

**Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen
Analyse des Rechts**

Band 14

**Die Zusammenarbeit der
Kreditinstitute nach deutschem
und europäischem Kartellrecht**

Von

Dr. Cornelius Renken



Duncker & Humblot · Berlin

CORNELIUS RENKEN

**Die Zusammenarbeit der Kreditinstitute
nach deutschem und europäischem Kartellrecht**

Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts

herausgegeben von

**Heinz Grossekketter, Münster · Bernhard Großfeld, Münster
Klaus J. Hopt, München · Christian Kirchner, Hannover
Dieter Rückle, Trier · Reinhard H. Schmidt, Trier**

Band 14

Die Zusammenarbeit der Kreditinstitute nach deutschem und europäischem Kartellrecht

Von

Dr. Cornelius Renken



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Renken, Cornelius:

Die Zusammenarbeit der Kreditinstitute nach deutschem und
europäischem Kartellrecht / von Cornelius Renken. – Berlin:
Duncker und Humblot, 1992

(Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des
Rechts ; Bd. 14)

Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1991

ISBN 3-428-07516-1

NE: GT

D 6

Alle Rechte vorbehalten

© 1992 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41

Fotoprint: Werner Hildebrand, Berlin 65

Printed in Germany

ISSN 0935-5065

ISBN 3-428-07516-1

Meinen Eltern

Vorwort

Die hier veröffentlichte Arbeit lag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster im Wintersemester 1991/92 als Dissertation vor. Mein besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Bernhard Großfeld, Direktor des Instituts für Internationales Wirtschaftsrecht, der die Untersuchung angeregt und betreut hat. Ihm und Herrn Professor Dr. Dieter Rückle danke ich dafür, daß sie die Arbeit in diese Schriftenreihe aufgenommen haben.

Oldenburg, im April 1992

Cornelius Renken

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung.....	13
B. Eingrenzung.....	14

1. Kapitel

Das deutsche Wettbewerbsrecht

A. § 102 GWB vor der 5. Novelle.....	16
I. Die Entwicklung des Kartellrechts	16
II. Die Urfassung des § 102 GWB	18
1. Das Gesetzgebungsverfahren.....	18
2. Mißbrauchsaufsicht.....	22
III. Die ersten vier Novellen des GWB	27
IV. Praktische Bedeutung des § 102 GWB.....	29
1. Kundenbezogene Verträge, Beschlüsse und Empfehlungen	30
a) Empfehlungen Allgemeiner Geschäftsbedingungen	30
b) Zinsempfehlungen	31
c) Empfehlungen von Gebühren, Provisionen und wesentlichen Vertragsbestimmungen	33
2. Maßnahmen zur Geschäftsabwicklung.....	33
3. Ad-hoc-Geschäfte	34
V. Der Weg zur 5. Novelle	36
B. Die Verbotstatbestände.....	38
I. Das Verbot nach § 1 Abs. 1 GWB.....	39
1. Persönliche Voraussetzungen	39
2. Verträge und Beschlüsse.....	40
a) Verträge	40
b) Beschlüsse	44
3. Gemeinsamer Zweck	44
4. Die Beschränkung des Wettbewerbs	47
5. Eignung zur Marktbeeinflussung.....	50
a) Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen.....	50
b) Erzeugung oder Marktverhältnisse	51
c) Eignung zur Marktbeeinflussung.....	52

II. Das Verbot nach § 15 GWB	53
III. Das Verbot nach § 38 Abs. 1 Nr. 11 GWB	54
IV. Das Verbot nach § 25 Abs. 1 GWB.....	56
C. Die materiellen Freistellungsvoraussetzungen	60
I. Normadressaten	61
II. Zusammenhangsbereich	61
III. Leistungssteigerung oder Leistungserhaltung	62
1. Rationalisierung und Leistungssteigerung in § 5 Abs. 2 GWB.....	63
a) Rationalisierung.....	65
b) "Dienen"	68
c) Eignung, die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit zu heben..	69
d) Folgerungen.....	72
2. Rationalisierung und Leistungssteigerung in § 102 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GWB	73
a) Der Rationalisierung dienen	73
b) Hebung der Leistungsfähigkeit.....	77
IV. Bedarfsbefriedigung	79
V. Angemessenes Verhältnis von Erfolg und Wettbewerbsbeschränkung	80
VI. Auswirkungen der Reform auf die Praxis	81
D. Die formellen Freistellungsvoraussetzungen	82
E. Die Mißbrauchsaufsicht.....	83
F. Das Konsortialgeschäft.....	84
G. Einvernehmen - Benehmen	87
H. Altmaßnahmen	88
J. Der Freistellungsstreit im Rückblick.....	88
I. Die "Restlösung" und ihre Folgen	88
II. Der Zweck im Recht	89
III. Der Zweck des § 102 GWB [1957] und [1980]	91
1. Der historische Aspekt.....	91
2. Der teleologische Aspekt.....	93

2. Kapitel

Das Kartellrecht nach dem EWG-Vertrag

A. Überblick.....	96
B. Das Verbot nach Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag.....	97
I. Normadressaten	97
II. Bankdienstleistungen als Handel.....	97
1. Wortlaut	98
2. Systematik.....	99
3. Zweck des Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag.....	100

III. Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen	107
1. Vereinbarungen.....	107
2. Beschlüsse.....	109
3. Abgestimmte Verhaltensweisen	110
4. Empfehlungen	111
a) Empfehlungen als Beschlüsse i.S.d. Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag..	111
b) Empfehlung als Teilnahme an einer abgestimmten Verhaltensweise	111
aa) Unternehmen und Verbände als Täter	112
bb) Verbandsempfehlung als Teilnahme	113
c) Abstimmungsverbot.....	115
d) Einheitstäterprinzip.....	118
IV. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs	121
1. Wettbewerb	121
2. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung.....	121
3. Bezwecken oder bewirken	122
4. Spürbarkeit.....	124
5. Praxis	125
V. Zwischenstaatlichkeitsklausel.....	126
C. Freistellung nach Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag	129
I. Dienstleistungsunternehmen.....	130
II. Betraut im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse	131
D. Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag	135
I. Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts	136
II. Angemessene Beteiligung der Verbraucher	138
III. Unerläßlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung	139
IV. Ausschaltung des Wettbewerbs	141

3. Kapitel

Die deutsche Regelung im Lichte des europäischen Rechts

A. Notwendigkeit der Angleichung.....	143
B. Erfolg der Angleichung	146
I. Die Verbotsvoraussetzungen	147
II. Die Freistellungsmöglichkeiten	148
C. Die Alternativvorschläge.....	150
I. Streichung	150
II. Schaffung einer Generalklausel.....	151
D. Defizite der Neuregelung	151

Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

Zum 1. Januar 1958 trat das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Kraft. Es folgt, wie sich aus §§ 1 Abs. 1, 15, 25 Abs. 1 und 38 Abs. 1 GWB ergibt, grundsätzlich dem Verbotsprinzip: an bestimmte tatbestandlich umschriebene Verhaltensweisen sind eo ipso Sanktionsfolgen geknüpft; sobald eine Maßnahme spürbar wird, ist sie verboten und nichtig.¹ Diesen Grundsatz durchbrach die Urfassung des Gesetzes unter anderem in den §§ 99 bis 103 GWB, wonach für bestimmte Wirtschaftsbereiche, wie z.B. die Landwirtschaft und die Energieversorgung, das Verbotsprinzip nicht galt. An die Stelle des Verbots trat eine Mißbrauchsaufsicht, die wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen bis zu einem bestimmten Maß erlaubt; Sanktionsfolgen treten nur ein, wenn eine Behörde sie im Rahmen einer Ermächtigungsgrundlage ausdrücklich verfügt.² Unter eine solche Mißbrauchsaufsicht, die in vielen europäischen Ländern die Grundlage der Kartellgesetze bildet,³ hatte das GWB in § 102 auch die Banken und Versicherungen gestellt. Aufgrund dieser Vorschrift konnten Kreditinstitute leichter zusammenarbeiten als Unternehmen anderer Wirtschaftszweige.

Die Sonderbehandlung des Kreditsektors war ein wichtiger Streitpunkt; ein Teil der Literatur erblickte in § 102 GWB eine ungerechtfertigte Privilegierung der Kreditwirtschaft, während ein anderer in der Vorschrift die Besonderheiten des Kreditsektors sachgerecht berücksichtigt sah. Mit der 5. Novelle des GWB, die am 1. Januar 1990 in Kraft trat, hat der Gesetzgeber auf die Diskussion über § 102 GWB reagiert. Er hat die Vorschrift mit dem Ziel reformiert, Privilegien zu beschneiden und die nationale kartellrechtliche Behandlung der Kreditwirtschaft an die europäische anzugleichen.⁴

¹ Vgl. nur Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rz. 96.

² Möschel, Wettbewerb, Rz. 96.

³ Vgl. Kuhlmann, Versicherungsrecht und Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 36 ff.

⁴ Vgl. Eckwerte, WuW 1988, S. 757 und die Begründung zu § 102 GWB, BT-Drucksache 11/4610, S. 29.

Die Novellierung des § 102 GWB ist Ausgangspunkt der Arbeit. Sie untersucht zunächst nach deutschem und europäischem Recht getrennt, ob und in welcher Form eine Zusammenarbeit auf dem Kreditsektor erlaubt ist. Dazu werden nicht nur die Ausnahmevorschrift § 102 GWB und die Freistellungsmöglichkeiten nach europäischem Recht erörtert, sondern auch die zugrundeliegenden Kartellverbote. Deren Reichweite bestimmt maßgeblich mit, in welchem Umfang die Wettbewerbsordnungen der Kreditwirtschaft eine Zusammenarbeit ermöglichen. Anschließend soll die deutsche Regelung der Zusammenarbeit auf dem Kreditsektor im Licht des europäischen Rechts betrachtet werden. Dabei wird vor allem geprüft, ob es dem Gesetzgeber gelungen ist, die deutsche an die europäische Wettbewerbsordnung anzupassen.

B. Eingrenzung

Die Untersuchung beschränkt sich auf den Bereich der Kreditwirtschaft, der für eine Freistellung nach § 102 GWB in Betracht kommt. Freistellungsfähig sind nur wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen von Kreditinstituten. Kreditinstitute sind, wie aus § 102 Abs. 1 Nr. 1 GWB allgemein gefolgert wird, alle Unternehmen, die nach §§ 6, 1 f. KWG durch das Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen beaufsichtigt werden.⁵ Die Aufsicht erfaßt nach § 1 Abs. 1 KWG alle Wirtschaftsunternehmen, die Bankgeschäfte in einem solchen Umfang betreiben, daß sie einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Betrieb erfordern.⁶

Nicht unter § 102 GWB fallen nach § 101 GWB die Bundesbank und die Kreditanstalt für Wiederaufbau, so daß deren Verhalten von vornherein nicht Gegenstand dieser Arbeit ist. § 102 GWB ist auf diese Unternehmen auch deshalb nicht anzuwenden, weil sie nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 3 KWG keine Kreditinstitute im Sinne des Gesetzes sind. Das gilt nach § 2 Abs. 1 Nr. 2, 4, 5, 8 und 9 KWG außerdem für die deutsche Bundespost - mit der Besonderheit des § 2 Abs. 2 KWG - sowie die Sozialversicherungsträger, die Bundesanstalt für Arbeit, private und öffentliche Versicherungsunternehmen, Unternehmen des Pfandleihgewerbes und Unternehmensbeteiligungsgesellschaften im Sinne des

⁵ Emmerich, Kartellrecht, S. 454; Hausleitner, Die kartellrechtliche Bereichsausnahme für das Kreditwesen und die Fachaufsicht nach dem Kreditwesengesetz, S. 11 ff.; Möschel, Das Wirtschaftsrecht der Banken, S. 398 f.; Möschel, Wettbewerb, S. 633; Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, § 102 Rdz. 23.

⁶ Vgl. dazu im einzelnen Bähre/Schneider, Kreditwesengesetz, § 1 Nr. 2 - 15; Szagun/Wohlschließ, Gesetz über das Kreditwesen, § 1 Rdz. 2 - 9.

gleichnamigen Gesetzes.⁷ Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen dieser Wirtschaftsunternehmen, die nicht in den Anwendungsbereich des § 102 GWB fallen, werden nicht behandelt.

⁷ Vgl. dazu im einzelnen Bähre/Schneider, § 1 Nr. 2 bis 15; Szagunn/Wohlschieß, § 1 Rz. 2 bis 9.