

Philipp Haberbeck

Zur Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG: Lausanne locuta, causa finita

Der Beitrag diskutiert – unter Berücksichtigung des neuen bundesgerichtlichen Leiturteils 2C_180/2014 – die umstrittene Frage, ob Art. 2 Abs. 2 KG in dem Sinne extensiv und ohne Einschränkung zu verstehen ist, dass das Kartellgesetz grundsätzlich auf sämtliche ausländischen Sachverhalte anwendbar ist, die sich auf den Wettbewerb in der Schweiz auswirken, oder ob die erwähnte Bestimmung vielmehr dahingehend restriktiv zu interpretieren ist, dass sie nur bei qualifizierten Inlandsauswirkungen zu einer Anwendung des Kartellgesetzes auf im Ausland begründete Sachverhalte führt.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Kartellrecht; Wettbewerbsrecht

Zitiervorschlag: Philipp Haberbeck, Zur Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG: Lausanne locuta, causa finita, in: Jusletter 22. Mai 2017

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Diskussion
 - A. Die Problemstellung
 - B. Der völkerrechtliche Aspekt
 - 1. Der Ansatz des Bundesgerichts
 - 2. Eigener Ansatz
 - C. Die Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG
 - 1. Einleitung
 - 2. Grammatikalische Auslegung
 - 3. Systematische Auslegung
 - 4. Historische und teleologische Auslegung
 - 5. Verfassungskonforme Auslegung
 - 6. Rechtsvergleichung
 - D. Schlussfolgerung
- III. Zusammenfassung

I. Einführung

[Rz 1] Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in seinem (angefochtenen¹) Urteil vom 13. November 2015 in Sachen BMW vs. WEKO² u.a. eingehend mit der Auslegung von Art. 2 Abs. 2 des Kartellgesetzes (KG; SR 251)³ beschäftigt.⁴ Namentlich hat es folgende Auslegungsfrage (erneut⁵) geprüft: «*Es ist einleitend zu untersuchen, ob Art. 2 Abs. 2 KG für die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf Sachverhalte mit internationalem Bezug eine bestimmte Art der Auswirkung auf den Schweizer Markt verlangt und wie intensiv diese Auswirkung sein muss*».⁶ Im Ergebnis verneinte das Bundesverwaltungsgericht diese Frage und kam zum Schluss, es sei dahingehend von einem weiten örtlichen Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 2 KG auszugehen⁷, dass im Rahmen dieser Bestimmung keine materielle Vorprüfung über die Art oder Intensität der betreffenden Inlandsauswirkung vorzunehmen ist⁸, also eine dahingehende Vorprüfung, dass nur bei qualifizierten Auswirkungen ausländischer Sachverhalte in der Schweiz eine kartellrechtliche Untersuchung durch die WEKO zu eröffnen wäre.

¹ Das Verfahren vor dem Bundesgericht ist per 21. April 2017 noch hängig.

² Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3332/2012 vom 13. November 2015.

³ Art. 2 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251), mit dem Titel «*Geltungsbereich*», lautet: «*[Absatz 1] Das Gesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen. [Absatz 1bis] Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. [Absatz 2] Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.*»

⁴ BVGer (FN 2), 16 ff., Ziff. 2.3.

⁵ Siehe bereits das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, 23 ff., Ziff. 3.3, insbesondere 31 ff., Ziff. 3.3.14.1.

⁶ Siehe BVGer (FN 2), 16, Ziff. 2.3.1.

⁷ Siehe BVGer (FN 2), 24, Ziff. 2.3.10 *in fine*.

⁸ Siehe BVGer (FN 2), 23, Ziff. 2.3.10. Ebenso bereits im Urteil vom 19. Dezember 2013 (FN 5), 23 ff., Ziff. 3.3, insbesondere 31 ff., Ziff. 3.3.14.1.

[Rz 2] Die Lehre hat sich z.T. kritisch mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts auseinandergesetzt.⁹ Mit Blick auf die oben erwähnte Auslegungsfrage wird von einem Teil der Lehre sinngemäss die abweichende Auffassung vertreten, Art. 2 Abs. 2 KG enthalte einen dahingehenden «*Filter zur Konkretisierung des Inlandsbezugs*»¹⁰, dass nur qualifizierte Inlandsauswirkungen eine örtliche Zuständigkeit des KG auf ausländische Sachverhalte begründeten¹¹.

[Rz 3] In einem zur Publikation vorgesehenen Urteil vom 28. Juni 2016 (2C_180/2014), dessen schriftliche Begründung am 21. April 2017 auf der Website des Bundesgerichts (www.bger.ch) aufgeschaltet wurde, hat sich das Bundesgericht eingehend zur vorstehend umrissenen Auslegungsfrage geäussert und diese im Einklang mit dem Bundesverwaltungsgericht dahingehend entschieden, dass «*die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen [...] im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 [KG] nicht notwendig und auch nicht zulässig [sei]*»¹².

[Rz 4] Der vorliegende Beitrag enthält eigene Gedanken zur Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG, berücksichtigt aber auch den vom Bundesgericht in seinem neuen Leiturteil 2C_180/2014 vertretenen Ansatz.

II. Diskussion

A. Die Problemstellung

[Rz 5] Eines der konstitutiven Elemente eines Staates ist die Gebiets Herrschaft, also die territoriale Souveränität über ein bestimmtes Gebiet, auf dem die Gesetze des Staates uneingeschränkt Geltung haben.¹³ Die Existenz eines Staates hängt also u.a. davon ab, dass er seine Souveränität nach aussen hin behaupten kann. Dies impliziert, dass sich Staaten gegen die Verletzung ihrer Souveränität durch andere Staaten wehren müssen, wollen sie nicht riskieren, unterzugehen. Kollisionen des Souveränitätsanspruchs von Staaten können sich nun insbesondere deshalb ergeben, weil Ereignisse, wie z.B. Handlungen und Unterlassungen von Rechtssubjekten, grenzüberschreitende Auswirkungen zeitigen können. Es ist eine der Kernaufgaben des Völkerrechts, mit Blick auf solche Konstellationen ordnende Regeln aufzustellen.¹⁴

⁹ Siehe GERALD BREI, Fragwürdige extraterritoriale Anwendung schweizerischen Kartellrechts – Kritische Anmerkungen zum Fall BMW, SJZ 2016, 321 ff.

¹⁰ Siehe BREI (FN 9), 323.

¹¹ Siehe BREI (FN 9), 322 ff.

¹² Siehe Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016, E. 3.7. Relevant im vorliegenden Zusammenhang sind insbesondere die Erwägungen 3 («*Räumlicher Geltungsbereich*») und 8 («*Keine Verletzung des Völkerrechts*») dieses Urteils.

¹³ Siehe etwa THOMAS FLEINER/LIDIJA R. BASTA FLEINER, Allgemeine Staatslehre: über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt, 3. A., Berlin 2004, 291 f. («*Der moderne Staat braucht überdies ein Territorium, auf welchem seine Gesetze uneingeschränkt Geltung haben. Ausserdem muss der Staat, damit er im Innern und nach aussen hin anerkannt wird, souverän sein, d.h. er muss seine Gesetze innerhalb des Territoriums durchsetzen können*».); BGE 139 V 263 ff., 266, E. 4.1 («*Wechselt die territoriale Souveränität über ein bestimmtes Gebiet, d.h. tritt ein neuer Staat an die Stelle eines anderen Staates als Inhaber der Gebiets Herrschaft, stellt sich die Frage nach der Vertrags sukzession*».).

¹⁴ Siehe etwa Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten EDA, ABC des Völkerrechts, Bern 2009 (gefunden auf: https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/de/documents/publications/Voelkerrecht/ABC-des-Voelkerrechts_de.pdf; alle Websites zuletzt besucht am 21. April 2017), 3 («*Das Völkerrecht hat in erster Linie eine ordnende Funktion. Es regelt vor allem das Verhalten der Staaten untereinander [...]*».); siehe auch etwa BGE 141 IV 108 ff., 121, E. 5.3 («*Vorbehältlich abweichender völkerrechtlicher Bestimmungen ist ein Staat aufgrund des Grundsatzes der Territorialität nicht berechtigt, eigene Strafverfolgungsmassnahmen auf dem Hoheitsgebiet eines anderen Staates vorzunehmen*».).

[Rz 6] Vor obigem Hintergrund sind nationalstaatliche Rechtsnormen, die aufgrund ihres Zwecks ausserhalb des Staates liegende Ereignisse erfassen, nicht unproblematisch. Der in diesem Beitrag diskutierte Art. 2 Abs. 2 KG ist eine solche Norm, die ausdrücklich ausserhalb der Schweiz veranlasste Sachverhalte, die sich in der Schweiz auswirken, der Jurisdiktion Schweizer Behörden zu unterwerfen trachtet.

[Rz 7] Im Lichte der vorstehend umrissenen völkerrechtlichen Problematik fragt sich, ob Art. 2 Abs. 2 KG – in Einklang mit der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts sowie des Bundesgerichts¹⁵ – in dem Sinne extensiv und ohne Einschränkung zu verstehen ist, dass das KG grundsätzlich auf sämtliche ausländischen Sachverhalte anwendbar ist, die sich auf den Wettbewerb in der Schweiz auswirken, oder ob – übereinstimmend mit verschiedenen Autoren¹⁶ – die hier diskutierte Norm vielmehr dahingehend restriktiv zu interpretieren ist, dass sie nur bei qualifizierten Inlandsauswirkungen zu einer Anwendung des KG auf im Ausland begründete Sachverhalte führt.

B. Der völkerrechtliche Aspekt

1. Der Ansatz des Bundesgerichts

[Rz 8] Nach Auffassung des Bundesgerichts gibt es mit Bezug auf die Erstreckung nationaler Gesetzgebungskompetenz auf ausserhalb des staatlichen Territoriums gelegene Sachverhalte («Anwendungserstreckung über den räumlichen Geltungsbereich hinaus»¹⁷) eine dahingehende völkerrechtliche Beschränkung, dass «zwischen dem normierenden Staat und dem von ihm normierten Auslandssachverhalt eine echte Verknüpfung (*genuine link, sufficient connection*) vorliegen muss, mit dem der erfasste Auslandssachverhalt echt oder substantiell und hinreichend verknüpft sein muss»¹⁸. Mit anderen Worten stellt das Bundesgericht fest, dass das aktuelle Völkerrecht ein Verbot exzessiver Rechtsetzung durch einen Staat enthalte.¹⁹ Dieses völkerrechtliche Verbot exzessiver Rechtsetzung wird nach Auffassung des Bundesgerichts durch Art. 2 Abs. 2 KG nicht verletzt.²⁰

[Rz 9] Bezüglich der Frage, ob Art. 2 Abs. 2 KG mit dem oben erwähnten völkerrechtlichen Verbot exzessiver Rechtsetzung vereinbar ist, hat das Bundesgericht auch das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (FHA; SR 0.632.401)²¹ geprüft. Auch im Lichte dieses Abkommens spreche «das Völkerrecht im Verhältnis Schweiz – EU nicht gegen die Unterstellung des [gemäss 2C_180/2014 einschlägigen] extraterritorialen Sachverhalts unter das KG»²².

¹⁵ Siehe Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), insbesondere E. 3.2.3 *in fine*, 3.7 und 8.

¹⁶ Siehe BREI (FN 9), 322 ff. sowie die im Urteil zitierten Lehrmeinungen (BVGer [FN 2], 18 f., Ziff. 2.3.5).

¹⁷ Siehe Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), E. 3.5.

¹⁸ Siehe Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), E. 3.5.

¹⁹ Siehe Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), E. 3.5.

²⁰ Siehe Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), E. 3.5 und 8.

²¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (SR 0.632.401).

²² Siehe Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), E. 8.

2. Eigener Ansatz

[Rz 10] Nach hier dargelegtem Ansatz ist mit Blick auf den völkerrechtlichen Aspekt zu beantworten, ob sich aus dem Völkerrecht eine zwingende Antwort auf die in diesem Beitrag diskutierte Frage ergibt, also die Frage, ob Art. 2 Abs. 2 KG in dem Sinne extensiv und ohne Einschränkung zu verstehen ist, dass das KG grundsätzlich auf sämtliche ausländischen Sachverhalte anwendbar ist, die sich auf den Wettbewerb in der Schweiz auswirken, oder ob die hier diskutierte Norm dahingehend restriktiv zu interpretieren ist, dass sie nur bei qualifizierten Inlandsauswirkungen zu einer Anwendung des KG auf im Ausland begründete Sachverhalte führt.

[Rz 11] Im Bereich des Kartell- und Wettbewerbsrechts gibt es keine völkerrechtlichen Verträge, die der Schweiz hinsichtlich der Unterwerfung von ausländischen Sachverhalten unter ihre Jurisdiktion Vorschriften machen.²³ Es fragt sich deshalb, ob sich dem Völkergewohnheitsrecht entsprechende Vorgaben entnehmen lassen.

[Rz 12] Das einschlägige Völkergewohnheitsrecht beruht nach wie vor weitgehend auf einem Urteil des ständigen internationalen Gerichtshofs (*Cour permanente de Justice Internationale*) vom 7. September 1927 zwischen Frankreich und der Türkei in Sachen «Lotus» (das «**Lotus-Urteil**»)^{24, 25} Stark komprimiert lag diesem Urteil ein Streit zwischen Frankreich und der Türkei darüber zugrunde, ob die Türkei einen französischen Seemann, dessen Schiff auf Hoher See mit einem türkischen Schiff kollidierte, strafrechtlich zur Verantwortung ziehen dürfe.

[Rz 13] Im Lotus-Urteil wird die Grenze der staatlichen Souveränität und des staatlichen Justizanspruchs weit gezogen.²⁶

²³ Ausser dem bereits erwähnten FHA mit der EWG (FN 21) gilt dies auch im Lichte des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 17. Mai 2013 (SR 0.251.268.1). Dieses Abkommen enthält keine Bestimmung, die der Schweiz die Anwendung ihres Kartell- und Wettbewerbsrechts auf in der EU begründete Sachverhalte untersagen würde. Im Gegenteil hält Art. 13 des Abkommens ausdrücklich folgendes fest: «Dieses Abkommen ist nicht so auszulegen, dass es die Formulierung oder Durchsetzung des Wettbewerbsrechts der Vertragsparteien berührt.»

²⁴ Gefunden auf: http://www.icj-cij.org/pcej/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf.

²⁵ Siehe etwa THOMAS MERKLI, Das Territorialitätsprinzip und seine Ausnahmen, Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz, Vaduz 2002 (gefunden auf: http://www.bger.ch/territorialitaetsprinzip_und_seine_ausnahmen.pdf), 5; CHRISTIAN TIETJE/JÜRGEN BERLING/TOBIAS ZUBER, Völker- und europarechtliche Zulässigkeit extraterritorialer Anknüpfung einer Finanztransaktionssteuer, in: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 129, Halle (Saale) April 2014 (gefunden auf: <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/Heft%20129.pdf>), 6 f. («Nach diesen, auch heute noch den Stand der Völkerrechtsdogmatik wiedergebenden Ausführungen des StIGH [...]») und 15 («[...] des nach wie vor aktuellen Lotus-Falles [...]»); siehe auch den Verweis auf das Lotus-Urteil in BGE 118 Ia 137 ff., 142, E. 2b.

²⁶ Siehe das Lotus-Urteil (FN 24), insbesondere 18 ff., mit Hervorhebungen: «*Le droit international regit les rapports entre des Etats independants. Les regles de droit liant les Etats procedent donc de la volonte de ceux-ci, volonte manifestee dans des conventions ou dans des usages acceptes generalement comme consacrant des principes de droit et etablis en vue de regler la coexistence de ces communautes independantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'independance des Etats ne se presument donc pas. Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international a l'Etat est celle d'exclure – sauf l'existence d'une regle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre Etat. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait etre exercee hors du territoire, sinon en vertu d'une regle permissive decoulant du droit international coutumier ou d'une convention. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international defend a un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire ou il s'agit de faits qui se sont passes a l'etranger et ou il ne peut s'appuyer sur une regle permissive du droit international. Pareille these ne saurait etre soutenue que si le droit international defendait, d'une maniere generale, aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre a la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par derogation a cette regle generale prohibitive, il permettait aux Etats de ce faire dans des cas specialement determines. Or, tel n'est certainement pas l'etat actuel du droit international. Loin de defendre d'une maniere generale aux Etats d'etendre leurs lois et leur juridiction a des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, a cet egard, une large liberte, qui n'est limitee que dans quelques cas par des regles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. C'est cette liberte que le droit international laisse aux Etats, qui explique la variete des regles qu'ils ont pu adopter sans oppositi-*

[Rz 14] Zwar wurde in der völkerrechtlichen Doktrin seit Erlass des Lotus-Urteils versucht, die in diesem Urteil extensiv formulierte Souveränität der Staaten auf der Grundlage von verschiedenen Kriterien einzugrenzen.²⁷ Es ist jedoch umstritten, ob solche Grundsätze heute zum Völkergewohnheitsrecht geworden sind.²⁸ So resümierte etwa Bundesrichter THOMAS MERKLI²⁹ in einem Landesbericht der Schweiz aus dem Jahre 2002: «Aus dem Völkergewohnheitsrecht ergeben sich, abgesehen vom grundsätzlichen Verbot der Vornahme von Hoheitsakten auf dem Territorium eines Drittstaates, (noch?) keine festen Regeln hinsichtlich der Jurisdiktionsabgrenzung».³⁰ Umstritten ist u.a. auch die völkerrechtliche Tragweite des sogenannten «Auswirkungsprinzips».³¹ Als Beispiel dafür, dass es wohl nach wie vor fraglich ist, ob im heutigen Zeitpunkt eine bestimmte Qualifikation des Auswirkungsprinzips effektiv völkerrechtlich verankert ist, kann das US-amerikanische Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)³² angeführt werden, welches als «neue Form des extraterritorialen Unilateralismus»³³ bezeichnet wurde. Im Ergebnis zwingt dieses Gesetz weltweit nicht in den USA ansässige Finanzinstitute zur Kooperation mit der US-amerikanischen Steuerbehörde, mit hohem administrativen und finanziellen Aufwand für solche nicht-amerikanischen Institute³⁴, einfach weil «die USA erreichen [wollen], dass sämtliche im Ausland gehaltenen Konten von Personen, die in den USA steuerpflichtig sind, besteuert werden können»³⁵.

on ou reclamations de la part des autres Etats; c'est en vue d'apporter un remede aux inconvenients qui derivent de pareille variete qu'on s'efforce, depuis des annees, en Europe aussi bien qu'en Amerique, d'elaborer des conventions, dont l'effet serait justement de restreindre la liberte que le droit international laisse actuellement aux Etats dans cette matiere, en comblant ainsi des lacunes de competences ou en faisant disparaitre des concurrences de competences resultant de la diversite des principes adoptes dans les differents Etats. Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander a un Etat, c'est de ne pas depasser les limites que le droit international trace a sa competence; en deca de ces limites, le titre a la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souverainete.»; siehe auch das Lotus-Urteil (FN 24), 23 («Par consequent, du moment que les effets du delit se sont produits sur le navire turc, il est impossible de soutenir qu'il y ait une regle de droit international qui defendrait a la Turquie d'exercer des poursuites penales contre le lieutenant Demons en raison du fait que l'auteur du delit se trouvait sur le navire francais».).

²⁷ MERKLI (FN 25), 6.

²⁸ MERKLI (FN 25), 7 («Es ist umstritten, ob und wieweit diese Grundsätze tatsächlich Bestandteil des geltenden Völkergewohnheitsrechts zur Jurisdiktionsabgrenzung geworden sind.»); vgl. auch FLORIAN WAGNER-VON PAPP, in: Christian Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, 2. A., Berlin/Boston 2015, 536, Rz. 9 («Obwohl das Auswirkungsprinzip im Grundsatz international anerkannt ist [...], sind die Einzelheiten umstritten».).

²⁹ Siehe <http://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-richter/federal-richter-bundesrichter/federal-richter-bundesrichter-merklithomas.htm>.

³⁰ MERKLI (FN 25), 20; siehe auch TIETJE/BERING/ZUBER (FN 25), 7 (mit Hervorhebungen: «Nach diesen, auch heute noch den Stand der Völkerrechtsdogmatik wiedergebenden Ausführungen des StIGH bleibt also der räumliche Anwendungsbereich der Jurisdiktionsausübung im Regelfall auf das eigene Territorium beschränkt. **Allerdings ist zugleich klar, dass Staaten frei sind, sachlich an Vorgänge im Ausland anzuknüpfen.** Konkret ergibt sich hieraus die anerkannte und für eine präzise Erfassung von Jurisdiktionsproblemen unumgängliche Differenzierung zwischen der Rechtssetzungsgewalt und der Vollzugsgewalt eines Staates (jurisdiction to prescribe und jurisdiction to enforce). **Im Sinne der Lotus-Entscheidung steht es Staaten – und entsprechend der EU – weitgehend frei, wie weit sie den sachlichen Anwendungsbereich ihrer Rechtsordnung ausdehnen wollen.** Rechtssetzungsgewalt ist völkerrechtlich insofern nicht exklusiv, sondern immer nur konkurrierend».).

³¹ MERKLI (FN 25), 8; ohne Hervorhebung («Umstritten ist die Tragweite des sogenannten Auswirkungsprinzips [...]»); siehe zum Auswirkungsprinzip auch die Schlussanträge des Generalanwalts Marco Darmon vom 25. Mai 1988 in der Rechtssache C-89/85 (Ahlström vs. Kommission der Europäischen Gemeinschaften), 5215 ff. (gefunden auf: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/de/).

³² Der Text dieses Gesetzes findet sich z.B. hier: <https://www.govtrack.us/congress/bills/111/s1934/text>.

³³ Siehe PETER R. ALTENBURGER et al., Fatca: ein neues US-Gesetz mit grosser Tragweite, NZZ vom 11. September 2010, 34.

³⁴ Siehe etwa die Informationsseite über das FATCA des Staatssekretariats für internationale Finanzfragen SIF: <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/themen/internationale-steuerpolitik/fatca-abkommen.html>.

³⁵ SIF-Fatca-Seite (FN 34).

[Rz 15] Aber selbst wenn das Auswirkungsprinzip nach heute geltendem Völkerrecht dahingehend zurückgebunden wäre, dass nur eine qualifizierte Inlandsauswirkung die Jurisdiktion hinsichtlich ausländischer Sachverhalte begründete³⁶, hätte dies auf die in diesem Beitrag diskutierte Auslegungsfrage nach hier vertretener Auffassung keinen Einfluss. Eine extensive Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG impliziert nicht, dass im Ausland begründete Wettbewerbsbeschränkungen in der Schweiz effektiv sanktioniert werden, ist doch die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede bezüglich der Widerrechtlichkeit einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG ein Tatbestandsmerkmal.³⁷ Aus völkerrechtlicher Perspektive kann es in jedem Fall nur darauf ankommen, dass extraterritoriale Sanktionen im Ergebnis nur bei ausreichender Inlandseinwirkung verhängt werden, nicht darauf, wie dies in der betreffenden Rechtsordnung sichergestellt wird (vgl. II.D *in fine*).³⁸

[Rz 16] Vor obigem Hintergrund ergeben sich auch nach hier vertretener Auffassung – im Ergebnis im Einklang mit dem Bundesgericht – aus dem Völkerrecht keine zwingenden Vorgaben, welche Tragweite Art. 2 Abs. 2 KG zukommt.

C. Die Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG

[Rz 17] Ergeben sich aus dem Völkerrecht keine zwingend zu beachtenden Vorgaben bezüglich der Tragweite von Art. 2 Abs. 2 KG, ist dessen Tragweite sozusagen autonom durch Auslegung zu bestimmen.

1. Einleitung

[Rz 18] Gemäss ständiger Rechtsprechung verfolgt das Bundesgericht bei der Gesetzesauslegung einen «*pragmatischen Methodenpluralismus*»³⁹, was insbesondere impliziert, dass das Bundesgericht im Auslegungsprozess keine der vorhandenen Auslegungsmethoden (grammatikalische Auslegung etc.) per se präferiert oder höher als andere Methoden gewichtet.

[Rz 19] Auch die bundesgerichtliche Quintessenz der richtigen Vorgehensweise bei der Gesetzesauslegung stellt keine konkret fassbare Leitplanke dar («*Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis*».⁴⁰). Was im Lichte einer Gesetzesbestimmung sachlich richtig und ein befriedigendes Ergebnis ist, beruht letztlich sehr stark auf einem Wertentscheid, vor allem bei Normen, die trotz grammatikalischer, systematischer und/oder historischer Auslegung nicht völlig klar sind.⁴¹

³⁶ So etwa JOCHEN HOFFMANN, *Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts*, Tübingen 2009, 143.

³⁷ Siehe Art. 5 Abs. 1 KG (mit Hervorhebung): «*Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen **erheblich** beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig.*»

³⁸ Im Ergebnis ähnlich das Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), E. 3.3 («*Es ist also selbst dann, wenn – wie von der Beschwerdeführerin gefordert – bei einer ersten Prüfung im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG eine Auswirkung festgestellt würde und der Sachverhalt unter das KG fele, das konkret zu ergehende Urteil immer noch auf seine Völkerrechtsverträglichkeit zu überprüfen*».).

³⁹ Siehe etwa BGE 140 III 616 ff., 621, E. 3.3.

⁴⁰ BGE 140 III 616 ff., 621, E. 3.3; so auch etwa BGE 142 IV 1 ff., 3, E. 2.4.1 und 141 II 262 ff., 272, E. 4.1.

⁴¹ Dass das Bundesgericht – selbst in kurzem zeitlichen Abstand – in Bezug auf eine unveränderte Norm zu konträren Auslegungsergebnissen gelangen kann, wird schön in BGE 142 IV 137 ff. illustriert, der Art. 90 Abs. 3 und 4 Strassenverkehrsgesetz (SVG; SR 741.01) («*Raserdelikte*») betrifft (siehe insbesondere E. 11.3).

[Rz 20] Vor obigem Hintergrund ist hervorzuheben, dass es auf die in diesem Beitrag diskutierte Auslegungsfrage keine absolut eindeutige Antwort gibt, sondern dass man mit jeweils guten Argumenten zu unterschiedlichen Schlussfolgerungen hinsichtlich der Tragweite von Art. 2 Abs. 2 KG kommen kann.

2. Grammatikalische Auslegung

[Rz 21] Auf der Suche nach dem Sinn und Zweck einer Bestimmung ist der Ausgangspunkt ihrer Auslegung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung deren Wortlaut.⁴²

[Rz 22] Man könnte argumentieren, es handle sich um ein qualifiziertes Schweigen, dass Art. 2 Abs. 2 KG die geforderte Auswirkung auf die Schweiz nicht durch ein Adjektiv qualifiziert (z.B. Sachverhalte, die sich in der Schweiz *spürbar* auswirken). Mit anderen Worten liesse sich argumentieren, der Gesetzgeber hätte das Tatbestandselement der Auswirkung in der Schweiz entsprechend qualifiziert, wenn er die Absicht gehabt hätte, einen entsprechenden «Filter» in Art. 2 Abs. 2 KG einzubauen.

[Rz 23] Obiges Argument ist sicher nicht einfach von der Hand zu weisen, kann aber auch nicht als zwingend betrachtet werden. Es lässt sich ebenfalls vertreten, das Tatbestandselement «auswirken» könne auch implizit eine bestimmte Art bzw. Intensität der Auswirkung in der Schweiz fordern. Darüber hinaus kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ausnahmsweise sogar von einem eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut abgewichen werden, wenn triftige Gründe vorliegen, dass der Wortlaut nicht dem wahren Sinn der Norm entspricht.⁴³

[Rz 24] Vor obigem Hintergrund führt die grammatikalische Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG mit Bezug auf die Tragweite dieser Bestimmung – im Einklang mit dem Bundesgericht⁴⁴ – auch nach hier vertretener Auffassung nicht zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis.

3. Systematische Auslegung

[Rz 25] Die systematische Stellung von Art. 2 Abs. 2 KG (hier verstanden als systematische Stellung innerhalb des KG) indiziert nicht, ob diese Norm in dem Sinne extensiv und ohne Einschränkung zu verstehen ist, dass das KG grundsätzlich auf sämtliche ausländischen Sachverhalte anwendbar ist, die sich auf den Wettbewerb in der Schweiz auswirken, oder ob Art. 2 Abs. 2 KG vielmehr dahingehend restriktiv zu interpretieren ist, dass er nur bei qualifizierten Inlandsauswirkungen zu einer Anwendung des KG auf im Ausland begründete Sachverhalte führt. Die Einordnung der hier diskutierten Bestimmung im ersten Kapitel betreffend allgemeine Bestimmungen ist sachlogisch, aber mit Blick auf das hier untersuchte Auslegungsproblem nicht aussagekräftig. Auch das systematische Auslegungselement hilft entsprechend nicht weiter.⁴⁵

⁴² Siehe etwa das Urteil des Bundesgerichts B 10/99 vom 18. Juli 2002, E. 5a («Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen.»).

⁴³ Siehe etwa BGE 137 IV 290 ff., 293, E. 3.3 («Vom klaren, d.h. eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur [aber immerhin dann] ausnahmsweise abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt [...]»).

⁴⁴ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), E. 3.2.3.

⁴⁵ So auch das Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), E. 3.2.3.

4. Historische und teleologische Auslegung

[Rz 26] Bei der Auslegung einer Gesetzesnorm ist aufgrund des Prinzips der Gewaltenteilung⁴⁶ auch nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu fragen.⁴⁷ Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts falle die historische Auslegung zwar nur dann ins Gewicht, wenn die Regelungsabsicht des Gesetzgebers klar erkennbar ist sowie im Text der betreffenden Gesetzesnorm ihren Ausdruck gefunden hat.⁴⁸ Das Bundesgericht betont aber auch, dass die Regelungsabsicht des Gesetzgebers bei der Gesetzesauslegung letztlich die für den Richter verbindliche Richtschnur darstellt.⁴⁹

[Rz 27] Die hier untersuchte Norm hat in den parlamentarischen Beratungen zwar keinen Diskussionsbedarf ausgelöst und ist gegenüber dem bundesrätlichen Entwurf ohne Änderungen zum Gesetz geworden. Der Bundesrat hat in seiner Botschaft vom 23. November 1994 aber ausdrücklich seine Auffassung formuliert, dass Art. 2 Abs. 2 KG weit zu verstehen sei. In diesem Zusammenhang hat er auch sein Verständnis ausgedrückt, dass die Würdigung eines bestimmten unternehmerischen Verhaltens nicht auf der Ebene des Geltungsbereichs des KG, sondern erst bei der Prüfung der Tatbestandsmässigkeit dieses Verhaltens stattfinden solle (mit Hervorhebungen):

[Rz 28] *«Der Geltungsbereich ist im Gesetzesentwurf **weit** umschrieben. Es werden sämtliche Formen unternehmerischer Tätigkeit vom Gesetz erfasst, sofern sich daraus eine Wettbewerbsbeschränkung ergeben kann. Die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes sagt indessen noch nichts über die **wettbewerbsrechtliche Würdigung** eines unternehmerischen Verhaltens aus. Diese **erfolgt erst bei der Anwendung** der für das Zivil- und Verwaltungsrecht einheitlichen materiellen Bestimmungen. Die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Gesetzes bedeutet folglich noch keinerlei Werturteil».*⁵⁰

[Rz 29] Eine an der Regelungsabsicht des Gesetzgebers orientierte teleologische Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG spricht vor obigem Hintergrund in Einklang mit dem Bundesverwaltungsgericht⁵¹ und dem Bundesgericht für ein extensives Verständnis dieser Bestimmung.

[Rz 30] In seinem neuen Leiturteil 2C_180/2014 hält das Bundesgericht zum teleologischen Auslegungselement fest (mit zahlreichen Hinweisen auf die Lehre):

⁴⁶ Siehe etwa BGE 133 III 257 ff., 271, E. 2.5.4 («Ob diese rechtspolitische Kritik berechtigt ist, haben gemäss dem Prinzip der Gewaltenteilung die gesetzgebenden und nicht die rechtsanwendenden Behörden zu entscheiden [...]»).

⁴⁷ Siehe etwa BGE 133 III 257 ff., 265, E. 2.4 («Die Auslegung des Gesetzes ist auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten [...]») und auch 121 III 219 ff., 225, E. 1 daa.

⁴⁸ Siehe etwa BGE 136 III 23 ff., 37, E. 6.6.2.1 («Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben [...]»); 124 II 193 ff., 200, E. 5c sowie 116 II 525 ff., 527, E. 2b.

⁴⁹ BGE 140 I 305 ff., 311, E. 6.2 (mit Hervorhebungen: «**Die Ermittlung der ratio legis darf nicht nach den eigenen, subjektiven Wertvorstellungen des Gerichts, sondern hat nach den Vorgaben des Gesetzgebers zu erfolgen. Der Balancegedanke des Prinzips der Gewaltenteilung bestimmt nicht allein die Gesetzesauslegung im herkömmlichen Sinn, sondern er führt darüber hinaus zur Massgeblichkeit der bei der Auslegung gebräuchlichen Methoden für den Bereich richterlicher Rechtsschöpfung, indem ein vordergründig klarer Wortlaut einer Norm entweder auf dem Analogieweg auf einen davon nicht erfassten Sachverhalt ausgedehnt oder umgekehrt auf einen solchen Sachverhalt durch teleologische Reduktion nicht angewandt wird. Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt.»).**

⁵⁰ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 (BBl 1995 I 468), 533.

⁵¹ Siehe BVGer (FN 2), 22 ff., insbesondere Ziff. 2.3.10.

«Das in Art. 2 Abs. 2 KG festgehaltene Auswirkungsprinzip findet seine teleologische Begründung im Schutz der nationalen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung – Regelungsziel des KG. Handlungen sollen unterbunden werden können, sofern sie negative Wirkungen auf den nationalen Markt haben [...]; insofern ist zum Schutz des nationalen Marktes auf Auswirkungen und nicht auf Handlungs- bzw. Unternehmensstandorte abzustellen [...]; andere Anknüpfungskriterien wären zu Lasten des nationalen Marktes zu leicht manipulierbar [...]. Wann allerdings die nationale Wirtschaftsordnung des Schutzes bedarf, wann m.a.W. Auswirkungen auf den schweizerischen Markt derart sind, dass Handlungsbedarf besteht, ergibt sich nicht aus einem abstrakt formulierten Auswirkungsprinzip, sondern nur aus den einzelnen Sachnormen [...]. Nur diese legen fest, wann ein Verhalten die schweizerische Wirtschaftsordnung bzw. den Wettbewerb in der Schweiz beeinträchtigt und deshalb Massnahmen zu ergreifen sind [...]. Damit sind auch die für die Beurteilung von Auswirkungen auf den schweizerischen Wettbewerbsmarkt notwendigen vertieften Abklärungen – wie etwa die Bestimmung des relevanten Marktes – verbunden [...]. Insofern will Art. 2 Abs. 2 KG lediglich klarstellen, dass auch Auslands Sachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können, unter das KG fallen. Art. 2 Abs. 2 KG hat – wie dies bereits die Botschaft KG I umschrieben hat [...] – somit einen weiten Geltungsbereich.»⁵²

5. Verfassungskonforme Auslegung

[Rz 31] Gesetzesnormen sind im Zweifel verfassungskonform auszulegen.⁵³ Unter dem Gesichtswinkel des in diesem Beitrag diskutierten Themas ist hervorzuheben, dass der Schutz des Wettbewerbs in der schweizerischen Wirtschaftsordnung ein ausdrückliches verfassungsrechtliches Ziel ist. Dies ergibt sich aus verschiedenen Verfassungsnormen, insbesondere aus Art. 96 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101)⁵⁴, Art. 94 Abs. 4⁵⁵ und Art. 27 BV⁵⁶. Eine direkte Antwort auf die hier untersuchte Frage lässt sich von diesen Bestimmungen jedoch nicht ableiten.

[Rz 32] In seinem neuen Leiturteil weist das Bundesgericht u.a. darauf hin, «dass das Schutzgut schweizerische Wettbewerbsordnung nach Art. 2 Abs. 2 KG nicht teilbar ist; für Inlands Sachverhalte gelten die gleichen Kriterien wie für Auslands Sachverhalte; beide fallen entsprechend Art. 2 Abs. 2 KG dann unter das KG, wenn sie sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können»⁵⁷. Auf dieser Grundlage hebt das Bundesgericht hervor, dass die Anwendung besonderer Kriterien für Auslands Sachverhalte das Rechtsgleichheitsgebot, das in der Bundesverfassung in Art. 8 Abs. 1⁵⁸ ver-

⁵² Siehe das Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), E. 3.2.3.

⁵³ Siehe etwa BGE 140 I 305 ff., 311, E. 6.2 («Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten entspricht.») und 139 IV 282 ff., 286, E. 2.4.1 («Sind mehrere Interpretationen denkbar, soll jene gewählt werden, welche die verfassungsrechtlichen Vorgaben am besten berücksichtigt [...]»).

⁵⁴ Art. 96 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) lautet: «Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen.»

⁵⁵ Art. 94 Abs. 4 BV lautet (mit Hervorhebung): «Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, **insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten**, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind.»

⁵⁶ Art. 27 BV lautet: «Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet. Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.»

⁵⁷ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), E. 3.3.

⁵⁸ Art. 8 Abs. 1 BV lautet: «Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.»

ankert ist, verletzen würde.⁵⁹ Vor diesem Hintergrund liesse sich argumentieren, dass auch eine verfassungskonforme Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG dafür spricht, dass diese Bestimmung nicht dahingehend restriktiv zu interpretieren ist, dass sie nur bei qualifizierten Inlandsauswirkungen zu einer Anwendung des KG auf im Ausland begründete Sachverhalte führte.

6. Rechtsvergleichung

[Rz 33] Die Rechtsordnungen der EU und der USA verlangen ein gewisses Mindestmass an Intensität der Inlandsauswirkung für die Anwendung der Wettbewerbsbestimmungen auf Sachverhalte mit internationalem Bezug.⁶⁰ Das Bundesgericht zählt auch die Rechtsvergleichung zu den relevanten Auslegungselementen.⁶¹ Zwar kann das Ergebnis einer Rechtsvergleichung unter Umständen erlauben, den Sinn einer Norm zu erschliessen. Aufgrund des Territorialitätsprinzips⁶² wird dieses Auslegungselement nach hier vertretener Auffassung aber im Prinzip von einer an der Regelungsabsicht des Gesetzgebers orientierten teleologischen Auslegung verdrängt. Entscheidend ist mit anderen Worten aufgrund des Territorialitätsprinzips der Sinn der Schweizer Norm, nicht der Sinn ausländischer Normen, kann doch der Schweizer Gesetzgeber unter Umständen bewusst einen legislatorischen Alleingang gewählt haben. Selbstverständlich ist die Schweiz in die Staatengemeinschaft eingebunden und auf diese angewiesen, also nicht autark und absolut frei⁶³, womit es unzulässig wäre, gegen unbestrittene völkerrechtliche Prinzipien zu verstossen, wie z.B. gegen das grundsätzliche Verbot, auf einem fremden Staatsterritorium hoheitsrechtlich tätig zu werden. Der Vorbehalt *zwingender* Völkerrechtsbestimmungen ist in der Bundesverfassung an verschiedenen Stellen festgehalten.⁶⁴ Es wurde jedoch weiter oben diskutiert, dass sich im vorliegenden Bereich nach hier vertretener Auffassung aus dem Völkerrecht keine zwingenden Vorgaben ergeben.

[Rz 34] Mit Blick auf nicht-schweizerische Rechtsordnungen ist auch darauf hinzuweisen, dass die Geltungsbereichsbestimmungen in Art. 2 KG eine Besonderheit des schweizerischen Kartellrechts sind. Ausländische einschlägige Gesetzgebungen kennen eine entsprechende Norm nicht, da sich die Geltung des Auswirkungsprinzips aus den materiellrechtlichen Bestimmungen (in der Schweiz etwa Art. 5 KG) ergibt. Auf der einen Seite könnte man argumentieren, dass dieser Umstand den Stellenwert von Art. 2 und damit auch Art. 2 Abs. 2 KG grundsätzlich relativiert. Auf der anderen Seite könnte man den Standpunkt einnehmen, der Schweizer Gesetzgeber habe

⁵⁹ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), E. 3.3.

⁶⁰ Siehe das BVGer (FN 2), 22, insbesondere Ziff. 2.3.9.

⁶¹ Siehe etwa BGE 127 III 318 ff., 323, E. 2b («Im Übrigen sind bei der Auslegung alle herkömmlichen Auslegungselemente zu berücksichtigen (systematische, teleologische, historische und rechtsvergleichende), wobei das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus befolgt [...]»).

⁶² Siehe zum Territorialitätsprinzip etwa BGE 142 II 243 ff., E. 3.1 («Dabei wird mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen sein, dass die Durchsetzung ausländischer Rechtsvorschriften in der Schweiz – in Übereinstimmung mit dem das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz des Territorialitätsprinzips – grundsätzlich nicht Aufgabe der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht ist [...]»).

⁶³ Siehe etwa RAINER SCHUHMACHER, Unsere Bundesverfassung: Ist sie uns fremd geworden?, Anwaltsrevue 2016, 294 («Kein Mensch ist autark und absolut frei. Das gilt auch für moderne Staaten wie die Schweiz. Auch die Schweizerische Eidgenossenschaft ist auf die Kooperation mit anderen Staatengemeinschaften angewiesen»).

⁶⁴ Siehe (jeweils mit Hervorhebungen) Art. 139 Abs. 3 BV («Verletzt die Initiative die Einheit der Form, die Einheit der Materie oder **zwingende** Bestimmungen des Völkerrechts, so erklärt die Bundesversammlung sie für ganz oder teilweise ungültig»), Art. 193 Abs. 4 BV («Die **zwingenden** Bestimmungen des Völkerrechts dürfen nicht verletzt werden») und Art. 194 Abs. 2 BV («Die Teilrevision muss die Einheit der Materie wahren und darf die **zwingenden** Bestimmungen des Völkerrechts nicht verletzen»).

mit der ausdrücklichen Verankerung des Auswirkungsprinzips in Art. 2 Abs. 2 KG den weiten örtlichen Anwendungsbereich des KG unterstreichen wollen. Wie dem auch sei, nach hier vertretener Auffassung ergibt sich aus der im Vergleich mit anderen Kartellrechtsgesetzen erwähnten Singularität von Art. 2 Abs. 2 KG mit Blick auf die hier diskutierte Auslegungsfrage in jedem Fall kein zwingendes Argument hinsichtlich des Sinns dieser Bestimmung.

D. Schlussfolgerung

[Rz 35] Der Wortlaut und die systematische Stellung von Art. 2 Abs. 2 KG indizieren nicht, ob diese Norm in dem Sinne extensiv und ohne Einschränkung zu verstehen ist, dass das KG grundsätzlich auf sämtliche ausländischen Sachverhalte anwendbar ist, die sich auf den Wettbewerb in der Schweiz auswirken, oder ob Art. 2 Abs. 2 KG vielmehr dahingehend restriktiv zu interpretieren ist, dass er nur bei qualifizierten Inlandsauswirkungen zu einer Anwendung des KG auf im Ausland begründete Sachverhalte führt.

[Rz 36] Unter dem Gesichtswinkel einer verfassungsmässigen Auslegung ist zwar festzuhalten, dass der Schutz des Wettbewerbs in der schweizerischen Wirtschaftsordnung ein ausdrückliches verfassungsrechtliches Ziel ist. Eine direkte Antwort auf die hier untersuchte Frage lässt sich hiervon jedoch nicht ableiten.

[Rz 37] Auch der Vergleich mit den Rechtsordnungen der EU und der USA, die ein gewisses Mindestmass an Intensität der Inlandsauswirkung für die Anwendung der Wettbewerbsbestimmungen auf Sachverhalte mit internationalem Bezug verlangen, gibt keine verbindliche Antwort. Zwar kann das Ergebnis einer Rechtsvergleichung unter Umständen erlauben, den Sinn einer Norm zu erschliessen. Aufgrund des Territorialitätsprinzips wird dieses Auslegungselement nach hier vertretener Auffassung aber im Prinzip von einer an der Regelungsabsicht des Gesetzgebers orientierten teleologischen Auslegung verdrängt. Entscheidend ist mit anderen Worten aufgrund des Territorialitätsprinzips grundsätzlich der Sinn der Schweizer Norm, nicht der Sinn ausländischer Normen, kann doch der Schweizer Gesetzgeber unter Umständen bewusst einen legislativen Alleingang gewählt haben.

[Rz 38] Ausschlaggebend ist nach Auffassung des Autors – im Ergebnis im Einklang mit dem Bundesgericht⁶⁵ – die Orientierung an der Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Auf der Basis der bundesrätlichen Botschaft ist im Rahmen einer an der Regelungsabsicht des Gesetzgebers orientierten teleologischen Auslegung von einem extensiven örtlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes auszugehen.

[Rz 39] Dafür, dass nicht bereits auf der Ebene von Art. 2 Abs. 2 KG eine «Erheblichkeits-Triage» erfolgen sollte, spricht auch der vom Bundesverwaltungsgericht im einschlägigen Urteil angeführte Umstand⁶⁶, dass die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede bezüglich der Widerrechtlichkeit einer Wettbewerbsabrede ein Tatbestandsmerkmal ist⁶⁷. Mit anderen Worten spricht der Umstand, dass der relevante Tatbestand die Erheblichkeit der Wettbewerbseinschränkung expli-

⁶⁵ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), insbesondere E. 3.2.3.

⁶⁶ Siehe BVGer (FN 2), 23 f., Ziff. 2.3.10.

⁶⁷ Siehe Art. 5 Abs. 1 KG (mit Hervorhebung): «Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen **erheblich** beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig.»

zit zur Voraussetzung von Sanktionen macht, gegen eine bereits vorgelagerte Erheblichkeitsprüfung bei internationalen Sachverhalten.⁶⁸

[Rz 40] In seinem neuen Leiturteil weist das Bundesgericht auch darauf hin, dass Art. 2 Abs. 2 KG «*unter der Hand zu Art. 5 KG mutieren [würde]*» – was nicht in der Regelungsabsicht des Gesetzgebers gelegen haben kann –, wenn ein Sachverhalt bereits im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG einer umfassenden materiellen Prüfung unterzogen werden müsste.⁶⁹ Ginge man von einer dahingehend restriktiven Anwendung von Art. 2 Abs. 2 KG aus, dass nur eine qualifizierte Inlandsauswirkung zu einer Anwendung des KG auf im Ausland begründete Sachverhalte führte, dann wäre eine solche umfassende materielle Prüfung aber erforderlich, um die Gefahr willkürlicher und rechtsungleicher Behandlungen zu vermeiden.⁷⁰

III. Zusammenfassung

[Rz 41] Kollisionen des Souveränitätsanspruchs von Staaten sind völkerrechtlich unerwünscht und nach Möglichkeit zu vermeiden. Nationalstaatliche Rechtsnormen, die aufgrund ihres Zwecks ausserhalb des Staates liegende Ereignisse erfassen, sind deshalb nicht unproblematisch. Der in diesem Beitrag diskutierte Art. 2 Abs. 2 KG ist eine solche Norm, die ausdrücklich ausserhalb der Schweiz gesetzte Sachverhalte, die sich in der Schweiz auswirken, der Jurisdiktion Schweizer Behörden zu unterwerfen trachtet.

[Rz 42] Im Lichte der erwähnten völkerrechtlichen Problematik ist in Bezug auf Art. 2 Abs. 2 KG umstritten, ob diese Bestimmung – in Einklang mit der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts und Bundesgerichts – in dem Sinne extensiv und ohne Einschränkung zu verstehen ist, dass das KG grundsätzlich auf sämtliche ausländischen Sachverhalte anwendbar ist, die sich auf den Wettbewerb in der Schweiz auswirken, oder ob – übereinstimmend mit verschiedenen Autoren – die hier diskutierte Norm vielmehr dahingehend restriktiv zu interpretieren ist, dass sie nur bei qualifizierten Inlandsauswirkungen zu einer Anwendung des KG auf im Ausland begründete Sachverhalte führt.

[Rz 43] Nach Auffassung des Bundesgerichts gibt es mit Bezug auf die Erstreckung nationaler Gesetzgebungskompetenz auf ausserhalb des staatlichen Territoriums gelegene Sachverhalte eine dahingehende völkerrechtliche Beschränkung, dass eine solche Erstreckung nur bei einem «genuine link» und einer «sufficient connection» zulässig ist. Mit anderen Worten stellt das Bundesgericht fest, dass das aktuelle Völkerrecht ein Verbot exzessiver Rechtsetzung durch einen Staat enthalte. Dieses völkerrechtliche Verbot exzessiver Rechtsetzung wird nach Auffassung des Bundesgerichts durch Art. 2 Abs. 2 KG nicht verletzt.

[Rz 44] Nach hier vertretener Auffassung wurde zwar in der völkerrechtlichen Doktrin seit Erlass des grundlegenden Lotus-Urteils aus dem Jahre 1927 versucht, die in diesem Urteil extensiv formulierte Souveränität der Staaten auf der Grundlage von verschiedenen Kriterien einzugrenzen. Es ist nach Meinung des Autors jedoch umstritten, ob solche Grundsätze heute zum Völkerge-

⁶⁸ Vgl. auch etwa MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 2014, 501 ff., 508 ff.; siehe auch das Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), E. 3.2.3 und 3.3.

⁶⁹ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), E. 3.3.

⁷⁰ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 2C_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 12), E. 3.3.

wohnheitsrecht geworden sind. Dafür, dass es wohl nach wie vor fraglich ist, ob im heutigen Zeitpunkt eine bestimmte Qualifikation des Auswirkungsprinzips effektiv im völkerrechtlichen Gewohnheitsrecht verankert ist, spricht z.B. das US-amerikanische Gesetz FATCA, das im Ergebnis weltweit nicht in den USA ansässige Finanzinstitute trotz nur sehr fraglicher «sufficient connection» zur Kooperation mit der US-amerikanischen Steuerbehörde zwingt, mit hohem administrativen und finanziellen Aufwand für solche nicht-amerikanischen Institute. Aber selbst wenn das Auswirkungsprinzip nach heute geltendem Völkerrecht dahingehend zurückgebunden wäre, dass nur eine qualifizierte Inlandsauswirkung die Jurisdiktion hinsichtlich ausländischer Sachverhalte begründete, hätte dies auf die in diesem Beitrag diskutierte Auslegungsfrage nach hier vertretener Auffassung keinen Einfluss. Eine extensive Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG impliziert nicht, dass im Ausland begründete Wettbewerbsbeschränkungen effektiv in der Schweiz sanktioniert werden, ist doch die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede bezüglich der Widerrechtlichkeit einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG ein Tatbestandsmerkmal. Aus völkerrechtlicher Perspektive kann es aber in jedem Fall nur darauf ankommen, dass extraterritoriale Sanktionen nur bei ausreichender Inlandseinwirkung verhängt werden, nicht darauf, wie dies in der betreffenden Rechtsordnung sichergestellt wird.

[Rz 45] Vorliegend wird im Einklang mit dem Bundesgericht vertreten, dass sich dem Wortlaut und der systematischen Stellung von Art. 2 Abs. 2 KG sowie einer verfassungsmässigen Auslegung hinsichtlich der Tragweite dieser Bestimmung keine klaren Indizien entnehmen lassen.

[Rz 46] Weiter gibt auch der Vergleich mit den Rechtsordnungen der EU und der USA, die ein gewisses Mindestmass an Intensität der Inlandsauswirkung für die Anwendung der Wettbewerbsbestimmungen auf Sachverhalte mit internationalem Bezug verlangen, nach Auffassung des Autors keine verbindliche Antwort. Zwar kann das Ergebnis einer Rechtsvergleichung unter Umständen erlauben, den Sinn einer Norm zu erschliessen. Aufgrund des Territorialitätsprinzips wird dieses Auslegungselement nach hier vertretener Auffassung aber im Prinzip von einer an der Regelungsabsicht des Gesetzgebers orientierten teleologischen Auslegung verdrängt. Entscheidend ist mit anderen Worten grundsätzlich der Sinn der Schweizer Norm, nicht der Sinn ausländischer Normen, kann doch der Schweizer Gesetzgeber unter Umständen bewusst einen legislatorischen Alleingang gewählt haben.

[Rz 47] Ausschlaggebend ist nach Auffassung des Autors – im Einklang mit dem Bundesgericht – die Orientierung an der Regelungsabsicht des Gesetzgebers. Auf der Basis der bundesrätlichen Botschaft ist im Rahmen einer an der Regelungsabsicht des Gesetzgebers orientierten teleologischen Auslegung von einem extensiven örtlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes auszugehen. Für dieses Auslegungsergebnis spricht nach Auffassung des Autors auch der vom Bundesverwaltungsgericht angeführte Umstand, dass die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede bezüglich der Widerrechtlichkeit einer Wettbewerbsabrede wie erwähnt ein Tatbestandsmerkmal ist. Mit anderen Worten spricht der Umstand, dass der relevante Tatbestand die Erheblichkeit der Wettbewerbseinschränkung explizit zur Voraussetzung von Sanktionen macht, gegen eine bereits vorgelagerte Erheblichkeitsprüfung bei internationalen Sachverhalten.