

Festschrift für Anton K. Schnyder

Herausgegeben von

Pascal Grolimund
Alfred Koller
Leander D. Loacker
Wolfgang Portmann

Festschrift für Anton K. Schnyder

zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Pascal Grolimund

Alfred Koller

Leander D. Loacker

Wolfgang Portmann

Schulthess § 2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2018
ISBN 978-3-7255-7364-6

© Umschlagbild: Fotolia/lil_22

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	XV

Zur Person

LEANDER D. LOACKER Anton K. Schnyder – ein Portrait	XXIII
GION JEGHER Eine Reihe von schönen Tagen	XXXIII

I Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Schiedsgerichtsbarkeit sowie nationales Verfahrensrecht

JÜRGEN BASEDOW <i>Soft Law</i> im Kollisionsrecht – Anmerkungen zu den Haager Grundsätzen über die Rechtswahl	3
HARALD BAUM Die Anwendung des «falschen» Rechts durch ein Schiedsgericht	19
LUKAS BOPP Die Anerkennung ausländischer Restschuldbefreiung in der Schweiz unter Einbezug der EU-Insolvenzverordnung	35
GIAN ANDRI CAPAUL Zum Anknüpfungszeitpunkt im internationalen Erbrecht	49
DIETMAR CZERNICH Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in der Schiedsgerichtsbarkeit	63

WOLFGANG ERNST / PREDRAG SUNARIC Zum Gebrauch von EU-Recht durch Schweizer Gerichte – IPRG Art. 13 und Privatrecht von EU-Mitgliedstaaten	79
ANDREAS FURRER / JUANA VASELLA «Transportkollisionsrecht» – Zur Rolle des IPR bei der grenzüberschreitenden Beförderung von Gütern	103
DANIEL GIRSBERGER / DIRK TRÜTEN Weltweite Parteiautonomie bei internationalen Handelsverträgen und ihre Grenzen	131
PASCAL GROLIMUND «Materialisierung von Kollisionsrecht»	145
FRANZ HASENBÖHLER / SONIA YAÑEZ Strengbeweis und Freibeweis in der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)	157
DOMINIQUE JAKOB Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und international-privatrechtlicher Perspektive	171
PETER JUNG Stille Gesellschaften im internationalen Verhältnis	187
JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ Schiedsklausel und ihre Bedeutung für den Immunitätsverzicht sowie für die Voraussetzung der Binnenbeziehung im Erkenntnis- und Vollstreckungs- verfahren	209
MANUEL LIATOWITSCH Das anwendbare Recht bei der deliktischen Haftung der Gesellschaft für ihre Organe im internationalen Konzern	225
ALEXANDER R. MARKUS / ZINA CONRAD Einstweiliger Rechtsschutz – international	235

DOROTA PACZOSKA KOTTMANN Schiedsverfahren, Insolvenz und die verfängliche Qualifikation unter besonderer Berücksichtigung des polnischen Rechts	251
STEFANIE PFISTERER Die Befristung der Schiedsvereinbarung und die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts <i>ratione temporis</i> – eine Illusion?	275
RODRIGO RODRIGUEZ Ein neues internationales Insolvenzrecht für das IPRG	295
IVO SCHWANDER Sonderanknüpfung? Sonderanknüpfungen und «Sonderanknüpfungen»!	315
KURT SIEHR Anerkennung ausländischer Entscheidungen bei Leihmutterchaften auf Wunsch von Inländern	327
MIGUEL SOGO Streitgegenstand und Parteiautonomie im Zivilprozess und Betreibungsverfahren	341
DANIEL STAEHELIN Die Revision des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts und das UNCITRAL Model Law	357
PETER STRICKLER Kollisionsrecht im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren – der Spagat zwischen Universalität und Sonderanknüpfung	373
FABIAN SUTER Überlegungen zum Ordre public-Charakter des Pflichtteilsrechts	385
CLAUDIO WEINGART Nachlassplanung, Nachlassspaltung, Nachlasskonflikt und EU-Erbrechtsverordnung	395

CORINNE WIDMER LÜCHINGER
Die Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts nach Art. 19 IPRG 427

ANDREAS WIEDE
Freie Wahl von Billigflaggen und kollisionsrechtlicher Arbeitnehmerschutz –
Ein Fallbeispiel zur Regelbildung 455

II Schuldrecht, insbesondere Vertrags- und Haftpflichtrecht

DOMENICO ACOCELLA
Rechtsdogmatik und Legitimation eines vertraglichen Rückabwicklungs-
verhältnisses bei Vertragsentstehungsmängeln 493

NOEMI BHALLA / ISAAK MEIER / NICOLA MÜLLER
Airbnb aus Sicht des schweizerischen Rechts 515

PETER BREITSCHMID / ANNINA VÖGELI
Haftungsrisiken des Beraters bei «Umgehungstatbeständen» am Beispiel
von Art. 527 Ziff. 4 ZGB 547

CHRISTIAN HEIERLI
Geldwäscher als «Begünstigter» (Art. 50 Abs. 3 OR) 565

HELMUT HEISS
Unklarheiten der Unklarheitenregel – insbesondere in ihrem Verhältnis
zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre 589

ALFRED KOLLER
Der vermittelte Ehe- oder/und Lebenspartner – Bemerkungen zu
Art. 406a–406h OR – ein Überblick 611

ERNST A. KRAMER
Eine neue Fallstruktur zu den Reflexschäden: Zweifelsfragen zu BGE 142 III 433 621

AHMET KUT / DAVID VASELLA
Das Deliktsrecht nach dem Entwurf für ein «OR 2020» – ausgewählte Aspekte ... 631

LEANDER D. LOACKER Arbeitsrechtliche Aspekte genetischer Untersuchungen beim Menschen	647
HANS NIGG Die Krux der Anwendung der Adäquanzformel	681
WOLFGANG PORTMANN Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Kontext – Bewährtes und Neues im Licht aktueller Herausforderungen	699
HANS RUDOLF TRÜEB Smart Contracts	723
MARC WEBER Freizeichnungsklauseln in Auktionsbedingungen	735
 III Versicherungsrecht	
HANS-ULRICH BRUNNER Zum «Regressobligatorium» nach Art. 65 Abs. 3 SVG	755
ANDREA EISNER-KIEFER Die Revisionen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag: Neues Spiel, neues Glück?	769
WALTER FELLMANN Brokervertrag als multilateraler Innominatvertrag – vom Umgang mit dem Interessenkonflikt des Brokers	797
MARIO GASSNER / MARTINA TSCHANZ Die Weiterentwicklung des liechtensteinischen Versicherungsrechts ab 2006	813
CHRISTOPH K. GRABER Geschäftsführung und Folgepflicht in der offenen Mitversicherung	839

MORITZ W. KUHN
Zulässigkeit der Rückversicherungstätigkeit aus dem Ausland in der Schweiz –
Auslegung von Art. 2 Abs. 2 lit. a VAG 853

ANDREA PFLEIDERER
Die aufschiebende Wirkung und das Verfahren bei der Rückerstattung von
unrechtmässig erbrachten Leistungen im Sozialversicherungsrecht 867

IOANNIS ROKAS
Occurrence of the risk due to an intentional act by the policyholder in a
fire insurance on account of a third party and the insurable interest of the bank
which has a pre-notice of a mortgage on the insured building 877

MARTIN SCHAUER
Die Entscheidung des EuGH «Endress/Allianz» und ihre Folgen für das
österreichische Recht 893

MANFRED WANDT
Die Gruppenversicherung in den Principles of European Insurance
Contract Law (PEICL) 903

ROLF H. WEBER / RAINER BAISCH
«Nudging» im Versicherungssektor 925

IV Gesellschaftsrecht

MARC AMSTUTZ
Kodifikation des Konzernrechts? Was der Gesetzgeber von Cosimo de' Medici
(1389–1464) lernen kann 947

PETER BÖCKLI
Kommanditaktiengesellschaft: Drei Fragen zu einem Mischwesen
des Gesellschaftsrechts 973

CHRISTOPH B. BÜHLER
Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung 989

JEAN NICOLAS DRUEY Konzerntransparenz	1017
LUKAS HANDSCHIN / LUCA KENEL Voraussetzungen und Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR	1035
LAURENT KILLIAS Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten – Königsweg oder Sackgasse?	1053
HANS CASPAR VON DER CRONE / MERENS CAHANNES Die Societas Unius Personae (SUP) aus Schweizer Sicht	1069
 V Internationales und nationales Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs- und Kartellrecht	
STEPHAN BREITENMOSER / ROBERT WEYENETH Sprünge der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen in öffentlich-rechtliche Untiefen	1093
IVO LORENZO CORVINI-MOHN Wein und Recht – die Geschichte eines geschichtsträchtigen Seminars	1113
JOACHIM FRICK Die Zukunft grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen	1123
ANDREAS HEINEMANN Die internationale Reichweite des Kartellrechts	1135
MARKUS HESS Zunehmende Unklarheiten im Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Gedanken an Beispielen aus dem Anleger- und Konsumentenschutzrecht	1163

RETO M. HILTY Innovationsförderung durch Schutzbegrenzungen – ein Plädoyer für die Zwangslizenz	1179
CLAIRE HUGUENIN / OLIVER DREYER Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstößen	1197
PETER NOBEL Wirtschaftsrecht und wirtschaftliche Betrachtungsweise	1217
MARK PIETH / INGEBORG ZERBES Geheimnisschutz. Vom Grundrecht zum Instrument wirtschaftlicher Machtsicherung	1241
PRZEMYSŁAW JANUSZ PRZEZAK Rechtliche Aspekte der Werbung und Verkaufsförderung von Medizinprodukten	1249
RALF MICHAEL STRAUB Der Konzern als Kartellrechtssubjekt	1269
ANDREAS THIER Überlegungen zu einer Geschichte des Wirtschaftsrechts in der Schweizerischen Eidgenossenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts – das Wettbewerbsrecht als Beispiel	1305
PHILIPP ZURKINDEN / BORIS WENGER Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht nach dem Bundesgerichtsurteil i.S. Gaba	1327

Verzeichnisse

Schriftenverzeichnis Anton K. Schnyder	1341
Betreute Dissertationen	1359

Die internationale Reichweite des Kartellrechts

Inhaltsübersicht	Seite
I. Einführung	1135
II. Grundlagen des Auswirkungsprinzips	1136
A. Völkerrechtliche Vorgaben	1137
B. Rechtsvergleichender Überblick	1139
C. Fazit	1148
III. Fallpraxis in der Schweiz	1148
A. Gaba	1148
B. Nikon	1149
C. BMW	1150
D. Weitere Fälle	1150
IV. Notwendigkeit einer Qualifikation?	1151
A. Unmittelbarkeit	1151
B. Wesentlichkeit	1155
C. Vorhersehbarkeit	1156
D. Einwände	1159
V. Ausblick	1160

I. Einführung

Art. 2 Abs. 2 Kartellgesetz (KG) legt das Auswirkungsprinzip zu Grunde: Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken. Der Ort, von dem aus diese Wirkungen veranlasst wurden, ist unerheblich. Über die Anforderungen an die «Auswirkungen» schweigt sich das Gesetz aus. Häufig werden qualifizierte Auswirkungen verlangt, die nach einer aus dem US-amerikanischen Antitrustrecht stammenden Unterteilung «unmittelbar» (*direct*), «wesentlich» (*substantial*) und «vernünftigerweise vorhersehbar» (*reasonably foreseeable*) sein sollen. Das Bundesverwaltungsgericht hat ein solches «qualifiziertes» Auswirkungsprinzip in den Entscheidungen *Gaba* (2013), *BMW* (2015) und *Nikon* (2016)¹ jedoch verworfen und einfache Auswirkungen genügen lassen. Das

¹ Nachweis unter III.

Bundesgericht ist dem in seinem *Gaba*-Urteil (2016) gefolgt. Die Gerichte haben zur Begründung eingehend auf die Überlegungen von TONI SCHNYDER Bezug genommen,² der in seiner Kommentierung zum Geltungsbereich des Kartellrechts im Münchener Kommentar die Bedeutung der Sachnormen in den Vordergrund gestellt hat: Relevante Auswirkungen sind dort zu verzeichnen, wo Sachnormen verletzt werden. Anders formuliert: Der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung wird durch die Verwirklichung eines zugehörigen Sachnormtatbestands ausgelöst.³ Die Kriterien der Unmittelbarkeit, Wesentlichkeit und Vorhersehbarkeit (wie immer auch sie auszulegen sind) entscheiden nach dieser Sichtweise nicht über die geographische Reichweite nationalen (oder im Fall der EU: supranationalen) Kartellrechts, sondern gehören zur Begründetheit der erhobenen Vorwürfe. Die Grundlagen für diesen Standpunkt hat der Jubilar in seiner wirkungsmächtigen Habilitationsschrift zum Thema «Wirtschaftskollisionsrecht» gelegt.⁴ Er hat hier den besonderen Stellenwert des Internationalen Wirtschaftsrechts innerhalb des Internationalen Privatrechts bestimmt: Das öffentliche Interesse an der geeigneten Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung ist der Parteidisposition entzogen; eine sachnormunabhängige Anknüpfung sei deshalb nur sehr eingeschränkt möglich.⁵

Die folgenden Überlegungen sind dem Jubilar in persönlicher Verbundenheit und in Dankbarkeit für die gemeinsamen Seminare im Internationalen Wirtschaftsrecht gewidmet.⁶ Auch wenn das Thema der internationalen Reichweite des Kartellrechts zumeist im Zusammenhang mit dem *public enforcement* durch Kartellbehörden behandelt wird, mahnt gerade das Werk des Jubilars dazu, die international-privatrechtlichen Aspekte nicht zu vernachlässigen.

II. Grundlagen des Auswirkungsprinzips

Kann man der Anwendung des schweizerischen Kartellgesetzes dadurch entgehen, dass man eine wettbewerbsbeschränkende Abrede nicht im Inland, sondern im Ausland trifft? Die Frage stellen heisst sie verneinen: Es wäre sonst ein Leichtes, das Kartellverbot zu umgehen. Soweit ersichtlich verlangt kein Staat der Welt (mehr), dass das eigene Kartellrecht nur bei einem Handlungsort im Inland Anwendung findet.⁷ Sobald aber nationa-

2 BVGer, 19.12.2013 – *Gaba*, RPW 2013/4, 750, Abschnitt 3.3; BVGer, 13.11.2015 – *BMW*, RPW 2015/4, 801, Abschnitt 2.3; BGer, 2C_180/2014 vom 28.6.2016 – *Gaba*, Abschnitt 3.2.3.

3 A.K. SCHNYDER, Einleitung G: Sachlicher, zeitlicher und räumlicher Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts. Extraterritoriale Anwendung, in: Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht, Band 1 – Europäisches Wettbewerbsrecht, hrsg. von G. Hirsch/F. Montag/F.J. Säcker, 1. Aufl., München 2007, Einl. Rn. 846 ff.

4 A.K. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, Zürich 1990.

5 *Ibid.*, z.B. Rn. 6.

6 Eine Frucht der gemeinsamen Lehrveranstaltungen ist A. HEINEMANN/A.K. SCHNYDER, Internationales Wirtschaftsrecht *in a nutshell*, Zürich/St. Gallen 2017.

7 Selbst Kritiker des Auswirkungsprinzips würden nicht so weit gehen, s. z.B. A. PARRISH, *The Effects Test: Extraterritoriality's Fifth Business*, 61 *Vanderbilt Law Review* 1455 (2008).

les Recht auf Sachverhalte erstreckt wird, die zumindest teilweise im Ausland liegen, stellt sich das Problem der *extraterritorialen* Anwendung nationalen Rechts: In welchem Umfang ist nationales Recht auf Vorgänge im Ausland anwendbar?⁸ Häufig übersehen wird, dass das Phänomen der Extraterritorialität auch eine kollisionsrechtliche Spiegelung hat: In welchem Umfang ist *ausländisches* Kartellrecht auf Vorgänge anwendbar, die sich (teilweise) ausserhalb des Inlands auswirken? Auch in diesen Fällen liegt Extraterritorialität vor, nur dass nicht das eigene, sondern fremdes Kartellrecht grenzüberschreitend angewendet wird. Aus der Perspektive der Schweiz kann man die beiden Fälle der Extraterritorialität wie folgt charakterisieren: In der am häufigsten diskutierten Fallgruppe geht es um die Anwendung schweizerischen Kartellrechts auf (zumindest partielle) Auslands-sachverhalte. Nicht vergessen sollte man aber darüber den umgekehrten Fall, nämlich die Anwendung ausländischen Kartellrechts auf Sachverhalte, die zumindest teilweise in der Schweiz (oder in einem Drittstaat) angesiedelt sind.⁹

A. Völkerrechtliche Vorgaben

Das Völkerrecht gibt vor, wie weit ein Land sein Recht geographisch erstrecken darf.¹⁰ Es verlangt eine «sinnvolle Anknüpfung», nämlich einen «genuine link» oder zumindest eine «reasonable relation» zwischen Sachverhalt und Regelungsstaat.¹¹ Eine «sinnvolle Beziehung» wird beispielsweise durch das (subjektive und objektive) Territorialitäts- und das (aktive und passive) Personalitätsprinzip gewährleistet. Im Grundsatz ist anerkannt, dass auch das (Aus-)Wirkungsprinzip das Erfordernis der «sinnvollen Beziehung» konkretisiert.¹² Es lässt sich als Ausfluss des objektiven Territorialitätsprinzips deuten.¹³ Allerdings ist nicht zu verkennen, dass das Auswirkungsprinzip zu einer erheblichen Ausdehnung nationaler Anwendungsansprüche, zum Phänomen der interna-

8 Der Begriff der «Extraterritorialität» ist *cum grano salis* zu nehmen: Sind Auswirkungen im Inland festzustellen, liegt ja «Territorialität» zumindest in einer auswirkungsbezogenen Sichtweise durchaus vor. Zur Problematik des Begriffs der Extraterritorialität im vorliegenden Zusammenhang s. beispielsweise F. WAGNER-VON PAPP, Internationales Wettbewerbsrecht: in: Internationales Wirtschaftsrecht, hrsg. von C. Tietje, 2. Aufl., Berlin 2015, § 11 Rn. 6, insbesondere Fn. 10.

9 Liegt hingegen ein rein interner Drittstaatsfall vor, stellt sich das Problem der Extraterritorialität nicht, z.B. wenn ein schweizerisches Zivilgericht schwedisches Kartellrecht auf einen Fall anwendet, dessen Sachverhalt die Grenzen Schwedens nicht überschreitet. «Extraterritorial» ist hier nur die Tatsache, dass ein Gericht ausländisches Recht anwendet, was aber der Normalfall des Internationalen Privatrechts ist.

10 Grundlegend für den vorliegenden Zusammenhang K.M. MEESSEN, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, 1975.

11 SCHNYDER (Fn. 4), Rn. 145 ff.

12 S. z.B. A. VERDROSS/B. SIMMA, Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis, 3. Aufl., Berlin 1984, §§ 1183 ff.; zu den möglichen Prinzipien s. auch J. BASEDOW, Weltkartellrecht, Tübingen 1998, S. 11 ff.

13 So beispielsweise Generalanwalt M. DARMON, Schlussantrag vom 25.5.1988, Verb. Rs. 89, 104, 114, 116, 117, 125–129/85 – *Ahlström Osakeyhtiö u.a./Kommission* («Zellstoff I»), ECLI:EU:C:1988:258, Rn. 21.

tionalen Regelkumulation und zur Gefahr von Jurisdiktionskonflikten führt.¹⁴ In diesen Zusammenhang gehören die bereits erwähnten Bemühungen, das Auswirkungsprinzip durch erhöhte Anforderungen zu qualifizieren. Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass das Völkerrecht eine solche Einhegung zwingend vorschreibe.¹⁵ Mehrheitlich wird eine derart starre Vorgabe aber abgelehnt und auf das Erfordernis einer Abwägung nationaler Anwendungsansprüche mit den Regelungsinteressen anderer Staaten nach dem Prinzip der «comity» verwiesen.¹⁶ Die hieraus abzuleitende Pflicht zur Rücksichtnahme auf andere Staaten hat zwar nicht den Status von Völkergewohnheitsrecht; verschiedentlich wurden aber *comity*-Pflichten in bilateralen Verträgen verankert, die sich allerdings eher in Verfahrensregeln als in klaren inhaltlichen Vorgaben äussern.¹⁷ Nicht berührt wird die Zuständigkeit von Staaten, sich durch *blocking statutes*¹⁸ gegen die Inlandswirkungen ausländischer Rechtsakte zu wehren, die durch eine zu weite extraterritoriale Reichweite das Völkerrecht verletzen.¹⁹ Am weitesten reichen diese Vorschriften, wenn nicht lediglich ausländische Geltungsansprüche abgewehrt werden, sondern die Rückforderung (*claw back*) im Ausland auferlegter Sanktionen ermöglicht wird.²⁰

Es bleibt anzufügen, dass sich die vorstehenden Ausführungen auf die Normativkompetenz (*jurisdiction to prescribe*) und nicht auf die Durchführungskompetenz (*jurisdiction*

14 Allgemein zu diesem Phänomen s. A. HEINEMANN, Korrekturen am Ordnungsrahmen für die globalisierte Wirtschaft, in: Polis und Kosmopolis – Festschrift für Daniel Thürer, hrsg. von G. Biaggini/O. Diggelmann/C. Kaufmann, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2015, S. 237 ff.

15 VERDROSS/SIMMA (Fn. 12), § 1188, allerdings mit Restzweifel: «Eine ausreichende – und damit vr [völkerrechtlich] zulässige – Anknüpfung stellt die Wirkung einer Wettbewerbsbeschränkung im Inland wohl auch nur dann her, wenn diese Wirkung beträchtlich, unmittelbar und vorhersehbar ist bzw. war.»

16 SCHNYDER (Fn. 4), Rn. 154 ff.

17 S. beispielsweise das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1, in Kraft seit 1.12.2014), insbesondere Art. 5 und 6. Für die EU s. beispielsweise das Abkommen mit den Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung der «Positive-Comity»-Grundsätze bei der Durchsetzung ihrer Wettbewerbsregeln (ABl. 1998 L 173/28).

18 S. hierzu beispielsweise W. FIKENTSCHER, Wirtschaftsrecht, Band II, München 1983, S. 520 ff.

19 Für die EU s. beispielsweise die Verordnung (EG) Nr. 2271/96 zum Schutz vor den Auswirkungen der extraterritorialen Anwendung von einem Drittland erlassener Rechtsakte sowie von darauf beruhenden oder sich daraus ergebenden Massnahmen vom 22.11.1996 (ABl. L 309/1), insbesondere Erwägungsgrund 4: «Diese Gesetze, Verordnungen und anderen Rechtsakte verletzen durch ihre extraterritoriale Anwendung das Völkerrecht und behindern die Verwirklichung der zuvor genannten Ziele» (gemeint ist u.a. die Durchsetzung der US-amerikanischen Kuba-Blockade gegenüber Unternehmen in der EU, z.B. durch den in Anhang 2 der Verordnung aufgeführten *Helms-Burton Act*).

20 S. z.B. Section 6 des britischen *Protection of Trading Interests Act 1980*: Wenn ein Beklagter aus Grossbritannien in den USA dreifachen Kartellschadenersatz bezahlt hat, kann er sich den kompensationsübersteigenden Betrag durch Klage im Vereinigten Königreich zurückholen. WHISH/BAILEY (Competition Law, 8. Aufl., Oxford 2015, S. 539) kommentieren diese Vorschrift wie folgt: «This provision symbolises the degree of antipathy in the UK towards certain aspects of US antitrust practice».

to enforce) beziehen.²¹ Es ist also völkerrechtlich erlaubt, sein Recht auf Verhaltensweisen mit Auswirkungen im Inland anzuwenden, z.B. auch, ein Bussgeld zu verhängen. Das Auswirkungsprinzip gestattet aber nicht Durchführungsmassnahmen ausserhalb des eigenen Territoriums, z.B. die Eintreibung der Geldbusse im Ausland. Dies ist nur im Einvernehmen mit dem betroffenen Staat, z.B. auf der Grundlage völkerrechtlicher Abkommen möglich.

B. Rechtsvergleichender Überblick

Der (völkerrechtliche) Handlungsspielraum der Staaten ist also gross: Sie können autonom die Abwägung mit den Regelungsinteressen anderer Staaten vornehmen.²² Es ist ihnen überlassen, ob sie die internationale Reichweite ihres Kartellrechts eher weit oder eher eng ziehen. Sowohl in den USA als auch in der EU lässt sich das Phänomen beobachten, dass vom völkerrechtlichen Handlungsspielraum zunächst nur zurückhaltend Gebrauch gemacht wurde, die internationale Reichweite des eigenen Kartellrechts dann aber zunehmend ausgedehnt wurde.²³

1. USA

1.1 Handlungsort

Symptomatisch für die Anfangsphase des Kartellrechts ist der Entscheid *American Banana* des *US Supreme Court* aus dem Jahr 1909, in dem es um mögliche Wettbewerbsverstösse in Mittelamerika ging.²⁴ Sowohl der Kläger als auch der Beklagte in diesem Kartellzivilrechtsfall waren US-amerikanische Unternehmen. Der Oberste Gerichtshof führte aus: «the general and almost universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done».²⁵ Es sei also auf den Handlungsort abzustellen. Selbst das – völkerrechtlich unumstrittene – aktive und passive Personalitätsprinzip wurde im Zusammenhang mit der Anwendung US-amerikanischen Kartellrechts verworfen: «The prohibitions of the Sherman Anti-Trust Law of July 2, 1890 [...] do not extend to acts done in foreign countries even though done by citizens of the United States and injuriously affecting other citizens of the United States».²⁶ Eine weitergehende Definition des geographischen Anwendungsbereichs wurde als *comity*-widrig verworfen. Der Oberste Gerichtshof zog die Konsequenz, dass das inkriminierte Verhalten kein Delikt darstelle, da der *Sherman Act* auf Handlungen ausserhalb der USA keine Anwendung finde und die betreffenden Staaten Mittelamerikas das betreffende Verhalten nicht untersagten. Es liege deshalb kein rechts-

21 Zu diesem Unterschied s. DARMON (Fn. 13), Rn. 28.

22 SCHNYDER (Fn. 4), Rn. 156.

23 S. den Überblick von M. BALDI/F. SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 110/2014, 501 (504 ff.).

24 US Supreme Court, *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

25 Ibid., 356.

26 Ibid., 348.

widriges Verhalten vor: «the acts [...] in Panama or Costa Rica [...] were not torts at all, however contrary to the ethical and economic postulates of that statute» (nämlich des *Sherman Act*).

1.2 Die «effects doctrine»

Das Abstellen auf den Handlungsort (im Gegensatz zum Erfolgs- oder Wirkungsort) lässt sich als «strenges Territorialitätsprinzip» beschreiben.²⁷ Es hinderte die US-amerikanischen Behörden und Gerichte allerdings nicht daran, das Antitrustrecht auf Fälle mit Auslandsbezug anzuwenden, wenn zumindest Teile der Handlung auf US-Territorium lokalisierbar waren.²⁸ Ein eigentlicher Systemwechsel erfolgte 1945 im *Alcoa*-Entscheid. Der *US Court of Appeals for the Second Circuit* (der für den beschlussunfähigen *US Supreme Court* eintrat) entschied, dass nationales Recht auf ein Handeln ausserhalb des Staatsgebiets anwendbar sein könne, wenn «Konsequenzen» (*consequences*) im Inland festzustellen sind.²⁹ Richter *Learned Hand* stellte den Begriff der Absicht (*intent*) in den Mittelpunkt und nahm unbeabsichtigte Inlandswirkungen vom internationalen Anwendungsbereich des US-amerikanischen Antitrustrechts aus. In Bezug auf beabsichtigte Inlandswirkungen unterschied er zwischen Abreden mit und ohne Inlandswirkung (*effect*), ohne aber eine solche Wirkung zwingend zu verlangen.³⁰ Dies war alles andere als klar, aber die *effects doctrine* war hiermit geboren.

Die folgende Entwicklung ist durch grosse Unsicherheit gekennzeichnet, die insbesondere darauf beruht, dass die genaueren Anforderungen an das Vorliegen eines *effect* im Inland unklar waren.³¹ Während es Richter *Learned Hand* noch mit der Forderung nach «*some effect*» hatte bewenden lassen,³² stellten einige Gerichte nun besondere Anforderungen an das Ausmass und die Vorhersehbarkeit solcher Wirkungen. Auch Abwägungen mit den Anwendungsinteressen anderer Staaten auf der Grundlage des *comity*-Prinzips waren von Bedeutung.

1.3 Der *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* von 1982

Zu einer wichtigen Konkretisierung des Auswirkungsprinzips kam es 1982 durch den *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (FTAIA) von 1982. Section 6a *Sherman Act* (und entsprechend Section 5(a)(3) *Federal Trade Commission Act*) verlangt seitdem, dass in Fällen mit Auslandsbezug ein «direct, substantial, and reasonably foreseeable effect» Anwendungsvoraussetzung ist. Das im *Alcoa*-Entscheid so wichtige Kriterium der Absicht (*intent*) kommt nicht vor. Ausserdem gelten die qualifizierenden Anforderungen nach dem ausdrücklichen Wortlaut von Section 6a *Sherman Act* nicht für den «im-

27 Vgl. MEESSEN (Fn. 10), S. 109.

28 S. z.B. *US Supreme Court, United States v. Sisal Sales Corporation*, 274 U.S. 268 (1927).

29 *US Court of Appeals for the Second Circuit, United States v. Alcoa*, 148 F.2d 416 (2d. Cir. 1945), S. 443.

30 *Ibid.*, 443 f.

31 S. die Analyse des reichhaltigen Fallrechts von J. BAIER, *Das Auswirkungsprinzip im Kartellrecht der USA*, Baden-Baden 2008, S. 57 ff.

32 *Second Circuit – United States v. Alcoa* (Fn. 29), S. 444 f.

port trade or import commerce». Nur Beschränkungen im Ausland, die sich nicht auf Importe in die USA beziehen, und Beschränkungen des Exports aus den USA werden also den qualifizierenden Erfordernissen unterstellt. Diese Einschränkung sowie die Tatsache, dass die an die Qualität der Auswirkung gestellten Anforderungen nicht näher erläutert werden, sorgen dafür, dass die internationale Reichweite des US-amerikanischen Antitrustrechts von den Kartellbehörden³³ und letztlich von den Gerichten zu bestimmen ist.

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der Entscheid des *US Supreme Court* im Fall *Hartford Fire Insurance* aus dem Jahr 1993. Der Oberste Gerichtshof fasste die internationale Reichweite des US-amerikanischen Antitrustrechts wie folgt zusammen: «it is well established by now that the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce and did in fact produce some substantial effect in the United States».³⁴ Diese Formel unterscheidet sich deutlich von den Vorgaben des FTAIA, da Unmittelbarkeit und Vorhersehbarkeit nicht erwähnt werden, aber mit «meant to» ein subjektives Erfordernis in Anknüpfung an das Merkmal der Absicht im *Alcoa*-Entscheid postuliert wird, obwohl der FTAIA auf subjektive Anforderungen verzichtet. Der Oberste Gerichtshof erklärt die Frage gleichwohl für offen, ob der FTAIA das geltende Fallrecht ändert oder lediglich kodifiziert.³⁵

Auch wenn das Nebeneinander von Fallrecht und kodifiziertem Recht für Unklarheit sorgt, lässt sich festhalten, dass das US-amerikanische Recht ein qualifiziertes Auswirkungsprinzip kennt. Ausserdem hat der FTAIA das passive Personalitätsprinzip anerkannt: Nach Section 6a (1) (B) Sherman Act reicht auch ein Effekt auf den Exporthandel von Inländern aus. Das eigene Kartellrecht kann damit zur Öffnung ausländischer Märkte eingesetzt werden.³⁶ Für den vorliegenden Zusammenhang verdient die Tatsache Erwähnung, dass nach einer jüngeren Auffassung die qualifizierenden Anforderungen des FTAIA keine Regeln über die Zuständigkeit (*subject-matter jurisdiction*) aufstellen, sondern zur Begründetheit der Klage gehören (*merits of the claim*).³⁷

33 S. die 1995 *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations* des US-Justizministeriums und der Federal Trade Commission (FTC), die in Übereinstimmung mit der Tradition der US-Guidelines auch konkrete Anwendungsbeispiele umfassen. Der Text ist 2017 durch die *Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation* ersetzt worden.

34 US Supreme Court, *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993), S. 796. Das Erfordernis einer Interessenabwägung zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit (wie von einem Berufungsgericht vorgeschlagen: *Timberlane Lumber v. Bank of America*, 549 F.2d 597, 9th Cir. 1976) lehnte der Supreme Court mehrheitlich ab.

35 *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993), S. 797 Fn. 23.

36 S. WAGNER-VON PAPP (Fn. 8), § 11 Rn. 13, insbesondere Fn. 29.

37 In diesem Sinn US Court of Appeals for the Seventh Circuit, *Minn-Chem, Inc. v. Agrium Inc.*, 683 F.3d 845 (7th Cir. 2012), Teil II; H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, 5. Aufl., St. Paul MN 2016, S. 1021. Vgl. hierzu BVGer, 19.12.2013 – *Gaba*, RPW 2013/4, 750, 3.3.11: «Die neueste amerikanische Rechtsprechung liegt auf der von SCHNYDER vertretenen Linie. Nach dem Urteil des Bundesberufungsgerichts des Siebten Bezirkes der U.S.A. in *Minn-Chem Inc. v. Agrium Inc.* vom 27. Juni 2012 (No. 10-1712), das auf eine Privatklage hin erging, sind die Begriffe «direct», «substantial» und

2. EU

In der EU ist die Frage nach den grundlegenden Prinzipien des internationalen Kartellrechts *work in progress*. Der Europäische Gerichtshof hat sich erst jüngst im *Intel*-Fall zum Auswirkungsprinzip bekannt. Im *Farbstoff*-Fall konturierte er – unter der Überschrift «Zur Zuständigkeit der Kommission» – das *Prinzip der wirtschaftlichen Einheit* (*economic entity doctrine*): Das europäische Kartellrecht ist auf Gesellschaften mit Sitz ausserhalb der EU jedenfalls dann anwendbar, wenn diese Preise auch im Hinblick auf Abnehmer in der EU absprechen und diese Absprachen durch weisungsgebundene Tochtergesellschaften mit Sitz in der EU durchsetzen. Die Tatsache, dass die Tochtergesellschaften über eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, kann die Zurechnung ihres Verhaltens an die Muttergesellschaft nicht verhindern.³⁸ Im *Zellstoff*-Fall, sechzehn Jahre später, war diese Argumentation nicht möglich, da die beschuldigten Unternehmen keine Tochtergesellschaften in der (damaligen) Europäischen Gemeinschaft hatten. Der Gerichtshof bekannte sich zum *Durchführungsprinzip*: Europäisches Kartellrecht ist dann anwendbar, wenn das wettbewerbsbeschränkende Verhalten in der EU durchgeführt wird. Wenn Unternehmen «direkt an in der Gemeinschaft ansässige Abnehmer verkaufen», finde ein Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes statt. Die Praktizierung abgestimmter Preise sei eine Durchführung in der Gemeinschaft. Ob hierbei in der Gemeinschaft ansässige Tochterunternehmen (oder Agenten, Unteragenten oder Zweigniederlassungen) eingeschaltet werden, sei unerheblich. Die «Zuständigkeit» zur Anwendung des eigenen Kartellrechts sei unter diesen Umständen vom völkerrechtlichen Territorialitätsprinzip gedeckt.³⁹

Den Dreischritt zum Auswirkungsprinzip hat der Gerichtshof lange Zeit nicht vollzogen, obwohl die Generalanwälte im *Farbstoff*- und im *Zellstoff*-Fall ihm das (qualifizierte) Auswirkungsprinzip empfohlen haben. Hingegen haben sich die Europäische Kommission und das Gericht der EU ausdrücklich zum (qualifizierten) Auswirkungsprinzip bekannt, die Europäische Kommission bereits in den beiden soeben erwähnten Grundsatzfällen, das Gericht zuletzt im *Intel*-Fall: «pour justifier la compétence de la Commission au regard du droit international public, il suffit d'établir soit les effets qualifiés de la pratique, soit sa mise en œuvre dans l'Union».⁴⁰ Im zugehörigen Rechtsmittelverfahren hat sich der Generalanwalt ebenfalls dem qualifizierten Auswirkungsprinzip im Grundsatz angeschlossen. Allerdings war er der Auffassung, dass das Gericht *in casu* das Vorliegen unmittelbarer, wesentlicher und vorhersehbarer Auswirkungen nicht ausreichend geprüft habe; die wettbewerblichen Wirkungen seien eher «hypothetisch, spekulativ und

«foreseeable» keine Zuständigkeitsregeln, d.h. Regeln, welche die Zuständigkeit begrenzen, sondern Vorschriften betreffend die Begründetheit».

38 EuGH, 14.7.1972, Rs. 48/69 – *ICI/Kommission* («Farbstoff»), ECLI:EU:C:1972:70, Rn. 125 ff.

39 EuGH, 27.9.1988, Verb. Rs. 89, 104, 114, 116, 117, 125–129/85 – *Ahlström Osakeyhtiö u.a./Kommission* («Zellstoff I»), ECLI:EU:C:1988:447, Rn. 11 ff.

40 EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09 – *Intel/Kommission*, ECLI:EU:T:2014:547, Rn. 244. Für die Fusionskontrolle hatte das Gericht bereits im *Gencor*-Fall im Sinn des qualifizierten Auswirkungsprinzips entschieden: EuG, 25.3.1999, T-102/96 – *Gencor/Kommission*, ECLI:EU:T:1999:65, Rn. 90.

unsubstantiiert». ⁴¹ Der Gerichtshof hat sich im *Intel*-Fall nunmehr dem qualifizierten Auswirkungsprinzip angeschlossen. Eine jahrzehntelange Entwicklung findet hiermit ihren Abschluss. Im Gegensatz zum Generalanwalt hat der Gerichtshof das Vorliegen solcher Auswirkungen in casu bejaht. ⁴²

Für die langwährende Reserviertheit des Gerichtshofs in Sachen Auswirkungsprinzip gibt es im Wesentlichen zwei Gründe. Einerseits bestehen zwischen den Mitgliedstaaten der EU grosse Unterschiede: Während Deutschland von Anfang an das Auswirkungsprinzip ausdrücklich im Gesetz verankerte, ⁴³ ist das Vereinigte Königreich traditionell zurückhaltend bei der Bestimmung der internationalen Reichweite nationaler Gesetze. ⁴⁴ Der britische Competition Act 1998 bekennt sich ausdrücklich zum Durchführungsprinzip i.S. des *Zellstoff*-Falls, ⁴⁵ was indirekt als Absage an das Auswirkungsprinzip zu interpretieren ist. Die reservierte Haltung Grossbritanniens gegenüber dem Auswirkungsprinzip beruht auf der konsequenten Skepsis gegenüber extraterritorialen Übertreibungen der US-Wirtschafts- und Sanktionspolitik. ⁴⁶ Der zweite Grund für die richterliche Zurückhaltung ist die Tatsache, dass ein Bekenntnis zum Auswirkungsprinzip nicht nötig war, weil sich die Anwendbarkeit des europäischen Kartellrechts regelmässig bereits aus dem Prinzip der wirtschaftlichen Einheit oder aus dem Durchführungsprinzip ergab. ⁴⁷

41 Generalanwalt N. WAHL, Schlussantrag vom 20.10.2016, Rs. C-413/14 P – *Intel/Kommission*, ECLI:EU:C:2016:788, Rn. 280 ff., insbesondere Rn. 324. Nicht ausreichend sind bisher die Vorgaben des Internationalen Kartellprivatrechts gewürdigt worden. Nach Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-Verordnung gilt das Erfordernis einer «unmittelbaren» und «wesentlichen» Beeinträchtigung nur für den Spezialfall der *lex fori*-Lösung bei *Multistate*-Verstössen, nicht aber für die kollisionsrechtliche Grundregel in Art. 6 Abs. 3 lit. a. Dies kann als Argument gegen die grundsätzliche Qualifizierung des Auswirkungsprinzips verwendet werden. Umfassend zur internationalen Koordinierung des *private enforcement* s. International Antitrust Litigation – Conflict of Laws and Coordination, hrsg. von J. Basedow/St. Francq/L. Idot, Oxford 2012.

42 EuGH, 6.9.2017, Rs. 413/14 P – *Intel/Kommission*, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 40 ff., insbesondere Rn. 49.

43 Heute § 185 Abs. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB): «Die Vorschriften [...] sind auf alle Wettbewerbsbeschränkungen anzuwenden, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie ausserhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlasst werden». Auch wenn der Gesetzeswortlaut die erforderlichen Auswirkungen nicht weiter qualifiziert, wird in Deutschland ganz überwiegend das qualifizierte Auswirkungsprinzip vertreten, s. z.B. E. REHBINDER, in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB/Teil 1, 5. Aufl., München 2014, § 130 GWB Rn. 117 m.w.N.

44 S. WHISH/BAILEY (Fn. 20), S. 533 ff.

45 Section 2(3) Competition Act 1998 lautet: «Subsection (1) [scil. the prohibition of restrictive agreements] applies only if the agreement [...] is, or is intended to be, implemented in the United Kingdom». Eine parallele Vorschrift für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung fehlt; Section 18(3) Competition Act 1998 verlangt aber ausdrücklich, dass die beherrschende Stellung innerhalb des Vereinigten Königreichs besteht.

46 Zu den Hintergründen s. WAGNER-VON PAPP (Fn. 8), § 11 Rn. 20 f.; WHISH/BAILEY (Fn. 20), S. 537 ff.

47 Bei der Berechnung der Kartellbusse hat der Gerichtshof die Einbeziehung extraterritorialer Vorgänge (Einbau von Produkten, die einem Kartell ausserhalb des EWR unterlagen, durch ein vertikal

Die Unterschiede zwischen beiden Prinzipien sind zwar gering. Sprechen Unternehmen mit (alleinigem) Sitz im Ausland beispielsweise die Verkaufspreise für die EU ab, gibt es nicht nur Auswirkungen in der EU, sondern wird das Kartell auch in der EU durchgeführt. Relevant wird der Unterschied aber in den Fällen des Unterlassens und des Boykotts:⁴⁸ Verpflichtet sich ein Unternehmen dazu, nicht an Abnehmer in die EU zu verkaufen (Gebietsabsprache), erfolgt gerade keine Aktivität in der EU. Entsprechend verhält es sich beim ein- oder mehrseitigen Boykott gegenüber Wirtschaftsteilnehmern in der EU oder bei der Entscheidung eines Marktbeherrschers, Schnittstelleninformationen nicht zu veröffentlichen. In diesen Fällen gelangte man auf der Grundlage des Durchführungsprinzips nur dann zu einer Anwendung des europäischen Kartellrechts, wenn man das Nichtstun als Durchführung interpretieren würde, was aber an die begrifflichen Grenzen dieses Konzepts führt.⁴⁹ Das Auswirkungsprinzip hat demgegenüber keine Schwierigkeiten, Passivität auf sein wettbewerbsbeschränkendes Potenzial zu untersuchen. Der Entscheid des Gerichtshofs in der Rechtssache *Intel* legt das Fundament für den internationalen Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts, auf dessen Grundlage viele Einzelfragen zu klären sein werden.

Hinzuzufügen ist, dass die Anwendung des europäischen Kartellrechts nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Art. 101 und 102 AEUV eine Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten voraussetzt. Auf rein innerstaatliche Vorgänge (sowie auf Wettbewerbsbeschränkungen zwischen nur einem EU-/EWR-Staat und Drittstaaten) ist allein das nationale Kartellrecht der betreffenden Länder anzuwenden.⁵⁰ In *Javico* hat der Europäische Gerichtshof klargestellt, dass vertragliche Exportverbote gegenüber Händlern in Drittstaaten zwar keine (spürbare⁵¹) Beschränkung des zwischenstaatlichen Handels in der EU bezwecken.⁵² Im Einzelfall kann eine solche Beschränkung

integriertes Unternehmen in Endprodukte, die im EWR vertrieben wurden) befürwortet, s. EuGH, 9.7.2015, Rs. C-231/14 P – *InnoLux/Kommission*, ECLI:EU:C:2015:451.

48 Vgl. WAHL (Fn. 41), Rn. 294; F. WAGNER-VON PAPP/W. WURMNEST, in: Münchener Kommentar – Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., München 2015, Einl. Rn. 1592.

49 Ablehnend (bezüglich der Erfassung von Unterlassungsdelikten durch das Durchführungsprinzip) deshalb E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., München 2014, § 6 Rn. 42; für die Einbeziehung der Unterlassungskonstellation hingegen WAGNER-VON PAPP (Fn. 8), § 11 Rn. 28.

50 Zur «Zwischenstaatlichkeitsklausel» s. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. 2004, C 101/81.

51 In der Systematik des EU-Kartellrechts sind nach der neueren Rechtsprechung (EuGH, 13.12.2012, Rs. C-226/11 – *Expedia*, ECLI:EU:C:2012:795) bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen zwar unabhängig von quantitativen Aspekten ihrer Natur nach spürbar. In Bezug auf die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels ist die Spürbarkeit aber weiterhin anhand quantitativer Kriterien zu prüfen, s. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (ABl. 2014, C 291/1), Rn. 4.

52 EuGH, 28.4.1998 – *Javico/Yves Saint Laurent Parfums*, ECLI:EU:C:1998:173, Rn. 19–21.

aber bewirkt werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ohne eine solche Vereinbarung der Weiterverkauf in die EU möglich und wahrscheinlich wäre. Der gesamte rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang ist zu diesem Zweck zu untersuchen.⁵³ Klarstellend sei hinzugefügt, dass sich diese Rechtsprechung nicht auf das Auswirkungsprinzip, sondern auf die Zwischenstaatlichkeitsklausel in Art. 101 (und 102) AEUV bezieht. Die Verneinung des grenzüberschreitenden Elements führt zwar zur Nichtanwendbarkeit europäischen Kartellrechts, lässt aber den Weg zur Anwendung nationalen Kartellrechts offen. Für die Schweiz ist die einschlägige EU-Rechtsprechung in Abwesenheit einer «Zwischenstaatlichkeitsklausel» deshalb unergiebig.⁵⁴

3. Andere Länder

Auf einer frühen Entwicklungsstufe des Kartellrechts war es nicht unüblich, dass Staaten ein strenges Territorialitätsprinzip basierend auf dem Handlungsort (nach Art des US-amerikanischen *American Banana*-Entscheids) praktizierten.⁵⁵ Heute ist das Auswirkungsprinzip die Regel⁵⁶ und häufig ausdrücklich im Gesetz verankert, so z.B. in § 185 Abs. 2 des deutschen GWB,⁵⁷ in § 24 Abs. 2 des österreichischen Kartellgesetzes, in Art. 2 des chinesischen Kartellgesetzes und in Art. 3 Abs. 2 des indischen Competition Act⁵⁸. Andere Staaten kennen das Durchführungsprinzip: Das Beispiel des Vereinigten Königreichs wurde bereits erwähnt.⁵⁹ Unabhängig von der näheren Ausgestaltung ist allen Ländern die Einsicht gemein, dass der Schutz des Wettbewerbs im Inland nicht gewährleistet werden kann, wenn die internationale Reichweite des eigenen Kartellrechts zu stark eingeschränkt wird.⁶⁰ Die praktischen Unterschiede beruhen nicht so sehr auf dem jeweiligen Prinzipienentscheid, sondern auf der allgemeinen Wettbewerbskultur: Je grösser die kartellrechtliche Vitalität eines Landes ist, desto häufiger sind Fälle mit Auslandsbezug zu beobachten. Ausserdem ist die Aussenhandelsquote (also der Anteil von Ex- und Im-

53 Ibid., Rn. 22–27 mit Zusammenfassung in Rn. 28.

54 Relativierend auch BVGer 19.6.2016 – *Nikon*, B-581/2012, N. 4.3.4. S. auch G. BREI, Fragwürdige extraterritoriale Anwendung schweizerischen Kartellrechts, SJZ 112/2016, 321 (324 f.), für den das in der EU geltende Verbot, die Märkte nicht national aufzuteilen, «in dieser Form für die Schweiz nicht» gelte. Dementgegen ist zu unterstreichen, dass eine wichtige Funktion des schweizerischen Kartellrechts gerade darin besteht, eine Abschottung der schweizerischen Märkte zu verhindern, s.u. IV.D.

55 S. die Nachweise bei I. SCHWARTZ/J. BASEDOW, Chapter 35 – Restrictions on Competition, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. III/2, hrsg. von K. Lipstein, Tübingen 2011, Rn. 36 f.

56 C. BAUDENBACHER (Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law, ZSR 2012 II 419, 601) spricht vom «world standard».

57 Oben Fn. 43.

58 S. den rechtsvergleichenden Überblick bei B. SWEENEY, International Governance of Competition and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction, in: Comparative Competition Law, hrsg. von J. Duns/A. Duke/B. Sweeney, Cheltenham 2015, S. 345 (371 ff.).

59 Oben II.B.2; ähnlich Australien, s. SWEENEY (Fn. 58), S. 380 ff.

60 Vgl. bereits MEESEN (Fn. 10), S. 108 ff., der das Wirkungsprinzip als sinnvolle Anknüpfung des internationalen Kartellrechts identifiziert.

porten am Bruttoinlandsprodukt) von grundlegender Bedeutung: Sie hat einen grösseren faktischen Einfluss auf die extraterritoriale Anwendung des Kartellrechts als die Wahl zwischen Durchführungs- und Auswirkungsprinzip.

4. Schweiz

Die Schweiz gehört zu den Ländern, die das Auswirkungsprinzip ausdrücklich im Gesetz verankert haben, s. Art. 2 Abs. 2 KG. Auch in Bezug auf die Vorgängergesetze von 1962 und 1985, die noch nicht über eine solche Klarstellung verfügten, war die Geltung des Auswirkungsprinzips anerkannt.⁶¹ Art. 2 Abs. 2 KG enthält allerdings lediglich eine einseitige Kollisionsnorm: Die Vorschrift verankert das Auswirkungsprinzip für die Anwendung des schweizerischen Kartellgesetzes, schweigt sich aber über den räumlichen Anwendungsbereich ausländischer Kartellgesetze aus. Hierin kommt eine öffentlich-rechtliche Perspektive zum Ausdruck: Die Behörden und Verwaltungsgerichte können nur das Kartellgesetz des eigenen Landes anwenden. Für die zivilrechtliche Durchsetzung sind einseitige Kollisionsnormen demgegenüber wenig hilfreich, da die Zivilgerichte zur Anwendung von Bestimmungen beliebiger Rechtsordnungen berufen sind. Was das internationale Kartellprivatrecht betrifft, so kommt der Schweiz eine Pionierrolle zu: Als erstes Land weltweit, nämlich mit dem wegweisenden Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) aus dem Jahr 1987,⁶² hat sie eine Spezialnorm zum internationalen Kartellprivatrecht angenommen.⁶³ Nach Art. 137 Abs. 1 IPRG unterstehen Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung dem Recht des Staates, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist. Damit wurde die Anwendung ausländischen Kartellrechts aus dem schwierigen Themenkreis der ausländischen Eingriffsnormen herausgelöst und einer speziellen, allseitig ausgestalteten Kollisionsnorm überantwortet.⁶⁴ Die EU beispielsweise hat erst zwanzig Jahre später mit Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung nachgezogen.⁶⁵ Die Botschaft zum Kartellgesetz von 1995 verweist auf Art. 137 IPRG und stellt klar, dass Art. 2 Abs. 2 KG und Art. 137 IPRG den-

61 S. R. ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rn. 270, der darauf hinweist, dass das Bundesgericht das Auswirkungsprinzip bereits 1967 und damit vor der Europäischen Kommission angewandt hat, s. BGE 93 II 192, 196 – *Librairie Hachette*: «Il leur suffirait donc, pour se soustraire entièrement à la juridiction suisse, de prendre leurs engagements à l'étranger. Tel ne saurait être le sens de la loi». Relativierend BALDI/SCHRANER (Fn. 23), 507.

62 S. hierzu beispielsweise A.K. SCHNYDER, Das neue IPR-Gesetz, 2. Aufl., Zürich 1990.

63 D. ESSEIVA, Die Anwendung des EG-Kartellrechts durch den schweizerischen Richter aufgrund des Artikels 137 IPRG, ZVglRWiss 94 (1995) 80: «eine <curiosité> in der Rechtsvergleichung».

64 Zu den Hintergründen s. A. HEINEMANN, Die Anwendbarkeit ausländischen Kartellrechts, in: Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit, hrsg. von der Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Genf 2002, S. 115 ff.

65 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht («Rom II») v. 11.7.2007, ABl. L 199/40. Art. 6 Abs. 3 lit. a der Verordnung lautet: «Auf ausservertragliche Schuldverhältnisse aus einem den Wettbewerb einschränkenden Verhalten ist das Recht des Staates anzuwenden, dessen Markt beeinträchtigt ist oder wahrscheinlich beeinträchtigt wird».

selben Prinzipien folgen und folglich nicht in Konflikt zueinander stehen.⁶⁶ Beide Vorschriften müssen also gemeinsam betrachtet werden.

Aufgrund der ausdrücklichen Klarstellung in Art. 2 Abs. 2 KG besteht in der Schweiz – anders als lange Zeit in der EU – kein Zweifel an der Geltung des Auswirkungsprinzips. Wie eingangs herausgestellt wurde, besteht aber Uneinigkeit in Bezug auf die Frage, ob an die Auswirkungen weitere Anforderungen zu stellen sind. Die Botschaft zum KG verlangt «eine erhebliche Auswirkung der Wettbewerbsbeschränkung auf den inländischen Markt».⁶⁷ Sie verweist in Bezug auf das Erfordernis der «unmittelbaren Betroffenheit» in Art. 137 Abs. 1 IPRG (ohne weitere Stellungnahme) auf die Kommentierung von VISCHEK, nach dem dieses Erfordernis zum Ausdruck bringt, «dass eine gewisse Intensität zwischen dem verursachenden Verhalten und der Wirkung im Inland verlangt werden muss».⁶⁸ In diesem Sinn wird in der Literatur überwiegend eine besondere Qualität der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen gefordert, wobei keine Einigkeit über die Einzelheiten besteht. Am häufigsten werden die Adjektive «erheblich» (wie in der Botschaft und in Art. 5 Abs. 1 KG), «unmittelbar» (wie in Art. 137 Abs. 1 IPRG), «wesentlich», «vorhersehbar» sowie «primär, nicht sekundär» angeführt, die in wechselnden Kombinationen verwendet werden.⁶⁹ Das Erfordernis einer qualifizierten Auswirkung wird ganz überwiegend damit begründet, dass Übertreibungen bei der extraterritorialen Anwendung des Kartellrechts vorgebeugt werden soll.⁷⁰ Auch wenn die genaueren Anforderungen an die Qualität der Auswirkungen umstritten sind, ist anerkannt, dass keine «Schädlichkeit» i.S. von Art. 96 Abs. 1 BV und Art. 1 KG vorliegen muss. Die volkswirtschaftliche oder soziale Schädlichkeit spielt erst auf der Ebene des materiellen Kartellrechts eine Rolle.⁷¹

Die qualifizierten Anforderungen an das Auswirkungsprinzip sollen im Folgenden einer kritischen Überprüfung unterzogen werden. Die Analyse wird zeigen, dass es sach-

66 Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468 (536).

67 Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468 (535 f.). Für Erheblichkeit auch R. WEBER/S. VOLZ, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, Zürich 2013, Rn. 1.73.

68 Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468 (536 Fn. 101).

69 Zu letzterem s. J. BORER, Wettbewerbsrecht I, 3. Aufl., Zürich 2011, Art. 2 KG Rn. 21; zu den anderen Kriterien s. z.B. R. BÄR, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, hrsg. von R. von Büren/Th. Cottier, Bern 1997, S. 92 f.; A. HEINEMANN/A. KELLERHALS, Wettbewerbsrecht in a nutshell, Zürich 2014, S. 31 ff.; J. LEHNE, in: Basler Kommentar Kartellgesetz, hrsg. von M. Amstutz/M. Reinert, Basel 2010, Art. 2 KG Rn. 51 ff.; V. MARTENET/P.-A. KILLIAS, in: Commentaire Romand – Droit de la concurrence, hrsg. von V. Martenet/C. Bovet/P. Tercier, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 2 LCart Rn. 91 ff. (gegen das Erfordernis der Wesentlichkeit); PH. MONNIER, Ausländisches Kartellrecht als Eingriffsnorm, Basel 2016, Rn. 82 ff. (gegen das Erfordernis der Spürbarkeit, s. dort Fn. 308).

70 Prägnant BORER (Fn. 69), Art. 2 KG Rn. 21: Qualifizierende Kriterien sind «notwendig, um eine überbordende Anwendung des Auswirkungsprinzips durch die Berücksichtigung nicht mehr überblick- und voraussehbarer Rück- oder auch Weiterwirkungen zu verhindern».

71 LEHNE (Fn. 69), Art. 2 KG Rn. 50.

gemäss ist, auf die Merkmale der Unmittelbarkeit und der Wesentlichkeit zu verzichten. Hingegen erscheint die (objektive) Vorhersehbarkeit der Auswirkungen für die Anwendung eines Kartellgesetzes unabdingbar.

C. Fazit

Die meisten Staaten bekennen sich ausdrücklich oder implizit zum Auswirkungsprinzip oder befinden sich zumindest auf dem Weg dorthin. Diese rechtsvergleichende Feststellung lässt sich mit der weltweiten Erfolgsgeschichte des Kartellrechts erklären. Eine adäquate Ordnung des Wettbewerbsrahmens ist nur dann robust, wenn sie sich nicht durch Internationalisierung und Globalisierung aushebeln lässt. Dieses Ziel würde verfehlt, wenn man für die Kartellrechtsanwendung beispielsweise an den Handlungsort anknüpfen würde.⁷² Die Diskussion der internationalen Anwendungsvoraussetzungen im schweizerischen Recht soll zunächst durch eine Präsentation des einschlägigen Fallrechts vorbereitet werden.

III. Fallpraxis in der Schweiz

Nicht zuletzt aus geographischen und aussenwirtschaftlichen Gründen haben viele wettbewerbsrechtlich relevante Fälle in der Schweiz einen internationalen Bezug. In der Praxis der Wettbewerbskommission wird das Kartellgesetz konsequent auf Fälle mit Auslandsberührung angewendet. Die Gerichte haben diese Praxis bestätigt. Im Folgenden seien einige Beispiele herausgegriffen.

A. Gaba

In *Gaba* ging es um einen Lizenzvertrag (Produktion und Vertrieb) zwischen der schweizerischen *Elmex*-Markeninhaberin und der österreichischen Lizenznehmerin *Gebro*. Die Lizenzgeberin verpflichtete sich dazu, «die Ausfuhr der Vertragsprodukte [...] nach Österreich mit allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln zu verhindern und auch selbst weder direkt noch indirekt in Österreich zu vertreiben». Die Lizenznehmerin verpflichtete sich, «die Vertragsprodukte ausschliesslich in [Österreich] herzustellen und zu vertreiben und weder direkt noch indirekt Exporte in andere Länder vorzunehmen». Die Wettbewerbskommission stellte absoluten Gebietsschutz und damit eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 KG fest und legte den Unternehmen direkte Sanktionen auf.⁷³ Der Entscheid der Weko wurde von Bundesverwaltungsgericht⁷⁴ und

72 S. WAGNER-VON PAPP/WURMNEST (Fn. 48), Rn. 1544.

73 Weko, 30.11.2009 – *Gaba*, RPW 2010/1, 65.

74 BVGer, 19.12.2013 – *Gaba*, RPW 2013/4, 750; BVGer, 19.12.2013 – *Gebro*, RPW 2013/4, 808.

Bundesgericht⁷⁵ bestätigt. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert die Begründung zum internationalen Anwendungsbereich des KG. Für die Wettbewerbskommission waren die Inlandsauswirkungen so evident, dass Art. 2 Abs. 2 KG nicht einmal erwähnt wird. Die Beschwerdeführerin rügte eine Verletzung des Auswirkungsprinzips und brachte u.a. vor, dass der betreffende Lizenzvertrag ausschliesslich den österreichischen Markt regle. Das Bundesverwaltungsgericht nahm eine eingehende Analyse mit rechtsvergleichenden Überlegungen zur internationalen Reichweite des Kartellrechts vor und kam zum Ergebnis, dass die erwähnte Klausel gerade auch Einfuhren in die Schweiz verhindere. Daraus, dass die Schweiz nicht ausdrücklich genannt werde, könne nicht gefolgert werden, dass sich die Klausel nicht auf den Schweizer Markt beziehe.⁷⁶

In systematischer Hinsicht ist hervorzuheben, dass das Bundesverwaltungsgericht einen direkten Bezug zwischen dem internationalrechtlichen Auswirkungsprinzip und dem Zweck des Kartellrechts (Art. 1 KG) herstellt: «Das Auswirkungsprinzip soll dabei der Anwendung des Kartellgesetzes ausdrücklich auch in Fällen zum Durchbruch verhelfen, in denen der Wettbewerbsverstoss im Ausland begangen wurde».⁷⁷ Das Gericht kritisiert die Qualifizierung des Auswirkungsprinzips durch Begriffe wie «Spürbarkeit», «Unmittelbarkeit», «Tatsächlichkeit» sowie «Vorhersehbarkeit» und bejaht – in (ausdrücklicher⁷⁸) Anlehnung an SCHNYDER – Marktauswirkungen dort, «wo durch Verwirklichung eines Sachnormtatbestandes der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung ausgelöst wird».⁷⁹ Eine vertiefte Prüfung allfälliger Qualifikationen sei erst im Rahmen der materiellen Bestimmungen vorzunehmen. Das Bundesgericht bestätigte diesen Ansatz: Die Prüfung einer bestimmten Intensität oder Spürbarkeit der Auswirkungen sei entbehrlich, da andernfalls «Art. 2 Abs. 2 KG unter der Hand zu Art. 5 KG mutieren» würde.⁸⁰ Mögliche Auswirkungen auf dem Schweizer Markt reichten aus.⁸¹ Das Bundesgericht geht sogar noch einen Schritt weiter: Die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen sei nicht einmal zulässig.⁸²

B. Nikon

In *Nikon* ging es ebenfalls um die Behinderung von Parallelimporten, einerseits durch «EWR-Klauseln» in ausländischen Vertriebsverträgen,⁸³ andererseits durch das Ver-

75 BGer, 2C_180/2014 vom 28.6.2016 – *Gaba*; BGer, 2C_172/2014 vom 4.4.2017 – *Gebro* (in diesem Entscheid verweist das Bundesgericht im Wesentlichen auf das *Gaba*-Urteil).

76 BVGer – *Gaba* (Fn. 74), N. 3.3.3.

77 BVGer – *Gaba* (Fn. 74), N. 3.3.14.1.

78 Ibid.

79 Das Gericht zitiert SCHNYDER (Fn. 3), Einl. Rn. 927.

80 BGer – *Gaba* (Fn. 75), N. 3.3.

81 Ibid., N. 3.4.

82 Ibid., N. 3.7.

83 Eine «EWR-Klausel» verpflichtet den Vertriebspartner dazu, die Vertragsprodukte nicht ausserhalb des EWR, also auch nicht in die Schweiz zu verkaufen.

bot des Auslandsbezugs in inländischen Lieferverträgen.⁸⁴ Aus der Behinderung von Parallelimporten schloss die Wettbewerbskommission auf Auswirkungen im Inland. Der Forderung der Partei nach Prüfung einer qualifizierten Inlandsauswirkung erteilte die Behörde eine Absage: Die Prüfung der Auswirkungen einer Abrede falle mit der Sachprüfung von Art. 5 KG zusammen. Ausserdem reiche für die Verfahrenseinleitung die blosser Möglichkeit von Auswirkungen aus.⁸⁵ Das Bundesverwaltungsgericht stellte – u.a. unter Verweis auf den soeben erwähnten *Gaba*-Entscheid – fest, dass keine besondere Qualifikation der Auswirkungen und auch keine direkte Absicht der Parteien zur Einwirkung auf das Inland erforderlich sei.⁸⁶

C. BMW

Ähnlich verhält es sich in der Rechtssache *BMW*. Auch hier stellte die Wettbewerbskommission absoluten Gebietsschutz auf der Grundlage von EWR-Klauseln in ausländischen Vertriebsverträgen und einen Verstoss gegen Art. 5 Abs. 4 i.V. mit Abs. 1 KG fest. Im Unterschied zu *Nikon* verlangte die Behörde, dass sich die betreffende Wettbewerbsbeschränkung im schweizerischen Markt «erheblich» auswirkt. Auch wenn in dieser Formulierung das qualifizierte Auswirkungsprinzip aufscheint, ändert sich nichts am Fortgang der Prüfung: Die Behörde verweist auf die Sachprüfung von Art. 5 KG und bejaht ohne weiteres die geographische Anwendbarkeit des KG.⁸⁷ Das Bundesverwaltungsgericht schützte diese Argumentation, lehnte aber jegliche Qualifikation des Auswirkungsprinzips unter intensiver Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung ab.⁸⁸ Das Exportverbot aus dem EWR bzw. das Verbot von Parallelimporten in die Schweiz betreffe den Verkauf von Produkten in der Schweiz, so dass der räumliche Anwendungsbereich des schweizerischen Kartellrechts nach Art. 2 Abs. 2 KG eröffnet sei.⁸⁹

D. Weitere Fälle

Es lassen sich zahlreiche weitere Fälle mit starkem Auslandsbezug anführen, z.B. *IFPI Schweiz*,⁹⁰ *Altimum*,⁹¹ *Französischsprachige Bücher*⁹² und *GE Healthcare*.⁹³ Der örtliche Geltungsbereich des Kartellgesetzes wird durchweg bejaht. Häufig erscheint dies den

84 Weko, 28.11.2011 – *Nikon*, RPW 2016/2, 442.

85 *Ibid.*, N. 75 ff.

86 BVGer (Fn. 54), N. 4.3.4. Der *Nikon*-Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts wurde nicht zum Bundesgericht weitergezogen.

87 Weko, 7.5.2012 – *BMW*, RPW 2012/3, 540.

88 BVGer – *BMW*, RPW 2015/4, 801, N. 2.3.1 ff.

89 *Ibid.*, N. 2.3.11; der Fall war bei Manuskriptabschluss vor dem Bundesgericht hängig.

90 Weko, 16.7.2012 – *Vertrieb von Musik*, RPW 2012/4, 820.

91 BVGer, 17.12.2015 – *Articles de sport*, RPW 2015/4, 845.

92 Weko, 27.5.2013 – *Marché du livre écrit en français*, «www.weko.admin.ch/weko/de/home/aktuell/letzte-entscheide.html».

93 Weko, 23.5.2016 – *GE Healthcare*, RPW 2016/2, 434.

Rechtsanwendungsinstanzen so evident, dass Art. 2 Abs. 2 KG entweder nicht erwähnt oder aber in lakonischer Kürze abgehandelt wird, wobei auch auf die materiell-rechtliche Sachprüfung verwiesen wird. Am weitesten geht der Schlussbericht des Weko-Sekretariats in der Rechtssache *Harley-Davidson*, in der es um Exportbeschränkungen in US-amerikanischen Vertriebsverträgen ging: Die Anwendbarkeit des KG wurde bejaht. Die Vorabklärung wurde aus materiell-rechtlichen Gründen, nämlich mangels Erheblichkeit eingestellt.⁹⁴

IV. Notwendigkeit einer Qualifikation?

Der durch das Völkerrecht belassene Spielraum bei der Bestimmung der internationalen Reichweite des Kartellrechts ist gross.⁹⁵ Es ist eine Frage der Zweckmässigkeit, ob Staaten über das völkerrechtliche Minimum hinausgehen und dem Auswirkungsprinzip qualifizierende Anforderungen hinzufügen möchten. Im Mittelpunkt der Diskussion stehen die im US-amerikanischen Antitrustrecht entwickelten und in der EU rezipierten Kriterien der Unmittelbarkeit, Wesentlichkeit und Vorhersehbarkeit.

A. Unmittelbarkeit

1. Begriff

Ein Ereignis folgt «unmittelbar» aus einem anderen, wenn es sich «unvermittelt», d.h. «direkt», aus diesem ergibt. Kausalität wird in diesem Zusammenhang selten genannt, folgt aber aus dem Begriff der «Wirkung» bzw. des «Effekts».⁹⁶ Unmittelbarkeit hat eine zeitliche und eine räumliche Dimension: Die beiden Ereignisse müssen ohne Verzögerung aufeinander folgen, und es darf keine Etappe dazwischen liegen. Es bedarf einiger Anstrengung, um zu ermitteln, was Unmittelbarkeit im Zusammenhang mit Wettbewerbsbeschränkungen bedeuten soll. Wenn beispielsweise Konkurrenten die Preise absprechen und ein ausländisches Kartellmitglied die Kartellprodukte an Kunden in der Schweiz verkauft, liegt zweifellos Unmittelbarkeit vor. Daran ändert sich auch nichts, wenn das betreffende Unternehmen die Kartellprodukte gleichzeitig auch in anderen Ländern vertreibt: Unmittelbarkeit in Bezug auf die Schweiz wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass auch unmittelbare Auswirkungen in anderen Ländern festzustellen sind, selbst dann, wenn die Verkäufe in die Schweiz relativ geringfügig sind. Die Dimension der Wirkung ist allein eine Frage des (sogleich zu diskutierenden) Wesentlichkeitskriteriums.

94 Weko-Sekretariat, 24.9.2013 – *Harley Davidson*, RPW 2013/3, 285, s. insbesondere N. 14: erforderlich seien «unmittelbare und spürbare Auswirkungen auf den Schweizer Markt».

95 S.o. II.A.

96 Dem deutschen Begriff «unmittelbar» entspricht im Französischen und im Englischen das Wort «direct»; «Auswirkung» oder «Wirkung» übersetzt sich mit «effet» bzw. «effect».

Problematischer ist die Beurteilung der folgenden Abwandlung: Liegt Unmittelbarkeit auch dann noch vor, wenn das ausländische Kartellmitglied an einen Händler im Ausland verkauft (der nicht Teil des Kartells ist), und der seinerseits an Kunden in der Schweiz liefert und auf diese zumindest einen Teil des Kartellaufschlags abwälzt? Nach dem Wortsinn liegt keine «Unmittelbarkeit» vor, da sich durch Einschaltung eines Absatz-«mittlers» eine Stufe in die Beziehungen zwischen Kartellmitglied und Schweizer Territorium schiebt. Die «Erfinder» des Unmittelbarkeitskriteriums bejahen dennoch die Direktheit.⁹⁷ Dies ist sicherlich das einzig richtige Ergebnis, da sonst durch die Einschaltung von Distributoren dem Kartellrecht des finalen Absatzmarktes leicht ausgewichen werden könnte. Auf «Unmittelbarkeit» im Wortsinn lässt sich dieses Ergebnis aber nicht abstützen. So wird in der Lehre dem Unmittelbarkeitskriterium auch eher ein negativer als ein positiver Sinn entnommen: Blosser Weiter- und Rückwirkungen im Inland sollen dem Anwendungsbereich des heimischen Kartellrechts entzogen werden.⁹⁸

Problematisch ist vor diesem Hintergrund die Beurteilung von *Exportkartellen*.⁹⁹ Zu unterscheiden ist zwischen «reinen» und «gemischten» Exportkartellen. Letztere regeln nicht lediglich die Ausfuhr, sondern gleichzeitig auch den Binnenwettbewerb und unterfallen damit ohne weiteres dem räumlichen Anwendungsbereich des eigenen Kartellrechts. Die Beurteilung «reiner» Exportkartelle ist demgegenüber schwieriger. Teilweise wird angenommen, dass auch solche grundsätzlich in den räumlichen Anwendungsbereich des inländischen Kartellrechts fallen, da sich die im Ausland vereinnahmte Kartellrente zur Aufrechterhaltung ineffizienter Strukturen im Inland einsetzen lässt.¹⁰⁰ Für diejenigen, die das Unmittelbarkeitserfordernis akzeptieren, ist dieser Effekt allerdings zu indirekt.¹⁰¹ Auch für sie ist die Anwendung des heimischen Kartellrechts auf Exportkartelle aber nicht ausgeschlossen, z.B. wenn durch Exportverbote gegenüber Händlern in einem Drittstaat Reimporte in die Schweiz verhindert werden.¹⁰² Von einer übergeordneten, nämlich globalen Warte betrachtet, sind Schlupflöcher für Exportkartelle ein Übel: Ihre Privilegierung sollte koordiniert (z.B. im Rahmen der WTO) abgeschafft werden.¹⁰³

Auch wenn Einiges streitig ist, fällt doch auf, dass der Begriff der Unmittelbarkeit nicht wörtlich genommen, sondern als Metapher eingesetzt wird, um zu ferne Auswirkungen

97 US Antitrust Guidelines for International Enforcement and Cooperation (Fn. 33), N. 3.2.

98 S. z.B. BÄR (Fn. 69), S. 92, mit Konkretisierung des Begriffs der Weiter- und Rückwirkung; BORER (Fn. 69), Art. 2 KG Rn. 21; LEHNE (Fn. 69), Art. 2 KG Rn. 52.

99 S. hierzu SCHNYDER (Fn. 4), Rn. 356 ff.

100 R. WEBER, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Fünfter Band: Wettbewerbsrecht, hrsg. von R. von Büren/L. David, Basel 2000, S. 42; ZÄCH (Fn. 61), Rn. 269.

101 S. beispielsweise LEHNE (Fn. 69), Art. 2 KG Rn. 56.

102 BORER (Fn. 69), Art. 3 KG Rn. 13 (jedenfalls ab einer bestimmten Intensität). Zu einer Exportverbotsklausel ohne Inlandsauswirkung s. Weko, 21.10.2013 – *Kosmetikprodukte*, RPW 2014/1, 184, N. 49.

103 S. z.B. D. BAETGE, Globalisierung des Wettbewerbsrechts, Tübingen 2009, S. 104 ff., 503 f.

aus dem räumlichen Anwendungsbereich des Kartellrechts auszusondern. Dies sei im Folgenden am Beispiel des US-amerikanischen *Motorola Mobility*-Falls veranschaulicht.

2. Praktische Handhabung in den USA

Im *Motorola Mobility*-Entscheid nahm ein US-Bundesberufungsgericht eine restriktive Haltung zur internationalen Reichweite des US-Kartell(zivil-)rechts ein.¹⁰⁴ Es ging um eine Klage des Smartphone-Herstellers *Motorola Mobility* auf Kartellschadenersatz gegen die Beteiligten des LCD-Kartells in Asien. Diese hatten die Preise für LCD-Bildschirme abgesprochen, die zum Einbau in Smartphones bestimmt waren; *Motorola Mobility* war ihr Kunde. Ein Prozent der an den Konzern verkauften Bildschirme ging direkt an *Motorola Mobility* in den USA. Hier sah das Gericht keine Probleme bezüglich der Anwendung des *Sherman Act*. 57 Prozent der Bildschirme wurden an Tochtergesellschaften von *Motorola Mobility* (hauptsächlich mit Sitz in China und Singapur) verkauft, im Ausland eingebaut und im Ausland verkauft. Das Gericht lehnte – überzeugend – die Anwendung US-amerikanischen Rechts mit dem Argument ab, dass die betreffenden Produkte niemals Teil des US-Inlandshandels wurden. Problematisch sind die verbleibenden 42 Prozent: Sie wurden ebenfalls an die asiatischen Tochtergesellschaften von *Motorola Mobility* verkauft, welche die Bildschirme in Smartphones einbauten, um diese sodann an die Muttergesellschaft in den USA zu verkaufen. Der Weiterverkauf der fertigen Geräte erfolgte in den USA.

Der Entscheid des Berufungsgerichts behandelt viele Teilfragen (z.B. kein Standing für Aktionäre, d.h. auch keine Möglichkeit für Muttergesellschaften, den Schaden der Tochter geltend zu machen; Anwendung der *indirect purchaser rule* im Konzernverhältnis etc.). Im vorliegenden Zusammenhang sind die Aussagen zum internationalen Anwendungsbereich des US-amerikanischen Kartellrechts von Interesse. Das Gericht weist dem Kartell bezüglich der 42 Prozent einen mittleren Inlandsbezug zu: Einerseits gehe es nicht um direkten Verkauf von Kartellware an Abnehmer in den USA (sondern um den Verkauf an Tochtergesellschaften im Ausland). Andererseits handle es sich aber auch nicht um vielfach gefilterte Fernstwirkungen.¹⁰⁵ Im Prinzip hält das Gericht die Wirkungen in dieser Konstellation für vorhersehbar, wesentlich und «direct rather than «remote»».¹⁰⁶ Die qualifizierten Voraussetzungen von Section 6a(1) *Sherman Act* sind also erfüllt. Es bestehe aber kein kartellrechtlicher Schadenersatzanspruch (Voraussetzung nach Section 6a(2) *Sherman Act*), da die Preissteigerung gänzlich im Ausland entstanden sei. Geschädigt seien die ausländischen Tochtergesellschaften von *Motorola Mobility*. Diese hätten nach dem Recht des Gründungssitzes oder der geschäftlichen Tätigkeit (also nach den

104 US Court of Appeals for the Seventh Circuit, *Motorola Mobility LLC v. AU Optronics Corp.*, 775 F.3d 816 (7th Cir. 2015), cert. denied, 135 S.Ct. 2837 (2015).

105 Das Gericht führt unter Bezugnahme auf den (eigenen) *Minn-Chem*-Entscheid (oben Fn. 37) aus: «But at the same time the facts of this case are not equivalent to what we said in *Minn-Chem* would definitely block liability under the *Sherman Act*: the «situation in which action in a foreign country filters through many layers and finally causes a few ripples in the United States.» (819).

106 Seventh Circuit – *Motorola Mobility* (Fn. 104), 819.

betreffenden asiatischen Rechtsordnungen) vorzugehen. Wenn keine geeigneten Klagemöglichkeiten in diesen Ländern bestünden, sei dies hinzunehmen, da man sich ja freiwillig entschieden habe, in diesen Ländern tätig zu sein.¹⁰⁷ Ein anderes Ergebnis würde die globale Reichweite des Sherman Act enorm ausweiten und die USA zum «Weltkartellrechtspolizisten» machen.¹⁰⁸

Diese Überlegungen erscheinen weit hergeholt. Das Berufungsgericht bejaht ja die qualifizierten Inlandsauswirkungen und verneint lediglich das Bestehen eines kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs, wobei für diesen zweiten Punkt ausser den Eigentümlichkeiten des US-amerikanischen *private enforcement* (z.B. der *indirect purchaser rule*, welche Ansprüche mittelbarer Kartellopfer ausschliesst, um die Klagen ganz auf der Stufe der unmittelbaren Abnehmer zu konzentrieren) internationale Überlegungen angeführt werden. Das Gericht hält ausdrücklich fest, dass sein das Kartellprivatrecht betreffender Entscheid dem *public enforcement* in den USA nicht entgegenstehe, da – preisliche Wirkungen in den USA vorausgesetzt – ein «direct, substantial, and reasonably foreseeable effect on domestic U.S. commerce» vorliege.¹⁰⁹ In der Tat haben die US-Behörden das LCD-Kartell auch strafrechtlich verfolgt. Das macht die USA aber nicht zum «Weltkartellrechtspolizisten», da auch andere Jurisdiktionen – auf der Grundlage des Auswirkungsprinzips – das LCD-Kartell verfolgt haben.¹¹⁰ Die Tragweite von *Motorola Mobility* ist also auf zivilrechtliche Aspekte beschränkt.¹¹¹ Es steht damit in der (in internationaler Hinsicht restriktiven) Tradition des *Empagran*-Entscheids des US Supreme Court. Dieser hatte entschieden, dass nach US-amerikanischem Kartellrecht kein Ersatz für Schäden verlangt werden kann, die im Ausland angefallen sind, wenn die Wirkungen im Ausland unabhängig von den Wirkungen in den USA sind.¹¹² In Bezug auf das *public enforcement* bleibt es dabei, dass US-amerikanisches Antitrustrecht immer dann Anwendung findet, wenn qualifizierte Auswirkungen im Inland festzustellen sind.

107 Seventh Circuit – *Motorola Mobility* (Fn. 104), 820; s. auch 825: «The foreign subsidiaries can sue under foreign law — are we to presume the inadequacy of the antitrust laws of our foreign allies? Would such a presumption be consistent with international comity, or more concretely with good relations with allied nations in a world in turmoil?».

108 Seventh Circuit – *Motorola Mobility* (Fn. 104), 824: «would if adopted enormously increase the global reach of the Sherman Act, creating friction with many foreign countries and «resent[ment at] the apparent effort of the United States to act as the world's competition police officer»».

109 Seventh Circuit – *Motorola Mobility* (Fn. 104), 825.

110 Für die EU s. EuGH, 23.4.2015, Rs. C-227/14 P – *LG Display* und *LG Display Taiwan/Kommission*, ECLI:EU:C:2015:258; EuGH, 9.7.2015, Rs. C-231/14 P – *InnoLux/Kommission*, ECLI:EU:C:2015:451.

111 Allgemein zum Auseinanderfallen von verwaltungsrechtlicher und privatrechtlicher Extraterritorialität im US-amerikanischen Wirtschaftsrecht der neueren Zeit s. M. LEHMANN, Eine neue Ära der extraterritorialen Anwendung US-amerikanischen Rechts, RIW 2010, 841.

112 US Supreme Court, *F. Hoffmann-La Roche Ltd v. Empagran S. A.*, 542 U. S. 155 (2004). S. hierzu beispielsweise C. BAUDENBACHER/K. BEHN, Back to «Betsy»: Anmerkung zur *Empagran*-Entscheidung des US Supreme Court, ZWeR 2004, 604.

3. Kritik

Dem Unmittelbarkeitskriterium fehlt es an Trennschärfe.¹¹³ Es will offenbar zu ferne Auswirkungen aus dem internationalen Anwendungsbereich des Kartellrechts verbannen. Es bringt dies aber nicht zufriedenstellend zum Ausdruck, da es die Komplexität des globalisierten Wirtschaftsgeschehens und der internationalen Arbeitsteilung nicht annähernd reflektiert: Schon ein Zwischenschritt in der Wertschöpfungskette lässt die Unmittelbarkeit im Wortsinn entfallen. Der Begriff der «Unmittelbarkeit» dient also als Leerformel¹¹⁴, die Wertungen im Kontinuum zwischen Nähe und Ferne kaschieren soll. Das Merkmal der Vorhersehbarkeit (dazu unten IV.C) ist sehr viel besser geeignet, das Näheverhältnis zu materialisieren. Auf das Erfordernis der Unmittelbarkeit sollte deshalb verzichtet werden. Für das internationale Kartellprivatrecht ist dies allerdings *de lege lata* nicht möglich, da der Gesetzgeber in Art. 137 Abs. 1 IPRG an das Recht des Staates anknüpft, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung «unmittelbar» betroffen ist. Auch hier ist eine wörtliche Auslegung aber zweckwidrig, so dass der Begriff durch das Kriterium der Vorhersehbarkeit konkretisiert werden sollte.

B. Wesentlichkeit

Das Wesentlichkeitserfordernis wird häufig als Spürbarkeitskriterium gedeutet.¹¹⁵ Nach BORER soll es gewährleisten, dass Auswirkungen auf dem inländischen Markt tatsächlich wahrnehmbar sind. Dies sei insbesondere wichtig für die Fälle, in denen die materiellen Tatbestände bloss mögliche Wirkungen ausreichen lassen.¹¹⁶ Das Wesentlichkeitserfordernis hat allerdings weniger Anhänger als das Unmittelbarkeitskriterium. Häufig wird es nicht als adäquat erachtet: Wesentlichkeit, Spürbarkeit, Erheblichkeit etc. seien Merkmale der materiell-rechtlichen Tatbestände.¹¹⁷ In der Tat erscheint es nicht überzeugend, im Rahmen des geographischen Anwendungsbereichs einen eigenen Begriff der Spürbarkeit zu entwickeln, wenn Fragen der Spürbarkeit im Rahmen der materiell-rechtlichen Tatbestände (unter anderer Bezeichnung, z.B. derjenigen der Erheblichkeit) intensiv re-

113 Eindrücklich MONNIER (Fn. 69), Rn. 97 ff., der den grossen Spielraum bei der Interpretation des Unmittelbarkeitskriteriums herausarbeitet.

114 S. WAGNER-VON PAPP (Fn. 8), § 11 Rn. 53: «inhaltsleere Formel»; DERS., Competition Law and Extraterritoriality, in: Research Handbook on International Competition Law, hrsg. von A. Ezrachi, Cheltenham 2012, S. 58: «the criterion of 'directness' is misleading and should be abandoned altogether».

115 S. z.B. ZÄCH (Fn. 61), Rn. 268; PH. ZURKINDEN/H.R. TRÜEB, Das neue Kartellgesetz – Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 2 Rn. 10.

116 BORER (Fn. 69), Art. 2 KG Rn. 21.

117 MARTENET/KILLIAS (Fn. 69), Art. 2 LCart Rn. 92 (die auch darauf hinweisen, dass die Behörde im Fall begrenzter Inlandswirkungen auf den Zivilrechtsweg verweisen kann); SCHMIDHAUSER, in Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, hrsg. von E. Homburger/B. Schmidhauser/F. Hoffet/P. Ducrey, Zürich 1997, Art. 2 KG Rn. 40 (Spürbarkeit als Teil des sachlichen Geltungsbereichs). LEHNE (Fn. 69), Art. 2 KG Rn. 53, attestiert der Kontroverse nur eine geringe praktische Bedeutung.

flektiert werden. Die Verdopplung bagatellbezogener Überlegungen führt zur Gefahr von Friktionen, wenn z.B. an die «Spürbarkeit» im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG höhere Anforderungen gestellt werden als an die Anwendungsvoraussetzungen von Art. 5 und 7 KG. Im Bereich der Fusionskontrolle ist beispielsweise anerkannt, dass das Erreichen der einschlägigen Umsatzschwellen (Art. 9 Abs. 1 KG) einen ausreichenden Inlandsbezug herstellt, so dass sich eine separate Prüfung von Art. 2 Abs. 2 KG erübrigt.¹¹⁸

Ähnliches sollte auch im Hinblick auf die Anwendung von Art. 5 und 7 KG gelten. So ist für Art. 5 KG spätestens seit dem *Gaba*-Entscheid des Bundesgerichts anerkannt, dass Preis-, Mengen- und Gebietsabreden i.S. von Artikel 5 Abs. 3 und 4 KG grundsätzlich als erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen anzusehen sind, auch wenn die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann. Dies gilt unabhängig von quantitativen Kriterien.¹¹⁹ Dies steht einer Einführung quantitativer Anforderungen über den Umweg von Art. 2 Abs. 2 KG unter Aufstellung eines Wesentlichkeits- oder Spürbarkeitskriteriums entgegen. Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht haben deshalb zu Recht entschieden, dass qualifizierende Anforderungen an die Auswirkungen in die materielle Sachprüfung und nicht in die Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereichs des Kartellgesetzes gehören. Eine materielle Vorprüfung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG ist nicht Sinn und Zweck des Auswirkungsprinzips.¹²⁰

C. Vorhersehbarkeit

Auch wenn die Gerichte in ihrer neueren Rechtsprechung auf jegliche Qualifikation des Auswirkungskriteriums verzichten möchten, ist nicht zu verkennen, dass das Merkmal der Vorhersehbarkeit elementare Bedeutung hat. So hat das Bundesgericht der *prévisibilité* zentrale Bedeutung für die internationale Anwendbarkeit des KG eingeräumt.¹²¹ In der Tat erscheint es nicht angemessen, das Kartellrecht eines Landes auf einen Fall anzuwenden, wenn es den Wirtschaftsteilnehmern nicht möglich war, die Auswirkungen auf dieses Land zu prognostizieren. Verhaltenssteuerung ist nur bei Vorhersehbarkeit mög-

118 BGE 127 III 219 (226) – *Rhône-Poulenc*; hierzu R. VON BÜREN/E. MARBACH/P. DUCREY, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., Bern 2008, Rn. 1264; kritisch BORER (Fn. 69), Art. 2 KG Rn. 23. In der Praxis der Wettbewerbskommission gilt die Annahme ausreichender Inlandsauswirkungen auch im Fall der Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG, s. Weko, 12.4.2007 – *Swisscom/Fastweb*, RPW 2007/2, 312, N. 20. Umfassend zum Wirtschaftskollisionsrecht der Zusammenschlusskontrolle SCHNYDER (Fn. 4), Rn. 440 ff.

119 BGer – *Gaba* (Fn. 75), N. 5.2.5.

120 BVGer – *Gaba* (Fn. 74), 3.3.14.1; BVGer – *BMW* (Fn. 88), 2.3.10: «Es kann nicht sein, dass das Sekretariat anhand des Kartellgesetzes prüft, ob es eine Auswirkung gibt, um festzustellen, ob das Kartellgesetz überhaupt anwendbar ist»; BGer – *Gaba* (s. das Zitat oben vor Fn. 80).

121 BGE 127 III 219 (223) – *Rhône-Poulenc*: «Il ne s'agit cependant que des effets sur le marché suisse prévisibles d'emblée, afin de réserver à l'autorité compétente la possibilité de procéder ensuite à un examen plus approfondi.»

lich.¹²² Diese ist objektiv, nicht subjektiv zu bestimmen.¹²³ In der Sache argumentiert das Bundesverwaltungsgericht ähnlich, wenn es beispielsweise in Bezug auf Vertragsklauseln in Ländern, die mit der Schweiz wirtschaftlich stark verflochten sind, die Eignung zur Hervorbringung von Auswirkungen auf die Schweiz ohne weiteres bejaht.¹²⁴ Ist ein Land der Schweiz weniger verbunden, ist die objektive Vorhersehbarkeit demgegenüber gesondert zu bestimmen. Damit können Bedenken ausgeräumt werden, dass die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts den geographischen Anwendungsbereich des Kartellrechts überdehne. Wird beispielsweise einem neuseeländischen Händler der passive Verkauf ins Ausland vertraglich untersagt,¹²⁵ ohne dass sich die Klausel spezifisch gegen die Schweiz richtet,¹²⁶ ist zu prüfen, ob eine Ausfuhr in die Schweiz nach der bisherigen Erfahrung eine reale Option ist.

Nicht einheitlich wird die Frage diskutiert, ob die Auswirkungen tatsächlich eingetreten sein müssen,¹²⁷ oder ob es ausreicht, dass die betreffenden Verhaltensweisen zur Hervorbringung dieser Auswirkungen im Inland geeignet sind. Richtigerweise sollte bereits das wettbewerbsbeschränkende Potenzial eines bestimmten Verhaltens den internationalen Anwendungsbereich eröffnen.¹²⁸ Dies hat einerseits verfahrensrechtliche Gründe: Wenn die betreffenden Verhaltensweisen negative Wirkungen im Inland hervorbringen können, muss es Behörden und Gerichten möglich sein, diese Praktiken auf ihre Kartell-

122 So schon MEESSEN (Fn. 10), S. 162. In der KG-Literatur genießt das Vorhersehbarkeitskriterium demgegenüber eher niedrigen Stellenwert, s. LEHNE (Fn. 69), Art. 2 KG Rn. 51: «Das dritte in den USA und der EU genannte Kriterium, Vorausssehbarkeit, wird in der schweizerischen Lehre, soweit ersichtlich, nicht erwähnt».

123 WAGNER-VON PAPP (Fn. 8), § 11 Rn. 55 m.w.N.

124 BVGer – *Nikon* (Fn. 54), N. 4.3.4.

125 So das Beispiel von G. GIGER, Bundesverwaltungsgericht bestätigt die Verfügung der WEKO in Sachen «Nikon», in: dRSK, 28. November 2016, Rn. 13.

126 So aber der faktische Hintergrund eines australienbezogenen Falls in *Weko*, 19.12.2016 – *Eflare*, RPW 2017/1, 96.

127 In diesem Sinn BORER (Fn. 69), Art. 2 KG Rn. 20 f.; B. RUBIN/M. COURVOISIER, in: Stämpfli Handkommentar Kartellgesetz, hrsg. von Baker & McKenzie, Bern 2007, Art. 2 KG Rn. 35 mit Bezug auf die Anwendung des materiellen Kartellrechts; für die Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen reiche aber die Möglichkeit von Auswirkungen.

128 So die überwiegende Auffassung, s. z.B. HEINEMANN/KELLERHALS (Fn. 69), S. 32; LEHNE (Fn. 69), Art. 2 KG Rn. 53; MARTENET/KILLIAS (Fn. 69), Art. 2 LCart Rn. 92; MONNIER (Fn. 69), Rn. 91 ff.; WEBER/VOLZ (Fn. 67), Rn. 1.75; BGER – *Gaba* (Fn. 75), N. 3.4. Zur EU s. WAGNER-VON PAPP (Fn. 8), § 11 Rn. 52, der potenzielle Inlandsauswirkungen ausreichen lässt (mit Nachweis des Meinungsstands). Das Gericht der EU hat ausdrücklich klargestellt, dass keine tatsächlichen Auswirkungen erforderlich sind, EuG, 12.6.2014, Rs. T-286/09 – *Intel/Kommission*, ECLI:EU:T:2014:547, Rn. 251 ff. Für Art. 101 AEUV (damals 85 EWGV) hat der Gerichtshof klargestellt, dass auch potenzielle Auswirkungen zu berücksichtigen sind: EuGH, 28.5.1998, C-7/95 P – *Deere/Kommission*, ECLI:EU:C:1998:256, Rn. 77 (mit *de minimis*-Ausnahme für geringfügige Beeinträchtigungen).

rechtskonformität zu überprüfen.¹²⁹ Andererseits ergibt sich das Ergebnis ganz grundsätzlich aus der soeben erwähnten Funktion des Vorhersehbarkeitskriteriums, *ex ante* das Verhalten der Wirtschaftsteilnehmer zu steuern. Da es um eine Prognose geht, muss die Geeignetheit zur Hervorbringung von Wirkungen in einem bestimmten Land auch für die Prüfung der materiell-rechtlichen Tatbestände ausreichen.¹³⁰ Andernfalls würde sich die Sachprüfung in grossem Umfang in die Untersuchung des internationalen Anwendungsbereichs verschieben. Dies würde der Funktion des Auswirkungsprinzips nicht gerecht: Es will einerseits eine sinnvolle Verbindung zur betreffenden Rechtsordnung herstellen.¹³¹ Andererseits soll der wirksame Wettbewerb gegen Gefahren aus dem In- und Ausland verteidigt werden. Beide Ziele würden verfehlt, wenn man die Anwendung der kartellrechtlichen Sachnormen trotz gegebenen Bedrohungspotenzials am internationalen Anwendungsbereich scheitern liesse. Auf Gefährdungen der Wettbewerbsordnung im betreffenden Land könnte dann nicht durch eine kartellrechtliche Sachprüfung reagiert werden. Selbstverständlich präjudiziert die Eröffnung des internationalen Anwendungsbereichs diese Sachprüfung nicht. Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des betreffenden Verhaltens folgt vielmehr aus der Anwendung des materiellen Kartellrechts. Dieses entscheidet also darüber, ob tatsächliche Auswirkungen oder bereits die Möglichkeit hierzu den kartellrechtlichen Tatbestand verwirklicht.

Es bleibt zu klären, wie stark das Inlandspotenzial wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen sein muss, um den internationalen Anwendungsbereich zu eröffnen. Das Anforderungsspektrum reicht von der blossen Möglichkeit über die Wahrscheinlichkeit bis zur sicheren Prognose solcher Auswirkungen. In der EU verlangt Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO, dass der Markt des betreffenden Staats «beeinträchtigt ist oder wahrscheinlich beeinträchtigt wird». Zur Höhe der Wahrscheinlichkeit schweigt sich der Text aus; auch beschränkt sich die Vorschrift auf das internationale Kartellprivatrecht. Nach der hier vertretenen Auffassung folgt aus den Zielen des Auswirkungsprinzips, dass die Möglichkeit von Auswirkungen ausreichen muss.¹³² Andernfalls wäre der wirksame Wettbewerb gefährdet, da keine Handhabe gegen weniger wahrscheinliche Auswirkungen bestünde. Zu verlangen ist allerdings die reale Möglichkeit solcher Effekte; die rein theoretische Möglichkeit von Inlandswirkungen reicht nicht aus.

129 Für die Fusionskontrolle BGE 127 III 219 (224) – *Rhône-Poulenc*: «Il s'ensuit que l'obligation d'annoncer les opérations de concentration selon le droit suisse peut déjà résulter des effets potentiels que lesdites opérations sont susceptibles de produire sur le marché suisse [...]»

130 S. auch BVerfG – *Nikon* (Fn. 54), N. 4.3.3, das zugleich mit Verfahrensrecht (Art. 27 KG) und materiellem Recht (Art. 4 Abs. 1 KG) argumentiert.

131 S.o. II.A.

132 So auch MARTENET/KILLIAS (Fn. 69), Art. 2 LCart Rn. 92.

D. Einwände

Die Praxis von Behörden und Gerichten zum räumlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ist in der Literatur teilweise auf Kritik gestossen. So bringt BREI¹³³ völkerrechtliche Bedenken gegen den Verzicht auf qualifizierte Anforderungen an das Auswirkungsprinzip vor. Es könnten nicht beliebige Auswirkungen genügen, um die örtliche Anwendbarkeit zu begründen. Die Lesart des Bundesverwaltungsgerichts mache Art. 2 Abs. 2 KG «überflüssig und *lettre morte*».¹³⁴ Diese Kritik überzeugt – auch völkerrechtlich¹³⁵ – nicht.¹³⁶ Sie übersieht die Pointe des SCHNYDER'schen (und von den Gerichten übernommenen) Ansatzes: Da die Auswirkung mit der Sachnorm vernetzt wird, reichen eben nicht beliebige Auswirkungen, sondern die Verletzung einer Sachnorm im Inland ist erforderlich. Dies wird nirgendwo deutlicher als in den Parallelimportfällen: Die Rechtsanwendungsinstanzen prüfen eingehend, ob der Wettbewerb in der Schweiz hierdurch tangiert wird. In den einschlägigen Fällen bestand kein Zweifel hieran. Wie oben gezeigt wurde, ist zudem das Unmittelbarkeitserfordernis unklar und das Wesentlichkeitsmerkmal redundant, so dass eine Anwendung dieser Kriterien ausscheidet. Nach dem hier vertretenen Standpunkt ist allerdings objektive Vorhersehbarkeit der Auswirkungen zu verlangen. Diese liegt in den genannten Fällen unzweifelhaft vor. Der Vorwurf des «toten Buchstabens» trifft deshalb eher diejenigen, welche durch territoriale Engführung den kartellrechtlichen Schutz gegen Marktaufteilungen entwerten. Demgegenüber ist festzuhalten, dass ein wichtiges Ziel des Kartellgesetzes darin besteht, die Abschottung der schweizerischen Märkte durch private Wettbewerbsbeschränkungen im In- und Ausland zu verhindern.¹³⁷

An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts durch den Einfluss von Immaterialgüterrechten.¹³⁸ Hier besteht ein konzeptioneller Unterschied zum Recht der Europäischen Union. Dort gilt für alle Schutzrechte des geistigen Eigentums der Grundsatz der euro-regionalen Erschöpfung. Wird ein geschützter Gegenstand irgendwo im EWR mit Einverständ-

133 BREI (Fn. 54), 322 ff.; kritisch auch GIGER (Fn. 125), Rn. 12 f.; D. MAMANE/K. HUMMEL, Extra-territorial Reach of Swiss Competition Law: The BMW Case and Its Consequences for Worldwide Distribution Agreements, 7 Journal of European Competition Law & Practice 326 (2016).

134 BREI (Fn. 54), 323.

135 S.o. II.A.

136 Ablehnend (und den SCHNYDER'schen Ansatz unterstützend) BALDI/SCHRANER (Fn. 23), 507 f.; L. BAUDENBACHER, Schutz von Schweizer Konsumenten vor absoluten Gebietsabreden, in: Jusletter 2. Mai 2016, Rn. 37 ff.; A. WALKER, Globalisierungstaugliches Schweizer Kartellrecht, in: Jusletter 10. Februar 2014, Rn. 35.

137 Eindrücklich BORER (Fn. 69), Art. 5 KG Rn. 40 (in Bezug auf Art. 5 Abs. 3 lit. c KG); s. auch BVGer – *Nikon* (Fn. 54), N. 7.3.3: «hingegen ist daraus der Wille des Gesetzgebers ersichtlich, unabhängig vom legislatorischen Konzept aktiv gegen Marktabschottungstendenzen vorzugehen»; aussagekräftig die vom Bundesgericht in *Gaba* (oben Fn. 75, N. 9.4.5) angeführten Zitate aus den parlamentarischen Beratungen zur Einführung direkter Sanktionen (z.B. Marktabschottung als «Gift für Wachstum und Wohlfahrt»).

138 Zu entsprechendem Parteivorbringen s. BVGer – *Nikon* (Fn. 54), N. 4.4.1.

nis des Rechtsinhabers in den Verkehr gebracht, sind die immaterialgüterrechtlichen Verbreitungsrechte insoweit konsumiert. Bei Inverkehrbringen im Nicht-EWR-Ausland tritt dieser Effekt nicht ein. Es ist im EU-Recht anerkannt, dass die Einfuhr geschützter Gegenstände von ausserhalb des EWR auch vertraglich untersagt werden kann. Das europäische Kartellrecht steht nicht entgegen. Anders verhält es sich im schweizerischen Recht. Art. 3 Abs. 2 S. 2 KG ordnet ausdrücklich an, dass Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach dem Kartellgesetz unterliegen. Die Vorschrift wurde – vor dem Hintergrund des *Kodak*-Urteils¹³⁹ – gerade im Hinblick auf Importe aus dem erschöpfungsfreien Ausland eingefügt. Anders als in der EU hindert das Erschöpfungsregime in der Schweiz also nicht die Anwendung des Kartellrechts im Hinblick auf Importbeschränkungen, selbst wenn sich die Einfuhren auf nicht erschöpfte Gegenstände beziehen.¹⁴⁰ Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Rechtslage in *Nikon* ausdrücklich bestätigt: Wettbewerbsrechtlich unzulässige Abschottungen des inländischen Markts können nicht unter Berufung auf die Erschöpfungsregeln gerechtfertigt werden.¹⁴¹ Für die Anwendung des schweizerischen Kartellrechts ist allein ausschlaggebend, ob Inlandsauswirkungen i.S. von Art. 2 Abs. 2 KG vorliegen.

V. Ausblick

Es ist die Aufgabe des Auswirkungsprinzips, die internationale Reichweite des Kartellrechts einzugrenzen. Von der wohl herrschenden (aber uneinheitlichen) Lehre werden qualifizierte Anforderungen an die Auswirkungen gestellt. Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht möchten es demgegenüber bei einem einfachen, nicht weiter qualifizierten Auswirkungsprinzip belassen. Dies erscheint insofern überzeugend, als von den Kriterien der Unmittelbarkeit und der Wesentlichkeit Abstand genommen wird. In der Praxis z.B. der US-amerikanischen Rechtsanwendungsinstanzen ist das Kriterium der Direktheit lediglich eine Metapher für «nah genug» im Gegensatz zu «too remote». Damit ist es zu vage, um Sicherheit der Rechtsanwendung zu gewährleisten, und verbirgt lediglich unausgesprochene Wertungen. Die «Wesentlichkeit» schafft hingegen Friktionen zum materiellen Kartellrecht: Dessen Tatbestände haben die Aufgabe, die Anforderungen an Qualität und Quantität der Wettbewerbsbeschränkung im Inland festzulegen. Die identische Ausgestaltung des Wesentlichkeitskriteriums im internationalrechtlichen Kontext ist redundant; eine unterschiedliche Ausgestaltung führt hingegen zu einem Widerspruch zum materiellen Recht. Auf das Erfordernis der Wesentlichkeit sollte also ebenfalls verzichtet werden.

Dessen ungeachtet erscheint es erforderlich, das Auswirkungsprinzip so zu konkretisieren, dass unbeabsichtigte und bloss theoretische Auswirkungen im Inland nicht die An-

139 BGE 126 III 129.

140 S. zum Vergleich zwischen EU und der Schweiz A. HEINEMANN, Schutzrechte und Wettbewerbsrecht: Perspektiven für die schweizerische Rechtsentwicklung, sic! Sondernummer 2008, 33 (43 f.).

141 BVGer – *Nikon* (Fn. 54), N. 4.4.3.

wendung des heimischen Kartellrechts auslösen. Geeignet zu dieser Eingrenzung ist das Merkmal der «Vorhersehbarkeit». Es erfasst einerseits beabsichtigte Auswirkungen in der Schweiz. Andererseits erfasst es alle Auswirkungen, deren Lokalisierung in der Schweiz ein objektiver Beobachter hätte prognostizieren können. An der Vorhersehbarkeit von Auswirkungen in der Schweiz durch EWR-Klauseln in europäischen Vertriebsverträgen besteht beispielsweise kein Zweifel. Die Vorhersehbarkeit von allgemeinen Exportverboten in Vertriebsverträgen auf anderen Kontinenten (bei denen die Schweiz nicht unbedingt mitgedacht war) bedarf demgegenüber einer näheren Betrachtung der Umstände des Einzelfalls.

Der Verzicht der schweizerischen Gerichte auf eine besondere Qualifikation der Auswirkungen ist rechtsvergleichend bemerkenswert und lenkt den Blick in verdienstvoller Weise auf den territorialen Bezug von Sachnormen. Während bei den kartellrechtlichen Grundtatbeständen die Inlandswirkungen regelmässig im Mittelpunkt stehen, wird im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 KG selten thematisiert, dass es für ein Durchgreifen der Effizienzrechtfertigung notwendig ist, dass die Effizienzen auch im Inland realisiert werden. Eine Beschränkung des Wettbewerbs im Inland kann – jedenfalls ausserhalb von regionalen Integrationsverbänden – nicht durch Effizienzen im Ausland kompensiert werden. Andernfalls käme es zu einer Quersubventionierung ausländischer Akteure durch inländische Wirtschaftsteilnehmer.

Dem Auswirkungsprinzip wird – zumindest gelegentlich – immer noch der Exorbitanzvorwurf gemacht: Die Anknüpfung an die Auswirkungen wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen schaffe die Gefahr einer territorialen Überspannung nationalen Kartellrechts. Dem ist die begrenzende Wirkung des Auswirkungsprinzips entgegenzuhalten: Das Kartellrecht eines Landes ist «nur, aber immerhin»¹⁴² insoweit anzuwenden, als Inlandsauswirkungen festzustellen sind. Die Entwicklung des US-amerikanischen Kartellprivatrechts auf der Linie des *Empagran*-Urteils¹⁴³ unterstreicht die begrenzende Funktion der *effects doctrine*. Ausserdem ist unsachgemässer Extraterritorialität nach der hier vertretenen Auffassung durch das Erfordernis der Vorhersehbarkeit entgegenzutreten. Für das Kartellverwaltungsrecht ist schliesslich auf das Aufgreifermessen der Kartellbehörde hinzuweisen: Sind die Inlandswirkungen zu schwach, kann die Behörde auf die Eröffnung eines Verfahrens verzichten.¹⁴⁴ Das Abstellen auf die vorhersehbaren Auswirkungen ist gleichermassen erforderlich und hinreichend, um die «freiheitliche marktwirtschaftliche Ordnung» (Art. 1 KG) im Inland zu sichern.

142 A.K. SCHNYDER, Kollisionsrechtliche Fragen zu (grenzüberschreitenden) Übernahmen, in: Kolloquium Erwerb von Beteiligungen am Beispiel der öffentlichen Übernahmeangebote, hrsg. von A. Dufour/G. Hertig, Genf/Lausanne 1990, S. 624 (643).

143 S.o. IV.A.2.

144 WAGNER-VON PAPP, Competition Law and Extraterritoriality (Fn. 114), S. 58.