SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS MARCO DARMON

vom 25. Mai 1988 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Durch Beschluß vom 16. Dezember 1987 haben Sie die zehn Rechtssachen, in denen es um die Aufhebung der Entscheidung 85/202/EWG der Kommission vom 19. Dezember 1984 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag [1] geht, für die Zwecke der mündlichen Verhandlung und einer gemeinsamen Entscheidung verbunden. Fünf Monate zuvor, am 8. Juli 1987, hatten Sie es im Hinblick auf Vereinbarungen innerhalb der Zellstoffindustrie, die von den Adressaten der Entscheidung, die alle außerhalb der Gemeinschaft ansässig sind, getroffen worden sein sollen, für zweckmäßig gehalten, die Frage der Zuständigkeit der Gemeinschaft für die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften des EWG-Vertrags auf Unternehmen aus Drittstaaten und die in einer dieser Rechtssachen relevante Frage nach dem Zusammenhang zwischen dem Freihandelsabkommen mit Finnland und Artikel 85 EWG-Vertrag [2] dem Endurteil vorzubehalten.

2. Die Parteien und die Regierung des Vereinigten Königreichs, das durch Beschluß vom 9. Oktober 1985 als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Kommission in den sechs Rechtssachen, in denen ihre Zuständigkeit von der Klageerhebung an bezweifelt wurde, zugelassen worden ist, sind am 12. Januar 1988 zu dieser Frage gehört worden. Ich trage heute meine Schlußanträge zu dieser Frage vor.

3. Die Begründung, auf die die Kommission ihre Zuständigkeit in der angefochtenen Entscheidung stützt — die Lokalisierung der Auswirkungen [3] —, wird von den Klägerinnen beanstandet und von der Regierung des Vereinigten Königreichs mißbilligt. Welchen Standpunkt die Kommission auch immer in anderen Zusammenhängen zu diesem Thema eingenommen hat und selbst wenn sie in ihren Schriftsätzen, wie manche bemerkt haben, dazu geneigt hat, bald auf die Lokalisierung der Auswirkungen und bald auf die des wettbewerbswidrigen Verhaltens abzustellen, ist die Frage der Zuständigkeit der Gemeinschaft meines Erachtens anhand der erstgenannten Begründung zu entscheiden.

4. In diesem Punkt bin ich anderer Meinung als die britische Regierung, die Ihnen vorgeschlagen hat, den vorliegenden Rechtsstreit in der Erwägung zu entscheiden, daß es sich hier um eine Manifestierung der Ausübung einer territorialen Zuständigkeit handele, die sowohl im Gemeinschaftsrecht als auch im internationalen Recht anerkannt sei.

5. Die Gegner des Auswirkungsprinzips wenden sich mit Argumenten, die sie aus diesen beiden Rechtsordnungen herleiten, gegen dieses Prinzip. Der gemeinsame Ein-

* Aus dem Französischen übersetzt.

1 — ABl. L 85 vom 26. 3. 1985, S. 1.

2 — Die Klägerinnen in der Rechtssache 89/85 bezweifeln, abgesehen von dem Vorbringen bezüglich des Freihandelsabkommens mit Finnland, das in dieser Rechtssache eine Rolle spielt, wie die meisten übrigen Klägerinnen die Zuständigkeit der Kommission für die Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsvorschriften allein aufgrund des sogenannten „Prinzips der Lokalisierung der Auswirkungen". Ich möchte jedoch darauf hinweisen, daß die Klägerin in der Rechtssache 104/85 die Zuständigkeit der Kommission erst in der mündlichen Verhandlung in Zweifel gezogen hat; die Klägerin in der Rechtssache 116/85 hat keine Einwendungen gegen die Zuständigkeit der Kommission erhoben und mit Schreiben vom 29. Oktober 1987 erklärt, ihr ursprüngliches Schweigen zu dieser Frage beruhe auf der Erwägung, daß der Gerichtshof diese Frage von Amts wegen zu prüfen habe; sie schließe sich aber in diesem Punkt dem Vorbringen der anderen Klägerinnen an. In der mündlichen Verhandlung hat sie diese Auffassung bestätigt, indem sie die Entscheidung dieser Frage dem Gerichtshof anheimgestellt hat. Die Klägerin in der Rechtssache 117/85 hat keine Einrede der Unzulässigkeit erhoben und sich in der mündlichen Verhandlung den Ausführungen der übrigen Klägerinnen angeschlossen.

3 — Nr. 79 der angefochtenen Entscheidung.

wand gegen die Entscheidung der Kommission dreht sich um zwei Achsen: Weder das Gemeinschaftsrecht noch das internationale Recht gestatte es, die Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft nur wegen innerhalb der Gemeinschaft eingetretener Wirkungen auf außerhalb der Gemeinschaft ansässige Unternehmen anzuwenden.

6. Nach der Prüfung dieser beiden Gesichtspunkte wird auf die aus der amerikanischen Rechtsprechung gezogenen Lehren einzugehen sein, die in diesem Bereich besonders umfangreich ist. Anschließend möchte ich Ihnen die Kriterien vorschlagen, auf die die Zuständigkeit der Gemeinschaft gegenüber Unternehmen mit Sitz außerhalb der Gemeinschaft gestützt werden kann, und ich werde die besondere Lage der KEA namentlich unter Anwendung dieser Kriterien prüfen. Schließlich werde ich mich dem spezifischen Problem des Verhältnisses zwischen dem Freihandelsabkommen mit der Republik Finnland und Artikel 85 EWG-Vertrag zuwenden.

I — Das Auswirkungsprinzip nach dem Gemeinschaftsrecht

7. Unabhängig von den Besonderheiten jeder der Rechtssachen werden die Zweifel an der Zuständigkeit der Gemeinschaft für die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf Unternehmen mit Sitz außerhalb der Gemeinschaft auf zwei Erwägungen gestützt: Erstens wird geltend gemacht, daß nichts im Wortlaut des Artikels 85 EWG-Vertrag es erlaube, diesen Artikel allein wegen der wettbewerbswidrigen Auswirkungen im Gebiet der Gemeinschaft auf auswärtige Unternehmen zu erstrecken. Zweitens glaubt man, der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine Ablehnung des Auswirkungsprinzips entnehmen zu können. Ich möchte sogleich erklären, daß ich Ihnen vorschlagen werde, keinen dieser beiden Einwände gelten zu lassen.

1. *Der Wortlaut des Artikels 85*

8. Der Wortlaut des Artikels 85 EWG-Vertrag gestattet allgemein die Feststellung, daß das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft schon aufgrund seiner Zweckbestimmung anwendbar ist, sobald wettbewerbswidrige Auswirkungen im Gebiet der Gemeinschaft auftreten. Die Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten ist das Unterscheidungsmerkmal zwischen der Gemeinschaftszuständigkeit und der nationalen Zuständigkeit in diesem Bereich. Verboten und mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind die Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken".

9. Angesichts dieses Wortlauts ist die Lehre in ihrer großen Mehrheit der Auffassung, daß das Kriterium für die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft weder die Staatsangehörigkeit noch die geographische Lokalisierung des Unternehmens, sondern die Lokalisierung der wettbewerbswidrigen Auswirkung ist[4].

10. In Wirklichkeit ist nicht sicher, daß der Begriff des Bewirkens in Artikel 85 streng genommen die Grundlage für die Zuständigkeit bildet. Dieser Begriff ermöglicht es, wie im übrigen auch der des Bezweckens[5], mit Sicherheit, einen Verstoß gegen das ma-

4 — Bernini G.: „Die Wettbewerbsregeln", *Dreißig Jahre Gemeinschaftsrecht*, Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 1982, S. 345, insbesondere S. 375; Goldman B.: *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, RCADI 1969 (III), S. 635, insbesondere S. 676 f.; ders., *Les effets juridiques extraterritoriaux de la politique de la concurrence*, RMC, 1972, S. 612, insbesondere S. 614 f.; Bischoff J. M. und Kovar R., *L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté*, JDI (Clunet), 1975 S. 675, insbesondere S. 684; Schapira J., Le Tallec G. und Blaise J.-B., *Droit européen des affaires*, PUF, Thémis, 1984, S. 245; Mégret J., Louis J.-V., Vignes D. und Waelbroeck, *Le droit de la Communauté économique européennne*, Band 4: „Wettbewerb" éditions de l'université de Bruxelles, 1972, S. 110 f.; Soufflet, *La competence extraterritoriale di droit de la concurrence de la Communauté économique européenne*, JDI (Clunet, 1971, S. 487, insbesondere S. 491.

5 — Foosaneaunu L., *Pour objet ou pour effet*, RMC, 1966, S. 862.

terielle Wettbewerbsrecht in den Fällen zu bejahen, in denen die Zuständigkeit der Gemeinschaft selbst unbestreitbar ist. Er kann jedoch auch eine andere Funktion, nämlich als Zuständigkeitskriterium, erfüllen, und dann ist sein Inhalt nicht unbedingt mit dem des Bewirkens im materiellen Recht identisch. Ich werde auf diesen Punkt zurückkommen.

2. *Die aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu ziehende Lehre*

11. Aus dem Umstand, daß Sie das Auswirkungsprinzip für die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf auswärtige Unternehmen bisher nicht bejaht haben, läßt sich nicht herleiten, daß Sie es ablehnen.

12. Die in dieser Erörterung am häufigsten herangezogene Rechtssache ist der sogenannte „Farbstoff"-Fall [6]. In Ihren Urteilen vom 14. Juli 1972 haben Sie es trotz des Vorschlags von Generalanwalt Mayras, auf das Kriterium der Auswirkungen abzustellen, die sicher geeignet sind, die Zuständigkeit der Gemeinschaft auswärtigen Unternehmen gegenüber zu begründen, vorgezogen, diese Zuständigkeit aufgrund der Einheit des Unternehmens zu bejahen. Dies bedeutet keineswegs, daß die Lokalisierung der Auswirkungen keine ausreichende Grundlage für die Zuständigkeit wäre [7]. Wie Professor Goldman gerade zu dieser Entscheidung bemerkt hat, darf man „das Schweigen des Gerichtshofes nicht zum Sprechen bringen wollen" [8].

13. Man kann aus Ihren Urteilen auf diesem Gebiet auch keine zwingenden Argumente zugunsten des Auswirkungsprinzips herleiten, selbst wenn einige davon Feststellungen in diesem Sinn zu enthalten scheinen. Wenn Sie zum Beispiel in Ihrem Urteil Beguelin ausführen: „Daß einer der Vertragspartner in einem dritten Land ansässig ist, steht der Anwendung [des Artikels 85 EWG-Vertrag] nicht entgegen, wenn die Wirkungen der Vereinbarung sich auf das Hoheitsgebiet des Gemeinsamen Marktes erstrecken" [9], so darf nicht völlig außer acht bleiben, daß es sich in jener Rechtssache um eine Alleinvertriebsvereinbarung zwischen zwei Parteien handelte, von denen die eine ihren Sitz in der Gemeinschaft hatte.

14. Ich möchte damit sagen, daß Ihre Rechtsprechung *zum Wettbewerbsrecht* weder den Schluß zuläßt, daß Sie das Kriterium der Lokalisierung der Auswirkungen für die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts auf Unternehmen mit Sitz außerhalb der Gemeinschaft bejahen, noch den, daß Sie es ablehnen.

15. Eine Stütze für die Anwendung des Auswirkungsprinzips läßt sich dagegen im Urteil Walrave und Koch finden. In diesem Urteil zum Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in Verbindung mit den Vorschriften des EWG-Vertrags über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und den freien Dienstleistungsverkehr haben Sie ausgeführt:

„Wegen seines zwingenden Charakters ist das Diskriminierungsverbot bei der Prüfung sämtlicher Rechtsbeziehungen zu beachten, die aufgrund des Ortes, an dem sie entstanden sind *oder an dem sie ihre Wirkungen entfalten*, einen räumlichen Bezug zum Gebiet der Gemeinschaft aufweisen" [10].

6 — Rechtssache 48/69, Imperial Chemical Industries, Slg. 1972, 619; Rechtssache 52/69, J. R. Geigy AG, Slg. 1972, 787 und Rechtssache 53/69, Sandoz AG, Slg. 1972, 845.

7 — Siehe J.-M. Bischoff und R. Kovar, a. a. O., S. 684.

8 — Goldman B., „International law association", *Bericht über die 55. Konferenz*, New York 1972, S. 128.

9 — Siehe das Urteil vom 25. November 1971 in der Rechtssache 22/71, Slg. 1971, 949, 959, Randnr. 11.

10 — Urteil vom 12. Dezember 1974 in der Rechtssache 36/74, Slg. 1974, 1405, 1420, Randnr. 28, Hervorhebung von mir.

16. Es handelte sich in jener Rechtssache um ein Reglement der Union Cycliste Internationale, deren Sitz in Genf war. Diese Organisation glaubte, vor dem Gerichtshof aus Ihren Urteilen Geigy [11] und Continental Can [12] etwas gegen das Prinzip der Lokalisierung der Auswirkungen herleiten zu können, weil dieses Kriterium in diesen Urteilen nicht angewandt worden war.

17. Dieses Argument enthüllt die ganze Bedeutung Ihrer Antwort. Einige haben daraus hergeleitet, daß die Lokalisierung der Auswirkungen eine Grundlage für die Zuständigkeit der Gemeinschaft bilde, die, obgleich sie in einem anderen Bereich entwikkelt worden sei, in dem des Wettbewerbs herangezogen werden könne [13]. Wenn Ihre Stellungnahme im Urteil Walrave und Koch auf das Wettbewerbsrecht übertragbar ist — und ich sehe nicht, weshalb sie dies nicht sein sollte —, kann man mit Fug und Recht behaupten, daß Sie, weit davon entfernt, das Auswirkungsprinzip abzulehnen, nicht zögern, es zu bejahen.

18. Man kann sich jedoch mit einer solchen Feststellung nicht zufriedengeben. In einem solchen Bereich sollte nämlich geprüft werden, ob dieses Kriterium den Anforderungen und der Praxis des internationalen Rechts entspricht.

II — Das Auswirkungsprinzip im internationalen Recht

19. Zwei Grundlagen der staatlichen Zuständigkeit sind im internationalen Recht unbestritten: die *Territorialität* und die *Nationalität* [14]. Die erste erkennt einem Staat die Hoheitsgewalt zu, wenn die fragliche Person oder der fragliche Gegenstand sich dort befindet oder das fragliche Ereignis dort stattgefunden hat. Die zweite verleiht diese Zuständigkeit gegenüber den Staatsangehörigen des betroffenen Staates.

20. Die Territorialität selbst führt zu zwei verschiedenen Zuständigkeitsprinzipien:

— die *subjektive* Territorialität, die es einem Staat ermöglicht, die Handlungen zu erfassen, die ihren Ursprung in seinem Hoheitsgebiet haben, selbst wenn sie im Ausland vollendet worden sind, und

— die *objektive* Territorialität, die es dem Staat im Gegensatz dazu erlaubt, über Handlungen zu entscheiden, deren Durchführung im Ausland begonnen hat, die jedoch, zumindest teilweise, in seinem eigenen Hoheitsgebiet vollendet worden sind.

21. Der Grundsatz der objektiven Territorialität hat eine entscheidende Rolle bei der Ausweitung der nationalen Zuständigkeiten im Bereich des Wettbewerbs gespielt. Aus ihm leitet sich das Prinzip der Lokalisierung der Auswirkungen her, das die Zuständigkeit eines Staates für die Erfassung dieser Auswirkungen bejaht, auch wenn in seinem Hoheitsgebiet kein Verhalten stattgefunden hat, das sie ausgelöst hätte.

22. Stellt diese Lokalisierung eine Grundlage für die Zuständigkeit dar, die den Regeln des internationalen Rechts entspricht? Um diese Frage zu beantworten, ist zunächst auf die eigentliche Natur dieses Rechts einzugehen. Weist es Zuständigkeiten in dem Sinne zu, daß der Staat, der seine Hoheitsgewalt ausüben will, das Vorliegen einer Erlaubnisnorm des internationalen Rechts dartun muß? Oder handelt es sich vielmehr um ein Recht, das den vollen Umfang der staatlichen Zuständigkeiten — das Gegenstück zur Souveränität — respek-

11 — Urteil vom 14. Juli 1972 in der Rechtssache 52/69, Slg. 1972, 787, 826.

12 — Urteil vom 21. Februar 1973 in der Rechtssache 6/72, Slg. 1973, 215, 241.

13 — Delannay Ph., *Observations sous l'arrêt 36/74, Walrave und Koch*, CDE 1976, S. 209, insbesondere 224.

14 — Vgl. z. B. Higgins R., „The legal bases of jurisdiction", in Olmstead C. J. (ed): *Extra-territorial Application of Laws and Responses thereto*, Oxford, ILA und ECS, 1984, S. 3.

tiert und nur ihrer Ausübung bestimmte Grenzen setzt, so daß sie mangels Verbotsnormen unangetastet bleiben?

23. Die Lehre ist in diesem Punkt geteilt. Die Diskussion hat sich im wesentlichen auf Bedeutung und Tragweite des Urteils Lotus des Ständigen Internationalen Gerichtshofes vom 7. September 1927 [15] bezogen. Dieses Urteil, das aufgrund der entscheidenden Stimme des Präsidenten erging, bekräftigt insbesondere, daß das internationale Recht es einem Staat nicht verbietet,

„in seinem eigenen Hoheitsgebiet seine Zuständigkeit in allen Fällen auszuüben, in denen es sich um Ereignisse handelt, die im Ausland stattgefunden haben und für die er sich nicht auf eine Erlaubnisnorm des internationalen Rechts berufen kann. Eine solche These könnte nur dann aufgestellt werden, wenn es das internationale Recht den Staaten allgemein verbieten würde, Personen, Güter und Handlungen außerhalb ihres Hoheitsgebiets ihren Gesetzen und der Rechtsprechung ihrer Gerichte zu unterwerfen. Dies ist jedoch gewiß nicht der gegenwärtige Stand des internationalen Rechts. Weit davon entfernt, den Staaten allgemein zu verbieten, ihre Gesetze und ihre Zuständigkeit auf Personen, Güter und Handlungen außerhalb ihres Hoheitsgebiets zu erstrekken, läßt es ihnen insoweit eine große Freiheit, die nur in einigen Fällen durch Verbote eingeschränkt wird; in den übrigen Fällen bleibt jeder Staat frei, die Grundsätze anzuwenden, die er für die besten und angemessensten hält. Diese Freiheit, die das internationale Recht den Staaten läßt, erklärt die Vielfalt der Vorschriften, die sie ohne Widerstand oder Beschwerden der anderen Staaten erlassen konnten ... Alles, was man von einem Staat verlangen kann, ist, daß er nicht die Grenzen überschreitet, die das internationale Recht seiner Zuständigkeit innerhalb dieser Grenzen setzt; die Berechtigung für die Hoheitsgewalt, die er ausübt, liegt in seiner Souveränität" [16].

Diese Feststellung erhält ihr ganzes Gewicht, wenn man sie in Verbindung mit der weiteren Feststellung des Ständigen Gerichtshofes sieht, daß „das internationale Recht die Beziehungen zwischen unabhängigen Staaten regelt" und daß „somit keine Vermutung für Begrenzungen der Unabhängigkeit der Staaten besteht" [17].

24. Der Standpunkt des internationalen Rechts zu dieser Frage wurde durch Sir Gerald Fitzmaurice in seiner persönlichen Stellungnahme zu dem Urteil des Internationalen Gerichtshofes vom 5. Februar 1970 in der Rechtssache Barcelona Traction wiedergegeben und verdeutlicht:

„Zwar erlegt das internationale Recht den Staaten derzeit keine starre Regel auf, durch die ihr nationaler Zuständigkeitsbereich für derartige Gegenstände (und es gibt natürlich noch andere: zum Beispiel die Fragen der Beförderung zur See, die Antitrust-Gesetzgebung usw.) beschränkt wird, es läßt ihnen vielmehr insoweit einen weiten Spielraum. Gleichwohl ist zu bemerken, daß es a) *das Vorhandensein* von Grenzen voraussetzt, selbst wenn es in allen Fällen Sache des Gerichts ist, sie gegebenenfalls im Rahmen des ihm vorliegenden Rechtsstreits zu definieren, und b) jedem Staat die Verpflichtung auferlegt, hinsichtlich der Erstreckung der Zuständigkeit, die seine Gerichte in Streitigkeiten mit Auslandsberührung für sich beanspruchen, Selbstbeschränkung und Maß walten zu lassen und es zu vermeiden, unberechtigt in die Zuständigkeit eines anderen Staates einzugreifen, wenn diese besser begründet ist oder in geeigneterer Weise ausgeübt werden kann" [18].

15 — *Urteilssammlung*, Veröffentlichungen des Ständigen Internationalen Gerichtshofes, Serie A bis J, S. 10.

16 — A. a. O., S.19.

17 — A. a. O., S. 18.

18 — Internationaler Gerichtshof: *Sammlung der Urteile*, „Gutachten und Beschlüsse 1970", S. 65, insbesondere 105.

25. Eine andere Passage des Urteils Lotus ist von manchen Autoren herangezogen worden, um dessen Tragweite für die Anerkennung des Auswirkungsprinzips als Grundlage für die staatliche Zuständigkeit einzuschränken. Der Ständige Gerichtshof hat darin ausgeführt, selbst die Gerichte der Staaten, die im Strafrecht Anhänger einer streng territorialen Auffassung seien, legten dieses so aus, daß auch solche Straftaten in seinen Geltungsbereich fielen, die im Ausland begangen worden seien, wenn „eines der Tatbestandsmerkmale der Straftat und vor allem ihre Wirkungen" [19] im nationalen Hoheitsgebiet erfüllt seien. Der Ständige Gerichtshof bemerkt weiter in seinem Urteil, in dem ihm vorliegenden Fall seien die Handlung und ihre Wirkungen „rechtlich völlig untrennbar" [20], was einige Autoren zu der Annahme veranlaßt hat, daß es einem Mitgliedstaat nur unter derartigen Umständen gestattet sei, seine Zuständigkeit aufgrund des Prinzips der objektiven Territorialität auszuüben.

26. Aber auch wenn der Ständige Gerichtshof dadurch die auf der objektiven Territorialität beruhende staatliche Zuständigkeit auf den Fall begrenzen wollte, daß die in seinem Hoheitsgebiet eingetretene Wirkung selbst ein Tatbestandsmerkmal der Straftat ist, hätte dies keine Folgen für die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften der Gemeinschaft auf Unternehmen, die ihren Sitz außerhalb der Gemeinschaft haben. Artikel 85 EWG-Vertrag, wiederholen wir es, verbietet alle Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes" bewirken. Ist ein solches Bewirken nicht notwendigerweise ein Tatbestandsmerkmal des Verstoßes? [21] Dieser Auffassung ist Generalanwalt Mayras, wenn er ausführt, daß man „im Kartellrecht ... davon ausgehen [muß], daß gerade die Auswirkung der Zuwiderhandlungen eines ihrer Tatbestandsmerkmale und wahrscheinlich sogar das wesentliche Merkmal ist" [22].

27. Auch wenn man sich, aus anderen Gründen, fragen konnte: „Schwimmt Lotus immer noch?" [23], unterliegt es also wohl keinem Zweifel, daß nach dem beschriebenen Grundsatz, der zwar in der Lehre bestritten ist, bis heute aber von der internationalen Rechtsprechung nicht abgelehnt wird, die Berücksichtigung der Lokalisierung der Auswirkungen als Grundlage der staatlichen Zuständigkeit mit dem Völkerrecht vereinbar ist [24]. Und was auf diese Weise den Staaten zugestanden wird, muß notwendigerweise auch der Gemeinschaft als Subjekt des internationalen Rechts zugestanden werden, wenn die Gemeinschaftszuständigkeit an die Stelle der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten tritt.

28. Die so zuerkannte Zuständigkeit ist eine „jurisdiction to prescribe", also die Befugnis des Staates, „durch seine Legislativ-, Exekutiv- oder Rechtsprechungsorgane allgemeine oder Einzelvorschriften zu erlassen" [25]. Sie kann nicht als „jurisdiction to enforce" aufgefaßt werden, als „Befugnis eines Staates, eine allgemeine Vorschrift oder eine Einzelentscheidung durch materielle Handlungen durchzuführen, die bis zur Anwendung staatlichen Zwangs gehen können" [26]. Diese Auffassung wird weitgehend von denen geteilt, die einräumen, daß das Auswirkungsprinzip eine staatliche Zuständigkeit be-

19 — A. a. O., S. 23.

20 — A. a. O., S. 30.

21 — Akehurst M., *Jurisdiction in International Law*, BYIL, 1972-1973, S. 145, insbesondere S.195 f.; Goldman B., *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, RCADI, 1969 (III), S. 635, insbesondere S. 701.

22 — Siehe die Schlußanträge in den verbundenen Rechtssachen 48, 52 und 53/69, a. a. O., 669, insbesondere 700.

23 — Julliard P.: L'application extraterritoriale de la loi économique", *L'application extraterritoriale du droit économique*, Cahiers du Cedin, a. a. O., S. 13, insbesondere 24.

24 — Dazu bemerkt P. Demaret: „Das Urteil Lotus wurde mit der geringstmöglichen Mehrheit erlassen. Die oben zitierten Ausführungen entsprechen jedoch der internationalen Wirklichkeit des Jahres 1927 und wahrscheinlich auch noch der heutigen *„L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?*, CDE, 1985, S. 1, insbesondere S. 26.

25 — Stern B., *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extra-territoriale du droit*, AFDI, 1986, S. 7, insbesondere S. 11.

26 — A. a. O.

gründen kann. Vor allem gegen die Maßnahmen, die aufgrund der Durchführungskompetenz erlassen worden waren, haben im übrigen ungefähr zwanzig Staaten sogenannte Blockadegesetze [27] erlassen. Dann muß man sich aber die Frage stellen, ob die Befugnis zur Verhängung einer Geldbuße zur Normativkompetenz oder zur Durchführungskompetenz gehört.

29. Wenn ein Kartell für rechtswidrig erklärt und eine Geldbuße verhängt worden ist, wird allgemein davon ausgegangen, daß dies in Ausübung der Normativkompetenz geschieht. Was das internationale Recht einem Staat verbietet, ist, um die Formulierung des Urteils Lotus aufzugreifen, „jede Ausübung seiner Macht im Hoheitsgebiet eines anderen Staates, sofern keine anderslautende Erlaubnisnorm existiert" [28].

30. Was somit ausgeschlossen ist, sind konkrete Durchführungs- und Zwangsmaßnahmen. Wie jedoch dargelegt worden ist, ist „Befehlen nicht Zwingen" [29]. Und was mich angeht, so schließe ich mich folgenden Ausführungen von Professor Goldman an:

„Sobald mit der Verurteilung zur Zahlung einer Geldbuße ein Verhalten geahndet wird, das wegen der Auswirkungen, die es im Hoheitsgebiet des Gerichtsstandes hat, unter das Recht des Gerichtsstandes fällt, ... ist sie wie der Eintritt oder die Feststellung der Nichtigkeit unlösbar mit der Anwendung des zuständigen Rechts verbunden, und es dem Richter zu verbieten, diese Verurteilung auszusprechen, würde bedeuten, dieser ‚Gesetzgebungskompetenz' jede Bedeutung zu nehmen" [30].

In diesem Sinne hat sich Generalanwalt Mayras in seinen Schlußanträgen zu den Urteilen in den „Farbstoff"-Rechtssachen ausgesprochen:

„Die Verhängung einer Geldbuße, die ein wettbewerbswidriges Verhalten ahnden und außerdem auch dessen Fortsetzung oder Wiederholung vorbeugen soll, ist von der Beitreibung der auferlegten Geldbuße zu unterscheiden, die nur im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen kann, falls das verurteilte Unternehmen die Zahlung verweigert" [31].

31. Nach diesen Erläuterungen ist es mit Sicherheit das amerikanische Recht, das ein Beispiel für die weitestgehenden Überlegungen und Versuche bei der Bestimmung der Umstände liefert, unter denen ein Staat seine Normativkompetenz in Fällen mit Auslandsberührung ausüben darf. Dies hat nichts Verwunderliches. Der *Sherman Act* wurde 1890 erlassen. Er hat zu einer umfangreichen Rechtsprechung und Lehre geführt, die bezeichnend sind für das Bemühen, berechtigte nationale Interessen mit den Erfordernissen des internationalen Rechts und der internationalen Beziehungen in Einklang zu bringen. Aus diesem Grunde möchte ich auf die markantesten Entscheidungen eingehen.

III — Die Lehren aus dem amerikanischen Recht

32. Zu Anfang wendeten die amerikanischen Gerichte das Kriterium der Territorialität strikt an. Eine der berühmtesten Wen-

27 — Vgl. z. B. Atwood J. R.: „Blocking statutes and sovereign compulsion: Recent developements and the proposed restatement", in: Hawk B. E. (Hrsg.), *Antitrust and Trade Policies in the United States and the European Community*, Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute, New York, Matthew Bender, 1986, Kapitel 16, S. 327; Collins L.: „Blocking and clawback statutes: The United Kingdom approach", *Journal of Business Law*, 1986, S. 372 und 452.

28 — A. a. O., S. 18.

29 — Goldman B. und Lyon-Caen A., *Droit commercial européen*, Dalloz, 4. Auflage 1983, S. 886.

30 — Goldman B., *Observations sous les arrêts „matières colorantes"*, JDI (Clunet), 1973, S. 935.

31 — Slg. 1972, 702 f.

dungen in diesem Zusammenhang ist die des Richters Oliver Wendell Holmes in der Rechtssache American Banana [32]: „All legislation is prima facie territorial." Und er fuhr fort mit der Feststellung, daß sich nach einem allgemeinen oder sogar universellen Prinzip die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Handlung ausschließlich nach dem Recht des Staates bestimme, in dessen Hoheitsgebiet sie begangen werde.

33. Es dauerte bis zum Jahr 1945 und bis zum Erlaß des Urteils Alcoa [33], bis das Auswirkungsprinzip in seiner uneingeschränktesten Form verankert wurde. Bis zu dieser Entscheidung wurden im Ausland niedergelassene Unternehmen in den Vereinigten Staaten nur aufgrund ihres Verhaltens im Hoheitsgebiet dieses Landes verurteilt, und das auf anderen Rechtsgebieten bekannte Prinzip der objektiven Territorialität wurde nur in kartellrechtlichen Streitigkeiten herangezogen [34]. Die von einem eigens gebildeten Gericht entschiedene Rechtssache Alcoa erlaubte Richter Learned Hand die Feststellung, daß bei der Auslegung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften über Kartelle die von den Staaten allgemein bei der Ausübung ihrer Zuständigkeiten beachteten Grenzen zu berücksichtigen seien. Learned Hand fuhr mit folgenden Worten fort, die immer noch nachklingen, so sehr kennzeichnen sie die äußerst starke Verankerung des Auswirkungsprinzips:

„It is settled law ... that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends; and these liabilities other states will ordinarily recognize."a)

Nach Ansicht des Richters Hand setzt eine solche Anwendung der staatlichen wettbewerbsrechtlichen Vorschrift auf im Ausland niedergelassene Unternehmen voraus, daß ein Absichtselement und ein objektives Element zusammentreffen. Die Handlung wird also nur erfaßt, wenn sie gewollt war und Auswirkungen gehabt hat, unabhängig von deren Bedeutung.

34. Entscheidungen dieser Art sind zweifellos selten, weil Fälle, in denen kein anderer Anknüpfungspunkt als die gezeitigten Auswirkungen vorliegt, selbst außergewöhnlich sind. Ich möchte jedoch den Fall Horlogerie suisse [35] anführen. Richter Cashin stellte unter ausdrücklicher Berufung auf das Auswirkungsprinzip fest, daß die amerikanischen Behörden für diese im Ausland niedergelassene Beklagte zuständig waren, da deren Verhalten in den Vereinigten Staaten unmittelbare und wesentliche Auswirkungen hatte. Ich möchte bereits in diesem Stadium auf das Bestreben hinweisen, die Auswirkungen zu qualifizieren.

35. Eine solche Rechtsprechung mußte, insbesondere in ihrer schärfsten Ausprägung, wie sie aus der Formulierung des Richters Hand hervorgeht, Kritik und Reaktionen herausfordern. Um den Konflikten vorzubeugen, die sich insbesondere aus der Ausübung konkurrierender Zuständigkeiten und einer undifferenzierten Anwendung des Auswirkungsprinzips ergeben konnten, wurden in den Vereinigten Staaten verschiedene

32 — 213 US 347 (1909).

33 — 148 F. 2d 416 (1945).

34 — Neale A. D. und Stephens M. L.: *International business and National jurisdiction*, Oxford, Clarendon Press, 1988, S. 167.

a „Es ist ein allgemein anerkannter Rechtssatz ..., daß jeder Staat Verpflichtungen auferlegen kann, auch solchen Personen, die nicht seine Staatsangehörigen sind, für außerhalb seiner Grenzen begangene Handlungen, die innerhalb seiner Grenzen Folgen haben, die der Staat mißbilligt; und diese Verpflichtungen werden gewöhnlich von den anderen Staaten anerkannt."

35 — 1965, *Trade Cases*, Paragraph 71352; 1963, *Trade Cases*, Paragraph 70600.

Vorschläge gemacht. Hierzu möchte ich auf das *Restatement of foreign relations law of the United States,* veröffentlicht 1965 vom American Law Institute, und den *Antitrust guide for international operations,* erschienen im Januar 1977 auf Anregung des amerikanischen Justizministeriums, verweisen. Das letztgenannte Dokument nimmt Bezug auf den Begriff der wesentlichen und vorhersehbaren Auswirkung. Dieser Begriff der wesentlichen Auswirkung findet sich im *Tentative draft of the Restatement (revised),* veröffentlicht 1985, in dem außerdem verlangt wird, daß mit dem Verhalten im Ausland beabsichtigt wird oder wurde, eine wesentliche Auswirkung innerhalb des Hoheitsgebiets hervorzurufen. Das Absichtselement entspricht nach Meinung einiger dem Erfordernis einer vorhersehbaren Auswirkung [36].

36. Aus derselben Perspektive einer Einschränkung des Auswirkungsprinzips ist die Entscheidung des Richters Choy in der Rechtssache Timberlane Lumber [37] anzuführen. Auch wenn er der Rechtsprechung in den Rechtssachen Alcoa und Horlogerie suisse beipflichtet, vertritt Richter Choy doch die Auffassung, daß die bis zu diesem Zeitpunkt unternommenen Anstrengungen, die Bedeutung des Auswirkungsprinzips zu verringern, wenig befriedigend seien. Zum einen erscheint ihm der Begriff der wesentlichen Auswirkung im internationalen Zusammenhang schwer definierbar. Zum anderen hält er die Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen für unpassend, da sie es nicht erlaube, die Interessen anderer Länder zu berücksichtigen.

37. Und Richter Choy kam zu dem Ergebnis, daß die Interessen der Vereinigten Staaten unter bestimmten Umständen zu schwach seien und gleichzeitig der Zwang zur Mäßigung, um die Harmonie ihrer internationalen Beziehungen zu wahren, zu stark sei, um die Inanspruchnahme extraterritorialer Zuständigkeit zu rechtfertigen. Für die Entscheidung, ob eine solche Zuständigkeit ausgeübt werden soll, hat er drei kumulative Kriterien entwickelt, wobei die ersten beiden die Rechtmäßigkeit und das dritte die Zweckmäßigkeit betreffen und die in drei Fragen formuliert sind:

1) Beeinträchtigt der geltend gemachte Wettbewerbsverstoß den Außenhandel der Vereinigten Staaten, oder sollte er ihn beeinträchtigen?

2) Kann er seiner Natur und seinem Umfang nach als Verstoß gegen den *Sherman Act* gelten?

3) Ist zu seiner Erfassung unter Berücksichtigung der zu beachtenden internationalen Courtoisie und „fairness" die extraterritoriale Zuständigkeit der Vereinigten Staaten auszuüben?

38. Diese dritte Voraussetzung, die als eine *rule of reason* auf dem Gebiet des Wettbewerbs aufzufassen ist, umfaßt sieben Faktoren, deren Aufzählung nicht erschöpfend ist. Es handelt sich hierbei insbesondere um:

— den Umfang des Verstoßes gegen eine ausländische Rechtsvorschrift,

— die Staatsangehörigkeit der Parteien und die Lokalisierung des Haupttätigkeitsortes der betreffenden Unternehmen,

— den jeweiligen Umfang der Auswirkungen in den Vereinigten Staaten und im Ausland,

— das Ausmaß, in dem ein ausdrücklicher Wille vorlag, dem Handelsverkehr der Vereinigten Staaten zu schaden oder ihn zu beeinträchtigen, und die Wahrscheinlichkeit einer solchen Auswirkung.

39. Ich möchte noch das Urteil Mannington Mills [38] anführen, in dem Richter Weis unter Bezugnahme auf die Entscheidung Timber-

36 — Siehe Neale A. D. und Stephens M. L., a. a. O., S. 67.

37 — 549 F. 2d 597 (9 Cir. 1977).

38 — 595 F. 2d 1287 (3 Cir. 1979).

lane und sie auslegend diesen Kriterien weitere Faktoren hinzufügt, von denen einige ausdrücklich mit außenpolitischen Erwägungen verknüpft werden. Kurz gesagt, diese Meinung entwickelt, ohne den Grundsatz einer extraterritorialen Zuständigkeit in Frage zu stellen, die Voraussetzungen für die Zweckmäßigkeit ihrer Ausübung. Ich möchte allerdings darauf hinweisen, daß Richter Adams anläßlich derselben Rechtssache dieselben Kriterien anders ausgelegt hat, da sie nach seiner Auffassung darauf abstellen, das Vorliegen einer Zuständigkeit nachzuweisen, und nicht darauf, die Voraussetzungen für ihre Ausübung zu definieren.

40. Die gegenwärtige Position des amerikanischen Rechts beruht auf zwei Grundsätzen. Nach dem ersten wird die Zuständigkeit der Vereinigten Staaten in Anspruch genommen, wenn die Auswirkungen auf den Handel dieses Landes unmittelbar, wesentlich und vorhersehbar sind. Nach dem zweiten Grundsatz nehmen die Gerichte eine „balance of interests" vor, um zu gewährleisten, daß eine solche Zuständigkeit in vernünftiger Weise ausgeübt wird [39].

41. Die Regel des „judicial interest balancing" auf dem Gebiet des Wettbewerbs ist nicht unkritisiert geblieben. Eine der bemerkenswertesten Kritiken hat Richter Wilkey in der Rechtssache Laker Airways [40] formuliert. Nach seiner Ansicht ist die „Abwägung der Interessen" durch die Gerichte, damit die Ausübung der Zuständigkeit der rule of reason entspricht, eine ungeeignete Technik. Diese zwinge sie, zwischen einem innerstaatlichen Gesetz, das dem Schutz nationaler Interessen diene, und einem ausländischen Gesetz, das darauf abziele, dessen Anwendung auszuschließen, da sie ausländische Interessen bedrohe, zu wählen.

42. In einem solchen Zusammenhang werde die Abwägung der Interessen durch zwei Faktoren behindert. Erstens sei die Fähigkeit der Gerichte, unter solchen Umständen eine objektive Abwägung miteinander konkurrierender Interessen vorzunehmen, sehr beschränkt. Richter Wilkey hegt ernste Zweifel in bezug auf die Frage, inwieweit ein Richter in der Lage sei, die Probleme und konkurrierenden Prioritäten angemessen zu beurteilen [41]. Zweitens könne eine solche Methode ihr Ziel nicht erreichen, das darin bestehe, die Beachtung der internationalen Courtoisie zu gewährleisten. Soweit es um diese gehe, sei die Wirksamkeit der Interessenabwägung als Mittel, herauszufinden, wie die Normativkompetenz am sachgerechtesten auszuüben sei, nicht dargetan. Diese Lösung, so hat er unter anderem erklärt, sei im innerstaatlichen Recht nur zeitweise verankert gewesen [42].

43. Unter Hinweis darauf, daß sich die amerikanischen Gerichte oft weigerten, diese Methode anzuwenden, und daß sich die Kritik an dieser Auffassung verstärkt habe, hat Richter Wilkey ferner hervorgehoben, es sei nicht dargetan, daß die Abwägung der Interessen eine Regel des internationalen Rechts darstelle [43]. Dieses schließe konkurrierende Zuständigkeiten nicht aus. Da nach internationalem Recht zwei Möglichkeiten der Inanspruchnahme der Zuständigkeit gerechtfertigt seien, erlaube es keine Regel dieses Rechts, die eine zugunsten der anderen mit der Begründung zu verdrängen, diese sei „sachgerechter" [44].

44. Schließlich möchte ich darauf hinweisen, daß der *Tentative draft of the Restatement* von 1985 acht Kriterien aufzählt, anhand deren entschieden werden kann, unter welchen Umständen die Ausübung der Zu-

39 — Neal A. D. und Stephens M. L., a. a. O., S. 177.

40 — 731 F. 2d 909 (DC. Cir. 1984). Richter Wilkey hat die „judicial balance of interests" auch in seinem Aufsatz „American Antitrust: Adjusting conflicts with other legal systems", *Private Investors abroad*, New York, Matthew Bender, 1985, zitiert bei Neale A. D. und Stephens M. L., a. a. O., S. 179, Randnr. 14, kritisiert.

41 — A. a. O., S. 78.

42 — A. a. O., S. 80.

43 — A. a. O.

44 — A. a. O., S. 83 f.

ständigkeit als sachgerecht zu gelten hat. Hierzu gehören der wesentliche, vorhersehbare und unmittelbare Charakter der Auswirkungen, die Vereinbarkeit der Vorschrift mit den Traditionen des internationalen Systems, das eventuelle Interesse anderer Staaten und die Wahrscheinlichkeit eines hieraus möglicherweise entstehenden Konflikts.

45. Es hat daher in der Praxis nicht den Anschein, daß die Interessenabwägung nach den in den Urteilen Timberlane und Mannington Mills aufgestellten Kriterien eine rule of reason auf dem Gebiet der Zuständigkeit schaffen konnte. Bis auf eine Ausnahme, so führt ein amerikanischer Autor aus, habe kein Gericht die Ausübung seiner Zuständigkeit aufgrund der Prüfung entsprechend diesen Urteilen abgelehnt[45]. Professor Mann vertritt seinerseits die Ansicht, daß die Interessenabwägung im Recht „eine schlechte und irreführende Richtschnur" („bad and misleading guide") sei[46]. Ihm zufolge kann ein Gericht bei der Entscheidung über die Ausübung seiner Zuständigkeit kein Ermessen haben. Wenn ein Gesetz, im Lichte des internationalen Rechts ausgelegt, anwendbar sei, könne das Gericht es nicht außer acht lassen. Wenn die Regeln des internationalen Rechts seine Anwendung ausschlössen, habe das Gericht kein Ermessen, um es anzuwenden. Infolgedessen stellten die Unterscheidung zwischen einerseits dem Vorhandensein und andererseits der Ausübung einer Zuständigkeit und der Anerkennung eines Ermessens, das es erlaube, diese Zuständigkeit nicht auszuüben, eine falsche Lösung dar, die nicht befolgt werden dürfe[47].

46. Man sieht, das amerikanische Recht, das eine erhellende Behandlung der fraglichen Problematik erlaubt, stellt, so subtil und fruchtbar es auch sein mag, anscheinend keine Zuständigkeitskriterien zur Verfügung, die hinreichend klar und erprobt wären, um ohne weiteres angewandt werden zu können. Es ist deshalb Ihre Sache, insbesondere mit Hilfe der einschlägigen wissenschaftlichen Überlegungen die Umstände zu definieren, unter denen die Zuständigkeit der Gemeinschaft in Anspruch genommen werden kann, um ihre Wettbewerbsvorschriften auf außerhalb ihres Gebiets niedergelassene Unternehmen anzuwenden.

IV — Die vorgeschlagenen Zuständigkeitskriterien

47. Die Schwierigkeiten, die wir auf diesem Gebiet vorfinden, zeigen deutlich, daß die Territorialität als Anknüpfungspunkt es nicht erlaubt, alle Probleme zu lösen, die mit Umfang und Charakter des gegenwärtigen internationalen Handels zusammenhängen. Ein starrer Territorialitätsgrundsatz sei der modernen Welt nicht mehr angemessen, hat Professor Mann festgestellt[48]. Im gleichen Sinne möchte ich Professor Prosper Weil anführen:

„Wir haben das Erscheinungsbild einer internationalen Gesellschaft, die aus aneinandergereihten Zellen besteht, die durch Grenzen getrennt sind; der Begriff des Hoheitsgebiets, der den Mittelpunkt des Territorialitätsgrundsatzes bildet, verdeutlicht diese Aufteilung in getrennte Einheiten durch physische und geographische Grenzen. Es ist jedoch offensichtlich (...), daß die Grenzen nicht nur Schranken darstellen, sondern daß sie auch überschritten werden und daß das Wirtschaftsleben diese Art von Schranken nicht ernst nimmt"[49].

48. Dieser Befund hat einige Autoren dazu veranlaßt, verschiedene Kriterien für die extraterritoriale Anwendung von Gesetzen auszuarbeiten. So ist beispielsweise Sir Robert Jennings der Auffassung, daß ein Staat

45 — Griffin J. P.: „Possible resolutions of international disputes over enforcement of US antitrust laws", 18, *Stanford Journal of International Law*, Issue 2, 1982, zitiert bei Neale A. D. und Stephens M. L., a. a. O., S. 76, Randnr. 14.

46 — Mann F. A., *The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years*, RCADI, 1984 (III), S. 12, insbesondere S. 30 f.

47 — Mann F. A., a. a. O., S. 87 f.

48 — RCADI, 1964, a. a. O., S. 126

49 — Weil P., *L'application extraterritoriale du droit économique*, Cahiers de Cedin, Montchrestien, 1987, S. 11.

im internationalen Recht befugt sei, eine extraterritoriale Zuständigkeit auszuüben, wenn es um seine berechtigten Interessen gehe, daß er jedoch diese Befugnis nicht mißbrauchen dürfe. Mißbrauch liege dann vor, wenn die Ausübung der extraterritorialen Zuständigkeit eine Einmischung in die Ausübung der örtlichen territorialen Zuständigkeit darstelle [50]. Nach Ansicht von Professor Mann besteht das wirkliche Problem darin, die von ihm so genannten „legally relevant facts" [51] und den Staat zu bestimmen, bei dem die Beziehung zu diesen Tatsachen die Verleihung der Zuständigkeit richtig und sachgerecht macht [52]. Dieser Autor empfiehlt, die Zuständigkeit mit der „engen Beziehung" („closeness of connection") zu begründen und vertritt die Ansicht,

„that a State has (legislative) jurisdiction, if its contact with a given set of facts is so close, so substantial, so direct, so weighty, that legislation in respect of them is in harmony with international law and its various aspects (including the practice of States, the principles of non-interference and reciprocity and the demands of inter-dependence)" [53].

Und Mann stellt sogleich klar, daß ein bloßes politisches, wirtschaftliches, kommerzielles oder soziales Interesse keine „enge Beziehung" darstelle. Soweit es im einzelnen um das Wettbewerbsrecht gehe, könne eine gewollte, vorhersehbare und erst recht unvorhersehbare Auswirkung keine solche Beziehung herstellen [54].

49. Andere Autoren schlagen vor, die Zuständigkeit des Staates anzuerkennen, in dem sich die primäre Auswirkung („the primary effect") der Handlung bemerkbar mache [55]. Um bestimmen zu können, ob es sich um eine primäre oder sekundäre Auswirkung handele, seien zwei Faktoren zu berücksichtigen: nämlich, ob die Auswirkung in dem Staat unmittelbarer und wesentlicher sei als in anderen Staaten. Mann ist der Auffassung, daß diese Methode die Ausübung der Zuständigkeiten nur durch diejenigen Staaten erlaube, die ein berechtigtes Interesse daran hätten [56]. Schließlich wird allgemein anerkannt, daß das internationale Recht konkurrierende Zuständigkeiten nicht verbietet. Allerdings möchte ich darauf hinweisen, daß nach Meinung einiger die Entwicklung des internationalen Gewohnheitsrechts spezifische Beschränkungen für die extraterritoriale Ausübung staatlicher Zuständigkeiten hervortreten läßt. So soll das internationale Recht die extraterritoriale Anwendung innerstaatlicher Gesetze verbieten, wenn sie zu einander widersprechenden Verpflichtungen führt [57] oder Zuständigkeitskonflikte hervorruft [58].

50. Diese verschiedenen Besorgnisse sind, wie mir scheint, im wesentlichen bei der Annahme des Kriteriums der qualifizierten Auswirkung berücksichtigt worden. Dieses Kriterium, das mit keiner Verbotsregel des internationalen Rechts in Konflikt gerät, wird in der Praxis der Staaten weitgehend angewandt [59]. Es ist außerdem, aus objektiven Gründen, angesichts der Besonderheiten des Wettbewerbsrechts besonders geeignet [60]. Diese resultieren aus seiner Eigenschaft als Recht des Marktes zum Schutz der öffentlichen Ordnung in der Wirtschaft [61]. Aufgrund dieser Erwägungen und

50 — Jennings R. Y.: *Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws*, BYIL, 1957, S. 146, insbesondere S. 153.

51 — Mann F. A.: The doctrine of Jurisdiction in International Law, RCADI, 1964, S. 7, insbesondere S. 45.

52 — A. a. O., S. 44.

53 — „Daß ein Staat (legislative) Zuständigkeit besitzt, wenn seine Beziehung zu einem bestimmten Sachverhalt so eng, so wesentlich, so unmittelbar und so gewichtig ist, daß die Rechtsetzung in bezug auf den Sachverhalt im Einklang steht mit dem internationalen Recht und seinen verschiedenen Aspekten (einschließlich der Staatenpraxis, der Grundsätze der Nichteinmischung und der Gegenseitigkeit sowie der Anforderungen der gegenseitigen Abhängigkeit)" (a. a. O., S. 49)

54 — A. a. O., S. 104.

55 — So u. a. Akehurst M., a. a. O., S. 198.

56 — A. a. O., S. 201.

57 — Julliard P.: „Application extraterritoriale de la loi économique", *L'application extraterritoriale du droit économique*, a. a. O., S. 13, insbesondere S. 31.

58 — Stern B., a. a. O., S. 15.

59 — Idot L.: *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, université de droit, d'économie et des sciences sociales de Paris (Paris II), thèse, 1981, ronéo, insbesondere S. 89 ff.

60 — Bischoff J. M. und Kovar R., a. a. O., S. 700.

61 — Eeckman P.: *L'application de l'article 85 du traité Rome aux ententes étrangères à la CEE mais causant des restrictions à la concurrence à l'intérieur du marché commun*, RCDIP, 1965, S. 499, insbesondere S. 519.

nach Maßgabe des internationalen Rechts ist zu bestimmen, welchen Charakter die Auswirkung hat, deren Lokalisierung die Inanspruchnahme der Normativkompetenz gegenüber außerhalb der Gemeinschaft niedergelassenen Unternehmen rechtfertigt.

51. Nach einigen Autoren müssen diese Auswirkungen denjenigen entsprechen, die festgestellt werden, wenn der Wettbewerbsverstoß auf einem Verhalten innerhalb des Hoheitsgebiets des Staates, der die Zuständigkeit in Anspruch nimmt, beruht[62]. Jedoch ist es, wie ich bereits ausgeführt habe, nicht sicher, daß der in Artikel 85 des Vertrages für die Feststellung des *Vorliegens* eines Verstoßes gegen die Wettbewerbsvorschriften verwendete Begriff „bewirken" der gleiche ist wie der Begriff der Auswirkung, der im Gemeinschaftsrecht verlangt wird und im internationalen Recht anerkannt ist, um die *Zuständigkeit* gegenüber Unternehmen, die außerhalb der Gemeinschaft niedergelassen sind, zu *bestimmen.*

52. Im materiellen Gemeinschaftsrecht muß die Wettbewerbsbeschränkung „merklich"[63] oder „spürbar"[64] sein. Die beeinträchtigende Auswirkung auf den Wettbewerb kann unmittelbar oder mittelbar und objektiv oder genügend vorhersehbar sein[65]. Dies sind die Merkmale der Auswirkung als Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs in der Gemeinschaft.

53. Alle diese Merkmale können meines Erachtens nicht herangezogen werden, wenn es um die Auswirkung als Kriterium für die extraterritoriale Zuständigkeit geht. Der wichtigste Vorbehalt in dieser Beziehung betrifft die mittelbare Auswirkung[66]. Erinnern wir uns daran, daß Generalanwalt Mayras in seinen Schlußanträgen in den „Farbstoff"-Rechtssachen vorgeschlagen hat, das Kriterium der unmittelbaren und sofortigen Auswirkung, die hinreichend vorhersehbar und wesentlich sein müsse, anzuwenden[67]. Ich schließe mich dieser Lösung an und mache mir aus den von ihm angegebenen Gründen folgende seiner Überlegungen zu eigen:

„Wäre die Kommission nicht wehrlos, wenn sie angesichts einer abgestimmten Verhaltensweise, die ausschließlich von außerhalb des Gemeinsamen Marktes niedergelassenen Unternehmen ausginge und für die diese die Verantwortung übernähmen, nicht die Möglichkeit hätte, irgendeine Entscheidung gegen diese Unternehmen zu treffen? Gleichzeitig wäre dies der Verzicht auf einen Schutz des Gemeinsamen Marktes, der zur Verwirklichung der wichtigsten Ziele der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft notwendig ist"[68].

54. Die qualifizierten Auswirkungen werden allgemein als Zuständigkeitskriterium herangezogen. Das Restatement verwendet den Begriff der wesentlichen und vorhersehbaren Auswirkung. Die International law association verabschiedete auf ihrer 55. Tagung im August 1972 in New York eine Entschließung über die Grundsätze des internationalen Rechts auf dem Gebiet wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen[69]. Artikel 5 dieser Entschließung stellt fest, daß ein Staat zuständig ist für den Erlaß von Vorschriften zur Regelung eines Verhaltens außerhalb seines Hoheitsgebiets, das Auswirkungen innerhalb dieses Gebiets hat, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: a) Das Verhalten und seine Auswirkung sind Tatbestandsmerkmale eines Kartells; b) die Auswirkung ist wesentlich; c) sie ist das unmittelbare und primär beabsichtigte Ergebnis („direct and primarily intended result") des betreffenden Verhaltens im Ausland. Interessant ist, daß diesem Wortlaut der Vorzug vor dem Vorschlag des Committee on

62 — Demaret P., a. a. O., S. 33.

63 — Mégret J., Louis J.-V., Vignes D. und Waelbroeck M.: *Le droit de la Communauté économique européenne,* Éditions de l'université de Bruxelles, 1972, Band 4, „Concurrence", S. 20.

64 — A. a. O., S. 21.

65 — Goldman B. und Lyon-Caen A.: *Droit commercial européen,* Dalloz, 4. Auflage, S. 551.

66 — Bischoff J. M. und Kovar R., a. a. O., insbesondere S. 706 f.

67 — Slg. 1972, 699 f.

68 — A. a. O., S. 702.

69 — The International Law Association: *Report of the 55th conference held at New York, August 21st to August 26th,* 1972, S. 138.

the extra-territorial application of restrictive trade practices gegeben wurde, wonach das internationale Recht nicht die Inanspruchnahme oder Ausübung der extraterritorialen Normativkompetenz durch einen Staat nur aufgrund der Tatsache zulasse, daß sich die Aus- oder Nachwirkungen eines Verhaltens im Ausland in seinem Hoheitsgebiet bemerkbar machten[70]. So wurde in diesem akademischen Kreis der Vorschlag, mit dem das Auswirkungsprinzip abgelehnt wurde, zugunsten einer Entschließung zurückgewiesen, die für die Annahme des Kriteriums der qualifizierten Auswirkung sprach.

55. Die Regierung des Vereinigten Königreichs hat allerdings in ihren Erklärungen unter Bezugnahme auf ein Memorandum, das sie der Kommission am 20. Oktober 1969 anläßlich der „Farbstoff"-Entscheidung vorgelegt hatte, ausgeführt, daß nur der territoriale Bezug die Zuständigkeit der Gemeinschaft in den vorliegenden Rechtssachen rechtfertigen könne. Deshalb müsse die „Farbstoff"-Rechtsprechung nicht nur auf Tochterunternehmen, sondern auch auf andere Gliedunternehmen in der Gemeinschaft angewandt werden, deren Verhalten innerhalb der Gemeinschaft Auswirkungen auf den Wettbewerb gezeitigt habe. Es handele sich also nur um die Ausübung der territorialen Zuständigkeit.

56. Aus allen dargelegten Gründen glaube ich nicht, Ihnen diesen Weg vorschlagen zu können. Außerdem bestreiten die Klägerinnen die territoriale Anknüpfung an die Gemeinschaft, die es dieser erlaube, die Zuständigkeit ihnen gegenüber auszuüben. Sie machen geltend, jedes Verhalten, das auf sie zurückzuführen wäre, sei außerhalb der Gemeinschaft geschehen. Ihre verschiedenen Vertreter hätten selbständig gehandelt, und keine Tätigkeit dieser Vertreter könne ihnen zugerechnet werden. Jedenfalls halte ich es aber für unnütz, die Art der Rechtsbeziehungen zwischen den klagenden Unternehmen und ihren verschiedenen Niederlassungen in der Gemeinschaft zu erörtern.

70 — A. a. O., S. 175.

57. Wie wir gesehen haben, gibt es keine Regel des internationalen Rechts, die gegen das Kriterium der unmittelbaren, wesentlichen und vorhersehbaren Auswirkung angeführt werden kann. Der Begriff der internationalen Courtoisie, dessen Umrisse unklar sind, kann ihm ebenfalls nicht entgegengehalten werden[71].

58. Da ein solches Verbot fehlt, da eine so weit verbreitete staatliche Praxis besteht und da es für das Gebiet des Wettbewerbs geeignet ist, schlage ich Ihnen also vor, es als Kriterium für die Zuständigkeit der Gemeinschaft heranzuziehen.

59. Es sind noch zwei besondere Probleme zu prüfen, die die Situation der KEA und die Auswirkungen des Freihandelsabkommens zwischen Finnland und der Gemeinschaft in bezug auf die finnischen Klägerinnen betreffen.

V — Die Situation der KEA

60. Die KEA ist die Vereinigung der amerikanischen Unternehmen, der die Kommission im wesentlichen Preisempfehlungen vorwirft, denen ihre Mitglieder gefolgt seien und die dazu beigetragen hätten, den Markt transparent zu machen, wodurch die Abstimmung mit anderen Herstellern, die nicht Mitglieder der Vereinigung seien, erleichtert

71 — Zum Begriff der internationalen Courtoisie siehe Oppenheim L.: *International Law*, 8. Auflage, Lauterpacht H., Longmans, Green and Co., Band 1, S. 33 ff.; Nys E.: *Le droit international*, 2. Auflage 1904, Band 1, S. 201 ff.; Yntema H. E.: „The comity doctrine", *Michigan law review*, 1966-1967, Band 65, S. 1.

worden sei. Allgemein habe diese Vereinigung den Rahmen für die Abstimmung zwischen den betroffenen Herstellern gebildet.

61. Das Kriterium, das ich Ihnen anzuwenden vorschlage, kann, wenn es erfüllt ist, die Zuständigkeit der Gemeinschaft grundsätzlich rechtfertigen, selbst wenn die KEA in der Gemeinschaft nicht über Tochterunternehmen, Zweigniederlassungen oder Agenturen, mit anderen Worten über die Art einer territorialen Anknüpfung verfügt, die es nach dem Vorbringen des Vereinigten Königreichs allein erlauben würde, die Ausübung der Zuständigkeit der Gemeinschaft zu begründen.

62. Die Art der Tätigkeiten der KEA, die nicht selbst in der Gemeinschaft Handel betrieben hat, scheint mir ebenfalls kein Hindernis für die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts zu sein. Der Umstand, daß eine Unternehmensvereinigung als solche nicht am Wirtschaftsleben teilnimmt, steht nämlich der Anwendung der Wettbewerbsregeln auf sie nicht entgegen. Ich erinnere in diesem Zusammenhang an die allgemeine Aussage in Ihrem Urteil Van Landewyck, mit der Sie, als die Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 1 auf eine Empfehlung, die von einer Vereinigung ohne Gewinnzweck ausgesprochen worden war, in Zweifel gezogen wurde, festgestellt haben:

„Zum einen sind die Beschlüsse der Fedetab, wie sich aus Artikel 8 ihrer Satzung ergibt, für ihre Mitglieder verbindlich. Zum anderen gilt Artikel 85 Absatz 1 auch für Vereinigungen, soweit *deren eigene Tätigkeit* oder *die der in ihnen zusammengeschlossenen Unternehmen auf die Folgen* abzielt, *die diese Vorschrift unterbinden will.* Da mehrere Hersteller ausdrücklich erklärt haben, die Bestimmungen der Empfehlung befolgen zu wollen, ist diese nicht schon deshalb der Anwendung des Artikels 85 EWG-Vertrag entzogen, weil sie von einer Vereinigung ohne Gewinnzweck herrührt“ [72].

63. Sicherlich, die Satzung der KEA sieht im vorliegenden Fall vor, daß es ihren Mitgliedern grundsätzlich freigestellt ist, von dem empfohlenen Preis abzuweichen. Die Kommission verweist jedoch darauf, daß das Bestehen eines in der Vereinigung für den Fall anzuwendenden Verfahrens, daß Mitglieder nicht die so festgelegten Preise anwenden, mit diesem fakultativen Charakter nur schwer vereinbar sei. Sie macht im übrigen geltend, die Empfehlungen seien in den Jahren 1975 und 1976 eingehalten worden. Hier ist zu bemerken, daß Sie die Anwendung des Artikels 85 auf eine als unverbindlich bezeichnete Empfehlung einer Unternehmensvereinigung zulassen, soweit sich aus den Umständen des Falles ergibt, daß sie „unabhängig davon, wie sie rechtlich genau einzuordnen ist, ein getreuer Ausdruck des Willens des Klägers war, das Verhalten seiner Mitglieder ... entsprechend zu koordinieren“ [73]. Es handelt sich dabei zwar offensichtlich um eine Prüfung, die die Hauptsache betrifft; *den Grundsatz* der Anwendbarkeit des Artikels 85 auf die in Frage stehende Vereinigung können Sie aber jedenfalls nicht ausschließen.

64. Ich möchte schließlich noch feststellen, daß es verfrüht erscheint, die Rüge der Nichtigkeit zu prüfen, die darauf gestützt wird, daß in der angefochtenen Entscheidung angegeben wird, daß alle ihre Adressaten direkt in die Gemeinschaft exportierten oder dort Handel trieben, während dies auf die KEA nicht zutrifft. Dies ist nicht eigentlich ein Problem der Zuständigkeit, sondern der Begründung, das in einem späteren Verfahrensstadium zu untersuchen sein wird.

65. Die KEA wurde auf der Grundlage des Webb-Pomerene Act gegründet. Wie wir

72 — Siehe das Urteil vom 29. Oktober 1980 in den verbundenen Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78, Slg. 1980, 3125, Hervorhebung von mir. Analoge Lösung in dem Urteil vom 8. November 1983 in der Rechtssache 96/82, NVIAZ, Slg. 1983, 3369.

73 — Siehe das Urteil vom 27. Januar 1987 in der Rechtssache 45/85, VDS, Slg. 1987, 405, Randnr. 32.

wissen, läßt dieses Gesetz in Abweichung von der amerikanischen Antitrust-Gesetzgebung die Vereinigungen zur Exportförderung zu. Es erscheint mir jedoch nicht geeignet, die Normativzuständigkeit der Kommission wieder in Frage zu stellen, da es die betroffenen Unternehmen in keinem Fall dazu zwingt, ausfuhrbeschränkende Kartelle zu bilden.

66. In diesem Zusammenhang erinnert Professor Turner in dem in der mündlichen Verhandlung von den Klägerinnen selbst vorgelegten Schriftstück[74] daran, daß gemäß den im internationalen Recht allgemein anerkannten Regeln zwischen der Genehmigung und der Verpflichtung zu unterscheiden sei: „Existing international law draws a line between sovereign compulsion and mere permission"b).

67. Im übrigen, auch wenn der Autor angibt, daß eine spezifische und offizielle Genehmigung eines Ausfuhrkartells eine entscheidende Voraussetzung für dessen Unangreifbarkeit im Hinblick auf die Wahrnehmung einer ausländischen Antitrust-Zuständigkeit sei, möchte ich doch darauf hinweisen, daß er letztlich folgenden Standpunkt vertritt:

„It seems reasonable to conclude that mere permission or even specific authorization for participation in an international cartel should not suffice to immunize the cartel from antitrust attack by countries whose interests are substantially affected"c).

74 — „Application of competition laws to foreign conduct: appropriate resolution of jurisdictional issues", Konferenz des Fordham Corporate Law Institute vom 3. und 4. Oktober 1985.

b „Das geltende internationale Recht unterscheidet zwischen staatlichem Zwang und einfacher Zulassung."

c „Vernünftigerweise sollte geschlossen werden, daß eine bloße Zulassung oder sogar eine spezifische Erlaubnis, einem internationalen Kartell beizutreten, nicht ausreichend ist, um das Kartell gegenüber Antitrust-Angriffen durch Länder, deren Interessen wesentlich beeinträchtigt werden, zu schützen."

VI — Das Freihandelsabkommen und die Anwendung des Artikels 85 EWG-Vertrag

68. Die finnischen Klägerinnen bestreiten insbesondere die Zuständigkeit der Kommission für die Anwendung des Artikels 85 EWG-Vertrag im Hinblick auf die Bestimmungen des zwischen Finnland und der Gemeinschaft geschlossenen Freihandelsabkommens[75]. Dieses Abkommen, das hinsichtlich der Wettbewerbsbeschränkungen, die den Handel zwischen den Vertragsparteien beeinträchtigten, Sondervorschriften enthalte, habe „Vorrang" vor dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft. Die Kommission hätte also nur das Verfahren nach Artikel 27 des Abkommens, nämlich die Befassung des Gemischten Ausschusses, betreiben können.

69. Nach meiner Kenntnis wird Ihnen dieses Argument des Vorrangs des Freihandelsabkommens zum ersten Mal vorgetragen. In den beiden Klagen, die von Unternehmen der Unterzeichnerstaaten von Freihandelsabkommen gegen Entscheidungen erhoben wurden, durch die Sanktionen aufgrund des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft verhängt wurden, wurde nämlich die Zuständigkeit der Gemeinschaft in dieser Hinsicht nicht bestritten[76]. Im übrigen haben die zahlreichen Fälle, in denen die Kommission Artikel 85 oder Artikel 86 auf solche Unternehmen anwandte, nicht zu Klagen geführt, mit denen die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen in Frage gestellt worden wäre.

70. Ich möchte zunächst hervorheben, daß Artikel 23 die wettbewerbsbeschränkenden

75 — Abkommen vom 5. Oktober 1973, ABl. L 328 vom 28. 11. 1973, S. 2.

76 — Siehe die Urteile vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76, Hoffmann-Laroche, Slg. 1979, 461 und vom 31. Mai 1979 in der Rechtssache 22/78, Hugin, Slg. 1979, 1869.

Praktiken betrifft, soweit sie geeignet sind, den Warenverkehr zwischen Finnland und der Gemeinschaft zu beeinträchtigen. Diese Vorschrift unterscheidet sich also nach ihrem Gegenstand von den eigenen Antitrust-Vorschriften der Vertragsparteien wie von Artikel 85 EWG-Vertrag für die Gemeinschaft, der die Vereinbarungen betrifft, die den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes beeinträchtigen.

71. Ist also der Umstand, daß wettbewerbsbeschränkende Praktiken gleichzeitig gegen die Bestimmungen des Abkommens und gegen die eigenen Vorschriften verstoßen, geeignet, die Anwendung dieser letzteren ausschließlich zugunsten des in Artikel 27 des Abkommens vorgesehenen Verfahrens auszuschließen? Die Lehre, die diese Frage behandelt, stellt die Anwendung des Artikels 85 auf die Unternehmen aus Unterzeichnerstaaten von Freihandelsabkommen — ausdrücklich[77] oder stillschweigend[78] — nicht in Frage, soweit der innergemeinschaftliche Handel beeinträchtigt wird.

72. Die These der Klägerinnen würde eine sehr erhebliche Einschränkung der Rechte der Vertragsparteien mit sich bringen, die eine völlig klare Bestimmung voraussetzen würde oder zumindest der offensichtlichen Absicht der Parteien des Abkommens zu entnehmen sein müßte. Der Wortlaut des Abkommens gibt jedoch keinerlei dahin gehenden Hinweis. Im übrigen könnte man bei einer solchen Auslegung auch nicht behaupten, daß sie der in der Präambel niedergelegten „Aufrechterhaltung der autonomen Entscheidungsbefugnis" der Vertragsparteien entspricht.

73. Schließlich machen die Klägerinnen geltend, der Begriff der Beeinträchtigung des Warenverkehrs zwischen der Gemeinschaft und Finnland spiele für die Abgrenzung zwischen der Anwendung des Abkommens und derjenigen des EWG-Vertrags die gleiche Rolle wie die zwischenstaatliche Klausel des Artikels 85 hinsichtlich des Gemeinschaftsrechts und des Rechts der Mitgliedstaaten. Diese Parallele halte ich für anfechtbar, soweit dabei die Beziehungen einander gleichgestellt werden, die einerseits aufgrund des EWG-Vertrags und andererseits aufgrund des Abkommens bestehen. Hier ist auf Ihr Urteil Polydor[79] zu verweisen, in dem Sie zu dem mit Portugal abgeschlossenen Freihandelsabkommen ausgeführt haben, es habe

„nicht die gleiche Zielsetzung wie der EWG-Vertrag, da dieser auf den Zusammenschluß der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt abzielt, dessen Bedingungen denjenigen eines Binnenmarktes möglichst nahe kommen".

74. Die scheinbare Logik der Ihnen vorgeschlagenen Begründung verkennt diesen Unterschied in den Zielsetzungen. Der Charakter des Verhältnisses zwischen dem EWG-Vertrag und den nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten kann nicht auf das Verhältnis zwischen den Bestimmungen des Freihandelsabkommens und dem EWG-Vertrag übertragen werden. Im übrigen ist zu bemerken, daß das Argument der Klägerin jedenfalls verkennt, daß die gleichzeitige und kumulative Anwendung des Gemeinschaftsrechts und des nationalen Rechts auf dasselbe Kartell keineswegs ausgeschlossen ist. In Ihrem Urteil Walt Wilhelm[80] haben Sie diese Lösung besonders deutlich wie folgt formuliert:

77 — Siehe insbesondere Roth: „Die Wettbewerbsregeln in den Freihandelsabkommen der EWG", *Wettbewerb in Recht und Praxis*, S. 423; Temple Lang John: „European Community Antidumping and Competition Laws, Their Actual and Potential Application to EFTA Countries", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 3/87, S. 590.

78 — H. Schröter (in *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Groeben, von Boeckl, Thiesing, Ehlermann, Band 1, S. 919) führt aus, wenn die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der Wettbewerbsbestimmungen in der Praxis bislang keine Rolle gespielt habe, so erkläre sich dies daraus, „daß ein großer Teil der Kartelle, die mit dem guten Funktionieren der Freihandelsabkommen unvereinbar sind, zugleich unter das Verbot des Artikels 85 EWG-Vertrag fällt". Siehe auch Hirsch (in *L'accord entre la Suisse et la CEE confère-t-il des droits aux particuliers?*, CDE, 1974, S. 194), der genau die gleiche Überlegung unter dem Gesichtspunkt der Anwendung der schweizerischen Kartellvorschriften anstellt.

79 — Urteil vom 9. Februar 1982 in der Rechtssache 270/80, Slg. 1982, 329.

80 — Urteil vom 13. Febriuar 1969 in der Rechtssache 14/68, Slg. 1968, 1.

„Das Kartellrecht der Gemeinschaft und das staatliche Kartellrecht beurteilen die Kartelle nicht nach den gleichen Gesichtspunkten. Artikel 85 stellt darauf ab, ob ein Kartell den Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindern kann, während jede der staatlichen Kartellgesetzgebungen von ihren eigenen Erwägungen ausgeht und die Kartelle lediglich nach ihnen beurteilt."

Weiter haben Sie ausgeführt, daß

„die Unterscheidung von gemeinschaftsrechtlichen und einzelstaatlichen Gesichtspunkten nicht in allen Fällen als ausschlaggebendes Merkmal für die Abgrenzung der Zuständigkeiten brauchbar [ist]. Grundsätzlich kann jedoch ein Kartell wegen dieser unterschiedlichen Gesichtspunkte Gegenstand zweier paralleler Verfahren sein, von denen das eine nach Artikel 85 EWG-Vertrag vor den Gemeinschaftsbehörden, das andere nach staatlichem Recht vor den nationalen Behörden stattfindet."

Wir können also feststellen, daß die von den Klägerinnen vorgeschlagene Analogie nicht nur in ihrem Grundsatz anfechtbar erscheint, sondern darüber hinaus der von ihnen angestrebten Lösung selbst widerspricht. Eine ausschließliche Anwendung des Freihandelsabkommens kann also nicht bejaht werden.

75. Wäre hingegen anzunehmen, daß im Fall von Kartellen, die sowohl den innergemeinschaftlichen Handel als auch den Handel zwischen Finnland und der Gemeinschaft beeinträchtigen, eine Verpflichtung besteht, vor jeder Durchführung des Artikels 85 das Verfahren des Gemischten Ausschusses anzuwenden? Es erscheint mir außerordentlich zweifelhaft, daß dem Wortlaut des Artikels 27 Absatz 3 Buchstabe a eine derartige Verpflichtung für die Vertragsparteien entnommen werden kann. Die Formulierung „*kann* jede Vertragspartei den Gemischten Ausschuß befassen" spricht dafür, dieses Verfahren als eine Möglichkeit anzusehen[81]. Man vergleiche diese Formulierung mit derjenigen in Artikel 27 Absatz 3 Buchstabe b: „Bezüglich des Artikels 24 *werden* die Schwierigkeiten, die sich aus der dort beschriebenen Lage ergeben, dem Gemischten Ausschuß zur Prüfung notifiziert", und vor allem in Artikel 27 Absatz 3 Buchstabe c: „Bezüglich des Artikels 25 *findet* im Gemischten Ausschuß eine Konsultation *statt, bevor* die betroffene Vertragspartei geeignete Maßnahmen trifft." Man kann diese deutlichen terminologischen Unterschiede nicht für bedeutungslos halten.

76. Können die Klägerinnen der Kommission aber jedenfalls vorwerfen, daß sie nicht den Gemischten Ausschuß befaßt hat, um eine Verhandlungslösung zu finden, weil ein solches Verhalten sowohl den Artikeln 23 und 27 des Freihandelsabkommens als auch dem besonderen Charakter der Beziehungen zwischen Finnland und der Gemeinschaft, der in der dem Abkommen beigefügten Erklärung bekräftigt wird, widerspricht?

77. Um diese Argumentation zurückzuweisen, braucht nur auf Ihr Urteil Adams[82] verwiesen zu werden, in dem Sie ausgeführt haben:

„Die Entscheidung, ob der Gemischte Ausschuß mit dieser Angelegenheit befaßt werden soll, kann ... nur im Hinblick auf die allgemeinen Interessen der Gemeinschaft aufgrund einer im wesentlichen politischen Beurteilung getroffen werden, gegen die ein einzelner gerichtlich nicht vorzugehen vermag."

78. Abschließend möchte ich bemerken, daß nicht bestritten wird, daß die Republik

81 — „A more permissive provision", Hunnings March: *Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements*, 2 EL Rev., 1977, S. 63.

82 — Urteil vom 7. November 1985 in der Rechtssache 53/84, Slg. 1985, 3595.

Finnland im Rahmen der Empfehlung der OECD von 1979 über die wettbewerbsbeschränkenden Praktiken konsultiert wurde, auch wenn die Klägerinnen vortragen, dabei sei es um den Inhalt der schon erlassenen Entscheidung gegangen. Man beachte, daß der vertragschließende Staat es nicht für nützlich gehalten hat, eine Sitzung des Gemischten Ausschusses herbeizuführen, wozu er gemäß Artikel 31 Absatz 2 Unterabsatz 2 des Abkommens berechtigt gewesen wäre.

79. Schließlich machen die Klägerinnen geltend, es gehe nur um die Auswirkungen „einer Abstimmung ihrer Verkaufspreise mit denjenigen der anderen Verfahrensparteien", eine Abstimmung, die „höchstens den Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und Finnland hätte beeinträchtigen können" und deren „mögliche mittelbare Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Warenverkehr" nicht ausreichten, um die Anwendung der Verbotsbestimmungen des EWG-Vertrags zu rechtfertigen. Die Kommission hingegen trägt vor, ihre Entscheidung sei gegen eine weltweite, den innergemeinschaftlichen Warenverkehr beeinträchtigende Abstimmung gerichtet gewesen, die nicht nur zwischen den finnischen Klägerinnen untereinander erfolgt sei, sondern auch mit anderen Herstellern.

80. Die Prüfung des Vorliegens und der Intensität der Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs erfordert eine Analyse in der Sache, die Sie in einem späteren Stadium vornehmen werden.

81. Nach diesen Ausführungen bin ich also der Auffassung, daß die Kommission in der angefochtenen Entscheidung zu Recht festgestellt hat, daß das Freihandelsabkommen keine Bestimmung enthält, die einer sofortigen Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 entgegensteht, wenn der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt ist.

82. Somit beantrage ich, daß Sie zurückweisen

— erstens die von den Klägerinnen gegenüber der angefochtenen Entscheidung formulierte Rüge, soweit mit ihr das Kriterium der Auswirkungen als Grundlage für die Entscheidung beanstandet wird; um festzustellen, ob die Kommission ihre Zuständigkeit gegenüber den Klägerinnen zu Recht ausgeübt hat, werden Sie später prüfen müssen, ob die Auswirkungen des von ihr angeführten Verhaltens wesentlich, unmittelbar und vorhersehbar waren;

— zweitens den Klagegrund, wonach das Freihandelsabkommen zwischen der Gemeinschaft und der Republik Finnland der Anwendung des Artikels 85 auf die finnischen Klägerinnen entgegenstehe.