

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 44

**Banken in der
kartellrechtlichen Fusionskontrolle**

Von

Dr. Michael Purrucker



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

MICHAEL PURRUCKER

Banken in der kartellrechtlichen Fusionskontrolle

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 44

Banken in der kartellrechtlichen Fusionskontrolle

Von

Dr. Michael Purrucker



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 05298 6

Vorwort

Die Arbeit hat der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen im Sommersemester 1982 als Dissertation vorgelegen.

Herrn Prof. Dr. Ulrich Immenga danke ich herzlich für die Anregung zur Bearbeitung dieses interessanten Themas und ihre großzügige Förderung. Dank schulde ich auch Herrn Prof. Dr. Johannes Broermann für die Aufnahme der Abhandlung in die „Schriften zum Wirtschaftsrecht“.

Göttingen, im August 1982

Michael Purrucker

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	17
B. Die Rolle der Banken bei Fusionen	18
I. Vorbemerkung	18
II. Zusammenschlüsse zwischen Banken	18
1. Umfang der Banken — Banken-Beteiligungen	18
2. Bestimmungsgründe	19
a) Entstehung der Westdeutschen Landesbank	19
b) Beteiligungspolitik der Girozentralen	20
c) Weitere Bestimmungsgründe	21
aa) Angleichung der Aufgaben	21
bb) Eintritt in das internationale Geschäft	22
cc) Probleme des Privatbankenbereiches	22
dd) Der Genossenschaftssektor	24
3. Rechtsnormative und rechtspolitische Fusionsursachen	24
a) Die Bankenaufsicht	25
aa) „Vier-Augen-Prinzip“	25
bb) Der Begriff des haftenden Eigenkapitals im KWG ...	25
aaa) Großkredite	25
bbb) Die Grundsätze über das Eigenkapital und die Liquidität der Kreditinstitute	26
cc) Die de-facto-Anbindung der Bankenaufsicht an die Einlagensicherung	27
b) Das Hypothekendarbankgesetz	27
aa) Das Spezialbankprinzip	27
bb) Das Fusionsinteresse der Hypothekendarbanken	29
cc) Zusammenfassung	29
c) Reaktionen auf rechtspolitische Forderungen	30
III. Zusammenschlüsse zwischen Banken und Unternehmen des banknahen Bereiches	31
IV. Zusammenschlüsse zwischen Banken und Nichtbanken	32
1. Umfang	32

2. Stand der Diskussion	33
3. Ungeplante Beteiligungen	34
a) Fehlgeschlagene Emissionen	34
b) Kurspflege	35
c) Die Umwandlung notleidender Kredite	36
4. Geplante Beteiligungen	36
a) Beteiligungshandel	36
b) Rentabilitäts Gesichtspunkte	37
aa) Ertragsausgleich und Bildung stiller Reserven	37
bb) Einflußnahme auf Unternehmen	39
V. Die Rolle der Banken beim Zusammenschluß von Nichtbanken- unternehmen	41
C. Kreditinstitute und Wettbewerb: Normen in GWB und KWG	43
I. Die Bereichsausnahme (§ 102 GWB)	43
1. Umfang der Freistellung	43
2. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Fusionskontrolle	44
II. § 12 KWG: Beschränkung des Anteilsbesitzes?	45
III. § 98 Abs. 1 GWB: Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute	46
IV. Weitere Sonderregeln in GWB und KWG	47
D. Das Tatbestandsmerkmal „beherrschender Einfluß“ in § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB	49
I. Die zentrale Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „beherrschender Einfluß“ für die vorliegende Untersuchung	49
II. Das Verhältnis der Nrn. 1 - 4 zu Nr. 5 in § 23 Abs. 2 GWB	50
III. Der „beherrschende Einfluß“ in § 23 Abs. 2 Nr. 5 GWB	52
1. Die Bedeutung der aktienrechtlichen Interpretation „beherrschenden Einflusses“ für das Wettbewerbsrecht	52
a) Das Tatbestandsmerkmal „beherrschender Einfluß“ im AktG	52
b) Übernahme der aktienrechtlichen Interpretation?	54
2. ratio legis	55
a) „weite Auslegung“	55
aa) „Zweistufenargument“	55
bb) Widerstände gegen eine Beherrschung	58

b) Die Einflußobjekte	59
aa) Ressourcen	60
bb) Marktverhalten	63
c) Art und Intensität der Verbindung	65
aa) Das Insolvenzzargument	65
bb) Systematische Überlegungen: die 25-%-Schwelle als Auslegungskriterium	70
d) Beeinträchtigung der Rechtssicherheit?	73
aa) Die Systematik des § 23 Abs. 2	73
bb) Berücksichtigung aller Umstände	74
3. Zwischenergebnis	75
E. Die Zusammenschlußtatbestände im einzelnen	77
I. Vermögenserwerb (§ 23 Abs. 2 Nr. 1)	77
1. Probleme	77
2. Die Übertragung von Anteilen zur Sicherung — ein Zusammenschluß i. S. v. § 23 Abs. 2?	78
3. Exkurs: Der Zusammenschluß öffentlich-rechtlicher Banken	80
a) Anzeige-, Anmeldepflicht	80
b) Hoheitsakte	81
4. Zweigstellenübertragungen	82
II. Anteilserwerb	83
1. Bezugsgrößen	83
2. Bedeutung	83
3. Bilanzierung	85
4. Anlagekredite und Vollmachtstimmrecht im Rahmen von § 23 Abs. 2 Nr. 2	85
5. Die Verbundklausel	86
III. Herbeiführung von Personengleichheit	88
IV. Die Generalklausel § 23 Abs. 2 Nr. 5	90
1. Einführung	90
2. Vollmachtstimmrecht	91
a) Gesetzliche Ausgestaltung	91
b) Bedeutung	92
c) Instrument Vollmachtstimmrecht	96

d) Aktionärswille oder Depotbankeinfluß?	99
aa) Das Aktionärsinteresse	100
bb) Widerspruch und Abwanderung	102
aaa) Widerspruch	103
bbb) Abwanderung	105
e) Ergebnis	106
3. Aufsichtsratsmandate	109
4. Kreditbeziehungen	109
a) Vorbemerkung	109
b) Abhängigkeit durch eine Kreditbeziehung an sich?	110
aa) Gewöhnliche Kreditverträge	110
bb) Hausbankbeziehungen	112
c) Abhängigkeit durch Sicherungsabreden?	113
d) Abhängigkeit durch Androhung der Kreditkündigung? ..	118
e) Ergebnis	120
5. Die Kumulation von Eigenbesitz und Vollmachtstimmen	120
a) Bedeutung	120
b) Wertung	122
c) Ergebnis	122
6. Die Kumulation von Eigenbesitz, Vollmachtstimmen, Auf- sichtsratsmandaten und Kreditbeziehungen	123
7. Beherrschungsmöglichkeit durch mehrere Banken?	129
8. Zusammenschluß(vorhaben) und Untersagung: Rechtsfolgen	133
a) Übersicht	133
b) Zusammenschlüsse auf Grund der Vertretung von Voll- machtstimmen bzw. deren Kumulation mit Eigenbesitz ..	133
aa) Präventivkontrolle	133
aaa) Anmeldepflicht	133
bbb) Vollzugsverbot	135
bb) Nachträgliche Kontrolle	135
aaa) Anzeigepflicht und Vollzugsverbot	135
bbb) Auflösung	135
c) Zusammenschlüsse auf Grund einer Kumulation von Stimmrechten (mindestens 20%) mit weiteren Einfluß- möglichkeiten	138
aa) Präventivkontrolle	138
bb) Nachträgliche Kontrolle	138
d) Zusammenschlüsse auf Grund der Möglichkeit einer Kre- ditkündigung aus wichtigem Grund	139
aa) Präventivkontrolle	139

Inhaltsübersicht	11
bb) Nachträgliche Kontrolle	139
aaa) Anzeigepflicht und Vollzugsverbot	139
bbb) Auflösung	140
e) Zusammenschlüsse auf Grund extensiver Sicherungs- abreden	141
aa) Präventivkontrolle	141
bb) Nachträgliche Kontrolle	141
V. Die „Bankenklausel“ (§ 23 Abs. 3 Satz 2)	142
1. Allgemeines	142
2. Privilegierung nur für Unternehmen in der Rechtsform der AG?	144
3. „Veräußerung auf dem Markt“	145
4. Das Verhältnis zwischen Bankenklausel und Präventivkon- trolle	146
F. Das Eingreifen der Fusionskontrolle	149
I. Die gesetzliche Regelung	149
1. Systematik	149
2. Einige grundsätzliche Bemerkungen zur Auslegung von § 22 Abs. 1	150
a) Identität des Marktbeherrschungsbegriffs bei Mißbrauchs- aufsicht und Fusionskontrolle?	150
b) Wettbewerbs- und Einzelmarktbezug	151
c) Die Stellung des Kriteriums „Marktanteil“	152
d) Marktbeherrschung auch auf der Nachfragerseite?	155
3. Grenzen der weiteren Untersuchung	156
4. Die Begriffe „Entstehung“ und „Verstärkung“	157
II. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung beim Zusammenschluß zwischen Banken	158
1. Typizität eines Interbankenzusammenschlusses	158
2. Die sachlich relevanten Märkte	160
a) Möglichkeiten der Abgrenzung	160
b) Einzelne Märkte, Marktanteile	162
c) Exkurs: Der Markt für Beteiligungen und Unternehmen	165
3. Der räumlich relevante Markt	169
III. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bei einem Zusammenschluß zwischen einer Bank und einer Nichtbank	169

1. Typizität und Gefahren eines derartigen Zusammenschlusses	169
a) Problemstellung	169
b) Die Problematik konglomerater Fusionen	170
aa) „Konglomeration“ und „Diversifikation“	170
bb) Konglomerate Interdependenz	171
cc) „deep pocket“	172
aaa) Verdrängungskämpfe	172
bbb) Hilfe in Krisenzeiten	172
ccc) Gefahr weiterer Konzentration	174
dd) reciprocal dealing	174
ee) Kopplungsverkäufe	175
ff) Beseitigung potentiellen Wettbewerbs	176
aaa) Wegfall des konglomerierenden Unternehmens als potentieller Wettbewerber	176
bbb) „Die Auswirkungen der Konglomeration auf fremde potentielle Konkurrenten“	176
gg) Ergebnis	177
c) Vertikale Aspekte	178
2. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bei der <i>Bank</i>	179
a) Vertikale Integration	179
b) Die Einlagenpolitik der öffentlichen Hände	180
3. Die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bei dem <i>Nichtbankunternehmen</i>	181
a) Vorbemerkung	181
b) Der Begriff Finanzkraft in Rechtsprechung und Literatur	182
aa) Definition	182
bb) Messung	184
c) Finanzkraftwirkungen	188
d) Die Finanzkraft bei Banken	189
e) Die Zurechenbarkeit von Bankfinanzkraft	193
f) Die weiteren „Ressourcenvorteile“	196
VI. Ausblick	198
Schrifttumsverzeichnis	199

Abkürzungsverzeichnis

Die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wurden ohne Gesetzesangabe zitiert.

a. A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AR	Aufsichtsrat
AT	Allgemeiner Teil
BAKred	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen
BB	Betriebsberater
BBanKG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank
Bd.	Band
BewertungsG	Bewertungsgesetz
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)
BHC	Bank Holding Companies
BKartA	Bundeskartellamt
BörsenG	Börsengesetz
BT	Bundestag(s)
DB	Der Betrieb
Die AG	Die Aktiengesellschaft (Monatsschrift)
EG	Europäische Gemeinschaften
EGAktG	Einführungsgesetz zum Aktiengesetz
ERP	European Recovery Program
ESTG	Einkommensteuergesetz
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FK	Frankfurter Kommentar
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
F.T.C.	Federal Trade Commission

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRuR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Monatsschrift)
GU	Gemeinschaftsunternehmen
GuV	Gewinn und Verlust
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Halbs.	Halbsatz
HB	Handelsblatt
h. M.	herrschende Meinung
HV	Hauptversammlung
HypBankG	Hypothekendarlehenbankgesetz
iSd	im Sinne des (der)
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
Jhrg.	Jahrgang
JuS	Juristische Schulung
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KK	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KWG	Kreditwesengesetz
Kza	Kennzahl
Lit.	Literatur
lit.	litterum
MK	Monopolkommission
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nds	Niedersachsen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
öff.	öffentlich(en)
öff.-rechtl.	öffentlich-rechtlich(en)
oHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
o. V.	ohne Verfasserangabe
pVV	positive Forderungsverletzung
Rdnr.	Randnummer
Reg.	Regierung(s)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
Rspr.	Rechtsprechung
Sec.	Section
Stat.	Statutes at Large
TB	Tätigkeitsbericht
Tz	Textziffer
U.S.C.	United States Code
u. U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb

v.	versus
VO	Verordnung
vol.	volume
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WSI- Mitteilungen	Zeitschrift des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts des Deutschen Gewerkschaftsbundes
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Monatsschrift)
WuW/E	Entscheidungssammlung der Zeitschrift Wirtschaft und Wett- bewerb
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche For- schung
ZfgK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

A. Einleitung

Die jahrzehntealte¹ und in den siebziger Jahren eskalierte Auseinandersetzung um die „Macht der Banken“ soll mit der vorliegenden Arbeit nicht durch einen weiteren Beitrag fortgesetzt werden. Ihr liegt ein anderer Ansatz zugrunde.

Bei der Schaffung des Kartellgesetzes im Jahre 1957, das noch keine Konzentrationskontrolle kannte, wurden die Kreditinstitute als eine von mehreren Branchen von wichtigen Normen des GWB ausgenommen und lediglich einer Mißbrauchsaufsicht unterstellt. Der Gesetzgeber der zweiten GWB-Novelle 1973, mit der die Fusionskontrolle geschaffen wurde, hat diese Entscheidung nicht wiederholt. Dies ist bemerkenswert, da die Konzentrationskontrolle eine mindestens ebenso große Bedeutung besitzt wie das Kartellverbot. Das „Konzentrationsprivileg“² hätte eine andere Entscheidung näher gelegt. Die Fragwürdigkeit der Schaffung des Ausnahmereiches 1957 wird auch hierdurch deutlich.

Gleichzeitig wird klar, daß Kreditinstitute der Fusionskontrolle grundsätzlich unterliegen. Eine begrenzte Privilegierung stellt die sog. „Bankenklausel“ (§ 23 Abs. 3 Satz 2) dar. Kreditinstitute sind, wie Unternehmen anderer Branchen auch, konzentrationsmäßig häufig involviert. Von daher ist es reizvoll zu untersuchen, ob diese Betroffenheit durch die den Banken zugeschriebenen „Machtmittel“ größer ist, als gemeinhin angenommen wird und ob bzw. wie diese Mittel im System der Fusionskontrolle des GWB einzuordnen sind.

¹ Vgl. bereits *Jakob Riesser*, Die deutschen Großbanken und ihre Konzentration im Zusammenhang mit der Entwicklung der Gesamtwirtschaft in Deutschland, 4. Auflage, Jena 1912.

² Hierzu *Immenga* in *Immenga/Mestmäcker* § 1 Rdnr. 506.

B. Die Rolle der Banken bei Fusionen

I. Vorbemerkung

Die Art der Rolle, die Banken bei Fusionen mit anderen Banken, bei Fusionen mit Nichtbanken und bei solchen zwischen Nichtbanken spielen, wird nur dann richtig erfaßt, wenn die Gründe, aus denen heraus Banken fusionsaktiv sind, bestimmt werden. Diese Bestimmungsgründe sollen im folgenden beschrieben werden. Der vereinzelt anzutreffende Hinweis, Banken würden ihre Motive — gerade was den Erwerb von Nichtbankenbeteiligungen betrifft — nicht immer offenlegen¹, führt zu keinen methodischen Schwierigkeiten. Die Stellung der Banken als auf Gewinnerzielung ausgerichtete (Publikums-)Dienstleistungsunternehmen² bedingt eine Zentrierung aller Bestimmungsgründe auf bankwirtschaftliche Interessen³, soweit Zusammenschlüsse nicht durch hoheitliche Maßnahmen veranlaßt sind.

II. Zusammenschlüsse zwischen Banken

1. Umfang der Banken — Banken-Beteiligungen

Berechnungen der Bankenstrukturkommission zufolge, hielten Ende 1974 Kreditinstitute insgesamt 402 Beteiligungen (Anteile von 10 % und darüber) an anderen Kreditinstituten⁴. Davon entfielen knapp 60 % auf Kreditbanken (Großbanken, Regionalbanken und sonstige Kreditbanken sowie Privatbankiers), 26 % auf den Sparkassensektor sowie etwa 12 % auf den Genossenschaftssektor⁵. Diese Momentaufnahme der Verteilung auf die einzelnen Bankengruppen von Ende 1974 stimmt im wesentlichen mit der Entwicklung in den Jahren 76/77 überein: an den in diesem Zeitraum gem. § 23 GWB dem BKartA angezeigten 40 Interbankzusammenschlüssen waren zu 65 % Kreditbanken, zu 20 % Girozentralen und Sparkassen sowie zu 15 % der Genossenschaftssektor

¹ *Dick*, Empirische Untersuchung der Nichtbankenbeteiligungen, S. 37.

² *Moesch/Simmert*, Banken, S. 69.

³ *Immenga*, Beteiligungen von Banken in anderen Wirtschaftszweigen, S. 60.

⁴ *Bankenstrukturkommission*, Übersicht I 1 - I 7, S. 501.

⁵ *Bankenstrukturkommission*, S. 501.

beteiligt⁶. Die Unternehmen, an denen Beteiligungen erworben wurden, gehörten dabei zu 57 % in die Gruppe der kleinen Institute (bis 49,99 Mio. DM Bilanzsumme) und zu 43 % in die Gruppe der mittleren Institute (Bilanzsumme von 50 Mio. bis unter 1 Mrd. DM). Dagegen wurden in den Jahren 1973 - 1975 zu 70 % Beteiligungen an mittleren Instituten und zu 25 % Beteiligungen an großen Banken (Bilanzsumme 1 Mrd. DM oder mehr) erworben⁷. Es zeigt sich also eine deutliche Tendenz zum Beteiligungserwerb an kleinen und mittleren Kreditinstituten⁸.

2. Bestimmungsgründe

Die von der Bankenstrukturkommission referierten Verteidiger von Anteilsbesitz an Kreditinstituten verweisen zur Begründung auf „betriebswirtschaftliche Notwendigkeiten“, wie „Stärkung des Leistungspotentials“, „Erweiterung der Angebotspalette“ sowie „Verbesserung der Kostenstruktur“⁹. Tatsächlich ist eine Vielzahl von Beteiligungen aus Gründen der Leistungssteigerung und Leistungsausweitung durchgeführt worden; jedoch ergibt sich bei genauerer Analyse ein differenzierteres Bild.

a) Entstehung der Westdeutschen Landesbank¹⁰

Aufschluß gibt hier zunächst ein Rückblick auf die Entstehung der Westdeutschen Landesbank am 1. Januar 1969. Sie ist aus einer Fusion der Rheinischen Girozentrale und Provinzialbank, Düsseldorf, mit der Landesbank für Westfalen Girozentrale Münster, hervorgegangen. Die Girozentralen, Körperschaften des öff. Rechts, sind die regionalen Zentralinstitute der Sparkassen. Ihre Tätigkeit wird im wesentlichen durch folgende Aufgaben charakterisiert: Zum einen stellen die Landesbanken (Girozentralen) Bindeglieder zwischen den Sparkassen und der Deutschen Girozentrale (Frankfurt/Main) dar. Die Eigenschaft als Hausbank für die Länder kommt hinzu („Staatsbanken“). Wesentlich ist die Unterstützung der Sparkassen bei der Abwicklung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs sowie die Übernahme von Geschäften, die über den rechtlichen oder tatsächlichen Rahmen der einzelnen Sparkasse hinausgehen (größere Kredite; Außenhandelsgeschäft etc.).

⁶ MK Hauptgutachten II 1976/77, Tabelle 15, S. 316.

⁷ MK Hauptgutachten II 1976/77, Tabelle 17, S. 318.

⁸ MK Hauptgutachten II 1976/77, Tz. 562.

⁹ *Bankenstrukturkommission*, Rdnr. 291.

¹⁰ Vgl. hierzu ausführlich *Stein* Die Fusion der Girozentralen in Nordrhein-Westfalen.