SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS SIR GORDON SLYNN VOM 3. JUNI 1981 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Diese Rechtssache liegt dem Gerichtshof aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des Amtsgerichts Rosenheim, Bundesrepublik Deutschland, vor.

Aus den im Namen der Bayerischen Vereinsbank AG („der Bank") eingereichten schriftlichen Erklärungen ergibt sich, daß Herr Züchner, der Kläger in dem Verfahren vor dem Amtsgericht, am 21. Mai 1979 bei der Filiale Rosenheim der Bank zu deren üblichen Bedingungen ein Konto eröffnete. Am 17. Juli 1979 zog Herr Züchner einen Scheck in Höhe von 10 000 DM auf die Bank. Der Zahlungsempfänger lebte in Italien. Die Bank berechnete Herrn Züchner eine Gebühr von 0,15 % des Scheckbetrages; dabei handelte es sich um den üblichen für Überweisungen ins Ausland von ihr in Rechnung gestellten prozentualen Betrag. Herrn Züchners Konto wurde mit dieser Gebühr in Höhe von 15 DM belastet. Daraufhin verklagte Herr Züchner die Bank auf Rückzahlung der 15 DM; er machte geltend, die Erhebung einer solchen Gebühr im Handel zwischen Mitgliedstaaten sei diskriminierend und verstoße gegen die Vorschriften des EWG-Vertrages, insbesondere gegen die Artikel 7, 67, 85 und 86. Die Bank zahlte den speziellen Geldbetrag zurück; gleichwohl erhielt Herr Züchner seine Klage mit dem Antrag aufrecht, festzustellen, daß die Gebühr gegen den Vertrag verstoße.

Das Amtsgericht hat die Sache dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung über folgende Frage vorgelegt:

„Verstößt im innergemeinschaftlichen Zahlungs- und Kapitalverkehr zwischen Banken die Erhebung einer generellen Überweisungsgebühr in Höhe von 0,15 % des zu überweisenden Geldbetrages als abgestimmtes Verhalten, welches geeignet ist, den Handelsverkehr zu beeinträchtigen, gegen Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrags?"

Das Amtsgericht scheint Artikel 7 und 67 aus dem Grund von der Vorlage ausgenommen zu haben, weil aus keinem dieser Artikel Rechte einzelner hergeleitet werden können. Dagegen hat Herr Züchner in seinen schriftlichen Erklärungen den Gerichtshof gebeten, Artikel 67 in Betracht zu ziehen, und einen erheblichen Teil seiner Ausführungen auf die Prüfung dieses sowie einiger anderer Artikel (z. B. Artikel 13 und 30) verwandt. Nach meiner Auffassung sollte auf diese Darlegungen nicht eingegangen werden, da das Amtsgericht das Vorabentscheidungsersuchen eindeutig auf die Wettbewerbsregeln beschränkt hat.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Bank hat, ohne sich auf Vorentscheidungen zu berufen, einleitend vorgetragen, Banken seien weitgehend vom Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln ausgenommen. Als Grundlage für diese Behauptung hat er sich auf die Artikel 90 Absatz 2 und 104 ff. EWG-Vertrag bezogen.

Zu Artikel 90 Absatz 2 hat der Gerichtshof, selbst wenn die Banken als Unternehmen angesehen werden können, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, in der Rechtssache 127/73 *(BRT/SABAM,* Slg.

1 — Aus dem Englischen übersetzt.

1974, 313, 318) darauf hingewiesen, daß Unternehmen nur in diese Kategorie fallen können, wenn sie durch Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt mit solchen Aufgaben betraut worden sind. Das kann der Fall sein, wenn, wie in der Rechtssache 10/71 *(Staatsanwaltschaft von Luxemburg/Muller,* Slg. 1971, 723), die Gründung eines Unternehmens durch Gesetz geregelt wird und dem Unternehmen bestimmte Vorrechte zur Erreichung der mit seiner Gründung verfolgten Ziele eingeräumt werden oder wenn ein reines Privatunternehmen von einem Mitgliedstaat mit derartigen Dienstleistungen betraut wird. Im vorliegenden Fall ist nicht festgestellt worden, daß die Bank durch die öffentliche Gewalt mit irgendwelchen Dienstleistungen von allegemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut worden ist, geschweige denn, daß die Einlösung von auf einen ausländischen Zahlungsempfänger ausgestellten Schecks oder, allgemeiner, die Überweisung von Kundenguthaben ins Ausland zu der besonderen Aufgabe gehört, die der Bank durch die öffentliche Gewalt übertragen worden ist. Demnach kann sich meines Erachtens die Bank nach der in diesem Fall gegebenen Beweislage nicht auf Artikel 90 Absatz 2 berufen. Im übrigen sind auch bei Vorliegen entsprechender Feststellungen die Wettbewerbsregeln nur anwendbar, soweit sie die Erfüllung jener Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern und solange die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das den Interessen der Gemeinschaft zuwiderläuft.

Aus den Artikeln 104 ff. dürfte sich für die vorliegenden Fragen nur herleiten lassen, daß manche Erscheinungsformen des Bankwesens von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sein können. Daraus kann nach meiner Auffassung nichts entnommen werden, was die Bank der Anwendung der Artikel 85 und 86 entziehen würde.

Als Voraussetzung für einen Verstoß gegen Artikel 85 müssen drei Tatbestandsmerkmale erfüllt sein: 1. muß eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, ein Beschluß einer Unternehmensvereinigung oder eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegen, die 2. eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken und 3. den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind.

Im Hinblick auf das erste Merkmal führt der Vorlagebeschluß lediglich ein abgestimmtes Verhalten an.

Eine abgestimmte Verhaltensweise hat der Gerichtshof in der Rechtssache 48/69 *(ICI/Kommission,* Slg. 1972, 619, 658) als eine Form der Koordinierung zwischen Unternehmen definiert, die bewußt eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten läßt. Für den Nachweis eines verbotenen Verhaltens reicht es nicht aus, daß die beteiligten Unternehmen ihre Geschäftstätigkeit darauf abgestellt haben, dem tatsächlichen oder erwarteten Verhalten anderer Mitbewerber Rechnung zu tragen; vielmehr muß eine „unmittelbare oder mittelbare Fühlungnahme zwischen Unternehmen" vorliegen, „die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potentiellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Marktverhalten ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht" (Rechtssachen 40 bis 48, 50, 54, 111, 113 und 114/73, *Suiker Unie/Kommission,* Slg. 1975, 1663, 1965 f.).

Herr Züchner hat geltend gemacht, der Umstand, daß eine Anzahl von Banken Gebühren in gleicher Höhe erhebe, sei ein Anzeichen eines abgestimmten Verhaltens. In der vorerwähnten Rechts-

sache *ICI*, in der die Sache ähnlich lag, hat der Gerichtshof entschieden (S. 658, Randnrn. 64/67 und 68 der Entscheidungsgründe), daß ein Parallelverhalten ein wichtiges Indiz für eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen kann, wenn es zu Wettbewerbsbedingungen führt, die nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen. Dies muß aufgrund der Gesamtheit aller Indizien unter Berücksichtigung der Art der Waren, der Bedeutung und Anzahl der beteiligten Unternehmen sowie des Umfangs und anderer Besonderheiten des Marktes entschieden werden.

Wie der Gerichtshof in der genannten Rechtssache *Suiker Unie* ausgeführt hat, stellt nicht einmal der Umstand, daß ein Unternehmen seine Preise an die höheren Preise eines Konkurrenten anpaßt, notwendigerweise ein Indiz für eine abgestimmte Verhaltensweise dar; ein solches Vorgehen läßt sich als Versuch erklären, einen möglichst hohen Erlös zu erzielen (S. 1984, Randnrn. 285/286 der Entscheidungsgründe). Liegen hingegen Indizien dafür vor, daß die beteiligten Unternehmen sich gegenseitig über ihre Preise informiert haben, so sind dies Anhaltspunkte für die Feststellung einer zwischen den Unternehmen abgestimmten Verhaltensweise.

Aus den schriftlichen Unterlagen und den mündlichen Äußerungen in der Sitzung ergibt sich, daß die hier fragliche Gebühr üblicherweise für alle aus Deutschland bewirkten Zahlungen von mehr als 4 000 DM berechnet wird; nach ihrer Einführung wohl in den 50er Jahren ist sie nunmehr Bestandteil der für das Kundengeschäft maßgeblichen allgemeinen Geschäftsbedingungen der Bank. Diese Gebühr wird einheitlich in gleicher Höhe (0,15 %) für alle Überweisungen, die über 4 000 DM hinausgehen, erhoben, und zwar gleichgültig, in welchem Land innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft sich der Zahlungsempfänger befindet. Sie macht nicht die tatsächlichen Kosten der jeweiligen Überweisung aus, sondern soll offenbar ein Beitrag zu den Gesamtkosten sämtlicher Überweisungen dieser Art sein. Für Überweisungen unter 4 000 DM erhebt die Bank lediglich eine Nominalgebühr, wie sie auch bei Inlandsgeschäften berechnet wird.

Die höhere Gebühr wird mit der größeren Kompliziertheit des Devisengeschäfts gerechtfertigt, in dem kein zentrales Clearing-Verfahren durchgeführt werden könne, wie es bei Überweisungen innerhalb Deutschlands über die Deutsche Bundesbank als Clearingstelle der Fall sei. Es seien Guthaben in ausländischen Währungen zu unterhalten, Vereinbarungen mit ausländischen Banken zu treffen und Mitarbeiter zu beschäftigen, die mit Fremdsprachen und ausländischen Währungen umzugehen in der Lage seien.

Die Bank bestreitet, daß es in Deutschland oder anderswo zwischen Banken Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen gebe, die ein von Artikel 85 untersagtes Ergebnis bezweckten oder bewirkten. Um ein abgestimmtes Verhalten handele es sich deshalb nicht, weil die Bank ihre Entscheidung über die Erhebung der genannten Gebühr unabhängig getroffen habe; von einem Verstoß gegen Artikel 85 könnte ipso facto nicht gesprochen werden, selbst wenn andere Banken die gleiche Gebühr berechneten. Eine Bank sei wie jedes andere Unternehmen berechtigt, den höchstmöglichen Gewinn zu erzielen, ohne damit zwangsläufig gegen Artikel 85 zu verstoßen.

Wäre dies das gesamte tatsächliche Vorbringen, so könnte daraus gefolgert werden, daß trotz Herrn Züchners Hinweis auf andere Banken kein hinreichendes Indiz für eine abgestimmte Verhaltensweise gegeben sei. Dies ist jedoch noch nicht alles. Wie sich aus der Beantwor-

tung von Fragen des Gerichtshofes ergibt, erheben noch weitere Banken in Deutschland eine der streitbefangenen ähnliche Gebühr, wenn auch nicht alle dafür 4 000 DM als Schwellenwert ansetzen und bei geringeren Beträgen unterschiedlich verfahren mögen. Auch ist die Tatsache, daß die Bank ebenso wie andere Banken eine derartige Gebühr erhebt, anerkanntermaßen den betreffenden Banken tatsächlich oder wahrscheinlich bekannt.

Diese Umstände mögen für sich allein nicht unbedingt das Vorliegen einer Abstimmung beweisen; sie deuten aber zweifellos darauf hin, daß hier ein von dem nationalen Gericht zu untersuchendes Problem besteht.

Daß es sich bei der Gebühr um das Entgelt der Bank für Dienstleistungen gegenüber ihren Kunden handelt, gibt hierauf keine Antwort, wenn die Erhebung oder die Höhe der Gebühr das Ergebnis eines durch die Wettbewerbsregeln untersagten Verhaltens ist. Möglicherweise würde die Gebühr unter normalen Wettbewerbsbedingungen überhaupt nicht oder in geringer Höhe erhoben und ein Verlust aus dieser Geschäftigkeit der Bank durch die Gewinne aus einem anderen Bereich getragen. Es ist nicht auszuschließen, daß die Bank die entsprechenden Überweisungen, um ihre Kundengeschäfte weiterzuführen, sogar mit Verlust tätigen würde.

Ließe sich ein abgestimmtes Verhalten hinsichtlich der Höhe der Überweisungsgebühren nachweisen, so könnte diese Abstimmung meines Erachtens das vorhin genannte zweite Tatbestandsmerkmal erfüllen, d. h. eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

Auch wenn mit der abgestimmten Verhaltensweise nicht bezweckt wird, den Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen, so könnte ihr doch für den Fall, daß das Entgelt für die Dienstleistungen unabhängig von rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten verlangt wird, eine solche Wirkung zukommen (soweit diese erheblich oder wesentlich wäre); damit könnte im Ergebnis eine wirksamere Erbringung dieser Dienstleistungen verhindert werden. Dem nachzugehen, ist wiederum Sache des nationalen Gerichts.

Das nationale Gericht muß zur Entscheidung dieser Frage den wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang, in dem die Verhaltensweise steht, in Betracht ziehen und insbesondere die Anzahl der daran beteiligten Banken und ihrer Überweisungen berücksichtigen (ich verweise z. B. auf die Rechtssache 23/67, *Brasserie de Haecht/Wilkin*, Slg. 1967, 543). Die wirtschaftliche Bedeutung der abgestimmten Verhaltensweise läßt sich durch einen Vergleich zwischen der Gesamthöhe dieser sowie derjenigen Überweisungen ermitteln, die von Mitbewerbern der an dem Verhalten beteiligten Banken vorgenommen worden sind. Erreichen die erstgenannten Überweisungen einen ähnlichen Bedeutungsgrad wie z. B. die in der Rechtssache 19/77 *(Miller/Kommission*, Slg. 1978, 131) behandelte Geschäftstätigkeit (d. h. in der Größenordnung von 5 %) im Gegensatz zu einer Geschäftstätigkeit, wie sie Gegenstand z. B. der Rechtssachen 56/65 *(Technique Minière/Maschinenbau Ulm*, Slg. 1966, 281) und 5/69 *(Völk/Vervaecke*, Slg. 1969, 295) war (d. h. weniger als 1 %), so kann das nationale Gericht davon ausgehen, daß die Wettbewerbsbeschränkung erheblich ist. Das nationale Gericht kann zu diesem Zweck auch den Umfang der Überweisungen berücksichtigen, die die an dem abgestimmten Verhalten beteiligten Banken vorgenommen haben.

Im Hinblick auf das dritte Tatbestandsmerkmal, die Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten, muß das nationale Gericht nach Würdigung aller Gegebenheiten entscheiden, ob es einen Markt für Bankleistungen gibt, der sich auf mehr als einen Mitgliedstaat erstreckt, und ob die abgestimmte Verhaltensweise geeignet ist, Angebot und Nachfrage in diesem Dienstleistungsbereich zwischen den fraglichen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Da jedoch die Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten nur mittelbar zu sein braucht (ich verweise z. B. auf die Rechtssachen 56 und 58/64, *Consten und Grundig/Kommission*, Slg. 1966, 321, 389), genügt es, wenn das nationale Gericht feststellt, daß die Erhebung der Gebühr für Auslandsüberweisungen anderweitig geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten, etwa durch die Erschwerung von Auslandskäufen, zu beeinträchtigen.

Artikel 85 Absatz 2 erklärt aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen nicht für nichtig, weil, wie unterstellt wird, diese durch den Vertrag untersagte Art von restriktivem Verhalten im allgemeinen für die Beteiligten keine Verpflichtung mit rechtlicher Bindungswirkung begründet. Artikel 85 Absatz 1 sieht jedoch eindeutig vor, daß eine derartige Verhaltensweise mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist, und das nationale Gericht ist verpflichtet, diesem Verbot Wirksamkeit zu verleihen. Wie sich das Verbot eines unter Beteiligung der Bank erfolgten abgestimmten Verhaltens (wenn sich ein solches tatsächlich herausstellen sollte) auf Herrn Züchners Verpflichtung auswirkt, die fragliche Gebühr an die Bank zu entrichten, bestimmt sich nach deutschem Recht.

Ein abgestimmtes Verhalten umfaßt, obwohl es an der einer Vereinbarung oder einen Beschluß eigenen Willensübereinstimmung fehlt, eine Reihe von unabhängigen Handlungen, die gemeinschaftlich eine Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs treten lassen. Im Gegensatz dazu ist ein Merkmal der von Artikel 86 erfaßten beherrschenden Stellung deren Einseitigkeit. Obwohl sich die dem Gerichtshof von dem Amtsgericht vorgelegte Frage sowohl auf Artikel 85 als auch Artikel 86 bezieht, muß daher darauf hingewiesen werden, daß nur Artikel 85 anwendbar ist, wenn die Umstände das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise ergeben. Es ist allerdings denkbar, daß das Amtsgericht im Rahmen seiner Tatsachenfeststellung auch prüfen will, ob die Beweislage nicht eher für die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung als für ein abgestimmtes Verhalten spricht.

Ein Blick auf Artikel 86 zeigt, daß diese Bestimmung bei der Erfüllung folgender drei Tatbestandsmerkmale Anwendung findet: 1. eine beherrschende Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben, 2. die mißbräuchliche Ausnutzung dieser Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen und 3. eine Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten.

Den Begriff der beherrschenden Stellung hat der Gerichtshof in der Rechtssache 27/76 *(United Brands/Kommission*, Slg. 1978, 207, 286) und in der Rechtssache 85/76 *(Hoffmann-La Roche/Kommission*, Slg. 1979, 461, 520) definiert.

Zur Beurteilung der Frage, ob eine beherrschende Stellung gegeben ist, ist eine Marktstrukturanalyse erforderlich. Dabei sind mehrere Faktoren von Bedeutung; einer der wichtigeren (aber nicht ausschlaggebend) ist der Marktanteil des betreffenden Unternehmens. Andere relevante Faktoren sind die Unternehmensorganisation, die erforderlichen fachlichen Kenntnisse und Fertigkeiten sowie die verfügbaren finanziellen Mittel.

Selbstverständlich hat das nationale Gericht, um alle diese Faktoren in ihren richtigen wirtschaftlichen Zusammenhang zu stellen, den Markt in seiner räumlichen Ausdehnung sowie die auf diesem Markt erbrachten Dienstleistungen abzugrenzen. Es muß z. B. prüfen, ob sich der Markt auf sämtliche Bankleistungen oder nur auf Auslandsüberweisungen bezieht, ob er sich auf die gesamte Gemeinschaft oder lediglich auf Deutschland erstreckt.

Gelangt das nationale Gericht zu der Schlußfolgerung, daß die Bank eine beherrschende Stellung einnimmt, so muß es weiterhin entscheiden, ob diese in dem in der Rechtssache *Hoffmann-La Roche* (S. 541) dargelegten Sinn mißbräuchlich ausgenutzt worden ist. Stellt das nationale Gericht daher fest, daß die Bank aufgrund ihrer beherrschenden Stellung 1. Mittel eingesetzt hat, die von den im Rahmen eines normalen Wettbewerbs verwandten Mitteln abweichen und 2. die sich als weitere Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt auswirken, so ist es zu dem Schluß berechtigt, daß das zweite Tatbestandsmerkmal erfüllt ist. Es muß natürlich auch prüfen, ob sich dies auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten ausgewirkt hat.

Nach alledem schlage ich vor, die von dem Amtsgericht dem Gerichtshof vorgelegte Frage dahin zu beantworten, daß je nach den Tatsachen und Gesamtumständen die Erhebung einer generellen Überweisungsgebühr im innergemeinschaftlichen Zahlungs- und Kapitalverkehr zwischen Banken geeignet ist, eine abgestimmte Verhaltensweise darzustellen, die gegen Artikel 85 EWG-Vertrag verstößt.