 10 GWB eine Auskunftspflicht vorsieht, die sich von der Offenlegungspflicht gemäß § 33g Abs. 1 GWB unterscheidet.

Ein sinnvolles Zusammenspiel zwischen den beiden Pflichten ist unerlässlich. Es können nämlich nur Sachen, nicht aber Personen und damit Zeugen, „herausgegeben“ bzw. „vorgelegt“ oder besichtigt werden. Im Rahmen der Auskunftsklage kann aber erforscht werden, welcher Mitarbeiter für einen bestimmten Ablauf verantwortlich ist. Gleichzeitig kann Auskunft über eine ladungsfähige Adresse dieses Mitarbeiters verlangt werden. Wurde die Auskunft erteilt, kann der Zeuge im Beweisantrag so genau beschrieben werden, dass eine Ladung zur Hauptverhandlung über einen folgenden Leistungsantrag möglich ist. Dann ist der Zeuge gemäß §§ 377, 380 ZPO zum Erscheinen und gemäß § 395 ZPO zur wahrheitsgetreuen Aussage verpflichtet.

Weiterhin ist zu beachten, dass im Rahmen einer *deposition* auch die gegnerische Partei bereits vor dem Prozess unter Eid angehört werden kann. So wird der Gegner maßgeblich zur Beteiligung an der Sachverhaltsaufklärung verpflichtet. Zwar kennt auch die Zivilprozessordnung die Parteivernehmung als Beweismittel (§§ 445 ff. ZPO), allerdings kommt dieser nur untergeordnete Bedeutung zu. Sie soll nur stattfinden, wenn andere Beweise nicht zur Verfügung stehen (§ 445 Abs. 1 ZPO).¹⁹⁵⁰ Das deutsche Recht folgt insoweit dem römisch-rechtlichen Grundsatz, dass niemand Zeuge in

1950 Berger, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 445 Rn. 12; Nagel, in: FS-Habscheid.

eigener Sache sein darf (*nullus idoneus testis in re sua intellegitur*).¹⁹⁵¹ Die gegnerische Partei taugt ohnehin nur sehr eingeschränkt zum Beweis einer ihr selbst ungünstigen Tatsache.

Damit bietet sich die Kombination eines Auskunftsanspruchs betreffend die ladungsfähigen Merkmale einer Person sowie die Vernehmung im Prozess, notwendigenfalls unter Eid, zur Sachverhaltsermittlung an. Eine ganz der *deposition* vergleichbare Effizienz wird so zwar nicht erreicht werden. Angesichts der mit einer *deposition* verbundenen Nachteile, insbesondere der immensen Kostenbelastung,¹⁹⁵² dürften die Defizite im deutschen Zivilprozess jedoch hinnehmbar sein.

2. Elektronische Dokumente als Gegenstand der Beweismittelvorlage

Grundsätzlich kann auch im deutschen Zivilprozess der Beweis mittels elektronischer Dokumente geführt werden. Dazu stellen §§ 371 Abs. 1 S. 2, 371a ZPO klar, dass der Beweis auch durch Vorlegung oder Übermittlung einer Datei angetreten wird und besondere Regeln für mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehene elektronische Dokumente gelten.¹⁹⁵³ Dabei bleibt jedoch zu beachten, dass die Vorschrift angesichts der geringen Verbreitung qualifizierter elektronischer Signaturen in der Praxis kaum Anwendung findet.¹⁹⁵⁴ Weitere Einzelheiten über die Zugänglichmachung elektronischer Dokumente zu Beweiszwecken sind von der Zivilprozessordnung jedoch nicht vorgegeben.

Im US-amerikanischen Zivilprozess wird die Beweisführung mittels elektronischer Dokumente in *FRCP 34 (b)(2)(E)* geregelt. Diese Norm ist zwar – verglichen mit anderen *discovery*-Vorschriften – nicht besonders umfangreich, allerdings wird zunächst klargestellt, dass elektronisch gespeicherte Dokumente in dem im Geschäftsalltag üblichen Format vorgelegt

1951 Digesten (D.) 22,5,10 (Pomponius); Wagner, ZEuP 2001, 441, 485; zum französischen Recht ebd., S. 486 f.

1952 S. o. Kapitel 3 D. IV. (S. 255).

1953 Zu den Unterschieden s. Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, § 119 Rn. 4.

1954 Bislang konnten sich qualifizierte elektronische Signaturen nicht flächendeckend durchsetzen, was an den damit verbundenen strengen Anforderungen verbunden sein dürfte, s. dazu Huber, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 371a Rn. 3; inwiefern sich dies durch die Einführung der elektronischen Akte bei Gericht oder die Möglichkeit der Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung mittels Videokommunikation (§ 2 Abs. 3 GmbHG in der am 01.08.2022 in Kraft tretenden Fassung) ändert, wird abzuwarten sein.

werden müssen. Sodann kann bei der Anwendung dieser Norm jedoch auf umfassendes Richterrecht zurückgegriffen werden.¹⁹⁵⁵ Es erscheint daher lohnend zu untersuchen, inwieweit die dort etablierten Grundsätze auch im deutschen Recht Anwendung finden können. Gerade der Blick auf den US-amerikanischen Zivilprozess zeigt, dass der Beweis durch elektronisch gespeicherte Informationen ein wichtiges rechtliches und rechtstatsächliches Problem darstellt.¹⁹⁵⁶

Die Zivilprozessordnung spricht in diesem Zusammenhang stets von „Dokumenten“. Insoweit erscheint es naheliegend, dass nur elektronisch festgehaltene Gedankenerklärungen von diesen Vorschriften erfasst werden. Gleichwohl ist anerkannt und sachgerecht, dass der Begriff nicht nur elektronisch gespeicherte Erklärungen, sondern auch beispielsweise Audio- und Videoaufzeichnungen erfasst.¹⁹⁵⁷

Weiterhin kann festgestellt werden, dass deutsche Gerichte der Beweisführung mit elektronischen Beweismitteln nach wie vor skeptisch begegnen.¹⁹⁵⁸ Bedenken bestehen schon hinsichtlich der Integrität und Authentizität einer E-Mail, weil diese nach dem Absenden verändert werden könne, ohne dass dies Spuren hinterlasse.¹⁹⁵⁹ Sollen Erklärungen, die in einer E-Mail enthalten sind, vorgelegt werden, wird zum Beweis der Erklärung regelmäßig ein Ausdruck dieser E-Mail vorgelegt.¹⁹⁶⁰ Dabei kann auf diesem Weg die Authentizität und Integrität der Erklärung erst recht nicht festgestellt werden. Abgesehen von den Fragen der Datensicherheit zeichnen sich elektronische Beweismittel jedoch besonders dadurch aus, dass sie nur mit Hilfe eines Computers und eines passenden Programms ausgewertet werden können.¹⁹⁶¹

1955 S. dazu insgesamt o. Kapitel 3. B. III.3. d).

1956 So auch *Binder*, ZZP 122 (2009), 187, 188.

1957 Berger, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 371 Rn. 19; s. auch o. Kapitel 2 A. I. (S. 101).

1958 Mit Blick auf die „E-Akte“ s. Greger, NJW 2019, 3429; zur Beweisführung mittels SMS und ähnlichen Kommunikationsmitteln s. Rupp, Beweisführung mit privaten elektronischen Dokumenten, S. 181 ff.

1959 Dazu schon Roßnagel/Pfitzmann, NJW 2003, 1209, 1210.

1960 S. auch Rupp, Beweisführung mit privaten elektronischen Dokumenten, S. 85 f.; Czeguhn, JuS 2004, 124; Sosnitza/Gey, K&R 2004, 465.

1961 Ausf. dazu D Seng and S Mason, *Electronic evidence* (4th edn., University of London Press, London 2017); insb. zur Rechtslage in China s. Zhang/Chen, in: Kengyel/Nemessányi (Hrsg.), *Electronic Technology and Civil Procedure*, S. 305 ff.

Elektronische Beweise sind dort besonders wertvoll, wo große Datensammlungen ausgewertet werden müssen. Offensichtlich wird dies, wenn man sich nochmals vor Augen führt, dass etwa zur Rechnungslegung die Vorlage einzelner Belege erforderlich ist.¹⁹⁶² Heute werden die allermeisten Rechnungen über computergestützte Buchhaltungssysteme ausgestellt, die zugleich Informationen über Steuern, Skonti und sonstige im Zusammenhang mit den einzelnen Buchungen stehenden Besonderheiten verwalten. Geht es im Prozess darum, das diesen Besonderheiten zugrundeliegende System zu durchschauen, können auf Grundlage einzelner Rechnungen nur Vermutungen über diemäßgeblichen Kalkulationen angestellt werden.¹⁹⁶³ Wäre statt der Rechnungslegung die Offenlegung von Beweismitteln geschuldet, könnte man darüber nachdenken, ob nicht das gesamte Buchhaltungsprogramm als Beweismittel in Betracht kommt und Zugang zu diesem gewährt werden muss.¹⁹⁶⁴

Allerdings wird auch in den Vereinigten Staaten uneinheitlich beurteilt, ob im Rahmen der *e-discovery* Zugriff auf Systemdaten oder Hardware, das Programm, mit dem die Dokumente erstellt wurden, oder Sicherungsdateien gewährt werden muss.¹⁹⁶⁵ Wo einzelne Dokumente analysiert werden müssen, werden Systeme eingesetzt, die gezielt nach den relevanten Informationen suchen können.¹⁹⁶⁶ Dabei ist unverkennbar, dass die Durchsuchbarkeit elektronischer Dokumente¹⁹⁶⁷ und die mit diesen stets verbundenen Metadaten die Sachverhaltsaufklärung erheblich erleichtern.¹⁹⁶⁸ Allerdings ist zu bedenken, dass damit auch die Gefahr besteht, dass schutzwürdige Informationen offenbart werden und ein erhöhtes Missbrauchspotential besteht.¹⁹⁶⁹

1962 S. dazu o. Kapitel 1 B. I. 2. (S. 65 ff.).

1963 Zu dem damit verbundenen erheblichen Aufwand s. Binder, ZZP 122 (2009), 187, 190 m. w. N.

1964 Zum Zugangsgewähren als Offenlegungshandlung s. u. Kapitel 5 B. (S. 360).

1965 Dazu z. B. *Columbia Pictures, Inc. v. Bunnell*, 245 F.R.D. 443 (C.D. Cal. 2007); *Powerhouse Marks, LLC v. Chi Hsin Impex, Inc*, 2006 WL 83477 (E.D. Mich. Jan 12, 2006); *Quinby v. WestLB AG*, 2005 WL 3453908 (S.D.N.Y. Dec. 15, 2005); *Tulip Computers Int'l v. Dell Computer Corp.*, 2002 WL 717061 (D. Del. Apr. 30, 2002).

1966 Ambrus, in: Kengyel/Nemessányi (Hrsg.), *Electronic Technology and Civil Procedure*, S. 285 ff.; *Kodek*, in: Kengyel/Nemessányi (Hrsg.), *Electronic Technology and Civil Procedure*, S. 262.

1967 *Hagenbuch v. 3B6 Sistemi Elettronici Industriali, S.R.L.*, 2006 WL 665005 (N.D. Ill. Mar. 8, 2006); Binder, ZZP 122 (2009), 187, 191.

1968 Binder, ZZP 122 (2009), 187, 192.

1969 Binder, ZZP 122 (2009), 187, 193.

3. Schlussfolgerungen für den Begriff des Beweismittels

Mit Blick auf § 33g GWB ist festzuhalten, dass diese Norm bereits die „Herausgabe von Beweismitteln“ im Allgemeinen zum Gegenstand hat. Andere Offenlegungsansprüche sind in ihrer Reichweite demgegenüber dadurch beschränkt, dass nur bestimmte Beweismittel vorgelegt werden müssen oder eingesehen werden dürfen (vgl. nur §§ 809, 810 BGB, § 140c PatG). Allerdings wird eine analoge Anwendung dieser Vorschriften gegenwärtig zu einem sachgerechten Ergebnis führen.¹⁹⁷⁰

Es kann sodann festgehalten werden, dass eine Offenlegungspflicht, die sich auf alle Beweismittel erstreckt, auch elektronische Dokumente zum Gegenstand hat. Elektronisch gespeicherten Dokumenten kommt neben Urkunden und sonstigen Dokumenten bei der Sachverhaltsaufklärung eine besondere Bedeutung zu.¹⁹⁷¹ Jedoch wird nahezu immer die Übermittlung einer Dateikopie genügen. Genügt zur Sachverhaltsermittlung schon die Übermittlung der Kopie oder einer Abschrift einer Urkunde,¹⁹⁷² so kann bei elektronischen Beweismitteln kaum etwas anderes gelten. Zweck der Vorlage des Originals ist, die Authentizität und Integrität der Urkunde sicherzustellen. Diese Funktion kann die Vorlage einer „Originaldatei“ schon aus technischen Gründen nur sehr eingeschränkt erfüllen. Außerdem können elektronische Dokumente beliebig oft und ohne größeren Aufwand vervielfältigt werden. Daher ist eine solche Originaldatei wohl ohnehin nur denkbar, wenn technisch sichergestellt ist, dass Kopien – etwa in ihren Metadaten – erkennen lassen, dass ein Original verändert wurde.

Insoweit ist der Offenlegungsanspruch erkennbar einem Auskunftsanspruch verwandt. Die Herausgabepflicht hat aber vor allem Beleg- und Beweisfunktion.¹⁹⁷³ In jedem Fall erscheint die Kombination der Offenlegungspflicht mit einer (korrespondierenden) Auskunftspflicht sinnvoll, weil es Fälle geben wird, in denen zunächst grundlegende Informationen notwendig sind oder aber die Auskunft schon ausreichend und eine Beweismitteloffenlegung nicht erforderlich ist.¹⁹⁷⁴

§ 33g GWB dürfte den Mindestanforderungen der Kartellschadensersatzrichtlinie ohne Weiteres gerecht werden, soweit es um den Gegenstand

¹⁹⁷⁰ So bereits *Binder*, ZZP 122 (2009), 187, 211 ff.

¹⁹⁷¹ *Berger*, NJW 2005, 1016 ff.

¹⁹⁷² *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 169; *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 286.

¹⁹⁷³ *Bornkamm/Tolkmitt*, in: *Bunte*, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 21.

¹⁹⁷⁴ *Bornkamm/Tolkmitt*, in: *Bunte*, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 26.

der Beweismittelherausgabe geht, zumal dessen Bestimmung zunächst den Mitgliedstaaten überlassen wird.¹⁹⁷⁵ Schutzlücken, die in diesem Zusammenhang der „praktischen Wirksamkeit“ der Kartellschadensersatzrichtlinie entgegenstehen, sind nicht ersichtlich. Der Begriff der Beweismittel im Sinne der Zivilprozessordnung dürfte alle denkbaren Informationsformen erfassen, so dass alle maßgeblichen Informationen bei der Sachverhaltsermittlung erlangt werden können.

Die Verwertung elektronisch gespeicherter Dokumente ist bereits auf Grundlage des geltenden Rechts im deutschen Zivilprozess möglich. Allerdings fehlt es noch an verbindlichen Leitlinien über die Durchführung der Vorlage elektronischer Dokumente. Während ein Tätigwerden des Gesetzgebers diesbezüglich nicht notwendig erscheint, ist es weiterhin Aufgabe der Rechtsprechung eine praktikable Kasuistik zu entwickeln.

II. Erforderlichkeit der Offenlegung

Orientiert man sich an § 33g Abs. 1 GWB als Leitbild einer allgemeinen Offenlegungspflicht, ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift, dass die herausverlangten Beweismittel für die Erhebung eines auf Schadensersatz gerichteten Anspruchs „erforderlich“ sein müssen. Insoweit ist zu beachten, dass die Sachverhaltsaufklärung nicht mit mildernden Mitteln erreicht werden kann und der Verhältnismäßigkeitsprüfung bereits vorgegriffen wird.¹⁹⁷⁶

In den Vereinigten Staaten wird dementsprechend verlangt, dass das herausverlangte Beweismittel für den Rechtsstreit *relevant* sein muss (*FRCP 26(b)(1)*).¹⁹⁷⁷ Dieses Merkmal wird im US-amerikanischen Zivilprozess sehr weit verstanden, so dass die Beweiserforschung so lange zulässig ist, bis feststeht, dass das fragliche Beweismittel für die Erfolgsaussichten der Klage nicht von Bedeutung sein kann.¹⁹⁷⁸ Das kann so weit gehen, dass im Rahmen der *pre-trial discovery* mitgeteilt werden muss, wie die *pre-trial discovery* selbst genau vorbereitet wurde.¹⁹⁷⁹ Auch dem englischen Zivilprozess lag ein ähnlich weites Verständnis zugrunde, das in der *train of*

1975 Vgl. z. B. Art. 2 Nr. 13 SERL; s. o. Kapitel 4 B. II. 2. a) aa) (S. 322).

1976 S. dazu o. Kapitel 2 B. III. 1. c) (S. 145) und Kapitel 2 B. II. 1. d) (S. 124).

1977 Dazu ausf. o. Kapitel 3 B. II. (S. 202).

1978 S. o. Kapitel 3 C. I. (S. 242).

1979 SHAFFER, 19 SEDONA CONF. J. 215 (2018).

inquiry-Formel der *Peruvian Guano*-Prüfung zum Ausdruck kam. Mittlerweise enthalten die *Civil Procedure Rules* besondere, engere Vorgaben.¹⁹⁸⁰

In Kontinentaleuropa begegnet eine so weite Auslegung bei der Umsetzung der Durchsetzungs- und Kartellschadensersatzrichtlinie hingegen Bedenken. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die zugrundeliegenden Richtlinien ein einheitliches Schutzniveau zum Ziel haben. Je weiter man den Begriff der Erforderlichkeit versteht, desto eher besteht die Gefahr, dass die nationalen Gerichte die Reichweite der Offenlegungsansprüche unterschiedlich beurteilen und so ein einheitliches Schutzniveau nicht mehr gewährleistet ist.¹⁹⁸¹ Allerdings bleibt zu bedenken, dass es sich beim Begriff der Erforderlichkeit um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, der auch in diesen Fällen einer Bestimmung durch die Praxis bedarf. Eindeutig wäre eine Regelung nur, wenn „alle Beweismittel“ oder „keine Beweismittel“ offengelegt werden müssten; im Bereich der Erforderlichkeit sind Unschärfen unvermeidlich.

Allerdings kann festgehalten werden, dass in Deutschland wesentlich strengere Anforderungen an die Erforderlichkeit der Beweismittelvorlage gestellt werden als in anderen Mitgliedstaaten.¹⁹⁸² Dennoch ist auch hier unzweifelhaft, dass Informationen und Gegenstände, die zum Beweis einer Tatsache im konkreten Rechtsstreit schon nicht geeignet sind, nicht vorgelegt werden müssen. Die Erforderlichkeitsprüfung wird stets unter der Leitfrage erfolgen, ob die Sachverhaltaufklärung durch mildere Mittel möglich ist.

III. Verfügungsgewalt des Schuldners

Weiterhin steht fest, dass der Schuldner nicht herausgeben muss, was er aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht herausgeben kann.¹⁹⁸³ Dass der Schuldner in irgendeiner Weise Zugriff auf das herausverlangte Beweismittel haben muss, ist inhärente Voraussetzung der Offenlegungspflicht. § 33g GWB verlangt daher, dass sich das Beweismittel im „Besitz“ des Offenlegungsschuldners befinden muss.

1980 S. o. Kapitel 4 A. I. b) bb) (S. 274).

1981 Wagner-von Papp, Access to Evidence, S. 38.

1982 S. o. Kapitel 2 B. I. l. (S. 109), Kapitel 2 B. II. l. d) (S. 124), Kapitel 2 B. III. l. c) (S. 145).

1983 Dazu ausf. Kapitel 6 B. I. l. (S. 383).

1. Bestimmungsrecht des Offenlegungsschuldners

Schon im deutschen Recht werden diesbezüglich verschiedene Formulierungen verwendet. Während § 33g GWB von „Besitz“ spricht, setzen die immaterialgüterrechtlichen Offenlegungsvorschriften die europarechtlichen Vorgaben, die in der Durchsetzungsrichtlinie von „Verfügungsgewalt“ sprechen, wortgetreu um. Im Prozessrecht verlangt wiederum § 142 Abs. 1 S. 1 ZPO seit der Reform der Zivilprozessordnung im Jahr 2002 ebenfalls „Besitz“, nachdem die Norm in ihrer alten Fassung vorsah, dass das Gericht eine Partei dazu verpflichten konnte, die sich „in ihren Händen befindlichen Urkunden“ vorzulegen.¹⁹⁸⁴ Erkennbar ist in jedem Fall erforderlich, dass der zur Offenlegung Verpflichtete selbst bestimmen kann, was mit dem Beweismittel geschieht.

Ein traditionell-sachenrechtliches Verständnis von Besitz greift dabei zu kurz, weil es sich nur um ein tatsächliches Element handelt. Nur in Ausnahmefällen ist mit dem (mittelbaren) Besitz das Recht verbunden, die Sache von einem Dritten herauszuverlangen. Mit Blick auf § 33g GWB verbietet sich ein derart enges Verständnis von Besitz schon angesichts der weitergehenden Formulierung in Art. 5 Abs. 1 SERL, der verlangt, dass sich die herausverlangten Beweismittel in der „Verfügungsgewalt [des Schuldners] befinden“ müssen.¹⁹⁸⁵

Das Tatbestandsmerkmal ist logische Voraussetzung der Offenlegung und folglich in allen dargestellten Rechtsordnungen im Gesetzestext verankert. Unterschiede lassen sich insbesondere im Vergleich mit den *common law*-Jurisdiktionen erkennen. *FRCP 34 (a) (1)* verlangt, dass sich das begehrte Beweismittel im Besitz, der Verwahrung oder im Herrschaftsbereich (*possession, custody, or control*) der anderen Partei befinden muss. Wie oben¹⁹⁸⁶ dargestellt, ist dazu erforderlich, dass der Offenlegungsschuldner das Beweismittel entweder selbst besitzt oder seine Herausgabe von einem Dritten verlangen kann. Noch weiter geht in dieser Hinsicht *CPR 31.8 (1)*, wonach *control* auch vorliegt, wenn sich ein Dokument im Herrschaftsbereich der Partei befunden hat. Erforderlich ist aber auch dort ein durchsetzbares Recht auf Besitzverschaffung.¹⁹⁸⁷

Soweit verlangt wird, dass der Offenlegungsschuldner „Besitz“ am herausverlangten Beweismittel hat, ist außerdem zu beachten, dass der Gegen-

1984 S. o. Kapitel 2 D. (S. 181).

1985 Dazu o. Kapitel 4 B. (S. 306).

1986 S. o. Kapitel 3 B. III. 3. a) (S. 224).

1987 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. b) aa) (S. 271).

stand des Besitzes stets eine Sache im Sinne von § 90 BGB ist (§ 854 Abs. 1 BGB). Mit einer solchen Formulierung wäre wiederum der Offenlegungsanspruch so beschränkt, dass grundsätzlich elektronische Dokumente nicht erfasst würden.

Insgesamt wird deutlich, dass auch heute schon Besitz im Zusammenhang mit Offenlegungsansprüchen nicht im Sinn von § 854 Abs. 1 BGB verstanden wird. Vielmehr geht es darum, dass der Offenlegungsschuldner bestimmen kann, was mit dem Beweismittel im konkreten Fall geschieht. Insofern erscheint die Formulierung „in der Verfügungsgewalt“ sinnvoll, weil sie dieses Bestimmungsrecht deutlich zum Ausdruck bringt. Der Offenlegungsschuldner ist damit – wie im US-amerikanischen und englischen Zivilprozess – auch dann zur Herausgabe der Beweismittel verpflichtet, wenn er seinerseits die Herausgabe der Beweismittel von einem Dritten verlangen kann. Zur Beantwortung der Frage, wann das der Fall ist, kann wiederum berücksichtigt werden, zu welchem Zweck sie eingesetzt werden, ob sie mit oder aus Mitteln des Offenlegungsschuldners hergestellt wurden, wer tatsächlich Zugriff auf die Beweismittel hat oder wessen Interessen die Beweismittel zu dienen bestimmt.¹⁹⁸⁸

Zugleich ist es zutreffend, wenn etwa zu § 371 Abs. 2 ZPO darauf hingewiesen wird, dass „Besitzer“ eines elektronischen Dokuments nicht derjenige ist, der die tatsächliche Sachherrschaft am Datenträger innehat, sondern derjenige, der die „Verfügungsmacht“ über den gespeicherten Datenbestand ausübt.¹⁹⁸⁹ Zur Offenlegung verpflichtet ist damit, wer über die technischen Mittel und das Recht zur Weitergabe des Beweismittels verfügt.¹⁹⁹⁰ Eine mittelbare Zugriffsmöglichkeit des Offenlegungsschuldners ist somit ausreichend.

Hat der Offenlegungsschuldner selbst die Macht zu entscheiden, ob ein Beweismittel vorgelegt wird, stellt das Merkmal der „Verfügungsgewalt“ kaum ein Problem dar. Schwieriger sind Fälle, in denen (auch) Dritte über das herausverlangte Beweismittel „verfügen“. So ist es denkbar, dass der Offenlegungsschuldner nur gemeinsam mit dem Dritten befugt ist, ein Beweismittel herauszugeben. Ebenso ist an Konstellationen zu denken, in denen der Offenlegungsschuldner das Beweismittel nicht ohne Weiteres

1988 So bereits o. Kapitel 3 B. III. 3. a) (S. 224).

1989 S. auch Berger, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 371 Rn. 22; Binder, ZZP 122 (2009), 187, 195.

1990 Entsprechend zu elektronischen Dokumenten Berger, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 371 Rn. 22.

herausgeben kann, weil nur ein Dritter darauf Zugriff hat. In diesen Fällen muss der Offenlegungsschuldner zunächst einen ihm selbst zustehenden Herausgabeanspruch geltend machen.¹⁹⁹¹

Kann die Offenlegung – wie gemäß § 33g GWB – auch von Dritten verlangt werden, wird es in der Praxis nur selten darauf ankommen, ob der Offenlegungsschuldner seinen Einfluss auf den Dritten geltend machen muss, weil die Offenlegung unmittelbar von dem Dritten verlangt werden kann. Dennoch muss schon zur richtigen Benennung des Offenlegungsschuldners gründlich untersucht werden, welcher Beteiligte die Verfügungsgewalt über das fragliche Beweismittel innehat. Außerdem bietet es sich zum dogmatischen Verständnis an, diesen Gesichtspunkt anhand von Beispielen aus dem Gesellschaftsrecht und dem Arbeitsrecht näher zu untersuchen, wo die hier zu untersuchenden Fragen auch in anderen Rechtsordnungen eingehend behandelt wurden.

a) Verfügungsgewalt in Konzernstrukturen

Sind verschiedene juristische Personen miteinander verwoben, so stellt sich die Frage, ob die Muttergesellschaft Zugriff auf Beweismittel hat, über deren Schicksal eine Tochtergesellschaft entscheidet. Gleichermassen kann gefragt werden, ob Tochtergesellschaften Zugriff auf Beweismittel haben, die sich in der Verfügungsgewalt der Muttergesellschaft befinden.¹⁹⁹² Der Begriff des Besitzes passt in diesen Fällen schon nicht, weil juristische Personen keine eigene tatsächliche Sachherrschaft haben können.¹⁹⁹³

Im Rahmen von § 33g GWB sind dabei zunächst kartellrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen. Insbesondere wenn ein Rechtsträger weggefallen ist, an seine Stelle aber ein Rechtsnachfolger getreten ist („Wurstlücke“), kann hier auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur wirtschaftlichen Einheit eine Rolle spielen,¹⁹⁹⁴ was dazu führen kann, dass die Unterscheidung zwischen den verschiedenen juristischen Personen

1991 S. auch *Thiering*, in: Ströbele/Hacker/Thiering, *MarkenG*, 13. Aufl. 2020, § 19a Rn. 18.

1992 *Wagner-von Papp*, *Access to Evidence*, S. 38.

1993 *Schäfer*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 39; zum Organbesitz sogl. Kapitel 5 A. III. 1. b) (S. 354 f.).

1994 Zuletzt EuGH, Urt. v. 14.03.2019 – C-724/17 – Vantaan Kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy u. a., NZKart 2019, 217.

aufgegeben würde.¹⁹⁹⁵ Ein derart weitgehendes Verständnis der Haftung in Konzernstrukturen, welche letztlich das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip aufgibt, erscheint jedoch allenfalls in Ausnahmekonstellationen, wie sie sich etwa im Kartellrecht ergeben können, gerechtfertigt.

Soll die Offenlegungspflicht verallgemeinert werden, muss geklärt werden, von wem die Offenlegung verlangt werden kann. Im englischen Zivilprozess richtet sich die maßgebliche Prüfung nach dem *Lonrho*-Test. Im zugrunde liegenden Fall stellte sich die Frage, ob ein Mutterunternehmen aufgrund seiner Beteiligung an einem Tochterunternehmen zur Offenlegung verpflichtet ist.¹⁹⁹⁶ Der Einwand der Klägerin, die Beklagte könne die Gesellschaftsverträge ihrer Tochterunternehmen so anpassen, dass sie selbst Zugriff auf die von der Klägerin begehrten Dokumente hätte, führt allgemein zu der Frage, ob eine Offenlegungsverpflichtung so weit gehen kann, dass der Offenlegungsschuldner verpflichtet wird, Einfluss auf die (gesellschafts-)vertraglichen Grundlagen des Besitzmittlungsverhältnisses zu nehmen. Eine solche Annahme erscheint sehr weitgehend.

Dem Gericht in *Lonrho Ltd. v. Shell Petroleum Ltd.*¹⁹⁹⁷ kann insoweit zugestimmt werden, als dem Gericht bzw. dem Kläger kaum ein Recht zustehen kann, mit dem bestimmte Klauseln in Gesellschaftsverträge der gegnerischen Konzernmutter diktieren werden können. Allerdings bleibt auch festzuhalten, dass dieser Fall wohl anders ausgegangen wäre, wären entsprechende Kontrollrechte der Muttergesellschaft in den Gesellschaftsverträgen bereits vorgesehen.¹⁹⁹⁸

Im konkreten Einzelfall kommt es darauf an, ob eine Gesellschafterin von einer Gesellschaft die Herausgabe bestimmter Dokumente verlangen kann. Ein solches Einsichtsrecht kann sich zunächst aus dem Gesetz ergeben. Im deutschen Recht erstrecken sich die maßgeblichen Kontrollrechte regelmäßig auf „Bücher und Schriften“ (z. B. § 51a Abs. 1 GmbHG, was gemäß § 51a Abs. 3 GmbHG nicht dispositiv ist, § 716 Abs. 1 BGB, § 118 Abs. 1 HGB). Auf diesem Weg kann wohl auch die Darstellung elektronisch gespeicherter Daten auf einem Bildschirm verlangt werden.¹⁹⁹⁹ Ein Anspruch

1995 M Brealey, N Green and K George, *Brick Court Chambers Competition Litigation* (2nd edn., Oxford Univ. Press, Oxford 2019), para 9.23; Timmerbeil/Blome, BB 2007, 1544, 1545 ff.

1996 S. o. Kapitel 4 A. I. b) aa) (S. 271 f.).

1997 *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* [1980] 1 WLR 627, HL.

1998 Zu „one-man-companies“, s. C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 9-21.

1999 Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 716 Rn. 8.

auf Einsichtnahme durch ein eigenes Gerät des Gesellschafters besteht jedoch nicht.²⁰⁰⁰ Allerdings könnte man angesichts einer weitgehend auf elektronische Daten gestützten Buchführung über eine analoge Anwendung der Kontrollrechte nachdenken.

Soweit die Kontrolle weitergehen soll, als vom Gesetz vorgesehen, kommt es auf die Regelungen im Gesellschaftsvertrag an. Dieser wird dem Gläubiger nur in den seltensten Fällen vorliegen. Dann stellt sich aber die Frage, ob die Offenlegungsverpflichtung so weit reicht, dass dem Offenlegungsgläubiger die Gesellschaftsverträge vorgelegt werden müssen, damit dieser beurteilen kann, ob ein entsprechendes Kontrollrecht seines Schuldners auf vertraglicher Grundlage besteht. Jedenfalls soweit andere Beweismittel als Bücher, Schriften und gegebenenfalls elektronische Dokumente betroffen sind, kann die Offenlegung nur verlangt werden, wenn der Gesellschafter diese selbst von der Gesellschaft verlangen kann.

b) Natürliche Personen als Besitzmittler

Handelt es sich bei dem Dritten um eine natürliche Person, wird die Frage nach der Reichweite der Offenlegungsverpflichtung insbesondere auf Verhältnismäßigkeitsebene auf den ersten Blick auch praktisch relevant: Der sich aus § 33g GWB ergebende Offenlegungsanspruch wird in der Regel gegen das an einem Kartellverstoß beteiligte Unternehmen gerichtet sein. Befinden sich wesentliche Informationen in seiner Verfügungsgewalt, so müssen diese grundsätzlich offengelegt werden. Weil eine juristische Person oder eine Personengesellschaft selbst keinen Besitz haben kann, kommt es dann auf die zum Organbesitz entwickelten Grundsätze an.²⁰⁰¹

In diesem Fall können die Bestimmungen über den unmittelbaren Besitz nicht ohne Weiteres auf diese angewendet werden.²⁰⁰² Es ist anerkannt, dass juristische Personen eigenen unmittelbaren Besitz durch ihre Geschäftsführungsorgane und sonstigen verfassungsmäßig berufenen Vertreter ausüben.²⁰⁰³ Organbesitz liegt vor, wenn das Geschäftsführungsor-

2000 Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 716 Rn. 8 m. w. N.

2001 S. dazu nur F. Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 39 ff.

2002 F. Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 39.

2003 S. nur BGH, Urt. v. 27.10.1971 – VIII ZR 48/70, NJW 1972, 43; BGH, Urt. v. 19.04.1971 – II ZR 98/68, NJW 1971, 1355.

gan die tatsächliche Sachherrschaft innerhalb seines Aufgabenbereichs innehat.²⁰⁰⁴ Vergleichbares gilt bei rechtsfähigen Personengesellschaften.²⁰⁰⁵

An dieser Stelle werden Unterschiede sichtbar, wenn der Offenlegungsanspruch direkt gegen eine natürliche Person geltend gemacht wird. Das Verhalten des Dritten im Rahmen der Kartellabsprache kann nämlich auch strafrechtlich relevant sein. Er kann sich daher auf den Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare*²⁰⁰⁶ berufen. Einer juristischen Person oder einer Personengesellschaft ist dieser Einwand verwehrt,²⁰⁰⁷ weil dem deutschen Strafrecht die Strafbarkeit juristischer Personen fremd ist (*societas delinque-re non potest*).²⁰⁰⁸

Auch im US-amerikanischen Zivilprozess, wo die Offenlegungsverpflichtung im Rahmen der *pre-trial discovery* besonders weit gefasst ist,²⁰⁰⁹ wird dem im fünften Verfassungszusatz garantierten Recht, sich durch Aussage nicht selbst belasten zu müssen, Rechnung getragen.²⁰¹⁰ Allerdings wurde dabei zu Recht angemerkt, dass die *pre-trial discovery* weitgehend wirkungslos würde, wenn sich eine Partei im Zivilprozess so weitreichend auf dieses *privilege against self-incrimination* berufen könnte, dass sie gar keine Informationen vorlegen müsste.²⁰¹¹ Dort wird daher klar zwischen den verschiedenen Verfahren unterschieden. Die *pre-trial discovery* des Zivilprozesses soll nie auch der Strafverfolgung dienen.²⁰¹² Dementsprechend dürfen die Strafverfolgungsbehörden Informationen, die im Wege der zivilprozessualen *pre-trial discovery* zu Tage gefördert wurden, nicht verwerten.²⁰¹³ Will eine Partei trotz dieser Grundsätze bestimmte Informationen zurückhalten, kommt ihrem Antrag auf Erlass einer Schutzanordnung (*protective*

2004 F. Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 41.

2005 F. Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 854 Rn. 46 ff.

2006 S. dazu nur BGH, Urt. v. 27.06.2013 – 3 StR 435/12, NStZ 2013, 604.

2007 Auch soweit derzeit mit dem Gesetz zur Sanktionierung von verbandsbezogenen Straftaten (Art. 1 des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität der Wirtschaft vom 16.06.2020, S. 4) erste Schritte eines deutschen Unternehmensstrafrechts diskutiert werden, ist zu beachten, dass der persönlichen Strafbarkeit einer natürlichen Person und der Verantwortlichkeit eines Unternehmens auf Verhältnismäßigkeitsebene naturgemäß unterschiedliches Gewicht zukommen wird.

2008 BGH, Beschl. v. 11.07.1952 – 1 StR 432/52, BGHSt 3, 130; Scholz, ZRP 2000, 435.

2009 S. o. Kapitel 3 B. II. (S. 202).

2010 Z. B. *Hashagen v. US*, 283 F.2d 345, 348 (9th Cir. 1960); auf. Dazu DONNICI, 3 U.S.F. L. REV. 12, 19 (1968).

2011 DONNICI, 3 U.S.F. L. REV. 12, 19 f. (1968).

2012 *National Discount Corp. v. Holzbaugh*, 13 F.R.D. 236 (E.D. Mich. 1952).

2013 *Hashagen v. US*, 283 F.2d 345, 348 (9th Cir. 1960).

*order)*²⁰¹⁴ besondere Bedeutung zu.²⁰¹⁵ Im englischen Zivilprozess, der eine Schutzrechtsverletzung zum Gegenstand hat, wird ähnlich verfahren: Der potenzielle Verletzer ist grundsätzlich zur Offenlegung verpflichtet, die so erlangten Informationen dürfen aber nicht in einem Strafverfahren verwertet werden.²⁰¹⁶

In Deutschland ergibt sich Vergleichbares aus § 33g Abs. 9 GWB, §§ 140c Abs. 4, 140b Abs. 8 PatG. Diese Regelungen sind zwar von der Schadensersatz- und der Durchsetzungsrichtlinie nicht vorgegeben, allerdings stehen sie deren Zwecken auch nicht entgegen. Sie ermöglichen eine besonders weite Ausgestaltung der Offenlegungsverpflichtung, indem der vermeintliche Verletzer vor der Strafverfolgung geschützt wird. Wird die Offenlegungspflicht durch eine entsprechende Regelung flankiert, bestehen daher nur im Einzelfall Unterschiede, je nachdem, ob die Offenlegung von einer juristischen oder einer natürlichen Person verlangt wird.

c) Zugriff auf Beweismittel in Arbeitsverhältnissen

Dennoch stellt sich daran anschließend die Frage, wann der Schuldner so Zugriff auf ein Beweismittel hat, dass er zur Offenlegung verpflichtet werden kann. Besonders anschaulich wird dieses Problem, wenn sich das Beweismittel im Besitz eines Angestellten der auf Offenlegung in Anspruch genommenen Partei befindet. Hier wird deutlich, dass die Frage, wann eine Partei selbst so Zugang zu bestimmten Informationen hat, dass sie auch ihrem Gegner diese Informationen offenlegen muss, entscheidende Bedeutung für die Reichweite der Offenlegungsansprüche hat. Zur Verdeutlichung der Problematik führe man sich den Fall vor Augen, dass das kartellrechtswidrige Verhalten eines Unternehmens wesentlich über das private Mobiltelefon eines Angestellten koordiniert wurde. Der Geschädigte wird dann ein großes Interesse daran haben, die auf diesem Mobiltelefon gespeicherten Daten, die die Kartellabsprache betreffen, einzusehen. Allerdings ist dann schon fraglich, ob das Unternehmen selbst Zugriff auf diese Daten hat.

Regelmäßig wird in diesem Zusammenhang betont, dass sichergestellt sein muss, dass der Arbeitgeber in solchen Konstellationen keinen Zugriff

2014 Dazu o. Kapitel 3 E. I. (S. 256).

2015 S. DONNICI, 3 U.S.F. L. REV. 12, 21 (1968).

2016 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. e) cc) (S. 284).

auf private Daten des Arbeitnehmers erlangen kann. Dabei sind insbesondere die Vorgaben des Datenschutzrechts und des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu berücksichtigen.²⁰¹⁷ Allerdings hat diese Interessenlage auch eine Kehrseite: Der Arbeitgeber benötigt unter Umständen gerade Zugang zu gewissen Informationen, die auf dem Gerät eines Mitarbeiters gespeichert sind. Außerdem muss auch die Datensicherheit, insbesondere für die Zeit nach dem Ausscheiden eines Mitarbeiters, sichergestellt sein.²⁰¹⁸ Weiterhin muss sichergestellt sein, dass gesetzliche Vorgaben zur Dokumentenarchivierung (z. B. § 147 AO, § 257 HGB) oder zum Geheimnisschutz (§ 203 StGB, § 4 GeschGehG) beachtet werden. Eine scharfe Trennung zwischen privaten Daten, auf die der Arbeitgeber keinen Zugriff hat und geschäftlichen Daten, auf die der Arbeitgeber jederzeit zugreifen darf, wird besonders schwierig, wenn durch den Einsatz privater Geräte für geschäftliche Zwecke der private und der geschäftliche Bereich ineinander übergehen.²⁰¹⁹

Zur Beantwortung der Frage, ob der Arbeitgeber geschäftsbezogene Daten, die auf dem privaten Gerät eines Angestellten gespeichert sind, einsehen darf, kommt es regelmäßig auf die Auslegung des Arbeitsvertrags an. Allerdings werden dort derart spezifische Fragen nur selten geregelt sein. Die genannte Konstellation wird regelmäßig unter dem Stichwort *bring your own device (BYOD)* diskutiert. Gerade weil der Arbeitsvertrag zu diesen Konstellationen in aller Regel schweigen wird, empfiehlt sich die Regelung von *bring your own device*-Programmen in einer gesonderten BYOD-Nutzungsvereinbarung.²⁰²⁰ Eine solche Vereinbarung enthält regelmäßig Vorgaben zum Umgang mit den Daten, die auf den Endgeräten der Mitarbeiter gespeichert sind.²⁰²¹ Dem Arbeitnehmer wird so vor Augen

- 2017 S. dazu Datenschutz-Wegweiser des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit „Telearbeit und Mobiles Arbeiten“ (abrufbar unter https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Faltblaetter/Telearbeit.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt abgerufen am 11.07.2023); *Helfrich*, in: *Forgó/Helfrich/Schneider*, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Kap. 2 Rn. 25 ff.; s. auch u. Kapitel 6 B. I. 1. b) cc) (S. 389).
- 2018 S. nur *Imping*, in: *Taeger/Pohle*, Computerrechts-Handbuch, 37. EL (Mai 2022), Kap. 70.II Rn. 63.
- 2019 *Wagner-von Papp*, Access to Evidence, S. 40.
- 2020 Auf diese Vereinbarung kann in einer Vielzahl unterschiedlicher Konstellationen zurückgegriffen werden, etwa auch bei internen Ermittlungen, s. dazu *Bartz/Grothenrath*, CCZ 2019, 184.
- 2021 S. z. B. *Raif*, in: *Beck'sches Formularbuch IT-Recht*, 5. Aufl. 2020, Form. M.5.; *Kremer/Sander*, in: *Koreng/Lachenmann*, Formularhandbuch Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2021, D. III. 4.

geführt, auf welche Daten der Arbeitgeber Zugriff erhält, welchen Sicherheitsanforderungen sein Gerät gerecht werden muss und mit welchen Konsequenzen er zu rechnen hat, wenn er gegen die Vereinbarung verstößt. Auch Regelungen für den Fall, dass der Mitarbeiter das Unternehmen verlässt, können hier getroffen werden.²⁰²²

Außerdem könnten Regelungen für den Fall, dass Dritte die Offenlegung der auf Mitarbeitergeräten gespeicherten Informationen verlangen, vereinbart werden.²⁰²³ Weil ein Vindikationsanspruch schlechterdings nicht in Betracht kommt, wenn der Mitarbeiter Eigentümer des Endgeräts ist,²⁰²⁴ empfiehlt sich die Vereinbarung eines vertraglichen Herausgabeanspruchs.²⁰²⁵ Die Vereinbarung sollte so gestaltet sein, dass der gesetzliche Umfang der Offenlegungsansprüche nicht konterkariert wird. Eine Vereinbarung, nach der im geschilderten Fall²⁰²⁶ der Zugriff des Arbeitgebers schlechthin ausgeschlossen ist, dürfte jedenfalls unter Compliance-Gesichtspunkten problematisch sein.

Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine solche Vereinbarung geschlossen, richtet sich die Reichweite der Offenlegungsverpflichtung nach dem Inhalt dieser Vereinbarung. Wurde eine solche Vereinbarung nicht geschlossen, kommt es darauf an, ob der Arbeitgeber auf gesetzlicher Grundlage oder aufgrund seines Weisungsrechts, die Übermittlung der fraglichen Daten verlangen kann.²⁰²⁷ Allerdings stellt sich die Frage, ob auf das Gerät des Mitarbeiters zugegriffen werden muss dort nicht, wo die relevanten Informationen in der „Cloud“ oder auf einem Server des auf Offenlegung Inanspruchgenommenen gespeichert sind. In diesen Fällen befinden sich die Beweismittel ohne Weiteres in seiner Verfügungsgewalt. Dann bleibt nur zu klären, in welcher Weise dem Offenlegungsgläubiger Zugang zu diesen Daten gewährt werden muss.²⁰²⁸

2022 Zu Punkten, die hier geregelt werden können, s. die Liste bei *Hoppe*, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2019, B. IX. Rn. 712; zum US-amerikanischen Recht s. RICHTER, 82 TENN. L. REV. 443, 455 (2015).

2023 RICHTER, 82 TENN. L. R. 443, 455 (2015).

2024 Bartz/Grothenrath, CCZ 2019, 184, 187.

2025 Arning/Moos/Becker, CR 2012, 592, 594; Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765, 769.

2026 S. o. Kapitel 5 A. III. 1. c) (S. 356).

2027 Dazu Bartz/Grothenrath, CCZ 2019, 184, 187; Arning/Moos/Becker, CR 2012, 592, 594 f.

2028 S. sogl. Kapitel 5 B. (S. 360).

2. Maßgeblichkeit des Besitzmittlungsverhältnisses

Eine Beschränkung der Offenlegungsansprüche auf Beweismittel, die sich im, Besitz, d.h. in der tatsächlichen Sachherrschaft des Offenlegungsschuldners befinden, erscheint weder in unmittelbarem Zusammenhang mit den materiell-rechtlichen Offenlegungsvorschriften noch im Zusammenhang mit verfahrensrechtlichen Vorschriften angemessen, da es den Anwendungsbereich dieser Vorschriften zweckwidrig verengen würde. Freilich kommt dies praktisch nur dort zum Tragen, wo die Offenlegung – wie etwa im Entwurf zu § 14 HZÜ/HBÜ-AusfG²⁰²⁹ und *anders* als etwa in § 33g GWB – nicht ohnehin von einem Dritten verlangt werden kann.²⁰³⁰ Mit Blick auf den Entwurf zu § 14 HZÜ/HBÜ-AusfG wird die Beschränkung der Herausgabepflicht auf solche Beweismittel, die sich im Besitz der Parteien befinden, kritisiert, weil nicht ersichtlich ist, weshalb die Abwägung zwischen Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteresse nicht möglich sein soll, wenn sich die Beweismittel im Besitz Dritter befinden.²⁰³¹

Damit hängt die Frage, ob der Offenlegungsverpflichtete selbst so Zugriff auf das begehrte Beweismittel, das sich im „Besitz“ bzw. der „Verfügungsgewalt“ eines Dritten befindet, hat, vom Verhältnis zwischen Offenlegungsverpflichtetem und dem Dritten ab. Soweit dieses Verhältnis durch einen Vertrag geregelt ist, kann dieser zur Bestimmung der Reichweite des Offenlegungsanspruchs herangezogen werden. Ansonsten ist auf die gesetzlichen Vorgaben zurückzugreifen.

Kann dem Vertrag oder dem Gesetz – notwendigenfalls im Wege der Auslegung – ein Herausgabeanspruch des Offenlegungsschuldners gegen

²⁰²⁹ S. dazu bereits o. Kapitel 2 B. IV. a. E, (S. 172).

²⁰³⁰ So ausdrücklich auf § 35 des Referentenentwurfs (abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/ReFE_Grenzueberschreitende_Zustellungen.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).

²⁰³¹ Gemeinsame Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg und des Max-Planck-Instituts für Internationales, Europäisches und Regulatorisches Verfahrensrecht zum Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der EU-Verordnungen über grenzüberschreitende Zustellungen und grenzüberschreitende Beweisaufnahmen in Zivil- oder Handelssachen, zur Änderung der Zivilrechtshilfe, des Vormundschafts- und Betreuungsrecht sowie sonstiger Vorschriften vom 14.02.2022 (abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2022/Downloads/0214_Stellungnahme_MPI_HbgLux_Grenzueberschreitende_Zustellungen.pdf?__blob=publicationFile&v=4, zuletzt abgerufen am 11.07.2023), S. 15.

den Dritten entnommen werden, befindet sich das fragliche Beweismittel in seiner „Verfügungsgewalt“. Damit kann auf die etablierte Kasuistik und Literatur zum Begriff des Besitzmittlungsverhältnisses im Sinne von § 868 BGB verwiesen werden.²⁰³²

Insofern ist ähnlich wie im US-amerikanischen²⁰³³ und im englischen²⁰³⁴ Zivilprozess, wo jeweils maßgeblich ist, ob der Offenlegungsschuldner *control* über den Offenlegungsgegenstand ausübt, entscheidend, ob der Offenlegungsschuldner gegenwärtig von dem Dritten die (zumindest zeitweise) Herausgabe des Beweismittels verlangen kann. Ist das der Fall, so kann wiederum der Offenlegungsgläubiger vom Offenlegungsschuldner die Herausgabe des Beweismittels verlangen.

B. Offenlegungshandlung

Sodann ist zu klären, was „offenlegen“ im Sinne der Offenlegungspflicht bedeutet. Die von der zur Offenlegung verpflichteten Partei vorzunehmende Handlung lässt sich regelmäßig den gesetzlichen Vorgaben entnehmen: Im US-amerikanischen Zivilprozessrecht bestimmt FRCP 26(a)(1)(A) diesbezüglich “[...] a party must, [...] provide to the other parties: [...].”²⁰³⁵ Noch präziser ist FRCP 34(a)(1), wonach eine Partei mit der Formulierung “[...] to produce and permit the requesting party or its representative to inspect, copy, test, or sample [...]” zur Beweismittelvorlage verpflichtet wird.²⁰³⁶ Im englischen Zivilprozessrecht bestimmt CPR 31.3 “[a] party [...] has a right to inspect that document [...]”²⁰³⁷ Entsprechend erlaubt CPR 25 (1) die „inspection etc. of property“.²⁰³⁸ Die französische *saisie-contrefaçon* erlaubt die Suche nach einem Beweismittel.²⁰³⁹

In Deutschland ergibt sich die zur Erfüllung eines Offenlegungsanspruchs vorzunehmende Handlung aus der entsprechenden materiell-rechtlichen Norm. § 809 BGB bestimmt, dass dem Gläubiger „die Sache zur Besichtigung vor[ge]legt oder die Besichtigung gestattet“ wird. § 810

2032 S. nur F. Schäfer, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 868 Rn. 11 ff. m. w. N.

2033 S. o. Kapitel 3 B. III. 3. a) (S. 224).

2034 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. b) aa) (S. 271).

2035 Dazu o. Kapitel 3 B. II. (S. 202).

2036 Dazu o. Kapitel 3 B. III. 3. e) (S. 231).

2037 Dazu o. Kapitel 4 A. I. 1. b) bb) bbb) (S. 276).

2038 Dazu o. Kapitel 4 A. I. 3. a) (S. 293).

2039 Dazu o. Kapitel 4 A. II. 3. (S. 301).

BGB gewährt ihm das Recht, „die Gestattung der Einsicht [zu] verlangen“. Die immaterialgüterrechtlichen Offenlegungspflichten kombinieren diese Ansprüche und gewähren einen Anspruch auf „Vorlage einer Urkunde oder Besichtigung einer Sache“.²⁰⁴⁰ All diesen Vorschriften ist gemein, dass sie dem Gläubiger auf die eine oder andere Weise Zugang zum von ihm benötigten Beweismittel gewähren und der Schuldner die Untersuchung des Beweismittels dulden muss.²⁰⁴¹

Damit korrespondieren die Ausführungen zu einer allgemeinen prozessualen Aufklärungspflicht. Zur Kontrolle erteilter Auskünfte habe der Verpflichtete die Besichtigung aller in seinem Besitz und Eigentum befindlichen Augenscheinsgegenstände zu dulden und gegebenenfalls durch Vorlage zu fördern.²⁰⁴² Um überprüfen zu können, ob die Angaben tatsächlich der Wahrheit entsprechen, könne die zur Aufklärung verpflichtete Partei vernommen werden (§§ 445 ff. ZPO), wobei auch die Erklärung unter Eid (§ 452 ZPO) in Betracht komme, wodurch der Gleichlauf zu § 260 BGB hergestellt werde.²⁰⁴³ Außerdem komme die Verpflichtung zur Entbindung geheimhaltungsverpflichteter Zeugen von ihrer Schweigepflicht (§ 385 ZPO) in Betracht.²⁰⁴⁴ Auch der Zugang zu Augenscheinsgegenständen, die Duldung der Untersuchung des Körpers und des Geistes sowie die Vorlage von Urkunden werde geschuldet.²⁰⁴⁵

§ 33g GWB hingegen verpflichtet den Schuldner schlicht zur „Herausgabe“ der Beweismittel.²⁰⁴⁶ Herausgabe meint grundsätzlich die Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an einer Sache.²⁰⁴⁷ Demgegenüber verlangt Art. 5 Abs. 1 SERL die „Offenlegung“ von Beweismitteln. Das ist bei der richtlinienkonformen Anwendung von § 33g GWB zu beachten. Dabei hat „offenlegen“ einen anderen Wortsinn als „herausgeben“. Gemeint ist das Einsichtgewähren, das Zugänglichmachen.²⁰⁴⁸ Dazu müssen die Beweismit-

2040 Zu all dem o. Kapitel 2 (S. 101 ff.).

2041 Trimborn, in: Büscher/Dittmer/Schiwy, 3. Aufl. 2015, § 140c PatG Rn. 13.

2042 Stürner, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 138.

2043 Stürner, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 136.

2044 Stürner, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 137, 202, 229.

2045 Stürner, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 138, 140, 144.

2046 Dazu o. Kapitel 2 B. III. 3. a) (S. 162).

2047 BGH, Urt. v. 05.07.2001 – IX ZR 327/99, NJW 2001, 2966; Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 53; Bornkamm/Tolkmitt, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 21.

2048 S. <https://www.duden.de/rechtschreibung/offenlegen>; Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 58; s. ausf. o. Kapitel 2 (S. 101).

tel in geeigneter Form übergeben werden²⁰⁴⁹ und der Offenlegungsgläubiger muss die Beweismittel untersuchen können.²⁰⁵⁰ Insofern sind die Ausführungen aus Kapitel 2 hierher übertragbar. Danach kann in bestimmten Fällen über die bloße Herausgabe des Beweismittels hinaus auch die Mitwirkung des Offenlegungsschuldners verlangt werden.²⁰⁵¹

Dennoch kann im Einzelfall fraglich sein, in welcher Weise der Zugang zu Beweismitteln verschafft werden muss. Anschaulich werden die damit verbundenen Schwierigkeiten, wenn die Offenlegung von elektronisch gespeicherten Daten verlangt wird. Die relevanten Informationen lassen sich besonders schnell und einfach finden, wenn diese Daten durchsuchbar sind.²⁰⁵² Ein einfacher Scan ausgedruckter Dokumente oder das Abschalten der Durchsuchbarkeitsfunktion stehen den mit dem Einsatz elektronischer Dokumente erreichten Effizienzgewinnen dann aber entgegen. Es ist zwar anerkannt, dass die Dateien in üblichen, vom Gläubiger lesbaren Formaten, übermittelt werden müssen.²⁰⁵³ Darüber hinaus erscheint es aber sinnvoll, wenn der Offenlegungsgläubiger die Übermittlung einer unbearbeiteten Datei verlangen kann, so dass die Dateien durchsuchbar bleiben und Rückschlüsse auf ihr Entstehen zulassen.²⁰⁵⁴ Andererseits kann es dem Offenlegungsschuldner unzumutbar sein, eine in einem veralteten Format gespeicherte Datei so aufzubereiten, dass sie der Offenlegungsgläubiger lesen kann.

Allerdings gibt es auch Fälle, in denen es nicht um den Zugang zu einzelnen Dateien oder Dateisammlungen geht, sondern um den Zugang zu einer Plattform, auf der die relevanten Daten systematisch geordnet sind. Gerade diese Systematisierung kann für den Gläubiger von besonderem Interesse sein. Mit dieser Frage hatte sich auch der Bundesgerichtshof in einem Fall auseinanderzusetzen, der mit den hier behandelten Offenlegungspflichten auf den ersten Blick nur wenig gemein hat:

2049 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 58.

2050 Binder, ZZP 122 (2009), 187, 213.

2051 S. o. S. 101 ff.

2052 Binder, ZZP 122 (2009), 187, 191.

2053 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 58.

2054 Vgl. auch Art. 61 der Verordnung (EU) 2018/858 des Europäisches Parlaments und des Rates vom 30.05.2018 über die Genehmigung und die Marktüberwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 715/2007 und (EG) Nr. 595/2009 und zur Aufhebung der Richtlinie 2007/46/EG, ABl. L 151/1 ff.

Die Parteien stritten sich über den Zugang zu einem Benutzerkonto eines sozialen Netzwerks. Die Kläger verlangten Zugang zu dem bei der Beklagten unterhaltenen Nutzerkonto ihrer verstorbenen minderjährigen Tochter und den darin enthaltenen Kommunikationsinhalten. Die Beklagte wurde dem Antrag entsprechend verurteilt.²⁰⁵⁵ Daraufhin übermittelte sie den Klägern einen USB-Stick, auf dem eine pdf-Datei gespeichert war, die über 14.000 Seiten enthielt mit dem Hinweis, es handle sich um eine Kopie der im Konto der Verstorbenen vorhandenen Daten. Im Zwangsvollstreckungsverfahren hatte der Bundesgerichtshof zu entscheiden, ob die Beklagte ihrer Verpflichtung aus dem Urteil, mit dem sie dazu verurteilt wurde, der Gläubigerin „Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten der verstorbenen [...] bei dem sozialen Netzwerk [...] unter den Nutzerkonto [...] zu gewähren“²⁰⁵⁶ nachgekommen ist.²⁰⁵⁷ Der Bundesgerichtshof verneinte dies; die Beklagte habe ihre Verpflichtung, Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto [...] zu gewähren, nicht erfüllt.²⁰⁵⁸ Entscheidend komme es darauf an, dass die Kläger die Möglichkeit erhalten müssten, „vom Konto und dessen Inhalt auf dieselbe Art und Weise Kenntnis nehmen zu können, wie dies die Erblasserin konnte.“ Das bedeute, die Kläger müssten sich in dem Konto so „bewegen“ können, wie die Erblasserin selbst.²⁰⁵⁹

Zwar kam im genannten Urteil eine gänzlich verschiedene Anspruchsgrundlage zum Tragen; der Anspruch wurde dort auf den Vertrag, den die Erblasserin mit dem sozialen Netzwerk geschlossen hatte und der gemäß § 1922 BGB auf die Erben übergegangen ist, gestützt. Jedoch sind die dort getroffenen Schlussfolgerungen auf die Offenlegungspflicht übertragbar, soweit es um den Zugang zu elektronisch gespeicherten Informationen geht. Die Entscheidung zeigt nämlich deutlich, dass es Fälle gibt, in denen die Form der Informationserteilung durchaus von maßgeblicher Bedeutung ist: Es ist ein erheblicher Unterschied, ob 14.000 Seiten ausgewertet werden müssen oder ob über die Nutzeroberfläche einer Plattform so agiert werden kann, wie es auch der Offenlegungsgläubiger kann (bzw. der ursprüngliche Vertragspartner konnte).

2055 BGH, Urt. v. 12.07.2018 – III ZR 183/17 – Digitaler Nachlass, GRUR 2019, 100.

2056 LG Berlin, Urt. v. 17.12.2015 – 20 O 172/15, ZEV 2016, 189.

2057 BGH, Beschl. v. 27.08.2020 – III ZB 30/20, MMR 2020, 688.

2058 BGH, Beschl. v. 27.08.2020 – III ZB 30/20, MMR 2020, 688 Rn. 10.

2059 BGH, Beschl. v. 27.08.2020 – III ZB 30/20, MMR 2020, 688 Rn. 11.

Für den Umfang der Offenlegungspflicht kann aus den Ausführungen des Bundesgerichtshofs geschlossen werden, dass „Zugang gewähren“ nicht nur die reine Informationsübermittlung meint. Vielmehr kann es gerade darauf ankommen, auf die Informationen so zugreifen zu können, wie es auch der Offenlegungsschuldner kann. In diesen Fällen muss ihm dann unter Umständen Zugang zu einem System gewährt werden, mit dem die Informationen in ihrer ursprünglichen Form eingesehen werden können. Damit erfasst die „Offenlegung“ alle Handlungen, die bislang mit „Vorlage und Besichtigung“ beschrieben wurden²⁰⁶⁰ und geht abhängig vom Einzelfall auch darüber hinaus. Geschuldet wird, was notwendig ist, um dem Offenlegungsgläubiger die Informationsnahme zu ermöglichen. Weiterhin kommt es darauf an, dass die Informationen nicht nur überhaupt, sondern auch in einer für den Gläubiger brauchbaren Form bereitgestellt werden.

C. Versicherung der Vollständigkeit

Der so bestimmte Umfang der Offenlegungspflicht hilft dem Offenlegungsgläubiger jedoch zunächst nur bedingt weiter. Es steht zu befürchten, dass der Offenlegungsschuldner nicht alle oder die unzutreffenden Beweismittel übergibt, so dass der Gläubiger seinen Hauptanspruch nicht richtig bezeichnen kann. Um dem Gläubiger hier zusätzliche Sicherheit zu gewähren, wird zu § 33g GWB vorgeschlagen, den Offenlegungsgläubiger zur Bestätigung, dass alle relevanten Beweismittel offengelegt wurde, zu verpflichten. Ein entsprechender Anspruch des Gläubigers sei als Minus in § 33g Abs. 1 GWB enthalten. Jedenfalls werde die entsprechende Auskunft gemäß § 33g Abs. 10 GWB geschuldet.²⁰⁶¹

Eine solche Verpflichtung wird den Interessen des Offenlegungsgläubigers jedoch nur gerecht, wenn an die Falschauskunft weitere Konsequenzen geknüpft sind. Zusätzlich zu der Bestätigung wäre deshalb die Verpflichtung zur Abgabe einer Versicherung an Eides statt erforderlich. Der entsprechende Anspruch könnte in analoger Anwendung von § 260 BGB konstruiert werden. Erforderlich sind dann Anhaltspunkte, dass nicht alle relevanten Beweismittel vorgelegt wurden.

2060 Binder, ZZP 122 (2009), 187, 188 (Fn. 7); s. ausf. o. Kapitel 2 B. I. 1. b) (S. 110).

2061 Bach/Wolf, NZKart 2017, 285, 289.

D. Schlechterfüllung

Überträgt man das zu den Auskunfts- und Rechenschaftsansprüchen gefundene Ergebnis²⁰⁶² auf die Offenlegungsansprüche, so sind die relevanten Beweismittel zunächst vollständig herauszugeben. Die Herausgabe ist nur bei körperlichen Gegenständen möglich. Handelt es sich um Beweismittel, die keine körperlichen Gegenstände sind, so muss dem Gläubiger anderweitig Zugang zu diesen gewährt werden.

Werden die herausverlangten Beweismittel hingegen nicht, nur unvollständig oder unrichtig übermittelt, stellt sich die Frage, welche Rechte dem Gläubiger zustehen. Zunächst kommen hier Ansprüche auf Erfüllung oder Nacherfüllung in Betracht. Außerdem kann an Schadensersatzansprüche gedacht werden. Macht der Offenlegungsgläubiger die Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit geltend, so hat der Offenlegungsschuldner zu beweisen, dass Erfüllung eingetreten ist.²⁰⁶³

I. Erfüllung und Nacherfüllung

Wird das geschuldete Beweismittel nicht in zur Erfüllung ausreichender Weise mitgeteilt, so erlischt der Offenlegungsanspruch nicht gemäß § 362 BGB. Das ergibt sich schon mit Blick auf die allgemeinen Grundsätze der Erfüllung, wonach anerkannt ist, dass bei Erbringung einer nicht geschuldeten, sondern einer anderen, mangelhaften oder unvollständigen Leistung keine Erfüllung eintritt.²⁰⁶⁴ Außerdem kann hier auf den eingangs entwickelten Standard zur Erfüllung von Informationsansprüchen zurückgegriffen werden, wonach der Informationsanspruch erst erlischt, wenn die inhaltlich zutreffende Information in formell ordnungsgemäßer Form mitgeteilt wird. Grenzen gelten dort, wo ein Leistungsverweigerungsrecht dem Erfüllungsanspruch entgegensteht. Übertragen auf die Offenlegungsansprüche hat dies zur Folge, dass diese nur erlöschen, wenn das tatsächlich vom Gläubiger benötigte Beweismittel herausgegeben wurde. Dieses kann nur dann nicht verlangt werden, wenn sich der Schuldner auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen kann.

2062 Vgl. o. Kapitel I C. (S. 98).

2063 Olzen, in: Staudinger, Neubearbeitung 2022, § 362 Rn. 68.

2064 OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.10.2006 – 5 U 108/06, WM 2007, 447 juris-Rn. 22; Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 362 Rn. 3; Olzen, in: Staudinger, Neubearbeitung 2022, § 362 Rn. 20.

1. Parallele zur Erfüllung von Auskunftsansprüchen

Mit Blick auf die Ausführungen zu den Auskunftsansprüchen kann an dieser Stelle die Frage aufgeworfen werden, ob es für die Rechtsfolgen der Schlechterfüllung einen Unterschied machen kann, dass das falsche Beweismittel oder nicht alle Beweismittel herausgegeben wurden. Wendete man die Rechtsprechung zur „formell ordnungsgemäßen Auskunftserteilung“²⁰⁶⁵ analog auf die Offenlegungsansprüche an, würde dies bedeuten, dass auch die Herausgabe des falschen Beweismittels zum Erlöschen des Offenlegungsanspruchs führen müsste. Dieses Ergebnis kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Vielmehr zeigt es, dass es auch bei den Auskunftsansprüchen darauf ankommen muss, dass der Gläubiger Anspruch auf Erteilung einer inhaltlich richtigen Auskunft hat.²⁰⁶⁶

2. Falschlieferung und Schlechtlieferung

Dieser Frage kann auch mit Blick auf das vor der Schuldrechtsreform geltende kaufrechtliche Mängelgewährleistungsrecht begegnet werden. Danach war allein die Verschaffung von Besitz und die Übereignung der Sache geschuldet. Die Mangelfreiheit war der Sache war gerade nicht Voraussetzung der Erfüllung.²⁰⁶⁷ Zwar ist die Interessenlage bei der Erfüllung eines Kaufvertrages und einer Offenlegungspflicht nicht unmittelbar vergleichbar. Allerdings wurde diese „Gewährleistungstheorie“ im Rahmen der Schuldrechtsreform mit guten Gründen zu Gunsten der „Erfüllungstheorie“ aufgegeben.²⁰⁶⁸

Grundsätzlich ergibt sich aus § 433 Abs. 1 S. 2 BGB der Anspruch auf Übergabe und Übereignung einer sach- und rechtsmangelfreien Sache. Ist die gelieferte Sache mangelhaft, setzt sich dieser Erfüllungsanspruch als Nacherfüllungsanspruch gemäß §§ 437 Nr. 1, 439 Abs. 1 BGB fort. Der originäre Verschaffungsanspruch erlischt – jedenfalls, solange es sich um eine Stückschuld handelt – erst mit der Mängelbeseitigung.²⁰⁶⁹ Das gilt auch bei Lieferung einer falschen Sache oder einer unzureichenden Menge,

2065 S. o. Kapitel 1 B. II. (S. 69).

2066 S. o. Kapitel 1 B. III. (S. 73), insb. Kapitel 1 B. III. 1.2. d) ff) (S. 97).

2067 Vgl. dazu Thier, ACP 203 (2003), 399, 401.

2068 S. nur Westermann, NJW 2002, 241, 242 f.

2069 Fetzer, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 362 Rn. 4.

§ 434 Abs. 5 BGB. Gleichzeitig kann aber auch hier Schadensersatz verlangt werden, sobald die Frist zur Nacherfüllung abgelaufen ist.²⁰⁷⁰

Im Rahmen dieser Normen kommt es – wie es § 434 Abs. 3 BGB für das Kaufrecht klarstellt – nicht darauf an, ob die geschuldete Leistung vollständig oder unvollständig, in zutreffender Weise oder nicht erbracht wurde. Der Anspruch auf Nacherfüllung entsteht vielmehr bereits, „soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt“.

Bezüglich der Informations- und Offenlegungsansprüche sieht das Gesetz dies nicht ausdrücklich vor. Insbesondere fehlt es an einem gesonderten Nacherfüllungsregime. Allerdings heißt das nicht, dass bei der Herausgabe falscher oder unzureichender Beweismittel etwas anderes gilt. Vielmehr folgt das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht ausdifferenzierten Regeln zu der Frage, wie mit der Lieferung einer mangelhaften Sache umgegangen wird. Fehlen solche Regeln, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der originäre Anspruch ohne Weiteres erlischt. Es muss im Gegenteil davon ausgegangen werden, dass der originäre Anspruch so lange bestehen bleibt, bis die geschuldete Leistung erbracht wird. Insoweit kommt es notwendigenfalls im Rahmen der Zwangsvollstreckung auf eine genaue Beachtung des Tenors eines Offenlegungsurteils an.

Dieses Ergebnis ist aus Gründen der effektiven Rechtsdurchsetzung geboten. Auch § 281 Abs.1 BGB und § 323 Abs.1 BGB – Normen aus dem allgemeinen Schuldrecht – setzen voraus, dass der Gläubiger vor Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs bzw. vor Ausübung des Rücktrittsrechts eine „angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat“ und so dem Schuldner ein Recht zur zweiten Andienung gewährt.²⁰⁷¹

Wo der Bundesgerichtshof in seinen „Dampffrisierstab“-Entscheidungen²⁰⁷² davon ausgeht, nur die richtige Information führe zum Erlöschen einer Informationspflicht,²⁰⁷³ erkennt er zutreffend, dass im Falle der unvollständig und ergänzungsfähig gelegten Rechnung der Schuldner verpflichtet sei, die Rechnungslegung so zu vervollständigen, dass sie ihren Zweck erfüllen kann. Der Gläubiger ist daher so vollständig über den vom

2070 Vgl. dazu Huber, NJW 2002, 1004.

2071 Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 281 Rn. 39; Schwarze, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 281 Rn. A9.

2072 BGH, Urt. v. 03.07.1984 – X ZR 34/83 – Dampffrisierstab II, GRUR 1984, 728; BGH, Urt. v. 16.09.1982 – X ZR 54/81 – Dampffrisierstab I, GRUR 1982, 723.

2073 BGH, Urt. v. 16.09.1982 – X ZR 54/81 – Dampffrisierstab I, GRUR 1982, 723 juris-Rn. 17; s. o. Kapitel 1 B. III. 2. d) (S. 86).

Schuldner erzielten Gewinn zu unterrichten, dass er sich für eine der zur Schadensberechnung in Betracht kommenden Berechnungsarten entscheiden kann.²⁰⁷⁴ Der Gläubiger kann nicht verlangen, dass die gelegte Rechnung (auf Kosten des Schuldners) von einem Wirtschaftsprüfer kontrolliert wird.²⁰⁷⁵ Wenn es dem Schuldner gestattet wird, die einmal gelegte Rechnung durch eine andere zu ersetzen, scheint es umgekehrt gerechtfertigt, es dem Gläubiger zuzugeben, dass er Ergänzung und Berichtigung einer gelegten Rechnung verlangen kann, wenn er berechtigte Zweifel an deren Vollständigkeit oder Richtigkeit hat.²⁰⁷⁶ Diese Zweifel müssen substantiiert begründet werden. An der Feststellung des Reichsgerichts, eine Verurteilung zu weiterer Auskunftserteilung sei regelmäßig ausgeschlossen, sobald einmal Auskunft erteilt wurde,²⁰⁷⁷ wird damit schon länger nicht mehr festgehalten.²⁰⁷⁸ Die Grenze des Ergänzungsanspruchs bildet das Leistungsvermögen des Schuldners.²⁰⁷⁹

Insoweit erscheint es konsequent, vom Gläubiger die oben beschriebene Offenlegungshandlung, die sich auf alle erforderlichen Beweismittel erstreckt, zu verlangen.²⁰⁸⁰ Stellt der Schuldner falsche oder unvollständige Beweismittel zur Verfügung, so kann der Gläubiger weiterhin (Nach-)Erfüllung und unter weiteren Voraussetzungen Schadensersatz verlangen.

II. Schadensersatz

Wird die Verpflichtung zur Vorlage einer Urkunde oder Ermöglichung der Besichtigung einer Sache nicht erfüllt, so richten sich die Rechtsfolgen nach allgemeinen Grundsätzen.²⁰⁸¹ In Betracht kommt insbesondere eine Haftung wegen schuldhafter Nichterfüllung.²⁰⁸²

2074 BGH, Urt. v. 16.09.1982 – X ZR 54/81 – Dampffrisierstab I, GRUR 1982, 723 juris-Rn. 27.

2075 BGH, Urt. v. 03.07.1984 – X ZR 34/83 – Dampffrisierstab II, GRUR 1984, 728.

2076 Brändel, GRUR 1985, 616, 617.

2077 BGH, Urt. v. 04.12.1959 – I ZR 135/58 – Krankenwagen, GRUR 1960, 247; RG, Urt. v. 12.01.1914 – IV 492/13, RGZ 84, 41; dem noch folgend BGH, Urt. v. 29.10.1957 – I ZR 192/56 – Bleicherde, GRUR 1958, 149.

2078 Brändel, GRUR 1985, 616, 618.

2079 Brändel, GRUR 1985, 616, 619; dazu aufs. u. Kapitel 6 B. (S. 380).

2080 S. o. Kapitel 5 A. (S. 339) und Kapitel 5 B. (S. 360).

2081 Mot. II 892.

2082 Marburger, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, vor §§ 809-811 Rn. 7.

1. Schadensersatz bei unzureichender Offenlegung (§ 281 BGB)

Kommt der Schuldner seiner Offenlegungsverpflichtung nicht den soeben formulierten Anforderungen entsprechend nach, so kann er vom Gläubiger gemäß §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wenn er dem Schuldner zuvor eine Frist zur Leistung gesetzt hat und dieser sich nicht entlasten kann. Der Kläger wird bei der Geltendmachung eines entsprechenden Anspruchs aber regelmäßig vor dem Problem stehen, dass er zur Bezifferung des Schadensersatzanspruchs genau die Beweismittel benötigt, die er nicht erhalten hat.

Der sich in Beweisnot befindliche Gläubiger sieht sich hier einer unglücklichen Zirkelkonstruktion ausgesetzt, derer er sich nur erwehren kann, wenn es ihm grundsätzlich nach wie vor möglich ist, die Herausgabe der benötigten Beweismittel zu verlangen. Wiederum zeigt sich, dass ein Informations- bzw. Offenlegungsanspruch nicht erlischt, wenn er nicht seinem Zweck entsprechend erfüllt wird.²⁰⁸³ Der sich in Beweisnot befindliche Offenlegungsgläubiger kann daher in diesem Zuge versuchen, die benötigten Beweismittel auf Grundlage des nicht erloschenen Offenlegungsanspruchs im Wege der Stufenklage gemäß § 254 ZPO zu erlangen.

2. Schadensersatz bei Verschulden der Unmöglichkeit (§ 283 BGB)

Wird ein Beweismittel vorsätzlich oder fahrlässig vom Offenlegungsschuldner vernichtet, so kann der Gläubiger nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB Schadensersatz verlangen. Entscheidend wird es darauf ankommen, dass der Schuldner die Umstände zu vertreten hat, die das Leistungshindernis gemäß § 275 BGB begründen.²⁰⁸⁴ Im Hauptprozess kann dem Gläubiger in dieser Situation schon nach den Grundsätzen der Umkehr der Beweislast unter dem Gesichtspunkt der Beweisvereitelung geholfen werden.²⁰⁸⁵ Der Schadensersatzanspruch ist dann auf weitergehende Vermögenseinbußen gerichtet.

Insbesondere bei der Beweisvereitelung handelt es sich regelmäßig um einen Fall des § 275 Abs. 1 BGB. Wird die Leistung gemäß § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB verweigert, so ist Voraussetzung, dass der Schuldner die Ein-

2083 S. dazu o. Kapitel 1 B. III. (S. 73 ff.).

2084 Dazu ausf. u. Kapitel 6 B. I. (S. 381).

2085 S. dazu nur *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 286 Rn. 199 ff. m. w. N.

rede der Unmöglichkeit erhoben hat.²⁰⁸⁶ Andernfalls kann der Gläubiger Schadensersatz statt der Leistung nur gemäß § 281 BGB verlangen. Die Fristsetzung wird dann regelmäßig gemäß § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich sein.

3. Weitere Anspruchsgrundlagen

Ein Schadensersatzanspruch kann sich außerdem aus §§ 280 Abs. 2, 286 BGB ergeben, wenn der Offenlegungsschuldner mit der Offenlegung in Verzug gerät.²⁰⁸⁷ Das ist auch der Fall, wenn es sich – wie regelmäßig – bei der Offenlegungspflicht um eine leistungsbezogene Nebenpflicht handelt. Offenlegungspflichten dienen regelmäßig der ordnungsgemäßen Abwicklung eines Schuldverhältnisses, so dass diese Pflichten typischerweise unter § 241 Abs. 1 BGB subsumiert werden können.²⁰⁸⁸ Daran ist auch zu denken, wenn eine bevorstehende rechtliche Auseinandersetzung die Beweissicherung notwendig erscheinen lässt und Beweise dennoch nicht aufbewahrt werden.²⁰⁸⁹

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass es auch Informationspflichten gibt, die dem Schutz des Integritätsinteresses dienen und daher ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Verstoßes gegen eine Rücknahmepflicht gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht kommt. Allerdings handelt es sich dabei um Aufklärungs- und Beratungspflichten, die sich nur bei Vorliegen besonderer Voraussichten ausgelöst werden.²⁰⁹⁰ Insbesondere kommt daher eine vertragliche Nebenpflicht aus einem Auskunftsvertrag in Betracht, wonach der Informationsgläubiger nicht irregeführt werden darf.²⁰⁹¹ Im Unterschied zu den Auskunfts- und Offenlegungspflichten, die unter § 241 Abs. 1 BGB gefasst und selbstständig eingeklagt

2086 BGH, Urt. v. 19.12.2012 – VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074 Rn. 28; Schwarze, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 283 Rn. 23.

2087 Marburger, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, vor §§ 809-811 Rn. 7.

2088 Looschelders/Olsen, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 241 Rn. 168 ff.; i. E. ähnlich Bachmann, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 69, der auch die leistungssichernden Nebenpflichten unter § 241 Abs. 2 BGB fasst (a. a. O. Rn. 62).

2089 BGH, Urt. v. 15.11.1984 – IX ZR 157/83, NJW 1986, 59; Schubert, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 359; zum prozessrechtlichen Aspekt der Beweisverteilung vgl. Laumen, in: FS-Prütting, S. 398 f.

2090 Dazu ausf. Looschelders/Olsen, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 241 Rn. 437 f.; Bachmann, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 79.

2091 BGH, Urt. v. 17.09.2015 – I ZR 47/14 – Irreführende Lieferangabe, GRUR 2016, 526 Rn. 24 ff.

werden können, fehlt dieses Merkmal bei den Informationspflichten i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB.²⁰⁹²

4. Sorgfaltsmäßstab

Ein Schadensersatzanspruch gegen den Offenlegungsschuldner kommt grundsätzlich in Betracht, wenn dieser die Verletzung der Offenlegungspflicht gemäß § 276 Abs. 1 BGB zu vertreten hat. Bemerkenswert ist, dass § 33g Abs. 8 GWB – wie auch § 19 Abs. 5 MarkenG, § 140b Abs. 5 PatG usw. – diese Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. In den Vorschriften über die immaterialgüterrechtlichen Offenlegungsansprüche fehlt eine entsprechende Regelung zum Schadensersatz.²⁰⁹³

Es stellt sich die Frage, ob eine solche Privilegierung gerechtfertigt ist und auf eine allgemeine Offenlegungspflicht übertragen werden kann. Dabei ist wiederum der Zweck dieser Regelungen zu beachten. Durch die Schadensersatzansprüche sollen die Verpflichteten zur Sorgfalt bei der Erbringung der ursprünglichen Leistungspflicht angehalten werden.²⁰⁹⁴ Genauso vor diesem Hintergrund verwundert, dass die Schadensersatzhaftung nur eintreten soll, wenn die Fehlerhaftigkeit oder die Unvollständigkeit der erteilten Auskunft auf wenigstens grobem Verschulden des Verpflichteten beruht.

Die Privilegierung scheint gerechtfertigt, soweit etwa gemäß § 19 Abs. 2 MarkenG oder § 140c Abs. 2 PatG auch Dritte, wie etwa Frachtführer, Internetprovider und Lieferanten des Verletzers zur Auskunft verpflichtet sind. Es wäre wohl unangemessen, einem zunächst nicht schuldhaft handelnden Frachtführer bei leicht fahrlässigem Verhalten eine Schadensersatzpflicht aufzuerlegen.²⁰⁹⁵ Es scheint jedoch schwer nachvollziehbar, weshalb auch der Verletzer eines Schutzrechts Nutznießer dieser Privilegierung sein soll. Es gibt keinen sachlichen Grund, der rechtfertigen kann, dass der Verletzer die ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht mit der im Verkehr zu

2092 Looschelders/Olsen, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 241 Rn. 439; Bachmann, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 241 Rn. 78.

2093 Dort muss dann zunächst gefragt werden, ob ein Schadensersatzanspruch überhaupt, sei es nach allgemeinen Regeln, sei es gemäß § 19 Abs. 5 MarkenG analog bzw. § 140c Abs. 5 PatG analog, in Betracht kommt.

2094 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 39.

2095 Schmidhuber, WRP 2008, 296, 300.

beachtenden Sorgfalt durchzusehen hat, nachdem er die Verletzungshandlung schuldhaft begangen hat.²⁰⁹⁶

Die Schadensersatzpflicht wurde bei Schutzrechtsverletzungen gerade deshalb eingeführt, weil die eidesstattliche Versicherung nicht für ausreichend gehalten wurde.²⁰⁹⁷ Nachdem aber schon die fahrlässige Abgabe einer fehlerhaften Versicherung an Eides statt die Strafbarkeit zu begründen vermag (§ 161 StGB), erscheint es wenig sinnvoll, die Schadensersatzpflicht auf grobe Fahrlässigkeit zu beschränken.

In Bezug auf § 33g GWB wird die mit einer solchen Haftungsprivilegierung verbundene Schadensersatzpflicht gar als „nutzlos“ bezeichnet. Angeichts der Zirkelschüsseigkeit der Beweisnot habe der Gesetzgeber einen „Bären Dienst geleistet“²⁰⁹⁸ Tatsächlich ist es wohl kaum sachgerecht, dass ein Offenlegungsschuldner, der zugleich Schuldner des Hauptanspruchs ist, nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz einer Schadensersatzhaftung ausgesetzt sein soll. Vielmehr ist er allgemeinen Grundsätzen entsprechend gehalten, die fraglichen Beweismittel besonders sorgfältig zusammenzustellen. Eine allgemeine Haftungsprivilegierung bei der Verletzung einer Offenlegungspflicht erscheint nicht angezeigt. Insgesamt wird zu Recht festgestellt, dass es gegenwärtig an probaten Mitteln fehlt, um der Vereitelung einer Offenlegungspflicht entgegenzutreten.²⁰⁹⁹ Anstelle einer Haftungsrelaxierung erscheint auch hier die Anwendung hergebrachter Grundsätze angemessen, nach denen sich der Verletzer stets im Verzug befindet (*für semper in mora*) und damit auch für den zufälligen Untergang des Offenlegungsgegenstandes haftet (§ 287 BGB).

2096 Schmidhuber, WRP 2008, 296, 300; auch die Gemeinsamen Ausschüsse für Patent- und Gebrauchsmusterrecht, Geschmacksmusterrecht und Urheberrecht der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) sprachen sich – allerdings ohne weitere Begründung – gegen die Beschränkung der Haftung auf „grobe“ Fahrlässigkeit aus, vgl. Stellungnahme zum Referenten Entwurf des Bundesministeriums der Justiz des „Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums“, Stand: 03.01.2006 v. 28.02.2006, S. 4 – Gliederungspunkt 3.7.

2097 Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 39.

2098 Galle/Popot-Müller, NZKart 2019, 317, 318.

2099 Galle/Popot-Müller, NZKart 2019, 317, 320.

5. Inhalt des Schadensersatzanspruchs

Sodann stellt sich die Frage nach dem Inhalt des Schadensersatzanspruchs. Dabei ist zu unterscheiden, ob das herausverlangte Beweismittel noch verschafft werden kann oder nicht. Ist das der Fall, so ist die Offenlegung des Beweismittels Inhalt des Schadensersatzanspruchs. Nach dem Grundsatz der Naturalrestitution ist der Gläubiger so zu stellen, als hätte der Schuldner von vornherein das erforderliche Beweismittel zur Verfügung gestellt (§ 249 Abs. 1 BGB).²¹⁰⁰

Vergleichbar ist der Fall, dass dem Pflichtteilsberechtigten, der gemäß § 2314 S. 2 BGB zur Anwesenheit bei der Errichtung eines Nachlassverzeichnisses berechtigt ist, die Anwesenheit verwehrt wird. Es wird teilweise vertreten, in diesem Fall trete schon keine Erfüllung ein.²¹⁰¹ Andere meinen, die Pflicht zur Neufertigung des Nachlassverzeichnisses ergebe sich als Schadensersatzanspruch in Form der Naturalrestitution, weil der Erbe in diesem Fall schuldhaft die Unmöglichkeit der Erfüllung des Zuziehungsanspruchs herbeigeführt habe (§§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB).²¹⁰² Unabhängig von der dogmatischen Begründung muss in diesem Fall das ordnungsgemäße Beweismittel, ein neues Nachlassverzeichnis, gefertigt werden, wenn die Zuziehung des Pflichtteilsberechtigten trotz rechtzeitigen Verlangens unterbleibt.²¹⁰³

Werden die Beweismittel auch nach Fristsetzung nicht bereitgestellt oder ist dies schlicht nicht mehr möglich, so muss Schadensersatz in Geld verlangt werden, der dann auf das Interesse des Gläubigers an den Beweismitteln gerichtet ist (§§ 250, 251 BGB). Befindet sich der Auskunftsschuldner mit der Auskunftserteilung in Verzug, so hat der dem Berechtigten außerdem die Kosten seiner Nachforschungen zu ersetzen.²¹⁰⁴ Wurde einmal

2100 Vgl. auch BGH, Urt. v. 03.09.2020 – III ZR 136/18 – Tonbänder II, MMR 2020, 756 Rn. 52.

2101 Fleischer/Horn, ZErb 2013, 105, 107; vgl. auch Lange, in: MüKo-BGB, Bd. II, 9. Aufl. 2020, § 2314 Rn. 45.

2102 Kuhn/Trappe, ZEV 2011, 347.

2103 Bock, in: NK-BGB, 6. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 26; Fleischer/Horn, ZErb 2013, 105, 107; Weidlich, ErbR 2013, 134, 144; Kuhn/Trappe, ZEV 2011, 347.

2104 Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen der durch das Gesetz zur Stärkung des Schutzes des geistigen Eigentums und zur Bekämpfung der Produktpiraterie (PrPG) vom 7. März 1990 (BGBl. I S. 422) eingeführten neuen Maßnahmen zur Bekämpfung der Schutzrechtsverletzungen im Bereich des geistigen Eigentums, insbesondere der Produktpiraterie, BT-Drs. 12/4427, S. 3.

Schadensersatz statt der Leistung verlangt, so erlischt der Anspruch auf Naturalleistung.²¹⁰⁵

E. Bestimmtheit des Offenlegungsantrags

Der Inhalt der Offenlegungspflicht ist auch auf prozessualer Ebene bedeutsam. Danach richtet sich nämlich die Formulierung des Antrags einer auf Offenlegung gerichteten Klage. Es ist unerlässlich, dass das fragliche Beweismittel angegeben wird. Alle untersuchten Rechtsordnungen schreiben dies in der einen oder anderen Form in ihren Regeln über die Beweismitteloffenlegung vor.

In den Vereinigten Staaten ergibt sich bereits aus *FRCP 26(a)(1)* eine weitreichende Offenlegungspflicht, ohne dass eine Partei einen entsprechenden Antrag stellen muss. Folglich muss im Rahmen der *initial disclosure* das konkret benötigte Beweismittel noch nicht bezeichnet werden. Wird das Beweismittel hier nicht vorgelegt, kann es im Wege der Vorlageanfrage (*request for production*) angefordert werden. *FRCP 34(b)(1)(A)* schreibt vor, dass der begehrte Gegenstand so genau beschrieben werden muss, wie es der antragstellenden Partei zumutbar ist. Dazu kann auch die abstrakte Beschreibung der benötigten Beweismittel oder die Angabe einer Beweismittelkategorie genügen. Entscheidend kommt es darauf an, dass ein Dritter erkennen kann, welche Beweismittel herausverlangt werden. Das ist regelmäßig eine Frage des Einzelfalls.²¹⁰⁶

Ganz ähnlich beginnt die Sachverhaltsermittlung im englischen Zivilprozess mit der *standard disclosure*. Gemäß *CRP 31.6* müssen zu Beginn des Rechtsstreits alle Dokumente offengelegt werden, die für die eine oder die andere Partei von Bedeutung sein können.²¹⁰⁷ Werden in diesem Rahmen einzelne Dokumente nicht vorgelegt, so kann deren Herausgabe im Wege der *specific disclosure* verlangt werden (*CRP 31.12*). Diese bezweckt die korrekte Durchführung der *standard disclosure* und ergänzt diese.²¹⁰⁸ Es handelt sich um ein nachgelagertes Mittel der Beweismittelbeschaffung. Die Partei in Beweisnot kann einen Antrag auf Vorlage der noch benötigten Dokumente stellen. Allerdings muss sie dazu beweisen, dass diese Doku-

2105 Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 281 Rn. 120.

2106 S. o. Kapitel 3 B. III. 3. c) (S. 230).

2107 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. a) (S. 269).

2108 S. o. Kapitel 4 A. I. 1. h) (S. 289).

mente existieren.²¹⁰⁹ Außerdem müssen diese Unterlagen genau beschrieben werden.²¹¹⁰ Diesen Anforderungen wird beispielsweise ein Antrag nicht gerecht, wenn er „*all documents relating to the invention of the plaintiff's patent*“ oder „*any and all documents relating to the indemnities given [by the third defendants] in relation to the plaintiff's patent*“ zum Gegenstand hat. Ein solcher Antrag sei deutlich zu weit gefasst.²¹¹¹ Auch soweit Beweismittelkategorien angegeben werden dürfen, muss sich der Antrag auf solche Beweismittel beziehen, die für den Rechtsstreit relevant sind. Dieser Umstand muss in dem Antrag dargelegt werden.²¹¹²

Wesentlich strengere Vorgaben formuliert § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Nach ihrem Wortlaut verlangt die Vorschrift die Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag. Der Begriff des „Gegenstandes“ hat in diesem Zusammenhang zunächst keine eigenständige Bedeutung.²¹¹³ Umso wichtiger ist hingegen das Erfordernis des bestimmten Antrags. Offenlegungsklagen sind stets Leistungsklagen, so dass der Antrag die begehrte Leistung nach Art und Umfang so genau bezeichnen muss, dass keine Ungewissheit über das Geforderte besteht.²¹¹⁴ Insbesondere wird so sichergestellt, dass später ein Titel mit Vollstreckungsfähigem Inhalt erteilt wird.²¹¹⁵ Soweit die Offenlegung auf Herausgabe eines Gegenstandes gerichtet ist, muss dieser deshalb eindeutig bezeichnet werden.²¹¹⁶ Das kann insbesondere durch die genaue Beschreibung des Herausgabegegenstandes erreicht werden.²¹¹⁷

Es ist außerdem fraglich, inwiefern diese strengen Vorgaben mit den europäischen Vorgaben zur Beweismitteloffenlegung, die teilweise explizit die Benennung von „Beweiskategorien“ vorschreiben,²¹¹⁸ vereinbar sind. Problematisch erscheint dabei insbesondere, dass auch bei weitem Verständnis von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO stets die Bezeichnung eines konkreten

²¹⁰⁹ CPR PD 31A para 5.2.

²¹¹⁰ Z. B. *Berkeley Administration v McClelland* [1990] F.S.R. 381, 382, CA; C Hollander, *Documentary Evidence* (14th edn., Sweet & Maxwell, London 2021), 7-32.

²¹¹¹ *Fuji Photo Film v Carr's Paper* [1989] R.P.C. 713.

²¹¹² *Molnlycke AB v Procter & Gamble (No.3)* [1990] R.P.C. 498, 499 f.

²¹¹³ Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 253 Rn. 24; Roth, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 253 Rn. 22.

²¹¹⁴ Roth, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 253 31.

²¹¹⁵ BGH, Urt. v. 26.01.1983 – IVb ZR 355/81 – Vorlage von Belegen, NJW 1983, 1056.

²¹¹⁶ BGH, Urt. v. 10.07.2015 – V ZR 206/14 – Tonbänder I, NJW 2016, 317 Rn. 9; BGH, Urt. v. 26.01.1983 – IVb ZR 355/81 – Vorlage von Belegen, NJW 1983, 1056.

²¹¹⁷ BGH, Urt. v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14 – Intime Fotos, NJW 2016, 1094 Rn. 20 ff.

²¹¹⁸ S. o. Kapitel 4 B. II. 2. a) aa) (S. 322).

Beweismittels erforderlich ist. Genau diese Beschränkung soll aber insbesondere durch die Kartellschadensersatzrichtlinie überwunden werden.²¹¹⁹

Allerdings erlaubt auch § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO Anträge, die auf verschiedene, im Einzelnen nicht genau unterscheidbare Gegenstände gerichtet sind. Wird die Herausgabe einer Vielzahl von Gegenständen verlangt, müssen diese möglichst genau beschrieben werden.²¹²⁰ Ausreichend bestimmt sei beispielsweise ein der Antrag, mit dem die „*Herausgabe von 142 – hilfsweise 95 – Bierfässer[n] der Marke ‚Früh-Kölsch‘ wahlweise mit einem Fassungsvermögen von 10-20 l*“ begeht wird.²¹²¹ Nicht ausreichend bestimmt sei hingegen der Antrag des Klägers, „*die Beklagte zu verurteilen, mit ihm alle Rechtsgeschäfte abzuschließen, die zur Übertragung ihres Geschäfts auf ihn erforderlich seien*“. Es sei in diesem Fall nicht erkennbar, welche konkreten Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden sollten, so dass es an einem vollstreckbaren Inhalt fehle.²¹²²

Dementsprechend müssen Klagen, mit denen ein Aufklärungsanspruch geltend gemacht wird, einen eindeutigen Antrag enthalten.²¹²³ Dem wird ein Antrag, mit welchem die „*Auskunft durch Vorlage von Belegen*“ verlangt wird, nicht gerecht. Allerdings kann ein solcher Antrag so ausgelegt werden, dass dem Bestimmtheitserfordernis Rechnung getragen wird.²¹²⁴ Die herausverlangten Belege müssen jedoch konkret bezeichnet werden,²¹²⁵ weshalb es nicht ausreichend sein soll, die Herausgabe „ausreichend geeignete[r] Belege“²¹²⁶ oder „soweit Belege vorhanden“²¹²⁷ zu verlangen. Der Gläubiger und das Vollstreckungsorgan müssen erkennen können, für welchen Zeitraum und worüber Informationen verlangt werden.²¹²⁸

Wird auf der Grundlage eines Offenlegungsanspruchs die Herausgabe einer Vielzahl von Beweismitteln verlangt, ist es Aufgabe des Gläubigers die Beweismittel so genau zu beschreiben, dass ein Urteil mit vollstreckungsfähigem Inhalt folgt.

2119 Wagner-von Papp, Access to Evidence, S. 40 f.

2120 Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 253 Rn. 32; a. A. wohl Roth, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 253 Rn. 31, der meint, bei Sachgesamtheiten müssten die Einzelstücke spezifiziert werden.

2121 OLG Köln, Urt. v. 16.06.1997 – 16 U 2-97, NJW-RR 1998, 1682.

2122 BGH, Urt. v. 25.05.1959 – II ZR 115/58, NJW 1959, 1371.

2123 Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 253 Rn. 32.

2124 OLG München, Beschl. v. 11.11.1993 – 12 WF 1033/93, FamRZ 1994, 1126 juris-Rn. 2.

2125 Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 253 Rn. 32.

2126 BGH, Beschl. v. 03.02.1988 – IVb ZB 205/87, NJW-RR 1988, 693; BGH, Urt. v. 26.01.1983 – IVb ZR 355/81 – Vorlage von Belegen, NJW 1983, 1056.

2127 OLG Köln, Beschl. v. 27.08.1992 – 7 W 35/92, MDR 1993, 83 juris-Rn. 8.

2128 Roth, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2016, § 253 Rn. 33.

higem Inhalt ergehen kann. Das Gericht hat bei der Beurteilung der Frage, ob der Antrag den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO gerecht wird, zu berücksichtigen, dass die Offenlegung gerade der Sachverhaltsermittlung dient und der Gläubiger gewissen Schwierigkeiten bei der Benennung der Beweismittel begegnen kann. Dabei sind auch die Vorgaben des materiellen Rechts – z. B. § 33g Abs. 1 GWB –²¹²⁹ zu berücksichtigen.

F. Zusammenfassung

Von dem traditionellen Verständnis, dass eine Partei der anderen nicht durch die Beweismittelvorlage zum Sieg zu verhelfen habe,²¹³⁰ ausgehend, erscheinen die hier gefundenen Ergebnisse zum Umfang der Offenlegungsansprüche zunächst überraschend.²¹³¹ Angesichts der Zielsetzung der Ansprüche, den Sachverhalt so genau wie möglich nachvollziehen zu können und eine gerechte Entscheidung durch die Ermittlung der objektiven Wahrheit zu ermöglichen, ist es indes angemessen, den Umfang der Offenlegungsansprüche grundsätzlich weit zu fassen. Insoweit kann durchaus von einer Annäherung an das US-amerikanische *discovery*-Verfahren gesprochen werden.²¹³² Dieser Umfang kann im Einzelnen unter Gesichtspunkten der Zumutbarkeit bzw. der Verhältnismäßigkeit zu korrigieren sein. Dazu wird im nachfolgenden Kapitel ausgeführt.

2129 Dazu o. Kapitel 2 B. III. (S. 140).

2130 BGH, Urt. v. 08.01.1985 – X ZR 18/84 – Druckbalken, BGHZ 93, 191; dazu Anm. Stürner/Stadler, JZ 1985, 1101; BGH, Urt. v. 26.06.1958 – II ZR 66/57, JZ 1958, 541; ausführlich auch Laumen, in: FS-Prütting.

2131 Wagner-von Papp, Access to Evidence, S. 25.

2132 Weber, ZZP 131 (2018), 457, 473; Rosenfeld/Brand, WuW 2017, 247, 252.

Kapitel 6 – Unverhältnismäßigkeit als Schranke der Offenlegungspflicht

In Anbetracht der im vorstehenden Kapitel grundsätzlich weit konstruierten Offenlegungsverpflichtung und allgegenwärtigen Warnungen, die Offenlegung dürfe nicht zur Ausforschung des Prozessgegners führen, ist abschließend zu untersuchen, wie sich ein Offenlegungsanspruch sinnvoll beschränken lässt. In diesem Kapitel soll daher dargestellt werden, wo die Grenzen der Offenlegungspflicht verlaufen.

A. Grundsätzliche Überlegungen

§ 33g Abs. 3 S. 1 GWB bestimmt als allgemeine Schranke der Offenlegung die Unverhältnismäßigkeit. Auch das allgemeine Schuldrecht schränkt Leistungsverpflichtungen ein, wo ein Leistungsverlangen unzumutbar erscheint. Das ist ohne Weiteres nachvollziehbar und wird auch in den anderen oben untersuchten Rechtsordnungen anerkannt.

In den Vereinigten Staaten bestimmt *FRCP 26(b)(1)* den Umfang der *pre-trial discovery* auch mit Rücksicht darauf, dass die Offenlegung „*proportional to the needs of the case [...]*“ sein muss.²¹³³ Im englischen Zivilprozess beschränkt *CPR 31.3 (2)* die *disclosure*, „*[w]here a party considers that it would be disproportionate to the issues in the case to permit inspection of documents [...]*“. In Frankreich ergibt sich eine solche Beschränkung im Einzelfall.²¹³⁴ Im Vergleich mit den sehr detaillierten Vorschriften über den Zugang zu Beweismitteln, erscheinen die Beschränkungen der Offenlegung in diesen Rechtsordnungen nur spärlich geregelt. Es wird nicht zuletzt daher häufig die Kritik geäußert, es komme zu einer ausufernden Beweismittelbeschaffung oder zur Ausforschung des Gegners.²¹³⁵

In der Durchsetzungsrichtlinie wird der im Europarecht grundsätzlich geltende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 EUV) im Rahmen der allgemeinen Verpflichtung gemäß Art. 3 Abs. 2 DSRL – ohne konkreten Be-

2133 S. o. Kapitel 3 C. II. (S. 245 ff.).

2134 S. o. Kapitel 4 A. II. (S. 298 ff.).

2135 Wagner-von Papp, Access to Evidence, S. 44.

zug zur Offenlegungsverpflichtung gemäß Art. 6 DSRL – berücksichtigt. Demgegenüber wird er in Art. 5 Abs. 3 SERL explizit als Schranke der Offenlegungsverpflichtung genannt. Diese Vorgaben wurden in Deutschland durch § 19a Abs. 3 MarkenG, § 140c Abs. 3 PatG etc. und eben auch § 33g Abs. 3 GWB umgesetzt, wonach die Beweismittelvorlage bzw. -herausgabe ausgeschlossen ist, soweit sie im Einzelfall bzw. unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten unverhältnismäßig ist. Aus Art. 5 Abs. 3 SERL, § 33g Abs. 3 S. 2 GWB ergeben sich sodann „Regelbeispiele“, in denen die Beweismittelherausgabe regelmäßig unverhältnismäßig sein wird.²¹³⁶

In allen Rechtordnungen wird etwa den Geheimhaltungsinteressen des Offenlegungsschuldners ein besonderes Gewicht im Rahmen der Abwägungsentscheidung zugemessen.²¹³⁷ Allerdings ist es kaum verwunderlich, dass die Frage der Verhältnismäßigkeit in verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich beurteilt wird. Im Rahmen der Interessenabwägung sind auch die Grundpfeiler der unterschiedlichen Rechtsordnungen sowie die Wertung der betroffenen Interessen im konkreten Rechtskreis maßgeblich. Allerdings wird selbst bei der US-amerikanischen *pre-trial discovery* erkannt, dass *fishing expeditions* wenig wünschenswert sind und die Beweismittelherausgabe nicht ins Blaue hinein verlangt werden darf.²¹³⁸

Insgesamt werden Offenlegungspflichten auch im deutschen Recht vor allem durch zivilprozessuale Maßnahmen beschränkt.²¹³⁹ Nachdem die (dargestellten) Offenlegungspflichten jedoch sämtlich materiell-rechtliche Grundlagen haben, erscheint auch ihre Beschränkung im Rahmen des materiellen Rechts angezeigt.

B. Unverhältnismäßigkeit als Schranke der Leistungspflicht im allgemeinen Schuldrecht

Zu §§ 809 ff. BGB ist ohne Weiteres anerkannt, dass diese Normen keine abschließende Regelung der aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis fließenden Pflichten und zur Erfüllung enthalten und dass entsprechende Folge-

2136 S. zur Kartellschadensersatzrichtlinie Kapitel 4 B. II. 2. c) (S. 326 ff.).

2137 Wagner-von Papp, Access to Evidence, S. 46.

2138 RICHTER, 82 TENN. L. REV., 443, 454 (2015).

2139 S. o. Kapitel 2 C. III. (S. 174 ff.); Sebulke, Zivilprozessualer Geheimnisschutz, S. 106 ff.

rungen aus dem allgemeinen Schuldrecht gezogen werden können.²¹⁴⁰ Bei der Beschränkung einer spezialgesetzlich geregelten Offenlegungspflicht ist dennoch auf die Besonderheiten des jeweils betroffenen Regelungsbereichs Rücksicht zu nehmen.

Erfüllung wird dort nicht geschuldet, wo dem Schuldner ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht. Der Anspruch auf Erfüllung einer Leistungs- pflicht findet seine Grenze, wo dem Schuldner ein Leistungsverweigerungs- recht gewährt wird. Die Reichweite eines Anspruchs kann damit negativ beschrieben werden, wenn die geschuldete Leistung aufgrund einer normativen Wertung nicht erbracht werden muss. An dieser Stelle soll deshalb untersucht werden, unter welchen Umständen die Herausgabe von Beweis- mitteln verweigert werden darf, weil sie unverhältnismäßig erscheint. Damit kann jedenfalls mittelbar auf den Umfang der Offenlegungsansprüche geschlossen werden.

Wird – wie hier – zur Erfüllung eines Informationsanspruchs die inhaltlich richtige und vollständige Information gefordert, so werden Umfang und Inhalt dieser Ansprüche in der denkbar umfangreichsten Weise gefasst. Gleichwohl werden die fraglichen Informationen nicht grenzenlos geschuldet. Es ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.²¹⁴¹ Die Grenzen einer Informationspflicht werden durch Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit bestimmt.²¹⁴² Durch den derart weitgefassten Inhalt einer materiell-rechtlichen Aufklärungspflicht dürfen auch nicht die allgemeinen Beweisgrundsätze unterlaufen werden. Insbesondere darf dies nicht zu einer Ausforschung des Aufklärungsschuldners führen.²¹⁴³

I. Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275 BGB

Regelmäßig wird als Voraussetzung eines Informationsanspruchs gefordert, die Informationserteilung müsse dem Schuldner zumutbar sein.²¹⁴⁴ Eine

2140 Habersack, in: MüKo-BGB, Bd. 7, 8. Aufl. 2020, § 811 Rn. 6.

2141 BVerfG, Beschl. v. 15.01.1970 – I BvR 13/68 – Ehescheidungsakten, BVerfGE 27, 344; Schmidhuber, WRP 2008, 296, 297.

2142 Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 9 UWG Rn. 5.12; Köhler, GRUR 1996, 82, 88.

2143 So zuletzt BGH, Urt. v. 17.04.2018 – XI ZR 446/16, NJW-RR 2018, 1067 Rn. 24 ff.

2144 Vgl. nur Krüger, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 260 Rn. 20; Looschelders/Olzen, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 242 Rn. 605; weitere Nachweise vgl. o. Fn. 99 (S. 55).

solche Beschränkung lässt sich dem Gesetz jedoch nicht unmittelbar entnehmen. Vielmehr wird eine entsprechende Beschränkung des Umfangs einer Informationspflicht unmittelbar aus § 242 BGB hergeleitet, der in diesen Fällen auch als Anspruchsgrundlage dient.²¹⁴⁵ Ohne Zweifel ist bei der Bestimmung der Reichweite der Aufklärungsansprüche eine Abwägung zwischen dem Informationsinteresse des Berechtigten und den Geheimhaltungsinteressen des Aufklärungsschuldners erforderlich.²¹⁴⁶ Außerdem können auch Interessen der Allgemeinheit in diese Abwägung eingestellt werden.²¹⁴⁷ Die Umstände des Einzelfalls sind dabei besonders sorgfältig zu berücksichtigen.²¹⁴⁸

Der Rückgriff auf § 242 BGB zur Bestimmung des Umfangs und den Schranken einer Informationspflicht erscheint indes nicht notwendig. Das Gesetz selbst sieht zunächst mit § 275 BGB eine Regel vor, welche das Recht, eine Leistung zu fordern beschränkt, wenn dem Schuldner die Leistung unzumutbar ist. Die Interessen des Aufklärungsschuldners können regelmäßig im Rahmen des nach § 275 BGB gewährten Leistungsverweigerungsrechts berücksichtigt werden. Insbesondere sehen § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB eine Prüfung der Zumutbarkeit von Gesetzes wegen vor.

Aus systematischen Gründen erscheint es vorzugswürdig, die Zumutbarkeit der Aufklärung nicht bereits als Voraussetzung eines Aufklärungsanspruchs zu begreifen. Vielmehr sollte dies im Rahmen der Frage nach

2145 BGH, Urt. v. 08.02.2018 – III ZR 65/17, NJW 2018, 2629 Rn. 29; BGH, Beschl. v. 02.07.2014 – XII ZB 201/13, NJW 2014, 2571 Rn. 13; BGH, Urt. v. 26.06.2013 – IV ZR 39/19, NJW 2013, 3580 Rn. 24; BGH, Urt. v. 17.05.1994 – X ZR 82/92, GRUR 1994, 898 juris-Rn. 25; BGH, Urt. v. 07.12.1977 – VIII ZR 164/76, BGHZ 70, 86 juris-Rn. 16; Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 260 Rn. 8; Budde, in: FS-Semler, S. 792; s. o. Kapitel 1 A. II. (S. 55).

2146 BGH, Urt. v. 23.02.1995 – I ZR 75/93 – Schwarze Liste, GRUR 1995, 427 juris-Rn. 18 f.; BGH, Urt. v. 24.03.1994 – I ZR 42/93 – Cartier-Armreif, GRUR 1994, 630 juris-Rn. 29; BGH, Beschl. v. 13.02.1981 – I ZR 111/78 – Wirtschaftsprüfervorbehalt, GRUR 1981, 535 juris-Rn. 1; BGH, Urt. v. 07.12.1979 – I ZR 157/77 – Monumenta Germaniae Historica, GRUR 1980, 227 juris-Rn. 110; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 9 UWG Rn. 5.15; Büch, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 38 Rn. 9; Bacher, in: Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 9. Aufl. 2021, Kap. 74 Rn. 12; Goldmann, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 5. Aufl. 2021, vor § 8 ff. Rn. 59.

2147 BGH, Urt. v. 17.05.2001 – I ZR 291/98 – Entfernung der Herstellungsnummer II, GRUR 2001, 841 juris-Rn. 36 f.

2148 Looschelders/Olsen, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 242 Rn. 605; Bittner, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 260 Rn. 21a.

der Durchsetzbarkeit eines Anspruchs berücksichtigt werden. Dies wird umso deutlicher, als auch im Rahmen von § 275 Abs. 2 BGB die Gebote von Treu und Glauben zu beachten sind. Als Generalklausel findet § 242 BGB entsprechend dem allgemeinen Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* nur dort Anwendung, wo keine speziellere Norm vorgesehen ist. Betreffend die Frage, ob dem Schuldner eine Leistung zumutbar ist, finden sich jedoch mit § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB ausdrückliche Vorschriften,²¹⁴⁹ sodass nur soweit von diesen Bestimmungen vorgesehen auf die Grundsätze von Treu und Glauben zurückzugreifen ist. Während § 242 BGB vor allem zur Korrektur der im Einzelfall als unbillig empfundenen Ergebnisse herangezogen wird,²¹⁵⁰ enthält § 275 BGB allgemein gültige Maßstäbe für ein Leistungsverweigerungsrecht. Insgesamt wird dem Schuldner die Aufklärung zumutbar sein, wenn er sie unschwer, das heißt ohne unbillige Belastung, geben kann.²¹⁵¹

Liegen die Voraussetzungen des § 275 Abs. 1 BGB vor oder macht der Schuldner die Einreden gemäß § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB geltend, so ist der Leistungsanspruch des Gläubigers – sei es kraft Gesetzes, sei es als Folge eines (als Einrede zu erhebenden) Leistungsverweigerungsrechts – ausgeschlossen.²¹⁵²

1. Unmöglichkeit der Offenlegung gemäß § 275 Abs. 1 BGB

In diesem Zusammenhang werden zunächst die allgemeinen Grundsätze der Unmöglichkeit im engeren Sinn gemäß § 275 Abs. 1 BGB dargestellt. Zwar ergibt sich das Leistungsverweigerungsrecht hier nicht erst in Folge einer Abwägungsentscheidung, sondern bereits unmittelbar aus dem Gesetz. Allerdings fügen sich diese Ausführungen unweigerlich in die entwickelte Dogmatik der Unmöglichkeit von Leistungspflichten ein.

2149 Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 242 Rn. 6.

2150 Looschelders/Olzen, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 242 Rn. 102.

2151 BGH, Urt. v. 06.02.2007 – X ZR 117/04 – Meistbegünstigungsvereinbarung, GRUR 2007, 532 Rn. 13 ff.; BGH, Urt. v. 17.05.1994 – X ZR 82/92, GRUR 1994, 898.

2152 Looschelders, SchuldR AT, § 21 Rn. 1.

a) Tatsächliche Unmöglichkeit

Die Leistung muss gemäß § 275 Abs. 1 BGB nicht erbracht werden, wenn sie für jedermann (objektiv) unmöglich ist. Tatsächlich unmöglich ist eine Leistung, die nach den Naturgesetzen oder nach dem Stand der Erkenntnis von Wissenschaft und Technik tatsächlich nicht erbracht werden kann.²¹⁵³ Dies erfasst insbesondere Fälle, in denen der geschuldete Gegenstand schon beim Entstehen einer Verpflichtung nicht besteht oder später untergeht, insbesondere zerstört wird.²¹⁵⁴

Objektiv unmöglich ist eine Leistung auch, wenn der Gläubiger weiß, dass der Erfolg nicht herbeigeführt werden kann, aber dennoch seiner inneren Überzeugung oder einer irrationalen Erwartung über den Nutzen der Leistung folgt. Deshalb kann der Schuldner die Leistung gemäß § 275 Abs. 1 BGB etwa verweigern, wenn er durch einen Vertrag zur Auskunft über „die Zukunft“ auf Grundlage von gelegten Karten verpflichtet wurde.²¹⁵⁵

Die Informationsverschaffung ist objektiv unmöglich, wenn der Schuldner sich nicht mehr an das fragliche Ereignis erinnern kann und ihm keine anderweitige Erkenntnismöglichkeit zu Verfügung steht. Ist etwa einer Mutter der Name des möglichen Vaters nicht (mehr) bekannt und ist sie auch nach Einholung der ihr zumutbaren Erkundigungen nicht in der Lage, diesen zu benennen, so ist der Auskunftsanspruch nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.²¹⁵⁶ Gleichwohl kann objektive Unmöglichkeit nur angenommen werden, wenn dargelegt wurde, dass entsprechende Nachforschungen stattgefunden haben.²¹⁵⁷ Mit Blick auf die Offenlegungsansprüche wird die Leistung regelmäßig unmöglich sein, wenn das herausverlangte Beweismittel nicht mehr vorhanden ist, sei es, weil es sich in der Verfügungsgewalt eines nicht mehr aufzufinden Dritten befindet, sei es, weil es vernichtet wurde oder sonst untergegangen ist.

Allein der schiere Umfang einer Leistung, deren Erbringung nicht naturgemäß ausgeschlossen, aber mit exorbitanten Kosten verbunden ist, fällt

2153 BGH, Urt. v. 07.12.1977 – VIII ZR 164/76, BGHZ 70, 86 juris-Rn. 10; *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 12.

2154 *Caspers*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 13.

2155 Beispiel bei *Westermann*, in: Ermann, BGB, 16. Aufl. 2020, § 275 Rn. 5; *Bartels*, ZJS 2011, 106, wobei dies wohl einen Fall anfänglicher Unmöglichkeit im Sinne von § 311a BGB darstellt.

2156 BGH, Beschl. v. 02.07.2014 – XII ZB 201/13, NJW 2014, 2571 Rn. 25.

2157 BGH, Beschl. v. 19.01.2022 – XII ZB 183/21 Rn. 41 ff.

hingegen nicht unter § 275 Abs. 1 BGB. Fälle, die früher unter den Stichworten „praktische“ oder „faktische“ Unmöglichkeit diskutiert wurden, können aber im Rahmen von § 275 Abs. 2 S. 1 BGB erfasst werden.²¹⁵⁸ Ebenso genügt es nicht, dass der Schuldner gegenwärtig nicht über den Leistungsgegenstand verfügen kann. Vielmehr muss feststehen, dass er auch in Zukunft nicht über den Leistungsgegenstand verfügen kann. Das Leistungshindernis muss für den Schuldner unüberwindbar sein. Kann die Leistung von einem Dritten erbracht werden, muss dieser die Mitwirkung endgültig verweigert haben.²¹⁵⁹

b) Rechtliche Unmöglichkeit

Eine gesetzlich verbotene Leistung ist rechtlich und damit ebenfalls objektiv unmöglich. Rechtliche Unmöglichkeit liegt vor, wenn ein Leistungserfolg aus Rechtsgründen nicht herbeigeführt werden kann oder nicht herbeigeführt werden darf.²¹⁶⁰ Dabei wird es im Zusammenhang mit der Erfüllung einer Offenlegungspflicht regelmäßig nicht darum gehen, dass die Rechtsordnung den angestrebten Erfolg nicht anerkennt oder der rechtliche Erfolg bereits eingetreten ist.²¹⁶¹ Vielmehr sind hier die Fälle interessant, in denen der geschuldete Erfolg grundsätzlich herbeigeführt werden kann, der Schuldner zur Erfüllung jedoch gegen die Rechtsordnung verstossen müsste.²¹⁶² Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Schuldner zur Erfüllung seiner Leistungspflicht gegen ein Strafgesetz verstossen müsste.²¹⁶³ Die zivilrechtliche Verpflichtung tritt dann im Interesse der Einheit der Rechtsordnung zurück.²¹⁶⁴ Soweit sich die Offenlegungsverpflichtung aus einem Rechtsgeschäft ergibt, ist freilich regelmäßig schon die vertragliche Vereinbarung gemäß § 134 BGB nichtig. Allerdings ergeben sich die Offen-

2158 Begr. RegE, BT-Drs. 14/6040, S. 129; *Canaris*, JZ 2001, 501; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, BGB, 82. Aufl. 2023, § 275 Rn. 22; s. dazu u. Kapitel 6 B. I. 1. b) cc) (S. 389).

2159 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 64.

2160 BGH, Urt. v. 25.10.2012 – VII ZR 146/11, NJW 2013, 152 Rn. 33; BGH, Urt. v. 21.01.2010 – Xa ZR 175/07, NZG 2010, 310 Rn. 23; *Caspers*, in: *Staudinger*, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 38, 40; *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 48.

2161 Dazu *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 449.

2162 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 50.

2163 *Caspers*, in: *Staudinger*, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 40.

2164 *Ernst*, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 50.

legungspflichten regelmäßig aus dem Gesetz, sodass hier der Rückgriff auf § 275 Abs. 1 BGB notwendig wird.

aa) Verschwiegenheitsverpflichtungen

Daher kann die Informationsverschaffung verweigert werden, wenn gegen die Strafvorschriften über die Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs (§§ 201ff. StGB) verstochen werden müsste.²¹⁶⁵ Eine Schweigepflicht erstreckt nicht nur darauf, bestimmte Informationen nicht mitteilen zu dürfen, sondern enthält unweigerlich auch das Verbot, Beweismittel, die Rückschlüsse auf die jeweilige Information zulassen, offenzulegen. Ein Geheimnis wird im Sinne von § 203 Abs. 1 StGB offenbart, wenn es in irgendeiner Weise an einen anderen gelangt. Erfasst wird daher beispielsweise auch die Möglichkeit zur Kenntnisnahme des Inhalts eines Schriftstücks.²¹⁶⁶

Im Zusammenhang mit den Informationsansprüchen ist insbesondere an die Schweigepflicht eines Rechtsanwalts bezüglich der ihm im Rahmen seines Mandats anvertrauten Informationen zu denken (§ 203 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB, § 43a Abs. 2 BRAO).²¹⁶⁷ Damit korrespondiert § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, wonach Rechtsanwälte zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind, wenn sie in einem Zivilprozess über Angelegenheiten angehört werden sollen, die ihnen im Zusammenhang mit dem Mandat bekannt geworden sind.²¹⁶⁸ Wird im Zeugnisverweigerungsrecht eine Einrede gegen den Anspruch des Staates auf Aussage erkannt,²¹⁶⁹ so kann im materiellen Zivilrecht ohne Weiteres eine entsprechende Parallel im Rahmen von § 275 Abs. 1 BGB gezogen werden. Die Schweigepflicht und das damit korrespondierende Schweigerecht des Rechtsanwalts beziehen sich gemäß § 43a Abs. 2 S. 2, § 2 Abs. 2 BORA „auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist.“²¹⁷⁰

2165 Vgl. dazu u. Kapitel 6 B. I. 3. c) (S. 401).

2166 Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 203 Rn. 20.

2167 Insb. zu den Schweigepflichten des Rechtsanwalts in Kartellverfahren s. Kübler/Pautke, BB 2007, 390, 390 ff.; Hentschel/Pfleiderer, EWS 2005, 350, 350 ff.

2168 Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, § 121 Rn. 22; ausf. Magnus, Anwaltsprivileg, S. 48 ff.

2169 Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPO, § 121 Rn. 21.

2170 Zum Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts kann auf die ausführliche dies betreffende Fachliteratur verwiesen werden, s. nur Hessler, in:

Auch Syndikusrechtsanwälte können von der Schweigepflicht betroffen sein.²¹⁷¹ Allerdings erscheint fraglich, ob sich daraus im Rahmen der Beweismittelloffenlegung ein dem Rechtsanwalt gewährten vergleichbares Schweigerecht ableiten lässt. Insbesondere in den Vereinigten Staaten von Amerika hat dies der *Supreme Court* im Rahmen der *pre-trial discovery* anerkannt,²¹⁷² weil entsprechende Angaben von Angestellten regelmäßig auf Weisung von Vorgesetzten im Rahmen ihrer beruflichen Verpflichtung gemacht werden, wobei dies im Bewusstsein geschieht, dass damit rechtlicher Rat eingeholt werden soll und die Situation damit mit der Rechtsberatung durch einen Rechtsanwalt vergleichbar sei.²¹⁷³ Andererseits hat der Europäische Gerichtshof, dessen Rechtsprechung jedenfalls in Bezug auf die in Umsetzung der europäischen Richtlinien auch im Rahmen der nationalen Offenlegungsregeln zu berücksichtigen ist, entschieden, dass es Syndikusrechtsanwälten gerade an der Unabhängigkeit fehle, die Rechtsanwälte auszeichnet, weshalb Syndikusrechtsanwälte kein vergleichbares Schweigerecht für sich in Anspruch nehmen könnten.²¹⁷⁴

Ähnliche Verschwiegenheitspflichten gelten etwa für die Angehörigen der Heilberufe (§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB) und Geistliche (§ 383 Abs. 1 Nr. 4 ZPO). Insoweit gelten dieselben Beschränkungen, die auch im Zusammenhang mit § 142 ZPO diskutiert werden.²¹⁷⁵

Auch wo andere Vorschriften der Weitergabe von Informationen entgegenstehen, besteht ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 275 Abs. 1 BGB. So darf beispielsweise ein Unternehmen Informationen, die ihm bei der Bereitstellung von Telemedien bekannt geworden sind, nicht für andere Zwecke verwenden, solange ihm dies nicht durch ein Gesetz oder eine Rechtsvorschrift oder durch Einwilligung des Nutzers ausdrücklich gestattet wird. Besteht gegen das Unternehmen ein Auskunftsanspruch, der sich grundsätzlich auf diese Informationen bezieht, ist ihm die Herbeiführung des Leistungserfolgs rechtlich unmöglich.²¹⁷⁶ Insofern können die zu den

Henssler/Prütting, BRAO, 5. Aufl. 2019, § 43a BRAO Rn. 45 ff. m. w. N.; *Träger*, in: Weylandt, BRAO, 10. Aufl. 2020, § 43a BRAO Rn. 16 ff.

2171 Ausf. Mann, DB 2011, 978, 978 ff.

2172 S. o. Kapitel 3 C. III. 2. (S. 248) m. w. N. in Fn. 1414.

2173 *Upjohn Co. v. U.S.*, 449 U.S. 383, 389-391 (1981); ausf. 6 MOORE'S FEDERAL PRACTICE – CIVIL § 26.49 [4][a] (December 2022).

2174 EuGH v. 14.09.2010 – C550/07 P – Akzo Nobel Chemicals, ECLI:EU:C:2010:512 Rn. 41 ff.

2175 Ausf. dazu *Rühl*, ZZP 125 (2012), 25, 26 f., 33 ff.

2176 BGH, Urt. v. 01.07.2014 – VI ZR 345/13 – Ärztebewertung I, BGHZ 201, 380 Rn. 9.

Informationsansprüchen geltenden Ausführungen ohne Weiteres auf die Offenlegungsansprüche übertragen werden.

bb) Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nach dem
Geschäftsgeheimnisgesetz

Wenn der Offenlegungsschuldner durch die Offenlegung gegen die sich aus § 4 GeschGehG ergebenden Handlungsverbote verstößen müsste, kommt ebenfalls der Ausschluss der Leistungspflicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB in Betracht.²¹⁷⁷ Ein solcher Verstoß ist jedoch nur denkbar, wenn der Offenlegungsschuldner nicht selbst Inhaber²¹⁷⁸ des Geschäftsgeheimnisses ist, sondern ein Dritter. Im Rahmen des Geschäftsgeheimnisgesetzes ist der Schutz von Geschäftsgeheimnissen strukturell mit dem Schutz der Rechte des geistigen Eigentums vergleichbar.²¹⁷⁹ Trotz der verbleibenden grundlegenden Unterschiede²¹⁸⁰ wird deutlich, dass es sich bei Geschäftsgeheimnissen um eine immaterielle Rechtsposition handelt, die einen Handelswert verkörpert.²¹⁸¹

Die Offenlegung führt nicht zu einer rechtlichen Konfliktsituation, die im Rahmen von § 275 Abs. 1 BGB beachtet werden kann, wenn der Offenlegungsschuldner selbst Inhaber des Geschäftsgeheimnisses ist. Als Rechtsverletzer im Sinne des § 2 Nr. 3 GeschGehG kommen nur solche Personen in Betracht, die ein Geschäftsgeheimnis unter Verstoß gegen § 4 Gesch-

2177 Zum Schutz der gewerblichen Geheimsphäre im Rahmen einer prozessualen Aufklärungspflicht s. schon Stürner, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 208 ff.

2178 Zum Begriff s. § 2 Nr. 2 GeschGehG; grundsätzlich zum GeschGehG s. Dann/Markgraf, NJW 2019, 1774.

2179 Ausf. dazu Sebulke, Zivilprozessualer Geheimnisschutz; Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, Vorbemerkungen zum GeschGehG Rn. 73; s. auch McGuire, GRUR 2016, 1000, 1008.

2180 Dazu Harte-Bavendamm, in: FS-Köhler, S. 238 ff.

2181 Vgl. auch EGr. I und EGr. 14 der Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl. 2016, L 157/ff. (abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0943&from=DE>, zuletzt abgerufen am 11.07.2023) (im Folgenden GeschGehRL). Die Richtlinie wurde durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung vom 18.04.2019, BGBl. 2019 I Nr. 13, S. 446 in das deutsche Recht überführt.

GehG rechtswidrig erlangen, nutzen oder offenlegen. Der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses wird davon unter keinen Umständen erfasst.²¹⁸² Wird im Rahmen der Offenlegung vom Offenlegungsschuldner, der zugleich Inhaber des Geschäftsgeheimnisses ist, die Offenbarung dieses Geschäftsgeheimnisses verlangt, so kommt ein Leistungsverweigerungsrecht allein gemäß § 275 Abs. 2 BGB in Betracht.²¹⁸³

Rechtliche Unmöglichkeit liegt demgegenüber vor, wenn zur Erfüllung des Offenlegungsanspruchs gegen die in § 4 GeschGehG genannten Handlungsverbote verstossen werden müsste. Insbesondere darf gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 1 GeschGehG ein Geschäftsgeheimnis nicht offengelegt werden, wenn es rechtswidrig – das heißt unter Verstoß gegen § 4 Abs. 1 GeschGehG – erlangt wurde. Das gilt gemäß § 4 Abs. 3 GeschGehG auch dann, wenn der in Anspruch genommene das Geschäftsgeheimnis bößgläubig von einem Rechtsverletzer erlangt hat.

Allerdings entfiele die Rechtswidrigkeit, wenn der Schuldner vom Inhaber des Geschäftsgeheimnisses die Erlaubnis zur Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses erhalten hätte. Es stellt sich somit die Frage, ob der Schuldner – analog zur Geltendmachung eines Herausgabebanspruchs gegen einen Dritten – verpflichtet sein kann, diese Erlaubnis einzuholen. Es scheinen jedoch kaum Fälle denkbar, in denen der Schuldner einen Anspruch gegen den Dritten auf Erteilung der Erlaubnis hat.

cc) Datenschutzrecht

Außerdem sind die durch das Datenschutzrecht gezogenen Grenzen zu beachten. Ein Arbeitgeber darf etwa die personenbezogenen Daten seiner Angestellten nur für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses nutzen, solange keine qualifizierte Einwilligung vorliegt.²¹⁸⁴ Sind die Daten zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung zivilrechtlicher Ansprüche erforderlich, dürfen sie mittlerweile auch zu anderen Zwecken verwertet werden (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 BDSG). Wo ein Angestellter über die Anschrift

2182 Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 2 GeschGehG Rn. 110 ff.

2183 S. dazu u. Kapitel 6 B. I. 2. b.) (S. 394).

2184 So noch zum alten Recht, BGH, Urt. v. 20.01.2015 – VI ZR 137/14, NJW 2015, 1525 Rn. 17; s. auch BGH, Urt. v. 09.07.2015 – III ZR 329/14, BGHZ 206, 195 Rn. 18 ff.

seines Arbeitgebers geladen werden kann, dürfte die Preisgabe seiner Privatanschrift jedoch schon nicht erforderlich sein.²¹⁸⁵

2. Wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Offenlegung gemäß § 275 Abs. 2 BGB

Die Offenlegung von Beweismitteln kann gemäß § 275 Abs. 2 BGB außerdem verweigert werden, soweit dies einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Dabei kann berücksichtigt werden, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. Wie bei jeder anderen Leistungspflicht endet auch die Pflicht zur Offenlegung an der Grenze zur Zumutbarkeit.²¹⁸⁶

a) Aufwand der Offenlegung

Mit Blick auf die Informationsansprüche wird dies vor allem eine Rolle spielen, soweit die Zusammenstellung der geschuldeten Informationen erhebliche Kosten verursacht. Wird im Rahmen eines Auskunftsanspruchs eine Information geschuldet, die sich der Schuldner erst noch von einem Dritten im Wege einer eigenen Auskunftsklage verschaffen muss, so zählen die Kosten des Auskunftsbegehrens gegen den Dritten zum Schuldneraufwand.²¹⁸⁷ Auch der Umfang der Pflicht zur Rechnungslegung bemisst sich nach dem Grundsatz der Zumutbarkeit, so dass sich die Frage nach einem sinnvollen Verhältnis zwischen dem Arbeits- und Zeitaufwand des Verpflichteten und dem Interesse des Berechtigten stellt.²¹⁸⁸ Allerdings bleibt festzuhalten, dass der Aufwand nicht bereits über den Bestand des Rechts, sondern lediglich über den Umfang der geschuldeten Informationsvermittlung entscheidet.

§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB enthält eine ähnliche Beschränkung.²¹⁸⁹ Maßgeblich ist auch hier der Aufwand des Offenlegungsschuldners, wobei der

2185 BGH, Urt. v. 20.01.2015 – VI ZR 137/14, NJW 2015, 1525, 19 f.

2186 Brändel, GRUR 1985, 616, 619.

2187 BAG, Beschl. v. 29.06.2004 – I ABR 32/99, BAGE III, 191 juris-Rn. 44 f.; Caspers, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 98.

2188 BGH, Urt. v. 07.12.1977 – VIII ZR 164/76, BGHZ 70, 86 juris-Rn. 16.

2189 S. dazu ausf. o. Kapitel 2 B. III. 2. a) bb) (S. 153).

bloße Umfang der Beweismittel allenfalls ausnahmsweise Bedeutung erlangen soll.²¹⁹⁰ Hier soll insbesondere der zeitliche, der personelle sowie der finanzielle Aufwand eine Rolle spielen.²¹⁹¹ Letztlich lässt sich aber auch der zeitliche und personelle Aufwand wohl am ehesten mit Hilfe eines Geldbetrages beziffern, sodass hier der wirtschaftliche Aufwand das maßgebliche Kriterium sein wird (Kosten-Nutzen-Rechnung).²¹⁹²

Sowohl § 275 Abs. 2 BGB als auch § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB berechtigen zur Leistungsverweigerung, wenn ein (grobes) Missverhältnis zwischen Gläubiger- und Schuldnerinteresse vorliegt. Während bei § 275 Abs. 2 BGB vor allem das besonders schwerwiegende Missverhältnis zwischen dem Interesse des Gläubigers an der Offenlegung und dem Aufwand, den der Schuldner zur Bereitstellung des fraglichen Beweismittels betreiben muss, von Bedeutung ist, wird bei § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB auch berücksichtigt, ob es sich beim Offenlegungsschuldner um einen am Kartell Beteiligten handelt, der für die Informationsasymmetrie verantwortlich gemacht werden kann, oder einen Dritten.²¹⁹³

In beiden Fällen ist gründlich zu untersuchen, ob ein Missverhältnis zwischen Gläubiger- und Schuldnerinteresse besteht. Liegt ein grobes Missverhältnis im Sinne von § 275 Abs. 2 BGB vor, ist die Offenlegung regelmäßig auch unverhältnismäßig im Sinne von § 33g Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GWB. Im Rahmen dieser Untersuchung sind stets die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, weshalb Faustformeln nicht weiterhelfen.²¹⁹⁴ Ist das Gläubigerinteresse immaterieller Natur, passen diese Wertungen schon von vornherein nicht.²¹⁹⁵ Dennoch spielen in den hier interessierenden Fällen die Kosten der Beweismitteloffenlegung eine entscheidende Rolle. Besonders deutlich wird dies, wenn man sich noch einmal die Situation in den Vereinigten Staaten vor Augen führt, wo die *pre-trial discovery* im Zusammenspiel mit der *American Rule of Cost*, nach der jede Partei die ihr zur Last fallenden Kosten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens zu tragen

2190 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 89.

2191 Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 63 ff.

2192 Ernst, in: Müko-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 83; Caspers, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 98.

2193 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 90 f.

2194 Caspers, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 101 m. w. N.

2195 Caspers, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 97, 101.

hat,²¹⁹⁶ oft so eingesetzt wird, dass der Gegner in Anbetracht der Kostenlast vom Rechtsstreit Abstand nimmt oder einem Vergleich zustimmt (*winning by attrition*).²¹⁹⁷

Im Zusammenhang mit § 275 Abs. 2 BGB werden vor allem solche Fälle diskutiert, die im alten Schuldrecht unter den Stichworten „praktische Unmöglichkeit“ oder „faktische Unmöglichkeit“ diskutiert wurden. Gemeint sind Fälle, in denen die Leistungserbringung zwar nicht naturgesetzlich ausgeschlossen ist, aber mit enormen Kosten verbunden wäre.²¹⁹⁸ Im Vergleich mit §§ 251 Abs. 2, 439 Abs. 3, 651k Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 635 Abs. 3, 2170 BGB, die eine vergleichbare Befreiung von der Primärleistungspflicht ermöglichen, wenn diese nur mit unverhältnismäßigem Aufwand erbracht werden kann, fällt auf, dass § 275 Abs. 2 BGB jedoch ein „grobes“ Missverhältnis erfordert. Es wird hier eine besonders hohe Hürde gesetzt: Die Unverhältnismäßigkeit muss so gravierend sein, dass die Pflicht zur Naturalerfüllung sinnlos und deren Verlangen rechtsmissbräuchlich erscheint.²¹⁹⁹

Es sind Fälle bekannt, in denen die Verfahrensakte aus tausenden Dokumenten bestand, hunderte von Aktenordnern mit Anlagen gefüllt waren und tausende E-Mails ausgewertet wurden.²²⁰⁰ Es stellt sich die Frage, ob die Offenlegung all dieser Beweismittel auch im Rahmen einer Offenlegungspflicht verlangt werden könnte oder ob die Grenze des § 275 Abs. 2 BGB hier erreicht werden kann. Dabei muss beachtet werden, dass bestimmte Informationen auch in großer Zahl binnen kürzester Zeit zusammengestellt werden können. Andererseits kann die Beschaffung einzelner Beweismittel mit großem Aufwand verbunden sein.²²⁰¹ Insgesamt wird diese Grenze so hoch gesetzt, dass die damit verbundenen Fragen eher akademischer Natur sein sollen.²²⁰²

Es ist zu beachten, dass der Aufwand, den der Schuldner eines Informationsanspruchs, der die fraglichen Informationen zunächst selbst ermitteln muss, zu betreiben hat, wesentlich größer sein kann als der Aufwand eines Offenlegungsschuldners. Der Berechtigte, der „nur“ Beweismitteloffen-

2196 S. dazu ausf. BURNHAM & REED, INTRODUCTION TO THE LAW AND LEGAL SYSTEM OF THE UNITED STATES 295 f. (2021).

2197 Wagner-von Papp, Access to Evidence, S. 45; s. auch o. Kapitel 3 D. IV. (S. 256).

2198 BT-Drs. 14/6040, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, S. 129 f.; s. auch Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 45.

2199 Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 84.

2200 Klumpe/Thiede, BB 2016, 3011, 3015.

2201 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 89.

2202 Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 84.

legung verlangt, entlastet den Offenlegungsschuldner insoweit als er selbst die Auswertung und Untersuchung der überlassenen Beweismittel übernimmt. Allerdings ist das Offenlegungsverlangen für den Schuldner in besonderem Maße belastend, weil dieser unter Umständen nicht einmal selbst weiß, welche Informationen der Gläubiger zu Tage fördern wird. Damit kann der mit geringerem Aufwand verbundene Offenlegungsanspruch für den Schuldner zugleich einschneidender sein als ein Informationsanspruch. Allerdings ist zu beachten, dass der Offenlegungsanspruch unzumutbar sein kann, weil er in besonders belastender Weise Einblick in die Sphäre des Schuldners gewährt und darüber hinaus auch der Informationsanspruch unzumutbar sein kann, weil er mit unzumutbarem Aufwand verbunden ist. Offenlegungs- und Informationsanspruch stehen in keinem Alternativverhältnis, in dem zwingend der eine oder der andere Anspruch dem Berechtigten zum Erfolg verhelfen müsste.

Hat der Schuldner die Unzumutbarkeit zu vertreten (§ 275 Abs. 2 S. 2 BGB), können kaum schärfere Anforderungen gelten. Fehlt ein solches Verschulden jedoch, kann im Einzelfall die wirtschaftliche Unzumutbarkeit schon früher angenommen werden.²²⁰³ Damit kann insbesondere die Maßgabe berücksichtigt werden, dass der gegen einen Dritten geltend gemachte Offenlegungsanspruch weniger weit reicht als der gegen den Hauptschuldner geltend gemachte Offenlegungsanspruch.

Dient der Offenlegungsanspruch zur Durchsetzung eines verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruchs, kann mit Blick auf den „Inhalt des Schuldverhältnisses“ (§ 275 Abs. 2 S. 1 BGB) auch auf das diesbezügliche Verschulden Rücksicht genommen werden. Demgegenüber kommt den „Gebote[n] von Treu und Glauben“ (§ 275 Abs. 2 S. 1 BGB) in diesem Zusammenhang nur geringe Bedeutung zu. Diese können jedoch eine Rolle spielen, wenn das grobe Missverhältnis durch den Gläubiger verursacht wurde²²⁰⁴ oder der Vertrauenschutz dies erfordert. Versichert der Schuldner dem Gläubiger, er werde trotz des hohen Aufwandes die Leistung erbringen, so erhöht sich der ihm zumutbare Aufwand entsprechend.²²⁰⁵

In Fällen, die dieser Fallgruppe zuzuordnen sind, können außerdem Leistungsverweigerungsrechte gemäß §§ 226, 242 BGB in Betracht kommen.²²⁰⁶ Die Offenlegung darf verweigert werden, wenn an ihrer Erteilung

2203 Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 86.

2204 Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 102.

2205 Caspers, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 104 m. w. N.

2206 Dazu ausf. u. Kapitel 6 B. II. (S. 403) u. Kapitel 6 B. III. (S. 404).

kein vernünftiges Interesse besteht oder das Interesse so unbedeutend ist, dass es in keinem Verhältnis zum für die Offenlegung erforderlichen Aufwand steht.²²⁰⁷

b) Geheimnisschutz

Wie auch in dieser Arbeit immer wieder betont, sind im Zusammenhang mit der Offenlegung von Informationen, insbesondere Beweismitteln, schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Schuldners von enormer Bedeutung. Sind Berechtigter und Verpflichteter gar Konkurrenten, ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob und in welchem Umfang Beweismittel, die geschäftliche Vorgänge betreffen, offengelegt werden müssen.²²⁰⁸ Es steht fest, dass bestimmte Informationen einen so wichtigen Geschäftswert darstellen können, dass sie dem Offenlegungsgläubiger gegenüber nicht offengelegt werden sollten, selbst wenn diese Informationen zum Nachweis der behaupteten Rechtsverletzung erforderlich wären.²²⁰⁹

Zur interessengerechten Lösung der in diesem Zusammenhang auftretenden Problemen kann durch die Subsumtion der fraglichen Fallgruppen unter § 275 BGB eine einheitliche Leitlinie beachtet werden. Zu unterscheiden sind dabei die Fälle, in denen der Offenlegungsschuldner selbst Inhaber des Geschäftsgeheimnisses im Sinne von § 2 Nr. 2 GeschGehG ist und jene Fälle, in denen Informationen Dritter offengelegt werden sollen.²²¹⁰

2207 BGH, Urt. v. 11.01.2011 – II ZR 187/09, NJW 2011, 921 Rn. 22.

2208 Budde, in: FS-Semler, S. 792.

2209 COM(2017) 708 final, S. 16 (III.4.).

2210 Zu dieser Unterscheidung auch Blome/Fritzsche, NZKart 2019, 247, 251; ausf. schon Stürner, JZ 1985, 453, 458 ff.; dazu o. Kapitel 6 B. I. 1. b) (S. 385 f.) und u. Kapitel 6 B. I. 3. a) (S. 399); allgemein zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse durch das neue Geschäftsgesetz s. Alexander, WRP 2019, 673.

aa) Geheimhaltungsinteressen des Offenlegungsschuldners in der Güterabwägung

Dass und wie Geschäftsgeheimnisse ausreichend geschützt werden können, wurde bereits umfangreich untersucht.²²¹¹ Besondere Aufmerksamkeit erfuhr dabei der Schutz der Geschäftsgeheimnisse in Verletzungsfahren des gewerblichen Rechtsschutzes, wenn der Inhaber im Rahmen von Gerichts- oder Verwaltungsverfahren gezwungen werden soll, die Geheimnisse zu offenbaren. Außerdem wurde gezeigt, wie dem Problem in anderen Rechtskreisen begegnet wird.²²¹²

Dabei wurde erkannt, dass der Schutz der Geschäftsgeheimnisse sowohl mit Mitteln des materiellen Rechts als auch mit prozessualen Mitteln erreicht werden kann.²²¹³ Auf materiell-rechtlicher Ebene ist hier zunächst die Einheit der Rechtsordnung zu beachten, so dass eine Partei nicht dazu verpflichtet werden kann, Geschäftsgeheimnisse zu offenbaren, die durch eine andere Vorschrift besonders geschützt werden.²²¹⁴

In den hier in Rede stehenden Konstellationen wird es jedoch häufig darum gehen, dass der Offenlegungsschuldner keine fremden, sondern eigene Geschäftsgeheimnisse offenbaren soll, so dass er nicht gegen eine entsprechende Schutzvorschrift verstößen würde. Es steht ihm nämlich grundsätzlich frei, die fraglichen Informationen zu offenbaren. Aufgrund der bei Verweigerung der Offenlegung drohenden Umkehr der Beweislast wurde zu Recht festgestellt, dass er sich in einem solchen Fall regelmäßig entscheiden muss, „ob [er sein] Geheimnis oder den Prozess verlieren will.“²²¹⁵ Letztlich kommt es damit auf eine Abwägung der wirtschaftlichen Interessen an. Der Wert des Geschäftsgeheimnisses für den Offenlegungsschuldner kann dem Wert der fraglichen Information für den Offenlegungsgläubiger gegenübergestellt werden.

Wurde auf Tatbestandsebene bereits festgestellt, dass die Offenlegung „erforderlich“ ist, bleibt zur Beschränkung der Offenlegungspflicht im Rah-

2211 S. dazu Götz, Geheimnisschutz; Stadler, Schutz von Unternehmensgeheimnissen; Stöber, ZIP 2007, 1492; Schlosser, in: FS-Vollkommer, S. 217 ff.; Schlosser, in: FS-Großfeld, S. 997 ff.; Gottwald, BB 1979, 1780.

2212 S. o. Zweiter Teil (S. 187 ff.).

2213 Zum prozessualen Schutz der Geschäftsgeheimnisse sogl. Kapitel 6 B. I. 2. b) bb) (S. 397 ff.).

2214 Kersting, Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses, S. 37 f. ; s. schon o. Kapitel 6 B. I. 1. b) bb) (S. 388).

2215 So Müller/Aldick, ZIP 2020, 9; Kürschner, NJW 1992, 1804, 1805.

men des allgemeinen Schuldrechts häufig nur noch eine Abwägung im Rahmen von § 275 Abs. 2 BGB. In diesem Rahmen ist zu fragen, ob die Gefahr des Verlusts des Geschäftsgeheimnisses das Offenlegungssinteresse des Gläubigers so überwiegt, dass dem Offenlegungsschuldner die Herausgabe der fraglichen Beweismittel nicht zugemutet werden kann. Nach den bereits dargestellten Grundsätzen sind dabei jedoch außerordentlich strenge Maßstäbe zu berücksichtigen.²²¹⁶

Die Geschäftsgeheimnisse erfahren gemäß § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB im Rahmen der kartellrechtlichen Offenlegungsverpflichtung besondere Beachtung, wenn im Rahmen der Verhältnismäßigkeit beurteilt werden soll, ob bestimmte Beweismittel offengelegt werden müssen.²²¹⁷ Insoweit fehlt es bislang jedoch an Entscheidungen, anhand derer beurteilt werden könnte, ob sich die hier anzustellenden Überlegungen mit den im Rahmen von § 275 Abs. 2 BGB zu berücksichtigenden Maßstäben überlagern. Schon früh wurde angemerkt, dass Geschäftsgeheimnisse in dieser Konstellation jedenfalls keinen absoluten Schutz erfahren.²²¹⁸ Erforderlich ist stets eine Abwägung im Einzelfall.²²¹⁹

Steht fest, dass die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses durch den Schuldner zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs erforderlich ist, sollte die Verhältnismäßigkeit bzw. die Zumutbarkeit der Offenlegung nicht vorschnell abgelehnt werden. Die im Rahmen von § 275 Abs. 2 BGB maßgeblichen Überlegungen können hier durchaus eine brauchbare Orientierungslinie liefern, nachdem die Vorschrift eine Vielzahl von Konstellationen erfasst und dazu gefestigte Rechtsprechung existiert. Insgesamt sollte danach die Offenlegung in diesem Zusammenhang nur verweigert werden können, wenn auf Seiten des Anspruchsgegners nach den dargestellten Maßstäben vertrauliche Informationen zu schützen sind und deren Geheimhaltung mit verfahrensrechtlichen Mitteln nicht gewährleistet werden kann.²²²⁰ Ein solcher Fall ist jedoch in der Praxis kaum denkbar.²²²¹ Die vorgeschlagene Konstruktion erlaubt außerdem die Entwicklung einheitlicher Maßstäbe in allen denkbaren Konstellationen, in denen Geschäftsgeheimnisse offengelegt werden sollen.²²²²

2216 S. o. Kapitel 6 B. I. 2. a) (S. 390 ff.).

2217 Dazu ausf. o. Kapitel 2 B. III. 2. a) ff) (S. 155 ff.).

2218 Stürner, JZ 1985, 453, 457.

2219 Bornkamm/Tolkmitt, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 44.

2220 Dazu sogl. Kapitel 6 B. I. 2. b) bb) (S. 397).

2221 Kühnen, GRUR 2005, 185, 187.

2222 Zum Fehlen einer solchen einheitlichen Linie s. Stürner, JZ 1985, 453, 457.

bb) Geschäftsgeheimnisschutz mit prozessualen Mitteln

Im Rahmen dieser Abwägung ist auch zu berücksichtigen, welche Möglichkeiten das Zivilprozessrecht bereitstellt, um die fraglichen Informationen zu schützen (s. auch EGr. 18 SERL).²²²³ Eine Offenlegung, die nach den dargestellten Maßstäben zunächst unverhältnismäßig erscheint, wird in aller Regel zumutbar sein, wenn die fraglichen Beweismittel an einen gegenüber dem Offenlegungsgläubiger zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten herausgegeben werden sollen. Gerade solche Überlegungen entsprechen der Vorgabe aus § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 6 GWB, wonach bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Offenlegung auch berücksichtigt werden soll, welche Vorkehrungen zum Schutz vertraulicher Informationen in Betracht kommen. Besonders effektiv sind dabei solche Instrumente, die sicherstellen, dass die Gegenseite die fraglichen Informationen nicht erfährt, diese Informationen aber dennoch im Verfahren verwertet werden können.²²²⁴

Zu diesem Zweck ist zunächst an die Einschaltung von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern zu denken, um die Vertraulichkeit der Informationen zu schützen.²²²⁵ Dabei kann insbesondere auf die Erfahrungen mit dem „Düsseldorfer Verfahren“ zurückgegriffen werden (s. auch § 89b Abs. 7 GWB).²²²⁶ Mit Blick auf die immaterialgüterrechtlichen Offenlegungsansprüche wird festgestellt, dass die Rechtsprechung häufig das Interesse des Verpflichteten an der Geheimhaltung vor diesem Personenkreis „eindeutig“ gegenüber dem Auskunftsinteresse des Berechtigten und den Allgemeininteressen zurücktreten lässt.²²²⁷ Anderes kann gelten, wenn ein Dritter zur Offenlegung verpflichtet ist.²²²⁸ Im Ergebnis ist jedoch gut nachvollziehbar, dass die Einbeziehung eines gegenüber dem Offenlegungsgläubiger zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten die Interessen des Offenlegungsschuldners besonders effektiv schützt. Dieses Vorgehen ist insbesondere

2223 Bornkamm/Tolkmitt, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 43; ausf. Sebulke, Zivilprozessualer Geheimnisschutz, S. 106 ff., 332 ff.

2224 Stürner, JZ 1985, 453, 459.

2225 Stadler, Schutz von Unternehmensgeheimnissen, S. 196 ff.; Stadler, in: FS-Leipold, S. 211; Budde, in: FS-Semler, S. 793.

2226 Bornkamm/Tolkmitt, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 43; zum „Düsseldorfer Verfahren“ ausf. o. Kapitel 2 C. III. (S. 174 ff.); zur Änderung durch die 10. GWB-Novelle s. Hornkohl/Melzer, NZKart 2021, 214.

2227 Wirtz, in: Ingerl/Rohnke/Nordemann, MarkenG, 4. Aufl. 2023, § 19 Rn. 39; Teplitzky, in: FS-Tilmann, S. 915; einschränkend Wieme, Auskunftsanspruch, S. 38 ff.

2228 Vgl. dazu Schaffert, in: FS-Erdmann; v. Gamm, in: FS-Vieregge.

dann sinnvoll, wenn später gestellte Fragen von dem Dritten beantwortet werden können. Wird aber die Offenlegung der Funktionsweise eines Verfahrens oder eines Mechanismus verlangt, weil nur so ein vollstreckbarer Antrag formuliert werden kann, gerät dieses Instrument an seine Grenzen.²²²⁹

Außerdem wird in diesem Zusammenhang immer wieder die Durchführung eines *in camera*-Verfahrens oder eines „prozessualen Geheimverfahrens“ vorgeschlagen.²²³⁰ Ein solches Verfahren begegnet mit Blick auf den Grundsatz der Öffentlichkeit der Beweisaufnahme (§ 357 Abs. 1 ZPO, Art. 103 Abs. 1 GG) auch schwerwiegenden Bedenken,²²³¹ die auch § 89b Abs. 7 GWB im Kartellrecht nicht beseitigen kann.²²³² Gleichwohl wäre eine Offenlegungspflicht, die so weit wie im Rahmen dieser Arbeit gefasst wird, besonders effektiv beschränkbar, wenn sichergestellt wäre, dass außer einem Sachverständigen oder dem Gericht selbst die geheimen Beweismittel niemand zu Gesicht bekommt.²²³³ Insofern könnten insbesondere §§ 16-21 GeschGehG als Vorbild herangezogen werden.

3. Persönliche Unzumutbarkeit der Offenlegung gemäß § 275 Abs. 3 BGB

Schließlich kann der persönlich zu einer Leistung Verpflichtete diese gemäß § 275 Abs. 3 BGB verweigern, wenn sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Berechtigten nicht zugemutet werden kann. Jedenfalls bei einer Auskunftspflicht handelt es sich regelmäßig um eine vom Schuldner persönlich zu erbringende Leistung.

Bei Offenlegungspflichten dürfte die Verweigerung der Leistung gemäß § 275 Abs. 3 BGB hingegen nur selten in Betracht kommen. Hier kann die Leistung – Herausgabe des Beweismittels – auch bewirkt werden, indem die Sache dem Offenlegungsschuldner weggenommen und dem Offenlegungs-

2229 Stadler, in: FS-Leipold, S. 211, 213.

2230 Stadler, Schutz von Unternehmensgeheimnissen, S. 222 ff.; Stadler, in: FS-Leipold, S. 214 (Fn. 57) m. w. N.; Götting, GRUR Int 1988, 729, 743.

2231 Stürner, in: FS-Vollkommer, S. 214; Stürner, JZ 1985, 453, 459.

2232 Blome/Fritzsche, NZKart 2019, 247, 248.

2233 Vgl auch. Binder, ZZP 122 (2009), 187, 222; zur Konstruktion eines *in camera*-Verfahrens im deutschen Zivilprozessrecht Rausch, Stärkung des Informationsanspruchs (dem eine besonders effiziente *black box* (*arca nigra*) vorschwebt); Müller/Aldick, ZIP 2020, 9, 13 f.

gläubiger übergeben wird. Die Mitwirkung des Offenlegungsschuldners ist hier nicht in jedem Fall notwendig.

Im Rahmen der persönlichen Unzumutbarkeit finden insbesondere rechtliche Konfliktsituationen Beachtung.²²³⁴ Dabei kann nicht nur die Kollision widerstreitender Pflichten berücksichtigt werden, sondern auch die Wahrnehmung höherwertiger Interessen.²²³⁵ Insbesondere, wo die Offenlegung von einem Dritten verlangt wird, muss beachtet werden, dass dieser im Hauptprozess als Zeuge gemäß § 384 Nr. 3 ZPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sein kann. Um Wertungswidersprüchen vorzubeugen, muss es ihm als Offenlegungsschuldner in dieser Situation gestattet sein, die Offenlegung gemäß § 275 Abs. 3 BGB zu verweigern.

a) Rechte Dritter und Pflichtenkollision

Müsste der Schuldner durch die Offenlegung gegen andere Rechtspflichten, die sich nicht aus dem Gesetz ergeben, verstößen, so handelt es sich nicht um einen Fall der rechtlichen Unmöglichkeit. Fälle der rechtlichen Unmöglichkeit²²³⁶ zeichnen sich dadurch aus, dass der Schuldner zur Bewirkung der Leistung gegen die Rechtsordnung verstößen müsste und er zur Wahrung der „Einheit der Rechtsordnung“ von der Leistungspflicht befreit wird.²²³⁷

Denkt man jedoch etwa an das Bankgeheimnis, das sich nicht aus dem Gesetz ergibt, sondern als vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht anerkannt ist und im Rahmen vertraglicher Regelungen vereinbart wird,²²³⁸ wird deutlich, dass es sich nicht um einen Fall der rechtlichen Unmöglichkeit handelt. Ebenso wie bei einem *Non Disclosure Agreement* verpflichtet sich hier eine Partei vertraglich, bestimmte Informationen nicht offenzulegen. Sie ist also nicht von vornherein verpflichtet, die fraglichen Informationen geheim zu halten. Vielmehr hat die Partei in diesem Fall den Zustand, der sie and der Erfüllung der Offenlegungspflicht hindert, selbst herbeigeführt.

2234 Caspers, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 109; Canaris, in: FS-Cian, S. 385.

2235 Caspers, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 109.

2236 Dazu bereits o. Kapitel 6 B. I. b.) (S. 385).

2237 Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 50.

2238 S. aufz. zu den Rechtsgrundlagen des Bankgeheimnisses Krepold/Zahrte, in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022, § 8 Rn. 7 ff.; Koberstein-Windpassinger, WM 1999, 473, 474.

Ein Verstoß gegen eine solche Vereinbarung führt auch nicht zu einer Strafbarkeit gemäß § 203 StGB. Sollen Beweismittel offengelegt werden, die etwa Rückschlüsse auf vom Bankgeheimnis umfasste Informationen zulassen, so ist „[d]er Konflikt zwischen Aufklärungspflicht und Bankgeheimnis [...] durch Güterabwägung zu lösen.“²²³⁹ Diese Güterabwägung kann im Rahmen von § 275 Abs. 3 BGB vorgenommen werden. In einer Situation, in der Pflichten kollidieren, die sich nicht aus dem Gesetz ergeben, sind im Rahmen der Abwägung die Folgen für den Offenlegungsschuldner, der nur einer von mehreren Pflichten nachkommen kann, zu berücksichtigen und dem Offenlegungsinteresse des Gläubigers gegenüberzustellen.²²⁴⁰

Unter § 275 Abs. 3 BGB fallen damit (insbesondere) rechtliche Konfliktsituationen, in denen der Schuldner die Verpflichtung aus einem Schuldverhältnis nur erfüllen kann, wenn er eine andere Pflicht verletzt. Unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten ist dieses Problem so aufzulösen, dass der Schuldner der höherwertigen Pflicht zu Lasten der anderen Pflicht folgen kann.²²⁴¹

b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht des Schuldners

Weiterhin ist schon bei der Beweisermittlung im Zivilprozess anerkannt, dass eine Offenbarungspflicht ihre Grenzen findet, wo das allgemeine Persönlichkeitsrecht die Privat- und Intimsphäre besonders schützt.²²⁴² Diese Grenze ist etwa zu beachten, wenn die Offenlegung des vertraulich gesprochenen Wortes oder privater Aufzeichnungen verlangt wird.²²⁴³ Auch wo die körperliche oder psychologische Untersuchung der anderen Partei verlangt werden kann, ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Schranke der Offenlegungsverpflichtung zu beachten. Allerdings ergibt sich die maßgebliche Wertung dann regelmäßig schon aus der entsprechenden Vorschrift.

2239 BGH, Urt. v. 27.11.1990 – XI ZR 308/89, NJW 1991, 85 juris-Rn. 17; zur zivilprozesuellen Aufklärungspflicht so auch *Stürner*, in: FS-Vollkommer, S. 214.

2240 S. dazu u. Kapitel 6 C. (S. 407).

2241 *Caspers*, in: *Staudinger*, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 109.

2242 So schon *Stürner*, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 193 ff.; allg. zur „Sphärentheorie“ s. BVerfG, Beschl. v. 03.06.1980 – 1 BvR 185/77, NJW 1980, 2070; BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969 – 1 BvL 19/63 – Mikrozensus, NJW 1969, 1707; *Specht-Riemenschneider*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 01.11.2022, § 823 Rn. 1488 ff.; *Peifer*, JZ 2013, 853, 857 f.

2243 *Ahrens*, in: FS-Kerameus, S. 13.

So bleibt etwa im Rahmen von § 1600d BGB grundsätzlich kein Raum mehr zur Abwägung, wenn die Vorschrift den Sachverständigenbeweis zur Vaterschaftsermittlung durch DNA-Gutachten explizit vorsieht.²²⁴⁴

In diesem Zusammenhang wird häufig die mittelbare Drittewirkung der Grundrechte bei der Abwägung der jeweiligen Interessen zu berücksichtigen sein.²²⁴⁵ Wird dem Staat die Verwertung höchstpersönlicher Tagebuchaufzeichnungen verwehrt,²²⁴⁶ ist es nur unter besonderen Umständen vermittelbar, dass der private Offenlegungsgläubiger diese Aufzeichnungen einsehen darf. Wo elektronische Kommunikationsmittel sowohl für dienstliche als auch private Zwecke genutzt werden,²²⁴⁷ wird besonders sorgfältig zu unterscheiden sein, ob eine herausverlangte Nachricht dem Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts unterfällt oder als dienstliche Kommunikation von der Offenlegungspflicht erfasst wird.²²⁴⁸

c) Schweigerechte

Nicht immer korrespondiert mit einem Schweigerecht auch eine (bei Verstoß dagegen strafbewehrte) Schweigepflicht, sodass keine rechtliche Unmöglichkeit im Sinne von § 275 Abs. 1 BGB vorliegt.²²⁴⁹ Besonders augenscheinlich wird dies bei dem in Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 EMRK gewährten Recht, sich nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen (*nemo tenetur se ipsum accusare*).²²⁵⁰ Der Betroffene wird hier nicht zum Schweigen verpflichtet. Es steht ihm jederzeit frei, ein Geständnis abzulegen. Allerdings kann er nicht zur ihn selbst belastenden Aussage gezwungen werden.²²⁵¹

Darüber hinaus hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass ein Auskunftsschuldner nicht offenbaren muss, dass ein Dritter eine strafbare

2244 Wellenhofer, in: MüKo-BGB, Bd. 10, 8. Aufl. 2020, § 1600d Rn. 47, 61 ff.

2245 Canaris, in: FS-Cian, S. 387.

2246 BVerfG, Beschl. v. 14.09.1989 – 2 BvR 1062/87 – Tagebuchaufzeichnung, BVerfGE 80, 367.

2247 Zu *bring your own device*-Praktiken s. o. Kapitel 3 B. III. 3. b) bb) (S. 227 ff.).

2248 S. dazu auch Binder, ZZP 122 (2009), 187, 224 f.

2249 S. dazu o. Kapitel 6 B. I. 1. b) (S. 385); zu § 8 GeschGehG s. Kehler, GRUR 2021, 31.

2250 Dazu schon Stürner, Aufklärungspflicht im Zivilprozess; zu den Rechtsgrundlagen des *nemo tenetur*-Grundsatzes s. Schumacher, Nemo tenetur im Spannungsfeld zu außerstrafrechtlichen Offenbarungspflichten, S. 46 ff.

2251 Ausf. Verrel, NStZ 1997, 361 ff., 415 ff.

Handlung, im konkreten Fall einen Verstoß gegen § 17 UWG a.F., begangen hat.²²⁵² Dabei erkennt der Bundesgerichtshof zunächst die Gefahr einer unzulässigen Ausforschung.²²⁵³ Außerdem wird betont, „da[ss] es weithin als anstößig empfunden wird, einen Dritten einer strafbaren Handlung zu bezichtigen.“²²⁵⁴ Eine Pflicht zur Offenbarung der Kenntnis von einer strafbaren Handlung ergebe sich nur in seltenen Fällen aus § 138 StGB.²²⁵⁵ Diese Abwägung findet vollständig im Rahmen von § 242 BGB statt, wobei man durchaus auch zu dem Schluss kommen könnte, der Beklagte habe im zitierten Fall die fraglichen Informationen zu offenbaren.²²⁵⁶

Im Zusammenhang mit den zivilrechtlichen Offenlegungspflichten ist zu berücksichtigen, dass diese regelmäßig die Verwertung der im Zivilprozess offengelegten Informationen in einem Strafverfahren ausschließen (z. B. § 33g Abs. 9 GWB, § 140c Abs. 4 PatG i. V. m. § 140b Abs. 8 PatG). Fehlt eine entsprechende Vorschrift – wie etwa in § 8 GeschGehG – so ist der Schutz des Offenlegungsschuldners gleichwohl zu berücksichtigen. Auch im Insolvenzrecht, dem Arbeitsrecht, dem Steuerrecht sowie dem Recht des Behandlungsvertrags können vergleichbare Interessenkonflikte entstehen.²²⁵⁷ Dabei betont das Bundesverfassungsgericht, dass die Gefahr der Strafverfolgung der Offenlegung nicht *per se* entgegenstehe. Allerdings können die offengelegten Informationen nicht ohne Einwilligung des zur Offenlegung Verpflichteten in einem Strafverfahren verwertet werden.²²⁵⁸

Handelt es sich beim Offenlegungsschuldner nicht um die Partei, gegen die der Hauptanspruch geltend gemacht wird, so kann er gemäß § 384 Nr. 1 ZPO das Zeugnis verweigern, wenn ihm aufgrund der Aussage ein unmittelbarer Vermögensschaden entstehen würde. Folglich müssen Unterlagen, die diese Informationen enthalten, nicht gemäß §§ 142 Abs. 1, 144

2252 BGH, Urt. v. 04.07.1975 – I ZR 115/73 – Ausschreibungsunterlagen, GRUR 1976, 367, 368.

2253 BGH, Urt. v. 04.07.1975 – I ZR 115/73 – Ausschreibungsunterlagen, GRUR 1976, 367, 369.

2254 BGH, Urt. v. 04.07.1975 – I ZR 115/73 – Ausschreibungsunterlagen, GRUR 1976, 367, 369.

2255 BGH, Urt. v. 04.07.1975 – I ZR 115/73 – Ausschreibungsunterlagen, GRUR 1976, 367, 369.

2256 Insgesamt krit. zu dieser Entscheidung *Fritze*, GRUR 1976, 369, 369 f.

2257 Ausf. *Schumacher*, Nemo tenetur im Spannungsfeld zu außerstrafrechtlichen Offenbarungspflichten, S. 116 ff.

2258 BVerfG, Beschl. v. 13.01.1981 – 1 BvR 116/77 – Gemeinschuldner, BVerfGE 56, 37 juris-Rn. 27; s. dazu auch *Stürner*, NJW 1981, 1757.

Abs. 1 S. 2 ZPO vorgelegt werden. Diese Wertungen sind im Rahmen einer materiell-rechtlichen Offenlegungspflicht zu berücksichtigen.²²⁵⁹

Sodann kann nach herrschender Auffassung ein Glaubens- oder Ge-wissenskonflikt ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 275 Abs. 3 BGB begründen.²²⁶⁰ Das gilt auch für den Umstand, dass die Offenlegung be-stimmter Informationen nicht nach deutschem, wohl aber nach dem Recht eines anderen Staates verboten ist.²²⁶¹

II. Schikaneverbot

Der Schuldner muss die verlangten Beweismittel nicht zur Verfügung stellen, wenn der Gläubiger bereits (vollständige) Kenntnis von den in Rede stehenden Tatsachen hat. In diesem Fall hat die Offenlegung für den Gläubiger keinen objektiven Nutzen und keinen anderen Zweck, als dem Schuldner unnötigen Aufwand und damit einen Schaden zu verursachen.²²⁶² Dieser Gedanke kommt schon in dem in § 226 BGB normier-ten Schikaneverbot zum Ausdruck. Der Schaden braucht nicht vermögens-rechtlicher Natur zu sein; vielmehr genügt die Verletzung immaterieller Werte und Interessen.²²⁶³ Zu beachten ist jedoch, dass jedes objektiv er-kennbare berechtigte Interesse an der Rechtsausübung den Schikaneein-wand ausschließt.²²⁶⁴

Außerdem kann der Schuldner die Leistung verweigern, wenn der Gläu-biger die Beweismittel nicht benötigt, um seinen Hauptanspruch zu bewei-sen. In diesem Sinne kommt ein Offenlegungsanspruch nicht in Betracht, wenn sich der Berechtigte die fraglichen Informationen aus eigenen Unter-

2259 S. dazu OLG Stuttgart, Beschl. v. 04.03.2019 – 1 W 41/18, 1 W 42/18.

2260 Caspers, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 110; Canaris, in: FS-Cian, S. 390 f., 402 ff.; Stürner, Aufklärungspflicht im Zivilprozess, S. 190 f.

2261 Caspers, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 112; siehe dazu schon Teil I Titel 5 § 376 des Allgemeinen Preußischen Landrechts: „Doch kann der Verpflich-tete zur Erfüllung auf die bestimmte Art gar nicht angehalten werden, wenn damit eine wahrscheinliche Gefahr des Lebens, der Gesundheit oder der Freiheit für ihn verbunden sein würde.“

2262 Vgl. Ellenberger, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 226 Rn. 2.

2263 Grothe, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 226 Rn. 4.

2264 Grothe, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 226 Rn. 4 m. w. N.; zu diesen Ein-wänden im Zivilprozess, s. Baumgärtel, ZZP 69 (1956), 89, 115 ff.

lagen selbst beschaffen kann oder wenn ihm ein vorrangiger Anspruch gegen einen anderen Schuldner zusteht.²²⁶⁵

§ 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 3, Nr. 4 GWB bestimmen folgerichtig, dass bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer kartellrechtlichen Offenlegungspflicht auch berücksichtigt werden kann, ob sich die Beweismittel auf Tatsachen beziehen, die für den Rechtsstreit nicht erheblich sind oder die der Gläubiger nicht mehr beweisen muss, weil die Bindungswirkung gemäß § 33b GWB eingreift. Allerdings sind diese Beweismittel schon nicht zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs erforderlich im Sinne von § 33g Abs. 1 GWB,²²⁶⁶ so dass es bereits an einer Tatbestandsvoraussetzung der Offenlegungspflicht fehlt.

III. Die Gebote von Treu und Glauben

Nach der hier vorgeschlagenen Konzeption wird die Reichweite der Offenlegung durch die zu bekannten Vorschriften etablierten Grundsätze beschränkt. Anlass der vorgeschlagenen Lösung ist die fehlende Trennschärfe zwischen Tatbestandsmerkmal und Leistungsverweigerungsrecht, wo eine materiell-rechtliche Aufklärungspflicht (allein) auf § 242 BGB gestützt wird. Es konnte gezeigt werden, dass viele der bislang unter § 242 BGB diskutierten Ansätze im Rahmen des allgemeinen Leistungsstörungsrechts angemessen berücksichtigt werden können. Dennoch muss erkannt werden, dass sich einzelne Fallgruppen nicht unter diese Vorschriften subsumieren lassen, so dass nach wie vor Raum für die Beschränkung der Offenlegungspflicht durch § 242 BGB bleibt. Das gilt insbesondere dort, wo auf die zu § 242 BGB anerkannten Fallgruppen der Leistungsverweigerungsrechte zurückgegriffen werden kann.

1. Rechtsmissbrauch

Zum einen gilt das besonders für die Fallgruppe des Rechtsmissbrauchs. Dabei lassen sich die Ausforschung sowie die zweckfremde Verwertung erlangter Beweismittel unter diesem Gesichtspunkt subsumieren.

2265 BGH, Urt. v. 08.02.2018 – III ZR 65/17, NJW 2018, 2629 Rn. 26; OLG Celle, Urt. v. 19.06.2003 – 11 U 10/03, NJW-RR 2003, 1715 juris-Rn. 41 ff.; Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 260 Rn. 7 m. w. Beispielen.

2266 S. dazu o. Kapitel 2 B. III. I. c) (S. 145 ff.).

a) Ausforschung

Immer wieder wurde betont, dass Informationsansprüche nicht zur Ausforschung des Prozessgegners missbraucht werden dürfen. In diesem Zusammenhang wird immer wieder vor „amerikanischen Verhältnissen“ und den damit verbundenen *fishing expeditions* gewarnt. Wo Offenlegungsansprüche gesetzlich normiert wurden, wurde dies auch vom Gesetzgeber hinlänglich betont.²²⁶⁷ Es ist deshalb ohne Weiteres anzuerkennen, dass der Grundsatz von Treu und Glauben die Offenlegungsansprüche dort beschränkt, wo die uferlose Ausweitung droht.²²⁶⁸ Eine äußerste Grenze ist dort zu ziehen, wo die Auskunft nicht mehr der Nachprüfung, sondern einer unzulässigen Ausforschung des Gegners dient.²²⁶⁹ In diesen Fällen fehlt es jedoch schon an einem schutzwürdigen Interesse des Offenlegungsschuldners²²⁷⁰ und damit im Rahmen der oben dargestellten Offenlegungsansprüche an der Erforderlichkeit.²²⁷¹

Eine § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB entsprechende Regelung erscheint vor diesem Hintergrund nicht notwendig, wenn die Erforderlichkeit der Offenlegung schon Tatbestandsvoraussetzung der Offenlegungsverpflichtung ist (anders demgegenüber Art. 5 Abs. 3 lit. a) SERL).²²⁷² Die Vorschrift betont (eher deklaratorisch), dass Offenlegung besonders dann in Betracht kommt, wenn der Offenlegungsgläubiger deutlich machen kann, dass es für die Geltendmachung des Hauptanspruchs gerade auf die herausverlangten Beweismittel ankommen wird.²²⁷³

Berücksichtigt man, dass im Rahmen der Erforderlichkeit schon auf Tatbestandsebene geprüft werden kann, ob der Gläubiger die fraglichen Informationen tatsächlich benötigt und, dass man auch sich aus dem Schikaneverbot gemäß § 226 BGB ergebende Überlegungen berücksichtigen kann, dürfte für die Beschränkung der Offenlegungsansprüche gemäß § 242 BGB nur noch wenig Raum bleiben. Dabei kann die Beweisnot des Gläubigers

2267 S. nur Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 2016, BT-Drs. 18/10207, S. 63.

2268 BGH, Urt. v. 18.11.2008 – VI ZR 198/07, NJW 2009, 1209 juris-Rn. II, 12; Marburger, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, vor §§ 809-811 Rn. 5.

2269 Haeffs, Auskunftsanspruch, S. 151.

2270 Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 242 Rn. 50.

2271 S. o. Kapitel 2 B. I. 1. a) (S. 109), Kapitel 2 B. II. 1. d) (S. 124) Kapitel 2 B. III. 1. c) (S. 145).

2272 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 82.

2273 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 87.

hinreichend überprüft und berücksichtigt werden.²²⁷⁴ Die Beschränkung der Offenlegungsverpflichtung auf dieser Grundlage erscheint vor allem dort angemessen, wo festgestellt werden kann, dass der Offenlegungsanspruch dazu missbraucht wird, um an schutzwürdige Informationen des Offenlegungsschuldners zu gelangen und dies anders nicht verhindert werden kann.²²⁷⁵

b) Prozessfremde Verwertungszwecke

Gleiches gilt, wenn festgestellt werden kann, dass die herausverlangten Beweismittel missbräuchlich ausgenutzt werden sollen.²²⁷⁶ Dabei kann insbesondere an Fälle des *discovery sharing* gedacht werden, in denen die erlangten Informationen nach Abschluss des Prozesses an interessierte Dritte weitergegeben werden.²²⁷⁷ Nachdem die Offenlegungspflicht erkennbar nicht zu diesem Zweck konstruiert wurde, kann sie in diesen Fällen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs beschränkt werden. Indes wird der Nachweis eines entsprechenden nachprozessualen Verhaltens kaum zu führen sein. Als Indiz kann jedoch ein entsprechendes Verhalten in anderen Verfahren dienen.

Unter Umständen kann sich der Offenlegungsschuldner in diesen Fällen damit behelfen, dass er sich mit der Offenlegung unter der Bedingung einverstanden erklärt, dass der Offenlegungsgläubiger eine entsprechende Verschwiegenheitsvereinbarung unterzeichnet oder beim Gericht beantragt, dass die Verurteilung zur Offenlegung nur unter dem Vorbehalt einer Sicherungsleistung für den Fall des Geheimnisverrats ausgesprochen wird.²²⁷⁸ Dabei ist zu beachten, dass ein Auskunftsanspruch teilweise schon dann für unangemessen gehalten wird, wenn die dadurch erlangten Informationen nicht an Dritte weitergegeben werden, sondern vom Auskunfts-

2274 S. aber Chudoba, Ausforschender Beweisantrag, S. 159, der freilich nicht auf diese materiell-rechtlichen Beschränkungen der Beweismitteloffenlegung eingeht.

2275 Bork, NJW 1997, 1665, 1669.

2276 RG, Urt. v. 07.11.1908 – I 638/07 – Nietzsche-Briefe, RGZ 69, 401, 406; Ahrens, in: FS-Kerameus, S. 13; Budde, in: FS-Semler, S. 792.

2277 S. dazu im US-amerikanischen Recht o. Kapitel 3 D. III. (S. 254); BENHAM, 71 WASH. & LEE L. REV. 2181, 2225 (2014); LAWRENCE, 138 U. PA. L. REV. 549 (1989).

2278 Zur Antragsstellung s. u. Kapitel 6 D. (S. 409).

gläubiger selbst zur Geltendmachung weiterer Ansprüche eingesetzt werden sollen.²²⁷⁹

2. Widersprüchliches Verhalten

Zum anderen kann hier die Fallgruppe des widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) berücksichtigt werden. Unterlässt es der Gläubiger eines Informationsanspruchs vorsätzlich, sich die Information selbst – auf anderem und einfacherem Wege – zu verschaffen, so kann die Rechtsausübung ebenfalls unzulässig sein. In diesem Fall ist das frühere Verhalten des Gläubigers mit dem späteren unvereinbar und der Schutz der Interessen des Schuldners kann in diesem Fall besondere Berücksichtigung finden.²²⁸⁰

C. Übergeordnete Interessen der Allgemeinheit

Schwierigkeiten bereiten Fälle, in denen übergeordnete Interessen der Allgemeinheit der Offenlegung entgegenstehen. Diese Interessen können im Rahmen der im allgemeinen Schuldrecht vorzunehmenden Güterabwägung keine Berücksichtigung finden, weil dort nur die Interessen der am Schuldverhältnis beteiligten Parteien eine Rolle spielen. Allerdings finden übergeordnete Interessen der Allgemeinheit regelmäßig Ausdruck in gesetzlichen Vorschriften. Müsste durch die Leistungserbringung gegen eine solche Vorschrift verstoßen werden, darf der geschuldete Erfolg aus Rechtsgründen nicht herbeigeführt werden. Es liegt dann ein Fall der rechtlichen Unmöglichkeit vor.²²⁸¹ Im oben dargestellten englischen U-Boot-Fall²²⁸² wäre die Leistungserbringung etwa unmöglich, weil es dem (deutschen) U-Boot-Hersteller gemäß § 353b Abs. 2 StGB i. V. m. der entsprechenden Geheimhaltungsverpflichtung verboten wäre, die Konstruktionspläne offenzulegen.²²⁸³

Allerdings kommt etwa in § 33g Abs. 3 S. 2 Nr. 5 GWB, wonach die Wirksamkeit der öffentlichen Kartellrechtsdurchsetzung im Rahmen der

2279 Ungern-Sternberg, WRP 1984, 55, 57.

2280 Vgl. Grüneberg, in: Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 242 Rn. 55 ff.

2281 S. dazu o. Kapitel 6 B. I. 1. b) (S. 385).

2282 S. o. Fn. 1634 (S. 283).

2283 Perron/Hecker, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 353b Rn. 11 ff.

Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Offenlegungsverpflichtung zu berücksichtigen ist, zum Ausdruck, dass dort übergeordnete Interessen der Allgemeinheit berücksichtigt werden sollen, ohne dass die Offenlegung durch gesetzliche Vorschrift untersagt wäre. Mit Blick auf diese konkrete Vorschrift ist aber zu beachten, dass sie nicht durch die Kartellschadensersatzrichtlinie vorgegeben ist. Vielmehr wird das Zusammenspiel zwischen öffentlicher und privatrechtlicher Kartellrechtsdurchsetzung auch im Bereich des Zugangs zu Beweismitteln in den Art. 5 bis Art. 7 SERL detailliert ausgestaltet. In Umsetzung dieser Vorschriften sind bestimmte Aktenbestandteile schon gemäß § 33g Abs. 4, Abs. 5 GWB von der Offenlegung ausgenommen. Eine weitere Einschränkung der Offenlegung widerspricht den Zielen der Richtlinie.²²⁸⁴ Auch EGr. 26 DSRL bringt deutlich zum Ausdruck, dass der Ausschluss der Offenlegung nur für Kronzeugenerklärungen und Vergleichsausführungen gelten soll. Insgesamt kann einer solchen Beschränkung daher kaum Bedeutung zukommen.²²⁸⁵ Die Offenlegung sollte auf dieser Grundlage nur mit größter Zurückhaltung beschränkt werden.²²⁸⁶ Die Vorschrift muss jedenfalls vor dem Hintergrund der besonderen Gegebenheiten im Kartellrecht gesehen werden und kann nicht verallgemeinert werden.

Vor diesem Hintergrund fällt es schwer, überhaupt einen Fall zu konstruieren, in dem der Erfüllung der Offenlegungspflicht übergeordnete Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen, die Erfüllung jedoch nicht gesetzlich verboten ist. Gleichwohl kann es Fälle geben, in denen die Offenlegungsverpflichtung entsteht, die Offenlegung selbst aber verboten ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn das Leistungsverbot dem Entstehen der Offenlegungsverpflichtung nachfolgt (*intervening illegality*).²²⁸⁷ In solchen Fällen kann ein Leistungsverweigerungsrecht unter Umständen in analoger Anwendung von § 134 BGB oder im Zusammenhang mit § 242 BGB konstruiert werden. Allerdings wird dies stark von den Umständen des Einzelfalles abhängig sein, so dass eine allgemeine Lösung hier nicht vorgeschlagen werden kann.

2284 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 98; Bornkamm/Tolkmitt, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 47.

2285 Bach, in: Immenga/Mestmäcker, WettbR, Bd. 2, 6. Aufl. 2020, § 33g GWB Rn. 98; Podszun/Kreifels, GWR 2017, 67, 71.

2286 Bornkamm/Tolkmitt, in: Bunte, KartR, 14. Aufl. 2021, § 33g GWB Rn. 47.

2287 Zur entsprechenden Konstellation bei vertraglichen Verpflichtungen Ernst, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 275 Rn. 50.

Nicht ohne Weiteres erschließt sich jedoch, weshalb umgekehrt das Interesse des Gläubigers an der Offenlegung schwerer wiegen soll, wenn die Offenlegung zugleich dem Interesse der Allgemeinheit dient.²²⁸⁸ Allerdings werden diese Fälle häufig so liegen, dass der Gläubiger versucht, ein (auch) allgemein schädliches Verhalten zu unterbinden. Insoweit deckt sich das Gläubigerinteresse mit dem Allgemeininteresse und die Allgemeinheit hat gewisse Erwartungen an die Rechtsdurchsetzung durch den Gläubiger.

D. Antragstellung und Verschwiegenheitsverpflichtung des Gläubigers

I. Schutz vertraulicher Informationen auf gesetzlicher Grundlage

Erkennt der Gläubiger, dass sein Offenlegungsverlangen ohne besondere Schutzmaßnahmen dem Offenlegungsschuldner nicht zumutbar sein dürfte, so sollte er bereits im Rahmen der Antragstellung darauf achten, die Verurteilung unter den Vorbehalt der genannten Sicherungsmöglichkeiten zu stellen. Insbesondere kann er dabei die Herausgabe nicht an sich selbst, sondern an einen ihm gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten beantragen. Durch sachgerechte Antragstellung kann so das Unverhältnismäßigkeitsverdikt und damit eine (teilweise) Klageabweisung vermieden werden.

In diesem Sinne erkennt auch Art. 9 Abs. 1 GeschGehRL, dass der Schutz von Geschäftsgeheimnissen in den fraglichen Fällen auch dadurch erreicht werden kann, dass es den Verfahrensbeteiligten (u. a. Parteien, Vertreter, Zeugen, Sachverständige) verboten wird, die erlangten Informationen nach dem Ende des Verfahrens zu nutzen oder Dritten offenzulegen. Diese Vorgabe wurde in § 16 GeschGehG umgesetzt. Obwohl die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nicht auf andere Zivilverfahren als Geschäftsgeheimnisstreitsachen anwendbar ist, kann sie dort unter Umständen im Wege der analogen Anwendung zu sachgerechten Entscheidungen führen.²²⁸⁹

2288 BGH, Urt. v. 17.05.2001 – I ZR 291/98 – Entfernung der Herstellungsnummer II, GRUR 2001, 841 juris-Rn. 39; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 9 UWG Rn. 5.18; Büch, in: Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 12. Aufl. 2019, Kap. 38 Rn. 9.

2289 Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 16 GeschGehG Rn. 15; ausf. Müller/Aldick, ZIP 2020, 9, 10 ff.

II. Schutz vertraulicher Informationen durch Vereinbarung

Weiterhin kann der Gläubiger schon vor Klageerhebung dem Offenlegungsschuldner ein Angebot zum Abschluss einer Geheimhaltungsvereinbarung unterbreiten. Die Vorschriften über die Offenlegung sind – wie Rechenschaftspflichten und alle anderen schuldrechtlichen Verpflichtungen – dispositiv.²²⁹⁰ Gerade im Kartellrecht besteht ein erhebliches Interesse weiterer Kartellgeschädigter, die von einem Geschädigten gewonnenen Erkenntnisse in die von ihnen geführten Prozesse einzuführen. Um deutlich zu machen, dass der Offenlegungsgläubiger nicht beabsichtigt, die erlangten Beweismittel zu anderen Zwecken als der Geltendmachung seines eigenen Hauptanspruchs zu verwenden, kann sich ein solches Vorgehen empfehlen. Allerdings kann auch das Gericht die Offenlegung unter dem Vorbehalt einer entsprechenden Einschränkung gemäß § 89b Abs. 7 GWB anordnen.²²⁹¹

Wird der Antrag nicht unter einem solchen Vorbehalt gestellt oder unterbreitet der Gläubiger kein entsprechendes Angebot, muss berücksichtigt werden, dass das Gericht nicht nur zwischen Verurteilung zur Offenlegung und Klageabweisung entscheiden, sondern selbst die entsprechenden Sicherungsmaßnahmen anordnen kann. Zu diesem Zweck kann der Offenlegungsschuldner für den Fall, dass er mit seinem Klageabweisungsantrag nicht durchdringt, hilfsweise die Verurteilung unter dem Wirtschaftsprüfervorbehalt²²⁹² oder dem Vorbehalt einer Sicherheitsleistung durch den Gläubiger beantragen. Von Gesetzes wegen ist eine solche Beschränkung jedoch nicht vorgesehen.

Insgesamt kann es sich empfehlen, den Weg der außergerichtlichen Streitbeilegung zu beschreiten, wo jedoch grundsätzlich andere Regeln vereinbart werden können. Die Geheimhaltungsvereinbarung kann etwa auch in einem Vergleich vereinbart werden. Außerdem hätte ein solches Vorgehen den Vorteil, dass der gesamte Vorgang – anders als ein Urteil – nicht öffentlich würde.²²⁹³

2290 Budde, in: FS-Semler, S. 792; Locher, NJW 1968, 2324, 2326 m. w. N.

2291 Z. B. LG Hannover, Beschl. v. 17.12.2020 – 13 O 265/20, NZKart 2021, 127; dazu Rigod/Haberrecker, NZKart 2021, 158.

2292 S. schon RG, Urt. v. 07.11.1908 – I 638/07, RGZ 69, 401, 406.

2293 Meier/Schmoll, WuW 2018, 445, 450.

E. Beweislast und Auswirkungen im Prozess

Die vorgeschlagene Konstruktion scheint auch mit Blick auf die Beweislast gut vertretbar. Der Offenlegungsgläubiger hat nach allgemeinen Regeln alle ihm günstigen und damit die anspruchsgrundenden Tatbestandsmerkmale darzulegen und zu beweisen.²²⁹⁴ Unter Umständen können dabei auch die Regeln zur sekundären Darlegungslast und dem Anscheinsbeweis fruchtbar gemacht werden.

Macht der Offenlegungsschuldner geltend, die Offenlegung sei unverhältnismäßig, so hat er dies darzulegen und zu beweisen. Weil die Frage der Zumutbarkeit nach der vorgeschlagenen Konzeption nicht Voraussetzung eines Informationsanspruchs,²²⁹⁵ sondern im Rahmen der Leistungsverweigerungsrechte zu berücksichtigen ist,²²⁹⁶ ist diesbezüglich der Beklagte darlegungs- und beweisbelastet.²²⁹⁷ Es handelt sich nicht etwa um die Umkehr der Beweislast, sondern um eine konsequente Anwendung hergebrachter Grundsätze. Ebenso trägt der Offenlegungsschuldner die Beweislast dafür, dass er seine Offenlegungspflicht erfüllt hat.²²⁹⁸ Ist er also der Auffassung, er habe alle von der Offenlegungspflicht erfassten Beweismittel herausgegeben, muss er dies im Bestreitensfalle beweisen.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Schuldner nicht unbillig benachteiligt wird. Insbesondere darf diese Konstruktion nicht dazu führen, dass dem Gläubiger im Ergebnis doch die Ausforschung des Schuldners ermöglicht wird. Das ist besonders problematisch, wenn der Offenlegungsschuldner zur Geltendmachung einer Einrede gerade die Informationen offenlegen müsste, deren Schutzwürdigkeit er zu beweisen versucht. In analoger Anwendung von § 20 Abs. 3 GeschGehG könnte der Schuldner dabei entlastet werden, indem er nur glaubhaft machen muss, die Offenlegung sei unverhältnismäßig.

2294 S. nur Greger, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor § 284 Rn. 17a; vgl. auch Gomille, JZ 2018, 711.

2295 So zu § 260 BGB Krüger, in: MüKo-BGB, Bd. 2, 9. Aufl. 2022, § 260 Rn. 20, 45; Bittner, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 260 Rn. 21.

2296 Ohne diese Unterscheidung etwa v. Gamm, in: FS-Vieregge, S. 262.

2297 Greger, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, vor § 284 Rn. 17a; Caspers, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, § 275 Rn. 114.

2298 Grds. BGH, Beschl. v. 26.04.2007 – I ZB 82/06, NJW-RR 2007, 1475 Rn. 19; Haft, in: Cepl/Voß, 3. Aufl. 2022, § 888 ZPO Rn. 29.

F. Zusammenfassung

Es konnte gezeigt werden, dass eine grundsätzlich weit gefasste Offenlegungsverpflichtung weitgehend mit etablierten Mechanismen des allgemeinen Schuldrechts beschränkt werden kann. Vor allem § 275 BGB erlaubt es, die im Zusammenhang mit der Offenlegung auftretenden Probleme im Rahmen vertrauter Grundsätze zu behandeln. Stehen der Offenlegung tatsächliche Hindernisse entgegen, lässt sich ein Leistungsverweigerungsrecht ohne Weiteres auf § 275 Abs. 1 BGB stützen.²²⁹⁹ Gleiches gilt, wenn zur Leistungserbringung gegen ein gesetzliches Verbot verstößen werden müsste.²³⁰⁰ Wo mit der Offenlegung ein unverhältnismäßiger Aufwand und damit exorbitante Kosten verbunden sind, liefert § 275 Abs. 2 BGB Leitlinien, innerhalb derer beurteilt werden kann, ob die Leistung verweigert werden darf.²³⁰¹ Kollidieren sonstige Interessen, insbesondere persönliche Interessen des Offenlegungsschuldners mit seiner Offenlegungsverpflichtung, kann dies im Rahmen von § 275 Abs. 3 BGB berücksichtigt werden.²³⁰²

In Fällen, in denen ein Leistungsverweigerungsrecht nicht auf § 275 BGB gestützt werden kann, kann auf die im Rahmen von § 242 BGB anerkannten Grundsätze, insbesondere die an den Rechtsmissbrauch und ein widersprüchliches Verhalten geknüpften Rechtsfolgen, zurückgegriffen werden.²³⁰³ Erscheint die Offenlegung rein mutwillig und ist kein damit verbundener Nutzen für den Offenlegungsgläubiger erkennbar, kann ein Leistungsverweigerungsrecht auch auf § 226 BGB gestützt werden.²³⁰⁴

Schwierigkeiten bereiten Fälle, in denen übergeordnete Interessen der Allgemeinheit der Offenlegung entgegenstehen. Diese Interessen können nicht in die vom allgemeinen Schuldrecht vorgesehenen Abwägungen eingestellt werden. Allerdings scheinen Fälle, in denen übergeordnete Interessen der Allgemeinheit nicht auch gesetzlich abgesichert sind, und die deshalb unter § 275 Abs. 1 BGB subsumiert werden können, kaum denkbar.²³⁰⁵

Der Offenlegungsgläubiger kann durch geschickte Antragstellung verhindern, dass die Offenlegung für zu weitgehend und damit für unverhältnismäßig befunden wird. Dabei kann er insbesondere auf die Herausgabe der

2299 S. o. Kapitel 6 B. I. a) (S. 384).

2300 S. o. Kapitel 6 B. I. a) (S. 384 f.).

2301 S. o. Kapitel 6A.I.2 (S. 10).

2302 S. o. Kapitel 6 B. I. 3. (S. 398).

2303 S. o. Kapitel 6 B. III. (S. 404).

2304 S. o. Kapitel 6 B. II. (S. 403).

2305 S. o. Kapitel 6 C. (S. 407).

Beweismittel an sich selbst verzichten und stattdessen die Herausgabe an einen ihm gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichteten Dritten beantragen, oder sich selbst gegenüber dem Offenlegungsschuldner zur Verschwiegenheit verpflichten.²³⁰⁶ Die vorgeschlagene Konstruktion fügt sich sodann ohne Weiteres in die anerkannten Grundsätze zur Beweislast ein.²³⁰⁷

2306 S. o. Kapitel 6 D. (S. 409).

2307 S. o. Kapitel 6 E. (S. 411).

Zusammenfassung des dritten Teils

Anlass zu dieser Untersuchung gab insbesondere § 33g Abs. 1 GWB, wo im Zusammenhang mit Kartellschadensersatzansprüchen die Verpflichtung des Anspruchsgegners normiert ist, dem Gläubiger die Beweismittel, die er benötigt, um seinen Kartellschadensersatzanspruch geltend machen zu können, herauszugeben. Eine solche Offenlegungsverpflichtung erscheint auch zur Erleichterung der Geltendmachung anderer Ansprüche sinnvoll.

Unter der Annahme einer allgemein gültigen Offenlegungsverpflichtung, die dem Vorbild von § 33 Abs. 1 GWB nachgebildet ist, wurde sodann untersucht, in welcher Weise die Offenlegung zur Erfüllung des Offenlegungsanspruchs erfolgen müsste. Diese Offenlegungspflicht wird erfüllt, indem alle zur Sachverhaltsaufklärung durch diese andere Partei erforderlichen Beweismittel, auf die der Offenlegungsschuldner Zugriff hat, herausgegeben werden und deren Untersuchung geduldet wird. Der Begriff der Beweismittel korrespondiert mit dem zivilprozessualen *numerus clausus* der Beweismittel, solange mit diesen die für den Fall relevanten Informationen abschließend belegt werden können. Sodann ist ein Beweismittel erforderlich, wenn nur damit ein gewisser Umstand, der der beweisverpflichteten Partei günstig ist, belegt werden kann. Schließlich hat der Offenlegungsschuldner auch dann Zugriff auf ein Beweismittel, wenn er es von einem Dritten, in dessen unmittelbarem Besitz sich das Beweismittel befindet, herausverlangen kann.

Verglichen mit dem hergebrachten Verständnis zum Umfang einer Offenlegungspflicht, erscheint diese Konstruktion zunächst weit. Tatsächlich ist das gefundene Ergebnis der Reichweite der US-amerikanischen *pre-trial discovery* zunächst durchaus vergleichbar. Allerdings war schon vor der Kodifizierung von § 33g GWB anerkannt, dass „amerikanische Verhältnisse“ im Zusammenhang mit dem Zugang zu Beweismitteln, die sich nicht in den Händen des Beweisbelasteten befinden, nicht gewünscht sind.²³⁰⁸

Die Offenlegungspflicht wird jedoch – wie jede andere Leistungspflicht – bereits durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beschränkt. Ist die Offenlegung unverhältnismäßig, kann der Offenlegungsschuldner ein

2308 Ausf. Zekoll/Bolt, NJW 2002, 3129 ff.; s. zu § 33g GWB Weber, ZZP 131 (2018), 457, 466.

Leistungsverweigerungsrecht geltend machen. Ein solches Leistungsverweigerungsrecht lässt sich regelmäßig schon auf Grundlage des allgemeinen Schuldrechts begründen. Wo besondere Interessenkonstellationen ein davon abweichendes Leistungsverweigerungsrecht erfordern, kann dies im Rahmen spezialgesetzlicher Offenlegungsansprüche zum Ausdruck gebracht werden.

Es sollte bei der Bestimmung der Reichweite der Offenlegungsansprüche verhindert werden, dass der Ausspruch

*“If there is a hell to which disputatious, uncivil, vituperative lawyers go, let it be one in which the damned are eternally locked in discovery disputes with other lawyers of equally repugnant attributes”*²³⁰⁹

von einem deutschen Richter zitiert werden muss. Dazu lässt sich die grundsätzlich weit gefasste Offenlegungsverpflichtung sinnvoll nach anerkannten Grundsätzen des allgemeinen Schuldrechts beschränken. Analog zur oben zitierten Metapher der Röntgenaufnahmen, mit denen die *pre-trial discovery* verglichen wurde und wo die damit verbunden Vorzüge womöglich über Gebühr gelobt wurden,²³¹⁰ muss auch im Zusammenhang mit den Offenlegungsansprüchen darauf geachtet werden, dass die Offenlegung nicht zu langfristig unerwünschten Folgen führt.²³¹¹ Insbesondere sind die Auswirkungen der Offenlegung auf die Effizienz der Gerichte und die Verfahrensökonomie zu berücksichtigen. Es ist wenig wünschenswert, den Sachverhalt umfassend aufklären zu können, wenn sich dadurch Verfahren endlos in die Länge ziehen.

2309 Judge Wayne E Alley (Oklahoma, USA), Beobachtung aus dem Gerichtssaal, wie-
dergegeben bei Andrews, ZZP Int 8 (2003), 69, 85 (Fn. 119).

2310 Vgl. o. Kapitel 3 A. II. (S. 192, Fn. 1019).

2311 Nachdem das Röntgen Marktreihe erreicht hatte, wurde es auf unterschiedlichste Weise eingesetzt. So erfreute es sich etwa im Schuhhandel besonderer Beliebtheit, weil so besonders gut untersucht werden konnte, ob ein neuer Schuh auch passt (sog. Schuh-Fluoroskop oder Pedoskop). Über die gesundheitlichen Folgen war damals noch nicht genug bekannt. S. dazu *Patalong*, Der Spiegel vom 02.10.2003, Na, Sohnemann, da strahlst du! (abrufbar unter <https://www.spiegel.de/netzwelt/tech/durchsichtige-fuesse-na-sohnemann-da-strahlst-du-a-268071.html>, zuletzt abgerufen am 11.07.2023).