

Professor Dr. Dr. h. c. Ulrich Immenga und Dr. Torsten Körber, LL.M., Göttingen*

Marktabgrenzung und Marktbeherrschung bei der Geldautomatennutzung¹

Zum 1. 3. 1997 kündigte der Deutsche Sparkassen- und Giroverband e.V. (DSGV) die Höchstentgeltvereinbarung für die Benutzung institutsübergreifender Geldautomaten (HEV). Den in der Folge von zahlreichen Sparkassen erhöhten Interbankenentgelten für Geldautomatenverfügungen könnten allerdings durch §§ 19 und 20 GWB kartellrechtliche Grenzen gesetzt sein. Der nachfolgende Beitrag unterzieht diesen Aspekt einer eingehenden Untersuchung, indem er die relevanten Faktoren insbesondere für die Marktabgrenzung und die Feststellung einer eventuellen marktbeherrschenden Stellung der Sparkassen beleuchtet und sich besonders der Frage widmet, ob es sich bei den Geldautomaten um sogenannte „essential facilities“ handelt.

I. Einleitung

Geldautomaten haben im letzten Jahrzehnt rapide an Bedeutung gewonnen. Ende 1987 gab es in der Bundesrepublik ca. 2700 Geldautomaten². Keine zehn Jahre später, im Frühjahr 1997, waren es bereits 38 000. 1996 wurden im Bundesgebiet ca. 2 Milliarden Bargeldauszahlungen an Geldautomaten (Geldautomatenverfügungen) vorgenommen. Die Privatgirokunden decken mittlerweile mehr als 2/3 ihres Bargeldbedarfs über Geldautomaten.

1. „Vereinbarung für das deutsche ec-Geldautomatensystem“ (VGA)

Das deutsche Geldautomatensystem basiert auf der „Vereinbarung für das deutsche ec-Geldautomatensystem“ (VGA) in der Fassung vom 1. 1. 1995. Die VGA wurde von den im Zentralen Kreditausschuß zusammengeschlossenen Spitzenverbände der Kreditwirtschaft vereinbart, die dabei auch als Stellvertreter der ihnen angeschlossenen Kreditinstitute handelten³. Die VGA unterscheidet zwischen automatenbetreibenden Instituten (Betreiber) und kartenausgebenden Instituten (Kartenausgeber). Sie regelt unmittelbar Rechte und Pflichten dieser Institute. Nach Nr. 4 S. 1 VGA stellen sie die von ihnen betriebenen Geldautomaten allen Karteninhabern institutsübergreifend und ohne zeitliche Differenzierung zwischen Kunden und Nichtkunden zur Verfügung. Nach Nr. 7 VGA ist der Kartenausgeber (und nicht etwa der Kunde) verpflichtet, für Geldautomatenverfügungen ein Nutzungsentgelt zu entrichten (Interbankenentgelt).

2. Höchstentgeltvereinbarung (HEV)

Die Höhe des Interbankenentgelts regelt die separat von der VGA von den-

selben Vertragsparteien abgeschlossene „Vereinbarung über die Festsetzung einer Höchstgebühr für die Benutzung institutsübergreifender Geldautomaten“ (Höchstentgeltvereinbarung, HEV). Die HEV ist in ihrer aktuellen Fassung seit dem 1. 7. 1993 in Kraft. Sie setzt für Verfügungsbeträge bis zu 400 DM ein Entgelt von maximal 4 DM, für höhere Beträge ein solches von maximal 1% des Verfügungsbetrags fest. Die Sparkassen berechnen sich untereinander auf der Grundlage des sog. „Heimatsparkassenmodells“ lediglich ein Interbankenentgelt von 1,50 DM je Verfügung⁴. Ähnliche Sondervereinbarungen bestehen zwischen den Genossenschaftsbanken und einigen Privatbanken. Die Kartenausgeber können das Interbankenentgelt ganz oder zum Teil an ihre Kunden „durchbelasten“⁵.

3. Kündigung der HEV durch den Deutschen Sparkassen- und Giroverband

Das deutsche Geldautomatensystem beruht auf Gegenseitigkeit. Gleichwohl variiert die Zahl der von den verschiedenen Institutsgruppen eingebrachten Geldautomaten erheblich. Den Löwenanteil von rund 45% bringt mit rund 17 000 Geldautomaten die Sparkassenorganisation ein. Rund 10 000 Geldautomaten steuern die Genossenschaftsbanken bei. Deutsche Bank, Dresdner Bank, Commerzbank und Hypovereinsbank betreiben zusammen ca. 6000 Geldautomaten. Demgegenüber ist der Anteil der BfG mit 200 Automaten eher bescheiden⁶. Derjenige der neuen Direktbanken fällt überhaupt nicht ins Gewicht. Dies führte angesichts des verstärkten Aufkommens der Direktbanken und der erfolgreichen Werbung der BfG mit einem „kostenlosen Gehaltskonto“ zu Konflikten mit den Sparkassen. Die Spar-

kassen hielten die in der HEV von 1993 vereinbarten Höchstentgelte nicht mehr für ausreichend.

Der Deutsche Sparkassen- und Giroverband e.V. (DSGV) kündigte daher die HEV (nicht aber die VGA) zum 1. 3. 1997. Im Frühjahr 1997 meldete der Zentrale Kreditausschuß eine neue Fassung der HEV mit erhöhten Höchstentgelten beim Bundeskartellamt an. Nachdem das Bundeskartellamt Bedenken gegen die Freistellungsfähigkeit nach § 102 GWB⁷ geäußert hatte, wurde diese Anmeldung jedoch im Sommer 1997 zurückgenommen. Zahlreiche Sparkassen erhöhten ihre Interbankenentgelte gegenüber Direktbanken bzw. BfG auf 7 DM, teilweise sogar auf bis zu 9,50 DM je Verfügung. Die Zahlung der 4 DM übersteigenden Beträge wurde u. a. von der Bank 24 verweigert. Daraufhin erwogen einzelne Sparkassen, ihre Geldautomaten für Kunden dieser Bank zu sperren⁸. Zwischenzeitlich hat sich die Situation durch eine Kooperation von Deutscher Bank, Dresdner Bank, Commerzbank und Hypovereinsbank entspannt, aufgrund deren die Kunden dieser Institute und der mit ihnen verbundenen Direktbanken alle ca. 6000 Geldautomaten dieser Banken nutzen können,

* Nähere Informationen über die Verfasser finden Sie auf der Autorensseite.

1 Der Beitrag beruht auf einer Anregung aus der Praxis.

2 Kleine, Aktuelle Probleme im ec-Geldautomaten-System nach deutschem Recht, 1991, S. 33.

3 Bieber, WM-Sonderbeil. 6/1987, 6.

4 Grundsätze über eurocheque- und Geldautomatenauszahlungen an Girokunden der deutschen Sparkassenorganisation (Heimatsparkassengrundsätze), Fachmitteilungen 20/26. 7. 1996, ldf. Nr. 108.

5 Grundlage dafür ist der Girovertrag i. V. m. Ziff. 8.1 der Bedingungen für den ec-Service i. d. F. v. Januar 1989, die eine Pflicht des Kunden zum Ersatz von Aufwendungen statuieren, die durch die Verwendung der ec-Karte entstehen.

6 Vgl. Finanztest 4/1997, 14 f.

7 Vgl. § 29 GWB n. F.

8 Vgl. F.A.Z v. 13. 1. 1998, 16 – „Sparkasse Essen erwägt Automaten Sperre“.

ohne daß den Kunden dafür eine Gebühr durchbelastet wird⁹.

Die Kündigung der HEV durch den DSGVO entsprach sowohl den Voraussetzungen des § 723 Abs. 1 S. 1 BGB als auch denjenigen des (durch die 6. GWB-Novelle ersatzlos entfallenen) § 13 Abs. 1 S. 1 GWB. Dies kann hier nicht vertieft werden. Zivilrechtlich sind die Sparkassen somit zwar nach der VGA weiterhin verpflichtet, Kunden anderer am Geldautomatensystem beteiligter Banken ihre Geldautomaten zur Verfügung zu stellen. Mangels ihnen gegenüber wirksamer Höchstentgeltvereinbarung sind sie jedoch frei, das dafür berechnete Entgelt selbst festzulegen. Bei Verweigerung der Zahlung des 4 DM übersteigenden Betrags durch andere Banken können sie nach § 320 BGB ihre Geldautomaten deren Kunden gegenüber sperren¹⁰. Der Entgeltbemessung der Sparkassen für Geldautomatenverfügungen könnten allerdings kartellrechtliche Grenzen durch §§ 19 und 20 GWB¹¹ gesetzt sein. Im folgenden soll daher diesem Aspekt unter Berücksichtigung der Änderungen des GWB durch die 6. GWB-Novelle nachgegangen werden.

II. Marktabgrenzung

Die Anwendung der §§ 19 und 20 GWB setzt eine Marktbeherrschung oder zumindest Marktstärke des Regelungsadressaten voraus. Vorliegend kommt eine Marktbeherrschung durch Sparkassen als Anbieter von Geldautomaten- und Girokontoleistungen in Betracht. Mit Blick auf die potentiellen Abnehmer dieser Leistungen sind zwei Ebenen zu unterscheiden: die Beziehungen zwischen den Banken einerseits (Interbankenebene) und die Beziehungen der Banken zu ihren Kunden andererseits (Kundenebene). Entscheidend für die Feststellung der Marktbeherrschung auf jeder dieser Ebenen ist die Marktabgrenzung in sachlicher, räumlicher und ggf. zeitlicher Hinsicht¹².

1. Interbankenebene

a) Sachlich-gegenständliche Marktabgrenzung

Die sachlich-gegenständliche Marktabgrenzung wird nach ständiger Praxis von Rechtsprechung und Kartellbehörden nach dem sog. „Bedarfsmarktkonzept“ vorgenommen, d. h., es wird nach der funktionellen Austauschbarkeit von Waren oder gewerblichen Leistungen, nach Eigenschaften, Verwendungszweck und Preislage aus der Sicht des Abnehmers gefragt¹³. Entscheidend sind die tatsächliche Handhabung oder die tatsächliche Anschauung des verständigen Abnehmers, der sich für eine be-

stimmte Ware oder Leistung (Primärgegenstand des Markts) entschieden hat. Seine Anschauung kann durchaus auch subjektive Präferenzen berücksichtigen¹⁴. Zu einem Markt gehören in sachlicher Hinsicht alle Waren oder gewerblichen Leistungen, die sich nach Eigenschaften, Zweck und Preislage so nahestehen, daß ein durchschnittlicher, vernünftiger Bedarfsdisponent sie als zur Deckung eines bestimmten Bedarfs gleichfalls als geeignet ansieht¹⁵, d. h. Waren die „marktgleichwertig“ sind. Kurz gefaßt kann man diesen Ansatz auch als „Prinzip der subjektiven Äquivalenz“ bezeichnen¹⁶.

aa) Anbieter, Abnehmer und Bedarfsdisponent

Als Primärgegenstand des Interbankenmarkts kommt die Geldautomatenverfügung, d. h. die Zurverfügungstellung von Geldautomaten für Bargeldauszahlungen mittels ec- oder Kundenkarte in Betracht¹⁷. Anbieter dieser Leistungen sind die Betreiber institutsübergreifend nutzbarer Geldautomaten. Die Existenz eines Interbankenmarkts setzt voraus, daß auch die Abnehmer dieser Leistungen Banken sind. Dies erscheint zweifelhaft, da auf den ersten Blick nicht die Banken selbst Geldautomatenverfügungen in Anspruch nehmen, sondern ihre Kunden. Diese treffen die letzte Entscheidung darüber, ob, wann und in welcher Höhe sie eine Geldautomatenverfügung in Anspruch nehmen. Indes schließt dies bei näherer Betrachtung die Annahme eines Interbankenmarkts nicht aus.

Aus kartellrechtlicher Sicht ist zwischen zwei Funktionen zu differenzieren, die der Begriff des Abnehmers (im weiteren Sinne) umfaßt: Bedarfsdisponent und Marktpartner. Der Abnehmer bestimmt als „Bedarfsdisponent“ über den Bedarf nach der angebotenen Ware oder Leistung. Als „Marktpartner“ (Abnehmer i. e. S.) ist der Austauschpartner des Anbietenden, d. h. derjenige, an den die Ware oder Leistung im Rechtssinne geleistet wird. Beide Funktionen fallen regelmäßig, aber keineswegs zwingend in einer Person zusammen. So ist etwa bei verschreibungspflichtigen Medikamenten zwar der Apothekenkunde Marktpartner des Apothekers. Die Bedarfsdisposition trifft aber nicht er, sondern der verschreibende Arzt¹⁸.

(1) Kartenausgeber als Marktpartner der Geldautomatenverfügung

Dafür, hier den Bankkunden als Marktpartner der Geldautomatenverfügung anzusehen, spricht auf den ersten Blick der Umstand, daß der Kunde diese Leistung tatsächlich entgegennimmt. Abnehmer i. e. S. kann aber nur

derjenige sein, der als Marktpartner des Anbieters im rechtlichen Sinn in Betracht kommt¹⁹. Rechtsgrundlage für die institutsübergreifende Nutzung von Geldautomaten ist die VGA. Der Betreiber erbringt auf der Grundlage der VGA eine Leistung an den Kartenausgeber, indem er diesem seinen Geldautomaten für die Auszahlung von Bargeld an dessen Kunden zur Verfügung stellt. Zwischen Betreiber und Fremdkunden bestehen dagegen keine unmittelbaren schuldrechtlichen Beziehungen²⁰. Auch die für die Geldautomatennutzung notwendige ec- oder Kundenkarte erhält der Kunde nur im Rahmen eines Bankvertrags mit einem Kartenausgeber. Eine Geldautomatenverfügung kann er also nur als Vertragspartner einer anderen Bank in Anspruch nehmen. Einen „freien“ Abnehmer von Geldautomatenverfügungen gibt es nicht. Der Kunde nutzt den fremden Geldautomaten auch nicht, um etwa Kredit vom Betreiber zu erlan-

9 Vgl. F.A.Z. v. 9. 2. 1998, 15 – „Geldautomaten-Kooperation geplant“; F.A.Z. v. 10. 2. 1998, – „Kartellamt ist mit Geldautomaten befaßt“.

10 Rechte der Fremdkunden werden durch eine solche Automaten Sperre nicht tangiert. Sie haben weder dem Betreiber noch dem Ausgeber gegenüber einen Anspruch darauf, das Geldautomatensystem nutzen zu können; *Schimansky / Bunte / Lwowski-Gößmann*, Bankrechts-Handbuch, 1997, § 54 Rn. 1, 15; *Bieber*, WM-Sonderbeil. 6/1987, 8; Nr. 7.2 der Sonderbedingungen für den ec-Service; vgl. auch BGH, BB 1996, 1407 = NJW 1996, 2032.

11 Vgl. §§ 22 Abs. 4, 26 Abs. 2 GWB a. F. 12 Ganz h. M., z. B. BGH, NJW 1987, 3007, 3008 = WuW/E 2406, 2408 – „Inter-Mailand-Spiele“; krit. z. B. *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Aufl. 1995, S. 150, 287, unter Hinw. auf die Interdependenz der Märkte.

13 WuW/E, BGH 2150, 2153 – „Edelstahlbestecke“; KG, WuW/E OLG 995, 996 – „Handpreisauszeichner“.

14 Vgl. BGH, NJW 1987, 3007, 3008 = WuW/E 2406, 2408 – „Inter-Mailand-Spiele“; WuW/E BGH 1435, 1440 – „Vitamin-B-12“.

15 Vgl. WuW/E, BGH 2150, 2153 – „Edelstahlbestecke“.

16 *Rittner* (Fn. 12), S. 151.

17 Einige Bankkarten, z. B. die S-Card der Sparkassen, ermöglichen Verfügungen an institutsfremden Automaten, vgl. Nr. 1 Abs. 2 VGA i. V. m. Ziff. A. I. 1.2. der „Bedingungen für die S-Card“. Im folgenden werden diese Karten als „Kundenkarten“ bezeichnet.

18 WuW/E, BGH 1435, 1440 – „Vitamin-B-12“.

19 Die tatsächliche Entgegennahme der Ware oder Leistung ist hierfür allenfalls ein Indiz.

20 *Schimansky/Bunte/Lwowski-Gößmann* (Fn. 10), § 54 Rn. 15; *Bieber* (Fn. 10), 8.

gen, sondern um auf sein Kontoguthaben bzw. auf seine Kreditlinie beim Kartenausgeber zuzugreifen. Der Kunde nimmt durch die Verfügung eine Leistung des Kartenausgebers in Anspruch, für die er diesem ggf. auf der Grundlage des Girovertrags und der Kartenbedingungen eine Gebühr schuldet²¹. Der Geldautomat vermittelt lediglich die Zahlung²². Beide Leistungen – die des Betreibers an den Kartenausgeber und die des Kartenausgebers an seinen Kunden – fallen in der Geldautomatenverfügung zusammen, ohne daß dadurch eine direkte Leistungsbeziehung zwischen Betreiber und Kunden entsteht. Im Ergebnis ist also der Kartenausgeber Marktpartner des Betreibers. Der Markt für Geldautomatenverfügungen ist ein Interbankenmarkt.

(2) Der Kunde als Bedarfsdisponent

Mit der Feststellung, daß der Kartenausgeber Marktpartner des Betreibers ist, ist noch keine Entscheidung darüber getroffen, wer Bedarfsdisponent ist²³. Hinsichtlich der Person des Bedarfsdisponenten ist weiter zu differenzieren. Zwar geht das Bedarfsmarktkonzept von den Anschauungen eines verständigen Abnehmers aus. Doch kommt auch insoweit eine Differenzierung in unmittelbare und mittelbare Bedarfsdisponenten in Betracht. So findet der Absatz von Verbrauchsgütern des täglichen Lebens heutzutage in der Regel nicht direkt vom Produzenten an den Endabnehmer statt. Es sind regelmäßig eine oder mehrere Handelsstufen (Groß- und Einzelhandel) dazwischen geschaltet. Auf jeder Stufe finden Bedarfsdispositionen statt. Der Händler bestimmt seinen Bedarf gegenüber dem Hersteller (oder Großhändler), der Kunde gegenüber dem Händler. Der Bedarf des Händlers geht dahin, Waren zu erwerben, mit denen er den Bedarf seiner Kunden befriedigen kann. Er wird also maßgeblich durch denjenigen seiner Kunden gesteuert. Waren, denen aus der Sicht der Kunden die subjektive Äquivalenz mit dem Primärgegenstand des Markts fehlt, kommen dafür nicht in Betracht. Folglich ist bei der Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept jedenfalls auch der Bedarf des Kunden als des mittelbaren Bedarfsdisponenten zu berücksichtigen²⁴.

Bezogen auf die Geldautomatenverfügung besteht eine ähnliche Situation²⁵. Der Kartenausgeber fragt die Zurverfügungstellung von Geldautomaten an seine Kunden nach, um diesen die Auffüllung ihrer Bargeldbestände aus ihrem Kontoguthaben oder ihrer Kreditlinie zu ermöglichen. Der Bedarf des Kartenausgebers kann folglich nur durch Leistungen gedeckt werden, die geeignet sind, den

Bedarf der Kunden aus deren Sicht zu befriedigen. Daß der Kartenausgeber eine andere Leistung als der Geldautomatenverfügung gleichwertig erachtet, reicht nicht aus. Der Bedarf des Kartenausgebers ist mithin vom Bedarf der Kunden abhängig und wird von diesem gesteuert²⁶. Der Kunde ist auch auf dem Interbankenmarkt für Geldautomatenverfügungen unmittelbarer Bedarfsdisponent im Sinne des Bedarfsmarktkonzepts. Die Rolle des Kartenausgebers als des mittelbaren Bedarfsdisponenten tritt demgegenüber fast vollständig zurück²⁷.

bb) Gegenstand des relevanten Interbankenmarkts

Für die sachliche Marktabgrenzung ist festzustellen, ob es einen separaten Markt für die Zurverfügungstellung von Geldautomaten für Bargeldauszahlungen mittels ec- oder Kundenkarte (Primärgegenstand) gibt oder ob auch andere Interbankenleistungen in den Markt einzubeziehen sind. Daraus, daß auf dem Interbankenmarkt der Kartenausgeber Marktpartner, dessen Kunden dagegen Bedarfsdisponenten sind, ergibt sich hinsichtlich der Ermittlung der funktional mit Geldautomatenverfügungen austauschbaren Leistungen eine zweistufige Prüfung: Zunächst ist festzustellen, ob es sich bei der Leistung überhaupt um einen Gegenstand des Interbankenmarkts handelt, d. h. hier um eine gewerbliche Leistung, die von einer Bank bei einer anderen nachgefragt wird. Ist dies nicht der Fall, so scheidet die Leistung schon deshalb aus der Betrachtung aus. Ist die Leistung Gegenstand des Interbankenmarkts, so ist weiter zu prüfen, ob aus der Sicht der Kunden als Bedarfsdisponenten die funktionelle Gleichwertigkeit dieser Leistung mit einer Geldautomatenverfügung zu bejahen ist.

(1) Bareinlösung von Eurocheques

Die Bareinlösung eines Eurocheques unter Vorlage einer ec-Karte in der Filiale einer fremden Bank ermöglicht ebenso wie die Geldautomatenverfügung eine Auffüllung des Bargeldbestands des Fremdkunden aus seinem Kontoguthaben oder seiner Kreditlinie beim Kartenausgeber. Die einlösende Bank erbringt durch die Bareinlösung ebenso eine Leistung an den Karten- und Scheckausgeber als bezogener Bank wie bei der Geldautomatenverfügung. Die Banken berechnen sich dafür gegenseitig Verrechnungsentgelte. Die Bareinlösung von Eurocheques ist damit jedenfalls auch eine Leistung im Interbankenverhältnis²⁸.

Fraglich ist jedoch, ob sich die Bareinlösung von Eurocheques aus der Sicht der Kunden als funktionales

Äquivalent der Geldautomatenverfügung darstellt. Dafür spricht, daß diese Methode dort, wo es an Geldautomaten fehlt, die einzige ist, um an Bargeld vom eigenen Konto zu gelangen²⁹. Für eine funktionale Austauschbarkeit im Sinne des Bedarfsmarktkonzepts reicht es jedoch nicht aus, daß die Bedarfsdisponenten bei Nichtverfügbarkeit einer Leistung „notfalls“ die andere in Anspruch nehmen, sondern darauf, ob sie die betreffende Leistung unter normalen Verhältnissen als dem Primärgegenstand des Markts gleichwertig ansehen³⁰. Dabei können neben objektiven Kriterien auch subjektive Präfe-

21 Eine solche kann (muß aber nicht) allein der Kartenausgeber als Vertragspartner des Kunden erheben, vgl. o. Fn. 5.

22 Schimansky/Bunte/Lwowski-Göbmann (Fn. 10), § 54 Rn. 2.

23 Vgl. oben bei Fn. 18.

24 Vgl. KG, WuW/E OLG 3759 – „Pillsbury/Sonnen-Bassermann“ („Da der Handel einen von den Verbrauchern ‚abgeleiteten‘ Bedarf hat, ...[ist dem Handel eine Anpassung] nicht ‚ohne weiteres‘ möglich, wenn die Verbraucher erst größere Hemmschwellen überwinden müßten, um ihr Marktverhalten zu ändern“); BKartA, AG 1996, 234, 235 – „Lafarge Coppée/Limburger Lackfabrik“; s. auch Langen/Bunte-Ruppelt, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 8. Aufl. 1998, § 22 Rn. 12 f.

25 Allerdings ist hier anders als beim Handel mit Verbrauchsgütern der Kartenausgeber als Marktpartner (des Betreibers) allenfalls mittelbarer Bedarfsdisponent, während der Händler Marktpartner (des Herstellers) und unmittelbarer Bedarfsdisponent ist.

26 Vgl. dazu auch BKartA (Fn. 24), 235; Langen/Bunte-Ruppelt (Fn. 24), § 22 Rn. 12.

27 Im Einzelhandel spielt die Bedarfsdisposition des Händlers immerhin insoweit eine Rolle, als ihn tatsächliche Aspekte (etwa beschränkte Ausstellungs- oder Lagerkapazitäten) oder rechtliche Beschränkungen (z. B. Vertriebsbindungen) an der Abnahme von Verbrauchsgütern hindern können, die aus der Sicht der Kunden durchaus gleichwertig sind. Hier geht es dagegen nur um die Auszahlung von Bargeld, für die entsprechende Einschränkungen nicht bestehen.

28 Dem steht nicht entgegen, daß – anders als bei der Geldautomatenverfügung – neben der Interbankenbeziehung auch eine rechtliche Beziehung zwischen dem Scheckaussteller und der den Scheck einlösenden Bank als Schecknehmerin besteht.

29 Abgesehen von Barabhebungen bei der eigenen Bank.

30 Vgl. KG, WuW/E OLG 1984, 1985 – „Rama-Mädchen“ (getrennte Märkte für Margarine und Butter).

renzen eine Rolle spielen³¹. Insoweit ist festzustellen, daß die Bareinlösung von Eurocheques schon mit Blick auf die kurzen Öffnungszeiten der Banken nur einen unvollkommenen Ersatz für Geldautomatenverfügungen darstellt. Die Kunden erwarten heutzutage, sich unabhängig von den Schalteröffnungszeiten mit Geld versorgen zu können. Die Banköffnungszeiten entsprechen dagegen noch nicht einmal den heute üblichen Ladenöffnungszeiten. Die Barabhebung am Schalter ist für die Kunden auch wegen der im Vergleich zur Geldautomatennutzung regelmäßig längeren Wartezeit weniger attraktiv. Schließlich sind die psychischen Hemmschwellen hinsichtlich des Betretens des Schalterbereichs einer fremden Bankfiliale und der Inanspruchnahme von Leistungen ihrer Angestellten größer als bei der „anonymisierten“ Nutzung eines fremden Geldautomaten.

Im Ergebnis ist die Bareinlösung von Eurocheques nicht als vollwertiges subjektives Äquivalent für die Geldautomatenverfügung anzusehen und nicht demselben sachlichen Markt zuzuordnen. Daß sie die Geldautomatenverfügung gegebenenfalls – wenn auch eingeschränkt – ersetzen kann, ist unter dem Gesichtspunkt des Substitutionswettbewerbs im Rahmen der Feststellung der Marktbeherrschung in die Gesamtbeurteilung der Marktverhältnisse einzubeziehen³². Dieser Aspekt kann insbesondere in Gegenden eine Rolle spielen, in denen bestimmte Banken zwar über Filialen verfügen, aber (noch) keine Geldautomaten betreiben³³.

(2) Zurverfügungstellung von Ladeterminals für Geldkarten

Als funktionales Äquivalent für Geldautomatenverfügungen kommt die Zurverfügungstellung von Ladeterminals für Geldkarten in Betracht. Beim Aufladen von Geldkarten handelt es sich um eine Leistung auf der Interbankenebene, für die ebenso wie bei Geldautomatenverfügungen ein Interbankenentgelt berechnet wird. Dieses Entgelt liegt zur Zeit mit maximal 2 DM noch deutlich unter demjenigen für Geldautomatenverfügungen³⁴.

Die funktionelle Austauschbarkeit kann hier nicht schon wegen Fehlens einer Bargeldauszahlung verneint werden. Zwar wird dem Kunden durch das Aufladen seiner Geldkarte kein Bargeld zur Verfügung gestellt. Doch handelt es sich bei der Geldkarte – anders als bei „reinen“ ec- oder Kundenkarten – nicht nur um ein Legitimationspapier, mittels dessen der Kunde per Datenfernübertragung oder Eurocheque auf sein Guthaben beim Kartenausgeber zurückgreifen kann, sondern um eine Art „elektronische Geld-

börse“, in deren Chip vom Konto abgebuchtes „elektronisches Geld“ gespeichert wird. Bei der Zahlung mit der Geldkarte im Geschäft („point of sale“) ist keine erneute Datenverbindung mit Bankrechnern notwendig. Die Transaktionskosten für den Geschäftsinhaber sind dementsprechend geringer. Eine Geldkarten-Zahlung ist daher – anders als bei den anderen „point of sale“-Zahlungssystemen – auch zur Erfüllung von Kleinstverbindlichkeiten möglich. Mit Blick auf die unmittelbar bargeldersetzende Funktion der Geldkarte besteht also eine deutliche funktionale Nähe.

In der Praxis fehlt es jedoch schon auf der objektiven Ebene an einer Gleichwertigkeit, da die Geldkartenakzeptanz in Geschäften noch erheblich geringer ist als diejenige von Bargeld. Darüber hinaus dürften psychische Hemmschwellen bei den Kunden hinsichtlich der Nutzung von Geldkarten zur Begleichung von Kleinstverbindlichkeiten, vor allem aber hinsichtlich des (im Extremfall völligen) Verzichts auf die Auffüllung der Bargeldbestände zugunsten der Geldkarte bestehen. Die Geldkarte ist mithin sowohl objektiv als auch aus der Sicht der Kunden noch weit davon entfernt, ein gleichwertiger Ersatz für Bargeld zu sein. Folglich ist die Zurverfügungstellung von Ladeterminals (jedenfalls noch) kein taugliches subjektives Äquivalent der Zurverfügungstellung von Geldautomaten und damit nicht demselben sachlichen Markt zuzuordnen³⁵.

(3) Bargeldauszahlung mittels Kreditkarte an Geldautomaten

Die Bargeldauszahlung an einem Geldautomaten mittels Kreditkarte ähnelt äußerlich derjenigen per ec- oder Kundenkarte. Vereinzelt – namentlich von der Allgemeinen Deutschen Direktbank – wird die Bargeldabhebung per Kreditkarte auch als Ersatz für die ec-Geldautomatenverfügung benutzt. Kunden dieser Bank können mittels ihrer Visa-Karte gebührenfrei an jedem Geldautomaten Bargeld aus ihrem Guthaben abheben³⁶. Gleichwohl bestehen bereits erhebliche Zweifel daran, ob man Kreditkartenverfügungen überhaupt als Interbankenleistungen ansehen kann, da hier primär eine Leistung des Betreibers an den Kunden erfolgt, für die der Kunde diesem eine Gebühr zahlt. Abgesehen davon bestehen aber auch hinsichtlich der funktionalen Austauschbarkeit zwischen ec-/Kundenkarten- und Kreditkartenverfügungen an Geldautomaten erhebliche Bedenken. Zum einen greift ein Kunde mittels ec-/Kundenkarte in der Regel auf ein Guthaben beim Kartenausgeber zurück und nimmt nur ausnahms-

weise Kredit in Anspruch. Bei der Kreditkartenverfügung ist dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis genau umgekehrt. Trotz äußerlich ähnlichen Auszahlungsvorgangs ist die Funktion – Abhebung aus dem eigenen Guthaben bei der ec-/Kundenkarte und Inanspruchnahme von Kredit mittels Kreditkarte – also grundsätzlich verschieden³⁷. Geldautomatenverfügungen mittels Kreditkarte sind daher, selbst wenn man sie als Interbankenleistungen ansieht, nicht demselben Markt zuzurechnen wie solche per ec-/Kundenkarte³⁸.

(4) Bargeldauszahlung mittels Kreditkarte an Bankschaltern

Nicht demselben Markt zugehörig sind auch Bargeldauszahlungen mittels Kreditkarte am Bankschalter, für die in der Regel Gebühren in Höhe von 3% (mindestens 10 DM) anfallen und bezogen auf deren Austauschbarkeit mit ec-/Kundenkartenverfügungen sich im übrigen die oben zur Eurochequeeinlösung und zur Kreditkar-

31 Vgl. Nachw. o. in Fn. 14.

32 Vgl. dazu *Langen/Bunte-Bunte* (Fn. 24), Einf. GWB Rn. 53.

33 Diese Fälle dürften immer seltener werden. Doch gab es Ende 1996 immerhin bundesweit 20 138 Sparkassenfilialen, aber nur 15 897 Geldautomaten der Sparkassen, so daß (noch) Diskrepanzen auftreten können.

34 Vgl. Nr. 10 der Vereinbarung über das institutsübergreifende System „Geld-Karte“.

35 Man könnte erwägen, auch die Aufladungen an Geldkartenterminals unter dem Gesichtspunkt des Substitutionswettbewerbs in die Gesamtbeurteilung der Marktverhältnisse einbeziehen. Dabei ist allerdings zu bedenken, daß die Ladeterminals i.d.R. räumlich mit Geldautomaten verbunden sind bzw. die Aufladung sogar an Geldautomaten erfolgt. Wer den Markt für Geldautomatenverfügungen beherrscht, dürfte folglich in aller Regel auch den Markt für Geldkartenaufloadungen beherrschen.

36 Finanztest 4/1997, 17.

37 Gegen eine funktionale Austauschbarkeit sprechen auch (noch) die für den Kunden anfallenden Gebühren, die bei Barverfügungen per Kreditkarte zur Zeit i.d.R. mit 2% des Auszahlungsbetrags, mindestens aber 10 DM, rund doppelt so hoch sind, wie diejenigen bei einer ec-/Kundenkartenverfügung.

38 In Betracht kommt allenfalls die Berücksichtigung von Auszahlungen gegen Vorlage der Kreditkarte unter dem Aspekt des Substitutionswettbewerbs. Allerdings würde die Einbeziehung von Kreditkartenverfügungen an der Beurteilung der Marktverhältnisse kaum etwas ändern, da dafür nur dieselben Automaten in Betracht kommen wie für ec-/Kundenkartenverfügungen.

tenverfügung am Automaten vorgebrachten Bedenken kumulieren.

(5) Andere Bankleistungen

Andere Bankleistungen wie Ermöglichung von Telefon-, BTX- und Internetbanking oder von „point of sale“-Zahlungen (POS/POZ) mittels ec-, Kunden- oder Kreditkarten sowie die Zusendung von Bargeld per Post können bereits deshalb nicht Gegenstand desselben sachlichen Markts wie Geldautomatenverfügungen sein, weil es sich bei ihnen nicht primär um Interbankenleistungen, sondern um Leistungen handelt, die von einer Bank ihren eigenen Kunden angeboten werden³⁹. Die Möglichkeit der Nutzung von ec- oder Kundenkarten für POS/POZ-Zahlungen ist allerdings unter dem Gesichtspunkt des Substitutionswettbewerbs in die Gesamtbeurteilung der Marktverhältnisse einzubeziehen, da sie aus der Sicht des Kunden jedenfalls teilweise geeignet ist, die Barzahlung zu ersetzen.

cc) Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich auf der Interbankenebene die Existenz eines separaten sachlichen Markts für die Zurverfügungstellung von Geldautomaten zur Bargeldabhebung mittels ec- oder Kundenkarten (Geldautomatenverfügungen) feststellen.

b) Räumliche Marktabgrenzung

Die räumliche Marktabgrenzung erfolgt ebenso wie die sachlich-gegenständliche nach dem Bedarfsmarktkonzept, d. h. nach dem Kriterium der Austauschmöglichkeiten aus der Sicht der Bedarfsdisponenten⁴⁰. Der für die Beurteilung nach dem GWB relevante räumliche Markt umfaßt maximal das Bundesgebiet⁴¹. Eine rechtliche Grenze „nach unten“ gibt es nicht. Maßgeblich sind insoweit die tatsächlichen Gewohnheiten der Bedarfsdisponenten sowie die zurückzulegenden Entfernungen unter Berücksichtigung der Verkehrsverbindungen⁴². Auf denselben räumlichen Markt wie die Geldautomatenverfügungen bei Sparkassen gehören alle Geldautomatenverfügungen an anderen Automaten, welche die Bedarfsdisponenten vornehmen könnten und würden, wenn die Sparkassen (hypothetisch) des Preisniveaus geringfügig erhöhen würden⁴³.

Als in räumlicher Hinsicht dem Markt für Geldautomatenverfügungen vergleichbarer Markt kommt derjenige für den Einzelhandel mit Lebensmitteln in Betracht. Die Kunden decken ihren Bedarf an Lebensmitteln nach Ansicht des Kammergerichts regelmäßig dort, wo es mit dem geringsten Aufwand an Zeit und Kosten möglich ist, d. h. in der Regel in Wohnnähe oder nahe der Ar-

beitsstätte⁴⁴. Das Bundeskartellamt grenzt diesen Markt näher auf der Basis eines Richtwerts von 20 Entfernungsminuten unter Berücksichtigung der geographischen Gegebenheiten und der Verkehrsanbindung, von Besonderheiten der Angebotsstruktur und der tatsächlichen Angewohnheiten im Einzelfall ab⁴⁵. Die Monopolkommission sieht für den Sortiments-einzelhandel mit Lebensmitteln eine vertretbare Annäherung an den – ihrer Ansicht nach exakt kaum mit vertretbarem Aufwand zu ermittelnden – räumlich relevanten Markt im Stadtgebiet mit den unmittelbar angrenzenden Vorortsiedlungen und Umlandgemeinden⁴⁶. Der räumlich relevante Markt für den Einzelhandel mit Lebensmitteln ist also ein regionaler Markt. Das Bundeskartellamt hat mit Blick auf die Zusammenschlußkontrolle den Markt für Bankleistungen an Privatkunden ebenfalls regional abgegrenzt⁴⁷.

Der räumlich relevante Markt für die Zurverfügungstellung von Geldautomaten dürfte eher noch enger sein. Der Bedarf des Kunden geht dahin, seinen Bargeldvorrat – auch für den Fall spontan und unerwartet auftretenden Bedarfs – in seiner unmittelbaren räumlichen Umgebung auffüllen zu können. Dies wird empirisch dadurch belegt, daß die Kunden in aller Regel keine größeren Summen, etwa zur häuslichen Aufbewahrung abheben, sondern kleinere Beträge zum kurzfristigen Verbrauch. Stichproben haben 1997 ergeben, daß rund 90% aller Abhebungen Beträge von bis zu 400 DM betrafen. Wichtiger als die Nähe zur Wohn- oder Arbeitsstätte ist insoweit diejenige zu den Einkaufsvierteln, da das Bargeld primär dort benötigt wird. Während der Kunde beim Lebensmitteleinkauf mit Blick auf größere Auswahl oder günstigere Preise ggf. auch weitere Strecken in Kauf nimmt, spielt der Aspekt der größeren Auswahl bei Geldautomatenverfügungen keine Rolle. Es kann nur Geld abgehoben werden. Der Preisaspekt ist im Vergleich zum Einkauf von Waren von weit geringerer Bedeutung. Die Preisdifferenzen sind selbst bei einer massiven Erhöhung des Entgelts (etwa von 4 DM auf 7 DM) und voller Durchbelastung durch den Kartenausgeber zu gering, um den Kunden zu veranlassen, einen weiten Weg zu einem anderen Geldautomaten auf sich zu nehmen. Kaum ein Kunde wird (ggf. unter Anwendung von Fahrkosten) in einen Vorort oder eine Umlandgemeinde fahren, nur um bei der Bargeldabhebung drei DM zu sparen⁴⁸. Es ist daher eher von einem Richtwert von 10 als von 20 Entfernungsminuten und von einem eher lokalen als regionalen Markt auszugehen. Der relevante Markt für die

Zurverfügungstellung von Geldautomaten deckt sich in räumlicher Hinsicht in kleineren Städten regelmäßig mit dem Stadtgebiet, in größeren mit nur einem Stadtteil, in sehr großen Stadtteilen, wie etwa Berlin-Zehlendorf oder Berlin-Köpenick, ggf. auch mit einem noch kleineren Gebiet⁴⁹.

c) Zeitliche Marktabgrenzung

In zeitlicher Hinsicht kann ein Markt nur dann abgegrenzt werden, wenn ein Unternehmen keine kontinuierliche, sondern aufgrund vorübergehender Um-

39 Abgesehen davon dürfte es auch an der funktionalen Austauschbarkeit fehlen, da diese Leistungen allesamt nicht geeignet sind, den Bargeldbestand des Kunden aufzufüllen, sondern ihm allenfalls mittelbare Liquidität verschaffen.

40 Allg. Meinung, z. B. *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, GWB, 2. Aufl. 1992, § 22 Rn. 35; *Langen/Bunte-Ruppelt* (Fn. 24), § 22 Rn. 25; vgl. BGH, BB 1996, 1732 ff. = NJW 1996, 1820, 1822 – „Raiffeisen“.

41 BGH, BB 1996, 1901 = NJW 1996, 595 – „Backofenmarkt“.

42 Vgl. *Langen/Bunte-Ruppelt* (Fn. 24), § 22 Rn. 26.

43 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 14, Die Konzentration im Lebensmittelhandel, 1985, S. 64 Tz. 93.

44 KG, WuW/E OLG 3917, 3920 – „Coop-Wandmaker“.

45 WuW/E BKartA 2441, 2442 – „Tengelmann-Gottlieb“.

46 Monopolkommission, Sondergutachten 14, S. 63 Tz. 94; ähnl. BGH, BB 1992, 1665 = NJW 1992, 2289 = WuW/E BGH 2771 – „Kaufhof/Saturn“ (Stadt und deren mit bestimmten Postleitzahlbezirken bezeichnetes Umland für Unterhaltungselektronik).

47 BKartA, Tätigkeitsbericht 1974, BT-Drs. 7/3791, Tz. 40 zu § 24 GWB.

48 Bei schlechter Versorgung mit Geldautomaten durch seine Bank wird er aufgrund der sich längerfristig summierenden Mehraufwendungen eher dahin tendieren, seine Bank zu wechseln.

49 Die von den Kunden gewünschte Möglichkeit, auch außerhalb des lokalen Bereichs, etwa auf Reisen, kostengünstig Barabhebungen vornehmen zu können, führt nicht zu einer weiter gefaßten räumlichen Marktabgrenzung. Primär geht es dem Kunden darum, im alltäglichen Leben in der Lage zu sein, seine Bargeldvorräte jederzeit und ohne weite Wege auf sich nehmen zu müssen, aufzufüllen. Die über den dadurch definierten engen räumlichen Markt hinausgehende bundesweite oder gar internationale Verfügbarkeit von kostengünstig benutzbaren Geldautomaten ist nur ein Wettbewerbsparameter auf dem Kundenmarkt und kann insoweit eine Rolle für die Beurteilung der Marktverhältnisse spielen. Einfluß auf die räumliche Marktabgrenzung nach dem Bedarfsmarktkonzept hat sie nicht.

stände eine ebenso vorübergehende Machtposition innehat⁵⁰, etwa für die Zeit einer Messe⁵¹ oder eines Fußballspiels⁵². Hinsichtlich des Markts für die Zurverfügungstellung von Geldautomaten kommt eine solche zeitliche Abgrenzung nicht in Betracht.

2. Kundenebene

a) Sachlich-gegenständliche Marktabgrenzung

Auf der Kundenebene ist schon der Primärgegenstand des relevanten Markts problematisch. Dieser könnte einerseits die Geldautomatenverfügung sein. Es könnte also ein sachlicher Markt für Geldautomatenverfügungen bestehen, ein Markt für Bargeldverschaffung im allgemeinen oder ein Markt für Leistungen, welche die unmittelbare Liquidität der Kunden erhöhen⁵³. Andererseits könnte Gegenstand des Kundenmarkts das Privatgirogeschäft insgesamt sein, wobei dann die Möglichkeit der Bargeldbeschaffung über Geldautomaten mittels ec-/Kundenkarte nur einen Wettbewerbsparameter auf diesem Kundenmarkt darstellen würde.

Die Annahme eines separaten Kundenmarkts für Geldautomatenverfügungen würde voraussetzen, daß der Kunde diese als Marktpartner entweder des Betreibers oder des Kartenausgebers nachfragt. Dies ist nicht der Fall. Es wurde bereits festgestellt, daß zwar ohne Zweifel ein Wettbewerb um den Kunden als Bedarfsdisponenten existiert⁵⁴, nicht aber ein Kundenmarkt, auf dem die Betreiber den Kunden selbst Geldautomatenverfügungen anbieten⁵⁵. Der Kunde vermittelt insoweit lediglich zwischen dem Betreiber und dem Kartenausgeber. Aber auch gegenüber letzterem fragt der Kunde keine abstrakte Geldautomatenverfügung nach. Die Geldautomatenverfügung ist nur Mittel zum Zweck und dient dem Zugriff auf Kontoguthaben oder Kreditlinie.

Vom Kunden beim Kartenausgeber nachgefragt wird die Möglichkeit zum Abschluß eines Vertrags über die Führung eines Privatgirokontos (Girovertrag), also ein Leistungspaket, das neben der allgemeinen Kontoverwaltung durch die Bank zumindest auch die Möglichkeit einschließt, Überweisungen vorzunehmen und zu empfangen, Schecks auszustellen und einzureichen, Daueraufträge und Lastschrifteinzugsermächtigungen zu erteilen, Kontoauszüge zu erhalten und Barabhebungen an den Schaltern und Geldautomaten der kontoführenden Bank vorzunehmen. Darüber hinaus erwartet der Kunde (jedenfalls bei Kreditwürdigkeit), eine Kreditlinie eingeräumt zu bekommen und in Verbindung mit den „Bedingungen für den ec-Service“ Eu-

rocheques ausstellen, „point of sale“-Zahlungen vornehmen und Geldautomatenverfügungen auch an Automaten dritter Betreiber in Anspruch nehmen zu können. Diese Möglichkeiten werden heute von den Kunden als selbstverständliche und wesentliche Bestandteile des Privatgirokonto-Verhältnisses angesehen⁵⁶. Primärgegenstand des Kundenmarkts sind nicht die einzelnen im Rahmen des Privatgiro-Verhältnisses erbrachten Bankleistungen, sondern das soeben beschriebene Leistungspaket als Ganzes, kurz: das „Privatgirogeschäft“⁵⁷. Einen davon separaten Geldautomatenverfügungsmarkt gibt es auf der Kundenebene ebensowenig wie etwa einen separaten Überweisungsmarkt.

Mit Blick auf die weitere sachliche Abgrenzung des Privatgiromarkts ist weniger die Frage der (offensichtlich fehlenden) Austauschbarkeit des Privatgirogeschäfts mit anderen Bankleistungen von Interesse, als vielmehr die Frage, ob neben dem Privatgirogeschäft der Sparkassen und anderer Filialbanken auch dasjenige der Direktbanken in den Markt einzubeziehen ist. Dies ist zu bejahen. Zwar bieten Direktbanken keinen direkten Kontakt des Kunden zu ihrem Personal und weniger bis keine Beratungsleistungen an, die über die unmittelbar mit dem Privatgirokonto zusammenhängenden Leistungen hinausgeht. Doch stellen sie unter Zuhilfenahme der Datenfernübertragung (Telefon, Fax, BTX, Internet) alle aus der Sicht des Kunden für ein Privatgirokonto wesentlichen Leistungen zur Verfügung. Die Grenzen zwischen dem Angebot der Filial- und der Direktbanken sind dabei fließend. Auch die Filialbanken stellen in zunehmendem Maße Telefon-, BTX- und Internetbanking zur Verfügung. Die Privatgirokonto bei Direktbanken sind somit objektiv denjenigen von Filialbanken gleichwertig. Daß auch die für die Einbeziehung in denselben Markt nach dem Bedarfsmarktkonzept entscheidende subjektive Äquivalenz aus der Sicht der Kunden gegeben ist, wird durch den tatsächlichen Wechsel vieler Kunden von Filial- zu Direktbanken (und umgekehrt) belegt. Gewisse, über die oben beschriebenen vom Kunden auf jeden Fall erwarteten Leistungen hinausgehende Ergänzungen wie Kontogebührenfreiheit, Guthabenzinsen, „kostenlose“ Kreditkarten, Telefon-, BTX oder Internetbanking tun dem keinen Abbruch. Filial- und Direktbanken konkurrieren auf demselben sachlichen Markt um das Privatgirogeschäft.

b) Räumliche Marktabgrenzung

In räumlicher Hinsicht war traditionell, d. h. vor dem Aufkommen von Direkt-

banken, ausschlaggebend, daß der Kunde seinen Bedarf nach Privatgirokontoleistungen dort deckte, wo es mit dem geringsten Aufwand an Zeit und Kosten möglich war, d. h. in der Regel in Bankfilialen in der Nähe von Wohnung, Arbeitsstätte oder Einkaufsgegend. Der räumlich relevante Markt war also ein allenfalls regionaler⁵⁸, eher sogar nur lokaler Markt im Sinne der oben für Geldautomatenverfügungen auf dem Interbankenmarkt vorgenommenen Abgrenzung.

Die Verfügbarkeit von örtlichen Bankfilialen für Giroleistungen hat jedoch durch das Aufkommen von bundesweit operierenden Direktbanken und durch das Angebot von Telefon, BTX- und Internetbanking erheblich an Bedeutung verloren. Wer mit diesen modernen Banking-Formen vertraut ist, kann den Überweisungsverkehr von jedem Ort der Welt aus unabhängig von einer Bankfiliale oder sonstigen Einrichtungen telefonisch (Sprache, Fax, BTX, Internet) erledigen. Gleichwohl ist der Markt für das Privatgirogeschäft dadurch nicht in räumlicher Hinsicht auf das ganze Bundesgebiet erweitert worden, denn jedenfalls die Auszahlung von Bargeld ist nach wie vor an örtliche Einrichtungen gebunden. Insoweit sind die Kunden auf ört-

50 Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl. 1994, S. 241.

51 WuW/E BGH 1027, 1030 – „Sportartikelmesse II“.

52 Vgl. BGH, NJW 1987, 3007 = WuW/E 2406 – „Inter-Mailand-Spiele“.

53 So etwa Kleine (Fn. 2), S. 31 f.

54 Insoweit richtig Kleine (Fn. 53).

55 Der Kunde benötigt für die Inanspruchnahme von Geldautomatenverfügungen eine Karte, die er nur aufgrund eines Vertragsverhältnisses zu einem der VGA angeschlossenen Kartenausgeber erhalten kann.

56 Zu den erwarteten Standardleistungen vgl. auch Finanztest 4/1997, 18. Mit Blick darauf, daß heutzutage mehr als 2/3 aller Bargeldauszahlungen an Geldautomaten erfolgen, liegt es nahe, die bankrechtliche Einordnung der Geldautomatenverfügungen als „Sonderleistungen“ durch den BGH in einem anderen Zusammenhang (BB 1996, 1407 = NJW 1996, 2032, 2033) als bereits durch die Praxis überholt anzusehen (wie der BGH aber noch Schimansky/Bunte/Lwowski-Göbmann [Fn. 10], § 54 Rn. 2). Für die kartellrechtliche Würdigung ist die bankrechtliche Einordnung ohne Belang.

57 Die Entwicklung ist insoweit im Fluß. Immer mehr Banken stellen Telefon-, BTX- und Internetbanking sowie „kostenlose“ Kreditkarten zur Verfügung.

58 So auch für die Bankleistungen der Sparkassen BKartA, Tätigkeitsbericht 1974, BT-Drs. 7/3791, Tz. 40 zu § 24 GWB.

liche Bankfilialen bzw. Geldautomaten angewiesen⁵⁹. Mit Blick auf diesen Bedarf werden die Kunden nur solche Filial- oder Direktbanken in Betracht ziehen, welche die Nutzung von Geldautomaten in der Nähe von Wohnung, Arbeitsplatz und insbesondere Einkaufsgegend ermöglichen. Der Geldautomat nimmt insoweit für die räumliche Marktabgrenzung die Rolle ein, die früher den Bankfilialen zukam. Die hohe Akzeptanz von Geldautomaten und der hohe Bedarf nach ihnen werden auch empirisch durch ca. 2 Milliarden Geldautomatenverfügungen im Bundesgebiet im Jahre 1996 sowie dadurch belegt, daß die Kunden nunmehr mehr als 2/3 ihres Bargeldbedarfs an Geldautomaten decken. Der relevante Markt für das Privatgirogeschäft deckt sich im Ergebnis räumlich mit demjenigen für die Zurverfügungstellung von Geldautomatenverfügungen⁶⁰.

c) Zeitliche Marktabgrenzung

Eine zeitliche Marktabgrenzung scheidet auch hinsichtlich des Markts für Privatgirokontoleistungen aus. Die Möglichkeit, über Geldautomaten auch außerhalb der Banköffnungszeiten Bargeld abheben zu können, ist zwar ein wesentlicher Wettbewerbsparameter auf dem Markt für Privatgirokonten. Dies führt aber nicht zu einer Aufspaltung des Markts. Eine zeitliche Abgrenzung mit Blick auf die Filialöffnungszeiten wäre überhaupt nur dann möglich, wenn man – entgegen der oben vorgenommenen Abgrenzung – allein das Privatgirogeschäft der Filialbanken einbezieht. Faßt man den Markt aber sachlich weiter und berücksichtigt auch das Privatgirogeschäft der Direktbanken, so kommt eine solche Differenzierung schon deshalb nicht in Betracht, weil die Direktbanken über keine Bankfilialen mit Kundenverkehr verfügen.

III. Marktbeherrschung

Die Frage der Marktbeherrschung durch ein Unternehmen ist anhand der in § 19 Abs. 2 und 3 GWB⁶¹ aufgestellten Kriterien zu beurteilen. Hier soll mit Blick auf den überragenden Anteil der Sparkassenorganisation am Geldautomatenetz untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Marktbeherrschung durch Sparkassen in Betracht kommt.

Ein Unternehmen kann niemals als solches marktbeherrschend sein, sondern stets nur mit Bezug auf eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen, die es anbietet oder nachfragt, also bezogen auf einen bestimmten Markt. Die beiden hier relevanten Märkte – der Interbankenmarkt für die Zurverfügungstel-

lung von Geldautomaten und der Kundenmarkt für das Privatgirogeschäft – sind lokale Märkte. Als marktbeherrschendes Unternehmen kommt insoweit nur die jeweils am Ort tätige Sparkasse und nicht die Sparkassenorganisation als Ganze in Betracht. Die Untersuchung der Marktbeherrschung ist grundsätzlich für jeden der beiden in Betracht kommenden Märkte an jedem Ort separat vorzunehmen. Doch stehen Interbankenmarkt und Kundenmarkt in enger Wechselbeziehung: Einerseits steuern die Kunden der Bank auf dem Privatgiromarkt durch ihre Dispositionen die Nachfrage des Kartenausgebers auf dem Interbankenmarkt, andererseits gehört umgekehrt die Möglichkeit der institutsübergreifenden Nutzung von Geldautomaten zu den von den Kunden im Rahmen des Privatgirogeschäfts erwarteten Leistungen einer Bank und stellt somit einen wichtigen Wettbewerbsparameter auf dem Kundenmarkt dar. Auch der Substitutionswettbewerb kann hier eine Rolle spielen.

1. Interbankenmarkt für die Zuverfügungstellung von Geldautomaten

a) Einzelmarktbeherrschung

Eine Einzelmarktbeherrschung durch eine Sparkasse kommt in Betracht, wenn diese entweder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB⁶²) oder über eine überragende Marktstellung verfügt (§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB).

Bei der Feststellung eines „Quasi-Monopols“ im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2. Alt. GWB stand in der Praxis bisher der Marktanteil im Vordergrund⁶³. Der BGH hat die monopolartige Stellung eines Presseunternehmens bei einem Marktanteil von 80% auf einem lokalen Pressemarkt bejaht⁶⁴. Doch sind auch andere strukturelle Faktoren und insbesondere wirtschaftliche Ressourcen in die Betrachtung einzubeziehen⁶⁵. Im Einzelfall kann selbst bei hohem Marktanteil und großem Abstand zu den Wettbewerbern lebhafter Wettbewerb herrschen und damit ein Fehlen wesentlichen Wettbewerbs zu verneinen sein⁶⁶. Auf praktisch jedem denkbaren lokalen Markt sind heute Geldautomaten verschiedener Institute und Institutsgruppen zu finden, über die Verfügungen auf der Grundlage der VGA angeboten werden. Zudem ist der Substitutionswettbewerb zu berücksichtigen, da die Kunden sich bei starker Erhöhung und Durchbelastung der Entgelte ihr Bargeld ggf. auch durch Bareinlösung von Eurocheques oder durch Kreditkartenverfügungen verschaffen oder es durch

Geldkartenaufloadungen ersetzen könnten. Ist das Bestehen wesentlichen Wettbewerbs nicht auszuschließen, so hat sich der Schwerpunkt in der Praxis auf die Prüfung einer überragenden Marktstellung im Sinne des § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB⁶⁷ verlagert⁶⁸. Auch für die Beurteilung der Frage, ob ein Unternehmen im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern eine überragende Marktstellung hat, ist vornehmlich, aber nicht allein, auf die Umstände abzustellen, welche die Marktstruktur bestimmen⁶⁹. Letztlich entscheidend ist immer die Situation im Einzelfall auf dem konkret zu untersuchenden Markt. Mit Blick auf die Interbankenmärkte für Geldautomatenverfügungen können gleichwohl abstrakt einige besonders relevante Faktoren herausgearbeitet werden.

59 Eine postalische Zusendung von Bargeld scheidet als Ersatz nicht nur wegen der damit verbundenen hohen Kosten (Einschreiben, Versicherung) aus, sondern vor allem deshalb, weil die Kunden erwarten, jederzeit spontan und nicht nur mit ein bis zwei Tagen Verzögerung ihre Bargeldreserven auffüllen zu können. Vgl. Finanztest 4/1997, 17 (die American Express Bank versendet zwar auf Wunsch postalisch Geld an ihre Kunden, bei Beträgen von unter 2000 DM wird dafür jedoch eine Gebühr von 25 DM erhoben).

60 Vgl. dazu Ausführungen o. II. 1. b).

61 Vgl. § 22 Abs. 1-3 GWB a. F.

62 Vgl. § 22 Abs. 1 Nr. 1 GWB a. F.

63 Vgl. Nachw. bei Immenga/Mestmäcker-Möschel (Fn. 40), § 22 Rn. 50f.

64 WuW/E BGH 1685, 1692 – „Springer/Elbe Wochenblatt“; vgl. auch BGH, NJW-RR 1989, 485 = WuW/E 2535 – „Lüsterbehandelsteine“ (80% Marktanteil und kaum aufholbarer fertigungstechnischer Vorsprung).

65 Langen/Bunte-Ruppelt (Fn. 24), § 22 Rn. 38.

66 Vgl. etwa KG, WuW/E OLG 2539 – „Braun/Almo“; WuW/E BGH 1949, 1951 – „Braun/Almo“.

67 § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB a. F.

68 Langen/Bunte-Ruppelt (Fn. 24), § 22 Rn. 38.

69 Vgl. BB 1981, 569 = WuW/E BGH 1749, 1754 – „Klößner-Becorit“. § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB (§ 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB a. F.) beschreibt beispielhaft Marktanteil, Finanzkraft, Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, rechtliche oder tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen, die Fähigkeit, sein Angebot oder seine Nachfrage auf andere Waren oder gewerbliche Leistungen umzustellen und die Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen auszuweichen.

- aa) Bedeutung des Marktanteils nach §§ 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 19 Abs. 3 S. 1 GWB

Indiz für die überragende und damit marktbeherrschende Stellung einer Sparkasse im Sinne von § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB auf dem Interbankenmarkt für Geldautomatenverfügungen kann insbesondere ihr Marktanteil sein. Dieser wird maßgeblich durch ihren Anteil an der Gesamtzahl der verfügbaren Geldautomaten, aber auch durch den Marktanteil auf dem Privatgiromarkt bestimmt, da ein Geldautomat um so rentabler betrieben werden kann, je mehr eigene Kunden vorhanden sind. Bei der Betrachtung der Marktanteile spielen auch der Abstand zu dem nächsten Wettbewerber und die Entwicklung der Marktanteile im Zeitablauf eine wichtige Rolle. Je größer der Abstand zu dem nächsten Wettbewerber und je höher die Zersplitterung der Marktanteile der Wettbewerber ist, um so wahrscheinlicher ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung⁷⁰.

Zu berücksichtigen sind ferner die Vermutungsregelungen des § 19 Abs. 3 GWB. Geht man beispielsweise davon aus, daß eine Sparkasse auf einem lokalen Markt einen ähnlichen Anteil der Geldautomaten kontrolliert, wie die Sparkassenorganisation insgesamt bundesweit – d. h. etwa 45% –, und daß dieser Anteil auch demjenigen an den Geldautomatenverfügungen entspricht, so greift die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 Abs. 3 S. 1 GWB⁷¹ ein. Allerdings entbindet dies die Kartellbehörde nicht von der Ermittlung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalls von Amts wegen⁷². Entscheidend bleibt letztlich die Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der besonderen Gegebenheiten des konkreten untersuchten Markts.

- bb) Marktzutrittschranken

Von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung der Stellung einer Sparkasse auf einen lokalen Markt für Geldautomatenverfügungen dürften die Schranken sein, die potentielle Wettbewerber zu überwinden haben, wenn sie den Wettbewerb gegenüber der Sparkasse eröffnen oder intensivieren wollen. Potentieller Wettbewerb ist insbesondere dann zu berücksichtigen, wenn die Marktzutrittschranken eher niedrig sind und eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, daß potentielle Wettbewerber zu aktuellen Wettbewerbern werden⁷³. Wenn ein marktstarkes Unternehmen nicht die Preise erhöhen und auf Leistungsverbesserung und Innovation verzichten kann, weil es sonst mit dem Markteintritt potentieller Wettbewerber rechnen muß, werden seine Verhaltens-

spielräume durch den potentiellen Wettbewerb kontrolliert und eine Einzelmarktbeherrschung kommt nicht in Betracht⁷⁴.

Rechtliche Marktzutrittschranken in bezug auf die Installation eines Geldautomaten auf einem lokalen Markt bestehen allenfalls aufgrund des Regionalprinzips gegenüber anderen Sparkassen, nicht aber für den Marktzutritt anderer Banken. Technische Marktzutrittschranken sind ebenfalls nicht erkennbar. Das Datenverbundnetz für die Geldautomaten kann nahezu beliebig erweitert werden. Die überaus dynamische Entwicklung der Geldautomatenzahl und das enorme Wachstum des Markts für die Zurverfügungstellung und Nutzung von Geldautomaten deuten im Gegenteil eher auf niedrige Marktzutrittschranken⁷⁵. Der näheren Betrachtung bedürfen insbesondere vier Aspekte: Die Anmietung geeigneter Stellflächen (1), die Investitionskosten (2) und die Rentabilität des Betriebs eigener Geldautomaten (3) könnten insoweit relevant werden, als es für eine Marktbeherrschung einer Sparkasse sprechen würde, wenn sie in der Lage wäre, durch besonders niedrige Entgelte den rentablen Auf- und Ausbau eines eigenen Geldautomatennetzes seitens der potentiellen Wettbewerber zu verhindern. Andererseits könnte aber (4) die Möglichkeit der Kooperation nach § 29 GWB⁷⁶ die Marktzutrittschranken für jeden einzelnen Kooperationspartner absenken.

- (1) Möglichkeit der Anmietung von Stellflächen für Geldautomaten

Eine Zutrittschranke könnte die Anmietung geeigneter Stellflächen sein. Die bei weitem meisten Geldautomaten sind zur Zeit in den Räumlichkeiten bzw. in den Außenwänden von Bankfilialen untergebracht. Insoweit besteht ein deutlicher Vorteil der Sparkassen, die über die bei weitem meisten Filialen verfügen. Direktbanken besitzen demgegenüber keine Bankfilialen für den Kundenverkehr. Dies bedeutet jedoch nicht, daß eine Installation außerhalb von Bankfilialen – etwa in den Geschäftsräumen oder an den Außenwänden von Geschäften – wirtschaftlich unsinnig oder unmöglich wäre. Bedenkt man die geringe Stellfläche von ca. 0,5 bis 1 qm, die ein Geldautomat benötigt, und den Umstand, daß ein naher Geldautomat durchaus den Umsatz von Geschäften fördern kann – aus diesem Grunde gibt es bereits Geldautomaten in vielen Kaufhäusern, aber auch beispielsweise auf Bahnhöfen und Flughäfen – so dürften Schwierigkeiten bei der Anmietung der notwendigen Stellflächen keine entscheidende Marktzutrittschranken darstellen.

- (2) Anschaffungskosten von Geldautomaten

Die Anschaffungs- und Installationskosten für einen Geldautomaten belaufen sich auf ca. 100 000 bis 150 000 DM und liegen damit offensichtlich weit unter denen einer Bankfiliale. Die Anschaffungskosten als solche stellen mithin (anders als früher die Kosten für den Aufbau eines Filialnetzes) keine besonders hohe Marktzutrittschranke auf den einzelnen lokalen Märkten dar. Soweit man davon ausgeht, daß eine Direkt- oder Filialbank die Teilnahme am bundesweiten Girokontogeschäft anstrebt, ergeben sich zwar insbesondere in den ersten Jahren und für das gesamte Bundesgebiet erhebliche Investitionskosten. Doch steht es den Newcomern insoweit offen, sich zunächst auf einige besonders lukrative lokale Märkte zu konzentrieren.

- (3) Rentabilitätsabwägungen

Eine erhebliche Marktzutrittschranke würde dann bestehen, wenn die durch einen Geldautomaten verursachten Kosten keinen rentablen Betrieb desselben ermöglichen würden. Ob sich ein Geldautomat rentiert, hängt einerseits von der Marktsättigung, also von der Zahl der Geldautomaten anderer Institute, andererseits aber vor allem auch davon ab, wie viele eigene Kunden eine Bank auf dem lokalen Markt hat. Wer im räumlich relevanten Gebiet über eine hinreichend große Zahl von Kunden verfügt, für den rentiert sich ein Geldautomat regelmäßig bereits durch die Nutzung eigener Kunden. Mit Blick auf die relativ niedrigen Anschaffungs-, Installations- und Betriebskosten dürfte ein rentabler Betrieb eines Geldautomaten schon bei einigen Hundert eigenen Kunden einer Bank auf dem jeweiligen Markt möglich sein. Hinzuzurechnen sind Verfügungen durch Fremdkunden. Rentabilitätsabwägungen stellen mithin keine wirkliche Marktzutrittschranke dar.

70 Vgl. BKartA, Checkliste (Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, FIW-Dokument 15), I 1; *Langen/Bunte-Ruppelt* (Fn. 24), § 22 Rn. 48.

71 Vgl. § 22 Abs. 3 Nr. 1 GWB a. F.

72 *Langen/Bunte-Ruppelt* (Fn. 24), § 22 Rn. 61; vgl. BB 1991, 569 = WuW/E BGH 1749 ff. „Klößner-Becoritt“; die Vermutungsregelung wirkt sich letztlich nur bei einem non liquet zu Lasten des von ihr Betroffenen aus, so die ganz h. M.; vgl. *Immenga/Mestmäcker-Möschel* (Fn. 40), § 22 Rn. 91 m. w. N. auch auf abweichende Literaturansichten.

73 *Langen/Bunte-Ruppelt* (Fn. 24), § 22 Rn. 40.

74 Vgl. BKartA (Fn. 70), Checkliste I 5.

75 Vgl. BKartA (Fn. 74).

76 Vgl. § 102 GWB a. F.

(4) Kooperationsmöglichkeiten

Der Markt für Geldautomatenverfügungen ist geprägt durch die Kooperation verschiedener Betreiber, wie sie bereits in der VGA zum Ausdruck kommt, aber etwa auch durch das Heimatsparkassenmodell flankiert und vertieft wird. Kleine Wettbewerber könnten ihren Marktzutritt bzw. die Verbesserung ihrer Wettbewerbsstellung gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen ggf. auch durch nach § 29 GWB freigestellte Zusammenarbeit erleichtern und gegenseitig fördern. Die bereits beschriebene Kooperation von Deutscher Bank, Dresdner Bank, Commerzbank und Hypovereinsbank bietet hierfür ein Beispiel. Märkte, auf denen nicht wenigstens eine dieser Banken einen Geldautomaten betreibt, dürften kaum zu finden sein.

cc) Interbankenentgelte

Betrachtet man die im Rahmen der Prüfung der Marktzutrittschranken ermittelten Zahlen, so verwundert das extreme Wachstum der Geldautomatenzahl nicht mehr. Es erscheint eher verwunderlich, warum einige (insbesondere Direkt-)Banken nur ein bescheidenes oder gar kein Geldautomatennetz aufgebaut haben. Insoweit ist sicher zu berücksichtigen, daß viele Direktbanken mit etablierten Filialbanken verbunden sind, so daß ihre Kunden deren Geldautomatennetz nutzen können. Der entscheidende Aspekt dürfte jedoch in der praktisch seit Entstehung des Markts wirksamen (wenn auch mehrfach erneuerten) HEV zu sehen sein, welche die Entstehung wirklich kompetitiver Bedingungen bisher verhindert hat. Die relativ niedrigen Interbankenentgelte nach Maßgabe der HEV konnten die Banken ganz oder teilweise an ihre Kunden durchbelasten, ohne dadurch auf dem Markt für das Privatgirogeschäft erhebliche Nachteile zu erleiden. Insoweit könnten viele Banken bisher nur mit Blick auf die Höchstentgeltvereinbarung davon abgesehen haben, (weitere) eigene Automaten zu installieren. Ein hoher Marktanteil der lokalen Sparkasse kann mithin unter Umständen auch und gerade deshalb bestehen, weil es sich bei einem durch die HEV begrenzten Interbankenentgelt für die Wettbewerber nicht gelohnt hat, eigene Automaten zu installieren. Der hohe Marktanteil kann den einzelnen Sparkassen also sozusagen „aufgedrängt“ worden sein.

Nach Eröffnung des Wettbewerbs infolge der Kündigung der Höchstentgeltvereinbarung und Erhöhung des Interbankenentgelts auf weit über 4 DM kann sich die Situation gänzlich anders darstellen. Andere Banken könnten sich veranlaßt sehen, nunmehr selbst Geldautomaten zu instal-

lieren. Der dadurch entstehende bzw. verschärfte Wettbewerb könnte sogar zu einer Absenkung des Interbankenentgelts führen. Ein erstes Anzeichen für positive Auswirkungen für den Kunden ist bereits in der oben beschriebenen Kooperation der Privatbanken zu sehen⁷⁷.

dd) Substitutionswettbewerb

Zu beachten ist schließlich auch hier der Substitutionswettbewerb, da die Kunden sich bei starker Erhöhung der Entgelte für Geldautomatenverfügungen per ec-/Kundenkarte ggf. auch durch Bareinlösung von Eurocheques oder Kreditkartenverfügungen Bargeld verschaffen oder es durch Geldkartenaufloadungen ersetzen könnten.

ee) Gesamtbetrachtung

Für die Feststellung einer überragenden Marktstellung steht zwar die Prüfung der Marktstruktur im Vordergrund, doch ist letztlich eine Gesamtbetrachtung aller oben beschriebenen und weiteren relevanten Umstände, d. h. sowohl der strukturellen Aspekte als auch des Wettbewerbsverhaltens eines Unternehmens, vorzunehmen und dadurch festzustellen, ob ein Unternehmen, ähnlich einem Monopolisten, nicht mehr über einen hinreichend vom Markt kontrollierten Handlungsspielraum verfügt⁷⁸. Als strukturelle Aspekte können neben dem Marktanteil an Geldautomatenverfügungen und den Marktzutrittschranken etwa auch Finanzkraft und sonstige Ressourcen des potentiell marktbeherrschenden Unternehmens eine Rolle spielen. Insoweit dürften die einzelnen Sparkassen den großen, bundesweit operierenden Privatbanken weit unterlegen sein, wenn auch ein gewisser Ausgleich durch die Sparkassenkooperation in Form des Heimatsparkassenmodell erfolgt.

Auf einen nicht mehr vom Markt kontrollierten Spielraum können aber auch das Marktverhalten des potentiellen Marktbeherrschers und die Reaktionen der Wettbewerber deuten. Indiz für eine Marktbeherrschung wäre es etwa, wenn eine Sparkasse das Interbankenentgelt drastisch erhöhen könnte, etwa von 4 DM auf 8 DM, ohne dadurch nennenswerte Marktanteilsverluste zu erleiden, oder wenn – umgekehrt – die anderen Institute der Sparkasse bei Absenkung des Interbankenentgelts folgen müßten, um nicht drastische Einbußen hinsichtlich der Nutzung durch Institutsfremde zu erleiden⁷⁹. Ob dies tatsächlich auf einem Markt der Fall ist, ist im Einzelfall festzustellen. Mit Blick auf die enge räumliche Marktabgrenzung und den guten Ausbauzustand des Automatenetzes dürfte es in der Praxis allerdings kaum Märkte geben,

auf denen die Sparkassen (oder andere Institute) im Ergebnis nach einer Gesamtbetrachtung als marktbeherrschend anzusehen wären.

b) Marktbeherrschendes Oligopol

Marktbeherrschend können nach § 19 Abs. 2 S. 2 GWB auch zwei oder mehr selbständige Unternehmen sein, soweit zwischen ihnen kein wesentlicher Wettbewerb besteht und soweit sie in ihrer Gesamtheit die Voraussetzungen des § 19 Abs. 2 S. 1 GWB erfüllen. Auch insoweit bestehen Vermutungsregelungen in § 19 Abs. 3 S. 2 GWB. Mit Blick darauf, daß Sparkassen und Genossenschaftsbanken zusammen über 70% der Geldautomaten in Deutschland kontrollieren, kommt ggf. in ländlichen Gegenden, wo dieser Anteil noch höher liegen dürfte, eine Oligopolmarktbeherrschung durch Sparkassen und Genossenschaftsbanken in Betracht, wenn dort zwischen diesen Institutsgruppen kein wesentlicher Wettbewerb mehr bestehen sollte.

2. Markt für das Privatgirogeschäft

Die Feststellung einer beherrschenden Stellung auf dem Privatgiromarkt erfolgt nach den gleichen Grundsätzen, die soeben für den Interbankenmarkt für Geldautomatenverfügungen beschrieben wurden. Ein wichtiges Kriterium für die auch hier anzustellende Gesamtbetrachtung ist ebenfalls der Marktanteil am Privatgirogeschäft. Daneben sind aber auch andere Aspekte zu berücksichtigen. Wegen der hohen Bedeutung der Geldautomaten⁸⁰ kommt der Dichte des Geldautomatennetzes eine entscheidende Bedeutung für Erhaltung und Ausbau des Marktanteils am Privatgirogeschäft zu. Mit Blick auf die Erwartung des Kunden, auch abseits der üblichen Einkaufsgebiete jedenfalls bundesweit, wenn nicht gar europäischer oder neuerdings im Maestro-Verbund sogar weltweit seine Bargeldvorräte auffüllen zu können, kann hier auch der Umfang des über den räumlichen Markt hinausgehenden Netzes an kostengünstig verfügbaren Geldautomaten Berücksichtigung finden.

⁷⁷ Vgl. o. bei Fn. 9.

⁷⁸ WuW/E BGH 1435, 1441 – „Valium“; Immenga/Mestmäcker-Möschel (Fn. 40), § 22 Rn. 53.

⁷⁹ Vgl. KG, WuW/E OLG 1645 – „Valium Librium“ (Marktführerschaft).

⁸⁰ Über Geldautomaten werden 2/3 des Bargelds in Deutschland ausgezahlt. Sie stellen praktisch die einzige wesentliche Girokontoleistung dar, die nicht per Telefon, BTX, Internet oder Post in Anspruch genommen werden kann.

Die Bedeutung des Filialnetzes für den Girokontomarkt geht demgegenüber zurück. Das Filialnetz ist zwar auch mit Blick auf den Substitutionswettbewerb durch die Bargelderlangung am Bankschalter nicht zu vernachlässigen. Ein Girokonto läßt sich heutzutage jedoch weitgehend telefonisch oder per Computer führen. Vor Ort sind allenfalls die Installation und der Betrieb von Geldautomaten notwendig, um in das Privatgirokontengeschäft einzusteigen. Daher kann man heutzutage nicht mehr, wie vielleicht noch vor wenigen Jahren, eine marktbeherrschende Stellung mit einer überragend großen Zahl von Filialen begründen. Im Gegenteil kann sich ein dichtes Filialnetz, wegen der hohen damit verbundenen laufenden Kosten, heutzutage durchaus auch als Wettbewerbsnachteil erweisen. Direktbanken, die auf ein Filialnetz verzichten, setzen genau auf diesen Kostenvorteil und können ihren Kunden oft verlockende Kondition bis hin zu „Gebührenfreiheit“ und relativ hohen Zinsen auf das Girokontoguthaben anbieten.

Der Marktzutritt ist auch hinsichtlich des Privatgirogeschäfts durch die modernen Banking-Formen und die Möglichkeit, die Bedürfnisse der Kunden durch Geldautomaten (oder ggf. ganze Computer-Filialen ohne Personal) zu befriedigen, im Vergleich zu dem früher notwendigen Aufbau und Betrieb eines Filialnetzes erheblich kostengünstiger und leichter geworden. Das verstärkte Auftreten von Direktbanken und der durch diese erheblich intensivierte Wettbewerb auf dem Markt für das Privatgirogeschäft machen dies deutlich. Der leichte Marktzutritt, der gute Ausbauzustand des Geldautomatennetzes und die dynamische Marktentwicklung sprechen nach dem oben Gesagten selbst bei hohen Marktanteilen einzelner Banken gegen deren marktbeherrschende Stellung. Letztlich entscheidend ist auch für den Markt für das Privatgirogeschäft eine Gesamtbetrachtung sowohl der strukturellen Aspekte als auch des Wettbewerbsverhaltens der Unternehmen auf dem konkreten lokalen Markt.

IV. Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Wurde auf einem Markt eine marktbeherrschende Stellung einer Sparkasse bejaht, so unterlag diese vor Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle der kartellbehördlichen Mißbrauchsaufsicht nach § 22 Abs. 4 und 5 GWB a. F. sowie nach §§ 26 Abs. 2, 37 a Abs. 2 GWB a. F. und war ggf. auch zivilrechtlichen Ansprüchen nach Maßgabe der §§ 35, 26 Abs. 2 a. F. GWB ausgesetzt. Die Mißbräuchliche Aus-

nutzung einer marktbeherrschenden Stellung ist seit dem 1. 1. 1999 nach § 19 Abs. 1 GWB ebenso verboten wie die Diskriminierung oder unbillige Behinderung im Sinne von § 20 GWB. Nach §§ 19 und 20 GWB verbotene Verhaltensweisen können nach § 32 GWB durch die Kartellbehörde untersagt werden. Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aufgrund dieser Verbote können aber auch nach § 33 GWB⁸¹ auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht werden. Hierin liegt eine wesentliche Neuerung des § 19 GWB im Vergleich zu § 22 GWB a. F.

Für die Feststellung eines Mißbrauchs im Sinne von § 19 GWB ist grundsätzlich nach den beiden relevanten Märkten, dem Interbankenmarkt für Geldautomatenverfügungen und dem Kundenmarkt für das Privatgirogeschäft, zu differenzieren. Doch kommt ein kartellbehördliches Vorgehen auch dann in Betracht, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Macht auf einem anderen als dem beherrschten Markt mißbraucht⁸². Dies könnte insbesondere der Fall sein, wenn man das Geldautomatennetz als „essential facility“ für den Kundenmarkt ansehen könnte und wenn die jeweilige Sparkasse ihre (hier für die weitere Untersuchung einmal unterstellte) marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Geldautomatenverfügungen ausnutzen würde, um den Zutritt anderer Banken zum Privatgiromarkt zu verhindern oder sie jedenfalls auf diesem Markt zu behindern. Die Essential Facilities-Doktrin hat nunmehr in § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ausdrücklich Eingang auch in das GWB gefunden.

Ein Mißbrauch auf dem Markt für Geldautomatenverfügungen kommt insbesondere in Form der mißbräuchlichen Preisgestaltung in Betracht. Dabei ist zu beachten, daß der Markt für Geldautomatenverfügungen insoweit atypisch ist, als alle Kartenausgeber als Leistungsnachfrager zugleich auch (zumindest potentielle) Betreiber und damit Leistungsanbieter sind. Kaum ein Betreiber dürfte bereit sein, anderen Kartenausgebern Vergünstigungen hinsichtlich der Geldautomatenbenutzungsentgelte zu gewähren, wenn er nicht als Kartenausgeber von diesen als Betreibern anderer Automaten dieselben Vergünstigungen erhält. Eine diesbezügliche wechselseitige Vereinbarung wäre als Kartell im Sinne des § 1 GWB freistellungsbedürftig nach § 29 GWB. Die Durchführung einer solchen Vereinbarung ohne vorherige Freistellung könnte, auch ohne daß die Voraussetzungen des § 19 GWB vorliegen, zu einem kartellbehördlichen Einschreiten nach § 32 GWB führen.

1. Preismißbrauch auf dem Interbankenmarkt

Ein Preismißbrauch könnte als Diskriminierung gemäß § 20 Abs. 1, 2. Alt. GWB⁸³ bzw. § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB, als unbillige Behinderung im Sinne von § 20 Abs. 1, 1. Alt. bzw. § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB⁸⁴ oder als Ausbeutung im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB relevant werden.

a) Diskriminierung

Nach § 20 Abs. 1, 2. Alt. GWB dürfen marktbeherrschende Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, nicht gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln⁸⁵. Die Festsetzung der Interbankentgelte ist eine Maßnahme im privatrechtlich geregelten Verkehr mit gewerblichen Leistungen, hier mit Geldautomatenverfügungen. Das ist eine Maßnahme im Geschäftsverkehr im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB. Dieser Geschäftsverkehr ist den kartenausgebenden Banken als gleichartigen Unternehmen im Sinne dieser Norm auf der Grundlage der VGA üblicherweise zugänglich.

Die Sparkassen behandeln schon jetzt andere Sparkassen und sonstige Banken auf der Grundlage des sog. Heimatsparkassenmodells⁸⁶ unterschiedlich. Darüber hinaus kommt eine Differenzierung nach dem Gegenseitigkeitsprinzip in Betracht, d. h. die Erhebung niedrigerer Entgelte von Banken, die ebenfalls Geldautomaten zur Verfügung stellen. Entscheidend für die kartellrechtliche Bewertung ist mit Blick darauf, daß § 20 Abs. 1 GWB nur ungerechtfertigte Diskriminierungen verbietet, ob diesen Ungleichbehandlungen ein sachlich gerechtfertigter Grund zugrunde liegt bzw. liegen würde. Ob dies der Fall ist, ist durch eine umfassende Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielset-

81 Früher § 35 GWB.

82 KG, WuW/E OLG 3124, 3132 – „Milch-austauschfüttermittel“; *Immenga/Mestmäcker-Möschel* (Fn. 40), § 22 Rn. 113.

83 § 26 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. GWB a. F.

84 § 22 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GWB a. F.

85 Ahnl. auch § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB.

86 Grundsätze über Eurocheque- und Geldautomatenauszahlungen an Girokunden der deutschen Sparkassenorganisation (Heimatsparkassengrundsätze), Fachmitteilungen 20/26. 7. 1996, lfd. Nr. 108.

zung des GWB festzustellen⁸⁷. Dazu gehört vor allem auch das Ziel, die Märkte offenzuhalten⁸⁸. Zudem ist zu beachten, daß Preisdifferenzierungen wettbewerblich ambivalent sind. Sie können einerseits als Kampfmittel gegen schwächere Konkurrenten und Newcomer eingesetzt werden und daher wettbewerblich negativ zu beurteilen sein. Sie können aber auch Voraussetzung dafür sein, daß überhaupt Preiswettbewerb stattfindet⁸⁹.

aa) Ungleichbehandlung aufgrund des Heimatsparkassenmodells

Nach dem gemäß § 102 GWB a. F.⁹⁰ vom Kartellverbot freigestellten Heimatsparkassenmodell dürfen sich die Sparkassen gegenseitig nur maximal 1,50 DM je Geldautomatenverfügung in Rechnung stellen⁹¹, während sie anderen Banken dafür 4 DM oder mehr berechnen. Aufgrund der Bindung durch das Heimatsparkassenmodell müssen die Sparkassen also entweder andere Sparkassen und sonstige Banken im Sinne einer Preisdifferenzierung ungleich behandeln⁹² oder auch letzteren maximal 1,50 DM in Rechnung stellen. Eine marktbeherrschende Sparkassen darf die erste Handlungsalternative nach § 20 Abs. 1 GWB nur wählen, wenn und soweit die Ungleichbehandlung als solche und in ihrem Ausmaß sachlich gerechtfertigt ist, wenn also die Interessen des differenzierenden Unternehmens diejenigen der benachteiligten Unternehmen unter Berücksichtigung der Zielsetzung des GWB überwiegen.

Gegen eine Legitimierung der Ungleichbehandlung nach dem Heimatsparkassenmodell spricht einerseits, daß dadurch Kunden gebietsfremder Sparkassen zu Lasten der Wettbewerber zu den Geldautomaten der ohnehin marktbeherrschenden Sparkasse dirigiert werden, an denen sie gebührenfrei Bargeld erhalten können⁹³. Andererseits sind die gebietsfremde Sparkasse und die anderen Banken zwar „gleichartig“ im Sinne des weiten in § 20 Abs. 1 GWB verwendeten Begriffs, aber nicht gleich. Während nämlich die anderen Banken durchaus in der Lage sind, ihren Bedarf nach Geldautomatenverfügungen durch Aufstellung eigener Automaten zu befriedigen, hat die gebietsfremde Sparkasse diese Möglichkeit aufgrund des Regionalprinzips grundsätzlich nicht⁹⁴. Die Bevorzugung gebietsfremder Sparkassen nach dem Heimatsparkassenmodell gleicht also einen Wettbewerbsnachteil gegenüber ihren Wettbewerbern aus, die ihren Kunden bundesweit gebührenfreie Abhebungen an ihren eigenen Geldautomaten ermöglichen können.

Der Preisnachlaß aufgrund des Heimatsparkassenmodells ist zum zweiten reziproker Natur, da die gebietsfremde Sparkasse im Gegenzug verpflichtet ist, der gebietsansässigen Sparkasse kein höheres Entgelt als 1,50 DM in Rechnung zu stellen, wenn deren Kunden im Tätigkeitsbereich der gebietsfremden Sparkasse an deren Geldautomaten Abhebungen vornehmen. Der Wettbewerb unter den Sparkassen selbst wird dadurch nicht beeinträchtigt, da sie aufgrund des Regionalprinzips ohnehin praktisch nicht im Wettbewerb miteinander stehen. Die Preisdifferenzierung aufgrund des Heimatsparkassenmodells erscheint damit insgesamt als sachlich gerechtfertigt im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB. Dafür, daß das Bundeskartellamt diese Ansicht teilt, spricht, daß es diese Praxis nicht nur nicht untersagt, sondern im Gegenteil sogar das Heimatsparkassenmodell, das die Sparkassen dazu verpflichtet, als Kartellvertrag nach § 102 GWB hat verbindlich werden lassen.

bb) Ungleichbehandlung entsprechend dem Beitrag zum Geldautomatennetz

Der bereits angeklungene Reziprozitätsgedanke könnte auch für sich genommen als Ungleichbehandlung rechtfertigender Grund ausreichen. Dafür spricht einerseits, daß der Gegenseitigkeitsgedanke auch der VGA zugrunde liegt. Deren Gegenstand ist schließlich der gemeinsame Aufbau und Betrieb des deutschen Geldautomatensystems durch die Vertragspartner und die gegenseitigen Zurverfügungstellung der Geldautomaten⁹⁵. Es liegt aus kartellrechtlicher Sicht nahe, einen sachlichen Rechtfertigungsgrund für Preisdifferenzierungen im unterschiedlichen Beitrag an der Versorgung des Markts mit Geldautomatenverfügungen zu sehen. Wer hohe Investitionen tätigt, fördert damit einerseits den Wettbewerb auch jedes anderen Vertragspartners der VGA und erbringt durch die Zurverfügungstellung der Geldautomaten Leistungen an diesen. Er erleidet dadurch aber andererseits zugleich einen Wettbewerbsnachteil gegenüber Banken, die ihren Beitrag zum Ausbau des Geldautomatennetzes verweigern und die dadurch frei gebliebenen Mittel anderweitig einsetzen können. Diesen Banken im Gegenzug höhere Gebühren aufzuerlegen, erscheint daher im Grundsatz gerechtfertigt⁹⁶.

b) Unbillige Behinderung

Behinderung eines anderen Unternehmens ist jede Beeinträchtigung seiner Betätigungsmöglichkeiten im

Wettbewerb⁹⁷. Die Unbilligkeit der Behinderung wird ebenso wie die Grundlosigkeit einer Diskriminierung durch eine umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB beurteilt⁹⁸. Vorliegend kann eine Behinderung der Wettbewerbsmöglichkeiten auf dem Markt für Geldautomatenverfügungen sich nicht aus der Erhebung eines besonders hohen Interbanken-

87 St. Rspr. z.B. BGH, NJW-RR 1991, 825, 826 = WuW/E BGH 2683 „Zuckerrübenanlieferungsrecht“; weitere Nachw. bei *Langen/Bunte-Schultz* (Fn. 24), § 26 Rn. 156; *Immenga/Mestmäcker-Markert* (Fn. 40), § 26 Rn. 196.

88 BGH, NJW 1991, 2963, 2967 = WuW/E BGH 2707 – „Krankentransportunternehmen II“.

89 *Immenga/Mestmäcker-Markert* (Fn. 40), § 26 Rn. 61.

90 Vgl. jetzt § 29 GWB.

91 Vgl. auch Fachmitteilungen 9/29. 3. 1996, ldf. Nr. 49.

92 Durch die VGA ist dies nicht ausgeschlossen, da Nr. 4 S. 1 VGA nur Diskriminierungen hinsichtlich der zeitlichen Nutzung verbietet.

93 Das Interbankenentgelt von 1,50 DM wird den Kunden von den Sparkassen regelmäßig nicht durchbelastet. Trotzdem nahmen Sparkassenkunden 1996 ca. 123 Mio. Verfügungen an Geldautomaten von Nicht-Sparkassen vor, während umgekehrt Kunden anderer Banken nur 40 Mio. Verfügungen an Sparkassenautomaten vornahmen.

94 Sparkassen dürfen Filialen und Geldautomaten grundsätzlich nur in einem bestimmten Gebiet betreiben. Die Einzugsgebiete der einzelnen Sparkassen sind gegeneinander abgegrenzt.

95 Hinsichtlich der für 1997 geplanten Neufassung der HEV wurde auch eine reziproke Entgeltregelung erwogen. Doch wurde wegen der sich daraus ergebenden Inflexibilität und mangelnden Transparenz Abstand davon genommen.

96 Der Reziprozitätsgedanke fand auch in dem (durch die 6. GWB-Novelle allerdings gestrichenen) § 3 Abs. 1 GWB a. F. Ausdruck, wonach das Kartellverbot nicht für Rabattkartelle galt, soweit die Rabatte ein echtes Leistungsentgelt darstellten und diskriminierungsfrei erfolgten; dazu *Immenga/Mestmäcker-Markert* (Fn. 40), § 26 Rn. 247; *Langen/Bunte-Schultz* (Fn. 24), § 26 Rn. 197. Die hinsichtlich des Ausmaßes der Diskriminierung zulässige Grenze könnte allerdings überschritten sein, wenn der erhobene Betrag eine Höhe erreicht, die die Annahme eines Ausbeutungsmissbrauchs i. S. v. § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB rechtfertigen würde. Darauf ist noch einzugehen.

97 *Immenga/Mestmäcker-Markert* (Fn. 40), § 26 Rn. 183.

98 *Immenga/Mestmäcker-Markert* (Fn. 40), § 26 Rn. 196 m. w. N. zur st. Rspr.

entgelts durch eine Sparkasse ergeben⁹⁹. Ein solches Verhalten würde im Gegenteil die Wettbewerbschancen anderer Anbieter auf dem Geldautomatenverfügungsmarkt erhöhen. In Betracht käme insoweit nur eine Behinderung durch Erhebung besonders niedriger Interbankenentgelte. Diesbezügliche Preisunterbietungen wären allerdings grundsätzlich als effektives Mittel zur Förderung des eigenen Absatzes nicht nur zulässig, sondern für den Wettbewerb unverzichtbar¹⁰⁰. Wettbewerbswidrig wären Preisunterbietungen daher nur dann, wenn die Marktmacht eines Unternehmens unter Mißachtung kaufmännischer Grundsätze gezielt eingesetzt wird, um ein anderes Unternehmen vom Markt zu verdrängen und in seiner Existenz zu vernichten oder von vornherein dessen Marktzutritt zu verhindern (sog. Kampfpreisunterbietung, predatory pricing)¹⁰¹. Ein solcher Fall ist nicht ersichtlich. Im Streit stand bisher allein die Erhöhung der Interbankenentgelte durch einzelne Sparkassen.

c) Ausbeutung

In Betracht kommt allerdings ein Ausbeutungsmissbrauch im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB¹⁰² gegenüber anderen Kartenausgebern durch Erhebung überhöhter Automatenentgelte durch eine marktbeherrschende Sparkasse nach Kündigung der HEV. Ein Ausbeutungsmissbrauch würde vorliegen, wenn die von einer marktbeherrschenden Sparkasse verlangten Entgelte für Geldautomatenverfügungen aufgrund der marktbeherrschenden Stellung zustande gekommen und signifikant höher wären, als sie sich bei Bestehen wirksamen Wettbewerbs wahrscheinlich ergeben würden¹⁰³. Für die Bestimmung dieses Wettbewerbspreises (auch: wettbewerbsanalogen Preises) werden verschiedene Methoden angewandt.

aa) Vergleichsmarktkonzept

§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB selbst verweist für die Bestimmung des Wettbewerbspreises insbesondere auf die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamem Wettbewerb. Nach diesem sog. Vergleichsmarktkonzept wird der Preis auf dem untersuchten Markt mit demjenigen auf anderen räumlichen, zeitlichen oder sachlichen Märkten verglichen, auf denen noch wirksamer Wettbewerb herrscht bzw. herrscht (sog. wettbewerbsanaloger Preis). Da die Vergleichsmärkte nie uneingeschränkt mit dem zu untersuchenden übereinstimmen können, sind grundsätzlich Korrekturaufschläge vorzunehmen¹⁰⁴. Zudem stellt selbst eine erhebliche Überschreitung des wettbewerbsana-

logischen Preises keine mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung dar, wenn eine wirtschaftliche Rechtfertigung für diese Preisgestaltung vorhanden ist¹⁰⁵.

Als räumlicher Vergleichsmarkt kämen – weil wirksamer Wettbewerb auf allen deutschen Märkten bisher durch die HEV jedenfalls oberhalb der danach zulässigen Maximalbeträge verhindert wurde – allenfalls ausländische Märkte in Betracht. Insoweit liegen keine Daten vor.

Das zeitliche Vergleichsmarktkonzept (sog. Sockeltheorie) vergleicht das aktuelle mit dem früher gezeigten Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem relevanten Markt¹⁰⁶. Diese Methode scheidet vorliegend aus, weil ein freier Markt für Geldautomatenverfügungen in Deutschland aufgrund der praktisch von Anfang an bestehenden Regelungen in HEV und VGA nie existiert hat.

Beim sachlichen Vergleichsmarktkonzept werden die Preise für andere Waren und gewerbliche Leistungen auf Märkten mit wirksamem Wettbewerb herangezogen. Will man insoweit zu brauchbaren Ergebnissen gelangen, ist nur ein Vergleich mit sehr ähnlichen, aber doch nicht austauschbaren Leistungen in Betracht zu ziehen¹⁰⁷. Vorliegend bieten sich insoweit als vergleichbare, aber nicht im Sinne des Bedarfsmarktkonzepts austauschbare Leistungen nach den obigen Ausführungen zur Marktabgrenzung insbesondere die Geldautomatenverfügung mittels Kreditkarte, die Bareinlösung von Eurocheques und die Aufladung von Geldkarten an. Doch handelt es sich bei allen drei Märkten nicht um Märkte mit freiem Wettbewerb, sondern um ebenfalls durch Interbankenabsprachen regulierte Märkte. Für die Aufladung von Geldkarten gibt es eine Höchstentgeltvereinbarung, nach der maximal 2 DM berechnet werden dürfen¹⁰⁸. Für Eurocheques haben die Banken vereinbart, daß Inkasso- und Bearbeitungsgebühren mindestens 2,50 DM und maximal 12 DM betragen¹⁰⁹, für Kreditkartenverfügungen fallen bei Auszahlungen am Geldautomaten 2%, am Schalter 3% des Auszahlungsbetrags, jeweils aber mindestens 10 DM als Gebühren an. Als sachliche Vergleichsmärkte kommen sie daher nicht in Betracht. Mit aller Vorsicht könnten diese Zahlen aber eventuell als Indizien dafür herangezogen werden, daß jedenfalls die Erhöhung des Interbankenentgelts für Geldautomatenverfügungen per ec-/Kundenkarte auf 10 oder 12 DM bei Beträgen bis zu 400 DM oder auf bis zu 3% des Rechnungsbetrags noch nicht aus Ausbeutungsmissbrauch anzusehen ist.

bb) Konzept der Gewinnbegrenzung

Der EuGH hat mit Blick auf einen Preismissbrauch im Sinne von Art. 82 (bislang 86) EGV in seiner „Chiquita“-Entscheidung 1978 auf das Konzept der Gewinnbegrenzung abgestellt und es in Form einer Gewinnspannenbegrenzung angewandt¹¹⁰. Ein solches Konzept, das dem marktbeherrschenden Unternehmen nur eine „angemessene“ Gewinnspanne zugesteht, wird in der Literatur als nicht weiterführend abgelehnt, da es ohne Leitsätze zur Kosten- und Gewinnermittlung nicht handhabbar sei¹¹¹. Ob es überhaupt in Deutschland Anwendung findet, ist fraglich. Allerdings ist die Anwendung eines solchen Konzepts für die Beurteilung nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB nicht völlig ausgeschlossen. Die Norm verweist nur „insbesondere“ auf Vergleichsmärkte, ohne Behörden und Gerichte auf diese Methode festzulegen¹¹². Daher wäre es ggf. denkbar, daß die Kartellbehörden und -gerichte eine von den Investitions- und Betriebskosten der Geldautomaten ausgehende Berechnung der tatsächlichen Kosten vornehmen. Allerdings müßte man bei der Ermittlung einer angemessenen Gewinnspanne den Sparkassen auch eine Mischkalkulation erlauben und ihnen etwa gestatten, eventuelle Defizite aus dem Filialbetrieb durch erhöhte Gewinne aus dem Geldautomatenbetrieb zu kompensieren.

99 Insoweit kommt aber eine Behinderung auf dem Markt für das Privatgirogeschäft in Betracht, worauf noch einzugehen sein wird.

100 Vgl. *Langen/Bunte-Schultz* (Fn. 24), § 26 Rn. 169.

101 *Immenga/Mestmäcker-Markert* (Fn. 40), § 26 Rn. 265.

102 § 22 Abs. 2 Nr. 2 GWB a. F.

103 Vgl. *Langen/Bunte-Schultz* (Fn. 24), § 22 Rn. 77.

104 *Langen/Bunte-Schultz* (Fn. 24), § 22 Rn. 83.

105 *Immenga/Mestmäcker-Möschel* (Fn. 40), § 22 Rn. 159; vgl. WuW/E BGH 1445, 1454 – „Valium“.

106 *Immenga/Mestmäcker-Möschel* (Fn. 40), § 22 Rn. 166.

107 *Langen/Bunte-Schultz* (Fn. 24), § 22 Rn. 82.

108 Nr. 10 der Vereinbarung über das institutsübergreifende System „Geld-Karte“.

109 *Schimansky/Bunte/Lwowski-Gößmann* (Fn. 10), § 139 Rn. 42.

110 EuGH, Slg. 1978, 207, 305 – „United Brands“.

111 *Immenga/Mestmäcker-Möschel* (Fn. 40), § 22 Rn. 156; *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, EG-Wettbewerbsrecht, 1998, Art. 86 EGV, S. 726.

112 *Langen/Bunte-Schultz* (Fn. 24), § 22 Rn. 78.

d) *Rechtfertigung durch Besonderheiten des Markts für Geldautomatenverfügungen?*

Abgesehen von der Mischkalkulation könnten auch Besonderheiten des Interbankenmarkts für Geldautomatenverfügungen vorliegend besonders hohe Preise, vielleicht sogar eine Nichtanwendbarkeit des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB rechtfertigen. Insoweit ist zu berücksichtigen, daß die Kartenausgeber als Abnehmer der von den Sparkassen angebotenen Leistungen ebenfalls Banken und damit auch selbst in der Lage wären, eigene Geldautomaten zu betreiben. Die Marktzutrittschranken sind insoweit, wie bereits festgestellt wurde, eher niedrig. Die Marktverhältnisse dürften jedenfalls zum Teil aus dem Umstand resultieren, daß der Preiswettbewerb bisher durch die HEV eingeschränkt war bzw. noch ist. Ein Marktzutritt wäre im übrigen insbesondere auf Märkten, auf denen tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung der örtlichen Sparkasse besteht und von dieser ausgenutzt wird, um besonders hohe Interbankentgelte zu berechnen, durchaus lukrativ. Entschließt sich der Kartenausgeber dennoch dagegen, eigene Investitionen vorzunehmen, und nimmt stattdessen weiterhin die Investitionsvorleistungen der Sparkassen für seinen eigenen Wettbewerb auf dem Kundenmarkt in Anspruch, so drängt er der Sparkasse dadurch ihre marktbeherrschende Stellung geradezu auf, und es erscheint nicht gerechtfertigt, ihn dafür auch noch zu belohnen, indem man die Sparkasse einer Preiskontrolle unterwirft. Dieser Aspekt könnte dafür sprechen, die Preisgestaltung der Sparkassen selbst bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung keiner Kontrolle nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB zu unterwerfen. Dies gilt um so mehr, als die Sparkassen bei einer Kündigung der VGA – jedenfalls bei auf den Interbankenmarkt beschränkter Betrachtung – kartellrechtlich nicht verpflichtet wären, anderen Banken überhaupt ihre Geldautomaten zur Verfügung zu stellen.

2. Mißbräuchliche Behinderung auf dem Markt für das Privatgirogeschäft

Eine marktbeherrschende Stellung einer Sparkasse ist auch im Privatgirogeschäft grundsätzlich denkbar. Ein Mißbrauch ist möglich durch die sog. Ausbeutung der Marktgegenseite, wenn unangemessene Preise oder Konditionen gefordert werden. Dieser Sachverhalt steht hier jedoch nicht in Frage. Er würde bedeuten, daß der Mißbrauch seitens einer Sparkasse auch oder gerade gegenüber eigenen Kunden erfolgte. Hiervon ist nicht aus-

zugehen. Zu prüfen ist vielmehr, welche Auswirkungen die Preisbildung im Interbankenmarkt auf das Privatgirogeschäft hat. Auf eine marktbeherrschende Stellung in diesem Markt kommt es dann nicht an. Der Mißbrauch läge vielmehr in einer Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Interbankenmarkt.

a) *Mißbräuchliche Preiserhöhung am Interbankenmarkt*

Fordert eine marktbeherrschende Sparkasse hohe Entgelte für die Inanspruchnahme ihrer Geldautomaten, so kann das Privatgirogeschäft anderer Kartenausgeber behindert werden. Belasten diese die Entgelte ihren Kunden weiter, so wird ein wichtiger Wettbewerbsparameter des Privatgirogeschäfts erheblich beeinträchtigt. Es entstehen Nachteile für die kartenausgebende Bank in diesem Bereich. Das ist aber auch dann der Fall, wenn die erhöhten Entgelte nur zum Teil oder nicht den Kunden berechnet werden. Der Kartenausgeber hat in diesem Fall die Kosten zu tragen. Auch hierin kann eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit liegen.

Das Verhalten einer marktbeherrschenden Sparkasse könnte unter diesen Gesichtspunkten als mißbräuchliche Behinderung im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB¹¹³ angesehen werden. Die Anwendbarkeit des § 20 Abs. 1 GWB, die grundsätzlich neben der des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB gegeben ist¹¹⁴, ist wegen ihrer engeren Voraussetzungen eher fernliegend, da dort der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugängliche Geschäftsverkehr zu prüfen ist. Bei Auswirkungen einer marktbeherrschenden Stellung auf andere Märkte als den des behindernden Verhaltens sind diese Merkmale nicht gegeben¹¹⁵. Nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB liegt ein Mißbrauch vor, wenn die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt werden. Schutzgegenstand dieser Norm sind die Wettbewerbsmöglichkeiten von Unternehmen. Deren Beeinträchtigung muß nicht nur für diese, sondern gerade für den Wettbewerb auf dem relevanten Markt erheblich sein¹¹⁶. Entscheidend sind damit die Risiken für den Bestand des vorhandenen oder potentiellen Wettbewerbs. Es muß daher für den konkreten Einzelfall ermittelt werden, ob derartige Gefährdungen entstehen können. Für die hier zu beurteilende Sachlage ist eine erhebliche Auswirkung in diesem Sinne kaum vorstellbar. Werden hohe Entgelte im Interbankenbereich den Kunden im vollen Umfang weiterge-

geben, so bleibt jedoch zu beachten, daß diese Entgelte nur einen Wettbewerbsparameter im Privatgirogeschäft betreffen, neben sonstigen Gebühren, Zinsen etc. Verbleibt die Belastung bei den kartenausgebenden Banken, so ist zwar ein Kostenfaktor betroffen. Eine tatbestandsmäßige erhebliche Auswirkung auf den Wettbewerb ist jedoch nicht anzunehmen.

Eine Behinderung ist darüber hinaus einer sachlichen Rechtfertigung zugänglich. Ist diese möglich, entfällt die Annahme eines mißbräuchlichen Verhaltens. Mit der Rechtfertigungsmöglichkeit ist auf eine Interessenabwägung entsprechend § 20 Abs. 1 GWB verwiesen¹¹⁷. Abzuwägen sind die Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Auf Seiten des behindernden Normadressaten sind alle Verhaltensweisen gerechtfertigt, die nach objektiven Maßstäben kaufmännisch vernünftig oder betriebswirtschaftlich sinnvoll sind¹¹⁸. Er ist nicht zu unwirtschaftlichen Maßnahmen verpflichtet¹¹⁹. Insoweit sind auch die Kosten zu berücksichtigen. Das bedeutet, daß ein tatbestandsmäßiger Mißbrauch ausscheidet, wenn Entgelte im Interbankenmarkt als kostengerecht anzusehen sind. Insoweit kann auf die Ausführungen zu den Marktzutrittschranken verwiesen werden¹²⁰. Eine Erhöhung der derzeitigen Entgelte dürfte danach gerechtfertigt sein.

Im Ergebnis dürfte ein Mißbrauch im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB ausscheiden, da auch verhältnismäßig hohe – das bisherige Niveau übersteigende – Entgelte für die Zurverfügungstellung von Geldautomaten im Privatgirogeschäft nicht zu Beeinträchtigungen, die eine Gefährdung des Wettbewerbs in diesem Bereich erwarten lassen, führen würden.

b) *Essential Facilities-Doktrin*

Auswirkungen auf das Privatgirogeschäft können sich ergeben, wenn der Zugang zu Geldautomaten der Sparkassen erforderlich ist, um auf dem Markt für das Privatkundengeschäft

113 § 22 Abs. 4 Nr. 1 GWB a. F.

114 *Immenga/Mestmäcker-Markert* (Fn. 40), § 26 Rn. 312.

115 Vgl. *Langen/Bunte-Schultz* (Fn. 24), § 22 Rn. 105.

116 H.M., vgl. nur *Langen/Bunte-Schultz* (Fn. 24), § 22 Rn. 106.

117 *Immenga/Mestmäcker-Möschel* (Fn. 40), § 22 Rn. 114 ff.

118 *Immenga/Mestmäcker-Markert* (Fn. 40), § 26 Rn. 198.

119 BGH, WuW/E BGH 1805, 1808.

120 Vgl. o. III. 1. a) bb).

wettbewerbsfähig zu sein. Diese Frage stellt sich gegenwärtig für Direktbanken, soweit sie über kein eigenes Netz von Geldautomaten verfügen. Die Anwendung der im US-amerikanischen Antitrustrecht entwickelten Essential Facilities-Doktrin könnte einer Zugangsverweigerung seitens der Sparkassen grundsätzlich entgegengesetzt werden. Voraussetzung ist, daß die einen Zugang begehrenden Banken auf die Zurverfügungstellung von Geldautomaten angewiesen sind, um im Privatgirogeschäft als Wettbewerber zu bestehen.

Hiermit ist auf das grundsätzliche Problem verwiesen, ob dem Marktbeherrscher zugemutet werden kann, aktiv, d. h. durch Vertragsschluß, einen Wettbewerber zu fördern. Das wird auch für marktbeherrschende Unternehmen nur in Ausnahmefällen gelten können. Es ist damit die Frage nach einer Marktstrukturverantwortung von marktbeherrschenden Unternehmen gestellt.

aa) Geltung im deutschen Wettbewerbsrecht

Vor Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle bestand erhebliche Unsicherheit über die Geltung der Essential Facilities-Doktrin im deutschen Recht. Es wurde mit Recht bezweifelt, ob der Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung allein auf der Grundlage der §§ 22 Abs. 4 und 26 Abs. 2 GWB a. F. durchsetzbar war¹²¹. Nunmehr hat die Essential Facilities-Doktrin durch die 6. GWB-Novelle Eingang in das deutsche Kartellrecht gefunden. Nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB liegt ein Mißbrauch auch dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen „sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, daß die Mitbenutzung aus betriebstechnischen oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist“.

Es ist davon auszugehen, daß die Essential Facilities-Doktrin im deutschen Recht in der Ausprägung angewendet werden wird, die sie inzwischen in deutlichen Ansätzen im EG-Wettbewerbsrecht gefunden hat. In der Regierungsbegründung wird ausdrücklich, zum Teil wörtlich, auf die Entscheidungspraxis der Kommission und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Bezug genom-

men¹²². Wenn das deutsche Recht mit der 6. GWB-Novelle ausdrücklich die Essential Facilities-Doktrin als Mißbrauchstatbestand nach § 19 GWB aufnimmt, so liegt darin im Ergebnis eine Harmonisierung mit dem europäischen Recht in der geltenden Auslegung des Art. 82 (bislang 86) EGV. Anhand der zum Gemeinschaftsrecht entwickelten Grundsätze ist daher die Frage nach einem Zugangsrecht zu Geldautomaten durch Konkurrenten der Sparkassen im Privatgirogeschäft zu beantworten.

bb) Geltung im europäischen Wettbewerbsrecht

In der Rechtsprechung des EuGH ist ein der Essential Facilities-Doktrin entsprechender Ansatz im „Magill“-Fall erkennbar¹²³. In diesem Fall verweigerten irische Fernsehgesellschaften, dem Verleger einer unabhängigen Fernsehzeitschrift Listen ihrer wöchentlichen Programme zu überlassen. Dieser wurde dadurch in seinem Absatz von Programmzeitschriften zum Schaden der Leser beschränkt. Es konnten lediglich die erheblich teureren Programmhäfte der jeweiligen Fernsehgesellschaften erworben werden.

Die „Magill“-Entscheidung des EuGH wird mit Recht in einen engen Zusammenhang mit der Essential Facilities-Doktrin gestellt. Wesentlicher Inhalt dieser Doktrin ist die Beurteilung der Frage nach dem Zugang zu wesentlichen Einrichtungen (essential facilities) als Voraussetzung für die Wettbewerbsaufnahme von Konkurrenten. Der Bezug auf die „Magill“-Entscheidung wird dadurch deutlich, daß der EuGH auf ein De facto-Monopol der Fernsehgesellschaften auf dem Markt für Grundinformationen als unentbehrlichem Ausgangsmaterial für die Herstellung eines Programmführers abgestellt hat¹²⁴.

Vor dem hier bezeichneten Urteil des EuGH hat bereits die Kommission in den sog. Hafenfällen auf die Essential Facilities-Doktrin zurückgegriffen, die als Rezeptionselement der US-amerikanischen Antitrust-Rechtsprechung zu verstehen ist¹²⁵. Die Kommission hat den Begriff der wesentlichen Einrichtungen erstmals in der Entscheidung vom 11. 6. 1992 im Fall „B&I/Sealink“ verwandt¹²⁶. Es heißt hier: „Ein marktbeherrschendes Unternehmen, das eine wesentliche Einrichtung, d. h. eine Einrichtung oder Infrastruktur, ohne deren Nutzung ein Wettbewerber seinen Kunden keine Dienste anbieten kann, besitzt oder kontrolliert und selbst nutzt und seinen Wettbewerbern den Zugang zu dieser Einrichtung oder Infrastruktur verweigert oder nur unter Bedingungen, die ungünstiger sind als für seine eigenen Dienste, gewährt und damit

seine Wettbewerber in eine nachteilige Wettbewerbssituation zwingt, verstößt gegen Art. 86, sofern auch die übrigen Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind.“¹²⁷ In zwei weiteren Hafenfällen hat die Kommission diesen Grundsatz angewandt und bestätigt¹²⁸. In diesen Fällen hatten Schiffahrtsgesellschaften die Kontrolle über Häfen ausgeübt und den Wettbewerbern keinen Zugang zu angemessenen Bedingungen gewährt.

In der oben erwähnten „Magill“-Entscheidung des EuGH wird eine Bestätigung dieser Kommissionspraxis gesehen¹²⁹. Diese Einschätzung wird dadurch gestützt, daß die „Magill“-Entscheidung als Fortsetzung der Rechtsprechung des EuGH zur Beurteilung von Marktbeherrschung und ihre Auswirkung auf verbundene Märkte zu sehen ist¹³⁰. Bereits hier ging es im Ergebnis um eine Pflicht zur Geschäftsaufnahme mit einem Konkurrenten – allerdings auf einem bereits bestehenden Markt – und damit um eine begrenzte Pflicht zur Förderung des gegen den Marktbeherrscher gerichteten Wettbewerbs.

121 Klemmisch/Lange, Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, WuW 1998, 15, 20.

122 BR-Drs. 852/97 v. 7. 11. 1997, 38.

123 EuGH, 12. 12. 1973, Slg. 1973, 215 f.

124 Vgl. hierzu im einzelnen Montag, Gewerbliche Schutzrechte, wesentliche Einrichtungen und Normung im Spannungsfeld zu Art. 86 EGV, EuZW 1997, 71, 75.

125 Vgl. z. B. Markert, Die Anwendung des US-amerikanischen Monopolisierungsverbots auf Verweigerung des Zugangs zu „wesentlichen Einrichtungen“, in: Immenga/Möschel/Reuter (Hrsg.), FS Mestmäcker, 1996, S. 661 f.; Mennicke, „Magill“ – von der Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung von Immaterialgüterrechten zur „Essential Facilities“-Doktrin in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes?, ZHR 160 (1996), 626, 649.

126 Bulletin EG Nr. 6, Ziff. 1. 3. 30 (nicht im Amtsbl. veröffentlicht), Kurzdarstellung in EG-Kommission, XX. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1992, Tz. 219.

127 Zit. nach Markert, Die Verweigerung des Zugangs zu „wesentlichen Einrichtungen“ als Problem der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, WuW 1995, 560, 561.

128 Kommission, 21. 12. 1993, ABIEG 1994 Nr. L 15, 16 – „Sealink II“; Kommission, 21. 12. 1993, ABIEG 1994 Nr. L 55, 52 f. – „Hafen von Rodby“.

129 Immenga/Mestmäcker-Möschel, EG-WB/R, 1997, Art. 86, 766 f.

130 EuGH, 3. 10. 1985, Slg. 1985, 3261, 3278 – „Télémarketing“.

cc) Anwendbarkeit auf die vorliegende Wettbewerbssituation

Die Essential Facilities-Doktrin knüpft an eine besondere Wettbewerbssituation an. Adressat ist ein Unternehmen, das auf zwei Märkten tätig ist. Der Zugang zu einem Markt wird von diesem Unternehmen zumindest kontrolliert. Es kann sich auch um einen Monopolmarkt handeln. Dieser Markt ist für andere am Zugang interessierte Unternehmen eine wesentliche Einrichtung. Das diese Einrichtung kontrollierende Unternehmen benutzt diese Einrichtung, um auf einem anderen damit vertikal verbundenen Markt als Anbieter aufzutreten. Konkurrierende Anbieter auf diesem Absatzmarkt sind darauf angewiesen, die wesentliche Einrichtung auf dem vorgelagerten Markt zu benutzen.

Unabhängig davon, ob das die wesentliche Einrichtung kontrollierende Unternehmen auf dem nachgelagerten Absatzmarkt marktbeherrschend ist, kann es die Wettbewerbsfähigkeit seiner Konkurrenten auf diesem Markt auf doppelte Weise beeinflussen¹³¹. Es berechnet Entgelte für die Inanspruchnahme der wesentlichen Einrichtung und erzielt bereits dadurch einen Wettbewerbsvorteil. Dieser wird umgesetzt auf dem konkurrenzorientierten Absatzmarkt durch günstiger kalkulierbare Wettbewerbspreise. Diese Wettbewerbssituation wird zum Nachteil der Konkurrenten auf dem Absatzmarkt verschärft, wenn das Unternehmen mit dem uneingeschränkten Zugang zu der wesentlichen Einrichtung auf dem Absatzmarkt eine marktbeherrschende Stellung innehat. Dieser marktstrukturelle Vorteil wird zumindest abgesichert oder verstärkt, wenn der Zugang von Konkurrenten zu wesentlichen Einrichtungen von dem marktbeherrschenden Unternehmen gesteuert werden kann. Jegliche Benachteiligung auf dieser Ebene wirkt sich unmittelbar auf die Wettbewerbslage der Konkurrenten aus. Es liegt daher nahe, bereits aufgrund dieser Hebelwirkung die Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung als mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung anzusehen.

Die für die Anwendung der Essential Facilities-Doktrin erforderliche Verbindung von Märkten ist auch in der hier zu beurteilenden Sachlage im Grunde gegeben. Die Sparkassen sind in diesem Sinne auf zwei Märkten tätig, nämlich auf dem Interbankenmarkt und im Privatgirogeschäft. Es werden den auf letzterem Markt konkurrierenden Banken Entgelte für die Inanspruchnahme der eigenen Geldauto-

maten berechnet. Hierin kann, wie oben dargelegt, eine Beeinträchtigung der Wettbewerber im Privatgirogeschäft liegen. Voraussetzung für die Anwendung der Essential Facilities-Doktrin und damit für die Erzwingung eines Marktzutritts ist jedoch darüber hinaus, ob das Netz von Geldautomaten als wesentliche Einrichtung im Sinne der Doktrin bezeichnet werden kann, die von den Sparkassen dominiert wird.

dd) Geldautomatennetz als wesentliche Einrichtung

Der Begriff der Einrichtung erhält seine wettbewerbspolitische und auch wettbewerbsrechtliche Bedeutung nur mit seiner Qualifizierung als wesentlich. Entscheidend ist, ob die Einrichtung wesentlich ist für den Zugang zum Absatzmarkt des hier marktbeherrschenden Unternehmens, das gleichzeitig die Einrichtung kontrolliert. Der Begriff der Einrichtung bedarf daher keiner abschließenden Definition. Genannt werden Produkte, Dienstleistungen, Infrastrukturen, Informationen sowie Verkehrs- oder Übertragungseinrichtungen¹³². Das weite Verständnis einer Einrichtung wird insbesondere deutlich durch die bereits mehrfach genannte „Magill“-Entscheidung des EuGH. Hier ist die Kenntnis der Programme von Fernsehgesellschaften als unentbehrliches Ausgangsmaterial für die Erstellung eines Programmführers angesehen worden¹³³. Es kann somit nicht ausgeschlossen werden, daß die Gesamtheit aufgestellter Geldautomaten als tatbestandsmäßige Einrichtung angesehen wird. Von einer Kontrolle dieser Einrichtung könnte gesprochen werden, soweit Sparkassen marktbeherrschend auf dem hier relevanten Interbankenmarkt sind.

Entscheidend ist daher, ob Geldautomaten als wesentlich im Sinne der Essential Facilities-Doktrin angesehen werden können. Die Bestimmung der Wesentlichkeit einer Einrichtung erfolgt gemeinschaftsrechtlich auf der Grundlage des Schutzzwecks des Art. 82 (bislang 86) EGV. In dem hier zu beurteilenden Zusammenhang geht es um einen Mißbrauch durch Verhinderung des Marktzugangs. Für die Wesentlichkeit ist daher darauf abzustellen, ob und in welchem Umfang das an einem Zugang interessierte Unternehmen auf die in Frage stehende Einrichtung angewiesen ist, um am Wettbewerb teilzunehmen. Dieser Ansatz ist auch den oben genannten Hafenfällen zu entnehmen¹³⁴. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB faßt diesen Aspekt sprachlich noch enger und stellt darauf ab, daß es dem anderen Unternehmen bei Zugangsverweigerung aus rechtlichen oder tatsächlichen

Gründen nicht möglich wäre, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber tätig zu werden.

In diesem Zusammenhang zunächst zu beantworten ist die Frage, ob es allein auf den Zugang als solchen ankommt oder ob auf die Wirksamkeit eines von dem Neuzugang ausgehenden Wettbewerbs abzustellen ist. Die Kommission hat in dem Fall „Sealink I“¹³⁵ darauf hingewiesen, daß der verweigerte Zugang zu der Einrichtung (Hafen) nicht dazu führen dürfe, daß die Wettbewerber in eine nachteilige Wettbewerbssituation gezwungen würden. Dem Sachverhalt ist zu entnehmen, daß die konkurrierenden Schifffahrtlinien den Hafen bereits benutzten. Diesen wurden jedoch Bedingungen auferlegt, die sie in ihrer Wettbewerbssituation beeinträchtigten. Bereits hieraus wird deutlich, daß nicht nur der Zugang zum Markt von der Essential Facilities-Doktrin gesichert werden soll. Es geht vielmehr um die Chancengleichheit. Diese ist Voraussetzung für die Entstehung wirksamen Wettbewerbs, hier auf dem Markt des Privatgirogeschäfts. Nur das kann Schutzzweck bei Anwendung der Essential Facilities-Doktrin sein¹³⁶.

In diesem Sinne läßt sich eine Wesentlichkeit ohne weiteres bejahen, wenn die Einrichtung als Monopol organisiert ist. Das kann rechtlich oder, wie in den Hafenfällen, auch tatsächlich der Fall sein. Ferner muß ein innerer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen der Einrichtung und dem hiervon berührten nachgelagerten Markt bestehen. Die Nutzung der Einrichtung muß mit anderen Worten Bedingung für aussichtsreichen Wettbewerb auf dem verbundenen Absatzmarkt sein. Das liegt etwa bei Transportwegen und dem Erbringen von Transportleistungen auf der Hand.

Eine Einrichtung ist jedoch nicht Bedingung für wirksamen Wettbewerb auf dem mit ihr verbundenen Absatzmarkt, wenn es dem Zugang begehrten Wettbewerber möglich und zumutbar ist, sich selbst die erforderli-

131 Vgl. hierzu *Mestmäcker*, Marktzugang und Monopolmißbrauch auf de-regulierten Märkten, FS Steindorff, 1990, S. 1045, 1050 f.

132 Vgl. *Immenga/Mestmäcker-Möschel* (Fn. 129).

133 EuGH, 6. 4. 1995, Slg. 1995 I, 743 f.

134 S. Fn. 127 u. 128.

135 S. o. Fn. 127.

136 So ausdrücklich *Immenga/ Mestmäcker-Möschel* (Fn. 129), 767 Rdnr. 261; ferner *Deselaers*, Die „Essential Facilities“-Doctrin im Licht des Magill-Urteils des EuGH, EuZW 1995, 563, 568; *Mennicke*, ZHR 160 (1996), 626, 654.

che Einrichtung zu schaffen¹³⁷. Dieses auch nach der GWB-Novelle bedeutsame Kriterium läßt sich auch mit der Frage beschreiben, ob der Träger einer wesentlichen Einrichtung in bezug auf diese einem aktuellen oder potentiellen Wettbewerb ausgesetzt ist¹³⁸. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob ein Konkurrent individuell in der Lage ist, sich die Einrichtung zu schaffen. Entscheidend ist vielmehr, ob ein leistungsfähiger Wettbewerber in der Lage ist, diese Voraussetzung für einen erfolgreichen Markteintritt zu erbringen¹³⁹.

Für die hier zu beurteilende Sachlage geht es insoweit um den Zutritt zum Interbankenmarkt für die Zurverfügungstellung von Geldautomaten. Diese Frage wurde bereits oben im Zusammenhang mit der Möglichkeit einer marktbeherrschenden Stellung auf diesem Markt unter dem Gesichtspunkt von Marktzutrittschranken erörtert. Hingewiesen wurde auf die hohen Zuwachsraten von Geldautomaten innerhalb von zehn Jahren, auf die verhältnismäßig geringen Investitionskosten und auf die Rentabilitätsaussichten. Für Direktbanken konnte gezeigt werden, daß die Gewinnschwelle durch die Installation eigener Geldautomaten ohne Schwierigkeiten erreicht werden kann. Im Ergebnis können damit vorhandene Netze von Geldautomaten nicht als wesentlich im Sinne der Essential Facilities-Doktrin angesehen werden. Dann ist auch die Verweigerung des Zugangs zu den Geldautomaten einer marktbeherrschenden Sparkasse nicht als mißbräuchlich zu qualifizieren. Diese Wertung des Gemeinschaftsrechts muß auch für das insoweit noch nicht entwickelte deutsche Recht gelten. Auf die Frage, ob der Sparkasse Rechtfertigungsgründe zustehen, kommt es daher nicht mehr an.

V. Fazit

Die HEV wurde seitens des DSGV wirksam gekündigt. Die Sparkassen sind damit zivilrechtlich grundsätzlich frei für die Festsetzung von Entgelten im ec-Geldautomatensystem. Zu überprüfen sind jedoch kartellrechtliche Grenzen der Entgeltbemessung.

Kartellrechtliche Grenzen sind nur aufgrund von Vorschriften denkbar, die an die Marktbeherrschung von Unternehmen anknüpfen. Das gilt für §§ 19 und 20 GWB. Für die Marktabgrenzung zu unterscheiden ist der Markt zwischen den Banken (Interbankenebene) sowie die Beziehungen der Banken zu ihren Kunden (Kundenebene).

Sachlich relevanter Markt im Interbankengeschäft ist die Zurverfügungstellung von Geldautomaten zur Bargeld-

abhebung mittels ec-/Kundenkarten. Andere Möglichkeiten der Bargelderlangung sind grundsätzlich als nicht hiermit austauschbar anzusehen. Der räumlich relevante Markt ist als lokal anzusehen. Entscheidend ist die Nähe zum Wohn-, Arbeits- oder Einkaufsort.

Auf Kundenebene ist das Privatgirogeschäft als sachlich relevanter Markt zu bezeichnen. Die Benutzung von Geldautomaten ist an eine ec-/Kundenkarte gebunden, die nur an Inhaber eines Privatgirokontos ausgegeben wird. Die Bargeldbeschaffung über Geldautomaten ist lediglich ein Wettbewerbsparameter auf dem Markt des Privatgirogeschäfts und kein selbständiger Markt. Auch hier ist die räumliche Marktabgrenzung lokal bestimmt. Marktbeherrschung kann sich aufgrund der erfolgten räumlichen Marktabgrenzung lediglich auf einzelne am Ort tätige Sparkassen beziehen.

Denkbar ist es, daß einzelne Sparkassen auf lokalen Märkten auf dem Interbankenmarkt aufgrund eigener Geldautomatendichte Marktanteile erreichen, die der Marktbeherrschungsvermutung (ein Drittel Marktanteil) unterfallen. Diese Vermutung ist jedoch rechtlich und praktisch kaum von Bedeutung. Darüber hinaus ist zu beachten, daß die Marktzutrittschranken auf dem Lokalmarkt für Geldautomatenverfügungen niedrig sind. Dafür sprechen insbesondere die verhältnismäßig geringen Anschaffungskosten von Geldautomaten. Starker potentieller Wettbewerb ist damit indiziert. Die Annahme der Marktbeherrschung kann auch daran scheitern, daß sich die Kunden bei einer starken Erhöhung der an sie durchbelasteten Entgelte Bargeld auf anderem Wege verschaffen können. Die Frage der Marktbeherrschung kann jeweils nur im Einzelfall beantwortet werden.

Für die Annahme einer Marktbeherrschung im Privatgirogeschäft ist entscheidend, inwieweit Sparkassen in dem relevanten lokalen Bereich mit anderen Kreditinstituten, insbesondere mit Filialnetzen, in Konkurrenz stehen. Werden gleichwohl hohe Marktanteile festgestellt, so ist auch hier der potentielle Wettbewerb zu beachten, der von neuen Formen des Bankgeschäfts, wie den Direktbanken, ausgeht.

Die Entgeltbemessung für die Benutzung von Geldautomaten kann kartellrechtlich begrenzt werden, soweit sie als Mißbrauch einer im Einzelfall vorliegenden marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren ist. Denkbar ist eine tatbestandsmäßige Ungleichbehandlung im Sinne des Diskriminierungsverbots nach § 20 Abs. 1 GWB.

Die Preisdifferenzierung aufgrund des Heimatsparkassenmodells erscheint jedoch gerechtfertigt. Das gilt grundsätzlich auch für die reziproke Entgeltregelung im Verhältnis zu in anderen Fällen geforderten Entgelten. Die Forderung hoher Entgelte im Interbankenmarkt kann nur in Extremfällen als Ausbeutungsmißbrauch im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB angesehen werden. Maßstäbe hierfür ergeben sich im Ansatz aus anderen Kosten, die für die Bargelderlangung entstehen.

Überhöhte Entgeltbemessung im Interbankenmarkt kann auch als kartellrechtlich relevante Behinderung auf dem Markt für das Privatgirogeschäft angesehen werden. Voraussetzung ist Marktbeherrschung auf dem Interbankenmarkt. Eine tatbestandsmäßig erhebliche Auswirkung auf den Wettbewerb im Sinne des § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB ist jedoch nicht anzunehmen. Es können zwar Nachteile für konkurrierende Banken im Privatgirogeschäft entstehen. Das gilt sowohl bei einer Weiterbelastung hoher Entgelte im Interbankenbereich wie auch bei einer Kostentragung durch die Banken. Die Auswirkungen auf den Wettbewerb im Privatgirogeschäft sind jedoch schon deshalb nicht als wettbewerbsgefährdend anzusehen, da die von den Kunden bzw. den Banken selbst zu tragenden Kosten nur einen Wettbewerbsparameter auf dem Markt für das Privatgirogeschäft betreffen.

Konkurrierende Banken haben keinen kartellrechtlichen Anspruch auf Zurverfügungstellung von Geldautomaten im Interbankenmarkt. Verweigern Sparkassen etwa Direktbanken die Beteiligung am eigenen ec-Geldautomatensystem, so liegt hierin kein Mißbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne der Essential Facilities-Doktrin. Für die Auslegung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB kann auf die zum europäischen Gemeinschaftsrecht entwickelte Ausprägung der Essential facilities-Doktrin zurückgegriffen werden.

137 Dieses Kriterium der Wesentlichkeit ist allgemein anerkannt. Vgl. *Immenga/Mestmäcker-Möschel* (Fn. 136) m. w. N.

138 *Ridyard*, Essential Facilities and the Obligation to Supply Competitors under UK and EC Competition Law, ECLR 1996, 438, 448.

139 Zu dieser Fragestellung vgl. *Dese-laers* (Fn. 136), 567; *Immenga/Mestmäcker-Möschel* (Fn. 129), Art. 86, 767; einschränkend *Temple Lang*, Defining Legitimate Competition: Companies, Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities, 18 *Fordham International Law Journal*, 437, 1994, 217, 260.

Hiernach ist letztlich entscheidend, ob das Geldautomatensystem überhaupt als wesentliche Einrichtung im Sinne der Doktrin angesehen werden kann.

Das ist zu verneinen, da es den Wettbewerbern möglich und zumutbar ist, sich selbst ein Geldautomatensystem als erforderliche Einrichtung zu schaf-

fen. Das ist hier, insbesondere mit Blick auf die niedrigen Marktzutritts-schranken zu diesem System des Interbankenmarkts, anzunehmen.

Dr. Stefan Werner, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M.*

Rechtsprobleme im elektronischen Zahlungsverkehr

Im Blickpunkt: Das Internet-Zahlungsmittel „eCash“

Auch die Kreditwirtschaft versucht, sich die wachsende Bedeutung des Internets zunutze zu machen und Bankdienstleistungen darin anzubieten. Zu diesem Zweck gibt es im Bereich des Zahlungsverkehrs Ansätze für die Entwicklung von „Netzgeld“, das in § 1 Abs. 1 Nr. 12 KWG eine erste juristische Anerkennung gefunden hat¹, wobei die nachfolgende Darstellung versucht, die damit im Zusammenhang stehenden Rechtsprobleme anhand des rechtlich noch nicht endgültig durchgeformten Zahlungsmittels „eCash“ aufzuzeigen².

I. Funktionsweise von eCash

1. Voraussetzungen für die Teilnahme am eCash-Verfahren

Voraussetzungen für die Teilnahme am eCash-Verfahren sind neben der Vereinbarung spezieller Teilnahmebedingungen ein Kontokorrentkonto bei der eCash-emittierenden Bank, ein spezielles eCash-Konto sowie eine darauf aufbauende eCash-Geldbörse³.

Nach Eröffnung des eCash-Kontos erstellt der eCash-Teilnehmer seinen individuellen Schlüssel, mit dessen Hilfe die einzelnen virtuellen eCash-Münzen mit einer Identifikationsnummer versehen werden können, durch die eine Zuordnung zum speziellen Bankkunden jedoch nur möglich ist, wenn der eCash-Teilnehmer offenlegt, welche Identifikationsnummern er vergeben hat. Um einen Mißbrauch zu verhindern, ist der Teilnehmer gehalten, seinen persönlichen Schlüssel vor Mißbrauch zu sichern⁴.

Nach Generierung des Schlüssels wählt der eCash-Teilnehmer sein Börsen- und Kontopasswort aus. Zum Abheben von Geld ist das Kontopasswort, zum Aufruf des Programms das Börsen-Passwort erforderlich. Im Pilotprojekt können zunächst nur elektronische Münzen bis zu einem Gegenwert von 400 DM erworben werden, wozu ein Übertrag vom Kontokorrentkonto auf das eCash-Konto erforderlich ist. Der vom Kontokorrentkonto abverfügte Betrag wird in das eCash-Poolkonto eingestellt, bei dem es sich um ein bankeigenes Sammelkonto handelt, das zum Zwecke der Einlösung aller eCash-Münzen eingerichtet wurde. Nach

dem entsprechenden Übertrag ist es möglich, beliebige Beträge bis zu einem Gegenwert von 400 DM an die eCash-Geldbörse zu transferieren⁵.

Die Zahlung im eCash-System erfolgt mittels als „token“ bezeichneter elektronischer Werteinheiten, die neben den Wertangaben individuelle Identifikationsnummern sowie die elektronische Unterschrift des emittierenden Instituts enthalten. Das Verfahren ist so ausgelegt, daß die jeweilige Münze zwar von der Bank mittels elektronischer Unterschrift unterzeichnet wird, gleichzeitig jedoch die Münzidentifikationsnummer für die Bank nicht ersichtlich ist.

Der eCash-Teilnehmer generiert unter Einsatz der ihm zur Verfügung gestellten Software eine eCash-Münze mit der von ihm gewünschten Werthöhe sowie einer Identifikationsnummer. Diese Münze wird, nachdem die Münzidentifikationsnummer durch Multiplikation mit einem Ausblendfaktor unkenntlich gemacht wurde, an das emittierende Institut verschickt. Dieses kann nur den Münzbetrag, nicht jedoch die Identifikationsnummer lesen. Es versieht daraufhin die Münze mit einer elektronischen Unterschrift und zieht deren Wert vom Guthaben des eCash-Kontos ihres Kunden ein. Danach wird das signierte Netzgeld an den Kunden zurückgeschickt. Den entsprechenden eCash-Token kann der Kunde jetzt, nachdem er die Identifikationsnummer wieder kenntlich gemacht hat, mit dieser Nummer und der digitalen Signatur des Emittenten zur anonymen Zahlung im Internet einsetzen⁶.

Jede eCash-Münze kann nur einmal zur Zahlung verwendet und vom Akzeptanten auch nur einmal beim Emittenten wieder in entsprechendes (Buch-)Geld eingelöst werden. Durch die einmalige Verwendbarkeit soll sichergestellt werden, daß keine Kopien der eCash-Münzen in Umlauf kommen können. Diese Token werden vom emittierenden Institut erst eingelöst, nachdem sie daraufhin überprüft wurden, ob sie die vom ihm stammende digitale Signatur sowie eine Identifikationsnummer tragen, wobei die Bank die Zuordnung zum speziellen Kunden nicht kennt, sondern lediglich über die Identifikationsnummern der Münzen verfügt, die bereits eingelöst wurden. Sollte die entsprechende eCash-Münze eine Identifikationsnummer tragen, die bisher noch nicht eingesetzt wurde, und die digitale Signatur in Ordnung sein, wird das eCash-Poolkonto belastet und der entsprechende Gegenwert dem Konto des eCash-Akzeptanten gutgeschrieben⁷.

Sollen eCash-Transaktionen vor der Online-Prüfung storniert werden, muß

* Sie erfahren mehr über den Verfasser auf der Autorensseite.

1 Vgl. dazu *Kümpel*, WM 1998, 365 f.; *Dania Neumann*, Die Rechtsnatur des Netzgeldes, 1999, S. 50 (erscheint demnächst).

2 Vgl. zum eCash sowie zu Internet-Zahlungsmitteln *Escher*, WM 1997, 1176 ff.; *Neumann* (Fn. 1); *Marcus Hirt*, Electronic Payment-Systeme im Internet: Ein neues Geschäftsfeld für Banken, 1997, S. 28 f.

3 Zur genauen Ablaufbeschreibung vgl. *Neumann* (Fn. 1), S. 24 ff.; *Pichler*, Rechtsnatur, Rechtsbeziehungen und zivilrechtliche Haftung beim elektronischen Zahlungsverkehr im Internet, 1998, S. 4 ff.

4 Zum Verfahren vgl. *Neumann* (Fn. 1), S. 29 f.

5 Vgl. dazu *Neumann* (Fn. 1), S. 30; *Pichler* (Fn. 3), S. 6 f.

6 Vgl. *Neumann* (Fn. 1), S. 31 ff.

7 Vgl. *Neumann* (Fn. 1), S. 31 ff.; *Pichler* (Fn. 3) S. 8 f.; *Kümpel*, WM 1998, 367.