

Court has missed an opportunity – by not following Advocate General *Jacobs'* recommendations – to maintain the potential for the application of competition law. Unless Member States will develop new virtues, the beneficial effects of competition for consumers are unlikely to make themselves heavily felt in this particular sector of the economy any time soon.

Abstract

In Case C-264/01 and others – AOK Bundesverband of 16th March 2004, the ECJ assessed whether the fixing – amongst German sickness funds – of contributions payable by these funds towards the purchasing costs of medicinal products falls within the ambit of Community competition law. The Court held that the funds' core activity, namely the provision of obligatory benefits to those insured, does not constitute an economic activity. According to the ECJ the fixing of prices is an inseparable part of the funds' non-economic core activity. The Court concluded that, therefore, Community competition law is not applicable to that activity.

*The AOK judgment came as a surprise to many as it deviates, to some extent, from the ECJ's previous case law and pursues a stricter approach than in former decisions: By deciding that the funds' activity is non-economic in nature the ECJ shielded the German sickness funds' activity from the application of Community competition rules in its entirety, in other words: the Court provided absolute rather than relative immunity. Previous case law as well as the Advocate General *Jacobs'* opinion in the AOK case may have suggested that the ECJ would, after a finding that Community competition law applies in principle, assess under Art. 86 (2) EC to what extent an exemption from the application of Community competition rules would be necessary to allow the funds to perform the tasks of general economic interest assigned to them. Art. 86 (2) EC allows for a more sophisticated and nuanced assessment and, therefore, is regarded by the authors as the preferable solution to the issue.*

The ECJ's judgment made clear that the introduction of competition by a Member State's legislator into the operation of health insurance schemes in order to encourage sound management and cost effectiveness does not usually change the non-economic nature of the activity of the schemes. In the AOK judgment, the Court disregarded the fact that the German sickness funds were competing against each other and, regarding persons for which the insurance scheme is optional, against private insurance companies. However, the Court has not determined exactly to what extent competition can be introduced without falling within the ambit of the application of the Community competition rules. The AOK judgment will, therefore, most likely not be the last one in which the ECJ assesses the applicability of Community competition rules to social security schemes.

Der US Supreme Court hat am 14. Juni 2004 in der Sache Hoffmann-La Roche v. Empagran eine bedeutende Entscheidung getroffen. Das Urteil betrifft u.a. die Frage der extraterritorialen Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte. Aus diesem Grund haben sich die Herausgeber der ZWeR entschlossen, nachfolgend eine Besprechung des Urteils sowohl aus deutscher als auch aus Schweizer Sicht in der ZWeR zu veröffentlichen.

Torsten Körber^{*)}

Die Empagran-Entscheidung des US Supreme Court

Anmerkungen zur extraterritorialen Reichweite des US-Antitrustrechts

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgangslage
 1. Sachverhalt
 2. Rechtlicher Hintergrund
 3. Gespaltene Rechtsprechung der Instanzgerichte vor Empagran
- III. Gang des Empagran-Verfahrens
 1. Entscheidung des District Court
 2. Entscheidung des Court of Appeal
 3. Reaktionen
- IV. Entscheidung des US Supreme Court
 1. Gebot auslandsfreundlicher Auslegung
 2. Historischer Hintergrund, Wortlaut und Zweck des FTAIA
 3. Ungeklärte Rechtslage bei Zusammenhang von In- und Auslandswirkungen
- V. Resümee und Ausblick

I. Einleitung

Die Globalisierung der Weltwirtschaft wirft zunehmend Fragen der extraterritorialen Gerichtszuständigkeit und Rechtsanwendung auf. Das Kartellrecht macht dabei keine Ausnahme. Vielen Klägern erscheint das US-Antitrustrecht besonders attraktiv. Die Möglichkeit, Sammelklagen (class actions) zu erheben und den Gegner im Rahmen der pretrial discovery auszuforschen, vor allem aber die Chance auf einen verdreifachten Schadensersatz (treble damages) machen es für ausländische Kläger verlockend, Schadensersatzklagen vor US-Gerichten zu erheben.¹⁾ Der US Congress hat zwar schon 1982 durch Erlass des

^{*)} Dr. iur., LL.M. (Berkeley), Universitätsprofessor an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

1) Zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung in den USA siehe etwa *Sullivan/Grimes*, The Law of Antitrust, 2. Aufl., 2000, S. 907 ff.; vgl. auch rechtsvergleichend *Körber*, Die Konkurrentenklage im Fusionskontrollrecht der USA, Deutschlands und der Europäischen Union, 1996, S. 167 ff.

Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA) versucht, der drohenden Klageflut Einhalt zu gebieten.²⁾ Doch hielten sich US-Instanzgerichte nicht selten trotzdem für befugt, in Anwendung des US-Rechts auch über reine Auslandsachverhalte zu entscheiden. Im Lichte zunehmender Unsicherheit und sich widersprechender Entscheidungslinien der Berufungsgerichte hat sich jetzt auch der US Supreme Court dieses Problems angenommen. Mit seiner Entscheidung *F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A.* vom 14. Juni 2004³⁾ leistete er einen wichtigen Beitrag zur Auflösung der Rechtsprechungsdivergenzen und schob der Tendenz zur immer weiteren Ausdehnung der US-Jurisdiktion auf rein ausländische Streitfälle einen Riegel vor. Das Empagran-Urteil dürfte ökonomisch wie rechtlich die bedeutsamste Supreme Court-Entscheidung zur extraterritorialen Reichweite des US-Antitrustrechts seit der grundlegenden Entscheidung *Hartford Fire Insurance Co. v. California*⁴⁾ aus dem Jahre 1993 sein. Leider ist beiden Entscheidungen außer ihrer grundlegenden Bedeutung auch eine gewisse Ambivalenz gemein.

II. Ausgangslage

1. Sachverhalt

Dem Empagran-Urteil lag eine Sammelklage US-amerikanischer und ausländischer Abnehmer von Vitaminen zugrunde. Diese machten geltend, durch die berichtigten weltumspannenden „Vitaminskartelle“⁵⁾ einen kartellrechtlich relevanten Schaden (antitrust injury) auf Grund künstlich überhöhter Vitaminpreise erlitten zu haben. Für diesen Schaden verlangten sie von den Mitgliedern des Kartells Ersatz in dreifacher Höhe nach Sec. 1 Sherman Act in Verbindung mit Sec. 4 und 16 Clayton Act. Während sich die Klagen der US-amerikanischen Klägergruppe auf Vitaminskäufe in den USA bezogen, fehlte den ausländischen Klägern aus der Ukraine, Australien, Ecuador und Panama jede unmittelbare tatsächliche Verbindung mit dem US-amerikanischen Markt. Ihre Schadensersatzansprüche basierten auf Erwerbsvorgängen, die sich vollständig außerhalb der USA abgespielt hatten, so dass die Entscheidungszuständigkeit der US-amerikanischen Gerichtsbarkeit nicht eben auf der Hand lag.

2) Dazu sogleich II 2.

3) *F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A.*, www.supremecourt.us/opinions/03pdf/03-724.pdf = 124 S.Ct. 2359 (2004) = WuW KRInt 37 ff.

4) *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993), auszugsweise abgedruckt in *RabelsZ* 60 (1996), 320; dazu *Hay*, *RabelsZ* 60 (1996), 303.

5) Dabei ging es um Preisabsprachen, durch die die Vitaminpreise jahrelang und praktisch weltweit auf ein überhöhtes Niveau gehoben und dort gehalten wurden. Die Europäische Kommission verhängte gegen die Kartellmitglieder Geldbußen in Höhe von zusammen 855,22 Mio. €, davon allein 462 Mio. € gegen *F. Hoffmann-La Roche*. In den USA kamen noch einmal rund 900 Mio. US-\$ an Bußgeldern und umfangreiche private Schadensersatzforderungen hinzu, vgl. zum EU-Verfahren *Rapid-Datenbank der EU*, Pressemitteilung IP/01/1625, zum US-Verfahren siehe <http://www.usdoj.gov/opa/pr/1999/May/196at.htm>.

2. Rechtlicher Hintergrund

Bei den Vitaminskartellen handelte es sich um Preisabsprachen, die in den USA durch das Kartellverbot der Sec. 1 Sherman Act verboten sind.⁶⁾ Nach Sec. 4 Clayton Act können Personen, die durch eine solche Kartellabsprache einen Schaden erlitten haben, vor jedem District Court, in dessen Bezirk ein Kartellrechtsverletzer einen Sitz oder Vertreter hat, dreifachen Schadensersatz zuzüglich angemessener Anwaltskosten einklagen.⁷⁾ Für die Anwendung dieser Vorschriften ist nach allgemeinen Regeln nicht zwingend erforderlich, dass sich die Kartellrechtsverstöße auf dem Gebiet der USA oder unter Beteiligung US-amerikanischer Unternehmen abgespielt haben. Ebenso wie § 130 Abs. 2 GWB folgt auch das Internationale Kartellrecht der USA im Grundsatz dem Auswirkungsprinzip (effects doctrine). Nach dem spätestens in der Entscheidung *Hartford Fire Insurance Co. v. California* anerkannten „purpose and effects test“ kann ein Verhalten, das sich tatsächlich allein im Ausland abspielt, trotzdem den Sherman Act verletzen (und damit Rechtsgrundlage von vor US-Gerichten einklagbaren Ansprüchen sein), wenn es die sachlichen Verbotsvoraussetzungen des Sherman Act erfüllt und wettbewerbswidrige Effekte auf den US-Markt (domestic effects) bezweckt und bewirkt.⁸⁾ Im Mittelpunkt der Betrachtung stehen dabei auch in den USA die tatsächlichen Auswirkungen des Verhaltens.

Der 1982 erlassene Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA) geht ebenfalls vom Auswirkungsprinzip aus. Sec. 6a FTAIA setzt der Extraterritorialität des Sherman Act Grenzen, indem sie bestimmt, dass der Sherman Act auf „conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations“ grundsätzlich nicht anzuwenden ist. Doch gilt ausnahmsweise anderes, wenn dieses auslandsbezogene Verhalten erstens eine direkte, spürbare und vernünftigerweise vorhersehbare Auswirkung auf den US-amerikanischen Markt hat („direct, substantial, and reasonably foreseeable effect“), und wenn aus diesem Effekt zweitens ein Anspruch nach dem Sherman

6) Siehe schon *United States v. Trenton Potteries Co.*, 272 U.S. 392 (1927). Vgl. Sec. 1 Sherman Act = 15 U.S.C. § 1 („Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. ...“).

7) Siehe Sec. 4 (a) Clayton Act = 15 U.S.C. § 15 (a) („Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee. ...“). Sec. 16 Clayton Act (= 15 U.S.C. § 26) normiert Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche („injunctive relief“).

8) Vgl. *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993) = *RabelsZ* 60 (1996), 320, 321 („... it is well established by now that the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce and did in fact produce some substantial effect in the United States“). Siehe dazu bereits die Ausführungen von Judge *Learned Hand* in der *Alcoa-Entscheidung* *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 443 ff. (2d. Cir. 1945).

Act erwächst („gives rise to a claim“).⁹⁾ Obgleich die Formulierung der Sec. 6a FTAIA eher auf eine Kollisionsnorm deutet, wird sie in den USA überwiegend im Sinne einer Begrenzung der sachlichen Zuständigkeit (subject matter jurisdiction) der US-Gerichte verstanden.¹⁰⁾ Sind die in Sec. 6a FTAIA beschriebenen Ausnahmevoraussetzungen nicht erfüllt, so ist die Klage ohne Entscheidung in der Sache durch Prozessurteil abzuweisen.¹¹⁾

3. Gespaltene Rechtsprechung der Instanzgerichte vor Empagran

Gretchenfrage des Rechtsstreits Empagran ist, ob für das zweite Erfordernis („gives rise to a claim“) das Bestehen irgendeines Anspruchs irgendeines Anspruchsinhabers (also z.B. eines von den Klägern verschiedenen US-amerikanischen Geschädigten) ausreicht, oder ob diese Formulierung auf den konkret geltend gemachten Anspruch der ausländischen Kläger zu beziehen ist. Die Rechtsprechung der Berufungsgerichte war insoweit vor Empagran gespalten:

2001 hatte der Court of Appeal for the Fifth Circuit in der Entscheidung *Den Norske Stat Ojeselskap As v. HeereMac Vof.* das Hauptaugenmerk auf den Anspruch des Klägers gerichtet: Eine norwegische Ölgesellschaft hatte versucht, Ansprüche gegen ein mutmaßliches Preiskartell britischer und niederländischer Seetransportunternehmen mit dem Hinweis auf mögliche Auswirkungen überteuerter Transportdienste auf den Ölpreis (auch) in den USA zu begründen. Der Court of Appeal verneinte seine Zuständigkeit, weil die geltend gemachten Ansprüche nicht aus dieser potenziellen Inlandswirkung (domestic effect), sondern allein aus Auslandseffekten (foreign effects) des Kartells resultierten.¹²⁾

Dagegen konzentrierte sich der Court of Appeal for the Second Circuit im Jahre 2002 in der Entscheidung *Kruman v. Christie's International PLC* auf das Verhalten der Beklagten und ließ es für die Begründung seiner sachlichen Zustän-

9) Siehe 15 U.S.C. § 6a: „Sections 1 to 7 of this title shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless – (1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect – (A) on trade or commerce which is not trade or commerce with foreign nations, or on import trade or import commerce with foreign nations; or (B) on export trade or export commerce with foreign nations, of a person engaged in such trade or commerce in the United States; and (2) such effect gives rise to a claim under the provisions of sections 1 to 7 of this title, other than this section.“ („Sections 1 to 7 of this title“ bezieht sich auf 15 U.S.C. §§ 1 bis 7 = Sec. 1 bis 7 Sherman Act).

10) Die Frage der dogmatischen Einordnung der Sec. 6a FTAIA (internationale oder sachliche Entscheidungszuständigkeit oder kollisionsrechtliche Anwendbarkeit des US-Rechts?) wird in der US-Rechtsprechung zumeist nicht diskutiert. Vgl. aber den Streit zwischen den Richtern Souter (Mehrheitsvotum) und Scalia (dissenting opinion) in *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U.S. 764 (1993); eingehend zu dieser Frage auch *Hay, RabelsZ 60* (1996), 303, 310 ff.; *Hay/Krätzschar*, RIW 2003, 809, 810 f.; *dies.*, RIW 2004, 667, 669 f.

11) Vgl. Rule 12 (b) (1) der Federal Rules of Civil Procedure ([http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule 12.htm](http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule%2012.htm)); dazu *Hay/Krätzschar*, RIW 2003, 809, 810.

12) Vgl. *Den Norske Stat Ojeselskap As v. HeereMac Vof*, 241 F. 3d 420 (5th Cir. 2001).

digkeit ausreichen, dass dieses überhaupt einen domestic effect gehabt und dadurch den Sherman Act verletzt hatte. Ausgangspunkt dieser Entscheidung war der Vorwurf, die Auktionshäuser Christie's und Sotheby's hätten ein Gebührentkartell gebildet und dadurch ihre Kunden bei Auktionen innerhalb wie außerhalb der USA übervorteilt. Dass der domestic effect der Kartellabsprache in keiner Beziehung zum Anspruch der Kläger stand (die ausschließlich außerhalb der USA Dienste der beklagten Auktionshäuser in Anspruch genommen hatten), hielt der Court of Appeal für irrelevant.¹³⁾

III. Gang des Empagran-Verfahrens

1. Entscheidung des District Court

Der in erster Instanz für das Empagran-Verfahren zuständige District Court for the District of Columbia folgte der Den Norske-Linie und wies die Klage der ausländischen Kläger auf Antrag der Beklagten durch Prozessurteil ab. Das Gericht verneinte seine Entscheidungszuständigkeit, weil sich die den Beklagten vorgeworfenen Akte gänzlich im Ausland abgespielt und keinerlei direkte Auswirkungen auf den US-Markt (effects on domestic commerce) im Sinne des FTAIA entfaltet hatten.¹⁴⁾ Die heimischen Kläger trennten ihre Klagen daraufhin ab und schlossen sich einem anderen Verfahren an. Die ausländischen Kläger gingen in Berufung.¹⁵⁾

2. Entscheidung des Court of Appeal

Die Mehrheit der Richter des Court of Appeal for the District of Columbia gab ihnen auf der Grundlage eines modifizierten Kruman-Ansatzes Recht: Zwar ließen die Richter nicht bereits das objektive Vorliegen eines domestic effect als solches ausreichen. Doch genügte es ihnen ausgehend vom Wortlaut des FTAIA („a claim“), dass der aus diesem Effekt resultierende Verstoß gegen den Sherman Act zu (irgend)einem kartellrechtlichen Anspruch in den USA führte. Da jedenfalls auch US-amerikanische Geschädigte des Vitaminkartells existierten, hielt das Gericht dieses Erfordernis für erfüllt und erachtete sich zugleich für zuständig, über Klagen ausländischer Kläger zu entscheiden, die auf rein ausländischen Verhaltensweisen und Wirkungen des Kartells (foreign effects) beruhen.¹⁶⁾ Ergänzend hob das Berufungsgericht den Abschreckungsgedanken her-

13) Vgl. *Kruman v. Christie's International PLC*, 284 F. 3d 384 (2d Cir. 2002).

14) Vgl. *F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A.*, 2001 WL 761360, 3-4 (D.D.C., June 7th, 2001).

15) Siehe *F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A.*, 124 S.Ct. 2359, 2364 (2004).

16) Vgl. *Empagran S.A. v. F. Hoffmann-La Roche, Ltd.*, 315 F. 3d 338, 341 ff. (D.C. Cir. 2003) = <http://pacer.cadc.uscourts.gov/docs/common/opinions/200301/01-7115a.txt>, auszugsweise abgedruckt in WuW KRInt 1 ff.

vor, den es im US-Antitrustrecht besonders gut verwirklicht sah: Während die Aussicht, bei Aufdeckung des Kartells dreifachen Ersatz auch für reine Auslandsschäden leisten zu müssen, die Abschreckung gegenüber potenziellen Kartellrechtsverletzern verstärke und dadurch letztlich auch den US-Abnehmern zugute komme, stehe bei Verweisung ausländischer Kläger auf Kartellrecht und Rechtsdurchsetzung im Ausland zu befürchten, dass die Kartellrechtsverletzer der „vollen Verantwortlichkeit“ für ihre Taten entgingen und dass sie dadurch sowie durch die „Unsicherheiten der Kartellrechtsdurchsetzung im Ausland“ geradezu zu Kartellrechtsverstößen ermutigt würden.¹⁷⁾ Der Court of Appeal bezog sich dabei auf Supreme Court-Entscheidung *Pfizer v. India* von 1978.¹⁸⁾

3. Reaktionen

Dem Berufungsgericht ist in der Literatur zu Recht vorgeworfen worden, dass es den Zustand der ausländischen Kartellrechtspraxis von vor über 20 Jahren ungeprüft und undifferenziert auf die Gegenwart übertragen habe. Diese Haltung gefährde die internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden und die Funktionsfähigkeit ausländischer Leniency-Programme (Kronzeugen- oder Bonusregelungen) zu Gunsten solcher Unternehmen, die sich selbst (oder andere) anzeigten und mit den Kartellbehörden kooperieren wollten. Vor allem aber bewirke sie eine erhebliche Rechtsunsicherheit zu Lasten international tätiger Unternehmen, die nunmehr damit rechnen müssten, infolge freien forum shoppings in den USA mit Klagen ohne direkten USA-Bezug überzogen zu werden.¹⁹⁾

In die gleiche Richtung wiesen Amicus Curiae Briefs verschiedener ausländischer Regierungen (darunter auch der deutschen Bundesregierung) sowie des US-amerikanischen Justizministeriums (DoJ), die den Supreme Court unisono aufforderten, die Entscheidung zur Revision anzunehmen und aufzuheben. Das DoJ betonte, die Entscheidung des Berufungsgerichts entspreche weder dem Willen des FTAIA-Gesetzgebers noch dem Ziel der US-Antitrustgesetze, *amerikanische* Abnehmer zu schützen und nicht etwa die Wettbewerbsverhältnisse *in anderen Ländern* zu regeln.²⁰⁾

IV. Entscheidung des US Supreme Court

Der US Supreme Court nahm den Empagran-Fall zur Revision an, um die Instanzgerichte bei der Auslegung des FTAIA wieder auf eine einheitliche Linie zu

führen. In seiner einstimmig ergangenen Entscheidung schloss er sich im Grundsatz der Revision an.²¹⁾ Dabei unterstellte er ausgehend von der Vorlagefrage, „whether plaintiffs may pursue Sherman Act claims seeking recovery for injuries sustained in transactions occurring entirely outside U.S. commerce“, dass das Vitaminkartell die Abnehmer zwar sowohl in den USA als auch im Ausland spürbar beeinträchtigt habe, die nachteiligen Auslandswirkungen (die allein Grundlage der Ansprüche im Empagran-Verfahren waren) jedoch völlig unabhängig von den nachteiligen Inlandswirkungen seien.²²⁾

Unter dieser Prämisse verneinte der Supreme Court eine Anwendbarkeit des Sherman Act auf den vorliegenden Fall nach Maßgabe des FTAIA. Wie die Revision und der Court of Appeal (5th Circuit) in *Den Norske* wählte er einen anspruchsbefugten Ansatz, demzufolge Sec. 6a FTAIA die Anwendung des Sherman Act auf alle nicht importbezogenen Verhaltensweisen im Ausland grundsätzlich ausschließt und davon nur dann eine Ausnahme macht, wenn dieses Verhalten einen hinreichenden domestic effect hat und wenn diese Inlandswirkung in Beziehung zur Entstehung des konkret eingeklagten Anspruchs steht.²³⁾ Der Supreme Court begründete seine Auffassung erstens mit einem Gebot auslandsfreundlicher Auslegung („this court ordinarily construes ambiguous statutes to avoid unreasonable interferences with the sovereign authority of other nations“) und zweitens mit historischem Hintergrund, Wortlaut und Zweck des FTAIA.

1. Gebot auslandsfreundlicher Auslegung

Der Supreme Court betonte, eine Auslegungsregel, nach der unnötige Eingriffe in die Angelegenheiten anderer Staaten zu vermeiden seien, reflektiere anerkannte Prinzipien des Völkergewohnheitsrechts, nach deren Einhaltung auch der US Congress strebe, und sie erleichtere das gerade in einer immer stärker verbundenen Weltwirtschaft erforderliche Zusammenwirken der Rechtsordnungen mehrerer Staaten. Es stehe außer Frage, dass die Anwendung von US-Gesetzen auf Auslandssachverhalte in die Befugnis anderer Nationen eingreifen könne, ihre internen wirtschaftlichen Verhältnisse selbst zu regeln. Trotzdem sei eine extraterritoriale Anwendung des US-Antitrustrechts anerkanntermaßen vereinbar mit der Völkerrechtscourtoisie (comity),²⁴⁾ solange sie darauf ziele,

21) Vgl. *F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A.*, www.supremecourtus.gov/opinions/03pdf/03-724.pdf = 124 S.Ct. 2359 (2004) = WuW KRInt 37 ff. Die Entscheidung erging 8:0. Justice O'Connor war an Verhandlung und Entscheidung nicht beteiligt.

22) Vgl. *F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A.*, 124 S.Ct. 2359, 2366 (2004).

23) *F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A.*, 124 S.Ct. 2359, 2365 u. 2372.

24) Zum Grundsatz der comity vgl. eingehend *Dlouby*, Extraterritoriale Anwendung des Kartellrechts im europäischen und US-amerikanischen Recht, 2003, S. 142 ff.

17) Vgl. ebenda, WuW KRInt 1, 4 ff.

18) *Pfizer, Inc. v. India*, 434 U.S. 309 (1978).

19) Vgl. *Graf Lambsdorff*, WuW 2003, 710; *F. Immenga*, Die erste Seite, RIW 5/2003.

20) Vgl. <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f200800/200866.pdf>, S. 8 ff., auszugsweise abgedruckt in WuW KRInt 6 f.

einen Ausgleich heimischer Schäden (domestic antitrust injury) zu ermöglichen. Auch bestehe ein gewisser Spielraum, soweit es um das Verhalten US-amerikanischer Unternehmen im Ausland gehe. Dagegen fehle für Eingriffe in die Angelegenheiten anderer Staaten durch Anwendung des Sherman Act auf rein ausländische Sachverhalte ohne einen solchen Inlandsbezug jede überzeugende Rechtfertigung. Es sei nicht einzusehen, warum das US-Recht beispielsweise Kanada, Großbritannien oder Japan vorschreiben solle, wie diese Staaten ihre heimischen Abnehmer am besten vor Wettbewerbsbeschränkungen durch heimische Unternehmen oder Unternehmen aus dritten Staaten schützen sollten. Zudem habe der US Congress mit dem FTAIA gerade angestrebt, wettbewerbsbeschränkende in- wie ausländische Verhaltensweisen von der Anwendung des Sherman Act freizustellen, soweit sie nur im Ausland Schäden verursachten.²⁵⁾

Das von den Revisionsgegnern vorgebrachte Argument, viele Nationen hätten Kartellgesetze erlassen, die dem US-Antitrustrecht ähnelten, so dass die Gefahr eines ungerechtfertigten Eingriffs in ausländische Interessen minimal sei, ließ der Supreme Court nicht gelten. Diese Aussage sei schon in Bezug auf das materielle Kartellrecht zweifelhaft, wie z.B. der Fall Hartford Fire Insurance zeige, dem ein Verhalten zugrunde gelegen habe, das in den USA verboten, in Großbritannien dagegen völlig legal gewesen sei.²⁶⁾ Selbst dort, wo das materielle Recht übereinstimme, bestünden zudem oft dramatische Unterschiede hinsichtlich der möglichen Rechtsfolgen, etwa zur Frage der treble damages. Und schließlich hätten die Amicus Curiae Briefs verschiedener Regierungen deutlich gemacht, dass die Möglichkeit von Ausländern, in den USA Klagen auf dreifachen Schadensersatz zu erheben und auf diese Weise das eigene Recht zu umgehen, die Balance der ausländischen Regelungssysteme stören und die Bereitschaft ausländischer Unternehmen unterminieren könne, mit ihren heimischen Kartellbehörden zu kooperieren.²⁷⁾

Der Vorschlag, den FTAIA nicht im Sinne einer starren Regel, sondern nach Maßgabe einer flexiblen Einzelfallabwägung anzuwenden, fand ebenfalls nicht das Gefallen des Supreme Court: Ein solcher Ansatz sei gerade wegen der wirtschaftlichen und rechtlichen Komplexität der zu entscheidenden multinationalen Fälle schlechterdings nicht praktikabel.²⁸⁾ So wünschenswert eine Durchsetzung des US-Antitrustrechts im internationalen Ideenwettbewerb auch sein mö-

ge, so wenig könne man dem US Congress unterstellen, er habe versucht, das US-Recht anderen Nationen „in an act of legal imperialism“ aufzudrängen.²⁹⁾

2. Historischer Hintergrund, Wortlaut und Zweck des FTAIA

Der Supreme Court untermauerte seine Auffassung durch eine Analyse von historischem Hintergrund, Wortlaut und Zweck des FTAIA. Ein Blick auf die Rechtsprechungslage bei Erlass des FTAIA im Jahre 1982 zeige, dass damals keine einzige Entscheidung existiert habe, in welcher ein US-Gericht den Sherman Act auf einen reinen Auslandsschaden angewendet habe.³⁰⁾ Dem US Congress könne daher nicht unterstellt werden, er habe mit dem (ja grundsätzlich auf eine Begrenzung und nicht auf eine Ausweitung der extraterritorialen Reichweite des Sherman Act gerichteten) FTAIA solche Schäden erstmals in den Anwendungsbereich des Sherman Act einbeziehen wollen.³¹⁾ Dem Hinweis auf den Wortlaut des FTAIA („a claim“) sei zwar eine gewisse linguistische Berechtigung nicht abzuspochen. Dass „irgendein“ Anspruch ausreiche, sei vielleicht sogar die „natürlichere Lesart“. Doch sei es nicht ausgeschlossen, den Wortlaut im Sinne von „the claim“ zu verstehen und damit zugleich dem historischen Hintergrund und dem Zweck des Gesetzes Rechnung zu tragen.³²⁾ Abgesehen von den Grundsätzen der comity sei mit Blick auf den Gesetzeszweck anzumerken, dass Sec. 6a FTAIA zwar in erster Linie danach strebe, amerikanische Exporteure von der Anwendung des Sherman Act freizustellen.³³⁾ Doch habe der US Congress im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens die ursprünglich vorgesehene enge Formulierung „shall not apply to export trade or commerce“ gezielt durch die weitere Formulierung „shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce)“ ersetzt, um klar zu stellen, dass auch rein ausländische Verhaltensweisen mit rein ausländischen Effekten einer Anwendung des Sherman Act entgingen.³⁴⁾ Schließlich könne auch das rechtspolitische Argument der gesteigerten Abschreckungswirkung dreifachen Schadensersatzes für reine Auslandsschäden keine andere Auslegung rechtfertigen, da keineswegs sicher sei, dass dieser Aspekt bei Abwägung

29) F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359, 2369 (2004). Der Supreme Court las damit zugleich indirekt dem Court of Appeal for the District of Columbia die Leuten, der mit seiner undifferenzierten Betonung der (angeblichen) Überlegenheit von US-Antitrustrecht und Rechtsdurchsetzung in den USA genau dies getan hatte.

30) Insbesondere hätten den von den Revisionsgegnern für die gegenteilige Ansicht angeführten Supreme Court-Entscheidungen einerseits keine rein ausländischen Schäden und andererseits Klagen der US-Regierung zugrunde gelegen, die nicht dem Schutz privater Interessen, sondern dem öffentlichen Wohl gedient und daher einen größeren Spielraum erlaubt hätten.

31) F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359, 2369 (2004).

32) F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359, 2372 (2004).

33) F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359, 2364 (2004).

34) F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359, 2365 (2004).

25) Vgl. F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359, 2366 ff. (2004).

26) Unter Verweis auf Hartford Fire Insurance Co. v. California, 509 U.S. 764, 797 ff. (1993).

27) Vgl. F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359, 2367 f. (2004). Demjenigen, der sich selbst anzeigt, um Geldbußen und gegebenenfalls Strafsanktionen in seinem Heimatland zu entgehen, drohe im Gegenzug in den USA sogleich die Erhebung von auf der Selbstanzeige aufbauenden privaten Schadensersatzklagen.

28) F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359, 2368 (2004).

mit der möglichen Störung der ausländischen Kartellrechtsdurchsetzung (namentlich in Bezug auf ausländische Leniency-Programme) überwiege.

In der Summe sei daher die Auslegung der Sec. 6a FTAIA durch die Revision korrekt: Der Sherman Act sei nicht auf rein ausländische Schäden anwendbar, die unabhängig von den Auswirkungen eines Kartellrechtsverstoßes auf den US-Markt entstanden seien.³⁵⁾

3. Ungeklärte Rechtslage bei Zusammenhang von In- und Auslandswirkungen

Der Teufel steckt freilich im Detail, denn indem der Supreme Court die Annahme, die nachteiligen Auslandswirkungen des Vitaminkartells seien unabhängig von seinen nachteiligen Inlandswirkungen gewesen („that the anticompetitive conduct here independently caused foreign injury“), zur Prämisse seiner Empagran-Entscheidung machte, ließ er sich eine auf den ersten Blick überaus dehnbare Hintertür offen.

Dies wird sogleich anhand des Empagran-Falls selbst deutlich. Die Kläger des Ausgangsverfahrens hatten neben der Behauptung der Anwendbarkeit des Sherman Act nach Maßgabe des Kruman-Ansatzes eine „alternative Theorie“ aufgestellt: Zwar hätten sie ihre Vitamine außerhalb der USA erworben, doch seien sie trotzdem infolge der Vitaminpreiserhöhungen in den USA und damit auf Grund des domestic effect des Kartells geschädigt worden. Wegen der leichten Transportierbarkeit der Vitamine hätte das Kartell die Preise außerhalb der USA nämlich nicht künstlich steigern und dieses Preisniveau aufrechterhalten können, ohne Gleiches auch auf dem US-Markt zu tun. Daher sei der Schaden der Kläger keineswegs unabhängig von den Inlandswirkungen, so dass die beiden Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Anwendbarkeit des Sherman Act nach Sec. 6a FTAIA („domestic effect“ und „gives rise to a claim“) letztlich doch erfüllt seien.³⁶⁾

Der Court of Appeal hatte sich zu dieser „alternativen Theorie“ nicht geäußert, weil er sich bereits aus anderen Gründen für zuständig gehalten hatte.³⁷⁾ Sie war daher auch nicht Gegenstand der Revision. Der Supreme Court verwies den Empagran-Fall zur diesbezüglichen Neubewertung an den Court of Appeal zurück, ohne selbst Stellung zu Tragfähigkeit oder Reichweite dieser Theorie zu nehmen.³⁸⁾ Das letzte Wort zum Empagran-Fall ist also noch nicht gesprochen.

V. Resümee und Ausblick

Die Empagran-Entscheidung des US Supreme Court stellt klar, dass ein Anspruch auf dreifachen Schadensersatz wegen Verletzung des Sherman Act jedenfalls ausgeschlossen ist, wenn die heimischen Effekte in keiner Weise zur Entstehung des Auslandsschadens beigetragen haben, wenn also jeder Zusammenhang zwischen domestic effects und foreign injury fehlt.³⁹⁾

Die anspruchsbezogene Argumentation des Supreme Court macht zugleich deutlich, dass eine kartellrechtliche Privatklage auf dreifachen Schadensersatz allenfalls dann in die Zuständigkeit der US-Gerichtsbarkeit fallen kann, wenn der konkret geltend gemachte Auslandsschaden (foreign injury) umgekehrt im Zusammenhang mit den Auswirkungen des Kartells auf den US-amerikanischen Markt (domestic effect) steht. Der Supreme Court hat den Streit zwischen dem auf das Verhalten des Beklagten bezogenen Kruman-Ansatz (2d Circuit) und dem auf den Anspruch des Klägers bezogenen Den Norske-Ansatz (5th Circuit) insoweit klar zu Gunsten der zweiten Auffassung entschieden.⁴⁰⁾

Ob ein solcher Zusammenhang zwischen domestic effect und foreign injury wirklich ausreicht, um einen vor einem US-Gericht durchsetzbaren Schadensersatzanspruch nach dem Sherman Act zu begründen, ließ der Supreme Court aber letztlich ebenso offen wie die Frage, wie eng dieser Zusammenhang bejahendfalls sein müsste, um das „gives rise to“-Erfordernis des FTAIA zu erfüllen.

Im ersten Zugriff ist das denkbare Spektrum weit. Es reicht von jedem irgendwie gearteten Zusammenhang oder Effekt über ein einfaches Kausalitätserfordernis im Sinne einer *conditio sine qua non* (but for causation)⁴¹⁾ bis hin zum strengeren proximate cause-Erfordernis, nach dem die domestic effects unmittelbarer und effektiver Hauptgrund für den Auslandsschaden gewesen sein müssten und ein eher entfernter und nachrangiger Kausalbezug unzureichend wäre.⁴²⁾ In einer ersten Stellungnahme aus der Literatur ist dem Supreme Court daher vorgeworfen worden, er sage letztlich nur, dass es Grenzen geben müsse, aber nicht, wo diese Grenzen zu ziehen seien. Daher bestehe die Gefahr, dass die vom Supreme Court vorgenommene Beschränkung der extraterritorialen Anwendung des US-Antitrustrechts „praktisch gegenstandslos“ bleibe.⁴³⁾

35) F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359, 2372 (2004).

36) F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359, 2372 (2004).

37) Empagran S.A v. F. Hoffmann-La Roche, Ltd., 315 F. 3d 338, 341 (D.C. Cir. 2003), insoweit nicht abgedruckt in WuW KRInt 1 ff.

38) Vgl. F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359, 2372 (2004).

39) F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359, 2372 (2004).

40) Insoweit a.A. Hay/Krätzschmar, RIW 2004, 667, 668, die meinen, selbst der Kruman-Ansatz finde noch Platz in der neuen Supreme Court-Rechtsprechung.

41) Vgl. Hay/Krätzschmar, RIW 2004, 667, 669.

42) Vgl. Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters, 459 U.S. 519, 535 f. (1983).

43) So Hay/Krätzschmar, RIW 2004, 667, 671.

Würde man der „alternativen Theorie“ der Kläger folgen und es für die Anwendung des Sherman Act ausreichen lassen, dass domestic effect und foreign effect und damit auch domestic effect und foreign injury kausal im Sinne einer but for causation verknüpft sind (die Kartellpreise im Ausland ließen sich nur halten, weil das Kartell auch den US-Markt umfasste),⁴⁴⁾ so würde man in der Tat genau die Büchse der Pandora öffnen, die der US Supreme Court nach eigenem Bekunden im Empagran-Urteil verschlossen halten wollte: Angesichts einer zunehmend globalisierten Weltwirtschaft wäre kaum noch eine Grenzziehung möglich und das US-Recht könnte letztlich doch – entgegen der Intention des FTAIA und mit allen vom Supreme Court beschriebenen Nachteilen für die internationale Kartellrechtsdurchsetzung und Kooperation der Kartellbehörden – zum „Weltkartellrecht für Schadensersatzansprüche“ mutieren.

Nimmt man den Supreme Court allerdings beim Wort, so ist nicht mehr wirklich offen, wohin die Reise geht: Zielführend im Sinne der vom Supreme Court im Empagran-Urteil aufgestellten Anforderungen ist allein eine Ablehnung der „alternativen Theorie“, zu der jüngst auch das US Justizministerium den Court of Appeal for the District of Columbia in einem Amicus Curiae Brief vom 9. September 2004 aufgefordert hat.⁴⁵⁾ Dies gilt umso mehr, als der Supreme Court in der Vergangenheit im Zusammenhang mit inneramerikanischen privaten Schadensersatzklagen mehrfach das Ausreichen eines bloßen but for-Bezugs abgelehnt und eine proximate causation gefordert hat.⁴⁶⁾ Dieses Erfordernis ausgerechnet für auslandsbezogene Sachverhalte in Anwendung des auf eine Begrenzung der extraterritorialen Reichweite des Sherman Act gerichteten FTAIA zu lockern, erschiene geradezu widersinnig.⁴⁷⁾ Verlangt man aber eine proximate causation, so dürfte die „alternative Theorie“ der Empagran-Kläger spätestens deshalb in sich zusammenfallen, denn die Schäden der ausländischen Vitaminabnehmer resultierten unmittelbar und effektiv aus den Auslandswirkungen des Vitaminkartells und nicht aus den domestic effects auf den US-Markt, die allenfalls mittelbar zur Stabilisierung der Auslandswirkungen beigetragen haben.

In der Summe spricht die Empagran-Entscheidung des Supreme Court ebenso wie seine frühere Rechtsprechung gegen die Tragfähigkeit der „alternativen Theorie“ und für eine Begrenzung der Anwendung des Sherman Act auf den Ersatz solcher Schäden, die unmittelbar aus den domestic effects, d.h. konkret: aus auf dem US-Markt getätigten Geschäften resultieren. Sollte sich der Court of Appeal for the District of Columbia dieser Auffassung anschließen, so würde sich seine weltweites Aufsehen erregende erste Empagran-Entscheidung letztlich doch nur als „Sturm im Wasserglas“ erweisen. Und das wäre auch gut so.

Abstract

It has become increasingly popular among foreign plaintiffs to pursue treble damage actions before US courts. In 1982 the Congress tried to narrow the scope of the US antitrust laws through the Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAIA) which states that the Sherman Act shall not apply to actions that solely harm foreign markets and foreign customers. However, the range of this limitation was far from clear and much disputed even among US courts. On June 14th, 2004 the United States Supreme Court issued its opinion in Hoffmann La-Roche, Ltd. v. Empagran S.A. The much anticipated decision resolved a split among the circuits. It clarified that the FTAIA precludes foreign plaintiffs from bringing suits in US courts under the Sherman Act if their injuries are “independent of any adverse domestic effect” on the US market. Moreover, it cautioned US courts not to over-extend the reach of US law “in an act of legal imperialism”. The Court expressly left open if US courts have subject matter jurisdiction in cases in which there is some degree of interrelationship between domestic effect and foreign injury, and how close this connection must be in such cases to satisfy the FTAIA’s “gives rise to a claim”-requirement. Insofar, it remanded the case to the Court of Appeal for further consideration. Taking into account the Supreme Court’s general line of argument, US jurisdiction should at least be limited to cases in which plaintiffs are able to show that the domestic effects are the proximate cause of their foreign injury.

44) So die Kläger, vgl. F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A., 124 S.Ct. 2359, 2372 (2004).

45) Vgl. <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f205300/205386.pdf>.

46) Vgl. Blue Shield of Virginia v. McCready, 457 U.S. 465, 477 (1982): „Congress did not intend to allow every person tangentially affected by an antitrust violation to maintain an action“; Associated General Contractors of California, Inc. v. California State Council of Carpenters, 459 U.S. 519, 535 ff. (1983); s.a. Holmes v. SIPC, 503 U.S. 258, 260 ff. (1992); Amicus Curiae Brief des DoJ (<http://www.usdoj.gov/atr/cases/f205300/205386.pdf>), S. 2 u. 6 f.

47) Dass ein noch loserer, beliebiger Zusammenhang oder Einfluss ausreichen könnte, dürfte erst recht auszuschließen sein; anders Hay/Krätschmar, RIW 2004, 667, 669, die die Supreme Court-Entscheidung auch insoweit für offen halten.