

# Handbuch EU-Gruppenfreistellungs- verordnungen

Herausgegeben von

**Dr. Christoph Liebscher**

Rechtsanwalt in Wien

**Prof. Dr. Eckhard Flohr**

Rechtsanwalt in Düsseldorf/Kitzbühel

**Dr. Dr. Alexander Petsche**

Rechtsanwalt in Wien

**Prof. Dr. Karsten Metzloff**

Rechtsanwalt in Berlin

Bearbeitet von

*Dr. Günter Bauer LL.M.*, Rechtsanwalt in Wien; *Sarah Blazek*, Rechtsanwältin in München; *Dr. Nils Bremer*, Rechtsanwalt in München; *Prof. Dr. Eckhard Flohr*, Rechtsanwalt in Düsseldorf/Kitzbühel; *Ole Hinrichs*, Rechtsanwalt in Düsseldorf; *Marc Lager*, Rechtsanwalt in Wien; *Nina Lenhard*, Rechtsanwältin in Wien; *Prof. Dr. Karsten Metzloff*, Rechtsanwalt in Berlin; *Dr. Bastian Müller*, Rechtsanwalt in Brüssel/Hamburg; *Dr. Dr. Alexander Petsche*, Rechtsanwalt in Wien; *Dr. Alexander Rinne*, Rechtsanwalt in München; *Dr. Gerhard Saria*, Ass.-Prof. an der Universität Wien und Visiting Professor an der Masaryk-Universität in Brünn; *Christoph Schlenger*, Rechtsanwalt in Düsseldorf; *Prof. Dr. Daniela Seeliger*, Rechtsanwältin in Düsseldorf; *Dr. Till Steinvorth* Rechtsanwalt in Hamburg und *Andreas Traugott*, Rechtsanwalt in Wien

3. Auflage 2023

  
C.H. BECK

MANZ 

bei Fehlen einer Freistellung durch eine allfällige Nachfolgegruppenfreistellungsverordnung dabei, dass das europäische Kartellrecht weiterhin in Gestalt einer auf der ursprünglichen Gruppenfreistellungsverordnung beruhenden Einzelfreistellung anwendbar ist. Sollte hingegen eine Einzelfreistellung als Fortwirken der erloschenen Gruppenfreistellungsverordnung ausnahmsweise zu verneinen sein, so ist deswegen nicht von einer Unanwendbarkeit des europäischen Kartellrechts auszugehen. Da allein die Gruppenfreistellungsverordnung aus dem Rechtsbestand des EU-Wettbewerbsrechts durch Zeitablauf oder Aufhebung ausgeschieden ist, bleiben die sonstigen Regeln des europäischen Kartellrechts weiterhin maßgeblich. Wiederum tritt angesichts der Überschneidung der zeitlichen Anwendungsbereiche von nationalem und europäischem Kartellrecht das Erfordernis einer näheren Auseinandersetzung mit den zwischen nationalem und europäischem Kartellrecht bestehenden Beziehungen auf.

## IV. Sachlicher Anwendungsbereich

### 1. Grundsätzliches zum sachlichen Anwendungsbereich

Im Hinblick auf die vorliegend interessierende Thematik des Verhältnisses der unionsrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen zum nationalen Kartellrecht ist allein der sachliche Anwendungsbereich der nationalen und europäischen **kartellrechtlichen Vorschriften** von Bedeutung. Das ergibt sich für das mitgliedstaatliche Recht schon aus der Einschränkung auf das nationale Kartellrecht in der Fragestellung dieses Abschnitts. Für die unionsrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen ist dies demgegenüber einerseits aus dem Umstand abzuleiten, dass sie ihre materielle primärrechtliche Basis in der eindeutig kartellrechtlichen Bestimmung des Art. 101 Abs. 3 AEUV haben (vgl. → § 1 Rn. 71 ff.). Andererseits begründen die Gruppenfreistellungsverordnungen Ausnahmen vom unionsrechtlichen Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV (vgl. → § 1 Rn. 80), sodass sie Berührungspunkte in aller Regel bloß zum sachlichen Anwendungsbereich des unionsrechtlichen Kartellrechts aufweisen können.

Der weit gefasste, im Grunde **umfassende sachliche Anwendungsbereich** des europäischen Kartellrechts (vgl. → § 1 Rn. 56) bedingt, dass sich bei einem ebenso umfassenden sachlichen Anwendungsbereich des nationalen Kartellrechts die sachlichen Anwendungsbereiche der beiden Kartellrechtsordnungen ohne weiteres decken. Das gilt erst recht dann, wenn der sachliche Anwendungsbereich des mitgliedstaatlichen Kartellrechts insbesondere durch Bereichsausnahmen oder andere sachliche Einschränkungen nicht umfassend ausgestaltet ist und daher jedenfalls in seinem ganzen Umfang vom sachlichen Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts abgedeckt wird.

### 2. Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs durch die Tatbestandselemente des Art. 101 Abs. 1 AEUV

Der sachliche Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts wird im Zusammenhang mit seiner Abgrenzung zum nationalen Kartellrecht überdies durch die Tatbestandsmerkmale des unionsrechtlichen Kartellverbots gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV gestaltet. Da die Anwendbarkeit des Kartellverbots nach Art. 101 Abs. 1 AEUV insbesondere von der Eignung der wettbewerbsbeschränkenden Maßnahme zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten abhängig ist, wird das Verhältnis des europäischen zum nationalen Kartellrecht maßgeblich nicht zuletzt durch diese **Zwischenstaatlichkeitsklausel** bestimmt. Ist nämlich ein Verhalten mangels Erfüllung der Voraussetzungen der Zwischenstaatlichkeitsklausel (vgl. → § 1 Rn. 62) nicht tatbestandsmäßig gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV, so fällt es ebenso wenig in den sachlichen Anwendungsbereich des europäi-

schen Kartellrechts<sup>9</sup> und die Frage nach dem Verhältnis zwischen europäischem Kartellrecht und nationalem Kartellrecht – dessen Anwendbarkeit einmal unterstellt – kann von vornherein nicht auftreten.

## C. Die Vorrangregel des Art. 3 VO (EG) Nr. 1/2003

### I. Allgemeines zur Bedeutung des Art. 3 VO (EG) Nr. 1/2003 für die vorliegende Problematik

- 10 Für die hier relevante Konstellation, dass ein Sachverhalt einerseits in den Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts und andererseits in jenen des mitgliedstaatlichen Kartellrechts fällt und einander widersprechende Rechtsfolgen auslöst, stellt Art. 3 VO (EG) Nr. 1/2003 eine Regelung des Verhältnisses von europäischem und nationalem Kartellrecht bereit.<sup>10</sup> Da Gegenstand der an dieser Stelle anzustellenden Überlegungen das Verhältnis der unionsrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen zum nationalen Kartellrecht ist, kann bereits jetzt **Art. 3 Abs. 1 Satz 2 VO (EG) Nr. 1/2003** als Normierung einer Pflicht zur parallelen Anwendung des Art. 102 AEUV und des mitgliedstaatlichen Wettbewerbsrechts bei Vorliegen eines nach Art. 102 AEUV verbotenen Missbrauchs außer Betracht bleiben.
- 11 Weder unmittelbare noch mittelbare Berührungspunkte zu den unionsrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen weist ferner **Art. 3 Abs. 3 VO (EG) Nr. 1/2003** auf, der aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Art. 3 VO (EG) Nr. 1/2003 explizit einzelstaatliche Bestimmungen zur Fusionskontrolle sowie mitgliedstaatliche Vorschriften ausschließt, die überwiegend ein von den Art. 101 und 102 AEUV abweichendes Ziel verfolgen.
- 12 **Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 1/2003** ist für den gegenständlichen Themenkomplex in inhaltlicher Hinsicht deshalb ebenfalls nicht einschlägig, weil sich der durch ihn erlassene Erlass und die Anwendung strengerer innerstaatlichen Rechts im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zur Unterbindung oder Ahndung einseitiger Handlungen von Unternehmen insbesondere auf Bestimmungen zum Verbot oder zur Ahndung missbräuchlichen Verhaltens nicht marktbeherrschender Unternehmen gegenüber wirtschaftlich abhängigen Unternehmen beziehen.<sup>11</sup> Eine gewisse Verbindung zur Frage des Verhältnisses zwischen unionsrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen und mitgliedstaatlichem Kartellrecht hat Art. 3 Abs. 2 Satz 2 VO (EG) Nr. 1/2003 dennoch. In der Lehre wird nämlich darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten zum Erlass strengerer innerstaatlichen Rechts nach dieser Vorschrift selbst dann berechtigt sind, wenn ein solches Verhalten im Rahmen einer durch eine Gruppenfreistellungsverordnung freigestellten Vereinbarung gesetzt wird.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Bechtold/Bosch/Brinker AEUV Art. 101 Rn. 110; Hengst in Bunte Art. 101 AEUV Rn. 315; Zimmer in Immenga/Mestmäcker AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 171.

<sup>10</sup> Zum Verhältnis dieser Bestimmung zu Art. 11 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1/2003 vgl. EuGH 14.2.2012 – C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72 Rn. 78 ff. – Toshiba ua/Úřad pro ochranu hospodářské soutěže.

<sup>11</sup> So Erwägungsgrund 8 VO (EG) Nr. 1/2003; Weiß in Calliess/Ruffert AEUV Art. 101 Rn. 20; Grave/Nyberg in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 45; Sturhahn in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann AEUV Art. 103 Rn. 25; Sura in Bunte VO 1/2003 Art. 3 Rn. 19; Bechtold/Bosch/Brinker EG-KartRVO 1/2003 Art. 3 Rn. 26; Rehlinger in Immenga/Mestmäcker VO 1/2003 Art. 3 Rn. 32.

<sup>12</sup> So Vogel in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann GVO Allg. Rn. 46; ähnlich ohne explizite Bezugnahme auf Gruppenfreistellungsverordnungen Grave/Nyberg in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 47; vgl. auch Pischel GRUR 2011, 685 (689 f.).

Nach **Art. 3 Abs. 1 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003** gilt für das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV die Pflicht zur parallelen Anwendung von mitgliedstaatlichem Wettbewerbsrecht und des Art. 101 AEUV in Fällen, in denen mit Blick auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel Art. 101 AEUV zur Anwendung kommt. Die darin angeordnete parallele Anwendung nationalen und europäischen Kartellrechts ist notwendiges Erfordernis für eine Anwendung von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003. Für das Verhältnis der unionsrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen zum nationalen Kartellrecht ist Art. 3 Abs. 1 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 auf der einen Seite insofern von Bedeutung, als die Gruppenfreistellungsverordnungen ohne Geltung des Kartellverbots gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV keinen Anwendungsbereich aufweisen. Schließlich begründen die auf Basis von Gruppenfreistellungsverordnungen eintretenden Freistellungen Ausnahmen vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV und setzen ein nach Art. 101 Abs. 1 AEUV tatbestandsmäßiges und an sich unzulässiges Verhalten voraus (vgl. → § 1 Rn. 80). Auf der anderen Seite liegt in dieser Vorschrift der Schlüssel zur Behandlung des Falls, dass das europäische Kartellrecht ein nach mitgliedstaatlichem Kartellrecht zulässiges Verhalten verbietet (vgl. → Rn. 24 ff.).

Die für das Verhältnis zwischen unionsrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen und nationalem Kartellrecht zentrale Vorschrift findet sich letztlich in **Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003**. Gemäß dieser Bestimmung ist das nationale Wettbewerbsrecht insofern nachrangig, als es nicht zum Verbot von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen führen darf, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, aber den Wettbewerb im Sinn des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht einschränken, die Bedingungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen oder „durch eine Verordnung zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags erfasst sind.“ Die eigentliche Bedeutung dieser Vorschrift wird in der in ihr zum Ausdruck kommenden Interpretation des Primärrechts dahingehend gesehen, dass dieses im Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht allein einen für schärfere nationale Regelungen offenen Mindeststandard festlegt, sondern kein nationales Verbot solcher Abreden duldet, die die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht erfüllen, oder bei denen die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen.<sup>13</sup>

Der deutsche Gesetzgeber hat mit **§ 22 GWB** eine zu Art. 3 VO (EG) Nr. 1/2003 korrespondierende Vorschrift über das Verhältnis des GWB zu den Art. 101 und 102 AEUV geschaffen, ohne dass es einer solchen Umsetzung in nationales Recht bedurft hätte.<sup>14</sup> § 22 GWB wird daher von manchen in der Lehre als grundsätzlich ohne eigenständige dogmatische Bedeutung und in weiten Teilen überflüssig angesehen.<sup>15</sup>

## II. Die Tatbestandselemente des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003

Von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 wird zum einen das Vorliegen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen oder von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen verlangt. Zum anderen wird vorausgesetzt, dass diese Maßnahmen geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Es wird insoweit bloß der **Anwendungsbereich des Art. 101 Abs. 1 AEUV** rezipiert,<sup>16</sup> sodass dazu auf die Ausführungen an anderer Stelle dieses Handbuchs

<sup>13</sup> So Sturhahn in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann AEUV Art. 103 Rn. 24.

<sup>14</sup> Loewenheim in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann GWB § 22 Rn. 1.

<sup>15</sup> So Schneider in Bunte GWB § 22 Rn. 1 mwN; § 22 GWB eine in Teilen eigenständige Bedeutung dagegen zuerkennend Reh binder in Immenga/Mestmäcker GWB § 22 Rn. 1.

<sup>16</sup> IdS Sura in Bunte VO 1/2003 Art. 3 Rn. 14 f.; Zimmer in Immenga/Mestmäcker AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 172; Reh binder in Immenga/Mestmäcker VO 1/2003 Art. 3 Rn. 16.

verwiesen werden kann (vgl. → § 1 Rn. 51 ff., 59 ff. und Rn. 62). Diese Anführung von Tatbestandsmerkmalen des Art. 101 Abs. 1 AEUV ist schon deshalb konsequent, weil auch die Tatbestandselemente des Art. 101 Abs. 1 AEUV den sachlichen Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts bestimmen (vgl. → Rn. 9) und mit dieser Bezugnahme auf Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 AEUV sowie mit der Formulierung „Die Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts“ das Vorliegen der **Konkurrenzsituation** zwischen nationalem und europäischem Kartellrecht beschrieben wird. Diese ist inhaltlich dadurch gekennzeichnet, dass ohne Eingreifen des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 das einzelstaatliche Wettbewerbsrecht eine Maßnahme verbieten würde, die mangels Tatbestandsmäßigkeit oder aufgrund einer Freistellung im Ergebnis keinen Verstoß gegen das unionsrechtliche Kartellverbot bildet und demgemäß zulässig ist (vgl. im Detail noch → Rn. 24). Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 setzt insofern die durch Art. 3 Abs. 1 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 angeordnete parallele Anwendung von nationalem und europäischem Kartellrecht voraus.

- 17 Der Vorrang des europäischen Kartellrechts wird **alternativ** in drei Fällen angeordnet: Das Unionsrecht geht zunächst dem einzelstaatlichen Wettbewerbsrecht vor, falls die Maßnahme ungeachtet des Vorliegens der anderen in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 angeführten Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 1 AEUV den Wettbewerb im Sinn des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht einschränkt, also aus sonstigen Gründen **nicht tatbestandsmäßig** ist.<sup>17</sup> Der Vorrang des europäischen Kartellrechts besteht weiters dann, wenn die Maßnahme die Bedingungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt. Es muss somit eine **Einzelfreistellung** der Maßnahme gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV anzunehmen sein. Schlussendlich wird durch die Bezugnahme auf die Erfassung der Maßnahme „durch eine Verordnung zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags“ jedenfalls auf eine Freistellung durch **Gruppenfreistellungsverordnungen der Kommission** abgestellt. In den beiden zuletzt angeführten Alternativen muss im Umkehrschluss zur ersten Alternative und mit Blick auf die in diesen Alternativen des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 implizit angesprochene Freistellung ein an sich nach Art. 101 Abs. 1 AEUV tatbestandsmäßiges Verhalten vorliegen.

### III. Einzelfragen der Einbeziehung von Gruppenfreistellungsverordnungen in den Tatbestand des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003

- 18 Die vom Unionsgesetzgeber gewählte Formulierung einer Erfassung der Maßnahme „durch eine Verordnung zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags“ ist in mehrfacher Hinsicht auslegungsbedürftig. Dass der Verweis auf Art. 81 Abs. 3 EGV als ein solcher auf den nunmehr an seine Stelle getretenen Art. 101 Abs. 3 AEUV zu lesen ist, liegt dabei auf der Hand. Demgegenüber wird die Wendung von einer „Verordnung zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags“ in der Lehre nicht näher spezifiziert. Fast einhellig wird die Formulierung nur auf Gruppenfreistellungsverordnungen ohne weitere Präzisierungen bezogen.<sup>18</sup> Vereinzelt wird der weite Begriff der „Freistellungsverordnung nach Art. 101 Abs. 3“ AEUV gebraucht.<sup>19</sup> Der weite Wortlaut sowie der Umstand, dass das Kapitel IX. der VO

<sup>17</sup> Sura in Bunte VO 1/2003 Art. 3 Rn. 15.

<sup>18</sup> So etwa Bechtold/Bosch/Brinker VO 1/2003 Art. 3 Rn. 19, 22; Reh binder in Immenga/Mestmäcker VO 1/2003 Art. 3 Rn. 19; Wiedemann in Wiedemann KartellR-HdB § 6 Rn. 4, 6; Grave/Nyberg in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 40; Vogel in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann GVO Allg. Rn. 45; Sura in Bunte VO 1/2003 Art. 3 Rn. 15; Schneider in Bunte GWB § 22 Rn. 18; Hengst in Bunte AEUV Art. 101 Rn. 315; Weiß in Calliess/Ruffert AEUV Art. 101 Rn. 19; idS Abstellen auf eine Gruppenfreistellung bei Nordemann/Nyberg in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann AEUV Art. 101 Abs. 3 Rn. 13.

<sup>19</sup> Weiß in Calliess/Ruffert AEUV Art. 101 Rn. 16.

(EG) Nr. 1/2003 die Überschrift „Freistellungsverordnungen“ trägt und Art. 29 VO (EG) Nr. 1/2003 als Tatbestandsmerkmal explizit allein von der Kommission erlassene Gruppenfreistellungsverordnungen anführt, lassen den Schluss zu, dass als Verordnung zur Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV neben den **von der Kommission erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen** auch **ratsunmittelbare Gruppenfreistellungsverordnungen** in Betracht kommen. Überdies würden in den Anwendungsbereich der in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 gewählten Formulierung ebenso Ermächtigungsverordnungen fallen, doch schließt ihre Rechtsnatur als Ermächtigungen des Rates an die Kommission zum Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen (vgl. → § 5 Rn. 12) aus, dass sie unmittelbar zu dem in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 vorausgesetzten Konflikt zwischen nationalem Wettbewerbsrecht und europäischem Kartellrecht führen können.

Ferner ist bezüglich der von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 beschriebenen **19** **Konkurrenzsituation** zwischen europäischem und mitgliedstaatlichem Kartellrecht in Verbindung mit Gruppenfreistellungsverordnungen zu beachten, dass ein gegen das unionsrechtliche Kartellverbot verstoßendes Verhalten einerseits durch eine Gruppenfreistellungsverordnung freigestellt werden kann. Diesfalls ist das Eintreten der von Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 vorausgesetzten Konkurrenzsituation zum mitgliedstaatlichen Wettbewerbsrecht ohne weiteres möglich. Wird dagegen eine nach Art. 101 Abs. 1 AEUV tatbestandsmäßige Maßnahme andererseits von keiner Gruppenfreistellungsverordnung erfasst, so führt dies noch nicht unmittelbar zur Unanwendbarkeit des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003. Da der Nichteintritt einer Freistellung nach einer Gruppenfreistellungsverordnung eine Einzelfreistellung nicht ausschließt (vgl. auch → § 6 Rn. 29, 53), ist vielmehr zu prüfen, ob nicht die in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 alternativ ebenfalls vorgesehene Tatbestandsalternative einer Einzelfreistellung einschlägig ist.

#### IV. Rechtsfolgen des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003

Der in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 sekundärrechtlich normierte Vorrang des **20** europäischen Kartellrechts vor einzelstaatlichem Wettbewerbsrecht in einer bestimmten Konkurrenzsituation ist seiner Rechtsnatur nach ein **Anwendungsvorrang** des Unionsrechts vor dem nationalen Recht. Dies kommt durch die gewählte Formulierung „Die Anwendung des einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts darf nicht ... führen“ zum Ausdruck, sodass entgegenstehendes nationales Recht von den nationalen Behörden und Gerichten bloß unangewendet zu lassen ist und nicht aufgehoben wird. Manche erblicken in dieser Formulierung demgegenüber eine faktische Verdrängungswirkung oder einen Vorrang des kartellrechtlichen Sachergebnisses, gestehen jedoch zu, dass zwischen einem vollen Anwendungsvorrang im Einzelfall und einer bloßen Verdrängungswirkung offensichtlich keine substantiellen Unterschiede bestehen.<sup>20</sup>

Im Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 bedarf es somit in **21** Anbetracht der expliziten sekundärrechtlichen Regelung bei beiden dogmatischen Deutungen keines Rückgriffs auf die durch den EuGH herausgearbeiteten allgemeinen Grundsätze zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts<sup>21</sup> oder auf das von ihm in Fortführung dieser Prinzipien entwickelte Verständnis von der Rollenverteilung zwischen nationalem Kartellrecht und europäischem Kartellrecht.<sup>22</sup> Da **Gruppenfreistellungsverordnungen** als uni-

<sup>20</sup> So Reh binder in Immenga/Mestmäcker VO 1/2003 Art. 3 Rn. 19 f. mwN.

<sup>21</sup> Zum Anwendungsvorrang allgemein vgl. Wegener in Calliess/Ruffert AEUV Art. 19 EUV Rn. 48; Ruffert in Calliess/Ruffert AEUV Art. 1 Rn. 21.

<sup>22</sup> Dazu grundlegend EuGH 13.2.1969 – C-14/68, Slg. 1969, 1 Rn. 3 ff. = BeckRS 2004, 71 606 – Walt Wilhelm ua/Bundeskartellamt; zur Relevanz dieser Grundsätze nach Inkrafttreten der VO (EG) Nr. 1/2003 vgl. EuGH 14.2.2012 – C-17/10, ECLI:EU:C:2012:72 Rn. 81 ff. – Toshiba ua/Úřad pro ochranu hospodářské soutěže; zur Rollenverteilung zwischen nationalem und europäischem Kartellrecht aus der Lehre etwa Sura in Bunte VO 1/2003 Art. 3 Rn. 2 ff.; Käseberg in Bunte KartellR Einl. Rn. 83 f.; implizit auch Schultze/Pautke/Wagener Vertikal-GVO Rn. 96; Brinker in Schwarze EUV Art. 103 Rn. 28.

onsrechtliche Verordnungen aber ohnedies nach Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelten,<sup>23</sup> kommt ihnen schon in dieser Eigenschaft Anwendungsvorrang gegenüber entgegenstehendem nationalen Recht zu.<sup>24</sup> Die Regelung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 und die früher geltende Rechtslage<sup>25</sup> führen daher im Hinblick auf das Verhältnis von unionsrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen zum nationalen Kartellrecht bei allen Unterschieden in der dogmatischen Begründung letzten Endes zum gleichen Ergebnis.<sup>26</sup>

- 22 Der durch Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 angeordnete Anwendungsvorrang ist so zu verstehen, dass mitgliedstaatliches Kartellrecht oberhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle ein Verhalten unter der Bedingung nach Belieben regeln darf, dass das Ergebnis seiner Anwendung mit dem Resultat der Anwendung von Art. 101 AEUV übereinstimmt. Unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle ist die nationale kartellrechtliche Regelung eines Verhaltens keinen konkreten unionsrechtlichen Bindungen unterworfen.<sup>27</sup> Diese Grundsätze sind sowohl für das mitgliedstaatliche Kartellrecht im Allgemeinen als auch im Besonderen für den Fall relevant, dass das nationale Kartellrecht – wie etwa § 3 öKartG –<sup>28</sup> die Möglichkeit zum Erlass **nationaler Gruppenfreistellungsverordnungen** eröffnet.
- 23 In der Literatur wird diesbezüglich allgemein hervorgehoben, dass als Folge des Vorrangs des Unionsrechts Gruppenfreistellungen der Kommission die nationalen Stellen binden.<sup>29</sup> Das kann aber – wie durch die Bezugnahme auf Gruppenfreistellungen und nicht auf Gruppenfreistellungsverordnungen wohl auch in dieser Stellungnahme zum Ausdruck gebracht wird – allein für die **Freistellungswirkung** von Gruppenfreistellungsverordnungen gelten. Wird ein Verhalten durch eine Gruppenfreistellungsverordnung nicht freigestellt, so bedeutet das schließlich nicht, dass diese Maßnahme jedenfalls mit dem unionsrechtlichen Kartellverbot unvereinbar ist. Vielmehr ist immer noch eine Einzelfreistellung möglich. Eine Bindungswirkung gegenüber den nationalen Stellen bezüglich der Nichtfreistellung durch eine von der Kommission erlassene Gruppenfreistellungsverordnung muss demgemäß ausscheiden.

#### D. Der Vorrang strengeren europäischen Kartellrechts

- 24 Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 bezieht sich auf den Fall, dass eine Maßnahme zwar nach einzelstaatlichem Wettbewerbsrecht unzulässig, nach unionsrechtlichem Kartellrecht demgegenüber zulässig ist. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003, der ausdrücklich an einem „Verbot“ als Folge der Anwendung einzelstaatlichen Wettbewerbsrechts anknüpft (vgl. → Rn. 16). Bestätigt wird dies durch Erwägungsgrund 8 VO (EG) Nr. 1/2003, wonach durch Art. 3 VO (EG) Nr. 1/2003 gewährleistet werden soll, „dass die Anwendung innerstaatlichen Wettbewerbsrechts auf Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags nur dann zum Verbot solcher Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmten Verhaltensweisen führen darf, wenn sie auch nach dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft verboten sind.“ Die **komplementäre Konkurrenzsituation** der Un-

<sup>23</sup> Vgl. auch → § 5 Rn. 4 mwN.

<sup>24</sup> Vgl. zu Gruppenfreistellungsverordnungen idS auch Gugerbauer, KartellG und WettbG, 3. Aufl. 2017, § 3 Rn. 3; Weiß in Calliess/Ruffert AEUV Art. 101 Rn. 19, 24; allgemein zu unionsrechtlichen Verordnungen idS ferner Ruffert in Calliess/Ruffert AEUV Art. 288 Rn. 21.

<sup>25</sup> Zu dieser Sura in Bunte VO 1/2003 Art. 3 Rn. 4, 15.

<sup>26</sup> Implizit idS auch Sura in Bunte VO 1/2003 Art. 3 Rn. 15.

<sup>27</sup> So Meesen/Kersting in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann Einf. Rn. 89; weniger detailliert idS auch Grave/Nyberg in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 39; Zuber in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann VerVO Art. 3 Rn. 20.

<sup>28</sup> Vgl. → Rn. 36 ff.

<sup>29</sup> Weiß in Calliess/Ruffert AEUV Art. 101 Rn. 21.

zulässigkeit eines Verhaltens auf Basis des unionsrechtlichen Kartellverbots bei gleichzeitiger Zulässigkeit dieser Maßnahme nach nationalem Kartellrecht wird von Art. 3 VO (EG) Nr. 1/2003 dagegen nicht explizit geregelt. In diesem Sinn gibt der EuGH der Bestimmung des Art. 3 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 ebenso allein den Inhalt, dass nach ihr die Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts nicht zum Verbot solcher Kartelle führen darf, die den Wettbewerb im Sinn des Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht einschränken.<sup>30</sup> Die vereinzelt vertretene gegenteilige Ansicht<sup>31</sup> hat den insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003, die Erwägungsgründe der VO (EG) Nr. 1/2003 und die Rsp des EuGH gegen sich.

Auf Basis von Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003 und des in der Rsp des EuGH 25 entwickelten Anwendungsvorrangs des Unionsrechts insbesondere in seiner wettbewerbsrechtlichen Ausprägung wird nun für den Fall eines gegenüber dem mitgliedstaatlichen Kartellrecht strengeren europäischen Kartellrechts geschlossen, dass dem Unionsrecht **Vor-rang vor dem nationalen Kartellrecht** zukommt.<sup>32</sup> Ist somit ein Verhalten nach europäischem Kartellrecht unzulässig, so ist das dieses Verhalten an sich erlaubende mitgliedstaatliche Kartellrecht unangewendet zu lassen. Konsequenz dieses Grundsatzes ist, dass das Verhalten unzulässig bleibt und nicht durch nationales Kartellrecht gerechtfertigt werden kann. Dem Unionsgesetzgeber steht es jedoch grundsätzlich weiterhin frei, sekundärrechtliche Öffnungsklauseln zu normieren, die eine Anwendung strengeren nationalen Rechts unionsrechtlich zulassen.<sup>33</sup>

Im Zusammenhang mit **Gruppenfreistellungsverordnungen** ist diesbezüglich zu be- 26 achten, dass von einem strengeren europäischen Kartellrecht nicht bereits bei einer Nichtfreistellung einer Maßnahme durch alle abstrakt in Betracht kommenden Gruppenfreistellungsverordnungen ausgegangen werden kann. Vielmehr ist für diese Maßnahme darüber hinaus zu prüfen, ob eine Einzelfreistellung ebenfalls ausgeschlossen ist oder ihre Tatbestandsmäßigkeit gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV nicht aus sonstigen Gründen entfällt. Erst bei Verneinung des Vorliegens aller drei Konstellationen ist nämlich von einem Verstoß gegen das Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV mit der Konsequenz auszugehen, dass das maßgebliche Verhalten auf Basis des europäischen Kartellrechts unzulässig ist und die Konkurrenzsituation zum milderen nationalen Kartellrecht begründet wird.

## E. Der Entzug des Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung nach Art. 29 VO (EG) Nr. 1/2003

Obwohl das Kapitel IX. der VO (EG) Nr. 1/2003 die Überschrift „Freistellungsverord- 27 nungen“ trägt, werden in Art. 29 VO (EG) Nr. 1/2003 als der einzigen Bestimmung dieses Abschnitts weder allgemeine Regelungen zum Recht der Gruppenfreistellungsverordnungen noch – im Gegensatz zum ursprünglichen Entwurf der Kommission –<sup>34</sup> eine generelle

<sup>30</sup> EuGH 13.12.2012 – C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, Rn. 19 f. – Expedia.

<sup>31</sup> So Bechtold/Bosch/Brinker VO 1/2003 Art. 3 Rn. 19, der die Vorrangregel des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 unabhängig davon zur Anwendung bringen möchte, ob das europäische Recht eine strengere oder eine weniger strenge Rechtsfolge anordnet.

<sup>32</sup> So Sura in Bunte VO 1/2003 Art. 3 Rn. 16; Schneider in Bunte GWB § 22 Rn. 17, 19, 21; Stadler in Bunte AEUV Art. 103 Rn. 36; Reh binder in Immenga/Mestmäcker VO 1/2003 Art. 3 Rn. 28; Reh binder in Immenga/Mestmäcker GWB § 22 Rn. 18; Weiß in Calliess/Ruffert AEUV Art. 101 Rn. 17; Jung in Calliess/Ruffert AEUV Art. 103 Rn. 38; Vogel in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann GVO Allg. Rn. 44; Loewenheim in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann GWB § 22 Rn. 10; Schultze/Pautke/Wagener Vertikal-GVO Rn. 96; unter Berufung auf Art. 3 Abs. 3 VO Nr. 1/2003 idS Grave/Nyberg in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 38.

<sup>33</sup> Weiß in Calliess/Ruffert AEUV Art. 101 Rn. 17.

<sup>34</sup> Ost in Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann VerVO Art. 29 Rn. 1.

Ermächtigung zum Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen normiert oder eine Gruppenfreistellung vorgenommen. Einziger Regelungsgegenstand des Art. 29 VO (EG) Nr. 1/2003 ist vielmehr der Entzug des durch eine Gruppenfreistellungsverordnung vermittelten Rechtsvorteils der Gruppenfreistellung im Einzelfall.<sup>35</sup> Dabei sieht Art. 29 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003 die Möglichkeit des Entzugs durch die Kommission und Art. 29 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 eine solche durch die Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats vor. Der Anwendungsbereich des Art. 29 VO (EG) Nr. 1/2003 erstreckt sich nach seinem expliziten Wortlaut allein auf **von der Kommission** auf Basis von Ermächtigungsverordnungen des Rates in einem zweistufigen Rechtsetzungsverfahren **erlassene Gruppenfreistellungsverordnungen**. Insbesondere ratsunmittelbare Gruppenfreistellungsverordnungen sind daher nicht Gegenstand des Art. 29 VO (EG) Nr. 1/2003.<sup>36</sup>

- 28 Das Verhältnis zwischen unionsrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen und nationalem Kartellrecht wird durch Art. 29 VO (EG) Nr. 1/2003 insoweit berührt, als es zu einer Verteilung der Zuständigkeit zum Entzug des Rechtsvorteils zwischen der Kommission und den mitgliedstaatlichen Behörden kommt. Die in Art. 29 VO (EG) Nr. 1/2003 normierte Zuständigkeitsverteilung belässt der Kommission in jedem Fall die Zuständigkeit zum Entzug des Rechtsvorteils der Freistellung. **Konkurrierend** werden überdies die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden unter bestimmten Bedingungen zum Entzug des Rechtsvorteils der Freistellung berufen.<sup>37</sup> Dafür maßgebliches Kriterium ist der Umstand, dass die mit Art. 101 Abs. 1 AEUV unvereinbaren Wirkungen einer durch eine Gruppenfreistellungsverordnung freigestellten Maßnahme geografisch auf das Gebiet eines Mitgliedstaats oder ein Teilgebiet eines Mitgliedstaats begrenzt sind, das alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist. Die Wirkungen des Entzugs des Rechtsvorteils durch die für dieses Gebiet zuständige nationale Behörde beschränken sich dann ebenfalls auf dieses Gebiet.<sup>38</sup>

## F. Die Übernahme unionsrechtlicher Gruppenfreistellungsverordnungen in nationales Recht

- 29 Eine Übernahme unionsrechtlicher Gruppenfreistellungsverordnungen in mitgliedstaatliches Kartellrecht ist auf allen dem jeweiligen nationalen Recht zur Verfügung stehenden legislativen Wegen denkbar. Nicht zuletzt um einen Eindruck über die Vielfalt möglicher Regelungsansätze zu vermitteln, sollen im Anschluss kurz die deutsche und die österreichische Vorgangsweise einander gegenübergestellt werden. Der Blick auf das österreichische Kartellrecht zeigt außerdem, dass nicht allein gesetzgeberische Eingriffe, sondern ebenso in der Hand des Rechtsanwenders liegende Lösungen Einfallspforten für eine Einflussnahme der unionsrechtlichen Gruppenfreistellungsverordnungen auf das nationale Kartellrecht bilden können.

## I. Die entsprechende Geltung unionsrechtlicher Gruppenfreistellungsverordnungen nach § 2 Abs. 2 GWB

- 30 § 2 Abs. 1 GWB stellt Vereinbarungen von Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen unter bestimmten, Art. 101

<sup>35</sup> Zum Entzug der Freistellung vgl. auch → § 1 Rn. 80.

<sup>36</sup> So für ratsunmittelbare Gruppenfreistellungsverordnungen Sura in Bunte VO 1/2003 Art. 29 Rn. 3.

<sup>37</sup> Sura in Bunte VO 1/2003 Art. 29 Rn. 12.

<sup>38</sup> Bechtold/Bosch/Brinker VO 1/2003 Art. 29 Rn. 14; Traxlmayr in Burgstaller/Lettner, EU-KartR – GVO S. 629; Sura in Bunte VO 1/2003 Art. 29 Rn. 13.