

ZENTRALER KREDITAUSSCHUSS

MITGLIEDER: BUNDESVERBAND DER DEUTSCHEN VOLKSBANKEN UND RAIFFEISENBANKEN E. V. BERLIN • BUNDESVERBAND DEUTSCHER BANKEN E. V. BERLIN • BUNDESVERBAND ÖFFENTLICHER BANKEN DEUTSCHLANDS E. V. BERLIN • DEUTSCHER SPARKASSEN- UND GIROVERBANDE E. V. BERLIN-BONN • VERBAND DEUTSCHER HYPOTHEKENBANKEN E. V. BERLIN

Herrn Ministerialrat
Michael Baron
Bundesministerium
für Wirtschaft und Arbeit
Scharnhorststr. 34-37
10115 Berlin

Per Telefax
030/2014-5463

10117 Berlin, den 30. Januar 2004
Charlottenstraße 47
Tel.: 030/20 225 - 332
Fax: 030/20 225 - 176
KSS/th -A III/31
Az.: 7117

**Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
hier: Stellungnahme zum Referentenentwurf zur Reform des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Ihr Zeichen: I B 1 - 22 12 00/7 -)
GWB-N 7**

Sehr geehrter Herr Baron,

mit Schreiben vom 18. Dezember 2003 haben Sie den Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen übersandt. Hierfür danken wir Ihnen namens der im Zentralen Kreditausschuss (ZKA) zusammengeschlossenen o.g. Spitzenverbände des Kreditgewerbes verbindlich. Die Gelegenheit zur Stellungnahme nehmen wir gerne wahr. Wir werden diese Stellungnahme gleichzeitig auch an das Bundeskartellamt und die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht zur Kenntnisnahme versenden.

I. Allgemeine Anmerkungen

Anlass der geplanten Gesetzesänderung ist die Verabschiedung der *Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 niedergelegten Wettbewerbsregeln* (nachfolgend: Kartellverordnung) durch den Rat der Europäischen Union. Diese Verordnung wird am 1. Mai 2004 in Kraft treten. Um Widersprüche mit dem geltenden EG-Recht

zu vermeiden, soll das deutsche Recht entsprechend angepasst werden. Dieser Harmonisierung von deutschem und europäischem Kartellrecht steht die Kreditwirtschaft grundsätzlich aufgeschlossen gegenüber.

Der Referentenentwurf knüpft im wesentlichen an das Eckpunktepapier des vergangenen Jahres an, zu dem der ZKA bereits im April 2003 Stellung genommen hat. Zuletzt hat der ZKA mit Schreiben vom 4. September 2003 nochmals seine Bedenken gegen eine ersatzlose Streichung von § 29 Abs. 2 GWB dargelegt. Einige der dort vorgebrachten Kritikpunkte haben im jetzigen Entwurf Berücksichtigung gefunden, was wir ausdrücklich begrüßen möchten. In manchen Punkten sehen wir weiterhin Änderungs- und Ergänzungsbedarf.

II. Anmerkungen im Einzelnen

1. Verbot der vertikalen Preisbindung, § 4 GWB-E

Nach der Begründung zum Referentenentwurf soll die Angleichung des deutschen an das europäische Recht auch die Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen erfassen. Diese werden nach Art. 81 EGV grundsätzlich gleichbehandelt. Der Referentenentwurf hält demgegenüber am Verbot der vertikalen Preisbindung, das bisher in § 14 GWB geregelt ist, fest. Nunmehr bestimmt § 4 GWB-E, dass für vertikale Preisbindungen grundsätzlich keine Freistellung möglich sein soll; in zwischenstaatlichen Fällen soll der erweiterte Vorrang des europäischen Rechts gelten. Der Referentenentwurf geht damit über das europäische Recht hinaus und führt so zu einem Widerspruch zwischen deutschem und europäischem Recht, der laut Begründung gerade vermieden werden soll. Überdies ist die Beibehaltung einer gegenüber dem europäischen Wettbewerbsrecht strengeren deutschen Regelung sachlich nicht gerechtfertigt. Wie die Begründung selbst ausführt, ist das Verbot von Preisbindungen bereits in § 1 GWB enthalten, ein darüber hinausgehendes per-se Verbot ist daher abzulehnen. Zur Vermeidung einer Inländerdiskriminierung sowie des wohl nicht unerheblichen Streitpotentials hinsichtlich der Frage, ob im konkreten Fall der erweiterte Vorrang des europäischen Rechts gilt, sollte diese Regelung daher gänzlich entfallen.

2. Sonderregelung des § 29 GWB-E für kreditwirtschaftliche Kooperationen, insbesondere Konsortialgeschäfte

Zu begrüßen ist, dass der Entwurf zumindest in bestimmten Bereichen Ausnahmen von dem Verbot der vertikalen Preisbindung des § 4 GWB-E vorsieht, um im Vergleich zum europäischen Recht eine ungerechtfertigte Schlechterstellung der Betroffenen in Fällen ohne zwischenstaatliche Auswirkungen zu vermeiden. Dazu zählt auch die in § 29 des Entwurfs vorgesehene Ausnahme für Verein-

barungen der Kredit- und Versicherungswirtschaft. Hiermit wird insbesondere dem Umstand Rechnung getragen, dass trotz fortschreitender Integration der Finanzmärkte auch künftig Vereinbarungen im kreditwirtschaftlichen Bereich notwendig sein werden, die keine Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel haben.

In der Entwurfsbegründung zu § 29 GWB-E wird allerdings nur im Hinblick auf Vereinbarungen der Versicherungswirtschaft klargestellt, dass der Wegfall des bisherigen § 29 Abs. 2 GWB keine substantielle Änderung der Rechtslage bedeutet und die kartellrechtliche Zulässigkeit solcher Vereinbarungen auch künftig nicht in Frage gestellt wird. Insbesondere das für die Kreditwirtschaft bedeutsame Konsortialgeschäft mit seinen zwangsläufigen Preisbindungen (siehe hierzu im Einzelnen die ZKA-Stellungnahme zu den Eckpunkten für eine 7. GWB-Novelle vom 2. April 2003 sowie das ZKA-Schreiben vom 4. September 2003) wird hingegen nicht erwähnt. Es wären jedoch erhebliche Nachteile für den Finanzplatz Deutschland zu besorgen, wenn die Gesetzesbegründung zu § 29 GWB-E den Schluss zuließe, dass künftig etwa das Konsortialgeschäft der Kreditinstitute kartellrechtlich anders zu beurteilen wäre als zum Beispiel das – nach der Entwurfsbegründung ausdrücklich zulässige – Mitversicherungsgeschäft.

Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten sollte daher in der Gesetzesbegründung zu § 29 GWB-E auch für Vereinbarungen von Kreditinstituten (Vereinbarungen, die einen Einzelfall betreffen, sowie Konsortialgeschäfte) deren grundsätzliche kartellrechtliche Zulässigkeit zweifelsfrei sichergestellt werden: In der Gesetzesbegründung zu § 29 GWB-E müsste unter anderem zum Ausdruck gebracht werden, dass der „Wegfall der bisher vorgesehenen Freistellung für horizontale Vereinbarungen vom Verbot des § 1 GWB (§ 29 Abs. 2 Satz 2 GWB)“ nicht nur die kartellrechtliche Zulässigkeit von Mitversicherungen im Einzelfall (so die Begründung des Referentenwurfs, S. 45), sondern auch des Konsortialgeschäfts der Kreditinstitute nicht in Frage stellt. Ferner sollte klargestellt werden, dass auch künftig die bisher nach § 29 Abs. 2 Satz 1 GWB freigestellten Preisbindungen bei Vereinbarungen von Kreditinstituten, die einen Einzelfall betreffen, nicht in Frage gestellt werden.

Des Weiteren sollte in der Gesetzesbegründung der Hinweis aufgenommen werden, dass mit dem Wegfall des § 29 Abs. 1 GWB auch für Vereinbarungen, Beschlüsse und Empfehlungen von Vereinigungen von Kreditinstituten im Ergebnis keine substantielle Änderung der Rechtslage verbunden ist, da der bisher nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GWB anzuwendende § 7 GWB bereits weitgehend dem Art. 81 Abs. 3 EG entsprach. Es wird daher auch künftig grundsätzlich kartellrechtlich zulässig sein, dass zum Beispiel die ZKA-Verbände ihren Mitgliedsinstituten – sofern die Freistellungs Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllt sind – die Verwendung bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen (z. B. AGB-Banken oder AGB-Sparkassen) empfehlen.

3. Rechtsunsicherheiten beseitigen

Im Zuge der Anpassung an das geänderte europäische Kartellverfahrensrecht werden die speziellen Freistellungstatbestände des geltenden Rechts (§§ 2 bis 6 und 8 GWB) durch eine Generalklausel für die Freistellung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und Verhaltensweisen nach dem Vorbild des Artikel 81 Abs. 3 EG-Vertrag abgelöst. Die hiermit einhergehende Abkehr vom bisherigen Anmeldesystem führt zudem zu einer erheblich erweiterten Eigenverantwortung der Unternehmen bei der Beurteilung der kartellrechtlichen Relevanz von Vorhaben. Dies bringt erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich, die bei den sehr unterschiedlichen kreditwirtschaftlichen Sachverhalten dadurch wesentlich verstärkt wird, dass die Marktgegenseite vielfach sehr heterogen zusammengesetzt ist und häufig unterschiedliche Interessen verfolgt.

a) „Informelle Beratung“

Das mehrfach im Referentenentwurf hervorgehobene Instrument der „informellen Beratung“ durch das Bundeskartellamt ist für Unternehmen und Verbände von herausragender Bedeutung, da es den mit dem beschriebenen Systemwechsel einhergehenden Verlust an Rechtssicherheit zumindest abmildern könnte. Dies würde indes voraussetzen, dass den Unternehmen und Verbänden unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf zeitnahe Beratung zustünde.

b) „Kein Anlass zum Tätigwerden“, § 32c GWB-E

Im Grundansatz zu begrüßen ist, dass das Bundeskartellamt in Form einer formellen Verfügung die Entscheidung treffen kann, dass „kein Anlass zum Tätigwerden“ besteht (§ 32c GWB-E). Unzureichend ist jedoch, dass es im Ermessen der Kartellbehörde stehen soll, ob sie eine solche Entscheidung trifft. Um die gebotene Rechtssicherheit zu gewährleisten, ist es unabdingbar, dass das Bundeskartellamt verpflichtet ist, innerhalb einer angemessenen Frist mitzuteilen, ob sie eine Vereinbarung, einen Beschluss oder eine Verhaltensweise als mit den Artikeln 81 und/oder 82 EG-Vertrag vereinbar ansieht. Kein Vorbild kann hierbei der von der Europäischen Kommission Ende Oktober 2003 vorgelegte Entwurf für eine „Bekanntmachung über informelle Beratung bei neuartigen Fragen zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag, die in Einzelfällen auftreten (Beratungsschreiben)“ sein: Die im Entwurf genannten Voraussetzungen, unter denen ein Beratungsschreiben der Europäischen Kommission überhaupt nur in Betracht kommt, werfen unter anderem zahlreiche Abgrenzungsfragen auf, die den Betroffenen eine auch nur annähernd zuverlässige Einschätzung unmöglich machen (siehe hierzu im Einzelnen die als **Anlage** beigefügte ZKA-Stellungnahme zum Mitteilungsentwurf).

Die Entwurfsbegründung enthält den ausdrücklichen Hinweis, dass die Kartellbehörde im Rahmen der Abwägung, ob eine formelle Entscheidung ergehen soll, ermessensfehlerfrei zu prüfen hat, inwieweit es sich um einen neuartigen Sachverhalt handelt, dessen Bedeutung über den Einzelfall hinausgeht, und ferner, welche Auswirkungen eine klarstellende Auskunft für ein betroffenes Unternehmen haben kann. In der Praxis dürfte es bereits äußerst schwierig sein, festzustellen, ob im Einzelfall ein „neuartiger Sachverhalt“ vorliegt. Hinzutritt, dass es vielfach sowohl für die beteiligten Unternehmen als auch für die Kartellbehörde nicht ersichtlich sein wird, ob ein Sachverhalt nur in einem Einzelfall relevant wird – erst bei retrospektiver Betrachtung wird in der Regel festzustellen sein, ob einer Entscheidung eine „weitreichendere Bedeutung“ zukommt. In der Gesetzesbegründung sollte daher zum Ausdruck kommen, dass als Abwägungskriterium das Vorliegen neuer Sachverhalte allgemein und nicht nur bei einer über den Einzelfall hinausgehenden Bedeutung ausreicht. Andernfalls stünde zu befürchten, dass die insbesondere im Bereich der Kreditwirtschaft volkswirtschaftlich unverzichtbaren, vielfach die gesamte Branche umfassenden Gemeinschaftslösungen und Kooperationen unterblieben oder in nur geringerem Umfang erfolgten (siehe hierzu im Einzelnen die ZKA-Stellungnahme zu den Eckpunkten für eine 7. GWB-Novelle vom 2. April 2003).

4. Sanktionen

Zwar kann durch die Möglichkeit der Entscheidung nach § 32 c GWB-E das Problem der Rechtsunsicherheit, das die Umstellung auf das System der Legalausnahme mit sich bringt, zum Teil gelöst werden, es verbleibt jedoch immer ein Restrisiko bei den beteiligten Unternehmen, die in eigener Verantwortung die kartellrechtliche Relevanz ihrer Vorhaben einschätzen müssen.

Zu kritisieren ist insofern, dass mit dieser Erhöhung des Risikos für die Unternehmen gleichzeitig die Sanktionsmöglichkeiten erheblich verschärft und insbesondere der Bußgeldrahmen vervierfacht werden soll. Der Gesetzesbegründung ist zwar zuzugeben, dass die Abschaffung des bisherigen Anmeldesystems nicht zu einem Verlust an Wettbewerbsschutz führen und daher die Abschreckungswirkung von Sanktionen verstärkt werden soll. Diese Betrachtung berücksichtigt den gleichzeitig eintretenden Verlust an Rechtssicherheit aber zu wenig. Denn die Wahrscheinlichkeit, dass bei derart drastischen Sanktionen, die zudem noch von erweiterten zivilrechtlichen Sanktionen flankiert werden, in Fällen der Unsicherheit auch wünschenswerte Kooperationen unterbleiben, steigt damit erheblich.

5. Vorteilsabschöpfung, § 34a GWB-E

Von der Einführung eines Vorteilsabschöpfungsanspruchs durch Verbände und qualifizierte Einrichtungen sollte generell abgesehen werden.

Als Instrument der Verhaltensregulierung bei kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen haben sich die Instrumentarien der §§ 33, 34 GWB bewährt. Zudem soll mit der 7. GWB-Novelle „qualifizierte Einrichtungen“ bereits die Möglichkeit eröffnet werden, bei einem Verstoß gegen die Art. 81 oder 82 EG-Vertrag einen Unterlassungsanspruch geltend machen zu können (§ 33 Abs. 1 GWB-E). Somit werden insbesondere Verbraucherschutzverbänden künftig zur Einstellung von inkriminierenden Maßnahmen zum Schutze der Verbraucher die im Lauterkeitsrecht erprobte „strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung“ und der einstweilige Rechtsschutz zur Verfügung stehen. Ferner wurden bereits mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (Bundesgesetzblatt I, Seite 3138 ff.) die kollektiven Rechtsschutzmöglichkeiten verbessert: Öffentlich geförderten Verbraucherverbänden wurde die Möglichkeit eröffnet, nach Abtretung der entsprechenden Forderung des Verbrauchers Zahlungsansprüche (z.B. künftig eines Schadensersatzanspruchs des Betroffenen nach § 33 Abs. 3 GWB-E) von diesem – wenn für die Verbraucher wegen der geringen Anspruchshöhe kein Anreiz für Individualklagen besteht – gerichtlich geltend zu machen (vgl. Art. 1 § 3 Ziffer 8 RBRG). Für die angestrebte Regelung ist ein zwingender Bedarf nicht erkennbar. Zudem erscheint es aus verfassungsrechtlicher Sicht zweifelhaft, ob Verbänden und qualifizierten Einrichtungen ein Anspruch eingeräumt werden kann, der primär strafenden Charakter hat. Die Verhängung von strafenden Sanktionen für ein verbotenes Verhalten ist die Aufgabe des Staates (siehe hierzu im Einzelnen Wimmer-Leonhardt, GRUR 2004, 12, 16 ff.).

Des Weiteren ist die Gefahr nicht zu verkennen, dass Anspruchssteller versucht sein können, gegen eine „Spende“ Verfahren gegen etwaige Schuldner fallen zu lassen. Hier dürfte ein nicht unerhebliches „Erpressungspotential“ liegen. Bedenklich erscheint auch, dass die Gläubiger den abgeführten

Gewinn „nach Abzug der zur Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen“ an das Bundeskartellamt abzuführen haben. Dies kann in der Praxis dazu führen, dass die Anspruchsberechtigten in verstärktem Maße einen Anreiz dazu erhalten, den Versuch zu unternehmen, einen Vorteilsabschöpfungsanspruch durchzusetzen, um sodann die von ihnen nach eigener Beurteilung für „erforderlich“ gehaltenen Ausgaben abzuziehen.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Zentralen Kreditausschuss

Deutscher Sparkassen- und Giroverband

i. V.

Dr. Thomas Schürmann

Anlage