

Rechtsanwalt Georg Küpper, Frechen

Mißbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht, insbesondere Lösung des sog. Roß und Reiter-Problems

Bei fast jeder Novellierung des deutschen Kartellgesetzes (GWB) wurde in der Vergangenheit über eine effektive Begrenzung der Nachfragemacht seitens der Industrie und des Handels diskutiert. Daraufhin wurden zum Teil Änderungen des GWB vorgenommen.

Diese Änderungen haben die Problematik jedoch nicht beseitigen können: Vor allem die großen Handelskonzerne und Einkaufsgenossenschaften, aber auch Industrieunternehmen können sich zu immer größeren Einheiten zusammenschließen, so daß ihre Macht als Nachfrager von Waren und Dienstleistungen permanent und schnell steigt und diese Macht mißbräuchlich genutzt werden kann und – leider – auch genutzt wird. Daher mehren sich auch bei der laufenden 6. GWB-Novelle die Stimmen, die vor den Folgen unkontrolliert wachsender Nachfragemacht warnen und auf eine wirksame Begrenzung drängen.

Das Anliegen, eine Lösung des Problems im Rahmen der derzeitigen Überarbeitung des Kartellgesetzes zu versuchen, liegt durchaus auf der Linie der Bundesregierung. Anlaß zur GWB-Reform war zwar die Ankündigung der Bundesregierung im Jahreswirtschaftsbericht 1995, das GWB an das europäische Wettbewerbsrecht anzupassen. Dementsprechend beschränken sich die vom Bundeswirtschaftsministerium am 2. 5. 1996 veröffentlichten „Eckpunkte für eine Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“¹ auf die zentralen Regelungsbereiche einer Reform mit dieser Zielsetzung. In den Eckpunkten ist jedoch bereits angekündigt, daß andere wichtige Bereiche im weiteren Verlauf des Verfahrens aufgegriffen werden sollen. Das Problem der Nachfragemacht ist unbestreitbar wichtig, weil es erheblichen Einfluß hat auf die Entwicklung eines gesunden Mittelstandes in der Industrie, im Handel und im Handwerk: Wenn kleine und mittlere Unternehmen (KMU) von großen Firmen im Übermaß vom Markt verdrängt werden, hat dies für unsere Volkswirtschaft – nicht zuletzt für die Arbeitsplätze – fatale Folgen. Alle Beteiligten müssen daher an einer sinnvollen Begrenzung der Nachfragemacht interessiert sein.

Im folgenden werden Vorschläge gemacht, wie die mißbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht wirksam begrenzt werden kann. Dabei geht es also nicht um die Frage, wie die Entstehung von Nachfragemacht verhindert oder ihre „Entflechtung“ betrieben werden kann, sondern darum, wie sichergestellt werden kann, daß marktbeherrschende und marktstarke Nachfrager ihre Macht nicht gegenüber KMU mißbrauchen.

In Abschnitt I soll zunächst deutlich gemacht werden, in welchem Ausmaß derzeit mit Nachfragemacht Mißbrauch betrieben wird, bevor die Probleme näher dargestellt werden, die einer wirksamen Abwehr von Nachfragemacht zur Zeit entgegenstehen (Abschnitt II). Wenn auf diese Weise die bestehenden Regelungsdefizite ermittelt sind, werden in Abschnitt III

die bisher bzw. zur Zeit diskutierten Lösungsansätze kurz dargestellt, bevor unter IV ein neuer Lösungsweg vorgeschlagen wird. Abschnitt V enthält eine Zusammenfassung der Ergebnisse und einen Ausblick zum weiteren Prozedere.

I. Ausmaß des Mißbrauchs von Nachfragemacht

Weil die großen Nachfrager des Handels und der Industrie² eine Vielzahl von Lieferanten besitzen, treten sie mit ihren Lieferanten regelmäßig durch Rundschreiben, Allgemeine Einkaufsbedingungen (EKB), Qualitätssicherungsvereinbarungen (QSV) und ähnlichen Dokumenten in Kontakt. Diese Dokumente haben gemeinsam, daß sie schriftlich vorliegen und mit gleichem Wortlaut an viele Lieferanten gerichtet sind.

In diesen Rundschreiben, EKB und QSV kommt nicht selten Mißbrauch von Nachfragemacht zum Ausdruck. Die Dokumente sind zu beanstanden, weil sie Regelungen enthalten, die gegen das AGB-Gesetz, GWB oder das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verstoßen oder zumindest bedenklich hinsichtlich ihrer Ausgewogenheit/Angemessenheit sind. Die Fälle, in denen nur wenige oder nur ein einziger Lieferant unter Mißbrauch von Nachfragemacht angeschrieben werden, sind in der Praxis selten.

Einen guten Überblick über die dem Wirtschaftsverband Eisen, Blech und Metall verarbeitenden Industrie e. V. (EBM Wirtschaftsverband) in den letzten zweieinhalb Jahren bekanntgewordenen Verstöße gibt die abgedruckte Tabelle. Sie zeigt, getrennt für Industrie und Handel, welche Verstöße/Kritikpunkte in welcher Häufigkeit festzustellen waren; dabei sind unter „AGB“ nicht nur die klassischen Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wie z. B. EKB und Rahmenverträge, sondern auch Rundschreiben erfaßt. In den klassischen AGB waren regelmäßig 5–10 Regelungen pro Fall zu beanstanden. Lediglich mündlich gestellte Forderungen wurden in der Tabelle nicht berücksichtigt.

Von den 110 geprüften Rundschreiben, AGB und QSV, waren lediglich 5 nicht zu beanstanden.

Zu beachten ist, daß die überprüften Fälle zu fast 40 % Unternehmen betrafen, die nach der jährlich in der Zeitung „DIE WELT“ veröffentlichten Liste (Stand: 4. 7. 1996) zu den 500 größten Unternehmen in Deutschland gehören.

¹ Vgl. zu den Eckpunkten die Pressemitteilung des BMWi v. 2. 5. 1996 in WuW 1996, S. 359 ff., und Groger in FIW-Schriftenreihe, 1996, H. 167, S. 71 ff. Unter dem 17. 3. 1997 hat das BMWi den interessierten Kreisen erste Formulierungsvorschläge für die zentralen Regelungsbereiche des GWB zugeleitet.

² Die Frage, inwieweit auch das Handwerk Nachfragemacht hat bzw. Opfer von Nachfragemacht ist, wird nicht behandelt.

Kritikpunkte an den AGB/QSV von Industrie und Handel(Quelle: 110 juristische Kurzgutachten des EBM WV,
Stand: 21. 10. 1996, nicht veröffentlicht)

	Industrie		Handel	
	AGB	QSV	AGB	QSV
1. Nachträgliche Änderung des Preises	12	1	3	1
2. Nachträgliche Änderung des Leistungsumfangs	13	2	7	
3. Mehr- und Mindermengen-Lieferungen	7		5	
4. Pufferlager	4		2	
5. Skonto und Zahlungsziel	14	1	7	
6. Zusätzliche Boni, Rabatte, Sach- oder Dienstleistungen	4	3	22	
7. Auflistung in Lieferschein oder Rechnung nach überzog. Vorgaben	1		6	
8. Meldepflicht bei geringfügigen Produktänderungen	1	7	1	1
9. Zugriff auf Werkzeuge u. Unterlagen bzw. Kostenregelung	12	1	2	
10. Normale Geschäfte sollen Fixhandelsgeschäfte sein	13		19	
11. Rücktritt oder Schadenersatz ohne Verschulden des Lieferanten	18	3	13	
12. Dauer der Gewährleistungsfrist	23	4	4	1
13. Unklarer Beginn der Verjährung von Gewährleistungsfristen	7		3	
14. Abbedingen der Untersuchungs- und Rügelast (§§ 377, 378 HGB)	28	14	14	3
15. Vertragsstrafe für Mindermengen-Lieferungen	1		6	
16. Vertragsstrafe bei Überschreitung des Liefertermins	8		14	
17. Vertragsstrafe für mangelnde Geheimhaltung	2		4	
18. Geheimhaltungspflicht	10	13	4	1
19. Kosten bei Reklamation	11	4	9	1
20. Ablehnung auch des einfachen Eigentumsvorbehalts	5		4	
21. Verbot der Abtretung von Forderungen	12	1	10	
22. Verpackungsvorschriften, Entsorgung	5	2	8	
23. Zusicherung von zu vielen Eigenschaften	14	8	5	
24. Übernahme der Produkthaftung des Abnehmers	15	11	7	3
25. Freistellung von Produkthaftungsansprüchen Dritter	7	5	8	
26. Freistellung von Schutzrechtsansprüchen Dritter	13		5	
27. Versicherungsnachweis	12	7	1	1

Zum Verständnis der Tabelle ist darauf hinzuweisen, daß etwa zwei Drittel der beurteilten Fälle den Industriebereich betreffen, ein Drittel den Handel. Die relativ geringe Zahl von Fällen aus dem Handelsbereich dürfte damit zu erklären sein, daß hier die Unternehmenskonzentration erheblich weiter als in der Industrie fortgeschritten ist. Die große Handelskonzentration hat im übrigen dazu geführt, daß der Handel vielfach weitaus härtere Forderungen als die Industrie stellt: Obwohl die Forderungen (z. B. Rücknahme unverkäuflicher Ware oder Zuschüsse bei Firmenjubiläen oder Rabatte zur Finanzierung eines neuen Zentrallagers³) offensichtlich rechtlich nicht haltbar sind, werden sie – zum Teil unter Androhung von Repressalien – den Lieferanten gestellt. Derartige Fälle sind vor allem in Punkt 6 der Tabelle aufgeführt (vgl. z. B. auch die Punkte 14 und 16).

Es ist bekannt, daß nicht nur der EBM Wirtschaftsverband, Düsseldorf, dessen Daten für die Tabelle verwendet wurden, sondern auch eine ganze Reihe anderer Verbände, die ebenfalls mittelständische Unternehmen vertreten, für ihre Mitglieder AGB von Abnehmern überprüfen. Dies zeigt, daß ganz

allgemein in der mittelständischen Wirtschaft – zu Recht – ein großes Mißtrauen gegenüber den Rundschreiben, EKB und QSV von marktstarken Nachfragern besteht.

Insbesondere die Kfz-Industrie ist als Nachfrager industrieller Zulieferungen keineswegs problemfrei⁴. So hat zwar der Bundesverband der Deutschen Industrie e. V. (BDI) im Oktober 1994 Leitsätze für Zulieferbeziehungen veröffentlicht, ebenso hat der VDA (Verband der Automobilindustrie e. V.) im März 1992 einen Leitfaden für die Zusammenarbeit zwischen den Automobilherstellern und ihren Zulieferern herausgegeben.

3 Weitere Beispiele im Jahresbericht 1995/96 des *Markenverbandes* S. 13 ff.; vgl. auch das Jahrbuch der Textilindustrie, 1996, S. 51 ff.

4 Eine bundesweite Betriebsbefragung, die 1995 am Lehrstuhl für Volkswirtschaftslehre der Universität Augsburg im Rahmen des Forschungsprojektes „Partnerschaft und Wissenstransfer in der Automobilindustrie“ durchgeführt wurde, kam zu dem Ergebnis, daß statistisch signifikante Anhaltspunkte dafür bestehen, daß „ein Großteil der Kunden (gemeint sind die Automobilhersteller, der Verfasser) die Innovationstätigkeiten ihrer Lieferanten einseitig ausnutzen“.

Es ist jedoch festzustellen, daß diese von der Industrie selbst festgelegten Fairneßregeln in der Praxis oft ignoriert werden. Die Umsetzungsdefizite sind erheblich und werden aufgezeigt in einer Dokumentation (Stand: Januar 1995), die von der „Arbeitsgemeinschaft Zulieferindustrie“ (ArGeZ) zusammengestellt wurde. In der ArGeZ kooperieren sieben große Verbände: Deutscher Gießereiverband e. V., EBM Wirtschaftsverband e. V., Gesamtverband kunststoffverarbeitende Industrie e. V., Wirtschaftsverband der deutschen Kautschukindustrie e. V., Wirtschaftsvereinigung Metalle e. V., Wirtschaftsverband Stahlverformung e. V. und Wirtschaftsvereinigung Ziehereien und Kaltwalzwerke e. V.

Diese Mißstände treten auf, obwohl – erfreulicherweise – zwischen den Wirtschaftsverbänden und einzelnen Kfz-Herstellern sowie dem VDA Gespräche über kritische Punkte mit gutem Erfolg für die Zulieferer geführt werden, z. B. im Bereich der Logistik und Lagerhaltung.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß das Problem des Mißbrauchs von Nachfragemacht für die KMU nach wie vor von großer Bedeutung ist. Dabei sind die Forderungen, welche der Handel als Nachfrager stellt, oft maßloser als die der Industrie.

II. Derzeitige Probleme

1. Das Roß und Reiter-Problem

Gegen unberechtigte Forderungen ihrer Abnehmer können sich die wenigsten Lieferanten im Wege von Gesprächen mit Erfolg wehren, weil sie regelmäßig gegen andere Lieferanten ersetzbar sind. Meist akzeptieren die Lieferanten die Forderungen, um kein Geschäft zu verlieren, wenn der Preis einigermaßen stimmt: Angesichts des harten Wettbewerbs besteht bei den Verkaufspreisen der Lieferanten gewöhnlich kein ausreichender Spielraum, um unberechtigte Forderungen der Abnehmer auffangen zu können. Die Forderungen werden akzeptiert in der (geringen) Hoffnung, dies in Zukunft irgendwie ausgleichen zu können.

Auch schrecken die Lieferanten davor zurück, die Hilfe der Kartellbehörden oder Gerichte bei der Abwehr unberechtigter Forderungen in Anspruch zu nehmen. Sie müssen nämlich befürchten, daß sie durch „Auslistung“ von zukünftigen Aufträgen ausgeschlossen werden oder in anderer Weise große Nachteile erleiden, wenn ihr Name dem Beschwerdegegner bekannt wird (sog. Roß und Reiter-Problem). In der Vergangenheit ist eine Auslistung nicht selten praktiziert worden; einige Unternehmen drohen noch heute recht unverblümt mit der Streichung aus der Lieferantenliste, um ihre Forderungen durchzusetzen.

Die Kartellbehörden haben zur Zeit nicht die Möglichkeit, den Namen des Beschwerdeführers gegenüber dem Beschwerdegegner auf Dauer geheimzuhalten. Dies wird u. a. mit dem Hinweis darauf begründet, daß der Beschwerdegegner das Recht habe, sich gegen die erhobenen Vorwürfe zur Wehr zu setzen, und dazu gehöre auch, den Namen des Beschwerdeführers zu kennen. Außerdem könne der Beschwerdegegner nach § 29 Verwaltungsverfahrensgesetz Einsicht in die Akten der Kartellbehörde nehmen, so daß er auf diese Weise die Anonymität des Beschwerdeführers lüften könne. Im übrigen könne sich die Notwendigkeit, den Beschwerdeführer namhaft zu machen, ergeben, wenn die Kartellbehörde z. B. eine Verfügung erlassen wolle, wonach dem Beschwerdegegner ein ganz bestimmtes Unterlassen gegenüber einem bestimmten Beschwerdeführer aufgegeben werden solle, da die Verfügung konkret genug formuliert sein müsse. Spätestens dann, wenn die Kartellbehörden eine Entscheidung getroffen hätten, könne die Entscheidung vor Gericht überprüft werden mit der Folge, daß der Beschwerdeführer nicht anonym bleiben könne (davon geht das Gesetz wohl aus, vgl. §§ 62 Abs. 2 und 75 Abs. 1 GWB).

Bei Unterlassungsklagen, die hier von besonderer Bedeutung sind, müssen beide Parteien bereits in der Klageschrift bezeichnet werden (vgl. § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), und auch im Urteil sind beide Parteien zu benennen (vgl. § 313 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

2. Einschaltung von Verbänden

Die Roß und Reiter-Problematik wird für die Unternehmen auch nicht dadurch aus der Welt geschafft, daß Verbände klagebefugt sind und dabei die Interessen der Unternehmen wahrnehmen können.

Hier braucht nicht zwischen Wirtschaftsverbänden und Vereinen zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs unterschieden zu werden, weil die Rechtslage für beide Organisationen die gleiche ist:

Die Verbände können nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz Unterlassungsklage gegen marktstarke Abnehmer erheben und dabei Verstöße gegen das AGB-Gesetz geltend machen. Es ist wohl davon auszugehen, daß die Verbände dabei die Namen ihrer Mitglieder nicht offenbaren müssen⁵.

Entsprechendes gilt leider nicht für Verstöße gegen das UWG. Hier ergibt sich zwar die Befugnis der Verbände zur Erhebung von Unterlassungsklagen aus § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG. Mit der letzten UWG-Reform sind aber die Voraussetzungen an eine Verbandsklage verschärft worden, so daß die Verbände eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden als Mitglieder haben müssen und zur Verfolgung gewerblicher Interessen aufgrund ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sein müssen. Durch das Urteil des BGH vom 18. 10. 1995 ist geklärt, daß die Verbände regelmäßig eine Mitgliederliste vorlegen müssen, wenn sie ihre Klagebefugnis darzulegen haben⁶.

Nicht ganz klar ist die Stellung der Verbände als Unterlassungskläger im Kartellrecht. Zwar können Unterlassungsklagen nach § 35 Abs. 3 GWB auch von Wirtschaftsverbänden und von Wettbewerbsvereinigungen erhoben werden, und in dem wichtigen Urteil des BGH⁷ vom 4. 4. 1995 ist auch klargestellt, daß im Rahmen der Zulässigkeit der Klage die Namen der hinter dem Verband stehenden Unternehmen nicht offenbart werden müssen. Ob dies allerdings auch im Rahmen der Begründetheit gilt, ist dem Urteil nicht zu entnehmen und wohl zumindest dann zweifelhaft, wenn es für die Entscheidung auf die besonderen Verhältnisse der beschwerdeführenden Unternehmen ankommen sollte: Sind z. B. die von dem klagenden Verband vertretenen Firmen KMU und sind sie von dem beklagten Unternehmen abhängig im Sinne von § 26 Abs. 2/Abs. 3 GWB usw.?

Im Rahmen von § 35 Abs. 3 GWB ergibt sich bis zu einer klärenden Entscheidung des BGH also für die Verbände und die vertretenen Firmen eine erhebliche Unsicherheit hinsichtlich der Frage, ob nicht letztlich doch Roß und Reiter zu nennen sind. Insoweit trifft den Kläger zur Zeit ein besonders hohes Prozeßkostenrisiko, da er eventuell die Klage zurücknehmen muß.

Mag die Rechtslage für die Verbände möglicherweise noch als akzeptabel beurteilt werden, so ist dies für die Unternehmen nicht der Fall: Sie können normalerweise nur dann in anonymisierter Form über einen Wirtschaftsverband oder eine Wettbewerbsvereinigung gegen einen marktstarken Abnehmer vorgehen, wenn sie Mitglied in diesem Verband sind und der Verband in der Lage und bereit ist, die Klage zu betreiben. Wenn Wirtschaftsverbände über die Klageerhebung entscheiden, spielen viele Überlegungen eine Rolle, z. B. die Auffas-

⁵ So wohl *Wolf/Horn/Lindacher*, Kommentar zum AGB-Gesetz, 3. Aufl. 1994, Rdn. 11 zu § 13.

⁶ BGH = BB 1996 S. 550 f. = WRP 1996 S. 197 ff.; DB 1996 S. 978.

⁷ BGH, NJW 1995 S. 2293 ff.

sung der übrigen Mitgliedsfirmen zur Klageerhebung, verbandspolitische Aspekte etc., so daß noch lange nicht in jedem Fall ein Vorgehen durch den Wirtschaftsverband gewährleistet ist, wenn ein Mitglied und viele Mitglieder ein solches Vorgehen wünschen (und finanzieren). Im übrigen wäre es eine Privilegierung der Unternehmen, die einem starken und klagefreudigen Verband angehören, wenn die Unternehmen generell zur Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen gegen marktstarke Abnehmer an ihre zuständigen Wirtschaftsverbände verwiesen würden.

Die Unternehmen können ihre Rechte auch nicht dadurch problemlos wahrnehmen, daß sie sich an eine Wettbewerbsvereinigung wenden. Auch die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (Wettbewerbszentrale), die bedeutendste Wettbewerbsvereinigung im Bundesgebiet, greift im Rahmen ihrer Neutralität und Unabhängigkeit aufgrund ihres Klagerechts entsprechende Beschwerden auf. Dabei ist es natürlich denkbar, daß zwischen den Beschwerdeführern und der Wettbewerbszentrale die Erfolgchancen und Rechtsfragen unterschiedlich beurteilt werden. In Fällen dieser Art müssen Unternehmen dann ihren Rechtsschutz selbst wahrnehmen.

Insgesamt ist es daher für die Unternehmen keine ausreichende Lösung, sie auf den Weg der Verbandsklage zu verweisen, um ihre Rechte gegen marktstarke Abnehmer/Anbieter zu wahren. Die Unternehmen müssen also in die Lage versetzt werden, selbst ihre Rechte – in anonymisierter Form – wahrzunehmen.

3. Abwehr sämtlicher Mißbrauchstatbestände

Zusätzlich zu diesem in Abschnitt II unter 1 und 2 aufgezeigten (verfahrensrechtlichen) Roß und Reiter-Problem, dem sich die KMU gegenübersehen, bestehen erhebliche Defizite des materiellen Rechts. Denn das geltende Recht läßt nicht zu, daß sämtliche unfairen Praktiken marktstarker Abnehmer wirksam bekämpft werden können. Es macht jedoch wenig Sinn, den verfahrensrechtlichen Schutz der KMU zu verbessern, indem ihre Anonymität gesichert wird, ohne gleichzeitig dafür zu sorgen, daß möglichst viele Fallgestaltungen von Mißbrauch abgewehrt werden können.

Ansatzpunkt ist § 26 Abs. 3 GWB, wonach marktbeherrschende und marktstarke Unternehmen „ihre Marktstellung nicht dazu ausnutzen dürfen, andere Unternehmen im Geschäftsverkehr zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorzugsbedingungen zu gewähren“.

Diese Vorschrift ist mindestens in drei Richtungen verbesserungsbedürftig:

a) Da § 26 Abs. 3 GWB auf den Begriff „Vorzugsbedingungen“ abstellt, können mit Hilfe dieser Norm keine Praktiken beanstandet werden, die im Markt bereits verbreitet sind. Denn mit der Forderung nach z. B. einem Bonus, der bereits einigen Mitbewerbern des beschwerdeverursachenden Unternehmens von Lieferanten gewährt wird, wird keine Besserstellung, sondern lediglich eine Gleichstellung gegenüber den Wettbewerbern angestrebt. Dies genügt nicht, um den Begriff der Vorzugsbedingungen zu erfüllen⁸.

Auf diese Weise werden Mißstände perpetuiert, da auch § 1 UWG nicht zweifelsfrei eingreift. Denn bei der Auslegung der Generalklausel des § 1 UWG sind auch und gerade die Wertungen des GWB umfassend zu berücksichtigen⁹. Dies bedeutet, daß ein Gericht aus der Tatsache, daß § 26 Abs. 3 GWB nicht eingreift, schließen könnte, daß auch kein Verstoß gegen die guten Sitten gemäß § 1 UWG vorliegt. Eine Aufrechterhaltung von Mißständen kann nicht gewollt sein, so daß der Wortlaut von § 26 Abs. 3 GWB zu ändern ist.

b) Änderungsbedürftig ist § 26 Abs. 3 GWB auch deshalb, weil sich diese Norm – historisch bedingt – nur gegen Nachfrager

und nicht auch gegen (marktbeherrschende und marktstarke) Anbieter richtet¹⁰. Auch Anbieter lassen sich in der Praxis unberechtigte Vorzugsbedingungen einräumen.

c) Wenn schon eine Änderung des § 26 Abs. 3 GWB erforderlich ist, sollte die Gelegenheit genutzt werden, auch ein anderes Problem zu lösen oder mindestens zu entschärfen. Dieses Problem ergibt sich daraus, daß Verstöße gegen Fairneßregeln, die von Behörden oder Verbänden aufgestellt sind, nicht automatisch einer Sanktion unterliegen. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, um derartige Verstöße über das UWG oder GWB abwehren zu können¹¹.

Bei diesen Fairneßregeln handelt es sich vor allem um folgende Zusammenstellungen:

- Beispielskatalog (sog. Sündenregister) des Bundeswirtschaftsministeriums (1974)¹²;
- gemeinsame Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft zur Sicherung des Leistungswettbewerbs (1975/1984)¹³;
- Wettbewerbsregeln insbesondere des Markenverbandes (1976)¹⁴;
- BDI-Grundsätze des Leistungswettbewerbs im Zuliefererwesen (1979)¹⁵;
- BDI-Leitsätze für Zulieferbeziehungen (1994)¹⁶;
- VDA-Leitfaden für die Zusammenarbeit zwischen den Automobilherstellern und Zulieferern (1992)¹⁷.

Daß diese Fairneßregeln vielfach nicht beachtet werden, ist eine Tatsache (Näheres oben in Abschnitt I). Eine Durchsetzung der in der Wirtschaft anerkannten Fairneßregeln ist jedoch erforderlich, sie liegt vor allem im Interesse der KMU.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß nicht nur das Roß und Reiter-Problem einer Lösung zugeführt werden muß, sondern daß auch das GWB materiell-rechtlich durch Änderung von § 26 Abs. 3 GWB verbessert werden sollte.

III. Bisherige Lösungsansätze

Auf die Lösungsvorschläge, die in der Vergangenheit zu § 26 Abs. 3 GWB gemacht worden sind, soll nicht näher eingegangen werden. Hier genügt es, wenn in Abschnitt IV unter 2 eine Neuformulierung vorgeschlagen wird.

Obwohl in vielen europäischen Ländern das Roß und Reiter-Problem eine Rolle spielt, gibt es derzeit offenbar in keinem Land eine zufriedenstellende Problemlösung¹⁸.

Zur Lösung des Roß und Reiter-Problems wurden und werden in Deutschland sehr unterschiedliche Lösungsansätze diskutiert, deren wichtigsten die folgenden sein dürften:

- Das Instrument der „Amtsermittlung“ sollte geschaffen werden, um dem Bundeskartellamt – z. B. bei begründetem

8 *Immenga/Mestmäcker*, GWB-Kommentar, 1992, Rdn. 328 zu § 26.

9 Vgl. dazu *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 1995, Allg. UWG Rdn. 87 u. 89a, Einl. UWG Rdn. 94.

10 *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 8), Rdn. 328 zu § 26.

11 *Immenga/Mestmäcker* (Fn. 8), Rdn. 337 zu § 26; vgl. auch *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 9), Rdn. 890 zu § 1 UWG: „Eine unmittelbar rechtliche Wirkung kommt dem Sündenregister, der Gemeinsamen Erklärung und den Wettbewerbsregeln des Markenverbandes nicht zu“.

12 *S. Immenga/Mestmäcker* (Fn. 8), Rdn. 143 zu § 28.

13 *S. Immenga/Mestmäcker* (Fn. 8), Rdn. 144 zu § 28.

14 *S. Immenga/Mestmäcker* (Fn. 8), Rdn. 89 zu § 28.

15 WuW 1979 S. 660 ff.

16 Offenbar unveröffentlicht; zu beziehen beim BDI, Köln.

17 Zu beziehen beim Verband der Automobilindustrie e. V., Frankfurt a.M.

18 Dies ergaben Nachforschungen von ORGALIME im Sommer 1996: ORGALIME ist der Zusammenschluß von 25 Fachverbänden der Maschinenbau-, Elektro-, Elektronik- und Metallverarbeitungsindustrie in 16 europäischen Ländern.

Verdacht – Gelegenheit zur Nachprüfung und zu einem evtl. Einschreiten zu geben.

- Beweiserleichterungen bzw. Beweislastumkehr: Bei Vorliegen z. B. eines Anfangsverdachts hat das beschwerdeverursachende Unternehmen nachzuweisen, daß es keine wettbewerbswidrigen Praktiken angewandt hat.
- Einschaltung eines Beweismittlers bzw. Sachverständigen, eines Notars oder einer anderen unabhängigen Person, die für das Gericht geheimhaltungsbedürftige Daten aufbereitet.

Diese Lösungswege würden jedoch nach erster Einschätzung des Verfassers keine wirkliche Lösung des Roß und Reiter-Problems bedeuten, weil nach der zur Zeit bestehenden Rechtslage (vgl. Abschnitt II unter 1 und 2) der Name des Beschwerdeführers spätestens dann genannt werden müßte, wenn Gerichte eingeschaltet werden.

Auf diese Lösungsansätze, denen man wohl noch weitere hinzufügen könnte, kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Vielmehr soll in Abschnitt IV ein neuer Vorschlag in die Diskussion eingebracht werden.

IV. Lösungsvorschläge der ArGeZ

Die Arbeitsgemeinschaft Zulieferindustrie (ArGeZ), in der sieben große Wirtschaftsverbände zusammenarbeiten, macht zur Lösung des Roß und Reiter-Problems und zu § 26 Abs. 3 GWB die folgenden Formulierungsvorschläge. Dabei wird kein Anspruch auf eine optimale Formulierung erhoben, vielmehr sollte im Laufe der Diskussion der bestmögliche Text gefunden werden.

1. Vorschlag zur Lösung des Roß und Reiter-Problems

Um das Roß und Reiter-Problem zu lösen, sollten die Verfahrensvorschriften des GWB durch eine neue Regelung ergänzt werden. Diese Vorschrift müßte sowohl für die Kartellgerichte als auch für alle Kartellbehörden (Landeskartellämter und Bundeskartellamt) gelten.

Die neue Vorschrift könnte folgenden Wortlaut haben:

„Wenn eine Partei ein erhebliches Interesse an der Geheimhaltung ihrer Identität oder bestimmter innerbetrieblicher Informationen hat und der anderen Partei aus der Nichtkenntnis der geheimgehaltenen Tatsachen keine unzumutbaren Nachteile erwachsen, ist ihr keine Kenntnis davon zu geben.“

Zu beachten ist, daß bei Verwirklichung dieses Vorschlages

- zusätzlich geregelt werden muß, daß der Beschwerdeführer/Kläger auf Verlangen des Beschwerdegegners/Beklagten das Verfahren nur weiterbetreiben darf, wenn der Beschwerdeführer eine *Sicherheitsleistung* erbringt. So muß z. B. sichergestellt sein, daß der Beklagte seine Prozeßkosten erhält, wenn der anonym bleibende Kläger den Rechtsstreit verlieren sollte. Derartige Sicherheitsleistungen sind jedoch dem deutschen Prozeßrecht nicht fremd (vgl. §§ 108 ff ZPO, insbesondere § 110: Sicherheit bei Ausländern).
- möglicherweise weitere gesetzliche Vorschriften angepaßt werden müssen. Hier ist z. B. an die §§ 253 und 313 ZPO zu denken (dazu oben Abschnitt II Punkt 1 am Ende) sowie an die Regelung des Rechts auf Akteneinsicht (dazu unten a) unter dd)).
- das Roß und Reiter-Problem in den Fällen ungelöst bleibt, in denen das beschwerdeverursachende Unternehmen aus den Umständen des Falles auf die Person des Beschwerdeführers/Klägers schließen kann. Das sind die Fälle, in denen das marktstarke Unternehmen seine umstrittene Forderung nur gegen ein einziges oder wenige KMU gerichtet hat. In diesen Fällen wird es nach wie vor nicht dazu kommen, daß KMU die

Hilfe der Kartellbehörden bzw. der Gerichte in Anspruch nehmen.

Diese Einschränkung kann jedoch die Bedeutung des Lösungsvorschlages nicht entscheidend schmälern, weil – wie in Abschnitt I dargelegt – die marktstarken Unternehmen fast immer ihre Marktmacht dadurch mißbrauchen, daß sie mittels Rundschreiben, AGB oder QSV vorgehen. Rundschreiben, AGB und QSV sind jedoch naturgemäß an eine Vielzahl von Adressaten gerichtet, so daß der Absender/Verwender nicht weiß, welcher Adressat das Verfahren gegen ihn betreibt und auch eine Auslistung sämtlicher Adressaten nicht in Betracht kommt. Eine Namhaftmachung der Firmen, die das Verfahren betreiben, ist regelmäßig nicht erforderlich, um zu erkennen, daß ein marktbeherrschendes oder marktstarkes Unternehmen seine Macht gegenüber KMU zu mißbrauchen versucht: die Rundschreiben, AGB und QSV sprechen für sich.

In diesen Fällen macht auch die Beurteilung der Abhängigkeit der von den AGB betroffenen Unternehmen von den beschwerdeverursachenden Unternehmen keine unüberwindbaren Schwierigkeiten. Hier muß es genügen, daß einige Unternehmen derart abhängig sind, „daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen“ (§ 26 Abs. 2 Satz 2 GWB). Denn es kann nicht darauf ankommen, daß sämtliche Unternehmen, die mit den AGB konfrontiert wurden, von dem beschwerdeverursachenden Unternehmen abhängig im Sinne dieser Vorschrift sind. Selbst wenn nämlich ein nichtabhängiges Unternehmen die Klage betreiben würde, würden davon die abhängigen Unternehmen profitieren, und zwar zu Recht, weil sie selbst auch Klage erheben könnten. Die Klage durch ein nichtabhängiges Unternehmen würde sich wie eine Verbandsklage auswirken und sowohl zugunsten der abhängigen wie auch der nichtabhängigen Unternehmen wirken.

In diesem Zusammenhang ist auf die Regelung in § 26 Abs. 2 Satz 3 GWB hinzuweisen. Sie enthält zugunsten KMU die gesetzliche Vermutung, daß Abhängigkeit besteht, wenn der Nachfrager bei den KMU „zusätzlich zu den verkehrüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten regelmäßig besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht gewährt werden“. Diese Voraussetzung ist in sehr vielen Fällen erfüllt. (Allerdings müßte das Problem gelöst werden, daß Mißbrauchsfälle, die sich breitgemacht haben, nicht dazu führen dürfen, daß sie von marktstarken Abnehmern nachgemacht werden dürfen, s. dazu oben Abschnitt II unter 3.)

Mit dem Lösungsvorschlag wird also die Masse der Fälle, in denen Marktmacht mißbraucht wird, erfaßt.

- die negativen Folgen aus der Ausübung von Marktmacht nicht beseitigt werden können. Wenn z. B. ein KMU unter dem Druck eines Handelsunternehmens diesem einen Jubiläumrabatt gezahlt hat, so kann der Rabatt nicht zurückgefordert werden, ohne daß die Identität des Anspruchsberechtigten offengelegt wird, da die Ansprüche einem bestimmten Anspruchsberechtigten zugeordnet und der Höhe nach exakt festgestellt werden müssen.

Allerdings dürften die Fälle selten sein, in denen ein im Unterlassungsprozeß unterlegenes marktstarkes Unternehmen zu Unrecht einbehaltene Rabatte erst zurückzahlt, wenn es hierzu seitens der benachteiligten Unternehmen aufgefordert wurde.

- aus diesem Grund auch Schadenersatzansprüche, die den Unternehmen – nicht aber den Verbänden – zustehen können (vgl. § 35 Abs. 1 GWB, § 1 UWG), nicht über die neue Vorschrift verfahrensmäßig abgewickelt würden.

Die vorgeschlagene neue GWB-Norm ist mit dem geltenden Verfassungsrecht vereinbar (a), zumal die Vorschrift sich auf die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des BGH stützen kann (b); im übrigen würde die Vorschrift mit

einer Reihe von Regelungen gut harmonisieren, die bereits heute existieren (c). Darauf soll im folgenden in der notwendigen Kürze eingegangen werden.

a) Verfassungsrechtliche Aspekte

Die neue GWB-Vorschrift muß insbesondere mit Art. 103 Abs. 1 GG (Anspruch auf rechtliches Gehör), Art. 19 Abs. 4 GG (Rechtsschutzgarantie), Art. 3 (Gleichheitsgrundsatz), dem Beibringungsgrundsatz, dem Justizgewährungsanspruch, dem Recht auf ein faires Verfahren, dem Prinzip der Waffengleichheit sowie dem Rechtsstaatsprinzip in Einklang stehen. Der Inhalt dieser Normen und Grundsätze, insbesondere ihre Abgrenzung, ist jedoch zum Teil sehr umstritten¹⁹. Auf die Abgrenzungsprobleme kann nicht im einzelnen eingegangen werden. Vielmehr sollen nur die Kernfragen angesprochen werden.

aa) Auszugehen ist davon, daß insbesondere der in Art. 103 Abs. 1 GG normierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs nicht absolut gilt (allgemeine Meinung). Vielmehr kann der Gesetzgeber in *einfachen Gesetzen Schranken* dieses Grundsatzes festlegen. Dazu sagt Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, Kommentar: „Durch ausdrücklich gesetzte Einschränkungen ... können solche Schranken jedoch nur dann normiert werden, wenn mindestens gleichrangige Schutzgüter der Verfassung dies im Kollisionsfalle verlangen.“²⁰ Hierzu heißt es an anderer Stelle: „Die Normierung der solchermaßen begründbaren Schranken des Rechts auf Gehör ist vorrangig eine Aufgabe des Gesetzgebers. Dieser hat sich am Gewicht der auf Einschränkung drängenden verfassungsrechtlichen Schutzgüter zu orientieren und danach eine verhältnismäßige Zuordnung vorzunehmen. Bei einer entsprechenden Gewichtung der Gegenpositionen sind auch einschneidende Verkürzungen der Gehörgewährung zulässig.“²¹ Diese Grundsätze gelten nicht nur für den ersten Zugang zum Gericht, sondern auch für die Ausgestaltung des gesamten Verfahrens²².

Bei der vorgeschlagenen GWB-Norm geht es für den Kläger um sein durch Art. 14 GG besonders geschütztes Eigentum und um den Schutz, den er – auch als juristische Person – durch Art. 12 GG (Berufs- und Gewerbefreiheit) genießt. Beide Verfassungsvorschriften sind im Falle einer Auslistung durch den marktstarken Unternehmer beeinträchtigt, wenn die Auslistung zur Existenzvernichtung des Klägers führt.

Demgegenüber kann auf Seiten des marktstarken Abnehmers im Rahmen des Art. 14 GG nicht sein Eigentum, sondern nur sein Vermögen gefährdet sein, da er wohl kaum in Konkurs geraten wird, wenn er seine beanstandeten Forderungen nicht durchsetzen kann. Das Vermögen als solches ist nach allgemeiner Meinung aber kein Schutzgut im Sinne von Art. 14 GG²³. Im übrigen ist das beschwerdeverursachende Unternehmen durch den hier gemachten Vorschlag (vgl. oben Abschnitt IV unter 1) dadurch besonders abgesichert, daß der Kläger eine Sicherheitsleistung zu erbringen hat für den Fall, daß der Beklagte im Rechtsstreit obsiegt.

Auch kann der Beklagte in den hier zu beurteilenden Fällen, in denen er nicht in Konkursnähe gerät, nicht den Schutz des Art. 12 GG für sich in Anspruch nehmen. Denn diese Vorschrift sichert nicht den finanziellen Erfolg eines Unternehmens.²⁴ Da die Vorschrift nicht einmal einen Konkurrenzschutz gewährt²⁵, enthält sie erst recht keinen Schutz für marktstarke Unternehmen gegenüber schwächeren, die auf einer anderen Wirtschaftsstufe stehen. Schließlich kann auch nicht ein eventueller Verlust von Gehörsrechten aus z. B. Art. 103 Abs. 1 GG zugunsten des marktstarken Unternehmens in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden, weil es gerade darum geht, inwieweit durch den Gesetzgeber diese Gehörsrechte eingeschränkt werden können.

Da nur auf Seiten des Klägers verfassungsrechtliche Schutzgüter, und zwar von erheblichem Gewicht, vorhanden sind, kann

die Frage offenbleiben, ob und inwieweit auch ein „gesunder Mittelstand“, d.h. ein für das Funktionieren unseres Wirtschaftssystems mindestens erforderlicher Bestand an KMU, verfassungsrechtlich garantiert ist. Die Frage ist weder im Grundgesetz geregelt noch höchstrichterlich hinreichend geklärt. Immerhin hat das BVerfG z. B. die Erhaltung des Leistungsstandes und der Leistungsfähigkeit des Handwerks, die Sicherung des Nachwuchses für die gesamte gewerbliche Wirtschaft und die Vermeidung von Arbeitslosigkeit und Arbeitskräftemangel²⁶ als wichtige Gemeinschaftsinteressen bewertet, die im Rahmen von Art. 12 GG zu berücksichtigen sind²⁷. Ferner hat das BVerfG schon seit langem klargestellt, daß Gesetze selbstverständlich den Schutz des Mittelstandes zum Ziel haben können²⁸. Die vorgeschlagene GWB-Vorschrift dient sowohl einem effektiven Schutz des Eigentums und der Berufs- und Gewerbefreiheit der einzelnen Unternehmen und Unternehmer als auch dem Mittelstandsschutz²⁹.

bb) Verbürgt ist durch Art. 19 Abs. 4 GG ein effektiver Rechtsschutz³⁰: „wirklicher“ Zugang zum Gericht, ein bloß theoretisch bestehender, in Wahrheit aber nicht gangbarer (z. B. weil durch unzumutbare Hindernisse – etwa übermäßige Kostenrisiken³¹ – erschwerter) Rechtsweg genügt nicht³². Dabei darf auch die Exekutive ihr Verfahren nicht so anlegen, daß der gerichtliche Rechtsschutz ausgeschlossen oder unzumutbar erschwert würde³³.

Zwar haben die KMU theoretisch die Möglichkeit, u. a. Unterlassungsklage zu erheben und Anzeige bei den Kartellbehörden gegen marktstarke Unternehmen zu erstatten. Wegen des Roß und Reiter-Problems können sie jedoch davon keinen Gebrauch machen, so daß ihnen der Zugang zum Gericht in der Praxis versperrt ist.

cc) Der *Beibringungsgrundsatz* (oft auch Verhandlungsmaxime genannt) bedeutet, daß allein die Parteien den Streitstoff in den Zivilprozeß einführen, über seine Feststellungsbedürf-

19 Vgl. z. B. Johannes Mauder, Der Anspruch auf rechtliches Gehör, seine Stellung im System der Grundrechte und seine Auswirkung auf die Abgrenzungsproblematik zwischen Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit, 1986.

20 Art. 103 Abs. 1 Rdn. 16.

21 Art. 103 Abs. 1 Rdn. 19. Das BVerfG stellt weniger klar in früheren Entscheidungen darauf ab, ob sich unzweifelhaft ergibt, daß rechtsstaatlich unverzichtbare Erfordernisse nicht mehr gewährt sind (BVerfGE 57 S. 250 ff., 276). Zur neuen Rechtsprechung des BVerfG vgl. unten Abschnitt IV unter 1 b).

22 Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 8. Aufl. 1995, Art. 19 Rdn. 16 m. Hinw. auf BVerfGE 40 S. 275.

23 Näheres bei Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 1994, Art. 14 Rdn. 160.

24 Vgl. Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 12 Rdn. 38.

25 Vgl. Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 12 Rdn. 40 und 304, m. Nachw. der st. Rspr. des BVerfG.

26 BVerfGE 21 S. 245 ff.

27 Nachweise bei Schmidt-Bleibtreu/Klein (Fn. 22), Art. 12 Rdn. 14.

28 Vgl. z. B. BVerfGE 12 S. 292 ff., 299 (Schutz der mittelständischen Einzelhandelsgeschäfte); BVerfG, NJW 1976 S. 2119 m. w. N. seiner Rspr. ebenso z. B. Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 12 Rdn. 397.

29 Nach den Ausführungen von Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 12 Rdn. 386, müßte die GWB-Norm sogar geboten sein, da „keine staatliche Wirtschaftsaufsicht die wirtschaftliche Funktions- und Existenzfähigkeit privater Unternehmen gefährden darf; solche Gefährdungen wären mit dem Übermaßverbot stets unvereinbar (Verstoß gegen Art. 12 und Art. 14)“.

30 Vgl. statt vieler Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 19 Abs. 4 Rdn. 4 ff., und Lorenz, Das Gebot effektiven Rechtsschutzes des Art. 19 Abs. 4 GG, Jura 1983 S. 393 ff.

31 BVerfGE 11 S. 139 (143); ebenso Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 19 Abs. 4 Rdn. 242; vgl. auch Art. 3 I Rdn. 46; Wolfram Waldner, Aktuelle Probleme des rechtlichen Gehörs im Zivilprozeß, Diss. 1983, S. 98: Wenn es keine Prozeßkostenhilfe gäbe, wären Art. 3 GG und Art. 103 Abs. 1 GG verletzt.

32 Lorenz (Fn. 30), S. 394, m. Hinw. auf BVerfGE 40 S. 237 (256) und 40 S. 272 (275); ebenso von Münch/König, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 1992, Art. 19 Rdn. 62 – 66, insbes. Rdn. 64.

33 Lorenz (Fn. 30), S. 399; vgl. auch BVerfG, NJW 1982 S. 2175.

tigkeit entscheiden und seine Feststellung betreiben³⁴. Damit hat insbesondere der Kläger es in der Hand, den Streitgegenstand zu bestimmen und von vornherein zu begrenzen. Eine derart zulässige Begrenzung liegt vor, wenn der Kläger dem Gericht AGB zur rechtlichen Prüfung vorlegt, die von dem Verwender für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert sind und verwendet werden. Hier ist die Identität der jeweils betroffenen Adressaten der AGB nicht Gegenstand des Zivilprozesses. Der Richter kann und muß daher in dem Rechtsstreit entscheiden, ohne daß Feststellungen darüber zu treffen wären, welche Adressaten von den vorgelegten AGB im einzelnen betroffen sind.

Infolgedessen ist auch die Identifizierung des Klägers nicht erheblich für die Entscheidung. (Die Entscheidungserheblichkeit spielt gerade bei Art. 103 Abs. 1 GG eine große Rolle.³⁵)

Da die Entscheidungserheblichkeit fehlt, liegt kein Fall vor, in dem das Gericht bei Geheimhaltung des Namens des Klägers seiner Entscheidung eine Tatsache zugrunde legen würde, zu der der Beklagte nicht hat Stellung nehmen können³⁶ (Näheres dazu unten Abschnitt IV unter 1 b). Vielmehr spielt der Name des beschwerdeführenden Klägers für das Gericht bei Beurteilung eines Rundschreibens oder von AGB keine Rolle, so daß der Beklagte nicht in seinen Rechten aus Art. 103 Abs. 1 GG verletzt sein kann, wenn er den Namen nicht erfährt.

dd) Die neue Vorschrift würde auch mit dem jedermann zustehenden *Justizgewährungsanspruch*, der sich aus Art. 19 Abs. 4 GG bzw. aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitet³⁷, in Einklang stehen, da die vorgeschlagene Norm gerade dazu bestimmt ist, die Justizgewährungspflicht des Staates zu erfüllen:

Diese Pflicht besteht in erster Linie darin, den Zugang zu den Gerichten zu eröffnen und dabei allgemeine Rechtsschutzstandards bereitzuhalten³⁸. Zu diesen Standards gehören neben dem Fairneßgebot und der Waffengleichheit u. a. das Gebot des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG)³⁹.

Das Gebot fairen Verfahrens beruht nach herrschender Ansicht auf Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip. Es bedarf je nach den sachlichen Gegebenheiten der Konkretisierung und soll ganz allgemein verhindern, daß eine Partei im Prozeß überfahren, zurückgesetzt, alleingelassen oder mit unbilligen Lasten belegt wird⁴⁰. Durch das Recht auf ein faires Verfahren soll namentlich sichergestellt werden, daß der Bürger, der sich in verschiedenster Weise mit gerichtlichen Verfahren konfrontiert sieht, nicht zum bloßen Objekt eines solchen Verfahrens degradiert wird, sondern in seiner Rolle als Verfahrenssubjekt in Ansehung des gesetzlich dirigierte und richterlich gestalteten Verfahrensablaufs seine Bestätigung findet⁴¹.

An dieser Stelle wirkt sich entscheidend der Bebringungsgrundsatz aus. Dadurch, daß der Kläger den Streitgegenstand des Zivilprozesses von vornherein gewissermaßen auf eine abstrakte Prüfung der AGB des Beklagten begrenzt hat, wird dieser in seiner Rolle als Verfahrenssubjekt nicht beeinträchtigt. Im Rahmen des Streitgegenstandes, aber nur in diesem Rahmen, kann er Anträge stellen, Beweise erbringen und Äußerungen machen, die vom Gericht gehört werden müssen. Im Rahmen des Streitgegenstands hat der Beklagte also nach wie vor seine vollen Rechte als Prozeßpartei.

Das *Gebot der Waffengleichheit*, das von der Rechtsprechung zunächst für den Strafprozeß entwickelt wurde, aber inzwischen u. a. auch im Zivilprozeß gilt⁴², hat die Funktion einer Leitlinie, um den Verfahrensbeteiligten eine gleichgewichtige Position zu sichern. Besondere Wirkungen im Gerichtsverfahren hat es insbesondere für die Ausgestaltung der Prozeßmaximen, für die Art und Weise der Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts sowie für Voraussetzungen und Wirkungen von Prozeßhandlungen⁴³.

Wie oben zum Gebot der Fairneß dargelegt, stehen dem Beklagten die Rechte im Zivilprozeß vollständig zur Verfügung, so daß sein Risiko am Verfahrensausgang nicht höher ist als das des Klägers: Es besteht Waffengleichheit zwischen Kläger und Beklagtem, wenn die vorgeschlagene GWB-Norm gelten würde.

Der *Gehörgrundsatz des Art. 103 Abs. 1 GG* ist ein wichtiger Teilbereich des Gebotes fairen Verfahrens, Art. 103 Abs. 1 GG ist das speziellere Recht⁴⁴.

Die Spezialnorm des Art. 103 Abs. 1 GG gewährt jedoch nur ein Minimum an rechtlichem Gehör⁴⁵, sie gewährt vor allem „keinen Schutz gegen Entscheidungen, die den Sachvortrag eines Beteiligten aus Gründen des materiellen Rechts oder des Prozeßrechts unberücksichtigt lassen“⁴⁶. Genau dies wäre jedoch der Fall, wenn die vorgeschlagene GWB-Norm gelten würde: Der Vortrag des Beklagten, ihm den Namen des Klägers zu nennen, wäre aus Rechtsgründen vom Gericht nicht zu berücksichtigen, da der Streitgegenstand vom Kläger aufgrund des geltenden Bebringungsgrundsatzes von vornherein auf eine abstrakte Prüfung von AGB begrenzt wurde – Art. 103 Abs. 1 GG wäre nicht verletzt.

Art. 103 Abs. 1 GG gibt dem an einem gerichtlichen Verfahren Beteiligten ein Recht darauf, daß er Gelegenheit erhält, im Verfahren zu Wort zu kommen, namentlich sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt und zur Rechtslage zu äußern, Anträge zu stellen und Äußerungen zu machen⁴⁷. Dazu gehört im Vorfeld wirksamen rechtlichen Gehörs auch die *Akteneinsicht*⁴⁸. Bei der Akteneinsicht sind „auch gegensätzliche Schutzgüter, vor allem solche des Schutzes privater oder öffentlicher Geheimnisse oder der Sicherung der Akten gegen Vernichtung oder Beschädigung zu beachten. Die richtige Verhältnisbestimmung ist primär Aufgabe des Gesetzgebers. Seine typisierenden Normierungen bilden im Regelfall eine zulässige Konkretisierung und ausreichende Gewährleistung des in Art. 103 Abs. 1 GG angelegten Rechts“⁴⁹.

Bei der Akteneinsicht ist zwischen den Haupt- und Beiakten, die dem Einsichtsrecht unterliegen, sowie den „internen“ Akten des Gerichts, die nicht herausgegeben werden müssen, zu unterscheiden⁵⁰. Diese Differenzierung ist bei Geltung der neuen GWB-Vorschrift hilfreich.

34 Vgl. Mauder (Fn. 19), S. 26 m. w. N.

35 Vgl. Schmidt-Bleibtrew/Klein (Fn. 22), Art. 103 Rdn. 4 m. Nachw. der Rspr. insbes. des BVerfG; dazu ferner Waldner (Fn. 31), S. 63, 64: „Alles von den Parteien Vorgetragene muß zum Streitgegenstand in Beziehung stehen. Nur über ihn sollen sich die Parteien erklären können. Zum anderen muß alles Vorgetragene nach dem jeweiligen Streitstand bei objektiver Betrachtung potentiell sach erheblich sein, also die Entscheidungsreife fördern.“ Im Ergebnis ebenso Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 103 Abs. 1 Rdn. 86 und 97.

36 BVerfGE 6 S. 12 (14); 57 S. 250 (274). st. Rspr.

37 Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 19 Abs. 4 Rdn. 7.

38 Vgl. Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 103 Abs. 1 Rdn. 7 und besonders Art. 19 Abs. 4 Rdn. 16 ff.; ferner Waldner (Fn. 31), S. 32.

39 Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 19 Abs. 4 Rdn. 18.

40 Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 103 Abs. 1 Rdn. 9, m. umfangr. Nachw. der Rspr. und Literatur.

41 Peter J. Tettinger, Fairneß und Waffengleichheit, Schriftenreihe der Bundesrechtsanwaltskammer, Bd. 4, 1984, S. 8.

42 Tettinger (Fn. 41), S. 18.

43 Tettinger (Fn. 41), S. 18.

44 Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 103 Abs. 1 Rdn. 9.

45 Schmidt-Bleibtrew/Klein (Fn. 22), Art. 103 Rdn. 2, allg. Meinung.

46 Schmidt-Bleibtrew/Klein (Fn. 22), Art. 103 Rdn. 2 und 4, m. Nachw. der st. Rspr. des BVerfG.

47 Vgl. die bei Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 103 Abs. 1 Rdn. 67, zit. Rspr. des BVerfG.

48 Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 103 Abs. 1 Rdn. 74 und Art. 19 Abs. 4 Rdn. 255.

49 Maunz/Dürig/Herzog (Fn. 23), Art. 103 Abs. 1 Rdn. 74.

50 Vgl. Waldner (Fn. 31), S. 57/58.

Eine Verwirklichung der vorgeschlagenen Lösung des Roß und Reiter-Problems setzt wohl voraus, daß der Richter zwar den Namen des klagenden Unternehmens – über dessen Anwalt – erfährt, daß er diesen Namen aber nicht an den Beklagten weitergibt. Zweckmäßigerweise wird der Klägeranwalt von vornherein eine Klageschrift (sie gehört in die Hauptakte) erstellen, in welcher der Name des Klägers nicht genannt wird. Der Name des Klägers gehört vielmehr in die internen Unterlagen des Gerichts, die dem Beklagten nicht überlassen werden müssen, wenn er Akteneinsicht begehrt. Dies müßte eventuell durch eine gesetzliche Regelung abgesichert werden.

ee) Diese verfassungsrechtlichen Grundsätze und Vorschriften gelten in weitem Umfang nicht nur für das Gerichtsverfahren, sondern auch für das *Verwaltungsverfahren*. Allerdings gelten sie für das Verwaltungsverfahren zum Teil nur eingeschränkt. Dies ergibt sich z. B. für das Recht auf Gehör unmittelbar aus dem Wortlaut von Art. 103 Abs. 1 GG, der dieses Recht nur „vor Gericht“ gewährt. Wenn schon das vorgeschlagene Verfahren vor den Gerichten keinen entscheidenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, dann muß dies erst recht für eine neue Vorschrift gelten, die das Verfahren vor den Kartellbehörden betrifft.

ff) Der Text der vorgeschlagenen GWB-Norm ist auch deshalb mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen vereinbar, weil er sich bei der erforderlichen *Gesamtschau*⁵¹ als das mildeste Mittel darstellt: Dem Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* (Übermaßverbot)⁵² wird durch flankierende Maßnahmen (Sicherheitsleistung des Klägers, s.o. Abschnitt IV unter 1) und durch die Flexibilität der Regelung, bei der sämtliche Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu berücksichtigen sind, entsprochen. Der Richter bzw. die Behörde haben aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall zu entscheiden, ob die Anonymität des Klägers/Beschwerdeführers gewahrt werden muß oder nicht. Dabei sind im Gesetzesvorschlag die maßgebenden Entscheidungskriterien genannt: Es ist eine Abwägung vorzunehmen zwischen dem „erheblichen Interesse der einen Partei an der Geheimhaltung ihrer Identität“ und dem Interesse der anderen Partei, daß ihr „aus der Nichtkenntnis der geheimgehaltenen Tatsachen keine unzumutbaren Nachteile erwachsen“. Je nach dem, welche Gründe von den Parteien – über ihre Anwälte – vorgebracht werden, kann die Entscheidung für oder gegen eine Anonymität des Klägers/Beschwerdeführers lauten. Gegebenenfalls muß der Kläger dann seine Klage zurücknehmen, so daß es nicht zur Aufdeckung seiner Identität kommt.

b) Neue Rechtsprechung des BVerfG und des BGH

Der vorgeschlagene Lösungsweg kann sich auf die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG) und des BGH stützen.

Besonders die Rechtsprechung des BVerfG läßt in einigen Entscheidungen aus jüngster Zeit deutlich erkennen, unter welchen Voraussetzungen Art. 103 GG Einschränkungen unterliegt. Dies wird zur Lösung des Problems nutzbar gemacht.

Bereits in seinem Beschluß vom 11. 10. 1994 hat das BVerfG⁵³ zunächst ausgeführt, daß die Gerichte grundsätzlich nur solche Tatsachen verwerten dürfen, die sie selbst sowie die Prozeßparteien überprüfen konnten. Im entschiedenen Fall ging es um die Verwertung eines Gutachtens über die ortsübliche Vergleichsmiete, wobei die Vergleichswohnungen nicht benannt, sondern nur beschrieben wurden.

Das BVerfG stellte aber dann heraus, daß „Abstriche an dem Offenlegungsanspruch der Parteien gerechtfertigt sein können, wenn das Schweigen des Sachverständigen auf anerkennungswerten Gründen beruht und die Nichtverwertung eines Gutachtens zum materiellen Rechtsverlust eines Beteiligten führen würde . . . Die im rechtsstaatlichen Fairneßprozeß ver-

ankerte Pflicht des Gerichts, die tatsächlichen Grundlagen eines Gutachtens hinreichend zu überprüfen und daran auch die Parteien mitwirken zu lassen, verträgt Einschränkungen, soweit Rechte anderer beeinträchtigt würden.“

Der Beschluß des BVerfG⁵⁴ vom 2. 2. 1996 behandelt den besonders interessanten Fall, daß ein Ausländer dem Gericht seine ladungsfähige Anschrift nicht mitgeteilt hatte, sondern lediglich über seinen Rechtsanwalt erreichbar war. Hier billigte das BVerfG die Auffassung des Kammergerichts, welches „die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift nicht ausnahmslos als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Klage erachtet, sondern davon ausgeht, daß im Einzelfall hierauf verzichtet werden kann“. Dabei verweist das BVerfG auf seinen nichtveröffentlichten Beschluß vom 27. 1. 1994 – 1 BvR 1852/93. In diesem Beschluß bestätigte das BVerfG ein Urteil des Landgerichts Hamburg, in dem es heißt: „Im Einzelfall können triftige Gründe, insbesondere auch schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen, dazu führen, von dem Erfordernis der Benennung der Anschrift abzusehen.“

In den genannten Beschlüssen vom 27. 1. 1994 und 2. 2. 1996 hob das BVerfG hervor, daß auch der Kläger ein Grundrecht auf wirkungsvollen Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip) habe, das eine unzumutbare Erschwerung des Rechtsweges verbietet.

Auf dieser Linie des BVerfG liegt das wichtige Urteil des BGH⁵⁵ vom 18. 10. 1995. Der BGH geht in seiner Entscheidung – ebenso wie das BVerfG – von dem Grundsatz aus, daß der Prozeßgegner die Möglichkeit haben muß, Kenntnis von allen entscheidungserheblichen Tatsachen zu nehmen und die Angaben der darlegungs- und beweisbelasteten Partei selbst nachzuprüfen. Die Grundsätze des deutschen Zivilverfahrensrechts lassen es nach Auffassung des BGH in der Regel nicht zu, die von einer Partei geheimgehaltenen Tatsachen zu deren Gunsten zu verwenden (im vorliegenden Fall hatte sich der nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG klagende Verband geweigert, die Namen seiner Mitgliedsunternehmen bekanntzugeben). Allerdings stellte der BGH dann heraus, daß „eine davon abweichende Beurteilung ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann, wenn die darlegungs- und beweisbelastete Partei ein erhebliches rechtliches Interesse an der Geheimhaltung bestimmter innerbetrieblicher Informationen hat und dem Prozeßgegner aus der Verwertung der geheimgehaltenen Tatsachen keine unzumutbaren Nachteile erwachsen“.

Diese Formulierung des BGH wird in dem dargestellten Lösungsvorschlag der ArGeZ aufgegriffen und dahingehend präzisiert, daß auch die „Identität“ der Parteien schützenswert sein kann. Über die Schutzfähigkeit der Partei-Identität war in dem vom BGH am 18. 10. 1995 beurteilten Fall nicht zu entscheiden, so daß hierzu eine Aussage nicht angezeigt war. Daß die Identität der Parteien aber grundsätzlich schutzfähig ist, ergibt sich aus der oben zitierten Rechtsprechung des BVerfG, insbesondere aus seinem Beschluß vom 2. 2. 1996: Wenn schon bei der Klage eines Ausländers ausnahmsweise im Einzelfall auf die Angabe seiner ladungsfähigen Anschrift verzichtet werden kann, dann muß dies auch (und erst recht) möglich sein, wenn ein Unternehmen klagt, welches im Inland seinen Sitz hat und deshalb weit weniger als bei einem Ausländer die Gefahr besteht, daß sich der Kläger seinen Kostenerstattungspflichten entzieht. Der Fall, in dem der Beklagte die ladungsfähige Anschrift des Klägers nicht kennt, ist durchaus

51 BVerfGE 40 S. 135 ff. (146).

52 Dazu *Maunz/Dürig/Herzog* (Fn. 23), Art. 20 Abschn. VII Rdn. 71–76. Dabei heißt es unter Rdn. 76: Es bedarf keines besonderen Hinweises darauf, daß den politischen Führungsorganen gerade in dieser Frage ein beträchtlicher Raum eigener Abwägung zustehen muß.

53 BVerfG, NJW 1995 S. 40 ff.

54 BVerfG, NJW 1996 S. 1272 ff.

55 Vgl. Fn. 6.

vergleichbar mit dem hier zu beurteilenden Fall, in dem der Beklagte den Namen des Klägers nicht erfährt.

Gegen den vorgeschlagenen Lösungsansatz kann auch nicht eingewandt werden, daß der BGH in dem zitierten Urteil vom 18. 10. 1995 die Auffassung vertreten habe, bei Beurteilung der Verbandsklagebefugnis gem. § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG seien regelmäßig keine Ansatzpunkte für eine Ausnahme festzustellen, so daß der Verband die Namen seiner Mitglieder bekanntgeben müsse. Insbesondere folge der BGH nicht dem Argument, bei Bekanntgabe der Namen der Verbandsmitglieder würden diese unter Druck gesetzt, weil sie mit wettbewerblichen Gegenaktionen des in Anspruch genommenen Wettbewerbers zu rechnen hätten.

Dieser Einwand greift deshalb nicht durch, weil die Situation im Kartellrecht eine andere ist als im Bereich des UWG, zu dem sich der BGH geäußert hat⁵⁶: Im UWG-Prozeß stehen sich Mitbewerber gegenüber, während im GWB-Prozeß Lieferanten und Nachfrager bzw. Abnehmer und marktstarke Anbieter als Prozeßparteien auftreten, die also unterschiedlichen Wirtschaftsstufen angehören. Unter Konkurrenten wird der Satz des BGH, „unberechtigten Gegenschlägen ist mit den Mitteln des hierfür vorgesehenen staatlichen Rechtsschutzes zu begegnen“, wohl regelmäßig zutreffen, da im Anwendungsbereich des UWG keine auf Lieferverträgen basierende unmittelbare wirtschaftliche Abhängigkeit zwischen den Prozeßparteien bestehen kann, wie im Kartellbereich. Die ArGeZ macht den Vorschlag zur Lösung des Roß und Reiter-Problems daher auch nur für das GWB und nicht auch für das UWG.

c) Übereinstimmung des Lösungsansatzes mit geltenden Gesetzen/Regelungen

Durch die neue GWB-Vorschrift würden zunächst einmal Ungereimtheiten beseitigt werden, die sich aus der unterschiedlichen Behandlung von Verbänden und Unternehmen im GWB und im AGB-Gesetz ergeben. Bei der Verbandsklage, die im Rahmen von § 13 AGB-Gesetz erhoben wird, ist nicht erforderlich, daß der Wirtschaftsverband die Namen seiner Mitgliedsfirmen preisgibt, die den Anstoß zur Klageerhebung gegeben haben. Es ist nicht einzusehen, daß Firmen, die keinen Verband finden können, der ihre Sache vor Gericht vertritt (dazu oben Abschnitt II unter 2), schlechter als die Verbände behandelt werden. Dies muß erst recht im Kartellrecht gelten, wo die Anforderungen an den Kläger ohnehin besonders hoch sind: Er muß sich gegen einen marktbeherrschenden oder marktstarken Abnehmer zur Wehr setzen (vgl. § 26 Abs. 2 und Abs. 3 GWB), während der Beklagte im AGB-Prozeß nicht notwendig marktstark sein muß.

Der Lösungsvorschlag würde darüber hinaus mit einer Reihe von Regelungen in Einklang stehen, in denen der Gesetzgeber die Lösung eines in der Praxis auftretenden Problems für so dringend gehalten hat, daß er in Kauf nimmt, dabei in verfassungsrechtlich geschützte Positionen einzugreifen. Beispielsweise sei auf folgende Regelungen, die Parallelwertungen und Rückschlüsse auf den vorgeschlagenen Lösungsweg erlauben, hingewiesen:

- Das deutsche Kartellrecht enthält eine Regelung, wonach Entscheidungen unter Umständen sogar auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden können, zu denen die Beteiligten sich nicht äußern konnten. Nach § 70 Abs. 1 Satz 2 und 3 GWB kann das Beschwerdegericht dies in seinen Beschlüssen tun, „soweit Beigeladenen aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Fabrikations-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, Akteneinsicht nicht gewährt und der Akteninhalt aus diesen Gründen auch nicht vorgetragen worden ist“.

Eine entsprechende Regelung gilt nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GWB für die Kartellbehörden, wenn sie Einsicht in Vorakten, Beiakten und Gutachten zu gewähren oder Auskünfte zu erteilen haben.

Es liegt nahe, nicht nur bei z. B. Geschäftsgeheimnissen, sondern erst recht dann, wenn die Existenz eines Beteiligten auf dem Spiel steht, den Anspruch auf rechtliches Gehör einzuschränken und zwar notwendig dann auch gegenüber den unmittelbar Verfahrensbeteiligten.

- Eine sehr interessante Regelung ist in § 19 des neuen Markengesetzes enthalten. Danach hat der Verletzer einer Marke dem Markeninhaber gegenüber Auskunft zu geben über die Herkunft und den Vertriebsweg der Piraterieware. Hierzu gehört unter anderem nach § 19 Abs. 2 MarkenG grundsätzlich auch, daß Namen und Anschrift des Herstellers, des Lieferanten und anderer Vorbesitzer mitgeteilt werden. Diese Auskunftspflicht besteht jedoch nach § 19 Abs. 1 MarkenG nicht, wenn „dies im Einzelfall unverhältnismäßig ist“.

Hier wurde der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der das gesamte deutsche Recht beherrscht, ausnahmsweise in den Gesetzestext aufgenommen, um einen besonders sensiblen Anwendungsbereich zu klären. Nichts anderes würde letztlich getan, wenn die vorgeschlagene GWB-Norm geschaffen würde. Eine gesetzliche Regelung ist notwendig, um den Gerichten und Kartellbehörden eine eindeutige Entscheidungsgrundlage zu geben⁵⁷.

- Der Strafanspruch des Staates tritt unter Umständen zurück, wenn die Staatsanwaltschaft Ermittlungen anstellt. Hier gilt zunächst ein Verbot unnötiger Bloßstellung des Beschuldigten, vgl. Nr. 4 a Richtlinien über das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren⁵⁸. Dabei ist die Bezeichnung des Beschuldigten insbesondere im Schriftverkehr mit anderen Behörden und Personen nach Möglichkeit zu vermeiden. Erst recht muß die Staatsanwaltschaft auf denjenigen Rücksicht nehmen, der das Ermittlungsverfahren durch Anzeige in Gang gesetzt hat. Daher sind z. B. auch Zeugen oder andere Personen nach Nr. 130 a dieser Richtlinien besonders zu schützen: „Besteht Anlaß zu der Besorgnis, daß durch die Angabe des Wohnortes oder durch die Offenbarung der Identität oder des Wohn- oder des Aufenthaltsortes der Zeuge oder eine andere Person gefährdet werden, so prüft der Staatsanwalt, ob Schutzmaßnahmen erforderlich sind. Unter den Voraussetzungen des § 68 Abs. 2 oder 3 StPO wirkt er darauf hin, daß dem Zeugen gestattet wird, seinen Wohnort oder seine Identität nicht preiszugeben“.

- Nach Nr. 16 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren ist bei der Erörterung von Eintragungen im Bundeszentralregister darauf zu achten, daß dem Beschuldigten oder seiner Familie durch das Bekanntwerden der eingetragenen Tatsachen keine Nachteile entstehen, die vermeidbar sind oder zur Bedeutung der Strafsache außer Verhältnis stehen. Werden die Akten an andere Behörden versandt, so ist die Registerauskunft zurückzuhalten; wird ihnen Akteneinsicht gewährt, so ist die Registerauskunft sogar aus den Akten herauszunehmen.

Noch deutlicher stellen die Richtlinien für das Strafverfahren und Bußgeldverfahren in Nr. 23 den Schutz aller Beteiligten in den Vordergrund, wenn es um die Zusammenarbeit der Staatsanwaltschaft mit Presse und Rundfunk geht: „Auch ist im Einzelfall zu prüfen, ob das Interesse der Öffentlichkeit an einer vollständigen Berichterstattung gegenüber den Persönlichkeitsrechten des Beschuldigten oder anderer Beteiligter, insbesondere auch des Verletzten, überwiegt. Eine unnötige Bloßstellung dieser Person ist zu vermeiden. Dem allgemeinen Informationsinteresse der Öffentlichkeit wird in der Regel ohne Namensnennung entsprochen werden können“.

56 Auch *Teplitzky* nimmt in GRUR 1995 S. 627 ff. (S. 631 Fn. 44) nur zur UWG-Problematik und nicht zum GWB Stellung.

57 Vgl. z. B. *Schmidt-Bleibtreu/Klein* (Fn. 22), Rdn. 16 zu Art. 19.

58 Abgedr. bei *Piller-Hermann*, Justizverwaltungsvorschriften, Losebl., 4. Aufl.

• Der Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG kann Einschränkungen durch die Rechte anderer Beteiligter oder Dritter erfahren, die nach Maßgabe des Prozeßrechts gegen Ausforschungen, gefährliche Ermittlungstechniken und unzumutbare Offenbarung ihrer Geheimnisse geschützt sind⁵⁹. Damit sind zahlreiche Vorschriften gemeint, z. B. §§ 98, 99 VwGO, § 76 Abs. 1 Satz 4 FGO, § 119 SGG, §§ 383 ff. ZPO⁶⁰.

• Auch das EG-Recht kennt Geheimhaltungspflichten. So sind nach Art. 214 EG-Vertrag alle Organe und Bediensteten der Gemeinschaft verpflichtet, „auch nach Beendigung ihrer Amtstätigkeit, Auskünfte, die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen, nicht preiszugeben; dies gilt insbesondere für Auskünfte über Unternehmen sowie deren Geschäftsbeziehungen oder Kostenelemente“. Damit ist auch die Preisgabe von Namen von Unternehmen erfaßt, wenn zu befürchten ist, daß diesen Unternehmen anderenfalls ein Schaden entstehen kann⁶¹.

Als weiteres Beispiel sei auf Art. 8 Abs. 3 der Verordnung (EWG) Nr. 3017/79 des Rates vom 20. 12. 1979 über den Schutz gegen gedumpte oder subventionierte Einfuhren aus nicht zur EWG gehörenden Ländern⁶² hingewiesen: „Informationen werden in der Regel dann als vertraulich behandelt, wenn sich ihre Bekanntgabe wahrscheinlich in erheblichem Grade nachteilig auf den Auskunftgeber oder die Informationsquelle auswirken würde.“

Aus alledem ergibt sich, daß gegen die vorgeschlagene GWB-Norm keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen, vielmehr zahlreiche Rechtsvorschriften existieren, die positive Rückschlüsse auf den zur Diskussion gestellten Lösungsansatz erlauben. Es bietet sich daher an, das für viele KMU existentiell wichtige Roß und Reiter-Problem durch eine neue Verfahrensvorschrift des GWB zu lösen, die sich auf die aktuelle Rechtsprechung des BVerfG und des BGH stützen kann.

2. Vorschlag zur Änderung des § 26 Abs. 3 GWB

Hinsichtlich der notwendigen Neuformulierung des § 26 Abs. 3 GWB (dazu Abschnitt II unter 2) schlägt die ArGeZ – in weitgehender Übereinstimmung mit Schmidt⁶³ – vor, den Text von § 26 Abs. 3 Satz 1 GWB wie folgt zu erweitern:

„Marktbeherrschende Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 dürfen ihre Marktstellung nicht dazu ausnutzen, andere Unternehmen im Geschäftsverkehr zu veranlassen, ihnen ohne sachlich gerechtfertigten Grund Vorzugsbedingungen, insbesondere Bedingungen zu gewähren, die den Grundsätzen des lautereren oder der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufen, auch wenn anderen Anbietern oder Nachfragern vergleichbare Vorzugsbedingungen gewährt werden.“

Die kursiven Passagen enthalten die vorgeschlagenen Ergänzungen. Im übrigen erfolgte die Formulierung in Anlehnungen an § 28 Abs. 2 GWB, wo die Wettbewerbsregeln definiert sind und wo ebenfalls auf einen Verstoß gegen die Grundsätze des lautereren oder leistungsgerechten Wettbewerbs abgestellt wird.

Zur Erläuterung des Vorschlags sei darauf hingewiesen, daß auch bei Geltung des neuen § 26 Abs. 3 Satz 1 GWB ein Verstoß gegen anerkannte Fairneßregeln nicht automatisch dazu führen wird, daß die Voraussetzungen von § 26 Abs. 3 GWB zu bejahen sind. Vielmehr hat die Behörde/der Richter bei einem behaupteten Verstoß gegen die Fairneßregeln zu prüfen, ob den marktstarken Unternehmen tatsächlich Bedingungen gewährt werden, „die den Grundsätzen des lautereren oder der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs zuwiderlaufen“ oder nicht. Dieses Tatbestandsmerkmal ist eigenständig zu prüfen und z. B. nicht erfüllt, wenn die Fairneßregel, gegen die verstoßen wurde, veraltet ist.

Ein Verstoß gegen anerkannte Fairneßregeln ist also nach wie vor lediglich ein Indiz dafür, daß entgegen den Grundsätzen

des lautereren oder leistungsgerechten Wettbewerbs gehandelt wurde.

Der entscheidende Vorteil des neuen § 26 Abs. 3 Satz 1 GWB liegt darin, daß ein Verstoß gegen anerkannte (aktuelle) Fairneßregeln anders als zur Zeit eine Sanktion gegen den Verletzer auslösen würde, ohne daß weitere Umstände hinzutreten müssen, wie das zur Zeit noch erforderlich ist. Denn § 26 Abs. 3 GWB dürfte – ebenso wie § 26 Abs. 2 GWB (unstreitig) – ein Schutzgesetz im Sinne von § 35 Abs. 1 GWB sein⁶⁴, so daß die Unternehmen selbst wie auch die Verbände (vgl. § 35 Abs. 3 GWB) Unterlassungs- bzw. Schadenersatzklage erheben und mit einem Verstoß gegen eine anerkannte Fairneßregel bzw. gegen die Grundsätze des lautereren und leistungsgerechten Wettbewerbs begründen können. Demgegenüber enthalten die §§ 28 – 33 GWB, in denen die Wettbewerbsregeln behandelt werden – die Fairneßregeln stellen regelmäßig wohl (nicht eingetragene) Wettbewerbsregeln im Sinne von § 28 Abs. 2 GWB dar –, jedoch keine Schutzgesetze gemäß § 35 Abs. 1 GWB.

Im übrigen ist zu der vorgeschlagenen Änderung von § 26 Abs. 3 GWB zu bemerken, daß durch die in den Text aufgenommene Formulierung „auch wenn anderen Anbietern oder Nachfragern vergleichbare Vorzugsbedingungen gewährt werden“, die in Abschnitt II unter 3 aufgezeigten Lücken im Gesetz geschlossen werden sollen:

- Anwendbarkeit der Vorschrift auch in den Fällen, in denen Wettbewerbern des marktstarken Unternehmens bereits gleiche oder ähnliche Vorzugsbedingungen eingeräumt werden;
- Anwendbarkeit der Vorschrift nicht nur gegenüber Nachfragern, sondern auch gegenüber Anbietern.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Ein Ziel dieses Beitrages ist es, den interessierten Kreisen deutlich zu machen, daß die mißbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht keineswegs in der Praxis zurückgeht oder an Bedeutung eingebüßt hat. Vielmehr muß dieses Problem möglichst bald einer Lösung zugeführt werden; dabei bietet es sich an, hierbei die laufende GWB-Reform zu nutzen.

Entgegen der Auffassung des Bundeskartellamtes⁶⁵ kann auf eine alsbaldige Lösung nicht deshalb verzichtet werden, weil die beanstandeten Verhaltensweisen von Nachfragern möglicherweise „lediglich Ausdruck eines notwendigen und unvermeidlichen Strukturwandels“ sind. Selbst wenn diese Einschätzung des Bundeskartellamtes zutreffen sollte – sie wird

59 *Maunz/Dürig/Herzog* (Fn. 23), Art. 19 Abs. 4 Rdn. 225; BVerfGE 38 S. 105 (114 ff.).

60 Weitere Vorschriften sind genannt bei *Maunz/Dürig/Herzog* (Fn. 23), Art. 19 Abs. 4 Rdn. 225.

61 Vgl. *Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd. 2, 1983, Rdn. 16 und 18 zu Art. 214; im Ergebnis ebenso *Geiger*, EG-Vertrag, Kommentar, 1993, Rdn. 3 und 4 zu Art. 214: Schutzwürdig sind Tatsachen und Sachverhalte, wenn sie nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und ein anzuerkennendes Geheimhaltungsinteresse besteht. Das gilt auch für die Identität eines Informanten, dessen Anonymität zugesichert wurde (EuGH, Slg. 1985 S. 3539 – Adams).

62 ABIEG 1979 Nr. L 339 S. 1.

63 *Ingo Schmidt*, Handelskonzentration, Nachfragemacht und 6. GWB-Novelle, WuW 1997 S. 101 ff., 118.

64 Dazu gibt es offenbar noch keine Rechtsprechung. Nach herrschender Meinung im Schrifttum (vgl. *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 1994, Rdn. 19 zu § 35 m. w. N.) ist § 26 Abs. 3 nur Schutzgesetz zugunsten der beeinträchtigten anderen Nachfrager.

65 *Wolf*, Präsident des Bundeskartellamtes, in seinem „Bericht zur Nachfragemacht für den Wirtschaftsausschuß des Deutschen Bundestages“ vom 12. 1. 1996 (Ausschuß-Drucksache 164/13), vgl. S. 1 sowie 5 und 7, 8.

von der ArGeZ nicht geteilt – , muß ein notwendiger Strukturwandel mit fairen Mitteln und ohne Machtmißbrauch vollzogen werden⁶⁶. Denn nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, daß wirklich die leistungsstärksten KMU den Ausleseprozeß überleben und daß die Anzahl der KMU nicht mehr als nötig reduziert wird. Immerhin stellen die KMU in Deutschland 99,6 % aller Umsatzsteuerpflichtigen Unternehmen und 64 % der Arbeitsplätze!⁶⁷

Eine wirksame Bekämpfung von Nachfragemacht setzt zwingend voraus, daß das sog. Roß und Reiter-Problem (die Anonymität des beschwerdeführenden Unternehmens muß gewahrt werden) endlich gelöst wird. Dieses Problem stellt sich im wesentlichen dadurch, daß Mißbrauch von Nachfragemacht im Wege von Rundschreiben, AGB und QSV betrieben wird, die an eine Vielzahl von Adressaten gerichtet sind. Gerade dies eröffnet die Lösung des Roß und Reiter-Problems, wobei die jüngste Rechtsprechung des BVerfG und des BGH den Lösungsweg aufzeigt, der in einer neuen Verfahrensvorschrift des GWB seinen gesetzgeberischen Ausdruck finden sollte. Vorgeschlagen wird eine Regelung, die der Kartellbehörde und dem Richter im Einzelfall die Möglichkeit gibt, die Identität des beschwerdeführenden Unternehmens gegenüber dem marktstarken Unternehmen nicht zu offenbaren, wenn eine Abwägung der beiderseitigen Interessen dies rechtfertigt:

„Wenn eine Partei ein erhebliches Interesse an der Geheimhaltung ihrer Identität oder bestimmter innerbetrieblicher Informationen hat und der anderen Partei aus der Nichtkenntnis der geheimgehaltenen Tatsachen keine unzumutbaren Nachteile erwachsen, ist ihr keine Kenntnis davon zu geben.“

Neben der Lösung des Roß und Reiter-Problems sollte sichergestellt werden, daß möglichst viele mißbräuchliche Verhal-

tensweisen marktstarker Nachfrager und Anbieter abgewehrt werden können. Hierzu wird eine Ergänzung von § 26 Abs. 3 GWB vorgeschlagen.

Das wichtigste Ziel dieses Beitrages ist es, die Diskussion über die Lösung des Roß und Reiter-Problems mit einem neuen Vorschlag zu beleben. Zwar sind sich viele Beteiligte – gemeint sind vor allem die politischen Parteien, das Bundeswirtschaftsministerium, das Bundeskartellamt und der Bundesverband der Deutschen Industrie – darin einig, daß das Roß und Reiter-Problem gelöst werden sollte. Da die bisherigen Diskussionen zu diesem Thema die Schwierigkeiten einer jeden Problemlösung deutlich gemacht haben, scheint sich jedoch eine gewisse Resignation breitgemacht zu haben. Der neue Lösungsansatz sollte Hoffnung geben, diesem Kardinalproblem des Kartellrechts endgültig die Spitze zu nehmen, indem die Diskussion – über alle Lösungsvorschläge – intensiviert geführt wird.

Zur Lösung bedarf es allerdings einer positiven Einstellung, die geprägt ist von dem Willen, notfalls auch neue Wege zu beschreiten, um Mißbrauch von Marktmacht effektiv zu bekämpfen, so daß die KMU eine faire Entwicklungschance im Rahmen eines echten Leistungswettbewerbs haben. Die in der ArGeZ zusammengeschlossenen Wirtschaftsverbände unterstützen die hier gemachten Vorschläge. Weitere Verbände werden sich voraussichtlich dem bald anschließen.

66 Vgl. Baumbach/Hefermehl (Fn. 9), Allg. UWG Rdn. 87: „Die Wettbewerbsfreiheit gibt keinen Freibrief für unlautere Verhaltensweisen.“

67 Die Angaben beziehen sich auf die alten Bundesländer im Jahre 1990. Quelle: Unternehmensgrößenstatistik 1992/93, BMWi-Studienreihe Nr. 80, S. 14.