

Fragwürdige extraterritoriale Anwendung schweizerischen Kartellrechts

Kritische Anmerkungen zum Fall BMW

Dr. iur. Gerald Brei, Rechtsanwalt (Zürich)

I. Einleitung

Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom November 2015 im Fall *BMW*¹ befasst sich mit Themen von grundlegender Bedeutung für das Schweizer Kartellrecht. Er bekräftigt zunächst den überaus weiten örtlichen Anwendungsbereich des Schweizer Kartellgesetzes (sog. Auswirkungsprinzip, Art. 2 Abs. 2 KG), den das Gericht im Fall *Gaba*² entwickelt hatte. Diese Auffassung kann sich international auf keine vergleichbare Praxis stützen und begegnet völkerrechtlichen Bedenken. Gleiches gilt für die extensive Auslegung von Art. 5 Abs. 4 KG, über die ausländischen Händlern Lieferpflichten und ein Kontrahierungszwang auferlegt werden, ohne dass die Schweiz insoweit hoheitlich handeln dürfte. Ferner ging es um die Frage, wie die Erheblichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG festzustellen ist. Das BVGer hat in jüngster Zeit unterschiedlich entschieden, ob dazu eine qualitative und quantitative Beurteilung erforderlich ist (in den Fällen *Baubeschläge* und *Altimum*³) oder bei besonders schädlichen Abreden ohne weitere Prüfung unterstellt werden kann, dass sie sich erheblich auf den Wettbewerb auswirken (in den Fällen *Fall Gaba* und *BMW*). Die damit verbundene Rechtsunsicherheit wurde wiederholt beklagt⁴ und man darf gespannt auf ein klärendes Wort vom Bundesgericht dazu warten. Zuletzt verdeutlicht der

Das Auswirkungsprinzip besagt im Grundsatz, dass das schweizerische Kartellgesetz auf alle Sachverhalte anwendbar ist, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Mit Blick auf ein unlängst ergangenes Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zeigt der Autor auf, dass der dem Urteil zugrunde gelegte, weite örtliche Anwendungsbereich völkerrechtlich bedenklich ist. Der Autor schlägt vor, Prüfungskriterien für konkrete Inlandauswirkungen am EU-Recht auszurichten. Es müsse der Nachweis einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Schweizer Markt erbracht werden. Weiter weist der Autor darauf hin, dass im Verwaltungsgerichtsverfahren die Beurteilung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit voller Kognition erfolgen müsse, wenn in erster Instanz eine Verwaltungsbehörde die kartellrechtliche Sanktion ausgesprochen hat. Zi.

Le principe des effets (Auswirkungsprinzip) implique que la loi suisse sur les cartels s'applique aux états de fait qui produisent des effets en Suisse, même si ceux-ci sont générés à partir de l'étranger. Considérant un arrêt récent du Tribunal administratif fédéral, l'auteur montre que la conception large du champ d'application territorial sur lequel se fonde cet arrêt est problématique du point de vue du droit international public. L'auteur propose ainsi de se référer aux critères posés par le droit européen pour décider s'il existe des effets concrets sur le territoire suisse. On doit apporter la preuve d'une atteinte notable à la concurrence sur le marché suisse pertinent. L'auteur montre en outre que les tribunaux administratifs devraient disposer d'un plein pouvoir de cognition tant en fait qu'en droit lorsqu'une autorité administrative a prononcé en première instance une sanction du droit de la concurrence. P.P.

¹ Urteil vom 13. November 2015, B-3332/2012 – *Bayerische Motorenwerke AG*.

² Urteil vom 19. Dezember 2013, B-506/2010 – *Gaba International AG*.

³ Urteile vom 23. September 2014, B-8399/2010 – *Siegenia-Aubi AG*, und B-8430/2010 – *Paul Koch AG*; Urteil vom 17. Dezember 2015, B-5685/2012 – *Altimum SA*.

⁴ Vgl. *Carl Baudenbacher*, Kartellrecht: Mit wie vielen Zungen spricht das Bundesverwaltungsgericht?, Jusletter 2. Februar 2015; *Marino Baldi*, «Zweimal hü und zweimal hott» beim Schweizer Kartellgericht. Nach dem *Altimum*-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Erheblichkeit, AJP/PJA 3 2016 315 ff.