

1. Kapitel: Einleitung

I. Einführung

Das Kartellrecht hat im modernen Wirtschaftsrecht einen festen Platz eingenommen und ist nicht mehr wegzudenken. Neben umfassender wissenschaftlicher Auseinandersetzung kommt ihm va auch erhebliche Praxisrelevanz zu. So sind Unternehmen gut beraten, die einschlägigen Vorschriften zu beachten. Ein zentraler Faktor für Letzteres sind freilich die auffallend hohen Bußgelder, die bei einem Verstoß gegen nationales, aber insbesondere auch europäisches Wettbewerbsrecht drohen.¹ Daneben erregen solche Kartelle immer öfter auch mediales Interesse, was so wohl auf nur wenige Rechtsbereiche zutreffen wird.

Bei aller „Schärfe“, die das Kartellrecht mittlerweile aufweist, existieren aber freilich auch Schranken dieser Verbote, deren präzise Bestimmung naturgemäß va aus Sicht der betroffenen Unternehmen von Interesse ist:

Eine solche Schranke stellt das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit dar. Vergleichbar mit dem bereits im römischen Recht geltenden Grundsatz „de minimis non curat praetor/lex“² fordert dieses Kriterium eine gewisse Mindestintensität, die erfasste Sachverhalte aufweisen müssen, um tatsächlich in den Anwendungsbereich va des Kartellverbotes zu fallen. Wie ganz generell im Kartellrecht fließen dabei besonders auch in den mit der Spürbarkeit verbundenen Fragen ökonomische Gesichtspunkte mit ein,³ infolge derer eine fundierte Beurteilung merklich

¹ So wurde jüngst von der Kommission eine Geldbuße von insgesamt € 2,93 Mrd gegen LKW-Hersteller verhängt; Pressemitteilung vom 19. 7. 2016, IP/16/2582.

² Dazu *Klingenberg*, in FS Knütel 509; vgl weiterführend und im Hinblick auf andere Rechtsbereiche auch den Beitrag von *Matscher*, in GS Mayer-Maly 333; *Holzhauser*, ZRP 2010, 236; zur Geschichte dieses Gedankens und speziell der Spürbarkeit im Kartellrecht als Anwendungsfall desselben auch *Terhechte*, Die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale 348 FN 804 mwN.

³ Vgl nur etwa Nr 24 der „allgemeinen“ Leitlinien zur Anwendung von Art 81 Abs 3 EG-Vertrag (heute Art 101 Abs 3 AEUV), ABl C 101 vom 27. 4. 2004, S 97,

an Komplexität gewinnt. So kommt seit jeher etwa Marktanteilen va bei der Frage um die anzuwendenden Kriterien der Spürbarkeit eine zentrale Rolle zu. Dieser Ansatz beruht nicht zuletzt auf den Bemühungen der Europäischen Kommission, die seit nunmehr über 40 Jahren laufend sogenannte Bagatell- oder De-minimis Bekanntmachungen erlässt, in denen va anhand von klaren Marktanteils Grenzen die Beurteilung der Spürbarkeit für den Normanwender erleichtert werden soll. Die aktuelle Bekanntmachung stammt aus 2014.

Neben den Erwägungen der Kommission ist freilich im europäischen Wettbewerbsrecht ganz generell und damit auch bei Fragen der Spürbarkeit die Rechtsprechung der europäischen Gerichte zu beachten, wobei naturgemäß der EuGH als europäisches Höchstgericht eine zentrale Rolle einnimmt. Va infolge seines Urteils in der Rs *Expedia* hat die Diskussion um die Spürbarkeit auf europäischer Ebene eine markante Weiterentwicklung erfahren. Inhaltlich wurde mit dieser Entwicklung eine merkliche Verknüpfung der Spürbarkeit mit der alternativen Begehungsform „bezweckter“ Wettbewerbsbeschränkungen erreicht.⁴ So war es auch dieses Urteil, das die Kommission zum Anlass genommen hat, um solche nunmehr generell von ihrer aktuellen De-minimis Bekanntmachung auszunehmen.⁵ Nicht zuletzt daran zeigt sich auch die starke Verflechtung der Spürbarkeit mit den übrigen Tatbestandsmerkmalen von Art 101 Abs 1 AEUV.

Die Spürbarkeit ist mittlerweile aber auch kein einheitliches Tatbestandskriterium mehr, sondern hat eine wichtige Differenzierung erfahren. So sind im Tatbestand des Kartellverbotes zwei „Spürbarkeiten“ anerkannt: Sowohl die bezweckte/bewirkte Wettbewerbsbeschränkung als auch die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels müssen ein gewisses Mindestmaß erreichen, um den Tatbestand voll zu erfüllen.⁶ Aufgrund der weitgehend identen Auslegung des letzteren Kriteriums in den Art 101 und 102 AEUV,⁷ fließen hier auch die Entwicklungen aus der Rechtsprechung zum Missbrauchsverbot in die Auslegung mit ein.

wonach in der Spürbarkeit bewirkter Wettbewerbsbeschränkungen der von der Kommission verfolgte wirtschaftliche Ansatz zum Ausdruck kommt.

⁴ Vgl dazu bereits den vorab erschienenen Beitrag des Verfassers in wbl 2015, 609.

⁵ Nr 2, ABl C 291 vom 30. 8. 2014, S 1.

⁶ Vgl zu diesen beiden „Bezugspunkten“ der Spürbarkeit auch *Terhechte*, Die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale 140 ff.

⁷ Für viele *Kirchhoff* in *Bornkamm/Montag/Säcker*, MüKomm I² Art 101 AEUV, Rz 487; *Hengst* in *Langen/Bunte*, Europäisches Kartellrecht¹² Art 101 AEUV, Rz 288; *Huttenlauch/Lübbig* in *Loewenheim et al*, Kartellrecht³ Art 102 AEUV, Rz 298.

Die Frage der Spürbarkeit im europäischen Kartellrecht ist somit im Ausgangspunkt als jene eines tatbestandlichen Mindestmaßes zu verstehen. Je nach Bezugspunkt weist sie jedoch schon im nächsten Gedankenschritt unterschiedliche Charakteristika auf, denen für eine fundierte Beurteilung angemessene Rechnung zu tragen ist. In Summe ergibt sich damit die Herausforderung, die Spürbarkeit im europäischen Kartellrecht als diesen Ausgangspunkt in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen und unter Bezugnahme auf die jeweils mit ihr verbundenen übrigen Tatbestandsmerkmale herauszuarbeiten und so dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des europäischen Kartellrechts fundiert und ganzheitlich zu erfassen. Die vorliegende Untersuchung nimmt sich dieser Aufgabe an.

II. Zu Gegenstand, Aufbau und Methode der Untersuchung

1. Wie gerade ausgeführt, kann die Spürbarkeit als ein erforderliches Mindestmaß an Wettbewerbsbeschränkung bzw Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels verstanden werden.⁸ Ebenjenes Verständnis beschreibt auch den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung: „Die Spürbarkeit im europäischen Kartellrecht“ wird dabei nicht in einem allzu strengen begriffsjuristischen Ansatz,⁹ sondern vielmehr generell als dieses erforderliche Mindestmaß von Wettbewerbsbeschränkung und Handelsbeeinträchtigung im europäischen¹⁰ Kartellrecht untersucht.

In normativer Hinsicht im Zentrum der Untersuchung steht Art 101 Abs 1 AEUV. Im Hinblick auf Art 101 Abs 3 sowie Art 102 AEUV werden punktuelle Abgrenzungsfragen anzusprechen sein. Speziell im Hinblick auf die Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels wird aber auch versucht, den für den Untersuchungsgegenstand maßgeblichen Entwicklungen in den Erwägungen zu Art 102 AEUV angemessen

⁸ So spricht auch *Mestmäcker* in *Hoppmann/Mestmäcker*, Normenzwecke und Systemfunktionen 27 von der Spürbarkeit als Grad der Wettbewerbsbeschränkung. Vgl auch bereits *Spormann*, WuW 1970, 459 (466), zur Ausgangsrechtsprechung des EuGH.

⁹ Vgl zur Begrifflichkeit *Scheufele*, AWD 1970, 385 (385). Hinzuweisen ist hier auch auf *Mestmäcker* in *Hoppmann/Mestmäcker*, Normenzwecke und Systemfunktionen 44 ff, welcher gewissermaßen konzeptionelle Unterschiede zwischen der Prüfung der Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung und der Prüfung der Wesentlichkeit im Rahmen einer Bagatellklausel erkennt.

¹⁰ Untersuchungen zum deutschen Recht finden sich bei *Rahlmeyer*, Die Spürbarkeitsprüfung; *Schneider*, Das Bagatellkartell.

Rechnung zu tragen, wobei sich freilich die jeweils erfassten Fallgestaltungen bereits im Ausgangspunkt voneinander unterscheiden.

2. Der Hauptteil der nachstehenden Untersuchung folgt in seinem Aufbau der mittlerweile anerkannten Differenzierung zwischen den beiden Spürbarkeiten und gliedert sich demnach in zwei große Teile: So wird im zweiten Kapitel die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung untersucht, ehe im dritten Kapitel auf die Spürbarkeit der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels eingegangen wird.¹¹ Im vierten Kapitel schließt die Untersuchung mit einer Schlussbetrachtung und rechtspolitischen Bewertung der Ergebnisse sowie den Verzeichnissen.

Die Untersuchung in den beiden Hauptkapiteln folgt jeweils demselben Aufbau:

- So werden zunächst die Grundsätze der Rechtsprechung zu den mit der jeweiligen Spürbarkeit im Zusammenhang stehenden Tatbestandskriterien aufgezeigt, ehe daran anschließend eine chronologische Aufarbeitung der Judikatur speziell zur Frage der jeweils behandelten Spürbarkeit erfolgt.

Hier ist freilich darauf hinzuweisen, dass die europäische Rechtsprechung bekanntlich des Öfteren Aussagen wählt, die ihrerseits erheblichen Spielraum für Interpretation belassen. Um die Auslegung klar an der Originalaussage zu halten und Unschärfen aufgrund eigener Formulierungen bereits im Ausgangspunkt zu vermeiden, werden va in den jeweiligen chronologischen Aufarbeitungen der Rechtsprechung zentrale Stellen wörtlich (kursiv und unter Anführungszeichen) bzw am Wortlaut angelehnt (nur Anführungszeichen) wiedergegeben, ehe sie im Detail besprochen werden. Der Grundcharakter dieser Kapitel bleibt aber weitgehend aufarbeitender Natur. Um speziell in diesen Abschnitten einen verhältnismäßigen Fußnotenapparat zu wahren und va auch Doppelgleisigkeiten zu vermeiden, werden daher auch Literaturzitate und -diskussionen verstärkt in den analytischen Teilen der Untersuchung Beachtung finden. Lediglich wo es einem besseren Verständnis zuträglich ist, sollen sie bereits bei den Einzelurteilen Eingang finden.

- In einem zweiten Untersuchungsschritt wird die Entwicklung bzw ihr momentaner Stand in den einschlägigen Bekanntmachungen bzw Leit-

¹¹ Vgl zu diesen beiden „Bezugspunkten“ der Spürbarkeit auch *Terbechte*, Die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale 140 ff. *Roth/Ackermann* in *W. Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder*, *FraKomm II* (EL 68) Grundfragen Art 81 Abs 1 EG, Rz 397 differenzieren insoweit zwischen materieller und jurisdiktioneller Spürbarkeit.

linien der Kommission ermittelt, wobei auch die jeweiligen Bezüge zur Rechtsprechung dargelegt werden sollen. Das soeben zur literarischen Diskussion Gesagte gilt für diese Kapitel entsprechend.

- Im Spiegel dieser Rechtsprechung und Kommissionsdokumente sowie unter eingehender Beachtung der Diskussionen in der wissenschaftlichen Fachliteratur erfolgt schließlich im dritten Schritt in beiden Kapiteln die Analyse der jeweiligen Spürbarkeit und ihrer Verbindungen zu anderen Tatbestandsmerkmalen des Art 101 Abs 1 AEUV.

3. In methodischer Hinsicht wird va teleologischen Gesichtspunkten Bedeutung zukommen, wobei hier versucht wird und werden muss, auch ökonomischen Grundsätzen angemessen Rechnung zu tragen und diese in die Auslegung und Analyse mit einfließen zu lassen,¹² was überdies dem die jüngere Diskussion bekanntlich prägenden „more economic approach“ gerecht werden sollte. Die übrigen Auslegungsmethoden vermögen demgegenüber meistens vergleichsweise wenig beizutragen: So erscheint speziell zur Frage des (ungeschriebenen) Tatbestandsmerkmals der Spürbarkeit eine Wortlautinterpretation bereits im Ausgangspunkt wenig sinnvoll. In historischer Hinsicht ergibt sich dementsprechend ebensowenig, zumal die Spürbarkeit va auch durch die Rechtsprechung weiterentwickelt wurde. In systematischer Hinsicht werden va die Abgrenzungsfragen zu Art 101 Abs 3 und Art 102 AEUV anzusprechen sein.

Speziell im Hinblick auf die mit der Spürbarkeit verflochtenen Tatbestandsmerkmale wird dies freilich punktuell anders sein. An den gegebenen Stellen wird daher auf die entsprechenden Methoden zurückgegriffen werden. Methodische Sonderfragen werfen auch die Dokumente der Kommission auf.

¹² Vgl dazu in grundsätzlicher methodischer Hinsicht den Beitrag von W. *Schubmacher*, in FS Frotz 661 und besonders 666 – 671.