

# Legalausnahmen und relative Doppelwirkung im neuen Europäischen Wettbewerbsnetz

von Prof. Dr. H. Herrmann, Nürnberg

---

## Überblick

I.	<u>Problemstellung</u> .....	1
II.	<u>Gesetzgebungsstand und Vereinbarkeit mit dem Primärrecht</u> .....	3
	1. VO 1/2003 und Prinzip der Legalausnahme (3)	
	2. Justiziabilität des Art. 81 Abs. 3 EGV und Rule of Reason (5)	
III.	<u>Gruppenfreistellung und Legalausnahme</u> .....	6
	1. Deklaratorische vs. Konstitutive Wirkung (6)	
	2. Doppelwirkung und konstitutive Relativierung (8)	
IV.	<u>Verfahrensrechtliche Netzwerkregeln</u> .....	9
	1. Entscheidungsspielraum der Unternehmen und Verbände? (9)	
	2. Vernetzung der Kartellbehörden und -gerichte (11)	
V.	<u>Fazit</u> .....	12

*Das neue Europäische Kartellrecht enthält als einen der herausragenden Bausteine einer materiellen Wirtschaftsverfassung die Abschaffung des behördlichen Freistellungsmonopols für wettbewerbsbeschränkende, aber gerechtfertigte Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensabstimmungen von Unternehmen und Unternehmensverbänden. Die damit bewirkte Dezentralisierung der Kartellfreistellung hat nicht nur die angestrebten Entlastungseffekte zur Folge, sondern es ergeben sich auch erhebliche Gefahren heterogener Einzelentscheidungen und Rechtsentwicklungen im „Netzwerk“ der einzelstaatlichen Kartellbehörden und Gerichte. Diesen wird im Folgenden mit besonderem Blick auf das System der Legalausnahmen als solches und die sog. Doppelwirkung bei Gruppenfreistellungen nachgegangen.*

## I. Problemstellung

Das europäische Kartellrecht hat fast ein halbes Jahrhundert parallel und z.T. sogar abweichend von den nationalen Kartellrechten bestanden. Die maßgebenden Artt. 81 f. EGV (vormals Artt. 85 f. EGV) traten, wie das deutsche GWB, im Jahr 1957 in Kraft, enthielten aber wesentliche Unterschiede. Beispielsweise war das Verbot wettbewerbsbeschränkender Verträge in Art. 81 Abs. 1 EGV von Anfang an auch als Verbot vertikaler Wettbewerbsabreden und abgestimmter Verhaltensweisen gefasst, während § 16 GWB noch

in der bis heute geltenden Fassung<sup>1</sup> für Ausschließlichkeitsbindungen, Koppelungen und dergl. lediglich die Verbotbarkeit i.S. des Missbrauchsprinzips vorsieht. Es konkurrierte also insoweit das Verbots- und das Missbrauchsprinzip. Auch war das deutsche Kartellverbot anfangs davon abhängig, dass die Parteien eines Kartellvertrages subjektiv wettbewerbsbeschränkte Absichten hatten, während Art. 81 Abs. 1 EGV allein auf objektiv beschränkende Wirkungen abstellte. Die deutsche Gegenstandstheorie war der europäischen Folgetheorie entgegengesetzt. Schließlich war auch abgestimmtes Verhalten schon viel länger nach dem Europarecht<sup>2</sup> als nach dem deutschen GWB<sup>3</sup> verboten. Schon immer kam dem Europarecht zwar ein Vorrang zu, wenn es um einen Sachverhalt mit zwischenstaatlichen Wirkungen ging, d.h. wettbewerbliche Auswirkungen in mehr als einem Mitgliedsland feststellbar waren. Aber das wurde anfangs noch recht eng ausgelegt<sup>4</sup>, so dass v.a. die Betroffenheit großer nationaler Märkte nicht ausreicht, auch wenn man von internationalen Marktzutrittschancen auszugehen hatte.<sup>5</sup>

Nachdem zahlreiche Einzelregelungen zur Vereinheitlichung der nationalen Rechte mit dem europäischen Kartellrecht erlassen und vielfältige Bemühungen unternommen wurden, die Geltung und Durchsetzung der Artt.81 f. EGV zu stärken, kam es am 1.5.2004 zur Großreform durch die VO 1/2003, die an diesem Tag in Kraft trat. Danach sind Geltungseinschränkungen i.S. des Art. 81 Abs. 3 EGV nicht mehr davon abhängig, dass die Kommission eine entsprechende Einzel- oder Gruppenfreistellung erteilt, sondern sie wirken kraft Gesetzes (*ipso jure*). Man kann darin einen wichtigen Baustein zur Evolution einer “materiellen Wirtschaftsverfassung” des Europarechts<sup>6</sup>, englisch: “new economic order of international law“<sup>7</sup> erkennen, da deren Hauptmerkmal in der direkten Anwendbarkeit europarechtlicher Grundnormen in den Mitgliedstaaten auch dann liegt, wenn nicht Normzwecke der Wettbewerbsfreiheit, sondern solche der erlaubten Wettbewerbsbeschränkung maßgebend sind.<sup>8</sup> Vorausgesetzt ist nur, dass sich ein sinnvoll zusammenwirkendes rechtliches, ökonomisches und soziales Gefüge ergibt. Ob und unter

<sup>1</sup> BGBl. 2004 I, 718; anders jetzt § 1 der 7. GWB-Novelle v.7.6.2004, Drs. BT 15/3640.

<sup>2</sup> EuGH – Slg. 1972, 619, 658 ff. – ICI; Slg. 1972, 713, 733 ff. – BASF.

<sup>3</sup> Jetzt ausdrücklich in § 1 GWB.

<sup>4</sup> Sog. Zweischranken-Lehre, vgl. – grdl. – EuGH Slg. 1969, 1, 13 ff.- Walt Wilhelm; V. Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl. 2001 S. 377. m.w.Nachw.

<sup>5</sup> S. jetzt aber Kom., ABl. 1988 L 65/19, 38 - Eurofix Bauco/Hilti -; Immenga/Mestmäcker/*Rehbinder* Einl. E, RdNr. 28 m.w.Nachw.

<sup>6</sup> *Mestmäcker/Schweizer*, Europ. Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 2 IV, S. 54 ff.

<sup>7</sup> *Jones/Surfin*, EC Competition Law, 2nd. Ed. 2001 S. 89

<sup>8</sup> *Herrmann*, in Brüsseler Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, hrsg. F. Säcker, Art. 81 EGV-Sonderbereiche, Versicherungswirtschaft, Rdn. 4; *ders.*, Fschr. Schirmer, i. Erscheinen; ähnlich schon *K.Schmidt*, BB 2004, 1237, 1238.

welchen Voraussetzungen man dies von den neuen Legalausnahmen und deren Zusammenwirken mit den Gruppenfreistellungsverordnungen sagen kann, soll im Folgenden näher untersucht werden.

Folgende Untersuchungsschritte erscheinen zweckdienlich: nach kurzer Kennzeichnung des Gesetzgebungsstandes der VO 1/2003 wird das Prinzip der Legalausnahmen im Gegensatz zum bisherigen Regime der Einzelfreistellungen vorgestellt (II.1). Es folgt die Darstellung und Beurteilung des Meinungsstreits zur Vereinbarkeit der VO 1/2003 mit dem Primärrecht des EGV, wobei der Fokus auf rechtsvergleichende Aspekte des US-amerikanischen Antitrustrechts gelegt wird (II.2). Auf der Grundlage dieser Erwägungen wird die Fortgeltung der Gruppenfreistellungsverordnungen im Meinungsspektrum deklaratorischer und konstitutiver Wirkungen diskutiert (III.1), und dabei die Grundzüge der relativierenden Doppelwirkungslehre entwickelt (III.2). Den Abschluss bilden verfahrensrechtliche Netzwerkregeln, allem voran die Lehre vom Entscheidungsspielraum der Unternehmen und Verbände bei der sog. Selbstveranlagung (III.1). Die weiteren Vernetzungsregeln werden getrennt nach administrativen und judikativen Funktionen erörtert (III.2/3).

Nicht bezweckt ist, die dogmatische und ökonomische Struktur des neu verfassten Systems zu analysieren. Einigkeit besteht darin, dass die europäische Direktwirkung keineswegs auf die Wettbewerbsvorschriften begrenzt ist, sondern dass sie neben der Wettbewerbsfreiheit ganz wesentlich auch die weiteren Grundfreiheiten des EGV, wie die Warenverkehrs-, Dienstleistungs-, Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit mit umfasst. Zwar haben die Wettbewerbsvorschriften einen notwendig hohen Stellenwert, doch ist die europäische Wirtschaftsverfassung nicht von Anfang an auf ein bestimmtes Wettbewerbs- oder Sozialmodell festgelegt.<sup>9</sup> Es wird im weiteren Verlauf der Entwicklung herausgebildet. Erst wenn dieser Vorgang weiter vorangekommen ist, werden systematisierende Untersuchungen dazu möglich. Hier seien sie deshalb ausgeblendet.

## **II. Gesetzgebungsstand und Vereinbarkeit mit dem Privatrecht**

---

<sup>9</sup> *Mestmäcker/Schweizer*, Europ. Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 2 IV, Rdn. 30 ff.; *Müller-Graf*, EurR, Beiheft 1, 2002, S. 21 ff.

1. VO 1/2003 und Prinzip der Legalausnahme: In ihrem Weißbuch von 1999 zur Modernisierung der kartellrechtlichen Behördenpraxis<sup>10</sup> hat die Kommission eine ausführliche Übersicht über ihre bisherige Praxis zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts gegeben und dazu die folgenden wesentlichen Beurteilungsgründe vorgetragen: das bisherige Freistellungsmonopol der Kommission sei zwar ein wirkungsvolles Instrument zur Herausbildung einer europäischen Wettbewerbskultur gewesen. Dennoch könne und müsse es künftig abgeschafft werden, weil

- die europäische Wettbewerbspolitik sei mittlerweile hinreichend etabliert;
- die europäischen Märkte seien aufgrund der Wirtschafts- und Währungsunion enger zusammengerückt;
- die Masse der Freistellungsverfahren überlastete die Kommission, so dass sie daran gehindert sei, sich auf die wesentlichen Fälle zum Schutz des Wettbewerbs zu konzentrieren;
- durch die Osterweiterung sei die Überlastungsproblematik nochmals wesentlich verschärft worden.

Trotz heftiger Kritik an den Thesen des Weißbuchs trat mit der VO 1/2003 an die Stelle der Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EGV das System der Legalausnahmen. Während es bislang zwar erforderlich war, aber nicht ausreichte, dass eine Kartellverbotsverletzung i.S. Art. 81 Abs. 1 EGV die Tatbestandsmerkmale des Freistellungstabestandes in Abs. 3 erfüllte, sondern zusätzlich eine Anmeldung und ein Unterbleiben des behördlichen Widerspruchs erfordert wurde, bestimmt nunmehr Art. 2 Abs.1 VO 1/2003:

„Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen i.S. von Art. 81 Abs. 1 EGV, die die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV erfüllen, sind nicht verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf“.

Die Beweislast für eine Verletzung des Abs. 1 wird in Art. 2 VO der Partei auferlegt, die diesen Vorwurf erhebt. Für die rechtfertigenden Umstände nach Abs. 3 sollen die an den betr. Kooperationen beteiligten Unternehmen und Verbände beweispflichtig sein.<sup>11</sup> Auch dies war bisher anders, soweit eine Einzelfreistellung von der Kommission verweigert und dies gerichtlich überprüft wurde; denn hierfür galten die prozessualen Bestimmungen des Verwaltungsverfahrens und Verwaltungsprozesses, die die sog. Amtsmaxime vorsehen, d.h. es mussten von der Behörde zuerst sämtliche Erkenntnismöglichkeiten auch zugunsten des Betroffenen ausgeschöpft werden. Einen Beibringungsgrundsatz der Parteien gab es nicht.

<sup>10</sup> Weißbuch über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag - Arbeitsprogramm der Kommission Nr. 99/027, Tz. 45, 50.

<sup>11</sup> Zu Einschränkungen wegen der Sphärentheorie s. *Hirsch*, ZWeR 2003, 333, 242; MünchKomm/Herrmann, Art. 81 Versicherungen, Rdn.7.

**2. Justiziabilität des Art. 81 Abs. 3 EGV und Rule of Reason.** Einer der tragenden Gründe<sup>12</sup> für die Primärrechtsverletzung ging dahin, dass Artt. 1 und 6 VO 1/2003 die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 3 EGV vorsehen, obgleich die Beurteilung der weit gefassten Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift zwingend mit einem behördlichen Entscheidungsspielraum verbunden sei. Die komme auch im Wortlaut zum Ausdruck<sup>13</sup> und sei v.a. deshalb zweckgerecht, weil die Beurteilung von Verbesserungen der Warenerzeugung oder die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts unter angemessener Beteiligung der Verbraucher im Kern auf Prognosen über die künftige Entwicklung beruhen.<sup>14</sup> Damit zusammenhängend würde den Unternehmen die Befugnis zu einer Art Selbstveranlagung zugebilligt, die sie in die Lage versetze, Vorteile einer ungerechtfertigten Wettbewerbsbeschränkung zu erzielen, obgleich die Verletzung des Art. 81 Abs.1 EGV eine Vermutung der Rechtswidrigkeit begründe.<sup>15</sup>

Die Kommission und die Befürworter der VO haben demgegenüber betont, dass Art. 81 Abs. 3 EGV jedenfalls keinen Ermessensspielraum eröffne, und dass die Beurteilungsspielräume der unmittelbaren Anwendbarkeit nicht entgegen stünden.<sup>16</sup> Insbes. sei auch das Machtmissbrauchsverbot Art. 82 EGB mit erheblichen Beurteilungsspielräumen zu Marktverdrängungsgefahren, Gefahren der Marktzutrittsbehinderung und dergl. verbunden, ohne dass deshalb die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschrift auch nur umstritten sei.<sup>17</sup> Auch werde das Schutzniveau des Art. 81 EGV nicht abgesenkt, sondern eher angehoben, da die Unternehmen nunmehr auf eigenes Risiko beurteilen müssten, ob eine Kartellverbotsverletzung nach Abs. 3 gerechtfertigt sei.<sup>18</sup>

Auch wenn derzeit noch offen ist, ob und wie der EuGH die Fragen beurteilen wird, lässt sich feststellen, dass jedenfalls keine Rückkehr zum Missbrauchsprinzip vorliegt. Das beweist besonders deutlich der Rechtsvergleich mit der rule of reason US-amerikanischen Rechts. Diese stellt bekanntlich ebenfalls eine Ausnahme zum Kartellverbot (sec. 1 Sherman Act)<sup>19</sup>.

---

<sup>12</sup> Nicht mehr aufrechterhalten scheint der Vorwurf, die VO stelle eine Art Rückkehr zum Missbrauchsprinzip dar, das in Artt. 81 f. zugunsten des Verbotsprinzips überwunden ist; so noch *Mestmäcker*, EuZW 1999, 523, 525; zum neueren Diskussionsstand s. GK-Schütz, VO 1/2003 Einführung, Rdn. 28.

<sup>13</sup> Art. 81 Abs. 3: „für nicht anwendbar erklärt werden.“

<sup>14</sup> *Mestmäcker*, EuZW 1999, 523 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, a.a.O. § 13 Rdn. 15.

<sup>15</sup> *Fikentscher*, WuW 2001, 446, 448, 450 f.; ähnlich *Mestmäcker*, WuW 2000, 683.

<sup>16</sup> Kommission, VO-Vorschlag, KOM (2000) 582 endg., Begründung II.B.

<sup>17</sup> *Ehlermann*, 37 CMLRev. (2000) 537, 557.

<sup>18</sup> Kommission, XXIX. Wettbewerbsbericht, Tz. 30 ff.; vgl. GK-Schütz, VO 1/2003, Einführung, Rdn. 41 m.w.Nachw.

<sup>19</sup> V. 1890, i.d.F. v. USCA

Zwar wurden die Fallgruppen der rule of reason von der Rspr. entwickelt<sup>20</sup>, so dass man insoweit nicht von einer Legalausnahme sprechen kann. Auch ist ihr Anwendungsbereich teils enger, teils weiter als der des Art. 81 Abs. 3 EGV. Doch ist Geltung vom EuGH auch unlängst wieder anerkannt worden<sup>21</sup>, obgleich auch insoweit eine Ausnahme vom Kartellverbot vorliegt, die unabhängig von einer behördlichen Freistellungsentscheidung wirkt. Auch sind für die Anwendung der rule of reason größtenteils ähnlich offene prognostische Fragen zu beurteilen wie zu Art. 81 Abs. 3 EGV, ohne dass deshalb die Grenzen der rechtsstaatlicher Verfolgung von Kartellverbotverletzungen überschritten erscheinen.

Hinzu kommt, dass auch die von den Gegnern des Systems der Legalausnahmen befürchtete Aufweichung des Kartellverbots zum Vorteil verbotswidrig handelnder Unternehmen rechtsvergleichend nicht bestätigt wird. Unstr. tragen die Unternehmen die Darlegungs- und Beweislast für alle Umstände, die zur Anwendung des Art. 81 Abs. 3 EGV führen.<sup>22</sup> Man kann also durchaus von einer Vermutung der Rechtswidrigkeit sprechen, sofern Art. 81 Abs. 1 verletzt ist. Im U.S.-amerikanischen Antitrustrecht kommt eine entsprechende Vermutung sogar nur bei Verletzung der sog. per-se-Tatbestände in Betracht; und dennoch kann die Durchsetzung des Kartellverbots ohne verwaltungsbehördliche Einzelfallbeurteilung in den USA nicht als uneffektiv zu bezeichnet werden. Letztlich sprechen deshalb die besseren Gründe für die Annahme, dass die VO 1/2003 in Einklang mit dem Primärrecht steht.

### III. Gruppenfreistellung und Legalausnahme

**1. Deklaratorische vs. konstitutive Wirkung.** Zur Frage der Fortgeltung der Gruppenfreistellungen im Allgemeinen und der GVO-Versicherungen im Besonderen überwiegen inzwischen bereits die bejahenden Stimmen, wobei sogar zumeist eine konstitutive Wirkung angenommen wird. Dabei sollen zweierlei Bindungswirkungen zu unterscheiden sein:

- die Beweislast der Unternehmen und Verbände soll sich im Verfahren einer Abstellungsverfügung i.S. Art. 7 VO 1/2003 auf die Umstände beschränken, die die Freistellungsvoraussetzungen und das Fehlen von Kernbeschränkungen<sup>23</sup> angehen;
- nationale Behörden und Gerichte können sich über die GVO nicht hinwegsetzen, weil sie meinen, die Voraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV seien dort unzureichend

<sup>20</sup> Grdl. Chicago Board of Trade vs. U.S., 246 U.S. 231, 38 S.Ct. 242 (1918); zur Entwicklung rechtsvergleichend *Ackermann*, Die Rule of Reason, 1997.

<sup>21</sup> EuGH Rs. C-309/99, Slg. 2002 I, 1577; NJW 2002, 877 Wouters 2002.

<sup>22</sup> Anders nur bei Anwendbarkeit einer der GVOen; dazu näher unten zu III.

<sup>23</sup> Ehemals: schwarze Klauseln.

berücksichtigt. Dafür kommt allenfalls eine Vorlage an den EuGH gem. Art. 234 Abs.1 EGV in Betracht.

Die Gegenansicht geht dahin, dass die VO 1/2003 nicht nur die Einzelfreistellung i.S. der VO 17 abgeschafft habe, sondern mit der Betonung der Legalausnahme gem. Artt. 1, 6 jegliche Freistellungswirkung alten Rechts habe beseitigen wollen. Auch sei bei unmittelbarer Geltung des Art. 81 Abs. 3 EGV eine konstitutive Wirkung von Freistellungen „logisch nicht möglich“<sup>24</sup>, da nicht freigestellt werden könne, was ipso jure von der Anwendung des Kartellverbots ausgenommen sei. Den GVOen komme deshalb lediglich noch die Wirkung eines unverbindlichen Negativattests zu.<sup>25</sup>

Mit Recht ist demgegenüber darauf hingewiesen worden, dass es bei dem Verhältnis der VO 1/2003 zur Art. 81 Abs. 3 EGV nicht um die Konkurrenz von Gesetz und Einzelverfügungen, sondern um die von Gesetzen mit partiell verschiedenen Inhalten geht. Da die Verordnungsbefugnis durch die genannte primärrechtliche Grundlage und die Ratsverordnung v. 31.5.1991<sup>26</sup> unstr. gesichert ist, sind kompetenzrechtliche Einwände gegenstandslos.<sup>27</sup> Zwar schließt dies nicht Bedenken wegen systematischer Unstimmigkeit aus, doch ist die Konkretisierung von Legalausnahmen im Wege von GVOen geradezu nicht nur nicht systemwidrig, sondern konsistent, da der erörterte Beurteilungsspielraum der Kommission auf diese Weise vorsehbar festgelegt wird. Im Verhältnis der VO 1/2003 und der GVOen ergibt sich ein gewisser „Gleichlauf“.<sup>28</sup> Aber die Konkretisierungen der GVOen sind insbes. mit Blick auf die genannte Verschiebung Beweislast konstitutiv wirksam.

Für das Rangverhältnis beider gesetzlicher Regelungen lässt sich festhalten, dass die GVOen nichts anderes sind als spezielle Legalausnahmen, die denen des Art. 81 Abs. 3 EGV mit verdrängender Wirkung vorgehen. Sie betreffen den selben Bereich von Wettbewerbsbeschränkungen und regeln übereinstimmende, aber mehr oder weniger konkrete Rechtfertigungsgründe. Soweit diese miteinander nicht in Einklang stehen, geht die speziellere Regel vor, d.h. die betr. GVO gelangt allein zur Anwendung. Allerdings kann der Vorrang dadurch beseitigt werden, dass der EuGH – ggfls. im Wege der Vorlage eines

<sup>24</sup> So *Harte-Bavendamm/Kreutzmann*, WRP 2003, 682, 687.

<sup>25</sup> *Deringer*, EuZW 2000, 5, 7f.; ähnlich *Bechtold*, BB 2000, 2425, 2426, der aber die Vermutungswirkung doch bejaht.

<sup>26</sup> VO 1534/91 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrages auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen im Bereich der Versicherungswirtschaft, ABl. 1991 Nr. L 143/1.

<sup>27</sup> Vgl. *Wagner*, WRP 2003, 1369, 1376 f.

<sup>28</sup> *Wagner*, WRP 2003, 1369, 1377.

nationalen Gerichts gem. Art. 234 Abs.1 EGV – den kollidierenden Teil der GVO für nichtig erklärt. Dann kommt mangels fortbestehender Kollision Art. 81 Abs. 3 EGV uneingeschränkt zur Geltung.

Immer noch bleibt aber zu beachten, dass der Kommission nach umstrittener, aber wohl überwiegender Ansicht bei Erlass der GVOen - ebenso wie bei den früheren Einzelfreistellungen – ein Beurteilungsspielraum zu den Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EGV zusteht, der sich freilich innerhalb des primärrechtlichen Rahmens des Art. 81 (3) EGV zu bewegen hat<sup>29</sup>. Auch darin kann man eine konstitutive Wirkung der GVOen erkennen.

**2. Doppelwirkung und konstitutive Relativierung.** Demzufolge ist zwar letztlich immer Art. 81 (3) EGV maßgebend, doch hat man mit der Fortgeltung der GVOen eine sog. Doppelwirkung<sup>30</sup> etabliert. Rechtsdogmatisch ist damit weit mehr als nur die im Vorigen geschilderte Beweiswirkung gegeben. Denn die GVO und die mit ihr bewirkte Freistellung treten an die Stelle des Art. 81 (3) EGV, sofern sie nicht mit Wirkung für alle oder einzelne Kartellbeteiligten nach Art. 10 Versicherungs-GVO entzogen wird. Es handelt sich also um eine im deutschen Recht bisher ungewohnte Mischform hoheitlicher Aktionstypen mit Elementen der abstrakt generellen Regelung i.S. der o. (III.1) erwähnten lex im materiellen Sinn und mit solchen der Einzelverfügung. Denn nach traditioneller Lehre kann man die Geltung eines Gesetzes nicht nachträglich mit Wirkung für einen Einzelfall beschränken. Darauf wird man sich aber künftig einzustellen haben, zumal der deutsche Gesetzgeber sich mit der Übernahme der GVOen ins GWB nach dessen § 2 Abs. 2 ebenfalls für diese Lösung entschieden hat.

Zur näheren dogmatischen Einordnung sei zunächst darauf hingewiesen, dass die Entziehung nach den GVOen<sup>31</sup> die Freistellung nicht notwendig für alle Kooperationsbeteiligten, sondern nur für diejenigen beseitigt, die an der Bewirkung überschießender Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt sind.<sup>32</sup> Es handelt sich also bei der Gruppenfreistellung um gegenüber Art. 81 Abs. 3 EGV spezielle gesetzliche Regelung mit potentieller

<sup>29</sup> *Wagner* WRP 2003, 1369, 1377.

<sup>30</sup> *K. Schmidt* BB 2003, 1237, 1241; *Wagner* WRP 2003, 1369, 1377; *Kipp*, Festschrift für Martitz, 1911, 209, 211.

<sup>31</sup> Z.B. Art. 10 VersicherungsGVO 358/2003.

<sup>32</sup> GK-Hootz, VO 358/2003 Art. 10, Rdn. 5; MünchKomm-Herrmann, Art. 81, Versicherungs-GVO, Rdn. 83 m.w.Nachw.



Relativierung durch Entzugsverfügung. Eine solche Gesetzeseinschränkung durch Einzelverfügung ist auch im deutschen Recht nicht ohne Beispiel. Man denke nur an die Aufhebung einer Ampelvorfahrt im Straßenverkehr durch Weisung eines Verkehrspolizisten gem. § 36 Abs. 1 StVO. Ist neben der Ampel auch noch ein Vorfahrtsschild angebracht, so sind die Doppelwirkungen sinnfällig. Zwar sind sowohl das Verkehrsschild als auch die Ampel nach h.M.<sup>33</sup> als Allgemeinverfügung zu verstehen, doch wird mit der Vorrangregel des § 36 nicht nur die Rechtswirkungen des Verkehrsschildes und der Ampel selbst, sondern auch die der ihr zugrunde liegenden Anordnungen der Verkehrsbehörde eingeschränkt. Diese ist in der Literatur<sup>34</sup> zu Recht als Rechtsnorm eingeordnet worden, d.h. – folgt man dieser Ansicht – der materiellen Gesetzgebung ebenso zugehörig wie die GVOen des europäischen und deutschen Kartellrechts.

Aber man braucht auf diesen Meinungsstreit gar nicht näher einzugehen, um die Entzugswirkung im Rahmen der Doppelwirkungslehre zu begründen. Denn was für die Entziehungswirkung bei Allgemeinverfügungen gilt, kann ebenso für Rechtsverordnungen anerkannt werden. Geht es doch allein darum, die für einen mehr oder weniger unbestimmten Personenkreis allgemein oder generell angeordneten begünstigenden Wirkungen mit Wirkung ex nunc für Einzelne aufzuheben. Dass dies möglich und in einem modernen auf Massenverkehr eingestellten Ordnungsrecht auch notwendig ist, zeigt das Straßenverkehrsrecht deutlich genug.

Zusammenfassend kann man der GVO also eine Doppelwirkung neben Art. 81 Abs. 3 zuerkennen, die im Wege der Entzugsverfügung der Kommission oder der nationalstaatlichen Wettbewerbsbehörden potentiell relativierbar ist. Hierin scheint ein nur im Kartellrecht neuartiges Instrument gemischter gesetzlicher und einzelaktlicher Regulierung rechtlich ausdifferenziert, das der Bewältigung von Verwaltungslasten im Netzwerk europäischer Kartellbehörden dient.

#### **IV. Verfahrensrechtliche Netzwerkregeln**

**1. Entscheidungsspielraum der Unternehmen und Verbände?** Mit der Fortgeltung der Gruppenfreistellung stellt sich als weiteres mehr verfahrensrechtliches Problem das des

---

<sup>33</sup> Vgl. nur BVerfG NJW 1965, 2395; *Jagusch/Hentschel*, Straßenverkehrsrecht, 34. Aufl. 1997, § 41 StVO, Rdn. 247 m.w.Nachw.

<sup>34</sup> *Obermayer*, NJW 1980, 2386

Beurteilungsspielraums. Ein solcher wird der Kommission nicht nur bei der Einzelfreistellung, sondern auch bei Anwendung der GVOen unstr. zugestanden. Daneben bestand aber bislang die Möglichkeit, nicht nach der GVO mögliche Freistellungen durch Einzelantrag freigestellt zu bekommen. Da diese Alternative jetzt weggefallen ist, und an ihre Stelle die Legalausnahme des Art. 81 Abs. 3 EGV getreten ist, hat man gefragt, ob den Unternehmen und Verbänden eine Befugnis zur Selbstveranlagung zukommt, und ob diese notwendig mit dem gleichen Entscheidungsspielraum gegeben sein muss, wie er der Kommission bei der Einzelfreistellung zugekommen wäre.<sup>35</sup> Dafür wird v.a. angeführt, dass Art. 81 Abs. 3 EGV mit den erwähnten Problemen der Unbestimmtheit belastet ist. Es könne den Unternehmen und Verbänden nicht zugemutet werden, sozusagen auf eigenes Risiko über die Fragen der Kartellfolgen für den technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt mit Verbraucherbeteiligung und über deren Abwägung mit den Nachteilen der Wettbewerbsbeschränkung zu entscheiden. Der bisher für die Kommission geltende Beurteilungsspielraum müsse deshalb uneingeschränkt auf die Betroffenen übertragen sein (sog. Spielraumlehre<sup>36</sup>).

*Dreher/Thomas* haben das Problem bisher mehr mit Blick auf die nicht von Gruppenfreistellungen berührten Bereiche analysiert. Dazu lässt sich aber noch ein weiteres Argument für die Spielraumlehre anfügen: Mit den Gruppenfreistellungen war nicht bezweckt, die in diesem Bereich früher möglichen Einzelfreistellungen zu erschweren. Zwar wurde aus der Kommission gelegentlich die Ansicht geäußert, dass sie bei Nichtanwendbarkeit der GVOen nur noch aus besonders gravierenden Gründen eine Einzelfreistellung aussprechen werde.<sup>37</sup> Doch ist diese Ansicht zu Recht damit bekämpft worden, dass sie zur Erschwernis von Einzelfreistellungen führen würde, und dass der Kommission dazu keinerlei Kompetenz übertragen worden sei.<sup>38</sup> Eine solche Kompetenz wäre aber auch die Folge, wenn Einzel-Legalausnahmen strenger als Gruppenfreistellungen behandelt würden.

Gleichwohl wird man den betroffenen Unternehmen und Verbänden nicht generell einen Beurteilungsspielraum zubilligen dürfen. Dagegen steht nicht nur, dass sie insoweit wie

---

<sup>35</sup> Bejahend *Dreher/Thomas*, WuW 2004, 8, 16 f.

<sup>36</sup> MünchKomm-Herrmann, GVf= 358/2003 Rdn. 7 ff.

<sup>37</sup> Groeben/Thiesing/Ehlermann/Schumm, Art. 85 Fallgruppen Vers., Rdn. 32, *Vernimmen*, VW 1993, 559, 563.

<sup>38</sup> GK-Hootz, VO 358/2003, Art. 1 Rdn. 65; *Bunte*, VR 1995, 8; Prölss/Kollhosser, § 81 VAG Anh.II, Rdn. 36; zustimmend MünchKomm-Herrmann, VO 358/2003, Rdn. 5.

„Richter in eigener Sache“ urteilen dürften<sup>39</sup>, sondern es ergibt sich auch aus einer systematisierenden Betrachtung kartellrechtlicher Beurteilungsspielräume Privater. Diese sind im Bereich der sog. Geltungsausnahmen für Private mit öffentlichen Aufgaben und Funktionen reserviert, die meist als Verbände besonders anerkannt sind.<sup>40</sup> Der EuGH hat dies zuletzt im Fall *Arduino* mit dem Vorbehalt bestätigt, dass dem Staat nur eine Art Letztentscheidungsrecht über die betr. Wettbewerbsbeschränkung verbleibt, die aber den Entscheidungsspielraum für die betr. Einrichtung mit öffentlicher Aufgabenwahrnehmung nicht vollständig beseitigt.<sup>41</sup> Will man keinen Wertungsbruch mit diesem Fallrecht in Kauf nehmen, so kommt ein Beurteilungsspielraum nur bei Anerkennung öffentlicher Verbandsaufgaben<sup>42</sup> und bei staatlichem Letztentscheidungsrecht in Betracht. Da jedenfalls Letzteres auf Versicherungskooperationen i.S. der GVO 358/2003 nicht zutrifft, kann der Spielraumlehre insoweit nicht zugestimmt werden.

**2. Vernetzung der Kartellbehörden und –gerichte.** Die VO 1/2003 schafft ein Netzwerk paralleler Zuständigkeiten europäischer und nationaler Wettbewerbsbehörden und –gerichte, das die Kommission in ihrer Bekanntmachung über die Zusammenarbeit innerhalb des Netzes der Wettbewerbsbehörden als „Europäisches Wettbewerbsnetz“ bezeichnet hat.<sup>43</sup> Aus der VO 1/2003 sind dazu folgende Regelungen hervorzuheben.

Art. 11 Abs. 3 VO sieht vor, dass die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten die Kommission schriftlich vor Beginn oder unverzüglich nach Einleitung der ersten förmlichen Ermittlungen unterrichten, wenn sie aufgrund von Artt. 81 f. EGV tätig werden. Nach Abs. 4 ist die Kommission zudem spätestens 30 Tage vor Erlass einer Entscheidung zu unterrichten, welche das Abstellen einer Zuwiderhandlung anordnen soll, Verpflichtungszusagen angenommen werden oder der Rechtsvorteil einer Gruppenfreistellung entzogen wird. Gem. Abs. 6 kann die Kommission dann die Sache durch Einleitung eines eigenen Verfahrens an sich ziehen. Dafür sind die Grundsätze der Fallverteilung maßgebend, die in der Bekanntmachung über die Zusammenarbeit<sup>44</sup> näher geregelt sind. Dort wird ein neues Zuständigkeitsinstitut vorgesehen: die „gute Eignung“, sich eines Falles anzunehmen, d.h. es

<sup>39</sup> *Wagner*, a.a.O. S. 66; *GK-Schütz*, VO 1/2003, Art. 1 Rdn. 18 und Art. 23 Rdn. 16 Abs. 2; warnend auch *Röhling*, GRUR 2003, 1019, 1020.

<sup>40</sup> *Herrmann*, Interessenverbände und Wettbewerbsrecht, 1984, S. 232 f., 319 ff.

<sup>41</sup> EuGH v. 19.2.2002, Rs. C-35/99 *Arduino*, Slg. 2002 I, 1529; NJW 2002, 882; zum verbleibenden Entscheidungsspielraum vgl. *Eichele/Happe*, NJW 2003, 1214.

<sup>42</sup> Bejahend für Mittelstandskartelle und dergl. *Leßmann*, Die öffentlichen Aufgaben und Funktionen privatrechtlicher Wirtschaftsverbände, 1978, S. 328 f..

<sup>43</sup> ABl. 2004 C 101/43; dazu *Schnelle/Bartosch/Hübner*, Das neue EU-Kartellverfahrensrecht, 2004, Rdn. 69 ff.

<sup>44</sup> S.o. Text mit voriger Fn., Tz.6.

kommt nicht mehr allein, wie im bisherigen Deliktsrecht auf Fragen des Tatort- oder Auswirkungsprinzips, sondern auch darauf an, von welcher Stelle aus die Zuwiderhandlung am besten beendet werden kann.

Zur Kollision mit nationalen Rechten ist zunächst zu sagen, dass diese, wie auch im Allgemeinen, nicht ein Verhalten in Frage stellen können, das in vollem Umfang einem der Freistellungstatbestände der GVO unterfällt. Demnach dürfte schon nach einhelliger Ansicht zum alten Recht keine Widerspruchsverfügung ergehen, wenn eine Vereinbarung, ein Beschluss, oder eine abgestimmte Verhaltensweise in vollem Umfang die Freistellungsvoraussetzungen einer GVO erfüllt.<sup>45</sup> Entsprechend wird man zu nach neuem Recht zu urteilen haben, so dass keine Abstellungsverfügung gem. § 32 Abs. 1 GWB ergehen darf, wenn ein nach einer GVO zulässiges Verhalten vorliegt.

Anders muss es nur bei der Entzugsverfügung (z.B. gem. Art. 10 Versicherungs-GVO) liegen, da diese nach § 2 Abs.2 GWB ebenfalls entsprechend gilt, und damit das BKartA zum Entzug ermächtigt, auch wenn die Kommission eine solche Entscheidung nicht getroffen hat. Liegt jedoch eine Entzugsverfügung der Kommission vor, und wird diese dann im Wege der Nichtigkeitsklage angefochten, so führt Art. 16 Satz 2 VO 1/2003 zur Unzulässigkeit der nationalen Entzugsverfügung. Entsprechendes gilt nach Art. 11 Abs. 6, wenn die Kommission ein Verfahren zum Erlass einer Entscheidung erst eröffnet hat. Ist die nationale Verfügung bereits angeordnet aber vor einem nationalen Gericht angefochten worden, so muss das Verfahren hier ausgesetzt werden (Art. 16 Abs. 1 VO 1/2003). Die Vorgreiflichkeit der Kommissionsverfügung gilt sogar dann, wenn das europäische Gericht nach Art. 242 S.2 EGV den Suspensiveffekt angeordnet hat.<sup>46</sup>

## V. Fazit

Die Untersuchung hat ergeben, dass das neue System der Legalausnahmen nicht nur primärrechtlich nicht zu beanstanden ist, sondern dass es auch hervorragend mit der Errichtung eines europäischen Netzwerkes der Kartellbehörden und –gerichte zusammen passt. Die Großreform des europäischen Kartellrechts ist deshalb – neben der Zuordnung zur

---

<sup>45</sup> Langen/Bunte/*Malitius* § 102 RdNr. 61; *Kahlenberg* WuW 1994, 985, 1000; Immenga/Mestmäcker/*Veelken* GVO 1992, Teil H RdNr. 16 m.w.Nachw.

<sup>46</sup> *Hirsch*, ZWeR 2003, 233, 248.

materiellen Wirtschaftsverfassung – auch als neues Wirtschaftsrecht i.S. der Programmatik dieses Diskussionsforums einzuordnen.