

# GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht

Immenga / Mestmäcker

7. Auflage 2024  
ISBN 978-3-406-77322-8  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

der Freistellung nicht nur der Übergang zum Prinzip der Legalausnahme vollzogen, sondern zugleich – unter **Aufgabe der kasuistischen Einzelfreistellungstatbestände für horizontale Beschränkungen (§§ 2–8 GWB aF)** – die europäische Regelungstechnik einer Generalklausel und ihrer normativen Konkretisierung durch Gruppenfreistellungsverordnungen übernommen. Erhalten geblieben ist insoweit lediglich die Sonderregelung für Mittelstandskartelle (§ 3 GWB, der im Wesentlichen § 4 Abs. 1 GWB aF entspricht). Zugleich wurden **die bisherigen partiellen Ausnahmereiche** für die Kredit- und Versicherungswirtschaft (§ 29 GWB aF), Urheberrechtsverwertungsgesellschaften (§ 30 GWB aF) und die zentrale Vermarktung von Fernsehrechten für Sportveranstaltungen (§ 31 GWB aF) **aufgehoben**. Rechtsgrundlage für etwaige Ausnahmen ist nunmehr in all diesen Fällen, abgesehen von den fortgeführten Sonderregelungen für die Landwirtschaft (§ 28 GWB) und die Preisbindung bei Zeitungen und Zeitschriften (§ 30 GWB) sowie Büchern (BuchpreisbindungsG), die Generalklausel des § 2 Abs. 1 GWB.

**Im Ergebnis** sind die **sachlichen Änderungen durch die 7. GWB-Novelle** bei der 17  
Behandlung horizontaler wie vertikaler Vereinbarungen im Vergleich zum früheren deutschen Recht dennoch **begrenzt** geblieben. Trotz des Paradigmenwechsels im Bereich vertikaler Vereinbarungen durch den Übergang von der Missbrauchsaufsicht bei vertikalen Abschlussbeschränkungen (§ 16 aF) zum Verbotsprinzip unterscheidet sich die Beurteilung vertikaler Beschränkungen letztlich nur wenig vom früheren Rechtszustand. Infolge der analogen Anwendung der weit gefassten europäischen „Schirm-GVO“ (zunächst VO 2790/1999, jetzt VO 330/2010) mit ihrer prinzipiellen Freistellung vertikaler Beschränkungen bis zu einem gemeinsamen Marktanteil von 30 % (vorbehaltlich verbotener Kernbeschränkungen) und der darüber hinaus möglichen ergänzenden Anwendung der Generalklausel bleibt der Großteil vertikaler Beschränkungen vom Kartellverbot verschont. Großzügiger als früher werden in der Vertikal-GVO vor allem Höchstpreisbindungen und Meistbegünstigungsklauseln beurteilt.<sup>31</sup>

Im Zusammenhang mit der Notwendigkeit einer kartellrechtlichen Selbsteinschätzung 18  
im System der Legalausnahme hat der Fortfall der kasuistischen Einzelfreistellungstatbestände für horizontale Vereinbarungen nach §§ 2–8 GWB aF zugunsten der mit Art. 101 Abs. 3 AEUV fast völlig übereinstimmenden Generalklausel des § 2 Abs. 1 GWB tendenziell zu einem zusätzlichen **Verlust an Rechtssicherheit** für die betroffenen Unternehmen geführt. Diesem Effekt **wirkt** jedoch die gleichzeitige **Übernahme** der detaillierten Regelungen für bestimmte Vereinbarungstypen und Wirtschaftssektoren in den europäischen **Gruppenfreistellungsverordnungen entgegen**. Diese werden **im Wege einer dynamischen Verweisung** in das deutsche Recht implementiert (§ 2 Abs. 2 GWB), um die Gleichheit der Beurteilungsergebnisse in beiden Rechtsordnungen sicherzustellen. Nach Ansicht der Gesetzesverfasser sollten daher mit dem Übergang zum europäischen Regelungsansatz auch im Bereich der horizontalen Beschränkungen keine gravierenden Abweichungen von der bisherigen Rechtslage verbunden sein; die meisten der unter die §§ 2–8 GWB aF fallenden Vereinbarungen würden ohne weiteres von der Generalklausel des § 2 Abs. 1 GWB (= Art. 101 Abs. 3 AEUV) oder von § 2 Abs. 2 GWB iVm einer GVO erfasst.<sup>32</sup> Dies trifft freilich nicht uneingeschränkt zu.<sup>33</sup>

fizierte Fortführung des § 14 GWB aF in Form eines gesonderten per se-Verbots für vertikale Preisbindungen (§ 4 GWB-E), dazu BegrRegE BT-Drs. 15/3640, 28, ist nicht Gesetz geworden. In der Sache beibehalten wurde die besondere Regelung zur Zulässigkeit vertikaler Preisbindungen bei Zeitungen und Zeitschriften (§ 15 GWB aF), die nunmehr in § 30 GWB zu finden ist. Zudem enthält das am 1.10.2002 in Kraft getretene BuchpreisbindungsG eine gesetzliche Pflicht zur Preisbindung für Bücher und buchnahe Produkte für Verkäufe innerhalb Deutschlands und Auslandsgeschäfte in Ländern außerhalb des EWR, vgl. dazu zB Wallenfels in Loewenheim et al., Anhang zu § 30 Rn. 5; OLG Frankfurt a. M. 26.7.2005 – 11 U 8/05 (Kart), WuW/E DE-R 1632 – Mängelexemplar.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 4 lit. a VO 330/2010; Bahr WuW 2004, 259 (263 ff.); zu Meistbegünstigungsklauseln Meyer WRP 2004, 1456 ff.

<sup>32</sup> BegrRegE, BT-Drs. 15/3640, 26 (24 ff., 44 ff.).

<sup>33</sup> Vgl. im Einzelnen → Rn. 115 ff.

19 Obwohl die §§ 1 und 2 GWB (ebenso wie Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV) seit dem Jahre 2005 **horizontale und vertikale Vereinbarungen** in gleicher Weise erfassen, kommt der Unterscheidung zwischen beiden Formen von Wettbewerbsbeschränkungen wegen des höheren Gefährdungspotentials horizontaler Beschränkungen nach wie vor Bedeutung zu.<sup>34</sup> Das gilt nicht nur im Rahmen des § 2 Abs. 2 GWB für die Anwendbarkeit bestimmter GVOen oder einzelner Vorschriften in ihnen,<sup>35</sup> sondern auch im Hinblick auf gesetzliche Sondervorschriften, die sich teilweise nur auf „Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen“ beziehen (§ 3 GWB für Mittelstandskartelle) und teilweise auf „vertikale Preisbindungen“ bei Zeitungen und Zeitschriften (§ 30 GWB) bzw. landwirtschaftlichen Erzeugnissen (§ 28 Abs. 2 GWB) anwendbar sind. Vorbehaltlich spezieller Regelungen (zB Art. 2 Abs. 4 der Vertikal-GVO) kann für die Abgrenzung zwischen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen ergänzend auf die jüngere Rechtsprechung des BGH zu § 1 GWB aF zurückgegriffen werden, wonach Austauschverträge unter Wettbewerbern dann als Vertikalverträge zu behandeln sind, wenn für die darin enthaltenen Beschränkungen bei wertender Betrachtungsweise ein das Austauschverhältnis förderndes „anzuerkennendes Interesse“ besteht.<sup>36</sup> Soweit dies nicht der Fall ist, liegt eine horizontale Wettbewerbsbeschränkung vor.

20 **4. Keine Veränderung der Rechtslage durch die 8. GWB-Novelle 2013.** Der Gesetzgeber hat in der am 30.6.2013 in Kraft getretenen 8. GWB-Novelle die seit 2005 bestehende Gesetzessystematik unangetastet gelassen und damit zu erkennen gegeben, dass er an den beschriebenen weitreichenden Änderungen der 7. GWB-Novelle festhalten will. Zwar wurden geringfügige sprachliche Änderungen des § 2 GWB vorgenommen, doch diese sind allesamt rein technischer Natur und bedingt durch die Überführung der europäischen Wettbewerbsvorschriften in den seit 1.12.2009 gültigen Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Art. 101 ff. AEUV). Somit kommt es im Bereich des Kartellverbots und dem grundsätzlichen Freistellungsregime zu einer begrüßenswerten Konsolidierung des Rechtszustands. Inhaltliche Änderungen sind mit der Reform für § 2 GWB nicht verbunden.

### III. Systematik, Wirkung und praktische Bedeutung

21 **1. Verhältnis der beiden Absätze des § 2 GWB zueinander.** § 2 GWB enthält in seinen beiden Absätzen **zwei Freistellungstatbestände**, die zwar eng aufeinander bezogen, aber letztlich selbstständig und **prinzipiell nebeneinander anwendbar** sind.<sup>37</sup> In ihrem Zusammenspiel bilden sie das europäische System der **Einzelfreistellung** auf der Basis einer Generalklausel (Art. 101 Abs. 3 AEUV) und ihrer **normativen Konkretisierung** durch Verordnungen des Rates und der Kommission<sup>38</sup> mit spezifischen Regeln für

<sup>34</sup> Vgl. nur Nordemann in Loewenheim et al., 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 99 sowie Zimmer → § 1 Rn. 188 ff.

<sup>35</sup> So ist die VO 2022/720 („Vertikal-GVO“) grundsätzlich nur auf „vertikale Vereinbarungen“ iSd Art. 1 Abs. 1 lit. a anwendbar; eine Reihe von GVOen differenziert bei der Höhe der anwendbaren Marktanteilschwellen (vgl. zB Art. 6 Abs. 1 und 2 VO 2023/1066) oder bei den Katalogen für Kernbeschränkungen (zB Art. 4 Abs. 1 und 2 VO 316/2014) nach Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern und Nichtwettbewerbern.

<sup>36</sup> Vgl. BGH 14.1.1997 –, WuW/E BGH 3115 (3117) – Druckgussteile; 14.1.1997 –, WuW/E BGH 3121 (3125) – Bedside-Testkarten; 6.5.1997, WuW/E BGH 3137 (3138) – Sole; 12.5.1998, WuW/E DE-R 131 (133) – Eintritt in Gebäudereinigerungsvertrag; zuletzt BGH 18.2.2003, BGHZ 154, 21 (38) = WuW/E DE-R 1119 (1120) – Verbundnetz II; näher zur Formel vom „anzuerkennenden Interesse“ für die Wettbewerbsbeschränkung und zur Notwendigkeit einer gesonderten Beurteilung der vertikalen Aspekte der Vereinbarung Zimmer → § 1 Rn. 50 ff., 50, 188 ff. mwN.

<sup>37</sup> Nordemann/Grave in Loewenheim et al. Rn. 9. Vgl. aber zum Abschirmeffekt beim Eingreifen einer GVO gegenüber dem Rückgriff auf die Generalklausel → Rn. 22.

<sup>38</sup> Rechtsgrundlage für den Erlass von GVOen sind neben Art. 101 Abs. 3 AEUV für den Rat Art. 103 Abs. 1, Abs. 2 lit. b AEUV und für die Kommission die vom Rat erlassenen Ermächtigungsverordnungen; vgl. für bestimmte vertikale Vereinbarungen die VO Nr. 19/65/EWG, ABl. 1965, 36, 33, zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1215/1999 v. 10.6.1999, ABl. 1999 L 148, 1, sowie für bestimmte horizontale Ver-

tatbestandsmäßig abgegrenzte „Gruppen“ von Vereinbarungen nach. Anknüpfungspunkt für eine **Gruppenfreistellungsverordnung** ist dabei jeweils eine bestimmte Kategorie von Vereinbarungen, die im Hinblick auf die weitgehend gleichförmigen Interessen der beteiligten Unternehmen, ihrer Handelspartner und Wettbewerber sowie der Verbraucher einer typisierenden wettbewerbsrechtlichen Beurteilung zugänglich ist.<sup>39</sup> Während § 2 Abs. 1 GWB die generalklauselartig weiten Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 3 AEUV übernimmt und für Einzelfälle – mit oder ohne zwischenstaatliche Bezüge – in das deutsche Recht transponiert, erklärt § 2 Abs. 2 GWB mittels einer dynamischen Verweisung die jeweils geltenden europäischen GVOen im deutschen Recht für entsprechend anwendbar, wobei es auch insoweit nicht auf die Erfüllung der Zwischenstaatlichkeitsklausel ankommt.

Auch wenn § 2 Abs. 2 GWB die entsprechende Geltung der GVOen ausdrücklich „(b)ei der Anwendung“ der Regelung des Abs. 1 anordnet, folgt daraus nicht, dass neben den Tatbestandsmerkmalen der GVO auch die Einhaltung der allgemeinen Kriterien des § 2 Abs. 1 GWB geprüft werden müsste. Der Passus soll vielmehr nur die **Konkretisierungsfunktion der GVOen** verdeutlichen, ohne deren eigenständige Rechtsqualität in Frage zu stellen.<sup>40</sup> Gerade in der verbindlichen Konkretisierung der Freistellungskriterien und dem daraus resultierenden **Abschirmeffekt** gegenüber einem unmittelbaren Rückgriff auf die allgemeinen Merkmale des § 2 Abs. 1 GWB liegt die besondere Funktion der GVOen; sie entfalten insoweit auch im System der Legalausnahme **konstitutive Wirkung**.<sup>41</sup> Die in ihnen geregelten Tatbestände sind konkreter gefasst und können von den betroffenen Unternehmen regelmäßig leichter subsumiert werden. Sind die Voraussetzungen einer GVO erfüllt, befinden sich die beteiligten Unternehmen in einem „sicheren Hafen“, dessen Mauern nicht durch einen Rückgriff auf § 2 Abs. 1 GWB wieder eingerissen werden können.

In der Praxis bietet es sich daher regelmäßig an, zunächst die Erfüllung der Kriterien einer GVO zu prüfen und auf die Generalklausel des § 2 Abs. 1 GWB erst zurückzugreifen, wenn eine GVO – zB wegen Überschreitung einer Marktanteilsschwelle – nicht anwendbar ist.<sup>42</sup> Dieser **praktische Anwendungsvorrang des § 2 Abs. 2 GWB iVm einer GVO** ist aber nicht in dem Sinne zu verstehen, dass § 2 Abs. 1 GWB als subsidiäre Rechtsvorschrift immer zurücktreten müsste, solange nicht definitiv die Unanwendbarkeit einer GVO feststeht. Ist etwa mangels ausreichender Marktdaten die Anwendbarkeit einer solchen partiellen Legalausnahme nicht oder nur unter größeren Schwierigkeiten feststellbar, kann es sich vielmehr empfehlen, unmittelbar auf die Generalklausel zurückzugreifen, ohne die Anwendbarkeit einer GVO definitiv zu klären. In bestimmten Fällen kann eine grundsätzlich in Betracht kommende GVO eine positive Indizwirkung für die Erfüllung der Freistellungskriterien des § 2 Abs. 1 GWB entfalten (vgl. dazu → Rn. 43).

**2. Verhältnis zu anderen Vorschriften. a) § 1 GWB, Art. 101 AEUV.** Ebenso wie Art. 101 Abs. 3 AEUV iVm Art. 1 Abs. 2 VO 1/2003 im Verhältnis zu Art. 101 Abs. 1

---

einbarungen VO (EWG) Nr. 2821/71, ABl. 1971 L 285, 46. Vgl. näher zu den Rechtsgrundlagen und Anforderungen an die Ausgestaltung von GVOen Fuchs ZWeR 2005, 1 (4 ff.) mwN.

<sup>39</sup> Schröter in Schröter et al. Art. 81 Rn. 278; Mestmäcker/Schweitzer § 14 Rn. 20.

<sup>40</sup> Näher zu den Rechtswirkungen der GVOen im Unionsrecht Ellger → AEUV Art. 101 Abs. 3 Rn. 343 ff.; Bornkamm ZWeR 2010, 34 (47 ff.); Fuchs ZWeR 2005, 1 (9 ff.) jeweils mwN. Vgl. auch → Rn. 235 ff.

<sup>41</sup> So zum europäischen Recht Ellger → AEUV Art. 101 Abs. 3 Rn. 349; Fuchs ZWeR 2005, 1 (11); im Kern auch Bornkamm ZWeR 2010, 34 (49) (der nationale Richter muss die aufgrund einer GVO bestehende Freistellung auch dann beachten, wenn die Wirkungen einer an sich freistellungsfähigen Vereinbarung im Einzelfall Wirkungen entfaltet, die Art. 101 Abs. 3 AEUV widersprechen, solange der Rechtsvorteil der GVO nicht entzogen ist); zust. auch für § 2 Abs. 2 GWB Schneider in Bunte Rn. 61; aA Heyers in FK-KartellR § 2 Rn. 36 ff.; von einer unwiderlegbaren Vermutung ausgehend OLG Naumburg 19.9.2013 – 2 U 20/13 Rn. 65.

<sup>42</sup> So auch Bechtold/Bosch, § 2 GWB Rn. 10; Lober in Schulte/Just Rn. 2; Nordemann/Grave in LMRKM Rn. 9.

AEUV stellen die Tatbestände des § 2 GWB jeweils eine **unmittelbar geltende gesetzliche Ausnahme vom nationalen Kartellverbot** dar. Ihr Eingreifen ist stets von Amts wegen zu prüfen, wenn eine Vereinbarung oder ein Beschluss die Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB erfüllt.<sup>43</sup> Die Aufteilung auf verschiedene Paragraphen ändert nichts daran, dass hier ebenso wie bei Art. 101 Abs. 1 und 3 AEUV das **Erfordernis einer integrierten Anwendung** beider Vorschriften besteht. Solange allerdings keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder eine ungeschriebene Tatbestandsrestriktion eingreift,<sup>44</sup> bleibt die Verhaltenskoordination von Unternehmen von vornherein im **kartellfreien Raum**, so dass es keiner Anwendung der Freistellung bedarf. Das gilt seit der 7. GWB-Novelle gleichermaßen für horizontale wie vertikale Beschränkungen, da sich § 1 GWB ebenso wie Art. 101 Abs. 1 AEUV auf beide Arten von Wettbewerbsbeschränkungen erstreckt.<sup>45</sup> Erst wenn ein Verstoß gegen das Kartellverbot des § 1 GWB vorliegt, kommt es somit auf die Anwendung des § 2 Abs. 1 GWB bzw. § 2 Abs. 2 GWB iVm einer GVO an. In der Praxis kann allerdings dahingestellt bleiben, ob der Verbotstatbestand tatsächlich verletzt ist, wenn jedenfalls die Freistellungskriterien eindeutig erfüllt sind. Bei zwischenstaatlichen Sachverhalten kann § 2 GWB neben Art. 101 AEUV angewendet werden, im Konfliktfall setzt sich aber die europäische Regelung durch (§ 22 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GWB).

- 25 **b) § 3 GWB.** Die Freistellung von horizontalen Mittelstandskartellen nach § 3 GWB stellt einen **eigenständigen Legalausnahmetatbestand** dar, der **grundsätzlich gleichrangig** neben § 2 Abs. 1 GWB anwendbar ist.<sup>46</sup> Das gilt ungeachtet des Wortlauts, der beim Eingreifen der Norm die Erfüllung der „Voraussetzungen des § 2 Abs. 1“ unterstellt, damit in der Sache aber nur eine Rechtsfolgenverweisung ausspricht.<sup>47</sup> Beide Normen überschneiden sich in ihrem Anwendungsbereich, haben aber jeweils auch einen eigenen Regelungskern, der von der jeweils anderen Norm nicht erfasst wird. Im Überschneidungsbereich können sich die Unternehmen nach Belieben auf die eine oder auf die andere Freistellungsnorm berufen, je nachdem, welche Tatbestandsmerkmale sie einfacher darlegen können. Sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 3 nicht erfüllt, kommt gleichwohl eine Freistellung nach § 2 Abs. 1 in Betracht.<sup>48</sup> Umgekehrt können Vereinbarungen und Beschlüsse, die von § 2 Abs. 1 (regelmäßig) nicht (mehr) erfasst werden wie insbesondere Kernbeschränkungen, nach § 3 freigestellt sein.<sup>49</sup> Letzteres gilt bei zwischenstaatlichen Sachverhalten freilich nur vorbehaltlich eines abweichenden Ergebnisses aus der Anwendung von Art. 101 AEUV (näher hierzu → § 3 Rn. 19 ff.).
- 26 **c) §§ 18–20 GWB, Art. 102 AEUV.** Horizontale Kartelle gehören ungeachtet ihrer tatsächlichen Marktstärke als „Vereinigungen von miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen im Sinne der §§ 2, 3 und 28 Abs. 1“ zu den **Normadressaten des Diskriminierungs- und Behinderungsverbots** nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 iVm Abs. 3 GWB bzw. § 20 Abs. 1 und Abs. 3 GWB aF. Ihr Verhalten gegenüber Kartellaußenseitern unterliegt daher engeren Bindungen als bei unabhängigem Vorgehen der einzelnen Mitglieder. Missbräuchliche Verhaltensweisen können kartellbehördliche Sanktionen oder zivilrechtliche Schadensersatzansprüche auslösen, tangieren als solche aber nicht die Rechtswirksamkeit der gesetzlichen Freistellung. Etwas anderes gilt nur, wenn gerade die

<sup>43</sup> Ebenso Schneider in Bunte § 3 Rn. 9.

<sup>44</sup> Zu den verschiedenen Ansätzen von Tatbestandsrestriktionen im Rahmen des § 1 GWB wie etwa Immanenztheorie, Arbeitsgemeinschaftsgedanke und Markterschließungsdoktrin eingehend Zimmer → § 1 Rn. 47 ff. mwN.

<sup>45</sup> Die frühere Missbrauchsaufsicht über vertikale Ausschließlichkeitsbindungen in § 16 GWB aF wurde ebenso wie die Sonderregelungen über Lizenzverträge (§§ 17, 18 aF) aufgehoben.

<sup>46</sup> Schneider in Bunte § 3 Rn. 10; in dieselbe Richtung inzwischen auch Nordemann/Grave in Loewenheim et al. § 3 Rn. 9; aA Kling/Thomas KartellR § 19 Rn. 207 (subsidiäre Anwendung des § 2 GWB gegenüber der Spezialvorschrift des § 3 GWB); nicht ganz eindeutig BegrRegE, BT-Drs. 15/3640, 45.

<sup>47</sup> Näher zu dieser Charakterisierung Ellger → § 3 Rn. 16.

<sup>48</sup> Vgl. BegrRegE, BT-Drs. 15/3640, 45.

<sup>49</sup> Vgl. dazu Ellger/Fuchs → § 3 Rn. 17 f.

fraglichen (sonst freigestellten) Vereinbarungen zugleich den Missbrauch konstituieren.<sup>50</sup> Verfügten das Kartell oder einzelne Mitglieder über eine (kollektive) marktbeherrschende Stellung, kommt im Einzelfall auch eine Anwendung der §§ 18, 19 GWB und – bei zwischenstaatlichen Sachverhalten – des Art. 102 AEUV in Betracht. Zwar dürfte es in diesen Fällen im Hinblick auf das Kriterium der Ausschaltung des Wettbewerbs meist schon an der Freistellungsfähigkeit nach § 2 Abs. 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV fehlen. Doch ist zu beachten, dass nicht jede wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung eines marktbeherrschenden Unternehmens zugleich einen Missbrauch darstellt.<sup>51</sup>

**d) § 30 GWB.** Die Privilegierung der vertikalen Preisbindung für Zeitungen und Zeitschriften stellt eine **abschließende Sonderregelung** dar, die dem § 2 GWB vorgeht. Sie kann ihre volle Wirkung nur unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle entfalten. Für Sachverhalte mit potentiellen zwischenstaatlichen Auswirkungen ist dagegen der Vorrang des Art. 101 AEUV zu beachten (§ 22 GWB). Sind die Kriterien des § 30 Abs. 1, Abs. 2 oder Abs. 2a GWB nicht erfüllt, kommt ein Rückgriff auf § 2 Abs. 1 GWB nicht in Betracht.

**3. Wirkungen und Konsequenzen der Legalausnahme.** Bei Erfüllung der Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs. 1 GWB oder einer nach § 2 Abs. 2 GWB analog geltenden GVO wird das wettbewerbsbeschränkende Verhalten ex lege, also **ohne eine behördliche oder gerichtliche Entscheidung**, gegenüber dem Eingreifen des Kartellverbots nach § 1 GWB immunisiert. Die **Befreiung** nach Abs. 1 **gilt prinzipiell unbefristet**, aber nur **solange**, wie **die materiellen Kriterien** tatsächlich **objektiv vorliegen**.<sup>52</sup> Die Freistellung kann nicht von Bedingungen und Auflagen abhängig gemacht werden. Vielmehr obliegt es den Unternehmen, von sich aus die Kooperation so zuzuschneiden, dass die Freistellungsvoraussetzungen eingehalten werden.<sup>53</sup> Ein drohendes Eingreifen der Kartellbehörde können die Unternehmen aber ggf. durch das Angebot von Verpflichtungszusagen abwenden. Werden diese durch die Behörde nach § 32b GWB für verbindlich erklärt, liegt darin aber keine bindende Feststellung der Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen, sondern lediglich eine Selbstbindung der Behörde, nicht durch eine Abstellungsverfügung oder einstweilige Maßnahmen gegen die Vereinbarung vorzugehen (vgl. → Rn. 30).

Mit dem Wechsel zum Legalausnahmesystem durch die 7. GWB-Novelle 2005 ist die **Notwendigkeit und Möglichkeit einer Anmeldung** von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen zum Zwecke einer administrativen Freistellungsentscheidung (und sei es nur in Form der Nichterhebung eines Widerspruchs) **entfallen**. Die **§§ 9–13 GWB aF** sind ersatzlos **gestrichen** worden. Einen konstitutiven Freistellungsakt kann es im neuen System nicht geben; aber auch die denkbare deklaratorische Feststellung durch die Wettbewerbsbehörde, dass bestimmte Vereinbarungen die gesetzlichen Freistellungsvoraussetzungen erfüllen, ist gesetzlich nicht vorgesehen. Als einzige Form einer uneingeschränkt „positiven“ Entscheidung haben die nationalen Wettbewerbsbehörden nach Art. 5 VO 1/2003 die Möglichkeit, zu entscheiden, dass für sie **kein Anlass zum Tätigwerden** besteht.<sup>54</sup> **§ 32c GWB** hat im Rahmen der 7. GWB-Novelle dieses Instrument in das deutsche Recht eingeführt und stellt ausdrücklich klar, dass es sich hierbei nicht um eine Freistellung handelt, sondern lediglich um eine beschränkte Selbstbindung der Behörde in dem Sinne, dass sie „vorbehaltlich neuer Erkenntnisse“ nicht gegen die Vereinbarung

<sup>50</sup> Vgl. KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101, 8 Rn. 106 (Ausschluss der Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV „auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen“).

<sup>51</sup> Vgl. KOMM., Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG, ABl. 2004 C 101, 8 Rn. 106 (mit dem Beispiel der Beteiligung eines Marktbeherrschers an einem Nicht-Vollfunktions-GU, das zwar als wettbewerbsbeschränkend eingestuft werde, aber die Zusammenlegung erheblicher Vermögenswerte mit sich bringe).

<sup>52</sup> Lober in Schulte/Just Rn. 3.

<sup>53</sup> Vgl. Bechtold/Bosch, § 2 GWB, Rn. 6.

<sup>54</sup> So auch jüngst bestätigt durch EuGH 3.5.2011 – C-375/09, www.curia.eu – Tele2 Polska.

einschreiten wird.<sup>55</sup> Dafür genügt die ermessensfehlerfreie Verneinung eines Verfolgungsinteresses, ohne dass eine abschließende inhaltliche Prüfung oder Stellungnahme zur Vereinbarkeit mit § 1 GWB oder zur Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen nach § 2 GWB erforderlich wäre. Trotz der fehlenden autoritativen inhaltlichen Aussage über die materielle Rechtmäßigkeit der Vereinbarung und der fehlenden Bindungswirkung gegenüber anderen Kartellbehörden, Gerichten oder sonstigen Dritten wird der „Unbedenklichkeits-“, oder „Nichttätigkeitsentscheidung“ nach § 32c GWB eine **erhebliche faktische Bedeutung** zugebilligt, da sie die kartellrechtliche Beurteilung durch andere Rechtsanwender maßgeblich beeinflussen kann.<sup>56</sup> Die Unternehmen haben daher regelmäßig ein starkes Interesse am Erlass einer solchen Entscheidung, aber (grundsätzlich) keinen Anspruch darauf.<sup>57</sup> Ob die Behörde eine Entscheidung nach § 32c GWB erlässt, steht vielmehr in ihrem pflichtgemäßen Ermessen.<sup>58</sup> Die erklärte Hoffnung der Bundesregierung auf eine „Verbreyterung der bislang sehr schmalen Anwendungspraxis zu § 32c GWB“<sup>59</sup> hat sich nicht erfüllt. Schon früh ist in der Literatur angenommen worden, dass das BKartA auf der Basis des § 32c GWB offenbar nur wichtige „Leitentscheidungen“ treffen will.<sup>60</sup> Ausweislich der Tätigkeitsberichte hat das BKartA während der Zeit vom Inkrafttreten der Vorschrift am 1.7.2005 bis einschließlich 2010 in lediglich sieben Fällen eine auf § 32c GWB gestützte Entscheidung getroffen, von denen insgesamt sechs im Bereich des Kartellverbots (§§ 1–3 GWB) angesiedelt waren. Auch der neueste Tätigkeitsbericht des BKartA für die Jahre 2011 und 2012 lediglich ein abgeschlossenes Verfahren nach § 32c GWB auf.<sup>61</sup> Dieses betraf den Anwendungsbereich des § 19 GWB aF.<sup>62</sup> Es ist nicht davon auszugehen, dass das BKartA von dieser restriktiven Handhabung in Zukunft abweichen wird.

- 30 Sofern die Kartellbehörde gegen eine Vereinbarung wettbewerbliche Bedenken hat, können die Unternehmen versuchen, diese durch das Angebot von sog. **Verpflichtungszusagen** auszuräumen. Ist die Behörde damit einverstanden, wird sie die angebotenen strukturellen oder verhaltensbezogenen Maßnahmen der Unternehmen nach **§ 32b Abs. 1 GWB** für bindend erklären. Diese Entscheidung hat ebenfalls nur zum Inhalt, dass die Behörde gegen die Vereinbarung nicht vorgehen wird, vorbehaltlich der in Abs. 2 aufgelisteten (begrenzten) Gründe für eine Aufhebung der Verfügung und Wiederaufnahme des Verfahrens. Sie entfaltet daher auch nur zu einer **Selbstbindung der entscheidenden Behörde** und entfaltet darüber hinaus lediglich eine – wenn auch erhebliche – **faktische Wirkung** ohne rechtliche Bindung **gegenüber** anderen Behörden, Gerichte oder sonstigen **Dritten**.
- 31 Die Unternehmen sind somit prinzipiell darauf angewiesen, sich selbst Klarheit über die kartellrechtliche Zulässigkeit ihrer Vereinbarungen zu verschaffen. Angesichts der weiten und unbestimmten Tatbestandsmerkmale sowohl des Kartellverbots in § 1 GWB als auch der generalklauselartigen Ausnahmenvorschrift in § 2 Abs. 1 GWB ist die erforderliche kartellrechtliche „**Selbsteinschätzung**“ oder „Selbstveranlagung“ vielfach **mit erheblichen Unsicherheiten verbunden**.<sup>63</sup> Inwieweit die Bereitschaft der Kartellbehörden zu informellen Auskünften besteht, bleibt abzuwarten.<sup>64</sup> Auf der anderen Seite hat die Ab-

<sup>55</sup> Darin liegt der Sache nach die Zusicherung der Unterlassung eines Verwaltungshandelns iSd § 38 VwVfG.

<sup>56</sup> Vgl. Bechtold/Bosch § 32c GWB Rn. 2.

<sup>57</sup> Eine „Ermessensreduzierung auf Null“ wird in der Literatur als „zwar theoretisch, nicht aber praktisch vorstellbar“ angesehen, so zB Bornkamm in Bunte § 32c Rn. 15; Bach → § 32c Rn. 13.

<sup>58</sup> Bornkamm/Tolkmitt in Bunte § 32c Rn. 6, 8; Bechtold/Bosch § 32c Rn. 3.

<sup>59</sup> Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum TB 2005/2006 des BKartA, BT-Drs. 16/5710, VI.

<sup>60</sup> Vgl. Karl/Reichelt DB 2005, 1436 (1439).

<sup>61</sup> BT-Drs. 17/13675, 132 f., 134 f.

<sup>62</sup> BT-Drs. 17/13675, 132.

<sup>63</sup> Vgl. Heyers in FK-KartellR Rn. 7; Lober in Schulte/Just Rn. 5.

<sup>64</sup> Vgl. hierzu etwa BKartA, Merkblatt Mittelstandskooperationen (2007), Rn. 46 mit Angaben zum gewünschten Inhalt einer solchen Anfrage. Zur generellen Bedeutung informeller Auskünfte (auch außerhalb

schaffung des Anmeldesystems zur Konsequenz, dass **den Kartellbehörden eine wichtige Informationsquelle** fehlt, eine effektive Überwachung freigestellter Vereinbarungen behindert und letztlich die praktische Wirksamkeit des Kartellverbots teilweise untergräbt. Die dem BKartA zur Kompensation des drohenden Transparenzverlustes<sup>65</sup> eingeräumte Enquetebefugnis nach § 32e GWB dürfte dafür jedoch kaum ausreichen.<sup>66</sup>

**4. Praktische Bedeutung.** Die administrative Legalisierung von Kartellen hatte ursprünglich eine erhebliche praktische Bedeutung erlangt. In den Jahren nach der Jahrtausendwende wurden dagegen nur noch relativ wenige Vereinbarungen beim BKartA angemeldet. So betrug die Zahl der Anmeldungen im Jahr 2003 noch 74, im Jahr 2004 dagegen nur noch 28 Fälle.<sup>67</sup> Dies hängt mit dem **erweiterten Anwendungsvorrang des europäischen Kartellrechts** bei zwischenstaatlichen Sachverhalten<sup>68</sup> und der gleichzeitigen Einführung des Legalausnahmeprinzips durch die VO 1/2003 zusammen, die am 1.5.2004 in Kraft trat und zu einer erheblichen Reduzierung des Bedürfnisses für die Anmeldung und administrative Freistellung von Kartellen nach dem damals noch geltenden Recht der 6. GWB-Novelle (die Änderungen aus der 7. GWB-Novelle traten erst zum 1.7.2005 in Kraft) führte. In einigen Fällen sah sich das BKartA gezwungen, trotz Verfehlung der Freistellungs Voraussetzungen nach nationalem Recht wegen der großzügigeren Regelung im europäischen Kartellrecht von einer Untersagung abzusehen.<sup>69</sup> Im neuen Recht bewirkt das mit § 2 GWB auch innerstaatlich verwirklichte Konzept der Legal Ausnahme, dass in allen Fällen eines Verstoßes gegen § 1 GWB die Anwendung der Freistellungs norm zumindest zu prüfen ist. Allerdings führt der Zwang zur **parallelen Anwendung von Art. 101 AEUV** bei Sachverhalten mit zwischenstaatlichem Bezug (Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003, § 22 Abs. 1 GWB) dazu, dass der Legalisierung nach **§ 2 GWB wirklich eigenständige Bedeutung nur in Fällen mit lokalen oder regionalen Auswirkungen** zukommt. Insoweit erfasst die Übernahme des europäischen Systems der Gruppenfreistellungsverordnungen einerseits (§ 2 Abs. 2 GWB) und einer umfassenden Generalklausel als Auffangtatbestand andererseits (§ 2 Abs. 1 GWB) eine Vielzahl von wettbewerbsbeschränkenden, aber überwiegend effizienzfördernden Vereinbarungen, nimmt sie vom Kartellverbot aus und bewahrt sie so mit konstitutiver Wirkung vor dem Schicksal zivilrechtlicher Unwirksamkeit. Dabei ist die praktische Relevanz der Generalklausel vor allem im Bereich horizontaler Verhaltenskoordinationen nicht zu unterschätzen, während effizienzsteigernde Vertikalvereinbarungen wohl überwiegend schon unter die weit gefassten Gruppenfreistellungsverordnungen für vertikale Vertriebsvereinbarungen (VO 2022/720) und Technologietransfer-Vereinbarungen (VO 316/2014) sowie ggf. noch unter die jetzt nur noch mit einem beschränkten eigenständigen Anwendungsbereich ausgestattete GVO für den Kfz-Sektor (VO 461/2010) fallen dürften.<sup>70</sup> Seit der Abschaffung der Administrativfreistellung lässt sich diese praktische Relevanz allerdings aufgrund des Transparenzverlustes nicht mehr anhand konkreter Fallzahlen feststellen.<sup>71</sup>

---

dieses Bereichs) als „tatsächliche, wenn auch nicht rechtliche Präjudizierung“ der betreffenden Kartellamtsmitarbeiter Bornkamm/Tolkmit in Bunte § 32c Rn. 13.

<sup>65</sup> Vgl. BegrRegE, BT-Drs. 15/3640, 34.

<sup>66</sup> So auch Schneider in Bunte Rn. 10.

<sup>67</sup> BKartA TB 2003/2004, 232.

<sup>68</sup> Die Regelung des Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 hat der deutsche Gesetzgeber zur Klarstellung in § 22 Abs. 2 GWB übernommen.

<sup>69</sup> Vgl. zB die Einkaufskooperation zweier Bundesländer zur Beschaffung von Polizeidienstkleidung, die nach Ansicht des BKartAs nicht die Voraussetzung einer mittelständischen Kooperation nach § 4 Abs. 2 GWB aF erfüllte, BKartA TB 2003/2004, 40 (90 f.).

<sup>70</sup> So wie hier jetzt auch mit Hinweis auf die tendenziell höhere Relevanz für Horizontalvereinbarungen aufgrund ihrer weniger intensiven Regulierung durch GVOen Nordemann/Grave in LMRKM Rn. 33; vgl. auch Müller WRP 2004, 1472 (1473).

<sup>71</sup> Vgl. BKartA TB 2005/2006, 10; Nordemann in LMRKM, 3. Aufl. 2016, Rn. 14.

#### IV. Auslegungsgrundsätze

- 33 **1. Europäische Auslegung und Relevanz der bisherigen deutschen Entscheidungspraxis.** Angesichts der generalklauselartigen Weite und Unbestimmtheit vor allem der allgemeinen Freistellungskriterien des § 2 Abs. 1 GWB besteht vor allem außerhalb des Anwendungsbereiches der Gruppenfreistellungsverordnungen ein dringendes Bedürfnis nach konkretisierenden Vorgaben für die Auslegung.<sup>72</sup> Der Aspekt der Rechtssicherheit und die vom Gesetzgeber bewusst herbeigeführte „Synchronisierung“ des deutschen mit dem europäischen Kartellrecht gebieten insofern eine **prinzipielle Orientierung an der bisherigen Anwendungspraxis zu Art. 101 Abs. 3 AEUV**.<sup>73</sup> Fraglich ist allerdings, wie weit diese gehen soll oder muss und welche Bedeutung der bisherigen deutschen Entscheidungspraxis für die Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 2 Abs. 1 GWB künftig noch zukommt.
- 34 Das seinerzeit noch im Gesetzentwurf der Bundesregierung zur 7. GWB-Novelle enthaltene **rechtsverbindliche Gebot der „europafreundlichen Anwendung“** ist **nicht eingeführt** worden. § 23 GWB-E lautete: „Die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts sind bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 GWB maßgeblich zugrunde zu legen, soweit hierzu nicht in diesem Gesetz besondere Regelungen enthalten sind“.<sup>74</sup> Diese Formulierung war überwiegend auf Kritik gestoßen, insbesondere weil sie in ihrer Rechtswirkung und Reichweite unklar war sowie die Gefahr heraufbeschwor, den Meinungsäußerungen der Kommission in ihren Bekanntmachungen und Leitlinien eine rechtsverbindliche Qualität im Verhältnis zu deutschen Behörden und Gerichte zuzubilligen.<sup>75</sup> Zudem wurde die Notwendigkeit einer solchen Regelung bezweifelt. So führte der Bundesrat in seiner Stellungnahme aus: „Dass das künftig eng an das europäische Recht angepasste Kartellgesetz im Lichte eben dieser europäischen Regeln auszuliegen sein wird, ist eine methodische Selbstverständlichkeit“. Unklar bleibt freilich, ob damit mehr ausgesagt werden soll als das Erfordernis, bei der Auslegung den eindeutigen Willen des Gesetzgebers zu einer Angleichung an das europäische Recht zu berücksichtigen. Dieser Sachverhalt unterscheidet sich jedenfalls deutlich von der Verpflichtung zur Umsetzung einer unionsrechtlichen Richtlinie und das daran anknüpfende Gebot einer richtlinienkonformen Auslegung der angeglichenen nationalen Rechtsvorschriften. Im Gegensatz dazu bleibt § 2 GWB autonom harmonisiertes nationales Recht, bei dem grundsätzlich keine Auslegungskompetenz des EuGH nach Art. 267 AEUV (bis zum Inkrafttreten des Vertrags von

<sup>72</sup> Die auf unionsrechtlicher Ebene teilweise geäußerten Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit und Justiziabilität der Parallelnorm des Art. 101 Abs. 3 AEUV bei direkter Anwendung als Legalausnahme, vgl. insbesondere Mestmäcker/Schweitzer, Voraufgabe, 2004, § 13 Rn. 15 ff.; Monopolkommission, Sondergutachten 28, 1999, Rn. 18, greifen im Ergebnis nicht durch, ebenso Weitbrecht EuZW 2000, 496 (497); Hirsch ZWeR 2003, 233 (238) („nicht unjustizabel“); Schaub WuW 1999, 1055 (1063 f., 1066) (unbestimmte Rechtsbegriffe durch jahrzehntelange Kommissionspraxis und Rechtsprechung hinreichend konkretisiert). Die Verwendung unbestimmter, generalklauselartiger Rechtsbegriffe, deren Konkretisierung im Einzelfall eine Abwägung widerstreitender Interessen und komplexer ökonomischer Bewertungen unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs bzw. die Erhaltung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs gerichteten Normzwecks voraussetzt, ist geradezu ein Charakteristikum moderner Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen inner- und außerhalb Europas, vgl. näher Fuchs ZWeR 2005, 1 (19 f.).

<sup>73</sup> Für eine weitgehende Übernahme der zu Art. 101 Abs. 3 AEUV ergangenen Rechtsprechung und Entscheidungspraxis der Kommission Nordemann in Loewenheim/Grave et al. Rn. 16 ff.; Schneider in Bunte § 2 Rn. 5; noch weitergehend BegrRegE, BT-Drs. 15/3640, 23.

<sup>74</sup> BegrRegE, BT-Drs. 15/3640, 9; ausführlich zu § 23 GWB-E und dem Gesetzgebungsprozess Herbers S. 74 ff.

<sup>75</sup> Vgl. BKartA TB 2003/2004, 13; Dreher WuW 2005, 251 sowie die Stellungnahmen in: Deutscher Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit, 15. Wahlperiode, Materialien für die öffentliche Anhörung am 20.9.2004 in Berlin zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – Drucksache 15/3640), Ausschussdrucksache 15 (9)1333 v. 17.9.2004, insbesondere von Fuchs S. 48 f., Böge S. 58, Dreher S. 83 f.