



## MEMORANDUM

### Gedanken zur Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG: Anwendung des Kartellgesetzes nur bei qualifizierten Inlandsauswirkungen ausländischer Sachverhalte?

I.	Einführung .....	1
II.	Diskussion .....	2
A.	Die Problemstellung .....	2
B.	Der völkerrechtliche Aspekt.....	4
C.	Die Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG .....	6
1.	Einleitung.....	6
2.	Grammatikalische Auslegung.....	7
3.	Systematische Auslegung .....	8
4.	Historische und teleologische Auslegung.....	8
5.	Verfassungskonforme Auslegung.....	9
6.	Rechtsvergleichung .....	10
D.	Schlussfolgerung .....	11
III.	Zusammenfassung .....	12

#### I. EINFÜHRUNG

1. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in seinem (angefochtenen<sup>1</sup>) Urteil vom 13. November 2015 in Sachen BMW vs. WEKO<sup>2</sup> u.a. eingehend mit der Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG<sup>3</sup> beschäftigt.<sup>4</sup> Namentlich hat es folgende Aus-

<sup>1</sup> Das Verfahren vor dem Bundesgericht ist per 21. April 2017 noch hängig.

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

<sup>3</sup> Art. 2 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.

legungsfrage (erneut<sup>6</sup>) 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.*“<sup>6</sup>

2. 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 auszugehen<sup>7</sup>, dass im Rahmen dieser Bestimmung keine materielle Vorprüfung über die Art oder Intensität der betreffenden Inlandsauswirkung vorzunehmen ist<sup>8</sup>, also eine dahingehende Vorprüfung, dass nur bei qualifizierten Auswirkungen ausländischer Sachverhalte in der Schweiz eine kartellrechtliche Untersuchung durch die WEKO zu eröffnen wäre.
3. Die Lehre hat sich z.T. kritisch mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts auseinandergesetzt.<sup>9</sup> 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*“<sup>10</sup>, dass nur qualifizierte Inlandsauswirkungen eine örtliche Zuständigkeit des KG auf ausländische Sachverhalte begründeten<sup>11</sup>.
4. Dieses Memorandum enthält einige Gedanken zur oben umrissenen Auslegungsfrage.

## II. DISKUSSION

### A. Die Problemstellung

5. Eines der konstitutiven Elemente eines Staates ist die Gebietsherrschaft, also die territoriale Souveränität über ein bestimmtes Gebiet, auf dem die Gesetze

---

[Absatz 2] Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.“

<sup>4</sup> BVGer (FN 2), 16 ff., Ziff. 2.3.

<sup>5</sup> 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. Dieses Urteil wurde bestätigt durch das Bundesgericht mit Urteil vom 28. Juni 2016 (2C\_180/2014). Die schriftliche Begründung des zur Publikation vorgesehenen Urteils 2C\_180/2014 wurde am 21. April 2017 auf der Website des Bundesgerichts ([www.bger.ch](http://www.bger.ch)) veröffentlicht. Relevant im vorliegenden Zusammenhang sind insbesondere die Erwägungen 3 („*Räumlicher Geltungsbereich*“) und 8 („*Keine Verletzung des Völkerrechts*“) dieses Urteils.

<sup>6</sup> Siehe BVGer (FN 2), 16, Ziff. 2.3.1.

<sup>7</sup> Siehe BVGer (FN 2), 24, Ziff. 2.3.10 *in fine*.

<sup>8</sup> 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.

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

<sup>10</sup> Siehe BREI (FN 9), 323.

<sup>11</sup> Siehe BREI (FN 9), 322 ff.

des Staates uneingeschränkt Geltung haben.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

6. Vor obigem Hintergrund sind nationalstaatliche Rechtsnormen, die aufgrund ihres Zwecks ausserhalb des Staates liegende Ereignisse erfassen, nicht unproblematisch. Der in diesem Memorandum 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.
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 Bundesgerichts<sup>14</sup> – 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<sup>15</sup> – 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.

---

<sup>12</sup> 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 Vertragssukzession.“).

<sup>13</sup> 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](https://www.eda.admin.ch/content/dam/eda/de/documents/publications/Voelkerrecht/ABC-des-Voelkerrechts_de.pdf)), 3 („Das Völkerrecht hat in erster Linie eine ordnende Funktion. Es regelt vor allem das Verhalten der Staaten untereinander [...]“). Dieser Link und alle übrigen in diesem Memorandum erwähnten Links bzw. Internetseiten wurden zum letzten Mal besucht am 21. April 2017. 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.“).

<sup>14</sup> Siehe BGER 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 5), insbesondere E. 3.2.3 *in fine*, 3.7 und 8.

<sup>15</sup> Siehe BREI (FN 9), 322 ff. sowie die im Urteil zitierten Lehrmeinungen (BVGer [FN 2], 18 f., Ziff. 2.3.5).

## B. Der völkerrechtliche Aspekt

8. In einem ersten Schritt ist zu beantworten, ob sich aus dem Völkerrecht eine zwingende Antwort auf die oben formulierte Frage ergibt.<sup>16</sup>
9. 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.<sup>17</sup> Es fragt sich deshalb, ob sich dem Völkergewohnheitsrecht entsprechende Vorgaben entnehmen lassen.
10. 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**“)<sup>18, 19</sup> 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.
11. Im Lotus-Urteil wird die Grenze der staatlichen Souveränität und des staatlichen Justizanspruchs weit gezogen (siehe insbesondere 18 ff.<sup>20</sup>).

<sup>16</sup> Siehe zu diesem Aspekt auch BGER 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 5), insbesondere E. 3.5 und 8.

<sup>17</sup> Dies gilt 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.“ Siehe auch BGER 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 5), E. 3.2.1, 3.5 und 8.

<sup>18</sup> Gefunden auf: [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_AA\\_10/30\\_Lotus\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_AA_10/30_Lotus_Arret.pdf).

<sup>19</sup> Siehe etwa THOMAS MERKLI, Das Territorialitätsprinzip und seine Ausnahmen, Treffen der obersten Verwaltungsgeschichte Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz, Vaduz 2002 (gefunden auf: [http://www.bger.ch/territorialitaetsprinzip\\_und\\_seine\\_ausnahmen.pdf](http://www.bger.ch/territorialitaetsprinzip_und_seine_ausnahmen.pdf)), 5; CHRISTIAN TIETJE/JÜRGEN BERING/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.

<sup>20</sup> „Le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. **Les limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas.**

Or, la limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure – sauf l'existence d'une règle permissive contraire – tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. **Dans ce sens**, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention.

**Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un État d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international.** Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux États d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction **de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire**, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux États de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. **Loin de défendre d'une manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, il leur laisse, à cet égard, une large liberté**, qui n'est

12. 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.<sup>21</sup> Es ist jedoch umstritten, ob solche Grundsätze heute zum Völkergewohnheitsrecht geworden sind.<sup>22</sup> So resümierte etwa Bundesrichter THOMAS MERKLI<sup>23</sup> 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.*“<sup>24</sup> Umstritten ist u.a. auch die völkerrechtliche Tragweite des sogenannten „Auswirkungsprinzips“.<sup>25</sup> 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<sup>26</sup> angeführt werden, welches als „*neue Form des extraterritorialen Unilateralismus*“<sup>27</sup> 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

---

*limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque État reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. C'est cette liberté que le droit international laisse aux États, qui explique la variété des règles qu'ils ont pu adopter sans opposition ou réclamations de la part des autres États; c'est en vue d'apporter un remède aux inconvénients qui dérivent de pareille variété qu'on s'efforce, depuis des années, en Europe aussi bien qu'en Amérique, d'élaborer des conventions, dont l'effet serait justement de restreindre la liberté que le droit international laisse actuellement aux États dans cette matière, en comblant ainsi des lacunes de compétences ou en faisant disparaître des concurrences de compétences résultant de la diversité des principes adoptés dans les différents États. Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un État, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence; en deça de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans sa souveraineté“* (Hervorhebungen zusätzlich). Siehe auch das Lotus-Urteil, 23 („*Par conséquent, du moment que les effets du délit se sont produits sur le navire turc, il est impossible de soutenir qu'il y ait une règle de droit international qui défendrait à la Turquie d'exercer des poursuites pénales contre le lieutenant Demons en raison du fait que l'auteur du délit se trouvait sur le navire français.*“).

<sup>21</sup> MERKLI (FN 19), 6.

<sup>22</sup> MERKLI (FN 19), 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.*“).

<sup>23</sup> Siehe <http://www.bger.ch/index/federal/federal-inherit-template/federal-richter/federal-richter-bundesrichter/federal-richter-bundesrichter-merkli-thomas.htm>.

<sup>24</sup> MERKLI (FN 19), 20; siehe auch TIETJE/BERING/ZUBER (FN 19), 7 (Hervorhebung hinzugefügt: „*Nach diesen, auch heute noch den Stand der Völkerrechtsdogmatik wiedergebenden Ausführungen des StGH 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.*“).

<sup>25</sup> MERKLI (FN 19), 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), S. 5215 ff. (gefunden auf: [http://curia.europa.eu/jcms/jcms/fj\\_6/de/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/fj_6/de/)).

<sup>26</sup> Der Text dieses Gesetzes findet sich z.B. hier: <https://www.govtrack.us/congress/bills/111/s1934/text>.

<sup>27</sup> Siehe PETER R. ALTENBURGER et al., Fatca: ein neues US-Gesetz mit grosser Tragweite, NZZ vom 11. September 2010, 34.

für solche nicht-amerikanischen Institute<sup>28</sup>, einfach weil „*die USA erreichen [wollen], dass sämtliche im Ausland gehaltenen Konten von Personen, die in den USA steuerpflichtig sind, besteuert werden können*“<sup>29</sup>.

13. Aber selbst wenn das Auswirkungsprinzip nach heute geltendem Völkerrecht dahingehend zurückgebunden wäre, dass nur eine qualifizierte Inlandsauswirkung die Jurisdiktion hinsichtlich ausländischer Sachverhalte begründete<sup>30</sup>, hätte dies auf die in diesem Memorandum diskutierte Auslegungsfrage 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.<sup>31</sup> 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*).<sup>32</sup>
14. Vor obigem Hintergrund ergeben sich nach hier vertretener Auffassung aus dem Völkerrecht keine zwingenden Vorgaben, welche Tragweite Art. 2 Abs. 2 KG zukommt.<sup>33</sup>

## c. Die Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG

15. 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

16. Gemäss ständiger Rechtsprechung verfolgt das Bundesgericht bei der Gesetzesauslegung einen „*pragmatischen Methodenpluralismus*“<sup>34</sup>, was insbesondere impliziert, dass das Bundesgericht im Auslegungsprozess keine der

<sup>28</sup> Siehe etwa die Informationsseite über das FATCA des Staatssekretariats für internationale Finanzfragen SIF, Internet: <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/themen/internationale-steuerpolitik/fatca-abkommen.html>.

<sup>29</sup> SIF-Fatca-Seite (FN 28).

<sup>30</sup> So etwa JOCHEN HOFFMANN, Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts, Tübingen 2009, 143.

<sup>31</sup> Siehe Art. 5 Abs. 1 KG (Hervorhebung zusätzlich): „*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.*“

<sup>32</sup> Im Ergebnis ähnlich BGer 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 5), 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 fiele, das konkret zu ergehende Urteil immer noch auf seine Völkerrechtsverträglichkeit zu überprüfen.*“).

<sup>33</sup> So auch das BGer in 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 5), E. 3.5, 3.7 und 8.

<sup>34</sup> Siehe etwa BGE 140 III 616 ff., 621, E. 3.3.

vorhandenen Auslegungsmethoden (grammatikalische Auslegung etc.) per se präferiert oder höher als andere Methoden gewichtet.

17. 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.*“<sup>35</sup>). 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.<sup>36</sup>
18. Vor obigem Hintergrund ist hervorzuheben, dass es auf die in diesem Memorandum 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

19. Auf der Suche nach dem Sinn und Zweck einer Bestimmung ist der Ausgangspunkt ihrer Auslegung gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung deren Wortlaut.<sup>37</sup>
20. 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.
21. 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

---

<sup>35</sup> 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.

<sup>36</sup> Dass das Bundesgericht – selbst in kurzem zeitlichen Abstand – in Bezug auf eine unveränderte Norm zu konträren Auslegungsergebnissen gelangen kann, wird schön im Bundesgerichtsentscheid 6B\_165/2015 vom 1. Juni 2016 (BGE 142 IV 137) illustriert, der Art. 90 Abs. 3 und 4 SVG („Raserdelikte“) betrifft (siehe insbesondere E. 11.3).

<sup>37</sup> Siehe etwa BGer B 10/99 vom 18. Juli 2002, E. 5a („*Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen.*“).

eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut abgewichen werden, wenn triftige Gründe vorliegen, dass der Wortlaut nicht dem wahren Sinn der Norm entspricht.<sup>38</sup>

22. Vor obigem Hintergrund führt die grammatikalische Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG mit Bezug auf die Tragweite dieser Bestimmung nach hier vertretener Auffassung nicht zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis.<sup>39</sup>

### 3. Systematische Auslegung

23. 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 Sachverhalt 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.<sup>40</sup>

### 4. Historische und teleologische Auslegung

24. Bei der Auslegung einer Gesetzesnorm ist aufgrund des Prinzips der Gewaltenteilung<sup>41</sup> auch nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu fragen.<sup>42</sup>
25. 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.<sup>43</sup> Das Bundesgericht betont aber auch, dass die Regelungsabsicht des Gesetzgebers bei der Gesetzesauslegung letztlich die für den Richter verbindliche Richtschnur darstellt.<sup>44</sup>

---

<sup>38</sup> 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 [...]“).

<sup>39</sup> So auch das BGER in 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 5), E. 3.2.3.

<sup>40</sup> So auch das BGER in 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 5), E. 3.2.3.

<sup>41</sup> 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 [...]“).

<sup>42</sup> 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. 1daa.

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> BGE 140 I 305 ff., 311, E. 6.2 (Hervorhebungen zusätzlich: „**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



26. 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.<sup>45</sup>
27. Eine an der Regelungsabsicht des Gesetzgebers orientierte teleologische Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG spricht vor obigem Hintergrund in Einklang mit dem Bundesverwaltungsgericht<sup>46</sup> und dem Bundesgericht<sup>47</sup> für ein extensives Verständnis dieser Bestimmung.

## 5. Verfassungskonforme Auslegung

28. Gesetzesnormen sind im Zweifel verfassungskonform auszulegen.<sup>48</sup> Unter dem Gesichtswinkel des in diesem Memorandum 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 BV<sup>49</sup>, Art. 94 Abs. 4<sup>50</sup> und Art. 27 BV<sup>51</sup>. Eine direkte Antwort auf die hier untersuchte Frage lässt sich von diesen Bestimmungen jedoch nicht ableiten.

---

*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.“)*

<sup>45</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994 (BBl 1995 I 468), 533 (Hervorhebungen zusätzlich: „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.“)

<sup>46</sup> Siehe BVGer (FN 2), 22 ff., insbesondere Ziff. 2.3.10.

<sup>47</sup> Siehe BGer 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 5), insbesondere E. 3.2.3.

<sup>48</sup> 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 [...]“).

<sup>49</sup> Art. 96 BV (SR 101) lautet: „Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen.“

<sup>50</sup> Art. 94 Abs. 4 BV lautet (Hervorhebung zusätzlich): „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.“

<sup>51</sup> 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.“

## 6. Rechtsvergleichung

29. 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.<sup>52</sup> Das Bundesgericht zählt auch die Rechtsvergleichung zu den relevanten Auslegungselementen.<sup>53</sup> Zwar kann das Ergebnis einer Rechtsvergleichung unter Umständen erlauben, den Sinn einer Norm zu erschliessen. Aufgrund des Territorialitätsprinzips<sup>54</sup> 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.
30. Selbstverständlich ist die Schweiz in die Staatengemeinschaft eingebunden und auf diese angewiesen, also nicht autark und absolut frei<sup>55</sup>, 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.<sup>56</sup> Es wurde jedoch weiter oben diskutiert, dass sich im vorliegenden Bereich nach hier vertretener Auffassung aus dem Völkerrecht keine zwingenden Vorgaben ergeben.
31. 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

---

<sup>52</sup> Siehe das BVGer (FN 2), 22, insbesondere Ziff. 2.3.9.

<sup>53</sup> 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 [...]“).

<sup>54</sup> Siehe zum Territorialitätsprinzip etwa BGE 2C\_739/2015 vom 25. April 2016 (BGE 142 II 243), 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 [...]“).

<sup>55</sup> 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 Staatsgemeinschaften angewiesen.“).

<sup>56</sup> Siehe (mit jeweils zusätzlichen 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.“).

grundsätzlich relativiert. Auf der anderen Seite könnte man den Standpunkt einnehmen, der Schweizer Gesetzgeber habe 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**

32. 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.
33. 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.
34. 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 Regulationsabsicht 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 legislatorischen Alleingang gewählt haben.
35. Ausschlaggebend ist nach Auffassung des Autors die Orientierung an der Regulationsabsicht des Gesetzgebers. Auf der Basis der bundesrätlichen Botschaft ist im Rahmen einer an der Regulationsabsicht des Gesetzgebers orientierten

tierten teleologischen Auslegung von einem extensiven örtlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes auszugehen.<sup>57</sup>

36. Dafür, dass nicht bereits auf der Ebene von Art. 2 Abs. 2 KG eine „Erheblichkeits-Triage“ erfolgen sollte, spricht auch der vom Bundesverwaltungsgericht im Urteil angeführte Umstand<sup>58</sup>, dass die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede bezüglich der Widerrechtlichkeit einer Wettbewerbsabrede ein Tatbestandsmerkmal ist<sup>59</sup>. 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.<sup>60</sup>

### III. ZUSAMMENFASSUNG

37. 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 Memorandum 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.
38. 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.
39. Zwar wurde 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 Krite-

---

<sup>57</sup> Siehe auch BGer 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 5), insbesondere E. 3.2.3. *in fine*.

<sup>58</sup> Siehe BVGer (FN 2), 23 f., Ziff. 2.3.10.

<sup>59</sup> Siehe Art. 5 Abs. 1 KG (Hervorhebung zusätzlich): „*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.*“

<sup>60</sup> Vgl. auch etwa MARINO BALDI/FELIX SCHRANER, Gaba-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts als wettbewerbspolitischer Markstein, SJZ 2014, 501 ff., 508 ff.; siehe auch BGer 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 (FN 5), E. 3.2.3 und 3.3.

rien einzugrenzen. Es ist jedoch umstritten, ob solche Grundsätze heute zum Völkergewohnheitsrecht geworden sind. 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 Memorandum diskutierte Auslegungsfrage 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 Inlandeinwirkung verhängt werden, nicht darauf, wie dies in der betreffenden Rechtsordnung sichergestellt wird.

40. Vorliegend wird 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.
41. 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.
42. Ausschlaggebend ist nach Auffassung des Autors 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 auch der vom Bundesverwaltungsgericht angeführte Umstand, dass die Erheblichkeit einer Wettbewerbsabrede bezüglich der Widerrechtlichkeit einer Wettbewerbsabrede wie erwähnt ein Tatbestands-

merkmal 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.

Zürich, per 21. April 2017, Philipp H. Haberbeck ([www.haberbeck.ch](http://www.haberbeck.ch))