

gen (Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Sturhahn Rn. 15). Die sich aus einer Gruppenfreistellungsverordnung ergebende Freistellungswirkung tritt allein durch die Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung selbst ein. Verordnungen iSv Art. 288 Abs. 2 wirken direkt und unmittelbar. Die Freistellungswirkung tritt ein, ohne dass nach dem bisherigen Verständnis unter der VO 17/62 eine Anmeldung der Vereinbarung durch die Vertragsparteien bei der Kommission vorliegen müsste und ohne dass die Kommission eine Erklärung abzugeben bräuchte (EuGH Slg. 1976, 111 Rn. 12 = GRUR Int 1977, 31 – Fonderies Roubaix). Alle Vereinbarungen, die unter eine Gruppenfreistellungsverordnung subsumiert werden können, sind automatisch **ipso jure** vom Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 freigestellt. Für sie gilt nicht die Nichtigkeitsfolge des Art. 101 Abs. 2. In ihren Wirkungen entsprechen Gruppenfreistellungsverordnungen daher **Legalausnahmen**. In jedem Einzelfall ist lediglich zu prüfen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der jeweils einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnung vorliegen. Nicht erforderlich ist jedoch eine Prüfung, ob die Freistellungsvoraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 im Einzelfall erfüllt sind. Diese Prüfung kann unterbleiben, weil die Kommission mit dem Erlass der Gruppenfreistellungsverordnung deutlich gemacht hat, dass sie bei den gruppenfreigestellten Vereinbarungen grds. von einer Vereinbarkeit mit Art. 101 Abs. 3 ausgeht. Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen der einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnung vor, tritt die Freistellungswirkung deshalb selbst dann ein, wenn die Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 tatsächlich nicht vorliegen. Die Kommission hat lediglich die Möglichkeit, gemäß Art. 29 Kartellverfahrens-VO die Freistellungswirkung im Einzelfall durch einen Beschluss iSv Art. 288 Abs. 4 zu **entziehen**. Gruppenfreistellungen bewirken nicht rechtsgestaltend eine Freistellung, sondern stellen nur **deklaratorisch** unwiderleglich fest, dass die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 erfüllt sind (Bechtold BB 2000, 2425; K. Schmidt BB 2003, 1237).

c) Anwendung der Art. 101, 102 auf einzelne Wirtschaftszweige. Nach Art. 103 Abs. 2 lit. c ist der Rat berechtigt, den Anwendungsbereich der Art. 101, 102 für die **einzelnen Wirtschaftszweige** näher zu bestimmen. Die Vorschrift unterscheidet sich inhaltlich und in ihrer Reichweite deutlich von Art. 42, wonach die Wettbewerbsvorschriften auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen nur insoweit anwendbar sind, als der Rat dies unter Berücksichtigung der Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik bestimmt. Art. 103 Abs. 2 lit. c sagt dagegen nur, dass der Rat berechtigt ist, den Anwendungsbereich der Art. 101, 102 für einzelne Wirtschaftszweige näher zu bestimmen. Es ist deshalb ausgeschlossen, dass Art. 101, 102, so wie zB für die Landwirtschaft, für bestimmte Wirtschaftszweige, für die im Vertrag selbst keine ausdrückliche Ausnahmeregelung vorgesehen ist, **vollständig** oder zumindest weitreichend vom Anwendungsbereich der Art. 101, 102 **auszunehmen** (von der Groeben/Schwarze/Hatje/Schröter Rn. 48; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann/Sturhahn Rn. 16). Es ist lediglich zulässig, Einzelheiten bei der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften auf einen spezifischen Wirtschaftsbereich zu konkretisieren und näher festzulegen. Der Rat hat nur für den Bereich der **Landwirtschaft** eine ausdrückliche **Sonderregelung** geschaffen, ursprünglich durch VO 26/62, nunmehr durch VO 1308/2013 (insbes. Art. 206ff.) ist die Anwendbarkeit des Art. 101 auf die Landwirtschaft erheblich eingeschränkt. Vgl. zur Sonderregelung des Art. 106 Abs. 2 → Art. 106 Rn. 36 ff.

Darüber hinaus hat der Rat einige Sonderbestimmungen für den Bereich des Verkehrs geschaffen, dh für den **Land-, See- und den Luftverkehr**. Diese unterscheiden sich jedoch von der VO 1308/2013 qualitativ und in ihrer Reichweite erheblich. Die Durchführungsverordnungen für die Verkehrssektoren gehen insbes. nicht so weit, dass bestimmte Vereinbarungen vollständig vom Anwendungsbereich des Art. 101 ausgenommen wären. Diese wurden u. a. durch die Kartellverfahrens-VO,

insbes. die Art. 36 bis 42, aufgehoben, soweit der See- und der Luftverkehr betroffen sind (vgl. die Kommentierung zu Art. 104, 105), bzw. für den Landverkehr erheblich geändert. Für den Seeverkehr hat die Kommission statt den bisher verbindlichen Verordnungen Leitlinien veröffentlicht (KOMM, Leitlinien Seeverkehrsdienstleistungen v. 1.7.2008, SEK(2008) 2151 final) bzw. eine GruppenfreistellungsVO für Konsortien verabschiedet, deren Laufzeit mehrfach verlängert wurde (VO 906/2009 idF der VO 2020/436).

19 Im Übrigen hat der Rat davon abgesehen, **Branchenausnahmen** bzw. Sonderregelungen für bestimmte Wirtschaftsbereiche vorzusehen. Eine Rechtspflicht zur Schaffung solcher Sonderregeln ergibt sich aus Art. 103 Abs. 2 lit. c nicht. Der Rat hat ein erhebliches Ermessen, ob er Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche erlassen will. Diese Notwendigkeit hat er bisher nicht gesehen. Eine unmittelbare Wirkung dieser Bestimmung, die dazu führen könnte, dass die Wettbewerbsvorschriften auf bestimmte Wirtschaftsbereiche erst anwendbar sind, wenn der Rat solche Durchführungsbestimmungen erlassen hat, hat der Gerichtshof abgelehnt. Er hat bestätigt, dass die Wettbewerbsvorschriften **auf sämtliche Wirtschaftsbereiche**, mit **Ausnahme der Landwirtschaft**, unmittelbar und in vollem Umfang **anwendbar** sind, solange der Rat nicht einschränkende Vorschriften erlassen hat (EuGH Slg. 1987, 447 = NJW 1987, 2150 – Verband der Sachversicherer).

20 **d) Abgrenzung der Aufgaben von Kommission und Gerichtshof.** Art. 103 Abs. 2 lit. d ermächtigt den Rat, die Aufgaben der Kommission und des Gerichtshofes bei der Anwendung der nach Art. 103 Abs. 2 erlassenen Durchführungsvorschriften gegeneinander abzugrenzen. Schröter hat zu recht darauf hingewiesen, dass der Vertrag selbst die Aufgabenverteilung und die spezifischen Befugnisse der Kommission und des Gerichtshofes festlegt. Die Befugnisse für die Kommission ergeben sich aus Art. 244 ff., die des Gerichtshofes aus Art. 251 ff. EG. Die Vorschriften des Sekundärrechts können an dieser grundsätzlichen **Aufgabenverteilung** nichts ändern (von der Groeben/Schwarze/Hatje/Schröter Rn. 52). Die Ermächtigungsgrundlage in Art. 103 Abs. 2 lit. d kann nicht dazu führen, die Befugnisse der Organe zu ändern und die Aufgabenverteilung zwischen den Organen zu beeinflussen.

21 Auf der Grundlage von Art. 103 Abs. 2 lit. d kann somit lediglich konkretisiert werden, welche Befugnisse Kommission und Gerichtshof bei der **Anwendung des Sekundärrechts** zukommen sollen. Das gilt insbes. für die Gewährung von Freistellungen und die Verhängung von Bußgeldern. Die Kartellverfahrens-VO enthält entsprechend in Art. 23 Bestimmungen, die die Verhängung von Geldbußen im Detail regeln. Geregelt sind auch die Befugnisse, die dem Gerichtshof bei der Kontrolle von Bußgeldentscheidungen der Kommission zukommen. Entsprechend sehen Art. 261 und Art. 31 Kartellverfahrens-VO vor, dass der Gerichtshof eine festgesetzte Geldbuße bzw. ein festgesetztes Zwangsgeld aufheben, herabsetzen oder **auch erhöhen** kann. Gerade die Möglichkeit der Erhöhung eines Bußgeldes verdeutlicht die besonderen Befugnisse, die dem Gerichtshof in diesem Zusammenhang zukommen (vgl. die Kommentierung zu Art. 31 Kartellverfahrens-VO). Im Rahmen der Kontrolle von Bußgeldentscheidungen der Kommission wäre es an sich nicht erforderlich gewesen, eine solche Befugnis des Gerichtshofes zu begründen. Der Rat hat dies im Hinblick auf den spezifischen Charakter von Bußgeldverfahren jedoch für sinnvoll erachtet.

22 Anders als bei der Verhängung von Bußgeldern hat der Rat davon abgesehen, eine Aufgabenverteilung zwischen Kommission und Gerichtshof bei der Kontrolle von **Freistellungsentscheidungen** vorzunehmen. Grundsätzlich wäre der Gerichtshof befugt, Freistellungsentscheidungen einer umfassenden Prüfung zu unterziehen. Der EuGH hat jedoch stets anerkannt, dass der Kommission im Rahmen der Anwendung des Art. 101 Abs. 3 ein **weites Ermessen** zusteht. Die Ausübung dieses Ermessens unterliegt nach der stRspr des Gerichtshofes lediglich einer eingeschränkten Kon-

trolle. Der Gerichtshof beschränkt seine Kontrolle auf die Prüfung, ob die Kommission den Sachverhalt vollständig ermittelt und gewürdigt, ihr Ermessen nicht erkennbar überschritten sowie zweckwidrige Erwägung angestellt hat (allg. Schwarze Europäisches VerwaltungsR S.344ff.). Ob diese Rspr. unter dem Regime der Kartellverfahrens-VO Bestand haben kann, ist nicht gesichert. Das Prinzip der Legal Ausnahme belässt der Kommission kein Ermessen.

e) Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Kartellrecht. Ein Normenkonflikt zwischen dem nationalen und dem europäischen Kartellrecht kann entstehen, wenn sowohl eine nationale Bestimmung als auch eine Vorschrift des europäischen Kartellrechts auf ein und denselben Sachverhalt anwendbar sind, jedoch unterschiedliche Rechtsfolgen normieren. Bei einer solchen Situation ist nach der stRspr des Gerichtshofs das **Unionsrecht vorrangig** anwendbar (EuGH Slg. 1964, 1251 = NJW 1964, 2371 – Costa/ENEL). Der Vorrang bedeutet nicht, dass die nationale Vorschrift unwirksam wird. Vielmehr ist der Grundsatz vom Vorrang des Unionsrechts im Sinne eines **Anwendungsvorrangs** zu verstehen. Die Bestimmung des nationalen Rechts muss in dem jeweiligen Einzelfall unbeachtet bleiben. Sie darf nicht zur Anwendung gelangen.

Der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts erstreckt sich auch auf das Kartellrecht. Bis 1969 herrschte in der Lit. die Auffassung vor, für das Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Kartellrecht gelte die sog. **Zweischranken-Theorie** (insbes. GHN/Koch, Aufl. 1983, Vor Art. 85 Rn. 31). Danach wurde angenommen, dass das nationale und das europäische Recht **unterschiedlichen Schutzbereichen** zugeordnet sind. Das nationale Recht schützt nach dieser Auffassung nur den innerstaatlichen Wirtschaftsverkehr, das Gemeinschaftsrecht nur den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr (GHN/Koch, Aufl. 1983, Vor Art. 85 Rn. 31). Anwendungskonflikte zwischen dem nationalen und dem Gemeinschaftsrecht können deshalb nicht entstehen. Entweder ist das nationale Recht oder das europäische Recht anwendbar. Eine parallele Anwendung kommt nach der Zweischranken-Theorie nicht in Frage. Diese Auffassung hat der Gerichtshof in seinem berühmten **Farben-Urteil** abgelehnt. Er betonte, dass beide Rechtsordnungen grds. parallel und nebeneinander anwendbar sind. Eine klare Abgrenzung der Anwendungsbereiche, die Konflikte vermeiden könnten, ist nicht möglich und auch nicht notwendig, da sich Konflikte nach dem im EU-Recht generell anerkannten Grundsatz vom **Vorrang des Unionsrechts** (EuGH Slg. 1964, 1251 = NJW 1964, 2371 – Costa/ENEL) lösen lassen. Die grds. zulässige parallele Anwendung des nationalen und des Gemeinschaftsrechts darf lediglich nicht dazu führen, dass die **einheitliche Anwendung** sowie die **volle Wirksamkeit** der EU-Wettbewerbsvorschriften beeinträchtigt oder gefährdet werden. Im Fall eines Konflikts sind deshalb die Vorschriften des EU-Rechts vorrangig anwendbar (EuGH Slg. 1969, 1 Rn. 6 = NJW 1969, 1000 – Walt Wilhelm).

Fraglich ist, welche Maßnahmen des Unionsrechts am Vorrang teilnehmen. Nach dem Farben-Urteil des EuGH sind die Vorschriften des EU-Rechts nur dann vorrangig anwendbar, wenn sich die einschlägige Rechtsfolge unmittelbar aus dem EU-Vertrag ergibt oder wenn die Kommission eine Maßnahme erlassen hat, die **positiver Ausdruck** einer Gestaltung der unionsrechtlichen Wettbewerbspolitik ist (EuGH Slg. 1969, 1 Rn. 5 = NJW 1969, 1000 – Walt Wilhelm). Es war umstritten, wann eine solche positive Maßnahme anzunehmen ist. Folgende Aussagen galten als allgemein akzeptiert: Der Vorrang bezieht sich nicht nur auf solche Vorschriften des Unionsrechts, die **strenger Rechtsfolgen** anordnen als die vergleichbaren Bestimmungen des nationalen Rechts. Der Vorranggrundsatz gilt auch für im Vergleich zum nationalen Recht **weniger strenge Bestimmungen** des Unionsrechts (Lieberknecht FS Pfeiffer, 1988, 589 (594ff.)). Diese Voraussetzung war bei **Einzelfreistellungsentscheidungen** ohne Weiteres erfüllt. Der Vorrang galt danach auch, wenn eine **Gruppenfreistellungsverordnung** eine günstigere Rechtsfolge anordnet als

das nationale Recht (Wagner, EWG-Gruppenfreistellung und nationales Kartellrecht, 1993, 14ff.). Anerkannt war schließlich auch, dass sog. **Negativatteste** der Kommission nicht am Vorrang des Gemeinschaftsrechts teilhaben (Lieberknecht FS Pfeiffer, 1988, 589 (594ff.)).

- 26 Umstritten war, welche Wirkungen die in der Praxis äußerst bedeutsamen **Verwaltungsschreiben** der Kommission hatten. Dabei handelte es sich nicht um förmliche Entscheidungen der Kommission, sondern um ein in der Regel vom zuständigen Direktor der Generaldirektion Wettbewerb unterzeichnetes Schreiben. In diesem brachte die mit dem Fall befasste Abteilung der Generaldirektion Wettbewerb ihre Auffassung über die Vereinbarkeit bzw. Nichtvereinbarkeit einer Vereinbarung mit ex-Art. 81 Abs. 1 EG oder hinsichtlich der Freistellungsfähigkeit bzw. Nichtfreistellungsfähigkeit einer Vereinbarung nach ex-Art. 81 Abs. 3 EG zum Ausdruck. Im für die Unternehmen positiven Fall wurden sie als **Verwaltungsschreiben (comfort letters)** bezeichnet. Nach überwiegender Auffassung nehmen solche Verwaltungsschreiben **nicht am Vorrang des Unionsrechts teil** (EuGH Slg. 1980, 2327 Rn. 18 = GRUR Int 1980, 744 (745) – Giry und Guerlain). Der Gerichtshof hat jedoch bestimmt, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte und Wettbewerbsbehörden die Äußerungen der Kommission in Verwaltungsschreiben bei ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen haben (EuGH Slg. 1991, I-935 Rn. 47 = BeckRS 2004, 75294 – Delimitis). In der Lit. ist gegen diese eingeschränkte Bedeutung von Verwaltungsschreiben eingewandt worden, diese seien ein konkretisierter Ausdruck der Ermessensausübung der Kommission. Die Kommission binde sich durch das Verwaltungsschreiben hinsichtlich der Beurteilung des jeweiligen Falles. Daraus könnten die betroffenen Unternehmen Rechte ableiten, da die Kommission von ihrer Beurteilung nur unter stark eingeschränkten Voraussetzungen, die sich an Art. 8 Abs. 3 VO 17/62 zu orientieren haben, abweichen dürfe. Vor diesem Hintergrund wurde empfohlen, dass Verwaltungsschreiben ebenfalls, zumindest eingeschränkt, am Vorrang des Unionsrechts teilhaben (Schwarze JZ 1995, 57; Brinker WuW 1996, 549). Mit dem Wechsel zum System der Legalausnahme sind **Verwaltungsschreiben weggefallen** und hat sich diese Debatte erledigt. Beratungsschreiben der Kommission haben andere Rechtswirkungen als Verwaltungsschreiben, sodass sich das Problem in der Zukunft nicht stellen dürfte.
- 27 Diese Überlegungen dürften aber auf Mitteilungen und Leitlinien der Kommission übertragen werden können. Diese betreffen zwar anders als Verwaltungsschreiben keinen Einzelfall, sondern potenziell zahlreiche Anwendungsfälle. Aber auch sie bringen die Rechtsauffassung und Absicht der Kommission, bestimmte Konstellationen in einer bestimmten Weise behandeln zu wollen, klar zum Ausdruck. Das legt es nahe, die für Verwaltungsschreiben angestellten Überlegungen auf Leitlinien, Bekanntmachungen und Mitteilungen der Kommission zu übertragen. Nach Auffassung des Gerichtshofes führen jedoch die Rechtswirkungen von Bekanntmachungen, Leitlinien und Mitteilungen, die in erster Linie eine **Selbstbindung der Kommission** bewirken und darüber hinaus den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und -gerichten als Orientierungshilfe dienen können, nicht zur Anwendung des Vorranggrundsatzes und damit nicht zur Anwendung von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 Kartellverfahrens-VO. Diese Vorschriften können, so der EuGH, nicht zu einer Verpflichtung der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und -gerichte zur Anwendung der in diesen enthaltenen Grundsätze, Standards und Ausführungen führen. Sie sind lediglich als Anhaltspunkt zu sehen, die den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und -gerichten eine sachgerechte Bewertung erleichtern sollen (EuGH ECLI:EU:C:2012:795 Rn. 31 = NZKart 2013, 111 (112) – Expedia).
- 28 Weiter gegangen ist GAin Kokott in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache Expedia (EuGH ECLI:EU:C:2012:544 Rn. 26ff. und Rn. 35ff.). Die Generalanwältin begründet ausführlich, dass Bekanntmachungen der Kommission keine verbindlichen Rechtswirkungen erzeugen können. Gleichzeitig unterstreicht sie den Hinweis-

Charakter der Bekanntmachungen als **Leitfäden für die Anwendung des EU-Wettbewerbsrechtes**. Auch wenn Bekanntmachungen, Leitlinien und Mitteilungen keine unmittelbare Rechtswirkung zukommt, nehmen sie doch eine wichtige Funktion im Rahmen der dezentralen Kartellrechtsdurchsetzung in der EU wahr. Sie ermöglichen, so die Generalanwältin, eine unionsweit wirksame und einheitliche Anwendung der Art. 101 und 102 und gewährleisten damit gleiche Wettbewerbsbedingungen im Binnenmarkt wie auch eine gesteigerte **Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen**. Vor diesem Hintergrund folgert sie aus der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3), dass die nationalen Wettbewerbsbehörden und -gerichte Bekanntmachungen der Kommission gebührend berücksichtigen müssen. Zwar besteht keine ausdrückliche rechtliche Verpflichtung zur Berücksichtigung der Bekanntmachungen, Leitlinien und Mitteilungen. Jedoch sind die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden und -gerichte verpflichtet, sich mit den in den Äußerungen der Kommission festgehaltenen Einschätzungen gebührend auseinanderzusetzen.

Bis zum Erlass der Kartellverfahrens-VO hatte der Rat davon abgesehen, auf der Grundlage von Art. 103 Abs. 2 lit. e eine Verordnung oder eine Richtlinie zu erlassen, die das Verhältnis zwischen den nationalen und den europäischen Wettbewerbsvorschriften näher bestimmt. Solange die Reichweite des Grundsatzes vom Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht weitgehend geklärt erschien, bestand dazu kein Anlass. Insoweit war das Verhältnis zwischen EU- und nationalem Kartellrecht eindeutig. Durch die Kartellverfahrens-VO hat sich dies geändert. Seit die Bestimmung des Art. 101 Abs. 3 in Form einer **Legalausnahme** unmittelbar anwendbar ist, stellt sich das Problem des Verhältnisses zwischen europäischem und nationalem Kartellrecht neu. Ohne eine ausdrückliche Anwendungsentscheidung der Kommission, so wie sie ua in Einzelfreistellungsentscheidungen zu finden ist, bleibt unklar, in welchem **Verhältnis Art. 101 Abs. 3 zu den Bestimmungen des nationalen Rechts** steht. Es fehlt dann an der positiven Gestaltungsentscheidung der Kommission iSd Walt-Wilhelm-Doktrin. Dieses Problem, das in der Lit. wiederholt angesprochen wurde (zB Deringer EuZW 2000, 5 (6f.); Mestmäcker EuZW 1999, 523 (529)), hat die Kommission aufgegriffen. Den Vorschlag der Kommission hat der Rat in Art. 3 Kartellverfahrens-VO zur Festlegung des Verhältnisses zwischen den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und dem EU-Kartellrecht umgesetzt.

Im **ersten Entwurf der Kommission zu Art. 3 Kartellverfahrens-VO** hieß es, dass im Falle der Anwendbarkeit der Art. 101, 102 allein das Wettbewerbsrecht der Union unter Ausschluss des Wettbewerbsrechts der Mitgliedsstaaten anwendbar sei. Die **geltende Fassung des Art. 3** ist anders formuliert, ohne allerdings substantiell an dem **Anwendungsausschluss** etwas zu ändern (→ Kartellverfahrens-VO Art. 3 Rn. 9). Es heißt jetzt, dass die Mitgliedstaaten, wenn sie nationales Recht im Anwendungsbereich der Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 anwenden wollen, zugleich auch Art. 101 und 102 anwenden müssen (für Art. 102 ausdrücklich OLG Düsseldorf NZKart 2021, 306 (308) – Facebook (Vorlageentscheidung)). Für Art. 101 wird das in Abs. 2 dahin konkretisiert, dass Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die entweder keine Wettbewerbsbeschränkungen iSv Art. 101 Abs. 1 enthalten oder zuvor gegen Art. 101 Abs. 1 verstoßen, aber die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 erfüllen, nicht nach nationalem Recht verboten werden dürfen. Anders als bisher gilt also im Bereich des Art. 101 der Vorrang des Unions-Kartellrechts nicht nur im Falle der Freistellung, sondern immer, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegt und der zwischenstaatliche Handel berührt ist. Die Möglichkeit, nationales Recht parallel anzuwenden, hat keine praktische Bedeutung, wenn im Falle des Verbots auch Art. 101, 102 angewendet werden müssen. Greift die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3, **darf nationales Recht nicht mit dem Ziel einer Untersagung angewendet werden**. In allen Fällen, in denen die Eigenschaft zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels gegeben ist, können die

Vorschriften über die horizontalen und vertikalen Kartelle nicht mehr anders als Art. 101 angewendet werden.

- 31 Das Gleiche gilt für die Anwendung des Missbrauchsverbots in Art. 102. Abs. 2 ergänzt die Vorschrift des Art. 3 Kartellverfahrens-VO dahin, dass die Anwendung der einzelstaatlichen Wettbewerbsrechte nicht zum Verbot von Vereinbarungen führen darf, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, aber den Wettbewerb iSv Art. 101 Abs. 1 nicht einschränken oder die Bedingungen von Art. 101 Abs. 3 erfüllen, entweder im Einzelfall oder durch Anwendung einer GVO. Davon lässt Art. 3 Abs. 2 S. 2 insoweit eine Ausnahme zu, als es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt ist, in ihrem Hoheitsgebiet strengere innerstaatliche Vorschriften zur Unterbindung oder Ahndung **einseitiger Handlungen von Unternehmen** zu erlassen oder anzuwenden. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass zB in der Bundesrepublik Deutschland die in §§ 18ff. GWB enthaltenen Vorschriften über die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende oder -starke Unternehmen strenger sein dürfen als Art. 102. An dieser Regelung ist bisher festgehalten worden, auch wenn es immer wieder kritische Stimmen gibt, die auf eine restriktivere Formulierung drängen (vgl. KOM(2009) 206 über das Funktionieren der Kartellverfahrens-VO Rn. 19ff., sowie Commission Staff Working Paper v. 29. 4. 2009 (SEC(2009) 574 (final), Rn. 160ff.).
- 32 Dies führt im Ergebnis dazu, dass praktisch jede Vereinbarung, die den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen geeignet ist und damit in den Anwendungsbereich von Art. 101 fällt, stets der Rechtsfolge von Art. 101 bzw. einer GVO unterfällt. Mit Blick auf die vorrangige Geltung dieser Norm können davon abweichende Rechtsfolgen des nationalen Wettbewerbsrechts keine Geltung beanspruchen. Die **Reichweite des Vorrangs** ist somit gegenüber der Walt Wilhelm-Entscheidung noch einmal **deutlich erweitert** worden. In der Literatur ist umstritten, ob sich die Vorrangwirkung nach Art. 3 der Kartellverfahrens-VO auf sämtliche Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 1 erstreckt, und damit insbes. auch auf das Tatbestandsmerkmal des Unternehmens (dafür ua Bechtold GWB, § 1, Rn. 9a; Bornkamm FS Hirsch S. 231, 238, und Möschel JZ 2007, 601, 604; dagegen MüKo WettbR/Bardong/Mühle Kartellverfahrens-VO Art. 3 Rn. 55, 78; Klees EWS 2010, 1, 5). Der Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 S. 1 Kartellverfahrens-VO legt nahe, dass die Vorrangregelung im Hinblick auf sämtliche Tatbestandsmerkmale gilt, dh auch dann, wenn das betreffende Tatbestandsmerkmal im Einzelfall nicht erfüllt sein sollte (**negative Sperrwirkung**). Es wäre widersprüchlich, den Eintritt der Vorrangwirkung von der Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale von Art. 101 Abs. 1 abhängig machen zu wollen. Auch die Normgebungsgeschichte scheint zu belegen, dass eine solche Differenzierung nicht gewollt war. Schließlich spricht der Normzweck für eine Erstreckung der Vorrangregelung auch auf das Tatbestandsmerkmal der Unternehmenseigenschaft, vor allem im Hinblick auf den Grundsatz des *effet utile* (Kartellverfahrens-VO Erwgr. 8).
- 33 In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass der Rat nach Abs. 2 lit. e nicht völlig frei darin ist, das Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Kartellrecht **nach freiem Ermessen** festzulegen. Vielmehr ist die Ermächtigung darauf beschränkt, das Verhältnis zwischen dem nationalen und den auf der Grundlage von Art. 103 erlassenen **Durchführungsvorschriften** im Einzelfall zu konkretisieren. Art. 101 und Art. 102 sind stets vorrangig vor nationalen Vorschriften anwendbar. Der Rat hat lediglich die Möglichkeit, die Reichweite des Vorrangprinzips im Bereich des Sekundärrechts näher festzulegen. Diese Einschränkung haben Rat und Kommission im Rahmen ihrer Überlegungen zur Umsetzung des Weißbuchs sowie bei Art. 3 Kartellverfahrens-VO berücksichtigt. Nachdem Art. 101 Abs. 3 für unmittelbar anwendbar erklärt wurde, erstreckt sich der Vorrang des Unionsrechts auch auf diese Bestimmung. Eine Beschränkung dieser Rechtswirkung könnte durch eine Vorschrift des Sekundärrechts nicht angeordnet werden.

Die Kommission hatte bereits 2008 einen Konsultationsprozess initiiert, der die Überprüfung der Regelungen der Kartellverfahrens-VO – insbes. auch des Art. 3 – zum Gegenstand hat (KOMM Pressemitteilung IP/08/1203). Das Ergebnis der Prüfung hat die Kommission in einer Mitteilung zusammengefasst (Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Bericht über das Funktionieren der VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 29.4.2009 (KOM(2009) 206 endg.), Rn. 19ff.; vgl. auch Commission Staff Working Paper v. 29.4.2009 (SEC(2009) 574 final), Rn. 160ff.). Die Kommission will die Frage erst zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufgreifen und ggf. einer Neuregelung zuführen (→ Kartellverfahrens-VO Art. 3 Rn. 10 aE). Die Kommission hat am 30.6.2022 einen erneuten Evaluationsprozess für die Kartellverfahrens-VO gestartet, dessen Resultate noch völlig offen und unabweisbar sind (vgl. KOMM Pressemitteilung IP/22/4194).

3. Richtlinien nach Abs. 1

a) Kartellschadenersatz-Richtlinie. aa) Einführung Gesetzgebungsschichte. Nachdem die Kommission nach dem Inkrafttreten des EWG-Vertrages jahrzehntelang ausschließlich Verordnungen erlassen bzw. dem Rat Verordnungen zum Erlass vorgeschlagen hatte, legte sie 2013 zum ersten Mal einen Vorschlag zum Erlass einer Richtlinie vor. Konkret ging es um die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen der Zuwiderhandlung gegen Vorschriften des EU-Wettbewerbsrechts in Art. 101 und Art. 102. Nach der stRspr des EuGH begründen diese Normen unmittelbare Rechte und Pflichten für Unternehmen (stRspr seit EuGH Slg. 1962, 97 = GRUR Int 1962, 307 – De Geus/Bosch). In mehreren Vorabentscheidungen (EuGH Slg. 2001 I-6297 = EuZW 2001, 715 – Courage/Crehan; EuGH Slg. 2006 I-6619 = EuZW 2006, 529 – Manfredi) konkretisierte der EuGH diesen Rechtsgrundsatz für den Bereich des Kartellschadenersatzrechtes. Zunächst stellte er grundsätzlich fest, dass sich Unternehmen im Hinblick auf die **direkte und unmittelbare Geltung von Art. 101** im Rahmen eines nationalen Gerichtsverfahrens auf diese Bestimmungen berufen können müssen. Das bedeutet, dass sie unter Berufung auf eine Zuwiderhandlung gegen diese Norm die zivilrechtliche Unwirksamkeit einer Vereinbarung insgesamt oder teilweise reklamieren, Unterlassung und Beseitigung oder auch **Schadenersatz verlangen** können müssen (vgl. → Art. 101 Rn. 138ff.). Dieses Recht soll, so der EuGH, nicht nur Unternehmen zukommen, sondern **„jedermann“**. Jeder, der durch eine Zuwiderhandlung gegen die europäischen Wettbewerbsnormen betroffen oder geschädigt ist, muss die Möglichkeit haben, diese Zuwiderhandlungen unter Berufung auf Art. 101 vor einem nationalen Gericht zu beanstanden.

Die Kommission stellte jedoch fest, dass die effektive Durchsetzung dieses Rechts häufig an den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen scheiterte. Sowohl das materielle Zivilrecht als auch das einschlägige Prozessrecht stellten nicht selten **Hinderungsgründe** dafür dar, dass Kläger, die sich durch eine Zuwiderhandlung gegen Art. 101 geschädigt fühlten, den vermeintlich entstandenen Schaden erfolgreich bei einem nationalen Zivilgericht geltend machen können. Vor diesem Hintergrund stellte sie umfangreiche Vorarbeiten an, um einen Überblick über die Probleme und Hinderungsgründe gewinnen zu können. Als die Ergebnisse dieser Untersuchungen und Studien vorlagen, entwarf sie einen Richtlinienvorschlag, den sie nach den üblichen Konsultationen dem Europäischen Parlament und dem Rat 2013 zur Beschlussfassung vorlegte. Da es nicht um eine Harmonisierung der nationalen Wettbewerbsvorschriften mit dem EU-Recht, sondern um eine Anpassung der einschlägigen materiellen und formellen Zivilrechtsbestimmungen der Mitgliedstaaten ging, schlug die Kommission zum ersten Mal für den Bereich des EU-Wettbewerbsrechts den Erlass einer Richtlinie vor. Unter Berücksichtigung des Subsidiaritäts- und des Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 5 EUV) sah die Kommission die Verabschiedung einer

Richtlinie als angemessenen Schritt an, der über das zur Verwirklichung der mit der Richtlinie verfolgten Ziele erforderliche Maß nicht hinausgeht. Parlament und Rat verabschiedeten am 26.11.2014 die Richtlinie 2014/104/EU (**Kartellschadensersatz-Richtlinie**, ABl. 2014 L 349, 1; vgl. zur Kartellschadensersatz-Richtlinie und ihrer Umsetzung ins deutsche Recht grundlegend Lettl WRP 2015, 537 ff.).

- 37 **bb) Ziel und Regelungszweck.** In den Erwägungsgründen zur Richtlinie wird ausgeführt, dass Unternehmen und Einzelpersonen die Möglichkeit haben müssen, vor den nationalen Gerichten ihre sich aus dem Unionsrecht ergebenden subjektiven Rechte effektiv geltend machen zu können. Dies gebiete nicht nur der Grundsatz der vollen Wirksamkeit der Art. 101 und Art. 102, sondern auch die Rechtsnatur des EU-Rechts, das für Unternehmen und Einzelpersonen unmittelbar gültige Rechte und Pflichten begründe. Diese sind nicht nur im Wege der **öffentlichen Rechtsdurchsetzung** durch die Kommission und die mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden zu vollziehen, sondern auch durch die **mitgliedstaatlichen Gerichte** (Kartellschadensersatz-Richtlinie Erwgr. 2 und 3). Die Notwendigkeit wirksamer Rechtsbehelfe folgt aber nicht nur aus der Rechtsnatur des EU-Rechts und dem Prinzip der vollen Wirksamkeit der Bestimmungen des EU-Wettbewerbsrechts, sondern auch aus dem Recht auf wirksamen Rechtsschutz, das sich aus Art. 19 EUV und Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ergibt. Diese Verpflichtung gilt nicht nur für die Organe der Europäischen Union, sondern auch für die Mitgliedstaaten, die wirksamen Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleisten müssen (Kartellschadensersatz-Richtlinie Erwgr. 4).
- 38 Art. 1 der Kartellschadensersatz-Richtlinie legt daher fest, dass die Mitgliedstaaten Vorschriften im nationalen Recht vorsehen müssen, die gewährleisten, dass jeder, der einen durch eine Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht verursachten Schaden erlitten hat, dieses Recht, den **vollständigen Ersatz des Schadens** zu verlangen, wirksam geltend machen kann. Der Gegenstand der Richtlinie macht also deutlich, dass die EU-Mitgliedstaaten aufgefordert sind, entweder neue Vorschriften zur Durchsetzung dieser Rechtspositionen vorzusehen oder bestehende Regelungen an die Vorgaben der Richtlinie anzupassen. In diesem Kontext präzisiert Art. 3 Kartellschadensersatz-Richtlinie, dass jede Person, die durch eine Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht einen Schaden erlitten hat, den **vollständigen Ersatz** dieses Schadens erwirken können muss. Dabei verdeutlicht Abs. 2 der Vorschrift, dass der vollständige Ersatz die geschädigten Personen in die Lage versetzen muss, in der sich diese befunden hätte, wenn die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht nicht begangen worden wäre. Art. 3 Abs. 3 Kartellschadensersatz-Richtlinie macht allerdings auch klar, dass die Gewährung von Schadenersatz nach den Vorgaben der Richtlinie **nicht** zu einer **Überkompensation des Klägers** führen darf. Art. 4 Kartellschadensersatz-Richtlinie greift die Rechtsprechung des EuGH zum **Effektivitätsgrundsatz** auf und postuliert, dass die nationalen Vorschriften und Verfahren für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nicht so ausgestaltet werden dürfen, dass sie die Ausübung des Unionsrechts auf vollständigen Ersatz des durch die Zuwiderhandlung gegen das EU-Wettbewerbsrecht verursachten Schadens praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Der darüber hinausgehende **Äquivalenzgrundsatz** verlangt schließlich, dass die nationalen Vorschriften und Verfahren für Schadenersatzklagen nicht weniger günstig sein dürfen als die Vorschriften für vergleichbare Klagen auf Ersatz auf Schadenersatz, die wegen Zuwiderhandlungen gegen das nationale Recht erhoben werden. Die nachfolgenden Kapitel adressieren die Bereiche, die die Kommission als besondere Hindernisse bei der erfolgreichen und effektiven Umsetzung von Schadenersatz ausgemacht hat.
- 39 **cc) Offenlegung von Beweismitteln.** In Kapitel II der Kartellschadensersatz-Richtlinie wird die Offenlegung von Beweismitteln geregelt und damit ein Bereich, der den meisten kontinentaleuropäischen Staaten und Jurisdiktionen unbekannt war.