SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

L. A. GEELHOED

vom 29. Juni 2006 [1]

I — Einleitung

1. Die vorliegende Rechtssache betrifft ein Vorabentscheidungsersuchen, mit dem das Tribunal Supremo (Spanien) zwei Fragen zur Auslegung des Artikels 81 EG im Rahmen der Prüfung der Frage vorlegt, ob ein für Finanz- und Kreditinstitute in Spanien gegen Zahlung eines Entgelts zugängliches Kreditauskunftsregister mit diesem Artikel vereinbar ist.

2. Mit den Fragen soll im Wesentlichen geklärt werden, ob ein solches Register unter Artikel 81 Absatz 1 EG fällt und, wenn ja, ob es gemäß Artikel 81 Absatz 3 EG von den Behörden eines Mitgliedstaats genehmigt werden kann, wobei dann das Schwergewicht auf die erste Voraussetzung (angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn) gelegt wird.

3. Die Vorlagefragen sind im Rahmen einer Kassationsbeschwerde der Gesellschaft ASNEF-EQUIFAX Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL (im Folgenden: ASNEF-EQUIFAX) gegen das Urteil der Audienca nacional vom 28. November 2001 aufgeworfen worden, mit dem die für ein solches Register nach spanischem Recht erteilte Genehmigung aufgehoben wurde.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

4. Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 [2] bezweckt ihrer vierten Begründungserwägung zufolge, den Wettbewerbsbehörden und Gerichten der Mitgliedstaaten nicht nur die Befugnis zur Anwendung der nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften direkt anwendbaren Artikel 81 Absatz 1 und 82 des Vertrages,

1 — Originalsprache: Französisch.

2 — Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (ABl. 2003, L 1, S. 1).

sondern auch diejenige zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages zuzuerkennen.

5. Artikel 3 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 1/2003 bestimmt:

„(1) Wenden die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten oder einzelstaatliche Gerichte das einzelstaatliche Wettbewerbsrecht auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 des Vertrags an, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne dieser Bestimmung beeinträchtigen können, so wenden sie auch Artikel 81 des Vertrags auf diese Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen an. ...

(2) Die Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts darf nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, aber den Wettbewerb im Sinne des Artikels 81 Absatz 1 des Vertrags nicht einschränken oder die Bedingungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllen oder durch eine Verordnung zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags erfasst sind. Den Mitgliedstaaten wird durch diese Verordnung nicht verwehrt, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen zu erlassen oder anzuwenden."

B — *Nationales Recht*

6. Das spanische Wettbewerbsrecht ist in erster Linie in der Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (Gesetz Nr. 16/1989 über den Schutz des Wettbewerbs) vom 17. Juli 1989 (im Folgenden: LDC) geregelt. Der Wortlaut der Artikel 1 und 3 LDC ist im Wesentlichen nahezu der gleiche wie der des Artikels 81 Absätze 1 und 3 EG.

7. Nach Artikel 4 Absatz 1 LDC kann das Tribunal de Defensa de la Competencia (Wettbewerbsschutzgericht) Vereinbarungen, Beschlüsse, Empfehlungen und Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 1 in den in Artikel 3 genannten Fällen und unter den dort genannten Voraussetzungen für zulässig erklären.

III — Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

8. Das vorlegende Gericht beschreibt den Kontext des Ausgangsverfahrens wie folgt.

9. ASNEF-EQUIFAX, an der die Asociación Nacional de Entidades Financieras (Nationale Vereinigung der Finanzinstitute) als Gesellschafterin beteiligt ist, beantragte am 21. Mai 1998 gemäß Artikel 4 LDC die Genehmigung eines Kreditauskunftsregisters, das von ihr verwaltet werden sollte (im Folgenden: beantragtes Register).

10. Der Zweck des beantragten Registers „besteht darin, Informationen über Zahlungsfähigkeit und Kredite im Wege der elektronischen Verarbeitung von Daten zu gewähren, die die von den angeschlossenen Unternehmen in Ausübung ihrer Darlehens- und Kredittätigkeit eingegangenen Risiken betreffen". Die in das beantragte Register aufgenommenen Daten sollen einen ganz ähnlichen Inhalt haben wie das Register, das im Rundschreiben Nr. 3/1995 vorgesehen ist, das die von der Banco de España (spanische Zentralbank) verwaltete Central de Información de Riesgos (Zentrale Auskunftsstelle für Risiken) regelt, zu der die Finanzinstitute in Spanien bereits Zugang haben. Die fraglichen Auskünfte betreffen die Identität und die wirtschaftliche Tätigkeit der Schuldner sowie besondere Situationen wie Konkurs oder Zahlungsunfähigkeit.

11. Entgegen der ablehnenden Stellungnahme des Servicio de Defensa de la Competencia (dem Ministerium für Wirtschaft und Finanzen unterstellte Behörde zum Schutz des Wettbewerbs) genehmigte das Tribunal de Defensa de la Competencia das beantragte Register mit Entscheidung vom 3. November 1999 für die Dauer von fünf Jahren unter folgenden ausdrücklichen Voraussetzungen: Das Register müsse gegen Zahlung eines entsprechenden Entgelts allen Finanzinstituten ohne Diskriminierung zugänglich sein, und es dürften keine Auskünfte über die in ihm aufgeführten Gläubiger erteilt werden.

12. Mit Urteil vom 28. November 2001 gab die Audiencia Nacional der Klage der Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Vereinigung der Nutzer von Bankdienstleistungen, im Folgenden: AUSBANC) auf Nichtigerklärung der Entscheidung des Tribunal de Defensa de la Competencia statt. Sie vertrat die Auffassung, das beantragte Register falle, da es den freien Wettbewerb beschränke, unter das Verbot des Artikels 1 LDC und könne auch nicht nach Artikel 3 LDC genehmigt werden, da dessen Tatbestandsmerkmale nicht verwirklicht seien. Die Audiencia Nacional bezog sich nicht nur auf spanisches Recht, sondern auch auf Gemeinschaftsrecht, insbesondere das Urteil John Deere [3].

13. ASNEF-EQUIFAX, die mit dieser Entscheidung nicht einverstanden war, legte gegen sie Kassationsbeschwerde beim Tribunal Supremo ein.

3 — Urteil vom 28. Mai 1998 in der Rechtssache C-7/95 P (John Deere/Kommission, Slg. 1998, I-3111). Die Audiencia Nacional führte insbesondere die Randnrn. 5, 10, 88 und 123 dieses Urteils an.

14. Das Tribunal Supremo, nach dessen Auffassung der Rechtsstreit Fragen nach der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aufwirft, hat dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

A. Ist Artikel 81 Absatz 1 EG dahin auszulegen, dass Vereinbarungen über den Informationsaustausch zwischen Finanzinstituten bezüglich Zahlungsfähigkeit und Verzug ihrer Kunden mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar sind, wenn diese Vereinbarungen ungünstige Auswirkungen auf die Wirtschaftspolitiken der Union und auf den Kreditmarkt der Gemeinschaft haben und eine Beschränkung des Wettbewerbs im Bereich der Finanz- und Kreditinstitute bewirken?

B. Ist Artikel 81 Absatz 3 EG dahin auszulegen, dass die Kartellbehörden eines Mitgliedstaats Vereinbarungen über einen Informationsaustausch zwischen Finanzinstituten durch die Einrichtung eines ihre Kunden betreffenden Kreditauskunftsregisters mit der Begründung für zulässig erklären können, dass die Verbraucher und Nutzer dieser Finanzdienstleistungen von der Einrichtung eines derartigen Registers profitieren?

15. Schriftliche Erklärungen haben ASNEF-EQUIFAX, die AUSBANC, die polnische Regierung und die Kommission eingereicht. Am 26. April 2006 hat eine Sitzung stattgefunden.

IV — Beurteilung

A — *Zur Zulässigkeit*

16. Hinsichtlich der Zulässigkeit sind zwei Arten von Fragen aufgeworfen worden:

— Es gehe um die Anwendung nationalen Rechts (von der Kommission zur Sprache gebrachter Punkt);

— eine Auswirkung auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten sei nicht gegeben (von der AUSBANC zur Sprache gebrachter Punkt).

17. Die Kommission macht geltend, dass die Entscheidung des Tribunal de Defensa de la Competencia nicht auf Artikel 81 EG, sondern auf die entsprechenden Bestimmungen des spanischen Rechts (Artikel 1 und 3 LDC) gestützt sei, weshalb die Zulässigkeit des vorliegenden Ersuchens fraglich sei. Unter Hinweis darauf, dass das Ersuchen

im Rahmen eines Kassationsbeschwerdeverfahrens ergehe, äußert sie Zweifel daran, dass das Tribunal Supremo Bestimmungen anwenden könne, die von den Vorinstanzen (dem Tribunal de Defensa de la Competencia und der Audienca nacional) in deren jeweiliger Entscheidung nicht angewandt worden seien.

18. Das vorlegende Gericht behaupte zwar in seiner Vorlageentscheidung, dass Artikel 81 EG auf die vorliegende Rechtssache anwendbar sei, es erkläre jedoch nicht, warum. Im Einzelnen bemerkt die Kommission dazu:

— Entweder das nationale Recht erfordere die gleiche Auslegung (wie in der Rechtssache Leur-Bloem [4]), was nach dem vorliegenden Sachverhalt nicht der Fall sei,

— oder Artikel 81 EG sei für die Rechtssache rechtlich irrelevant, so dass die gegebene Auslegung für das vorlegende Gericht unerheblich wäre (wie in der Rechtssache Kleinwort Benson [5]); in diesem Fall wäre der Gerichtshof für die Beantwortung der Vorlagefragen unzuständig,

— oder aber eine Auslegung könne, selbst wenn Artikel 81 auf die vorliegende Rechtssache nicht unmittelbar anwendbar sei, trotzdem erforderlich sein, um den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht zu wahren.

19. Zur letztgenannten Möglichkeit führt die Kommission aus, es sei über die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung zu entscheiden, die im Jahr 2001 ergangen sei, d. h. zu einer Zeit, als die Verpflichtung aus der Verordnung Nr. 1/2003 noch nicht bestanden habe.

20. Ich halte die Vorlage nach der einschlägigen ständigen Rechtsprechung für zulässig. Danach ist der Gerichtshof, wenn die Vorlagefragen die Auslegung des Gemeinschaftsrechts betreffen, zur Entscheidung grundsätzlich verpflichtet, und er kann den Erlass einer Entscheidung nur ablehnen, wenn die erbetene Auslegung keinen Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits aufweist, wenn das Problem hypothetischer Natur ist oder wenn er nicht über die für eine Antwort erforderlichen tatsächlichen und rechtlichen Angaben verfügt [6].

4 — Urteil vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-28/95 (Slg. 1997, I-4161).

5 — Urteil vom 28. März 1995 in der Rechtssache C-346/93 (Slg. 1995, I-615).

6 — Vgl. Urteil vom 10. Januar 2006 in der Rechtssache C-344/04 (IATA, Slg. 2006, I-403, Randnr. 24) und die dort zitierte Rechtsprechung. Vgl. auch Urteil vom 26. November 1998 in der Rechtssache C-7/97 (Bronner, Slg. 1998, I-7791, Randnr. 16 und die dort zitierte Rechtsprechung).

21. Es ist klar, dass diese Gründe dafür, ein Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung für unzulässig zu erklären, in der vorliegenden Rechtssache nicht vorliegen.

22. Erstens ergibt sich aus der Vorlageentscheidung, dass das Tribunal Supremo der Auffassung ist, dass „[d]as Urteil [der Audiencia Nacional] ... auf den Grundsätzen [beruhe], die in den Artikeln 1 und 3 [LDC] und in dem früheren Artikel 85 EG-Vertrag niedergelegt seien, sowie auf der Auslegung, die der Gerichtshof hierzu ... vorgenommen habe".

23. Außerdem hat das Tribunal Supremo ausgeführt, dass dieses Vorabentscheidungsersuchen, das Ausdruck der Verpflichtung der nationalen Gerichte sei, mit den Gemeinschaftsgerichten zusammenzuarbeiten, den Zweck habe, abweichende oder gegensätzliche Auslegungen zu vermeiden.

24. Auch wenn also fraglich ist, ob die Audiencia Nacional ihre Entscheidung tatsächlich auf Artikel 81 EG gestützt hat (wobei sie auf die Gemeinschaftsrechtsprechung nur verwiesen hätte, um die Bestimmungen des LDC gleichen Inhalts auszulegen), ist die Vorlage doch zulässig.

25. Was zweitens die Funktion eines als Kassationsbeschwerdeinstanz entscheidenden Gerichts angeht, so ist es, wie ich bereits in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Manfredi [7] ausgeführt habe, nicht Sache des Gerichtshofes, zu entscheiden, ob und inwieweit das vorlegende Gericht die Tragweite seiner Anrufung verkannt hat, wie die Kommission zu meinen scheint.

26. Hinsichtlich der Verordnung Nr. 1/2003 (Frage ihrer zeitlichen Anwendbarkeit) ist klar, dass die Rechtslage vor und nach dem Inkrafttreten dieser Verordnung, zumindest in Nuancen, unterschiedlich ist.

27. Der erste Unterschied besteht darin, dass die nationalen Behörden und Gerichte seit diesem Inkrafttreten für die Anwendung aller Bestimmungen des Artikels 81 EG zuständig sind.

28. Der zweite Unterschied, auf den in diesem Zusammenhang hinzuweisen ist, besteht darin, dass das Recht zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts in eine Pflicht zu dieser Anwendung umgewandelt worden ist (sofern die Voraussetzung der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten erfüllt ist). Sind die Tatbestandsmerkmale der Artikel 81 und 82 EG verwirklicht, so sind die nationalen Behörden und Gerichte zur Anwendung dieser Bestimmungen auf die Streitigkeiten, mit denen sie befasst sind, verpflichtet. Vor dem Inkrafttreten dieser Verordnung musste bei par-

7 — Schlussanträge vom 26. Januar 2006 in den Rechtssachen C-295/04, C-296/04, C-297/04 und C-298/04 (Manfredi u. a., noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Nr. 25).

alleler Anwendung von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht ein etwaiger Konflikt nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts gelöst werden [8]. Nunmehr enthält die Verordnung Nr. 1/2003 eine Konvergenzregel, die aussagekräftiger ist. Nach Artikel 3 Absatz 2 können Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die nicht nach Artikel 81 EG untersagt sind, nicht nach dem Wettbewerbsrecht der Mitgliedstaaten verboten werden.

29. Zwar war, als das Tribunal de Defensa de la Competencia und die Audiencia Nacional ihre Entscheidungen erließen, die Verordnung Nr. 1/2003 noch nicht anwendbar. Trotzdem wird die gegenwärtige Situation durch diese Vorschrift geregelt: Die zu erlassende Entscheidung wird sich nämlich auf den Betrieb des beantragten Registers auswirken, sei es, weil dieses bereits eingerichtet worden ist (in diesem Fall ist es zweckmäßig, zu erfahren, ob Artikel 81 EG ihm entgegensteht oder nicht), sei es, weil seine Einrichtung bis zum Erlass der zu treffenden Entscheidung aufgeschoben worden ist (steht Artikel 81 dem Register nicht entgegen, kann es also dann eingerichtet werden) [9].

30. Das Vorbringen der AUSBANC, dass das beantragte Register keine spürbaren Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten habe, betrifft die unmittelbare Anwendbarkeit von Artikel 81 EG auf den Sachverhalt, der Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits ist. Dieses Vorbringen unterliegt der Beurteilung durch das nationale Gericht und ist für die Prüfung der Zulässigkeit der dem Gerichtshof vorgelegten Fragen unerheblich [10].

B — *Zur Begründetheit*

Erste Frage

31. Mit der ersten Frage soll geklärt werden, ob ein System zum Informationsaustausch zwischen Kreditinstituten tatsächlich gegen Artikel 81 Absatz 1 EG verstößt oder nicht.

32. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Artikels 81 EG sind: (1) Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten und (2) Einschränkung des Wettbewerbs.

33. Was eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten angeht, so trifft es zu, dass, wie die Kommission bemerkt, die

8 — Vgl. Urteil vom 13. Februar 1969 in der Rechtssache 14/68 (Walt Wilhelm, Slg. 1969, S. 1).

9 — Es ist nicht bekannt, ob das Register bereits funktionsfähig ist.

10 — Vgl. Urteil Bronner (angeführt in Fußnote 6, Randnr. 21).

Vorlageentscheidung nicht im Einzelnen darlegt, inwieweit das beantragte Register geeignet sein soll, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Meiner Ansicht nach ist klar, dass das vorlegende Gericht diese Voraussetzung implizit als erfüllt ansieht, nicht nur, weil es seine Fragen auf die zweite Voraussetzung konzentriert, sondern auch, weil die Formulierung der Vorlagefragen dafür spricht. Angesichts des Umstands, dass a) das beantragte Register offenbar im ganzen spanischen Hoheitsgebiet angewandt werden soll und b) der Finanzsektor zunehmend grenzüberschreitend tätig ist, halte ich diese Voraussetzung tatsächlich für erfüllt. Wie dem auch sei, das vorlegende Gericht hat zu entscheiden, ob es sich tatsächlich so verhält.

34. Insoweit ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes, dass der Nachweis genügt, dass die Vereinbarung den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen kann [11]. Außerdem geht aus der Rechtsprechung hervor, dass das Kriterium der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten dann erfüllt ist, wenn sich anhand einer Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Sicherheit voraussehen lässt, dass die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell die Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann. [12] Die Vorlageentscheidung enthält keine genauen Angaben zum Umfang sowie zur räumlichen und personellen Geltung der angeblichen Vereinbarung. Es ist jedoch anzunehmen, dass die Beteiligung am beantragten Register allen Gläubigerinstituten, unabhängig von ihrem Sitz oder ihren Tätigkeiten auf dem spanischen Markt, offen steht [13]. Jedenfalls bedeutet nach ständiger Rechtsprechung der Umstand, dass eine Vereinbarung zwischen Unternehmen nur die Wirtschaftsteilnehmer in einem einzigen Mitgliedstaat betrifft, nicht, dass sie nicht geeignet wäre, sich auf den innergemeinschaftlichen Handel auszuwirken [14]. Zudem hat der Gerichtshof wiederholt darauf hingewiesen, dass ein Kartell, das sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erstreckt, schon seinem Wesen nach die Wirkung hat, die Abschottung der Märkte auf nationaler Ebene zu verfestigen, indem es die vom Vertrag gewollte wirtschaftliche Verflechtung behindert [15].

35. Was die zweite „Voraussetzung" betrifft, die erfüllt sein muss, damit davon ausgegangen werden kann, dass eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise gegen Artikel 81 Absatz 1 EG verstößt, so muss diese „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken". Danach ist erstens zu prüfen, ob die Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweise einen wettbewerbswidrigen Zweck hat. Ist dies der Fall, so gilt das Verbot des Artikels 81 Absatz 1 EG unabhängig von jeglicher Wirkung. Bezweckt sie keine Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, ist zu prüfen, ob sie solches bewirkt [16].

11 — Vgl. Urteil vom 1. Februar 1978 in der Rechtssache 19/77 (Miller/Kommission, Slg. 1978, 131, Randnr. 15).

12 — Vgl. u. a. Urteile vom 9. Juli 1969 in der Rechtssache 5/69 (Völk, Slg. 1969, 296, Randnr. 5), vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 99/79 (Lancôme und Cosparfrance, Slg. 1980, 2511, Randnr. 23) und vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 42/84 (Remia u. a./Kommission, Slg. 1985, 2545, Randnr. 22).

13 — Dies ist vom Prozessbevollmächtigten von ASNEF-EQUIFAX in der Sitzung bestätigt worden.

14 — Urteil vom 11. Juli 1989 in der Rechtssache 246/86 (Belasco, Slg. 1989, 2117).

15 — Urteil vom 19. Februar 2002 in der Rechtssache C-309/99 (Wouters, Slg. 2002, I-1577, Randnr. 95) und die dort zitierte Rechtsprechung.

16 — Vgl. zur Veranschaulichung Urteile vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65 (Société Technique Minière, Slg. 1966, 337), vom 27. Januar 1987 in der Rechtssache 45/85 (Verband der Sachversicherer/Kommission, Slg. 1987, 405, Randnr. 39) und vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89 (Delimitis, Slg. 1991, I-935, Randnr. 13).

36. Nach ständiger Rechtsprechung ist für die Beurteilung der Frage, ob eine Vereinbarung wegen der von ihr bewirkten Wettbewerbsstörungen als verboten anzusehen ist, der Wettbewerb zu betrachten, wie er ohne sie bestehen würde. Diese Beurteilung erfordert die Berücksichtigung sowohl der tatsächlichen als auch der potentiellen Auswirkungen der Vereinbarung auf den Wettbewerb [17]. Außerdem kann die Vereinbarkeit einer Vereinbarung mit den Wettbewerbsregeln nicht abstrakt beurteilt werden. Diese Beurteilung muss vielmehr in den wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtzusammenhang eingebettet sein und die Natur der Ware oder Dienstleistung, die Struktur des Marktes und die auf diesem Markt bestehenden tatsächlichen Bedingungen berücksichtigen [18]. Dem Verbot des Artikels 81 entgeht eine Vereinbarung jedoch dann, wenn sie den Markt nur unerheblich beeinträchtigt [19].

37. Des Weiteren ist zu beachten, dass das Grundprinzip, auf dem Artikel 81 Absatz 1 EG beruht, dasjenige der Selbstständigkeit des Wirtschaftsteilnehmers in seinem Verhalten auf dem Markt ist [20].

38. Was speziell den Informationsaustausch betrifft, so sollte meines Erachtens darauf hingewiesen werden, dass ein solcher durchaus im Rahmen einer Vereinbarung, eines Beschlusses von Unternehmensvereinigungen oder einer abgestimmten Verhaltensweise erfolgen kann. Der Informationsaustausch kann Neben- oder Hauptzweck sein. Bei einem Preiskartell beispielsweise, bei dem der Informationsaustausch Nebenzweck ist, ergibt sich die Beschränkung der Selbstständigkeit aus dieser Preisvereinbarung. Möglich ist auch, dass der Informationsaustausch selbst eine Veränderung des Wettbewerbs bewirkt.

39. Gleichwohl sind Vereinbarungen über einen Informationsaustausch nicht ohne weiteres, sondern nur unter bestimmten Umständen verboten.

40. Die Verbreitung und der Austausch von Informationen unter Wettbewerbern und die Schaffung eines transparenten Marktes können für die Wettbewerbsstruktur des Marktes von neutraler oder sogar günstiger Wirkung sein. Es ist allgemein bekannt, dass Unternehmensvereinigungen regelmäßig Informationen über Preise, Erträge, Kapazitäten und Investitionen sammeln, um sie unter ihren Mitgliedern zu verbreiten, die diese Informationen bei der Planung ihrer eigenen Unternehmensstrategie verwenden können. Wie in der Rechtsprechung festgestellt worden ist, ist „auf einem wirklich vom Wettbewerb geprägten Markt die Transparenz unter den Wirtschaftsteilnehmern grundsätzlich geeignet ..., den Wettbewerb zwischen den Anbietern zu verstärken“ [21].

17 — Vgl. Urteile Société Technique Minière und Delimitis.

18 — Urteile vom 12. Dezember 1995 in der Rechtssache C-399/93 (Oude Luttikhuis u. a., Slg. 1995, I-4515, Randnr. 10) und vom 15. Dezember 1994 in der Rechtssache C-250/92 (DLG, Slg. 1994, I-5641, Randnr. 31).

19 — Urteil vom 9. Juli 1969 (Völk, angeführt in Fußnote 12, Randnr. 7).

20 — Vgl. z. B. Urteile John Deere/Kommission (angeführt in Fußnote 3, Randnr. 86) und vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache C-49/92 P (Kommission/Anic Partecipazioni, Slg. 1999, I-4125, Randnr. 116).

21 — Urteil des Gerichts vom 27. Oktober 1994 in der Rechtssache T-35/92 (John Deere/Kommission, Slg. 1994, II-957, Randnr. 51); Urteile des Gerichtshofes vom 28. Mai 1998 (John Deere/Kommission, angeführt in Fußnote 3, Randnrn. 88 bis 90) und vom 2. Oktober 2003 in der Rechtssache C-194/99 P (Thyssen Stahl/Kommission, Slg. 2003, I-10821, Randnr. 84).

41. Natürlich kann ein Informationsaustausch auch nachteilige Wirkungen haben. Im Allgemeinen sind für die Unterscheidung zwischen einem rechtmäßigen und einem unrechtmäßigen Informationsaustausch folgende Kriterien maßgeblich: (1) Art und Inhalt der ausgetauschten Informationen (aggregiert oder detailliert) und (2) Struktur des betreffenden Marktes (oligopolistisch oder zersplittert). Auch die Häufigkeit des Informationsaustauschs ist von Bedeutung.

42. Zum ersten Kriterium ist zu sagen, dass ein Austausch statistischer oder historischer Daten im Allgemeinen weniger problematisch ist als ein Austausch neuerer oder künftiger Daten. Die Verwendung aggregierter Marktdaten ist im Allgemeinen rechtmäßig, sofern die Daten nicht die Identifizierung eines einzelnen Wettbewerbers oder die Kenntnis von dessen Geschäftsstrategie ermöglichen. Ob es aufgrund des Grades der Zusammenfassung (der Aggregationsstufe) möglich ist, die Strategien der Wettbewerber zu erkennen, hängt letztlich von deren Zahl ab. Jedenfalls ist festzustellen, dass jeder Wirtschaftsteilnehmer, der an einem Informationsaustausch teilnimmt, unabhängig und selbstständig handeln muss.

43. Was die Marktstruktur angeht, so neigen Unternehmen auf einem oligopolistischen Markt offensichtlich sehr zu einer Vereinheitlichung ihres Verhaltens. Der Informationsaustausch könnte in diesem Fall die Wahrscheinlichkeit eines kollusiven Zusammenwirkens erhöhen. Deshalb wird der Austausch bestimmter Informationen auf einem oligopolistischen Markt oder einem zwar nicht oligopolistischen, doch hochgradig konzentrierten Markt als rechtswidrig angesehen, nicht aber auf einem wirklich vom Wettbewerb geprägten (zersplitterten) Markt [22].

44. In der vorliegenden Rechtssache verpflichten sich die Parteien zum Austausch von Informationen über die Zahlungsfähigkeit der Darlehensnehmer.

45. Ich möchte bemerken, dass es praktisch in allen Ländern ein Kreditauskunftssystem in der einen oder anderen Form gibt, nämlich ein Register, das von einer öffentlichen, einer privaten Stelle oder einer Stelle mit gemischter Rechtsform geführt wird. Ein solches Register enthält Daten negativer Art (zu denen solche über Schuldner mit speziellen Risiken, etwa unzuverlässige Zahler, gehören) und/oder neutraler oder positiver Art (z. B. Angaben über die Höhe der Verschuldung aller Kreditnehmer). Der Einführung oder Anregung eines solchen Systems durch einen Staat liegt das Bestreben zugrunde, Fällen der Überschuldung von Verbrauchern vorzubeugen oder Risiken für die Gläubiger zu begrenzen.

46. Das beantragte Register enthält negative Angaben (wie über Zahlungsausfall) und positive Angaben (wie über Gläubigerguthaben, Bürgschaften, Sicherheiten und Ga-

22 — Urteil Thyssen Stahl/Kommission vom 2. Oktober 2003 (angeführt in Fußnote 21, Randnr. 86).

rantien, Leasinggeschäfte oder die zeitlich begrenzte Bereitstellung von Kapital). Außerdem existiert bereits ein Auskunftsregister, das von der Banco de España verwaltet wird. Es scheint, dass die beiden Register mehr oder weniger die gleichen Daten enthalten; allerdings handelt es sich bei dem beantragten Register um ein „Online-Register" (d. h. die Informationen werden anhand elektronischer Datenverarbeitung, also schneller übermittelt), und es enthält, da Mindestbeträge nicht vorgesehen sind, auch Informationen über Darlehensnehmer für kleinere Darlehen.

47. Nach dem ersten Anschein bezweckt die Vereinbarung (Errichtung des beantragten Registers) als solche nicht, die Selbstständigkeit derjenigen, die ein Darlehen beantragen, und der Gläubiger bei ihrem Verhalten auf dem Markt zu begrenzen. Da das Register somit offenbar keine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt, ist zu prüfen, ob es eine Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bewirkt.

48. Die gegenseitige Bereitstellung von Informationen zur individuellen Verwendung ist, wie gesagt, nicht ohne weiteres eine wettbewerbswidrige Tätigkeit.

49. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Identität des Gläubigers gegenüber den Unternehmen, die Zugang zum Register haben, weder unmittelbar noch mittelbar aufgedeckt werden darf. Andernfalls wäre es möglich, die Stellung oder die Geschäftsstrategie der Wettbewerber in Kenntnis zu bringen. Die vom Tribunal de Defensa de la Competencia aufgestellte und von ASNEF-EQUIFAX akzeptierte Voraussetzung bewirkt, dass die Daten des Gläubigers nicht verbreitet werden.

50. Von Belang ist außerdem, dass das System allen in diesem Bereich tätigen Wirtschaftsteilnehmern offen steht. Andernfalls würde es bestimmte dieser Wirtschaftsteilnehmer benachteiligen, da diejenigen, die keinen Zugang zum Register hätten, für ihre Risikoabschätzung über weniger Informationen verfügen würden; zudem würde es den Eintritt neuer Wirtschaftsteilnehmer in den Markt nicht erleichtern. [23]

51. Angesichts des Umstands, dass sich der Informationsaustausch nicht auf die Identität des Gläubigers bezieht, und in der Annahme, dass die Gläubigerinstitute, die Zugang zu diesem Register haben, die betreffenden Informationen so nutzen werden, dass sie ihre Entscheidung auf ihre maximale Risikofähigkeit stützen und nach Maßgabe ihrer Geschäftspolitik handeln, bleibt zu klären, ob diese Art des Informationsaustauschs zu anderen wettbewerbswidrigen Wirkungen, wie kollusiven Verhaltensweisen, führen kann.

23 — Es scheint, dass diese Voraussetzung erfüllt ist. ASNEF-EQUIFAX hat in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt: „Zu den an der Errichtung dieses Registers Mitwirkenden zählen Einrichtungen und Wirtschaftsteilnehmer des Finanzsektors von ganz unterschiedlicher Größe und ganz unterschiedlichem Format" sowie „Kunden mit äußerst verschiedenartigen Profilen, die von Banken und Sparkassen bis zu Immobiliengesellschaften und Gesellschaften zur kurz- und langfristigen Vermietung von Kraftfahrzeugen, von Verbrauchermärkten bis zu kleinen Handelsgeschäften reichen können".

52. Dem ersten Anschein nach besteht ein solches System offenbar nicht darin, ein gemeinsames Interesse festzuschreiben oder bestimmte Kundengruppen kategorisch auszuschließen. Der Zweck eines Systems zum Austausch von Informationen über Darlehen ist die Begrenzung der Risiken (Risikomanagement). Das hängt damit zusammen, dass die Informationen, die Kreditinstitute bei ihren (potenziellen) Kunden einholen können, uneinheitlich sind. Dieses System kann sich auf die Verwaltung der mit dieser Wirtschaftstätigkeit verbundenen Risiken vorteilhaft auswirken.

53. In diesem Zusammenhang möchte ich unterstreichen, dass nach der Rechtsprechung nicht die Ausschaltung jeder, sondern nur bestimmter Ungewissheiten und insbesondere derjenigen untersagt ist, die das Verhalten der Wettbewerber auf dem Markt betrifft. Die Ungewissheit, um die es hier geht, bezieht sich aber auf die Zahlungsfähigkeit eines Kunden.

54. Eine Darlehenstätigkeit besteht darin, einem Dritten gegen Entgelt (Zinsen) einen Geldbetrag zeitweise zur Verfügung zu stellen. Der Zinssatz hängt u. a. von einem Risikofaktor ab, der die Möglichkeit berücksichtigt, dass der Vertragspartner die ihm obliegenden Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß erfüllt. Wie die Kommission unter Hinweis auf die Wirtschaftstheorie ausgeführt hat, ist eine Prämie zu einem Versicherungsvertrag, mit dem das Insolvenzrisiko abgedeckt werden soll, Bestandteil der vom Finanzinstitut angestrebten Vergütung. Fehlen Informationen über dieses Risiko, so stellt sich ein Problem des unterschiedlichen Informationsstands. In einem solchen Fall ist eine zutreffende Risikoabschätzung nicht möglich, so dass eine Tendenz dahin besteht, dass von jedem Schuldner der gleiche Zins verlangt wird, ein Preis, der für die Kategorie von Kunden, die das niedrigste Ausfallrisiko aufweist, zu hoch ist.

55. Solange jeder Wirtschaftsteilnehmer die Geschäftspolitik, nach der er sich im Gemeinsamen Markt richten will, und die Bedingungen, die er seinen Kunden vorzuschreiben gedenkt, selbstständig festlegt, wirft die Errichtung eines Registers wie des hier vorgesehenen keine wettbewerbsrechtlichen Probleme auf.

56. Etwaige Bedenken hinsichtlich der Sensibilität personenbezogener Daten können durch andere Instrumente, wie Datenschutzvorschriften, ausgeräumt werden. Selbstverständlich muss den betroffenen Schuldnern auf die eine oder andere Art und Weise mitgeteilt werden, welche Daten registriert worden sind, und ein Recht gewährt werden, die sie betreffenden Daten zu überprüfen und gegebenenfalls zu berichtigen. Dieser Punkt scheint in Anbetracht der entsprechenden spanischen Rechtsvorschriften und von Klausel 9 der Registersatzung geregelt zu sein.

Zweite Frage

57. Bei der zweiten Frage geht es um Klärung der Frage, ob es Artikel 81 Absatz 3 EG einer zuständigen Stelle eines Mitgliedstaats erlaubt, Vereinbarungen über den Informationsaustausch der hier fraglichen Art mit der Begründung für zulässig zu erklären, dass die Nutzer dieser Finanzdienstleistungen von diesen Dienstleistungen profitieren.

58. Obwohl diese Frage bereits implizit beantwortet worden ist, komme ich kurz auf sie zurück.

59. Wie ich bereits ausgeführt habe, sind die nationalen Gerichte und Behörden seit dem Inkrafttreten der Verordnung Nr. 1/2003 zur Anwendung aller Bestimmungen des Artikels 81 EG befugt. Nach dieser Verordnung bedarf es in dem Fall, dass eine Vereinbarung unter Artikel 81 Absatz 1 EG fällt und kumulativ die Voraussetzungen von Artikel 81 Absatz 3 erfüllt, keiner vorherigen Entscheidung.

60. Mehrere Mitgliedstaaten haben ihr nationales Wettbewerbsrecht dahin gehend angepasst, dass im Kontext des nationalen Rechts eine gesetzliche Ausnahmeregelung Anwendung findet. In anderen Mitgliedstaaten gibt es dagegen immer noch ein Genehmigungssystem. Wie dem auch sei, sobald Artikel 81 EG — auch im Fall einer parallelen Anwendung — anwendbar ist, muss eine Vereinbarung, die die Voraussetzungen seines Absatzes 3 erfüllt, von Rechts wegen genehmigt werden.

61. Das vorlegende Gericht konzentriert sich besonders auf die erste Voraussetzung des Artikels 81 Absatz 3 EG, wonach „der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn [angemessen zu beteiligen ist]".

62. Wie ich bereits dargelegt habe, kann sich eine genaue Risikoabschätzung in einer generellen Senkung der Kreditkosten äußern, was im Allgemeinen dem Verbraucher zugute kommt. Eine bessere Kenntnis des Risikos kann jedoch auch zu einer unterschiedlichen Behandlung guter Schuldner (weniger Risiko, also niedrigere Zinsen) und schlechter Schuldner (die entweder mehr zahlen oder eine Ablehnung ihres Kreditantrags in Kauf nehmen müssen) führen.

63. Es ist jedoch nicht erforderlich, dass diese Praxis jedem einzelnen Verbraucher zugute kommt. Sie muss sich vielmehr auf die Verbraucher insgesamt günstig auswirken.

V — Ergebnis

64. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorlagefragen des Tribunal Supremo wie folgt zu beantworten:

Artikel 81 Absatz 1 EG ist dahin auszulegen, dass eine Vereinbarung über den Informationsaustausch zwischen Finanzinstituten bezüglich Zahlungsfähigkeit und Verzug ihrer Kunden, die keine Identifizierung der Gläubiger ermöglicht und nichtdiskriminierende Voraussetzungen für den Zugang zum betreffenden System und dessen Nutzung durch die auf dem Kreditmarkt tätigen Wirtschaftsteilnehmer vorsieht, grundsätzlich keine Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt.