

B. Völkerrechtliche Schranken für die extraterritoriale Anwendung

I. Vorrang des Völkerrechts vor Unionsrecht und deutschem Kartellrecht

Neben dem (unionsrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsprinzip¹⁵ können die allgemein anerkannten Grundsätze des Völkerrechts dazu führen, dass die Kommission oder das BKartA die ihnen nach den Wettbewerbsregeln des AEU-Vertrages bzw. des GWB zustehenden Befugnisse im Hinblick auf bestimmte Drittstaaten- bzw. Auslandssachverhalte nicht oder nur eingeschränkt wahrnehmen dürfen. Nach allgemeiner Ansicht ist die Union ein Völkerrechtssubjekt. Ihre Organe sind daher an das Völkerrecht gebunden.¹⁶ Dementsprechend hat der EuGH in seiner Rechtsprechung zu Wettbewerbssachen auch die Vereinbarkeit von Entscheidungen der Kommission mit völkerrechtlichen Grundsätzen erörtert.¹⁷ Entsprechendes gilt für die Rechtslage in Deutschland. Dort ordnet Art. 25 GG an, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts Vorrang vor Bundesrecht haben. Zu diesen allgemeinen Regeln gehören nicht nur die Grundsätze des Völkergewohnheitsrechts, sondern nach überwiegender Auffassung auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze iSv Art. 38 Abs. 1c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs.¹⁸ Bei der Auslegung von § 185 Abs. 2 GWB mit dem dort verankerten Auswirkungsprinzip¹⁹ sind daher auch die völkerrechtlichen Anforderungen zu ermitteln und zu beachten. Es ist eine Auslegung zu wählen, die die Ziele des GWB unter den geringstmöglichen Konflikten mit anderen Staaten erreicht und den Gesichtspunkten der Normklarheit, der Vorhersehbarkeit und der Mindestbetroffenheit Rechnung trägt.²⁰

II. Die einschlägigen völkerrechtlichen Grundsätze

1. Grundsätze für eine sinnvolle Anknüpfung. Im Völkerrecht sind verschiedene Grundsätze für eine sinnvolle Anknüpfung für die Anwendung des Rechts eines bestimmten Staates entwickelt worden. Dazu zählt vor allem das **Territorialitätsprinzip**, das an die Vornahme der Handlungen im Geltungsbereich der jeweiligen Rechtsordnung anknüpft; die Regelungsbefugnis geht mit anderen Worten grundsätzlich nicht über die jeweiligen Staatsgrenzen (bzw. hier: die Grenzen der Union) hinaus.²¹ Zur Lösung der eingangs genannten Rechtsprobleme ist das Territorialitätsprinzip jedoch nur begrenzt geeignet, soweit die handelnden Unternehmen ihren Sitz in Drittstaaten haben und ggf. wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen in Drittstaaten abgeschlossen werden. Der EuGH hat dieses Problem im Zellstoff-Fall dadurch gelöst, dass er zwischen der in einem Drittstaat abgeschlossenen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarung und Maßnahmen zu ihrer Durchsetzung in der Gemeinschaft (jetzt: Union) unterschieden und die Erfassung letzterer als mit dem Territorialitätsprinzip vereinbar angesehen hat.²² Die Tragfähigkeit dieses Konzeptes ist allerdings begrenzt. Es passt insbes. nicht für Drittstaaten-Zusammen-

¹⁵ Dazu statt aller v. Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 215 ff. sowie für die EG-Fusionskontrolle Wiedemann, FS Lieberknecht, 1997, 625 (637).

¹⁶ EuGH Urt. v. 12.12.1972, verb. Rs 21–24/72, Slg. 1972, 1219 (1227) – International Fruit Company; GA Mayras, Schlussanträge im Farbenhersteller-Verfahren, Rs 54/69, Slg. 1972, 699 unter Verweis auf EuGH Urt. v. 15.7.1964, Rs 6/64, Slg. 1964, 1251 – Costa/Enel; Bleckmann, Europarecht, 4. Aufl., S. 198; Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 200 ff.

¹⁷ EuGH Urt. v. 27.9.1988, Rs C-89/85, Slg. 1988, 5240 (5242 ff.) – Zellstoff.

¹⁸ BVerfGE 23, 288 (317).

¹⁹ Dazu → Rn. 23 ff.

²⁰ Immenga/Mestmäcker/Rehbinder/von Kalben, GWB § 185 Rn. 128; GK-KartellR/Koenigs, 4. Aufl. 1985, § 98 Abs. 2 Rn. 10 f.; Bunte/Stadler GWB § 185 Rn. 137; s. ferner KG WuW/E OLG 2419 ff. – Bayer/Firestone.

²¹ SJKM/Zurkinder/Lauterburg, Vorbem. zu den Art. 101–105 AEUV, Rn. 106.

²² EuGH Urt. v. 27.9.1988, Rs C-89/85, Slg. 1988, 5240 (5242 ff.) – Zellstoff.

schlüsse, die außerhalb des Territoriums der Gemeinschaft vereinbart und vollzogen werden, aber Auswirkungen auf die Gemeinschaft haben.²³

- 5 Als zweites ist das **Personalitäts- oder Nationalitätsprinzip**²⁴ zu nennen. Maßgebend ist danach die Nationalität bzw. der Sitz der an der Maßnahme beteiligten Unternehmen. Dieses Prinzip ist jedoch für die Erfassung von in Drittstaaten bzw. im Ausland veranlassten Wettbewerbsbeschränkungen von vornherein ungeeignet. Dies gilt nicht nur für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder missbräuchliche Verhaltensweisen, sondern auch für Zusammenschlüsse.
- 6 Lässt man das im Zusammenhang mit den Wettbewerbsregeln nicht relevante Schutzprinzip²⁵ außer Acht, so kommt für eine völkerrechtliche Legitimierung eines Eingriffs gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die von Drittstaaten ausgehen, vor allem das **Auswirkungsprinzip** in Betracht.²⁶ Die Diskussion um die inhaltliche Ausgestaltung dieses Prinzips, insbes. das zusätzliche Erfordernis einer „qualifizierten Auswirkung“,²⁷ kann hier allerdings nicht nachgezeichnet werden. Der EuGH hatte das Auswirkungsprinzip zunächst nicht anerkannt, es aber auch nicht verworfen.²⁸ Im Intel-Fall, der auch (aber nicht nur) die Gewährung von Treuerabatten durch das US-Unternehmen Intel an den chinesischen Computerhersteller Lenovo auf dem Markt für Prozessoren betraf, hat der EuGH inzwischen im Anschluss an das EuG als Vorinstanz ausdrücklich bestätigt, dass das „**Kriterium der qualifizierten Auswirkungen**“ (iS von vorhersehbaren, unmittelbaren und wesentlichen Wirkungen) im EU-Kartellrecht gilt,²⁹ und zwar sowohl bei Art. 101 als auch bei Art. 102 AEUV. Der EuGH hat auch die Einschätzung des EuG bestätigt, dass im Intel-Fall (als völkerrechtliche Rechtfertigung der Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union) „vorhersehbar“ war, dass das fragliche Verhalten (gegenüber einem chinesischen Kunden) in der Union unmittelbare und wesentliche Auswirkungen haben könne; dabei sei eine *Gesamtbetrachtung* des fraglichen Verhaltens vorzunehmen bzw. die Gesamtstrategie des Unternehmens zu würdigen (also auch gegenüber anderen OEMs und einem deutschen Händler); außerdem reiche es aus, die wahrscheinlichen Auswirkungen eines Verhaltens auf den Wettbewerb zu berücksichtigen. Die Kommission wendet das Auswirkungsprinzip in ständiger Praxis an, freilich im Hinblick auf die Anwendung der EG-FKVO auf Gemeinschaftsunternehmen in Drittstaaten ohne Auswirkungen in der Union inkonsequent.³⁰ Im deutschen Kartellrecht ist das Auswirkungsprinzip in § 185 Abs. 2 gesetzlich verankert. Dem entspricht die Praxis des BKartA und der Kartellgerichte.³¹
- 7 **2. Einschränkungen.** Für die Praxis ist somit davon auszugehen, dass bei der extraterritorialen Anwendung vor allem auf das Auswirkungsprinzip zurückgegriffen werden kann. Allerdings ist anerkannt, dass auch eine nach diesem Prinzip begründete Kompetenz nicht schrankenlos ausgeübt werden darf.³² Als Konzept für die Einschränkung hält das Völker-

²³ Dazu Wiedemann, FS Lieberknecht, 1997, 625 ff.

²⁴ Dazu zB Slot/Grabandt CMLRev. 23 (1986), 545 (548); Bunte/Käseberg, Einleitung zum EU-Kartellrecht, Rn. 63/64.

²⁵ Dazu Slot/Grabandt CMLRev. 23 (1986), 549.

²⁶ Dazu die berühmte Alcoa-Entscheidung, US v. Aluminium Co. of America, 148 Fed. 2nd 416 (2nd cir. 1945); Meessen, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, 1975, 108 ff.; Meessen, Kollisionsrecht der Zusammenschlusskontrolle, 1984, 23 ff.; Basedow, Weltkartellrecht, S. 19 ff.; Bunte/Käseberg, Einl. zum EU-Kartellrecht, Rn. 61 ff.; Immenga/Mestmäcker/Rehbinder, IntWbR Rn. 6 ff., 27 ff.; Mestmäcker/Schweitzer, EuWettbR, § 7 Rn. 13 ff.; Staudinger/Fezer/Koos (2019), IntWirtschR, Rn. 132.

²⁷ Dazu GA Mayras, Rs 52/69, Slg. 1972, 699 (701) – Schlussanträge im Farbstoffe-Verfahren; GA Darmon, verb. Rs C-89, 104 ua/85, Slg. 1988, 5226, Rn. 53, 57–58 – Zellstoff; ähnlich Meessen ZHR 143 (1979), 273 (276); von Hahn WuW 1983, 448 (454).

²⁸ S. oben → Rn. 4, zum Zellstoff-Fall.

²⁹ EuGH Urt. v. 6.9.2017, Rs C-413/14P, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 40 ff., 45 f. (49 ff.) – Intel ./ . Komm.

³⁰ Dazu → Rn. 9 ff. sowie → Rn. 12.

³¹ Dazu → Rn. 23 ff.

³² Dazu das Urteil des US-Supreme Court im Fall Empagran (ebenso wie das Endurteil in dieser Sache), dazu → Rn. 91. Aus deutscher Sicht BGH WuW/E BGH 1613, 1614 – Organische Pigmente (gegen

recht, das insoweit das Unionsrecht überlagert, das Einmischungsverbot, das Verbot des Rechtsmissbrauchs, das Verhältnismäßigkeitsprinzip und den Grundsatz des freundlichen Umgangs der Staaten miteinander (**comity of nations**) bereit. Der Übergang zwischen diesen Begriffen ist offenbar fließend.³³ Daraus wird ein **Grundsatz der Interessenabwägung** abgeleitet, der wiederum überwiegend auf das Einmischungsverbot gestützt, zT aber auch unabhängig davon postuliert wird.³⁴ Dabei wird das Einmischungsverbot (bzw. der Grundsatz der Interessenabwägung) gleichsam als Gegenstück zum Verhältnismäßigkeitsprinzip gesehen.³⁵ Während letzteres die beteiligten Unternehmen schützt, diene das Einmischungsverbot dem Schutz der Interessen der anderen betroffenen Staaten. Im Kern geht es darum, dass die Interessen des handelnden Staates (bzw. der Union) an der Durchsetzung der eigenen Rechtsordnung mit den gegenläufigen Interessen der negativ betroffenen dritten Staaten (nach Auffassung einiger auch der betroffenen Unternehmen) abzuwägen und, sofern diese deutlich überwiegen, zurückzusetzen sind.³⁶ Diese Einschränkung gilt für die Wettbewerbsregeln des AEU-Vertrages (einschließlich der EG-Fusionskontrolle)³⁷ ebenso wie für das deutsche GWB. Erforderlich ist also jeweils eine Prüfung im Einzelfall, bei der zunächst die Interessen der Union bzw. Deutschlands und die des betroffenen Drittstaates zu ermitteln und sodann gegeneinander abzuwägen sind. Relevante Gesichtspunkte sind dabei die konkreten Auswirkungen des Verhaltens bzw. des Zusammenschlusses auf die Union bzw. in Deutschland, also zB die Größe der betroffenen Märkte, ihre volkswirtschaftliche Bedeutung und der Grad der Beeinflussung der Marktverhältnisse in der Union bzw. in Deutschland.³⁸ Sowohl die Kommission als auch das BKartA neigen allerdings dazu, die Prüfung völkerrechtlicher Fragen zu vermeiden (dazu noch → Rn. 9 ff.). Dies beginnt schon mit den qualifizierten Anforderungen an das Auswirkungsprinzip,³⁹ gilt aber erst recht für die Auseinandersetzung mit dem Grundsatz der Interessenabwägung.⁴⁰ Insgesamt hat sich in der Praxis und mit dem Intel-Urteil des EuGH (2017) auch in der Rechtsprechung das (qualifizierte) Auswirkungsprinzip durchgesetzt, während seine Einschränkung durch eine Interessenabwägung nur geringe Bedeutung

eine „uferlose Ausdehnung“ der nationalen Wettbewerbsordnungen) und Immenga/Mestmäcker/Rehbinder/von Kalben GWB § 185 Rn. 124 ff.; zum EU-Kartellrecht Immenga/Mestmäcker/Rehbinder, IntWbR Rn. 33 ff. sowie MüKoWettbR/Wagner von Papp/Wurmnest, EuWettbR, Grundlagen Rn. 1394 ff.; zurückhaltend Staudinger/Fezer/Koos (2019), IntWirtschR, Rn. 135 ff. (149 ff.).

³³ Dazu zB BKartA B. v. 14.2.2007 iS Sulzer/Kelmix, Rn. 25 (28) (veröff. auf der Homepage des Amtes); ferner GA Darmon, verb. Rs C-89, 104 ua/85, Slg. 1988, 5226, Rn. 48 – Zellstoff, der die beiden erstgenannten Prinzipien nahezu inhaltsgleich verwendet; KG WuW/E OLG 3057 (3059) – Morris Rothmans II.

³⁴ S. OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2477 ff. (2483) – Phonak/ReSound; KG WuW/E OLG 2419 (2420) – Bayer/Firestone; Komm. E. v. 19.12.1984, ABl. 1995, L 92/1, 48, Rn. 14. 7. – Aluminium; Niederleithinger WuW 1981, 471; Immenga/Mestmäcker/Rehbinder/von Kalben, GWB § 185 Rn. 129 (131) („in extremen Fällen unverzichtbar“; für Berücksichtigung im Rahmen des Ermessens); Bunte/Stadler, GWB § 185 Rn. 139 ff. Ablehnend Mestmäcker/Schweitzer, EuWettbR, § 7 Rn. 71 ff.

³⁵ So zB Meessen ZHR 143 (1979), 273 (281).

³⁶ Dazu OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 2477 (2483) – Phonak/ReSound sowie Immenga/Mestmäcker/Rehbinder/von Kalben GWB § 185 Rn. 129 ff. mwN und Meessen ZHR 143 (1979), 273 (276).

³⁷ Entscheidungen des EuGH, in denen diese Einschränkungen anerkannt werden, liegen noch nicht vor; auch im Intel-Fall wurden diese Fragen nicht erörtert. Die Kommission hat sich mit den Interessen eines Drittstaates erstmals im EG-Fusionskontrollfall Boeing/McDonnell Douglas befasst, s. Komm. E. v. 30.7.1997, IV/M. 877, ABl. 1997 L 336/16 ff. Das EuG erörterte im Gencor-Urteil v. 25.3.1999, Rs T-102/96 (Slg. 1999 II-753, Rn. 89 ff.) zwar die Vereinbarkeit der Untersagungsentscheidung mit dem Völkerrecht, freilich nur im Hinblick auf das Erfordernis eines direkten, wesentlichen und vorhersehbaren Effektes in der Gemeinschaft.

³⁸ S. Wiedemann FS Lieberknecht, 1997, 641 ff. mwN.

³⁹ Dazu aber die Vorgaben im Gencor/Lonrho-Urteil des EuG v. 25.3.1999, Rs T-102/96, Slg. 1999 II-753 Rn. 89 ff. zum Völkerrecht und jüngst im Intel-Urteil des EuGH v. 6.9.2017, Rs C-413/14P, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 49 („unmittelbare und wesentliche Auswirkungen“ erforderlich).

⁴⁰ Auf diesen Grundsatz ging auch das EuG, Rs T-102/96, Slg. 1999 II-753 Rn. 89 ff. im Gencor-Urteil nicht ein. Krit. zur BKartA-Praxis im Fall Ajinomoto (BKartA WuW/E DE-V 777, 782) Barthelmeß/Rudolf WuW 2003, 1176 (1180 f.). Negativ auch der Befund bei Basedow, Weltkartellrecht, S. 23 (26).

erlangt hat (das OLG Düsseldorf sieht zB Handlungsbedarf nur in „extremen Fällen“⁴¹). In den USA gibt es mehrere Beispiele für die Anwendung des **Comity-Prinzips** durch die US-Gerichte. Hier ist namentlich die Entscheidung des US District Court des Northern District of California in einem Zivilprozess betr. das Rubber Chemicals-Kartell zu nennen. In seiner Entscheidung vom 7. Mai 2007 lehnte das Gericht – nach einer Intervention der Kommission als *amicus curiae* – den Erlass einer Anordnung auf Herausgabe der sog. Unternehmensklärung der Beklagten Flexsys N.V. im Rahmen der Kronzeugen-Bekanntmachung der Kommission an die Klägerin Korea Kumho Petrochemical Co., Ltd. zum Zwecke der Discovery ab.⁴² Die Kommission hatte vor allem darauf verwiesen, dass die Herausgabe der Unternehmensklärungen auch in einzelnen Fällen generell die Funktionsfähigkeit und Wirksamkeit ihres Kronzeugenprogramms beeinträchtigen würde. Das Gericht wog das pro und contra der Discovery ab und bejahte ein Überwiegen der Comity-Aspekte. Im Empagram-Fall (dazu → Rn. 91) lehnte der US Supreme Court seine Zuständigkeit für Zivilprozesse betr. Schäden außerhalb der USA auch unter Verweis auf das Comity-Prinzip ab, und in einem (angeblichen) Preiskartell für Vitamine hob das Berufungsgericht für den Second Circuit ein erstinstanzliches (End-)Urteil zu Gunsten der Klägerin auf, weil das Comity-Prinzip für die Beklagten spreche, denen das fragliche (Preis-)Verhalten und die Mengenkürzungen für Lieferungen ins Ausland durch chinesisches Recht vorgeschrieben worden seien,⁴³ so dass im Hinblick auf US-Kartellrecht und chinesisches Recht ein „true conflict“ bestehe. Daran hielt es auch nach Rückverweisung vom Supreme Court fest.

- 8 Da Drittstaaten regelmäßig nicht zugunsten der von Verfahren in der Union (oder in Deutschland) betroffenen Unternehmen intervenieren,⁴⁴ bleibt die Frage, ob eine derartige staatliche Intervention Voraussetzung für die Einschränkung der Befugnisse der Kommission oder des BKartA ist,⁴⁵ oder ob sich auch die beteiligten Unternehmen auf die Interessen der Drittstaaten berufen können.⁴⁶ Den Vorzug verdient die letztgenannte Ansicht, denn die abzuwägenden Kriterien sind überwiegend objektiver Art, und namentlich kleinere Drittstaaten werden im Zweifel aus handelspolitischen Erwägungen auf einen Streit mit der Kommission verzichten.⁴⁷ Im Schrifttum ist die Sorge geäußert worden, dass die Abwägung staatlicher Interessen ohne justiziable Maßstäbe zu einer Überforderung der Gerichte und einer Gefährdung gesetzlich geschützter Individualinteressen führen könnte.⁴⁸ In der Praxis findet dies jedoch bisher keine Stütze, was freilich vor allem daran liegt, dass die Probleme namentlich in der Fusionskontrolle regelmäßig durch Zusagen gelöst werden.⁴⁹

⁴¹ OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 2483 – Phonak ReSound.

⁴² Order v. 9.5.2007, Az. C 04–1648 MJJ (BZ). Zu weiteren Fällen → Rn. 91.

⁴³ US Court of Appeal for the Second Circuit, E. v. 10.8.2021, Animal Science Products Inc. et al. v. HeBei Welcome Pharmaceuticals et al., Az. 13–4791 – CV. Der Fall war zuvor beim Supreme Court anhängig, der die Entscheidung des Berufungsgerichts aber nur deswegen aufgehoben und die Sache zurückverwiesen hatte, weil es sich zu sehr auf die Ausführungen des chinesischen Ministeriums gestützt hätte, und eine umfassende Prüfung des Einwandes verlangte. Zum Einwand staatlichen Zwangs im EU-Recht → § 2 Rn. 3.

⁴⁴ Dazu aus der Sicht des BKartA Niederleithinger WuW 1981, 469 (471). Eine Ausnahme – namentlich im Rahmen der EG-Fusionskontrolle – bildet die US-Regierung, so zB in den Fällen GE/Honeywell und Boeing/McDonnell Douglas, dazu Fn. 37. Das schweizerische Wirtschaftsministerium reichte in den deutschen Fusionskontrollverfahren Sulzer/Kelmix und Phonak/GN ReSound *amicus curiae*-Briefe beim OLG Düsseldorf ein, die sich krit. zu den Untersagungen des BKartA in diesen Fällen äußerten.

⁴⁵ So zB Markert RIW 1981, 407 (410) sowie Immenga/Mestmäcker/Rehbinder/von Kalben GWB § 185 Rn. 130.

⁴⁶ So KG WuW/E OLG 3051 (3053) – Morris Rothmans I; Meessen ZHR 143 (1979), 273 (276) sowie Diskussionskreis des BDI WuW 1982, 24.

⁴⁷ Wiedemann FS Lieberknecht, 1997, 625 ff. (637).

⁴⁸ Immenga/Mestmäcker/Rehbinder/von Kalben GWB § 185 Rn. 129.

⁴⁹ Zur EG-Fusionskontrolle s. den Fall Boeing/McDonnell Douglas, M. 877, ABl. 1997 L 336/16 ff. sowie Wiedemann FS Lieberknecht, 1997, 625 (637); zum Sonderfall einer Teiluntersagung in der deutschen Fusionskontrolle s. den Fall Linde/Lansing BKartA WuW/E BKartA 2363 ff.

C. Die extraterritoriale Anwendung der Unions-Wettbewerbsregeln

I. Die Praxis der Kommission und der Unionsgerichte

1. Die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Unternehmen in Drittstaaten. Die **Kommission** hat in ihrer Entscheidungspraxis gegenüber internationalen Kartellen schon früh auf das **Auswirkungsprinzip** (effects doctrine) gesetzt. In verschiedenen Fällen, in denen an Kartellen auch Unternehmen aus Drittstaaten beteiligt waren, hat die Kommission daher die Anwendbarkeit des Unionsrechts auch insoweit bejaht.⁵⁰ Die meisten dieser Fälle hatten einen direkten Bezug zum Wettbewerb in der Union, weil an den Vereinbarungen Anbieter innerhalb und außerhalb der Union teilgenommen hatten und der Vorwurf dahin ging, dass eine Einigung über Preise bzw. Zielpreise stattgefunden habe. Der Zellstoff-Fall betraf dagegen ausschließlich Unternehmen aus Drittstaaten.⁵¹ In allen diesen Fällen wurde entscheidende Bedeutung allein den Wirkungen in der Union beigemessen. Derselbe Ansatz liegt der Praxis der Kommission zur EG-FKVO zugrunde.⁵² Im Aluminium-Fall⁵³ zeigte sich die Kommission bereit, das Bestehen gesetzlicher Verpflichtungen von Unternehmen in ihrer Heimat als Rechtfertigung für Wettbewerbsbeschränkungen zu prüfen; der Befund war jedoch negativ.

Der **EuGH** hat sich mit der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Drittstaaten-Unternehmen mehrfach befasst. Relativ einfach ist die Rechtslage bei vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen im Verhältnis zu einem EU-Unternehmen. So hat der EuGH im Fall *Béguelin*⁵⁴ für einen Alleinvertriebsvertrag zwischen einem japanischen Hersteller (von Feuerzeugen) und einem EU-Händler mit Hinweis auf die Wirkungen der Vereinbarung in der Gemeinschaft die Anwendbarkeit von Art. 85 EGV (jetzt: Art. 101 AEUV) bejaht. Bei horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen hatte sich der EuGH zunächst nicht auf das Auswirkungsprinzip festgelegt, seine Geltung aber auch nicht ausgeschlossen. Im *Teerfarben-Verfahren*⁵⁵ hob der EuGH noch auf die Theorie der wirtschaftlichen Einheit zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften ab, dh er machte die Drittstaatenunternehmen für das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften in der Gemeinschaft haftbar.⁵⁶ Diesen Ansatz gab er im *Zellstoff-Urteil*⁵⁷ auf. Dort differenzierte der EuGH für die in Rede stehenden Preisabsprachen zwischen der Bildung des Kartells und seiner Durchführung. Während erstere in Drittstaaten stattfand, sei letztere der Union zuzuordnen. Dementsprechend kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass die Zuständigkeit der Union für die Anwendung ihrer Wettbewerbsvorschriften auf derartige Verhaltensweisen durch das Territorialitätsprinzip

⁵⁰ Dazu insbes. die Entscheidungen der Kommission im Farbstoffe-Verfahren vom 24.7.1969, ABl. 1969 L 195/11 ff., bestätigt durch EuGH Urt. v. 14.7.1972, Rs 53/69, Slg. 1972, 619 ff.; s. ferner Komm. E. v. 16.7.1969, ABl. 1969 L 192/5 ff. – Chinin, im Wesentlichen bestätigt durch EuGH Urt. v. 15.7.1970, Rs 41/69, Slg. 1970, 661 ff.; Komm. E. v. 11.3.1964, ABl. 1964 L 58/915 – Grosfillex; Komm. E. v. 9.6.1972, ABl. 1972 L 143/39 – Raymond/Nagoya; Komm. E. v. 29.11.1974, ABl. 1974 L 343/19, 25 – Französisch-japanische Kugellagervereinigungen; Komm. E. v. 23.4.1986, ABl. 1986 L 230/1, 30/31 – Polypropylen (unter Beteiligung von Unternehmen aus Österreich und Norwegen); Komm. E. v. 21.12.1988, ABl. 1989 L 74/1 – PVC (unter Beteiligung eines norwegischen Unternehmens); Komm. E. v. 21.12.1988, ABl. 1989 L 74/21, 34/35 – LDPE (unter Beteiligung von Unternehmen aus Österreich, Finnland, Norwegen und den USA); s. auch EuG Urt. v. 15.3.2000, verb. Rs T-12/95 ua, Slg. 2000, II-491, 1450 Rn. 4240–4244 – Cimenteries CBR ua/Kommission.

⁵¹ Komm. E. v. 19.12.1984, ABl. 1985 L 85/1, 25 ff.; bestätigt durch EuGH, verb. Rs C-89, 104 ua/85, Slg. 1988, 5193 ff. Die betroffenen Unternehmen stammten aus Finnland, Schweden, Norwegen, Kanada, Spanien, Portugal und den USA.

⁵² Dazu noch → Rn. 15.

⁵³ Komm. E. v. 19.12.1984, ABl. 1985 L 92/1, 28 ff. (37 ff.), Rn. 10.

⁵⁴ EuGH Urt. v. 25.11.1971, Rs 22/71, Slg. 1971, 949 (959); ebenso Urt. v. 20.6.1978, Rs 28/77, Slg. 1978, 1391 (1415) – Tepea.

⁵⁵ Urt. v. 14.7.1972, Rs 52/69, Slg. 1972, 619 (665), Rn. 132–135.

⁵⁶ Im Schrifttum ist darin eine Überdehnung des Territorialitätsprinzips gesehen worden; s. Bunte/Käseberg, Einleitung zum EU-Kartellrecht, Rn. 68; Gleiss/Hirsch, Einleitung D Rn. 39.

⁵⁷ Urt. v. 27.9.1988, verb. Rs C-89, 104 ua/85, Slg. 1988, 5193 ff.

gedeckt war, das im Völkerrecht allgemein anerkannt ist.⁵⁸ Generalanwalt Darmon war in seinen Schlussanträgen weiter gegangen.⁵⁹ Er schloss sich dem Konzept an, das Generalanwalt Mayras bereits in seinen Schlussanträgen in den Farbstoff-Rechtssachen entwickelt hatte.⁶⁰ Danach soll die Kommission im Falle qualifizierter Auswirkungen (in der Gemeinschaft) über eine extraterritoriale Zuständigkeit verfügen. Erforderlich dafür sei eine unmittelbare und sofortige Auswirkung, die hinreichend vorhersehbar und wesentlich sein muss.⁶¹ Im **Intel-Fall**, der Art. 102 AEUV betraf, findet sich nun aber ausdrücklich der Hinweis, dass das **Prinzip der qualifizierten Auswirkung** für „kollektive wie einseitige“ wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen gelte, also für Art. 101 und Art. 102 AEUV.⁶² Das Kriterium der Durchführung der Wettbewerbsbeschränkung wurde nicht mehr behandelt, weil es vom EuG lediglich „zusätzlich“ geprüft worden war und daher keine tragenden Gründe des angefochtenen (*Intel*-)Urteils betraf.

- 11 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der EuGH mit dem *Intel*-Urteil auch das Kriterium der qualifizierten Auswirkung (**vorhersehbare, unmittelbare und wesentliche Auswirkungen**) in der Union anerkannt hat.⁶³ Es ist freilich noch nicht entschieden, dass Auswirkungen alleine stets materiell-rechtliche Kompetenzen der Kommission begründen. Im Luftfrachtkartell hat das EuG sich ausführlich mit verschiedenen Rügen der Kläger befasst, wonach die Kommission bei der Anwendung des Kriteriums der qualifizierten Auswirkungen Fehler begangen habe, insbesondere die Auswirkungen nicht vorhersehbar bzw. nur spekulativ gewesen seien. Das EuG hat diese Rügen zurückgewiesen.⁶⁴ Es ist außerdem offen, ob nicht in bestimmten Fällen Einschränkungen (des Auswirkungsprinzips) nach den og Prinzipien (Interessenabwägung, Comity) vorzunehmen sind. Das EuG hat in seinem Urteil vom 25.3.1999,⁶⁵ mit dem die Untersagung des Zusammenschlusses Gencor/Lonrho durch die Kommission bestätigt wurde, den og Test für qualifizierte Auswirkungen angewendet („... vorauszusehen, dass ein geplanter Zusammenschluss in der Gemeinschaft eine unmittelbare und wesentliche Auswirkung haben wird“). Die weitere Frage, ob die Entscheidung das Prinzip der Nichteinmischung (oder das Verhältnismäßigkeitsprinzip) verletze, verneinte das Gericht, wobei es offen ließ, ob ein solcher Grundsatz anerkannt werden könne.

- 12 **2. Die Nichtanwendung der Wettbewerbsregeln bei fehlenden Auswirkungen in der Gemeinschaft.** Das Auswirkungsprinzip wird vor allem herangezogen, um Verhaltensweisen von Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten durch das Unionsrecht zu erfassen. Es gilt freilich auch umgekehrt.⁶⁶ Selbst wenn wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen durch Unternehmen mit Sitz in der Union praktiziert werden, finden die Wettbewerbsregeln des AEU-Vertrages keine Anwendung, wenn es an einer spürbaren Auswirkung in der Gemeinschaft fehlt. Für Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 geht dies bereits aus dem Wortlaut der Vorschriften hervor. Dort wird auf eine Verfälschung des Wettbewerbs „innerhalb des Binnenmarktes“ bzw. auf eine missbräuchliche Ausnutzung „auf dem Binnenmarkt“ abgestellt. Die Kommission trägt dem in ihrer Entscheidungspraxis

⁵⁸ EuGH, verb. Rs C-89, 104 ua/85, Slg. 1988, 5193 ff. (5233, 5242) – Ahlström ua/Komm. (Zellstoff).

⁵⁹ EuGH, verb. Rs C-89, 104 ua/85, Slg. 1988, 5193 (5226) Rn. 53.

⁶⁰ Rs 54/69, Slg. 1972, 699 f.

⁶¹ Zum Erfordernis derartiger qualifizierter Auswirkungen im US-Kartellrecht s. GA Darmon, verb. Rs C89, 104 ua/85, Slg. 1988, 5226, Rn. 54 – Ahlström sowie Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987), insbes. §§ 402, 403 und 415; hierzu Juenger WuW 1990, 602 ff. sowie Basedow, NJW 1989, 627 ff. (636).

⁶² EuGH Urt. v. 6.9.2017, Rs C-413/14P, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 42 – Intel. Aufgegriffen von EuG Urt. v. 29.9.2021, Rs T-363/18, ECLI:EU:T:2021:638 Rn. 75 ff. – Kondensatoren-Kartell (Nippon) = NZKart 2021, 630 ff.

⁶³ EuGH, ECLI:EU:C:2017:632, Rn. 49 – Intel. Dazu näher Berg WuW 2018, 557 ff., Prete JECL&P 2018, 487 (490 ff.) und Shah/Reuner/Theodosiou, JECL&P 2019, 80 ff.

⁶⁴ EuG Urt. v. 30.3.2022, Rs T-324/17, ECLI:EU:T:2022:175, Rn. 149 ff. – SAS ua /. Komm.

⁶⁵ EuG Urt. v. 25.3.1999, Rs T-102/96, Slg. 1999, II-753 Rn. 76 ff., 102 ff. – Gencor/Kommission.

⁶⁶ Aus der Literatur s. statt aller Staudinger/Fezer/Koos (2019), IntWirtschR, Rn. 317 ff. (324). Zum deutschen Recht § 185 Abs. 2 GWB bzw. → Rn. 23 ff.

Rechnung.⁶⁷ Auch der Gerichtshof hat entschieden, dass Wettbewerbsbeschränkungen, die sich auf Exporte in Länder außerhalb der Union beziehen, als solche nicht geeignet sind, den Wettbewerb im Binnenmarkt zu beschränken.⁶⁸ Derartige Wettbewerbsbeschränkungen unterfallen den Wettbewerbsregeln der Union nur dann, wenn sie spürbare Auswirkungen in der Union haben.⁶⁹ Die Anwendung von Art. 102 AEUV auf Drittstaaten-Sachverhalte ist dementsprechend nur dann bejaht worden, wenn die wettbewerbliche Marktstruktur innerhalb der Union betroffen war.⁷⁰ Dies alles gilt unabhängig davon, ob die betroffenen Unternehmen auf anderen Märkten Umsatzerlöse in der Union erzielen. Inkonsequent ist daher die Praxis der Kommission, im Rahmen der EG-Fusionskontrolle auch solche Fälle materiell zu prüfen und nach Art. 6 Abs. 1b) der EG-FKVO zu bescheiden, in denen zwar die Umsatzschwellenwerte erfüllt werden, die aber keinerlei oder allenfalls sehr geringfügige Auswirkungen in der Gemeinschaft aufweisen.⁷¹ Dieses Problem wäre gelöst, wenn die Kommission im Rahmen der laufenden Überprüfung ihre 2013 erwogene, inzwischen aber zurückgestellte Initiative im Rahmen einer Novellierung der FKVO (Ausnahme von der Anwendbarkeit der FKVO für die fraglichen Gemeinschaftsunternehmens-Fälle) wieder aufgreifen würde.⁷²

II. Einzelfragen

1. Die Verbotstatbestände der Art. 101, 102 AEUV. Die Kommission hat ihre Politik **13** zur Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln auf Unternehmen in Drittstaaten vor allem auf der Grundlage des **Art. 85 EWGV (jetzt: Art. 101 AEUV)** entwickelt. Den Schwerpunkt bildeten dabei Fälle, bei denen Unternehmen innerhalb der Gemeinschaft mit Wettbewerbern außerhalb der Gemeinschaft Kartellvereinbarungen über Preise⁷³ oder über Zielpreise⁷⁴ trafen. Der Zellstoff-Fall⁷⁵ betraf dagegen allein das Verhalten von Unternehmen in Drittstaaten. Als Beispiel für eine vertikale Wettbewerbsbeschränkung mit einem Drittstaaten-Unternehmen kann die Alleinvertriebsvereinbarung im Fall Tepea⁷⁶ (mit einem Unternehmen aus dem UK – damals kein EU-Mitgliedstaat – als Lieferant) genannt werden. Wegen der Anforderungen an die Auswirkung in der Gemeinschaft ist auf die Ausführungen bei I. (→ Rn. 9) zu verweisen. Bei der „extraterritorialen“ Anwendung des Art. 101 Abs. 1 AEUV muss außerdem, ebenso wie sonst bei der Anwendung der Vorschrift, das Tatbestandsmerkmal der **Handelsbeeinträchtigung** gegeben sein. Eine Auswirkung allein auf den Handel zwischen einem Drittstaat und einem Mitgliedstaat der Union genügt nicht; die Eignung zur Beeinträchtigung des Handels muss im Verhältnis

⁶⁷ S. zB Komm., Bekanntmachung über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 85 EG-Vertrag, ABl. 1993, C 43/2, Rn. 14; Komm. E. v. 12.12.1994, ABl. 1994 L 341/66, Rn. 39 – Fujitsu AMD Semiconductor (zu Marktaufteilungen außerhalb des EWR); s. ferner Komm. E. v. 21.12.1988, ABl. 1989 L 74/1 ff. und 21 ff. (34) – PVC und LDPE.

⁶⁸ EuGH Urt. v. 18.2.1986, Rs C-174/84, Slg. 1986, 559 (589) – Bulkoil ./ Sun, dort betreffend mengenmäßige Beschränkungen bei der Ausfuhr von Rohöl nach Israel.

⁶⁹ EuG Urt. v. 15.3.2000, verb. Rs T-25/95 ua, Slg. 2000, II-491, 1358 Rn. 3785 – Cimenteries CBR ua/ Kommission; Komm. E. v. 21.12.1976, ABl. 1977, L 30/10, 14 – Junghans; Komm. E. v. 10.7.1987, ABl. 1987, L 222/1, Rn. 63 – Tipp-Ex. Zu Exportgeboten nach Drittstaaten bzw. Rücklieferungsverboten s. EuGH Urt. v. 28.4.1998, Rs C 306/96, WuW/E EU-R 57 ff. – Javico International/YSLP.

⁷⁰ EuGH Urt. v. 25.10.1979, Rs C-22/79, Slg. 1979, 3275 (3288 f.), Rn. 111 – Greenwich Film Production ./ SACEM; dazu auch EuGH, Rs C-413/14P, ECLI:EU:C:2017:632 ff. – Intel.

⁷¹ Krit. dazu Wiedemann, FS Lieberknecht, 1997, 625 ff. und wohl auch Mestmäcker/Schweitzer, Eu-WettbR, § 7 Rn. 107 ff., 112. Aus der Zeit vor Inkrafttreten der FKVO ebenso Montag, Comparative Law Yearbook of International Business, Vol. 13, 1991, S. 47 (52). Zurückhaltend auch Immenga/Mestmäcker/Rehbinder/von Kalben, IntWbR Rn. 57.

⁷² Dazu das Konsultationspapier der Kommission vom 20.6.2013, „Towards more effective EU merger control“ sowie die dazu eingereichten Stellungnahmen, veröff. auf der Homepage der Kommission.

⁷³ Dazu den Farbstoff-Fall und den französisch-japanischen Kugellager-Fall (→ Rn. 9).

⁷⁴ Dazu namentlich die Fälle Polypropylen, PVC und LDPE (dazu bereits → Rn. 9), an denen außer EUAnbietern auch Unternehmen aus Österreich, Norwegen, Finnland und den USA beteiligt waren.

⁷⁵ Dazu bereits oben → Rn. 9.

⁷⁶ EuGH Urt. v. 20.6.1978, Rs 28/77, Slg. 1978, 1391 ff.

zwischen den Mitgliedstaaten gegeben sein.⁷⁷ Bejaht wurde eine Handelsbeeinträchtigung in diesem Zusammenhang, wenn der Handel zwischen den Mitgliedstaaten ausdrücklich Gegenstand der wettbewerbsbeschränkenden Regelung ist,⁷⁸ wenn die Vereinbarung den Binnenmarkt insgesamt von Importen aus einem Drittstaat isoliert⁷⁹ oder wenn die Wettbewerbsstruktur im Binnenmarkt beeinträchtigt wird.⁸⁰

14 Die vorgenannten Grundsätze gelten auch für den **Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung** durch Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat. Als einschlägige Fälle sind hier insbes. die Entscheidungen *Continental Can*⁸¹ und *Commercial Solvents*⁸² (jeweils Verfahren gegen US-Unternehmen), *Hugin*⁸³ (schwedisches Unternehmen), *Eurofix-Bauco/Hilti*⁸⁴ (Hilti als Liechtensteiner Unternehmen), *Tetra Pak II* (Eg. gerichtet an die Schweizerische Konzernobergesellschaft) und *Intel* (Bußgeld-Eg. gerichtet an US-Unternehmen betreffend einen Missbrauch auf einem weltweiten Markt für Prozessoren)⁸⁵ zu nennen. Im Fall *Hugin* verneinte der EuGH einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV mangels Handelsbeeinträchtigung des beanstandeten Verhaltens.

15 **2. Drittstaaten-Zusammenschlüsse und EG-Fusionskontrollverordnung.** Die EG-FKVO gilt nur für „Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung“ (Art. 1 Abs. 1). Dieser Begriff wird anhand von Umsatzschwellenwerten definiert (Art. 1 Abs. 2 und 3). Die Kommission folgert daraus inzwischen, dass die Verordnung beim Erreichen dieser Mindestumsätze in der Union auch auf Zusammenschlüsse in Drittstaaten Anwendung findet, und zwar auch solcher nur unter Beteiligung von Drittstaaten-Unternehmen und in Fällen, in denen die Zusammenschlüsse (nur) Auswirkungen in Drittstaaten haben, nicht aber in der Union.⁸⁶ In der *JCSAT/SAJAC*-Entscheidung führte die Kommission zur Begründung für die Freigabe wörtlich aus: „Therefore, the concentration has presently no effect in the Community“. Ferner hat die Kommission inzident die Anwendbarkeit der EG-FKVO in Fällen bejaht, in denen nur Unternehmen aus der Union an Zusammenschlüssen in Drittstaaten beteiligt waren, auch wenn diese Zusammenschlüsse nur marginale oder keine Auswirkungen auf die Union hatten.⁸⁷ Auch in „gemischten“ Sachverhalten, bei denen Unternehmen aus der Union und solche aus Drittstaaten beteiligt waren, hat die Kommission die Anwendbarkeit der Verordnung auch ohne Auswirkungen in der Union bejaht.⁸⁸ Es hat umgekehrt aber auch mehrere bedeutende Fälle gegeben, an denen ausschließlich Drittstaaten-Unternehmen beteiligt waren und die – im Sinne des Auswirkungs-

⁷⁷ Dazu EuGH Urt. v. 25.11.1971, Rs 22/71, Slg. 1971, 949 (960) – *Béguelin*; Urt. v. 20.6.1978, Rs 28/77, Slg. 1978, 1391, 1415 – *Tepea*; Urt. v. 31.5.1979, Rs C-22/78, Slg. 1979, 1869, 1899 f. – *Hugin*; s. auch Komm., Stellungnahme im Verfahren vor dem EuGH, Gutachten des EuGH Nr. 1/92 zum Entwurf des EWR-Abkommens, ABl. 1992 C 136/1 ff., 6, re.Sp.; Ritter/Braun, S. 72.

⁷⁸ Komm. E. v. 8.1.1975, ABl. 1975 L 29/28 – *Champignon*.

⁷⁹ EuGH Urt. v. 15.6.1976, Rs 51/75, Slg. 1976, 871 (908) – *EMI/CBS*; s. ferner Kommission, Bekanntmachung „Japan-Importe“, ABl. 1972 C 111/13.

⁸⁰ Dazu EuGH Urt. v. 6.3.1974, Rs 6/73, Slg. 1974, 254 – *Commercial Solvents*; Urt. v. 14.2.1978, Rs C 27/76, Slg. 1978, 207, 299 – *United Brands*; Urt. v. 31.5.1979, Rs C-22/78, Slg. 1979, 1869 (1899) – *Hugin/Liptons*.

⁸¹ Komm. E. v. 9.12.1971, ABl. 1972 L 7/25.

⁸² EuGH Urt. v. 14.3.1973, Rs 6/73, Slg. 1973, 357 ff.

⁸³ Rs 22/78, Slg. 1979, 1869 (1899 f.).

⁸⁴ Komm. E. v. 22.12.1987, ABl. 1988 L 65/19 ff.; bestätigt durch EuG Urt. v. 12.12.1991, Rs T-30/89, Slg. 1991 II-1439 ff. und durch den EuGH Urt. v. 2.3.1994, Rs C-53/92 P, Slg. 1994 I-667 ff.

⁸⁵ Komm. E. v. 13.5.2009, C-3/37. 990 – *Intel*, Zusammenfassung in ABl. 2009 C 227/13, bestätigt durch EuG Urt. v. 12.6.2014, Rs T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547, Rn. 231 ff., wo das Gericht die Zuständigkeit der Komm. sowohl auf der Grundlage einer wesentlichen, direkten und vorhersehbaren Auswirkung als auch nach Maßgabe des Durchführungs-Tests bejahte; 2017 bestätigt durch EuGH, Rs 413/14P, ECLI:EU:C:2017:632 ff.; dazu auch *Wurmnest/Lund NZKart* 2015, 73 ff. (75 ff.).

⁸⁶ Dazu zB *Kyowa/Saitama-Bank*, Fall-Nr. IV/M. 069, Komm. E. v. 7.3.1991, WuW/E EV 1591 sowie *JCSAT/SAJAC*, Fall-Nr. IV/M. 346, Komm. E. v. 30.6.1993.

⁸⁷ Dazu zB Fall-Nr. IV/M. 021, Komm. E. v. 4.2.1991, WuW/E EV 1568 – *BNP/Dresdner Bank*; FallNr. IV/M. 583, Komm. E. v. 1.6.1995 – *InchCape plc./Gestetner Holdings Plc.*

⁸⁸ S. zB Fall-Nr. IV/M. 648, Komm. E. v. 27.11.1995, Rn. 23 (25) – *McDermott*; Fall-Nr. IV/M. 1689, Komm. E. v. 6.10.1999 – *Nestlé/Pillsbury/Häagen-Dazs US*.