

ABHANDLUNGEN

Völkerrechtliche Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Hoheitsakte mit Auslandswirkung

Werner Meng*

Inhaltsübersicht

I. Zur praktischen Bedeutung des Themas	676
II. Zum Beispiel: das Erdgas-Röhren-Embargo	678
III. Aufgabe der völkerrechtlichen Fragestellung	682
1. Regelungsaufgabe	682
2. Geschichtliche Entwicklung	685
3. Bedeutung der Problematik in einzelnen Rechtsgebieten	688
a) Internationales Privatrecht	689
b) Internationales Strafrecht	690
c) Internationale Zuständigkeit der Gerichte	692
d) Internationales Steuerrecht	698

*) Dr. iur., Referent am Institut. Diese Untersuchung ist die erweiterte Fassung eines Vortrags, den der Autor am 2.3.1984 vor dem Kuratorium des Instituts gehalten hat.

Abkürzungen: Abl. = Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; AJIL = American Journal of International Law; AWD = Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters; BGB = Bürgerliches Gesetzbuch; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGE = Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts; BGHZ = Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen; BVerfGE = Bundesverfassungsgericht, Entscheidungen; BYIL = British Year Book of International Law; EG = Europäische Gemeinschaften; EPIL = Encyclopedia of Public International Law; EuGH = Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften; EWG(V) = Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (Vertrag); GWB = Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; ICLQ = International and Comparative Law Quarterly; IGH = Internationaler Gerichtshof; ILA = International Law Association; ILM = International Legal Materials; IPRax = Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts; RabelsZ = Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht; RdC = Recueil des Cours de l'Académie de Droit International; Rdnr. = Randnummer; RIW = Recht der internationalen Wirtschaft; RIW/AWD = Recht der internationalen Wirtschaft / Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters; Slg. = Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften; StIGHE = Ständiger Internationaler Gerichtshof, Entscheidungen; Strupp-Schlochauer, Wörterbuch = Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Bde.1-3 (1960-1962); WuW/E = Wirtschaft und Wettbewerb / Entscheidungssammlung zum Kartellrecht.

4. Insbesondere: das Wirtschaftsverwaltungsrecht	699
a) Außenwirtschaftsrecht	700
b) Gesellschaftsrecht	701
c) Kapitalmarkt- und Anlegerschutzrecht	702
d) Investitionsgesetzgebung	704
e) Kartellrecht	705
f) Fusionskontrollrecht	716
5. Abgrenzung zur kollisionsrechtlichen Fragestellung	722
6. Rechtserkenntnisprobleme	724
7. Umriss der Fragestellung	726
IV. Völkerrechtliche Zulässigkeit der Anknüpfung an Auslandsverhältnisse	730
1. Relevante Anknüpfungspunkte im Wirtschaftsverwaltungsrecht	730
2. Stellungnahme von Staaten und internationalen Organisationen	730
3. Völkerrechtliche Grundsätze	737
a) Umfang der Bindung der Staaten	737
b) Allgemeine Grundsätze für die Anknüpfung	740
c) Staatliche Souveränität und Interventionsverbot	747
V. Grenzen der Ausübung von Hoheitsgewalt mit Auslandswirkung in Konfliktfällen	
1. Gebot vs. Verbot	757
2. Abwägung sonstiger Staateninteressen	766
3. Institutionelle Aspekte	776

I. Zur praktischen Bedeutung des Themas

Im Jahre 1917 schrieb Oliver Wendell Holmes: "The foundation of jurisdiction is physical power"¹. Wäre damit die Problematik staatlicher Hoheitsakte mit Auslandswirkung ausgeschöpft, so wären nicht in neuerer Zeit so viele juristische und politische Streitigkeiten in diesem Bereich entstanden. Nicht nur die juristische Literatur nimmt sich mit auffällender Häufigkeit der Frage an, in welchem Umfang die Staaten das Recht haben, bei Akten der Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit Sachverhalte aufzugreifen, die sich im Ausland abspielen². Vielmehr wird immer

¹ *McDonald v. Mabee*, 243 U.S. 90.

² I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (3. Aufl. 1979), S. 309 f.; A. Lowenfeld, *Public Law in the International Arena*, RdC Bd. 163 (1979 II), S. 311 ff.; W. Rudolf/W. J. Habscheid, *Territoriale Grenzen der staatlichen Rechtsetzung*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 11 (1973); M. Akehrst, *Jurisdiction in International Law*, BYIL Bd. 46 (1972/73), S. 145 ff.; K. Vogel, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm* (1965); F. A. Mann, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, RdC Bd. 111 (1964 I), S. 1 ff.; H.-J. Schlochauer, *Die extraterritoriale Wirkung von Hoheitsakten nach dem öffentlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland und nach internationalem Recht* (1962). Eine umfassende Materialsammlung

häufiger über Gerichtsverfahren berichtet, in denen die Herausgabe von Dokumenten angeordnet wird, welche im Ausland belegen sind, nicht etwa im Wege der Rechtshilfe, sondern unter dem Druck von Beugestrafen gegen Personen und Sachen im Inland³. Vor nicht allzulanger Zeit hat das Bundeskartellamt den Zusammenschluß zwischen den Muttergesellschaften der deutschen Zigarettenfirmen Philip Morris und Martin Brinkmann untersagt, der in London vollzogen worden war⁴. In diesem Verfahren wie in anderen hat sich gezeigt, daß eine Reihe hervorragender Völkerrechtler als Gutachter völlig unterschiedlicher Ansicht über die Rechtmäßigkeit solcher Hoheitsakte waren. Regierungen haben in manchen Streitfällen gegen fremde Hoheitsakte mit Auswirkung auf ihr Territorium protestiert, wie etwa das Vereinigte Königreich gegen die *Teerfarben*-Entscheidung der EG-Kommission oder die EG gegen das amerikanische Erdgas-Röhren-Embargo⁵. Einige Staaten haben Gesetze erlassen, welche die Befolgung ausländischer Hoheitsakte auf eigenem Territorium untersagen⁶.

Der Dissens in der Wissenschaft beginnt bei den Begriffen. Geht es um extraterritoriale Hoheitsausübung oder um Hoheitsakte mit extraterritorialen Wirkungen⁷? Geht es um Probleme, die vernünftig nur mit den Kategorien des Kollisionsrechts gelöst werden können, zu deren Lösung also das rigiden Prinzipien wie der Staatensouveränität und dem Interventionsverbot verhaftete Völkerrecht nicht imstande ist? Sagt das Völkerrecht überhaupt etwas über die zulässige Reichweite staatlicher Hoheitsakte, oder enthält es andererseits gar einen »Kompetenzkatalog« für die Staaten? Gibt es allgemeine Regeln für staatliche Hoheitsausübung und ihre Grenzen oder müssen solche Regeln für das Wettbewerbs-, das Steuerrecht, das Strafrecht, die gerichtliche Zuständigkeit oder das internationale Privatrecht je gesondert gesucht werden?

hat A. V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction* (1983) vorgelegt. Vgl. auch D. E. Rosenthal/W. M. Knighton, *National Laws and International Commerce* (1982); B. Großfeld, *Praxis des internationalen Privat- und Wirtschaftsrechts* (1975), S.102 ff.; J. H. Kaiser/I. von Münch, *Internationale und nationale Zuständigkeit im Völkerrecht der Gegenwart*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 7 (1967), S.1 ff.; W. Wengler, *Völkerrecht*, Bd.2 (1964), S.933 ff.; H. Vogt, *Die Geltung von Gesetzen über das Staatsgebiet hinaus* (Diss. Heidelberg 1960); G. Dahm, *Völkerrecht*, Bd.1 (1958), S.524 ff.; A. M. Stuyt, *The General Principles of Law as Applied by International Tribunals to Disputes on Attribution and Exercise of State Jurisdiction* (1946).

³ In den USA wird hier häufig das *subpoena* verwendet.

⁴ Siehe III e bb.

⁵ Siehe II.

⁶ Siehe V 1.

⁷ Siehe III 7.

Schließlich wird die Problematik noch komplexer dadurch, daß in jedem materiellen Regelungsbereich noch zusätzliche Spezialfragen, etwa solche des Kartellrechts oder des Rechtshilferechts, des Zivilrechts und des Umweltschutzrechts den Blick auf die Grundfragen erschweren.

Aber auch hinsichtlich dieser Grundfragen gibt es weder in der Staatenpraxis noch in der Rechtslehre klare, wenigstens überwiegend konsentiertere Antworten. Von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit ist man noch weit entfernt. Weintraub etwa bezweifelt, daß man jemals dazu kommen kann: "But to seek absolute certainty on the issue of jurisdiction is to seek a phantom that dwells nowhere in the vast castle of the law"⁸.

Andererseits sind Unsicherheit und Streit auf diesem Gebiet aber auch nicht verwunderlich, denn es geht dort teilweise um Grundsatzprobleme der Methodik und des materiellen Völkerrechts. Ist bei nicht vorliegender oder widersprüchlicher Staatenpraxis den Staaten im Rahmen der allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts alles erlaubt, was nicht verboten ist? Kann man aus solchen allgemeinen Grundsätzen etwa detaillierte Handlungsanweisungen oder Verbote für die Staaten in Sachbereichen gewinnen, die völlig neue Probleme ohne Präzedenzfälle aufwerfen? Gibt es also bereits eine Art Verfassung der Staatengemeinschaft, die flexibel auch neue Probleme zu regeln imstande ist, oder muß sich für jedes Novum zunächst eine Regelung aus der Staatenpraxis oder aus Verträgen herausbilden, also eine Weile das freie Spiel der Kräfte und Mächte walten? Wie kann man angesichts der unübersehbaren Zahl möglicher Fallkonstellationen und mit den bekannten Schwierigkeiten, überhaupt in ausreichendem Maße umfassend eine Staatenpraxis auch nur festzustellen, jemals verlässliche Aussagen über bestehendes Gewohnheitsrecht machen?

II. Zum Beispiel: das Erdgas-Röhren-Embargo

Die Tragweite aller dieser Probleme läßt sich an dem Fall des sogenannten »Erdgas-Röhren-Embargos« der USA demonstrieren⁹. Am 29. Dezember 1981 verhängte Präsident Reagan auf der Grundlage des Export Administration Act ein Embargo gegen die UdSSR¹⁰, das sich auf Güter bezog,

⁸ R. Weintraub, *Commentary on the Conflict of Laws* (2. Aufl. 1980), S. 152.

⁹ Die folgende Sachverhaltsschilderung stützt sich auf den kurzen Abriss, der sich bei G. Lebedoff/C. Raievski, *A French Perspective on the U.S. Ban on the Soviet Gas Pipeline Equipment*, *Texas International Law Journal* 1983, S. 483 ff. dort in Anm. 3, findet.

¹⁰ Der Export Administration Act 1979 (Public Law 96-72) ist in ILM Bd. 18 (1979), S. 1598 ff. abgedruckt, das Amendment 1981 in ILM Bd. 21 (1982), S. 164 ff., welches mit dem Beginn des Embargos gegen den Warschauer Pakt zusammenhing. Alle Regierungsvor-

welche in den USA hergestellt und für die im Bau befindliche Erdgas-Pipeline in der Sowjetunion bestimmt waren. Dies war eine Reaktion auf die Erklärung des Kriegsrechts in Polen. Am 22. Juni 1982 wurde dieses Embargo ausgedehnt¹¹ auf den Export von für die Pipeline bestimmten Gütern

a) aus anderen Ländern, wenn sie in den USA hergestellt und in diese Länder exportiert worden waren,

b) aus anderen Ländern, auch wenn sie nicht in den USA hergestellt waren, durch Personen, welche der Hoheitsgewalt der USA unterstehen¹²,

c) die in anderen Ländern mit Know-how aus den USA hergestellt waren¹³.

Der Hoheitsgewalt der USA im Sinne von *lit. b* unterstehen einmal natürliche Personen, welche die Staatsbürgerschaft der USA besitzen, dort eine Aufenthaltsberechtigung haben oder sich dort tatsächlich aufhalten. Weiter fallen hierunter Gesellschaften, die nach dem Recht der USA gegründet wurden, und schließlich alle Gesellschaften, gleich welcher Nationalität, deren Inhaber eine natürliche Person ist, welche der Hoheitsgewalt der USA untersteht oder die von einer solchen Person beherrscht werden.

Im Falle c) erfaßt die Anordnung Know-how, für das eine Person, welche der Hoheitsgewalt der USA unterliegt, Lizenzgebühren bezieht, sowie den Fall, daß der Bezieher sich bei Lieferung den amerikanischen Exportkontrollbestimmungen unterworfen hat.

Auf erste Protestverlautbarungen westeuropäischer Staaten hin rechtfertigte Präsident Reagan die Maßnahmen mit der Möglichkeit sowjetischer Erpressung gegenüber einem von ihnen energiepolitisch abhängigen Westeuropa und im übrigen damit, daß die Hilfe beim Bau der Pipeline die sowjetische Wirtschaft entlaste. Unausgesprochen blieb im Hintergrund, daß eine solche Entlastung den militärischen Anstrengungen der Sowjetunion zugute komme.

Am 12. August 1982 protestierten die Vertreter der EG-Kommission und der EG-Ratspräsidentschaft formell in Washington mit einer ausführ-

schriften, die sich auf den Anfang und die Ausdehnung des Embargos beziehen, finden sich in ILM Bd. 21 (1982), S. 853 ff.

¹¹ ILM Bd. 21 (1982), S. 864 ff.

¹² Die Definition findet sich in § 385.2(c) der Export Administration Regulations, 15 C.F.R. Part 385.

¹³ "... any foreign produced direct products of U.S. technical data, or any commodity produced by any plant or major component thereof" (15 C.F.R. Part 379, § 379.8 para. (a) (4)).

lichen Note¹⁴, die u.a. die Völkerrechtswidrigkeit des amerikanischen Vorgehens feststellte. Die USA hielten nicht die völkerrechtlichen Grenzen staatlicher Regelungsbefugnisse über Auslandssachverhalte ein. Aber es blieb nicht bei Protesten. Italien erklärte, alle Lieferverträge mit der UdSSR würden eingehalten. Frankreich und Großbritannien ordneten die Vertragstreue ihrer Unternehmen an. Am 23. August beschlagnahmte Frankreich für die Sowjetunion produzierte Waren von Dresser France, einem Tochterunternehmen von Dresser Industries in USA. Die USA verhängten daraufhin Sanktionen gegen Dresser France¹⁵. Britische und italienische Unternehmen wurden ebenfalls Opfer solcher Sanktionsmaßnahmen, im Oktober auch vier bundesdeutsche Firmen. Der Präsident des Haager Bezirksgerichtshofs ordnete am 17. September 1982 an¹⁶, daß das niederländische Tochterunternehmen einer texanischen Firma Geophone mit Endbestimmung UdSSR vertragsgemäß auszuliefern habe.

Nach einer Reihe von Konsultationen zwischen den USA und ihren westlichen Verbündeten hob Präsident Reagan das Embargo schließlich am 13. November 1982 wieder auf. Der Streit war politisch aus der Welt geschafft worden, die Rechtsfragen blieben ungelöst.

Dies ist um so bedauerlicher, als die Geschichte dieses Embargos wie in einem Brennglas einige der drängendsten Fragen dieses Themenbereiches bündelt. Soweit es sich auf in den USA befindliche Waren und Personen erstreckt, handelten die Vereinigten Staaten auf Grund ihrer Territorialhoheit. Bei amerikanischen Staatsbürgern und, weniger unumstritten, bei *residents* können sie sich auf das Nationalitäts- oder besser: Personalitätsprinzip berufen.

Soweit nach dem Recht der USA gegründete Unternehmen verpflichtet werden, wird die Nationalität an die sogenannte Gründungstheorie¹⁷ angeknüpft. Weitergehend wird die Hoheitsmacht über ausländische Unternehmen auf Grund der sogenannten Kontrolltheorie¹⁸ behauptet, indem ihr amerikanisch beherrschte¹⁹ Unternehmen im Ausland den USA

¹⁴ In Lowe (Anm.2), S.197ff.

¹⁵ Vgl. den darauf folgenden Rechtsstreit mit der Entscheidung *Dresser Industries v. Baldrige*, 549 F.Supp.108 (D.C.D.C. 1982).

¹⁶ Abgedruckt in ILM Bd.22, S.66ff., und in RabelsZ Bd.47, S.141ff. mit Anm. J. Basedow, S.147.

¹⁷ Anwendung des Rechts des Staates, nach dem die Gesellschaft auch gegründet wurde, vgl. Großfeld (Anm.2), S.41.

¹⁸ Anwendung des Rechts des Staates, aus dem die Personen kommen, die eine Gesellschaft beherrschen, vgl. Großfeld (Anm.2), S.80ff.

¹⁹ Hierfür gibt es im Export Administration Act (Anm.10) genaue Kriterien, die hier nicht im einzelnen aufgeführt werden sollen.

unterworfen werden. Bei Know-how, das aus den Vereinigten Staaten nach Drittländern vergeben wurde, stützt man sich einmal auf eine private vertragliche Unterwerfung unter das amerikanische Exportkontrollrecht, zum anderen aber auch auf die entgeltliche Lizenzvergabe durch Amerikaner, offensichtlich eine Vermittlung des Personalitätsprinzips über die Lizenz – eine bislang ersichtlich einmalige Rechtsbehauptung. Einmalig sein dürfte auch die Erstreckung amerikanischer Hoheitsgewalt auf alle in den USA hergestellten Güter, auch wenn sie auf Grund abgeschlossener Handelsgeschäfte längst in Drittländer geliefert und Eigentum von Nicht-Amerikanern wurden.

Die EG anerkennt in ihrer Protestnote²⁰ das Territorialitätsprinzip. Sie betont das Recht der Staaten und der EG, auf ihrem Gebiet frei ihr soziales und wirtschaftliches System zu organisieren und zu entwickeln²¹. Die Berufung auf die Gründungstheorie scheint sie stillschweigend zu akzeptieren, diejenige auf die Kontrolltheorie aber lehnt sie kategorisch ab²². Sie wendet sich ebenfalls gegen den Versuch, Waren und Technologie quasi die amerikanische Nationalität zu verleihen. Sie verurteilt vertragliche Unterwerfungen unter die Exportkontrollen der USA als mißbräuchliche Umgehungen der völkerrechtlichen Grenzen staatlicher Hoheitsgewalt.

Die USA haben ersichtlich nie offiziell ihre Sanktionen darauf gestützt, daß die militärische Sicherheit der USA oder der Europäer unter dem Erdgas-Röhren-Geschäft leiden würde²³. Sie haben auch nicht geltend gemacht, daß dieses Geschäft sonstige nachteilige Auswirkungen auf die Vereinigten Staaten haben werde. Gleichwohl wäre daran zu denken, daß sich, wie die EG es auch prüft und ablehnt, die USA auf das Schutzprinzip oder das Wirkungsprinzip hätten berufen können. Beide werden noch näher zu betrachten sein.

Geht es bisher nur um die Grenzen der Rechtsetzungshoheit der USA, so werfen die später verhängten Sanktionen das Problem der Durchsetzungshoheit²⁴ auf. Dieses wird akzentuiert durch die Tatsache, daß einerseits die europäischen Staaten geltend gemacht hatten, das Embargo ver-

²⁰ Anm.14.

²¹ Eine Bezugnahme auf die "Friendly Relations Declaration" der UN, Res.2625 (XXV), GAOR, 25th Session, Supp.No.18 (A/8018).

²² Obwohl sie sich selbst, wie später zu sehen sein wird, auf eine Variante der Kontrolltheorie, die Unternehmenseinheit stützt.

²³ Die EG-Note (Anm.14) weist darauf hin, daß die Maßnahmen auf Section 6 (Foreign Policy Controls) und nicht auf Section 5 (National Security Controls) des Export Administration Act gestützt war (S.205).

²⁴ Mann (Anm.2), S.127ff., macht zu Recht klar, daß hiermit die innerstaatliche Durchsetzung ebenso wie die im Ausland (mit physischem oder psychischem Zwang)

letze ihre wirtschafts- und energiepolitischen Interessen. Mußten die USA solchen Interessen weichen oder sie jedenfalls gegen ihre eigenen Interessen abwägen? Weiterhin standen die Adressaten der amerikanischen Anordnungen in einem rechtlich unauflösbaren Befolgungskonflikt, als einige Staaten ihnen geboten, dem Embargo zuwiderzuhandeln, oder gar ihre Waren zur Weiterlieferung beschlagnahmten. Gelten beide Anordnungen mit der Folge, daß die Firmen zwischen Scylla und Charybdis gerieten? Durften die Amerikaner ihre Anordnungen noch nach dem Verbot im Ausland durchsetzen? Durften die Westeuropäer die Wirkung amerikanischen Rechts auf ihrem Territorium neutralisieren, und wenn ja, hat ein solches Recht auch Grenzen?

III. Aufgabe der völkerrechtlichen Fragestellung

1. Regelungsaufgabe

Dieser Beispielsfall umfaßt beinahe den gesamten Fragenkatalog dieser Untersuchung. Sicherlich aber sind die Probleme insgesamt noch viel facettenreicher, ohne daß all dies im Rahmen einer solchen Untersuchung in voller Tiefe ausgelotet oder teilweise auch nur angesprochen werden könnte. So ist Beschränkung unausweichlich, hier die Beschränkung auf das Völkerrecht. Es geht um die Frage, ob diesem Recht bestehende Regeln über die Ausübung und Grenzen staatlicher Hoheitsgewalt mit Auslandsbezug entnommen werden können.

Ein Bedürfnis nach solchen Schranken besteht, wie das geschilderte Beispiel deutlich macht. Die Mobilität von Menschen, Waren, Kapital, Dienstleistungen, aber auch etwa von Immissionen über die Grenzen hinweg hat ein nie gekanntes Maß erreicht. Damit erhöht sich aber auch ganz beträchtlich die Gefahr von Staatenkonflikten. Früher mag das unumstrittene Verbot des Vollzugs von Hoheitsakten auf fremdem Territorium ohne die Zustimmung des dortigen Souveräns²⁵ solche Konflikte weitgehend

gemeint ist. Nur gelten für diese Untergliederungen teilweise unterschiedliche Regeln, wie noch erläutert wird.

²⁵ So deutlich der Ständige Internationale Gerichtshof im *Lotus*-Fall: »Die erste und wichtigste Einschränkung nun, die das internationale Recht den Staaten auferlegt, ist der Ausschluß jeder Ausübung seiner Macht auf dem Gebiet eines anderen Staates, sofern nicht eine Regel besteht, die dies erlaubt« CPJI Sér.A, No.10 (1927), S.18, hier zitiert nach StIGHE 5,90. Vgl. W. Meng, Neuere Entwicklungen im Streit um die Jurisdiktionshoheit der Staaten im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen, ZaöRV Bd.41, S.472 dort Anm.10 zu weiteren Stimmen aus der Literatur; Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 63, 343.

verhindert haben. Die völkerrechtlichen Grenzen des internationalen Privatrechts²⁶ sind nie zu einer akuten Problematik geworden. Das internationale Strafrecht ist wegen der seit jeher bestehenden Reisefreudigkeit der Menschen dagegen ein hochentwickeltes System, in den meisten Fragen aber jetzt zwischen den Staaten konsentiert oder außer Streit gestellt²⁷. Im internationalen Steuerrecht haben die Doppelbesteuerungsabkommen viel Streit aus der Welt geschafft²⁸. Der Bereich der Zulässigkeit der Ausübung von Gerichtszuständigkeit ist völkerrechtlich bisher wenig problematisch gewesen²⁹, ein Indiz für mangelnde zwischenstaatliche Brisanz. Das Umweltrecht wird sicher zunehmend in den Brennpunkt des Problembewußtseins rücken, ist aber gleichzeitig in einem Maße bereits Gegenstand multilateraler Bemühungen, daß eine Minimierung der Streitpunkte erhofft werden kann.

Die Hoffnung auf baldige zwischenstaatliche Regelung des Streits im Recht der Wirtschaftsregelung – im folgenden soll hierfür der Terminus »Wirtschaftsverwaltungsrecht« verwendet werden – ist gegenwärtig noch gering. Der Grund liegt in den Eigenheiten der Wirtschaft und ihrer staatlichen Regelung.

Wirtschaft ist die materielle Lebensgrundlage der Staaten. Wie diese optimal zu sichern und zu vermehren sei, darüber gibt es ganz verschiedene Staatenkonzepte. Wirtschaftsordnungen können gegenüber Einflüssen auch aus dem Ausland anfällig sein, man denke an den Einbruch eines ausländischen Großkonzerns in einen bewußt mittelständisch organisierten Inlandsmarkt. Wirtschaft kann ein Faktor bedeutender Einflußnahme auf die Entscheidungen eines anderen Staates sein, wie etwa bei Abhängigkeit von Zulieferungen an Halbfertigprodukten oder – dies haben die Ölkrisen der vergangenen Jahre gezeigt – von ausländischen Energieträgern und sonstigen Rohstoffen. Und schließlich sollte man nicht vergessen, daß Wirtschaft, soweit sie nicht in Reinkultur zentral gelenkt ist, Konkurrenten schafft. Sie macht auch die Staaten, die von ihren Früchten leben, zu Wettbewerbern. Des einen Gewinn kann des anderen Verlust sein.

Konfliktpotential auf wirtschaftlichem Gebiet gibt es also genug. Nun wird die Gefahr des Ausbruchs akuter Konflikte abgemildert dadurch, daß kein Staat sein eigenes Wirtschaftsverwaltungsrecht auf fremdem Territorium durchsetzen kann. Dieser Sicherheits-Puffer wird aber immer dün-

²⁶ Siehe III 3 a.

²⁷ Siehe III 3 b.

²⁸ Siehe III 3 d.

²⁹ Siehe III 3 c.

ner, nämlich in dem Maße, wie Staaten eine rechtliche Anordnung, die im Ausland befolgt werden soll, im Inland durchsetzen können. Gibt der Adressat einer gerichtlichen Anordnung Dokumente, die sich im Ausland in seinem Besitz befinden, nicht an ein inländisches Gericht heraus, so muß er sich selbst gar nicht im Gerichtsstaat befinden, um Sanktionen ausgesetzt zu sein. Es genügt, daß er dort einen Repräsentanten oder Vermögen besitzt, daß der Gerichtsstaat sozusagen Pfänder für Beugemaßnahmen in der Hand hat. »Die Nürnberger hängen keinen, sie hätten ihn denn«. Im Wirtschaftsverwaltungsrecht aber kommt es heute gar nicht mehr so sehr darauf an, ob man einer verantwortlichen Person habhaft werden kann. Es reicht, wenn man die Hand auf ihr Vermögen legen kann.

Mag ein Unternehmer auch noch so weit entfernt von einem anderen Staat seinen Sitz und Aufenthalt haben, so wird dessen Kartellrecht dennoch Zwang ausüben und seine unternehmerischen Entscheidungen beeinflussen können, wenn er für seine Vermögenswerte in jenem Staat fürchten muß oder deren Verlust gar zum Zusammenbruch seines gesamten Unternehmens führt. Hier wird auch die Nahtstelle zwischen Individual- und Staatsinteresse deutlich. Kommt es zu einem solchen Zusammenbruch, so werden Arbeitsplätze im Staate des Unternehmens-Sitzes vernichtet, muß u.U. die staatliche Sozialversicherung einspringen, können Gläubiger mit in den Strudel gezogen werden. Das bedeutet, daß die Volkswirtschaft eines anderen als des regelnden Staates schwer in Mitleidenschaft gezogen werden kann. Verhält sich der Unternehmer aber nach der ausländischen Anordnung, so läuft dies u.U. wiederum den wirtschaftspolitischen Interessen oder gar dem Recht seines Sitzstaates zuwider. Will dieser ein Strukturkrisenkartell etwa für den Steinkohlenbergbau fördern oder gar rechtlich erzwingen, so würde dies durch ein ausländisches Verbot solcher Zusammenschlüsse konterkariert, er wäre faktisch an der freien Gestaltung seiner Wirtschaftsordnung gehindert.

Auch auf andere Weise kann ein Staateninteresse mittelbar mit einem Individualinteresse verbunden sein. Industrie, Dienstleistungsunternehmen und Handel benötigen Kalkulationssicherheit für ihre Unternehmen, und dies bedeutet auch Rechtssicherheit. Wird ein Auslandsengagement wie Exporte von Gütern und Kapital von der Unsicherheit belastet, welches Recht in einem Regelungskonflikt zu beachten ist, welche rechtlichen Sanktionen aus diesem Engagement folgen können, so wird es sehr schnell als unrentabel unterbleiben. Die Vertragsfreiheit, welche im Zivilrecht vieles ins Lot bringt, steht für das Wirtschaftsverwaltungsrecht nicht zur Verfügung. Hier wird aber auch deutlich, daß es sich dabei nicht um ein Nullsummenspiel handelt. Unterbleiben Exporte wegen Rechtsunsicher-

heit, so wird gewiß das Wirtschaftsergebnis des Exportstaates geschmälert. Benötigt der andere Staat aber etwa die Lieferung von bestimmten Produkten für seine Endfertigung, so würde eine solche unternehmerische Abstinenz auch ihn nachteilig treffen.

Es geht also darum, Rechtssicherheit im Interesse eines für alle Staaten vorteilhaften möglichst freien Welthandels zu schaffen. Sicherlich ist dies zunächst Aufgabe einer moderaten Gestaltung staatlichen Wirtschaftsrechts. Eine Koordinierung multilateraler Interessen und Erwartungen ist weiterhin optimal nur durch multilaterale Verhandlungen und Verträge zu schaffen. Solange solche Verträge jedoch noch nicht vorliegen, muß man die Frage stellen, ob nicht das Völkerrecht bereits mit seinem heutigen Bestand an Normen etwas zur Regelung von Staatenkonflikten auf diesem Gebiet beitragen kann.

Dabei ist es im Interesse systematischer Klarheit, das auch ein Interesse praktischer Rechtserkenntnis und -anwendung sein sollte, vorteilhaft, das Problem in zwei Fragestellungen aufzuspalten³⁰. Zu fragen ist einmal, ob das Völkerrecht Regeln darüber enthält, unter welchen Voraussetzungen ein Staat überhaupt Sachverhalte und Personen außerhalb seines Staatsgebietes zum Gegenstand hoheitlicher Regelungen machen darf. Zweitens ist von Interesse, ob es auch bei Vorliegen dieser Voraussetzungen völkerrechtliche Grenzen der Regelungs- oder Vollzugshoheit der Staaten gibt.

2. Geschichtliche Entwicklung

Die Tradition spielt im Völkerrecht noch immer eine bedeutende Rolle. Es ist daher zum Verständnis der Grundlagen des heutigen Rechts nützlich, einen Blick auf Usus und Doktrin vergangener Tage zu werfen. Dabei wird sich jedenfalls ergeben, daß man zu keiner Zeit sagen konnte, ein Konsens darüber hätte bestanden, daß Staaten keine Hoheitsakte mit Auslandswirkung setzen, daß sie keine Auslandssachverhalte zum Gegenstand ihrer Regelungen machen durften³¹.

Solange in Europa seit der Völkerwanderung Stämme und nicht Nationalstaaten die eigentlichen Hoheitsträger waren, galt das Personalitätsprin-

³⁰ Anders wird die Frage etwa von §§ 401–403 des Restatement (Revised) of Foreign Relations Law (Anm.202) behandelt, wo die Grenzen in die Frage der Kompetenz zur Hoheitsausübung hineinverwoben werden.

³¹ Zur folgenden geschichtlichen Betrachtung vgl. Vogel (Anm.2), S.28ff.; D. Oehler, Internationales Strafrecht (2.Aufl.1983), S.47ff.; G. Kegel, Internationales Privatrecht (4.Aufl.1977), S.70ff.; K. Lipstein, Principles of the Conflict of Laws, National and International (1981), S.3ff.; Mann (Anm.2), S.24ff.

zip. Jeder war, wo auch immer er sich aufhielt, nur durch das Recht seines eigenen Stammes gebunden – *iura ossibus inhaerent*. Daher rührt die Klage des Bischofs Agobardus von Lyon aus dem Jahre 817, daß fünf Menschen, die um einen Tisch saßen, nach fünf verschiedenen Rechten leben könnten³².

Wo aber stammesübergreifende Territorialstaaten entstanden, bei den Westgoten, Langobarden, später dann in England und in Frankreich, gab man dem Territorialitätsprinzip den Vorrang. In England wurde dies so streng gehandhabt, daß eine Straftat nur an ihrem Begehungsort abgeurteilt werden durfte. Und die *common law*-Gerichte hatten ursprünglich nur dann Jurisdiktion über einen Fall, wenn er nach englischem Recht zu beurteilen war.

Das war aber nur der Fall, wenn bestimmte Anknüpfungspunkte vorlagen. Zunächst war dies nur der Ort der Handlung, später auch derjenige des Eintritts eines schädigenden Erfolges, und Heinrich VIII. bestrafte auch Mord und Hochverrat, der von Engländern im Ausland begangen wurde. Anders war es bei dem Court of Admiralty, dem Kaufmanns- und Seefahrtsgericht. Dieses behandelte auch Auslandssachverhalte, allerdings nach dem *law merchant* und dem *maritime law*, die als gemeineuropäisches Kaufmannsrecht dem kontinentalen *civil law*, weiterentwickeltem römischem Recht, folgten. Die Parallele zum römischen *ius gentium* drängt sich hier auf.

Im mittelalterlichen Oberitalien gewann mit Entstehung der Stadtstaaten ebenfalls das Territorialitätsprinzip an Boden. Bei den Glossatoren wurde es, beginnend mit Accursius, zunächst so restriktiv gehandhabt, daß einheimisches Recht auf eigenem Territorium nur für eigene Bürger galt – eine Nachwirkung des Stammesrechts. Erst die Postglossatoren, allen voran Bartolus, stellten die umgekehrte Frage, nämlich ob ein Statut auch auf Tatbestände außerhalb des Hoheitsgebietes des Gesetzgebers anwendbar sei³³.

Die Antwort differenzierte nach der Regelung der Rechtsverhältnisse von Sachen (Anwendung nur, soweit diese auf dem eigenen Territorium belegen sind) und denjenigen von Personen, denen das heimische Recht in gewissem Umfang nachfolgte. Auslandsstaten von eigenen Bürgern dürfe

³² «Tanta diversitas legum quanta non solum in singulis regionibus aut civitatibus, sed etiam in multis domibus habetur. Nam plerumque contingit ut simul eant aut sedeant quinque homines et nullus eorum communem legem cum altero habeat», zitiert nach Lipstein, S.3.

³³ «utrum effectus statuti porrigatur extra territorium statuentium», zitiert nach Kegel (Anm.31), S.77.

der Staat bestrafen, da er ein Interesse an guten Untertanen habe, solche von Ausländern (mit engen Ausnahmen) nicht. Denn: «statuta sunt ius proprium civitatis».

Baldus allerdings will Auslandstaten von Ausländern dann dem inländischen Recht unterwerfen, wenn ihr Erfolg im Inland eintritt. Aus diesen Lehren entwickelte sich eine so unübersichtliche Kasuistik, daß der französische Jurist d'Argentré ausgangs des 16. Jahrhunderts dazu bemerkte, daß in diesen Fragen »unsichere Lehrer ihre Leser mit noch größerer Unsicherheit entließen«³⁴.

Unter dem Einfluß der Souveränitätslehre Bodins entwickelten im 17. Jahrhundert die Niederländer Paul und Johannes Voet sowie Ulricus Huber die Lehre von der strikten territorialen Beschränkung der Hoheitsgewalt. Ihre Essenz hat Huber in seinen drei berühmten »Axiomata« zusammengefaßt³⁵:

I. Leges cuiusque imperii vim habent intra terminos eiusdem reipublicae omnesque ei subiectos obligant, nec ultra.

II. Pro subiectis imperio habendi sunt omnes, qui intra terminos eiusdem reperiuntur, sive in perpetuum, sive ad tempus ibi commorentur.

III. Rectores imperiorum id comiter agunt, ut iura cuiusque populi intra terminos eius exercita teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut iuri alterius imperantis eiusque civium praeiudicetur».

Diese niederländische Lehre hat auf dem Kontinent keine große Wirkung gehabt. Die Beschränkung auf das Territorialitätsprinzip wurde von Savigny und Binding, in neuerer Zeit auch von Gustav Radbruch abgelehnt³⁶. Im kontinentalen Rechtskreis blieb das Territorialitätsprinzip immer eines neben anderen, nämlich etwa dem Personalitäts- oder dem Schutzprinzip.

Dagegen hatten die Niederländer großen Einfluß auf das englische und amerikanische Recht. Er ist ganz deutlich in den drei klassischen Maximen von Justice Joseph P. Story³⁷:

³⁴ «ut incerti magistri incertiores lectores dimittant», zitiert nach Kegel, S.79.

³⁵ Zitiert nach F. Meili, Ein Specimen aus der holländischen Schule des internationalen Privatrechts, Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht, Bd.8 (1898), S.189ff., 193. Die Axiomata stammen aus den »Praelectiones juris romani» Pars II (liber I tit. III «De conflictu legum diversarum in diversis imperiis») (4. Aufl. 1749).

³⁶ F. C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd.8 (1849), S.24ff.; K. Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd.1 (1885), S.372; A. Radbruch, Rechtsphilosophie (8. Aufl. 1973), S.294f.

³⁷ Commentaries on the Conflict of Laws (2. Aufl. 1841), zitiert nach Lipstein (Anm.31), S.19f.

“(1) The first ... maxim ... is that every nation possesses an exclusive sovereignty and jurisdiction within its own territory. The direct consequence ... is that the laws of every State affect and bind all property ... within its territory, and all persons who are resident within it ... and all contracts made and acts done within it.

(2) Another maxim ... is that no State ... can by its own law directly affect or bind property out of its own territory or bind persons not resident therein ... it would be ... incompatible with ... the sovereignty of all nations that one nation should be at liberty to regulate either persons or things not within its own territory.

(3) From these two maxims ... flows a third ... that whatever force ... the laws of one country have in another depends solely upon the laws ... of the latter ... upon its own express or tacit consent”.

Die angelsächsischen Rechtsordnungen erkannten zwar neben dem Territorialitätsprinzip das aktive Personalitätsprinzip an, kamen aber erst in diesem Jahrhundert zur Anerkennung des Schutzprinzips. Erst seit 1945 haben die USA ihre Zurückhaltung aufgegeben und dehnen gerade im Wirtschaftsverwaltungsrecht ihre Hoheitsakte in einem Maße ins Ausland aus, daß dies insbesondere seitens Großbritanniens, aber auch von kontinentaleuropäischer Seite zu Protesten führte. Allerdings wird noch zu zeigen sein, daß mindestens die Bundesrepublik Deutschland und die EWG in Kartellsachen dem amerikanischen Vorbild gefolgt sind.

3. Bedeutung der Problematik in einzelnen Rechtsgebieten

Wenn auch die Frage der Zulässigkeit von Hoheitsakten mit Auslandswirkung erst in den letzten Jahren zum drängenden Problem wurde, so ist sie doch nicht neu. Sie hat herkömmlich bei der Erstreckung von Staatsgewalt auf Botschaftsgelände in fremden Staaten, auf Schiffen unter eigener Flagge außerhalb der eigenen Hoheitsgewässer, auf Truppen im Ausland und schließlich auch auf Flugzeuge eine Rolle gespielt. Dies sind aber Sonderfälle, deren völkerrechtliche Lösung den Besonderheiten der jeweiligen Sachverhalte Rechnung trägt und die für die hier zu erörternden Fragen ersichtlich nichts beizutragen vermögen.

Die folgende Übersicht über die Problematik von Hoheitsakten mit Auslandswirkung in einzelnen Rechtsgebieten erhebt nicht den Anspruch der Vollständigkeit³⁸. Sie soll nur verdeutlichen, für welche Lebenssach-

³⁸ Vollständig unberücksichtigt blieb etwa der ganze Bereich des Währungsrechts, der von Mann (Anm.2), S.119ff., so reichhaltig dokumentiert wurde. Andererseits ist es auch schwierig zu überblicken, in welchen Regelungsmaterien die Staaten dazu übergehen, Aus-

verhalte diese völkerrechtliche Untersuchung bedeutsam werden kann. Sie soll Probleme aufzeigen, kann sie aber nicht in detaillierter, dem jeweiligen Sachgebiet in seinen Eigenheiten angemessener Weise lösen. Dies würde bedingen, daß die gefundenen allgemeinen völkerrechtlichen Lösungsvorschläge später wieder in die einzelnen Rechtsgebiete zurücktransponiert, im Rahmen der diesen eigenen Regelungsmuster ausgeführt und als Maßstab beachtet werden. Dazu sind aber Spezialuntersuchungen³⁹ vonnöten, die weit über den Rahmen des vorliegenden Beitrags hinausreichen.

a) Internationales Privatrecht

Im internationalen Privatrecht sind die Fragen nach der Regelungshoheit seit langer Zeit praktisch kaum mehr erörtert worden⁴⁰. Gleichwohl heißt dies nicht etwa, daß diese hierbei keine Rolle spielen. Vielmehr scheint sich die Staatenpraxis so entwickelt zu haben, daß kein Anlaß zur Behauptung von Völkerrechtsverletzungen bestand und daß darüber hinaus die weitgehende Gewährung von Vertragsfreiheit die Konflikte vermied. Aber grundsätzlich bleibt die Frage, ob und inwieweit ein Staat berechtigt ist, etwa auf einen Verkehrsunfall im Ausland eigenes Deliktrecht anzuwenden, Vermögensübertragungen im Ausland unter Berufung auf eigenes Konkursrecht bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln, im Ausland geschlossene Ehen zu scheiden.

landssachverhalte zu erfassen. Probleme sind jedenfalls bereits im Arbeitsrecht aufgetaucht, vgl. F. Morgenstern/B. Knapp, Multinational Enterprises and the Extraterritorial Application of Labor Law, ICLQ Bd.27 (1978), S.769ff.; *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S.571 (1957); *Benz v. Compañia Naviera Hidalgo*, 353 U.S.138 (1957). Das gleiche gilt vom Konkursrecht, vgl. Bundesgerichtshof, JZ 1983, S.898; Landgericht Bayreuth, RIW 1984, S.320. Es bliebe noch zu prüfen, inwieweit das Umweltschutzrecht und andere öffentlich-rechtliche Teilbereiche hier von Interesse sind. Schließlich wurden aus dem Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts nicht die Regelungen des grenzüberschreitenden Transports, etwa zur See oder in der Luft, erörtert. Hierzu neuerdings *Civil Aeronautics Board v. British Airways Board*, 433 F.Supp.1379 mit Hinweis auf frühere Entscheidungen zum Luft- und Seetransport.

³⁹ Leider sind außerhalb des Privatrechts, Strafrechts, Steuerrechts und des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen solche Untersuchungen noch nicht vorgelegt worden. Andere Bereiche werden aber auch von Mann (Anm.2) gedanken- und materialreich erörtert.

⁴⁰ Ausführlicher aber W. Wengler, Wege zur rechtlichen Steuerung des Verhaltens von Ausländern im Ausland und das internationale Privatrecht, IPRax Bd.3 (1983), S.145ff.; ders., Internationales Privatrecht, in: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar (hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs - BGB-RGRK) (12.Aufl.1981), Bd.6, 1.Teilband, S.13ff.; A. N. Makarov, Internationales Privatrecht und Völkerrecht, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd.2, S.129ff.; F. Reu, Die staatliche Zuständigkeit im internationalen Privatrecht (1938).

Auch wenn es hier nicht möglich ist, die Regeln des internationalen Privatrechts ausführlicher zu betrachten, so lassen sich doch einige Schlußfolgerungen daraus ziehen. Erstens wendet kein Staat sein Recht auf Auslandssachverhalte an, die nicht zu seinem Territorium oder zu seinen Staatsbürgern einen Bezug haben (von Fällen vertraglicher Rechtswahl einmal abgesehen), zu denen also kein Anknüpfungspunkt besteht. Zweitens sind die Anknüpfungspunkte nicht für alle Materien gleich, sondern sie werden je nach den Sachgesetzlichkeiten gewählt, was eine Aussage darüber erschwert, ob sie das Minimum des völkerrechtlich Erlaubten markieren oder den Versuch einer kollisionsrechtlichen Optimierung darstellen. Drittens muß kein Staat fremdes Recht anwenden, das seinem eigenen *ordre public* widerspricht⁴¹. Und viertens muß die Anwendung eigenen Rechts auf Auslandssachverhalte nicht *per se* zu Souveränitätskonflikten führen. Im Privatrecht ist sie jedenfalls anerkannte Praxis, und das Fehlen von Konflikten weist darauf hin, daß die Staaten eine solche Praxis in diesem Bereich nicht als Einmischung in ihre inneren Angelegenheiten ansehen. Das hängt sicherlich auch daran, daß im internationalen Privatrecht ganz überwiegend Privat-, nicht Staateninteressen eine Rolle spielen.

b) Internationales Strafrecht

Auch im Strafrecht gibt es eine seit langem gefestigte Praxis der Erfassung von Auslandssachverhalten⁴². Sie kann auch für das Wirtschaftsverwaltungsrecht durchaus fruchtbar gemacht werden, handelt es sich beim Strafrecht doch um öffentliches Recht im Sinne der kontinentaleuropäischen Terminologie.

Auch hier bestätigt sich, daß Staaten kein Verhalten bestrafen, das nicht einen Anknüpfungspunkt zu ihrer Hoheitssphäre aufweist. Im Unterschied zum Privatrecht aber sind die Anknüpfungspunkte weniger auf die Sachgesetzlichkeit der anzuwendenden Normen des materiellen Rechts bezogen, sondern eher auf die Zulässigkeit der Geltendmachung des hoheitlichen Strafanspruchs. Sie können daher mehr zur Beantwortung der

⁴¹ Es gibt keine Verpflichtung, fremdes Recht unter allen Umständen anzuwenden. Dies gilt selbst für die Lehre von der »Sonderanknüpfung«, siehe III 5.

⁴² Oehler (Anm.31); H.-H. Jescheck, Strafrecht, Internationales, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd.3, S.396 ff.; O. A. Germann, Rechtsstaatliche Schranken im Internationalen Strafrecht, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bd.69 (1954), S.244 ff.; Mann (Anm.2), S.82 ff. Sehr instruktiv auch die Draft Convention with Respect to Crime samt Kommentar des Harvard Research, AJIL Bd.29 (1935) Supplement, S.435 ff.

Frage nach den völkerrechtlichen Grenzen von Hoheitsakten mit Auslandswirkung beitragen.

Das Grundprinzip strafrechtlicher Anknüpfung ist das Territorialitätsprinzip. Alle Taten, die auf dem Territorium eines Staates begangen wurden, können von ihm auch bestraft werden. Auslandsbezug bekommt dieses Prinzip dadurch, daß nur Teile des Tatbestands im Inland verwirklicht werden müssen. Wo ein Erfolg zum Tatbestand gehört, reicht es also aus, daß dieser Erfolg im Inland verwirklicht wurde, auch wenn die Tathandlung im Ausland erfolgte. A schießt in der Bundesrepublik und trifft B in Frankreich tödlich. Die Tat kann in beiden Ländern bestraft werden. In diesen Fällen spricht man vom objektiven Territorialitätsprinzip⁴³. Ein weiteres anerkanntes Prinzip ist das aktive Personalitätsprinzip. Jeder Staat kann ein Verhalten seiner Staatsbürger im Ausland unter Strafe stellen. Hier tun sich aber bereits Kollisionsprobleme auf. Was gilt, wenn die Tat im Ausland, d.h. am Ort der Begehung nicht unter Strafe steht? Gerade das deutsche Strafrecht hat lange Zeit trotzdem bestraft, ohne daß dies – von vereinzelt Stimmen abgesehen – zur Behauptung der Völkerrechtswidrigkeit geführt hätte⁴⁴. Akuter ist die Kollision, wenn ein Staat etwas unter Strafe stellt, was am ausländischen Aufenthaltsort seines Staatsbürgers staatlich angeordnet ist. Daß hier nicht grundsätzlich das Recht des Heimatstaates völkerrechtsgemäß sein muß, zeigt der – allerdings realitätsferne – Fall, daß ein Staat anordnet, seine Bürger müßten auf der ganzen Welt auf der linken Straßenseite fahren. Solche Fälle sind im Strafrecht ersichtlich nie zum Anlaß realer Konflikte geworden – anders als, wie noch zu sehen sein wird, im Wirtschaftsverwaltungsrecht⁴⁵ und im Bereich der Ausübung von Gerichtshoheit. Sie zeigen aber die Bandbreite der Lösungsmuster auf. Entweder gelten beide Anordnungen, dann bleibt dem Adressaten nur die Folge sicherer Strafbarkeit. Oder man verneint die Befugnis des Heimatstaates, unter bestimmten Voraussetzungen, hier etwa wegen des Fehlens jedes materiellen Regelungsinteresses, das Verhalten seiner Bürger im Ausland zu steuern. Oder man sieht diese Voraussetzungen als eine völkerrechtliche Grenze grundsätzlich – wegen des Anknüpfungspunktes der Nationalität – bestehender Regelungshoheit an, wobei dann aber die Frage auftritt, ob nicht auch die im Aufenthaltsstaat geltende Regelung auf ihr Regelungsinteresse zu untersuchen und mithin die Stärke

⁴³ Die Handlung im Ausland zieht einen tatbestandlichen Erfolg im Inland nach sich. In der Sache handelt es sich um eine Erweiterung des Tatortbegriffs, vgl. Oehler (Anm.31), S.200ff.; vgl. auch Harvard Research (Anm.42), S.487ff.

⁴⁴ Mann (Anm.2), S.88f.

⁴⁵ Siehe dazu unten V 1.

der beiderseitigen Anknüpfungspunkte gegeneinander abzuwägen ist. All dies bleibt im strafrechtlichen Bereich reichlich hypothetisch, aber die Bedeutung solcher Fragen wird im Wirtschaftsverwaltungsrecht noch zu sehen sein.

Ein weiteres Problem des Personalitätsprinzips ist seine Erstreckung über den Kreis der Staatsangehörigen hinaus auf solche Personen, die ihren Wohnsitz, Geschäftssitz oder dauernden Aufenthalt im betreffenden Staat haben oder die dort dauerhaft Geschäfte abwickeln, wie dies im angelsächsischen Rechtsbereich üblich ist⁴⁶.

Im Strafrecht findet sich noch, neben weiteren Anknüpfungen wie etwa dem Weltrechtsprinzip, dem Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege, dem umstrittenen passiven Personalitätsprinzip⁴⁷, das Schutzprinzip, das die Bestrafung von Auslandstaten gestattet, welche gegen den Bestand des Staates und seiner höchsten Rechtsgüter gerichtet sind. Die Anwendbarkeit dieses Prinzips auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht wird noch zu prüfen sein.

Die Frage einer Übertragbarkeit aller dieser Prinzipien auf andere Regelungsbereiche im Sinne eines generalisierten Anknüpfungskataloges, der völkerrechtliche Mindestvoraussetzungen für staatliche Hoheitsakte mit Auslandswirkung enthält, ist nicht einfach undifferenziert negativ oder positiv zu beantworten. Man muß dabei in Rechnung stellen, daß sich die strafrechtlichen Prinzipien im Rahmen der Bedürfnisse des Strafrechts entwickelt haben, welche sich von anderen Bereichen durchaus unterscheiden können. Weiter ist zu fragen, ob die Staaten im Strafrecht ihre zulässige Regelungshoheit voll ausgeschöpft haben und ob dieser Rahmen überhaupt für alle Rechtsgebiete gleich ist, oder ob sich wenigstens ein kleinster gemeinsamer Nenner finden läßt.

c) Internationale Zuständigkeit der Gerichte

Inwieweit Ausländer staatlicher Gerichtsbarkeit auch für Fälle unterworfen sind, in denen Auslandssachverhalte Streitgegenstand sind, hängt sicherlich eng mit dem anzuwendenden materiellen Recht zusammen. Dennoch läßt sich nicht sagen, daß immer, wenn fremdes Recht anwendbar ist, die eigene internationale Zuständigkeit fehlt oder umgekehrt, daß immer dann, wenn eigenes Recht anzuwenden ist, diese Zuständigkeit

⁴⁶ Vgl. dazu Mann (Anm.2), S.76 ff., für die Frage der Zivilgerichtsbarkeit.

⁴⁷ Taten gegen einen eigenen Staatsangehörigen im Ausland, gleich welcher Nationalität der Täter ist. Vgl. dazu Oehler (Anm.31), S.413 ff.

gegeben wäre. So haben die Staaten Anknüpfungskriterien in Form der Gerichtsstände entwickelt, die vom anwendbaren materiellen Recht unabhängig sind. Auch in diesem Rechtsgebiet sind völkerrechtliche Erörterungen über die Zulässigkeit von Gerichtsständen rar⁴⁸. Am umstrittensten ist wohl etwa die französische Regelung, wonach Franzosen Auslandssachverhalte zum Gegenstand französischer Gerichtsverfahren gegen Ausländer machen können, ohne daß eine sonstige Verknüpfung des Sachverhalts mit Frankreich vorliegen muß⁴⁹.

Auch hier muß es im Rahmen dieser Untersuchung genügen festzustellen, daß kein Staat ohne Anknüpfungspunkte seine internationale Zuständigkeit annimmt. Ein klassisches Beispiel ist hier die amerikanische Rechtsprechung zu den erforderlichen *minimum contacts*⁵⁰, die zwar auf die *due process clause* der Verfassung gestützt ist und ursprünglich zum Verhältnis der Bundesstaaten untereinander entwickelt wurde, aber auch für die internationale Zuständigkeit ein absolutes Minimum markiert. Eine Untersuchung der Zulässigkeit der einzelnen Gerichtsstände kann nicht vorgenommen werden, ist vorliegend aber auch deswegen nicht notwendig, weil hierüber kaum einmal Streit zwischen den Staaten aufgetaucht ist.

Allerdings ist dieses Rechtsgebiet in einer weiteren Frage, darauf wurde bereits hingewiesen, in den Brennpunkt des Interesses gerückt, nämlich inwieweit durch Verfahrensakte eines Gerichts, dessen internationale

⁴⁸ Vgl. z. B. skeptisch J. Schröder, Internationale Zuständigkeit (1971), S.766. Soweit Autoren aber sich hiermit genauer beschäftigen, wird jedenfalls ein minimaler Anknüpfungspunkt zwischen Gerichtsstaat, Parteien und Sachverhalt gefordert: Kegel (Anm.31), S.482ff.; W. Jellinek, Die zweiseitigen Staatsverträge über die Anerkennung ausländischer Zivilurteile (1953), S.218; Wengler (Anm.2), S.947f. und dort Anm.4; J. Kropholler, in: Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts, Bd.1 (1982), Kapitel III, Rdnr.39ff.; Wengler, Internationales Privatrecht (Anm.40), S.14ff.; Mann (Anm.2), S.73ff. A. Miaja de la Muela, Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international, RdC Bd.135 (1972 I), S.3ff., verneint dagegen völkerrechtliche Grenzen der Zuständigkeit. Zur Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland A. Walchshöfer, Die deutsche internationale Zuständigkeit in der streitigen Gerichtsbarkeit, Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd.80 (1967), S.165ff.

⁴⁹ Siehe hierzu Mann (Anm.2), S.79f.

⁵⁰ Siehe hierzu H. Schack, Jurisdictional Minimum Contacts Scrutinized – Innerstaatliche und Internationale Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte (1983), sowie die bedeutenden Entscheidungen *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S.310 (1945); *Shaffer v. Heitner*, 433 U.S.186 (1977); *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, 444 U.S.286 (1980). Wie bedenklich weit diese Doktrin aber führen kann, zeigt *Insurance Corp. of Ireland, Ltd. v. Compagnie des Bauxites de Guinée*, 456 U.S.694 mit Anm. H. Schack, Internationale Zuständigkeit als Strafe für die Nichtbefolgung von discovery-Befehlen, IPRax Bd.4 (1984), S.168ff.

Zuständigkeit unumstritten ist, Anordnungen mit faktischer Wirkung auf das Ausland erlassen werden dürfen. Ausgangspunkt aller Streitigkeiten ist das *discovery*-Verfahren des amerikanischen Prozesses, in dessen Rahmen eine Partei mit gerichtlicher Sanktionsdrohung von der anderen die Vorlage von Dokumenten zu Beweis Zwecken verlangen kann. In den Fällen, um die es hier geht, wendete die Gegenpartei dann ein, die Dokumente befänden sich im Ausland. Nun haben einige Staaten Gesetze, wonach die Herausgabe von geschäftlichen Unterlagen an ausländische Hoheitsträger ohne Genehmigung einer zuständigen Stelle rechtswidrig oder gar, wie etwa nach § 273 des schweizerischen Strafgesetzbuchs, strafbar ist⁵¹. In anderen Staaten unterliegen die Informationen, wenn sie zum Beispiel bei Banken belegen sind, einem schuldrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Berufsgeheimnis wie etwa dem Bankgeheimnis⁵².

Da amerikanische Richter sich von einer solchen ausländischen Rechtslage nicht ohne weiteres beeindrucken lassen, kann es zu Konflikten mit dem ausländischen Staat kommen, oder der Anordnungsadressat gerät in einen Befolgungskonflikt. Im *Interhandel*-Fall⁵³, der schließlich vom Supreme Court entschieden wurde, konnte die Klägerin einer amerikanischen *discovery*-Anordnung nicht nachkommen, weil die verlangten Dokumente von den schweizerischen Behörden beschlagnahmt wurden. Die gleiche Konstellation findet sich in jüngster Zeit im Steuerstrafverfahren gegen *Marc Rich*⁵⁴. Im *Westinghouse*-Verfahren⁵⁵ stieß eine gerichtliche *discovery*-Anordnung auf die kanadischen Uranium Information Security Regulations, welche die Auslieferung der in Kanada belegenen Dokumente verboten.

Wie solche Fälle von amerikanischen Gerichten behandelt wurden, nachdem die Konflikte manifest wurden, soll später erörtert werden. Hier ist nur erwähnenswert, daß britische Gerichte solche Anordnungen, wenn

⁵¹ Vgl. dazu unten Anm.237.

⁵² Allgemein zur Problematik unter völkerrechtlichen Gesichtspunkten F. A. Mann, Staatliche Aufklärungsansprüche und Völkerrecht, in: Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd.81 (1983), S.529 ff. C. J. Heise, Die Vorlage im Ausland belegener Geschäftsunterlagen (Diss. Göttingen 1975); E. Nordmann, Die Beschaffung von Beweismitteln aus dem Ausland durch staatliche Stellen (1979); K. Stockmann, Kartellbehördliche Ermittlungen im Ausland, WuW Bd.25 (1975), S.243 ff.; C. Canenbley (Hrsg.), Enforcing Antitrust against Foreign Enterprises (1981), S.20 ff.; Großfeld (Anm.2), S.184 ff.

⁵³ *Société Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales, S.A. etc. v. Rogers*, 357 U.S.197 (1958).

⁵⁴ *In re Marc Rich & Co, A.G.* 707 F.2d 663 (2d Cir.).

⁵⁵ Hierzu Meng (Anm.25), S.476.

sie nicht im Rahmen ordnungsgemäßer Rechtshilfe verfolgt wurden, bereits grundsätzlich als eine Verletzung der Souveränität des Vereinigten Königreichs ansahen⁵⁶. Andere Staaten machten eine Völkerrechtsverletzung in Protestnoten oder in *amicus curiae briefs* bei den Gerichten geltend⁵⁷. Die deutsche Bundesregierung hat im Bundestag erklärt, solche Anordnungen verstießen zwar nicht gegen die Souveränität der Bundesrepublik, sie könnten aber die Rechtshilfevereinbarungen unterlaufen⁵⁸.

Hier geht es also wieder um die bereits angesprochene Problematik der Zulässigkeit von Anordnungen, welche öffentlich-rechtlichen Regelungen im Aufenthaltsstaat des Adressaten widersprechen. Die *Bankgeheimnis-Fälle*⁵⁹ zeigen aber, daß auch entgegenstehendes ausländisches Zivilrecht zu Konflikten führen kann, wenn es zur Grundlage entsprechender gerichtlicher Anordnungen wird. Ein Beispiel hierfür ist der Fall *Krupp/Deutsche Bank*⁶⁰.

In einer Grand-Jury-Untersuchung gegen die Firma Krupp erließ ein Gericht in Michigan *subpoenas* gegen die Deutsche Bank AG, um die Herausgabe von Krupp betreffende Unterlagen, die unter anderem in Frankfurt und Kiel lagen, zu erzwingen. Die Berufung der Bank auf ihre vertragliche Verpflichtung zur Wahrung des Bankgeheimnisses half ihr vor dem amerikanischen Richter nichts. Auf Antrag von Krupp erließ jedoch das Landgericht Kiel zunächst eine einstweilige Verfügung und später ein Urteil, das der Bank die Herausgabe wegen der Einhaltung des vertraglichen Bankgeheimnisses verbot. Das vertragliche Recht des Bankkunden werde von Art.2 Abs.1 Grundgesetz geschützt. Damit sollte dem Bankgeheimnis offensichtlich ein Platz im Kreis der staatlichen Interessen zugewiesen werden. Dieses Geheimnis müsse nur Anordnungen deutscher Gerichte und Behörden weichen. Ausländische Gerichte hätten dagegen keine Jurisdiktions- oder Weisungsbefugnis gegenüber einem deutschen

⁵⁶ So etwa *Radio Corp. of America v. Rauland Corporation and another*, [1956] 1 All ER 260 (Q.B.), *Rio Tinto Zinc Corp. and others v. Westinghouse Electric Corp.*, [1978] 1 All ER 434 (H.L.); *X AG and others v. A Bank*, [1983] 2 All ER 464 (Q.B.).

⁵⁷ Siehe z. B. die *amicus briefs* von Kanada und Großbritannien in der *Uranium Antitrust Litigation*, *Lowe* (Anm.2), S.106ff., 156.

⁵⁸ Abgedruckt in *Der Betrieb*, Bd.36 (1983), S.1086. Auf die Bedeutung von Rechtshilfekonventionen als *lex specialis* für Fälle der Beweisaufnahme im Ausland weist auch der *amicus curiae brief* der amerikanischen Regierung im Falle *Volkswagenwerk Aktiengesellschaft v. Falzon* (ILM 23 [1984], S.412) hin.

⁵⁹ Vgl. auch z. B. *In re First National City Bank*, 285 F.Supp.845 (S.D.N.Y. 1968); *U.S. v. First National City Bank*, 396 F.2d 897 (2d Cir.1968); *SEC v. Banca Svizzera Italiana*, 92 F.R.D. 111 (S.D.N.Y.1981). Vgl. auch Anm.61.

⁶⁰ *In re Grand Jury* 81-2, 550 F.Supp.24 (W.D. Mich.1982); Landgericht Kiel, RIW 1983, S.206.

Unternehmen in Deutschland. Es sei »schwer vorstellbar, daß ein amerikanisches Gericht in dem Verhalten, das der Anordnung eines deutschen Gerichts entspricht, eine Mißachtung der Strafverfolgungsbehörde oder des Gerichts der Vereinigten Staaten sieht«. Gleichwohl war aber dieses amerikanische Gericht geneigt, daraufhin wegen der Weigerung der Bank Geldbußen zu verhängen, wozu es nur deswegen nicht kam, weil die amerikanische Regierung einen Rechtshilfeantrag an die deutsche Regierung stellte. Dieser Weg stellte sich dann als der effektivere heraus, ganz im Gegensatz zur Meinung des Gerichts, das ihn als unnötige Formalität und als "much less desirable" bezeichnete. In weniger als einem Monat wurden die verlangten Dokumente den USA übermittelt, später sogar noch weitere, und schließlich wurde 1983 das Verfahren eingestellt⁶¹.

Dieser Fall eröffnet wiederum einige neue Perspektiven der Thematik. Wenn die Einhaltung privatrechtlicher Verträge zum Staatsinteresse gemacht wird, was auch schon im Fall des Erdgas-Röhren-Embargos festzustellen war, so erhöht sich das Konfliktpotential. Ist ein Vertrag in einem Staat erlaubt, so würde er über das Staatsinteresse an der Beachtung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* automatisch zum Zankapfel. Insoweit scheint die Entscheidung des Landgerichts Kiel zu weit zu gehen. Nicht einmal Art. 273 des schweizerischen Strafgesetzbuchs schützt in jedem Falle das Bankgeheimnis. In einem *amicus curiae brief* vom 31. Mai 1979 an den District Court des nördlichen Distrikts von Illinois weist der schweizerische Botschafter in Washington darauf hin⁶², daß die Vorschrift nur dann ohne Einschränkung gilt, "if there is a Swiss interest in keeping such information secret". Weiter aber heißt es, "if a conflict arises between a third party's legitimate interest in keeping documents secret and the interest of the corporations in disclosing the information, the preponderant interest will be decisive". Ob also in jedem Falle eine ausländische Gerichtsanordnung die Pflicht zur Vertragserfüllung unberührt läßt, oder ob nicht im deutschen Zivilrecht hier eine flexiblere Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der nicht zu vertretenden Leistungsstörung Platz greifen sollte, müßte näher untersucht werden.

Zweitens lehrt der *Krupp*-Fall, daß sich leider die amerikanischen Gerichte oft ohne rechtlichen, aber auch ohne praktischen Grund bei ihren Anordnungen mit Auslandswirkung über die bewährten Grundsätze der

⁶¹ Vgl. zum ganzen Fall U. Bosch, Das Bankgeheimnis im Konflikt zwischen US-Verfahrensrecht und deutschem Recht, IPRax Bd. 3 (1983), S. 127 ff., und E. Stiefel/W. Petzinger, Deutsche Parallelprozesse zur Abwehr amerikanischer Beweiserhebungsverfahren, RIW 1983, S. 242 ff.

⁶² In Lowe (Anm. 2), S. 135 ff.

Rechtshilfe hinwegsetzen und so unnötig Streit hervorrufen. Dies geht nicht nur zu Lasten der betroffenen Staaten, sondern auch der betroffenen Personen. Wo der Weg der Rechtshilfe offen steht, sollte ihm bereits aus Gründen der Konfliktvermeidung der Vorzug gegeben werden. Unter Umständen wird auch eine Auslegung der entsprechenden Abkommen ergeben, daß sie, entgegen der Auffassung amerikanischer Gerichte, nicht ein Mittel nach Wahl, sondern abschließende *lex specialis* für die Rechtsdurchsetzung mit Auslandsbezug sind.

Amerikanische Gerichte haben sich mit einer gewissen Verwunderung gefragt, warum sie in diesen Fällen nicht die gleichen Befugnisse haben sollten wie bei reinen Inlandsstreitigkeiten⁶³. Dies zeigt einen Mangel an Sensibilität für die Tatsache, daß bei Auslandsbezug immer die Souveränität der Staaten ins Spiel kommt, die, wie später noch zu sehen sein wird, nicht allein ein formales Prinzip ist. Die Tatsache, daß Richter häufig einseitig die Belange ihrer eigenen Rechtsordnung sehen und Souveränitätskonflikte nicht sachgerecht behandeln können oder wollen, muß im folgenden im Auge behalten werden.

Und schließlich zeigt dieser Fall eine der Hauptquellen aller dieser Streitigkeiten auf: die großen Rechtsunterschiede zwischen den Staaten. Die USA lassen etwa im Rahmen ihrer *discovery*-Ausforschungsbeweise, *fish-ing expeditions* zu, die der Rechtstradition anderer Staaten diametral entgegenstehen. Solche Rechtsunterschiede schaffen, wie insbesondere im Kartellrecht noch zu sehen sein wird, Konflikte, in denen genuine Souveränitätsinteressen der Staaten nur vordergründig eine Rolle spielen. In Wirklichkeit geht es um die Frage, ob das ausländische Recht nicht die eigenen Bürger oder Ansässigen ungerecht oder überhart behandelt. Solche Nebengesichtspunkte sind unterhalb der Schwelle von Menschenrechts- oder Fremdenrechtsverletzungen zwar rechtlich kaum faßbar, sie müssen jedoch bei der Beurteilung von Konflikten jedenfalls in politischer Hinsicht beachtet werden.

Immer wieder tauchen in diesem Bereich Streitfragen hinsichtlich der Zuständigkeit von Gerichten auf, ihre Hoheitsakte unter Umgehung der für die Rechtshilfe vorgesehenen Verfahren per Post zuzustellen oder die Zustellung an eine Muttergesellschaft im Ausland an die Adresse einer rechtlich selbständigen Tochtergesellschaft im Gerichtsstaat vorzunehmen⁶⁴. Im ersten Fall ist die Problematik der Vornahme von Hoheitsakten

⁶³ U.S. v. *First National City Bank*, 396 F.2d 897, *In re Grand Jury Proceedings: U.S. v. Bank of Nova Scotia*, 691 F.2d 1384, 1391.

⁶⁴ Vgl. hierzu die in Anm.52 zitierten Autoren sowie W. Meng, Extraterritoriale Anwendung der Wettbewerbsregeln, in: H. von der Groeben [u.a.], Kommentar zum

im Ausland angesprochen, die wie gesagt grundsätzlich verboten ist. Nur mit Zustimmung des betroffenen Staates kann also eine einfache Postzustellung vorgenommen werden. Hier ist allerdings genau der Inhalt des zuzustellenden Schriftstücks zu prüfen. Handelt es sich nicht um einen belastenden Hoheitsakt, sondern um eine Aufforderung, die Möglichkeit rechtlichen Gehörs wahrzunehmen, so dürfte eine Postzustellung die völkerrechtlichen Grenzen regelmäßig nicht überschreiten⁶⁵.

Im zweiten Fall geht es um die Frage der zulässigen Annahme einer Unternehmenseinheit, in der Sache also um eine Umkehrung der Kontrolltheorie. Hoheitsgewalt über die Muttergesellschaft wird vermittels der inländischen Tochter ausgeübt. Wieweit dies völkerrechtlich erlaubt ist, wird noch zu erörtern sein.

d) Internationales Steuerrecht

Grenzüberschreitende wirtschaftliche Aktivitäten, aber auch die zunehmenden Kapitalströme über die Grenzen hinweg bringen es mit sich, daß die Staaten Auslandssachverhalte besteuern. Auch im Steuerrecht haben sich hierfür Anknüpfungspunkte herausgebildet⁶⁶: Territorialität, Nationalität (besonders ausgeprägt in den USA), Wohnsitz, Geschäftssitz, Belegenheit u.a. Ein minimaler Kontakt ist also auch hier die Voraussetzung für die Steuerhoheit. Wo hier die Grenze verläuft, ist nicht völlig klar⁶⁷. Könnte ein Staat etwa einen Touristen besteuern, der sich nur zwei Tage auf seinem Territorium aufhält? Zu zwischenstaatlichen Streitigkeiten scheint es insoweit noch nicht gekommen zu sein.

EWG-Vertrag (3. Aufl. 1983), Vorbemerkung zu den Artikeln 85–89, Rdnr. 29ff., 34c mit weiteren Literaturnachweisen dort in Anm. 87, und Mann (Anm. 2), S. 132ff. Bemerkenswerte Zurückhaltung übt die amerikanische Entscheidung *F.T.C. v. Compagnie de Saint-Gobain Pont-à-Mousson*, 636 F.2d 1300 (D.C.D.C. 1980). Ebenso Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 63, 343.

⁶⁵ So die ganz überwiegende Auffassung, vgl. Anm. 64. Vgl. auch Art. 10 des Haager Übereinkommens über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 15.11.1965 (BGBl. 1977 II, S. 1453). Gegen die Postzustellung haben eine Reihe von Staaten, darunter die Bundesrepublik Deutschland, ihren Widerspruch erklärt.

⁶⁶ Vgl. z. B. O. Bühler, *Steuerrecht, Internationales*, in: Strupp-Schlochauer, *Wörterbuch*, Bd. 3, S. 377ff.; V. Kluge, *Das Internationale Steuerrecht der Bundesrepublik* (1983), S. 27ff.; G. Tixier/G. Gest/J. Kerogues, *Droit Fiscal International* (2. Aufl. 1980). A. Knechtle, *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts* (1976), S. 68ff.; M. Norr, *Jurisdiction to Tax and International Income*, *Tax Law Review*, Bd. 17 (1962), S. 431ff.; Mann (Anm. 2), S. 109ff. Zu den Anknüpfungspunkten das Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 63, 343.

⁶⁷ Vgl. hierzu insbesondere Mann (Anm. 2).

Konflikte können auftreten, wenn zwei Staaten den gleichen Sachverhalt besteuern. Dies sind zwar keine rechtlichen Konflikte, denn eine doppelte Besteuerung bedeutet nicht die gegenteilige Regelung des gleichen Sachverhalts. Wohl aber können wirtschaftliche Konflikte entstehen, denn eine hohe Steuerlast kann Aktivitäten erdrosseln. Um dem vorzubeugen, gibt es eine große Anzahl von Doppelbesteuerungsabkommen. Wo Konflikte offen bleiben, wird nach koordinierenden Prinzipien wie etwa der »Rücksichtnahme« gesucht⁶⁸. Dies fällt weitgehend mit dem Anliegen dieser Untersuchung zusammen.

4. Insbesondere: das Wirtschaftsverwaltungsrecht

Die voranstehend erörterten Rechtsgebiete sind von großer Wichtigkeit. Trotzdem soll das Wirtschaftsverwaltungsrecht als Basis dieser Untersuchung dienen. Hierfür gibt es mehrere Gründe. In den letzten Jahren zeigt sich die wachsende Bedeutung wirtschaftsregelnder Eingriffe der Staaten für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr. Das, was die Entwicklung des internationalen Privatrechts fördern sollte, die Freiheit des Handels über die Grenzen durch Rechtssicherheit und Entscheidungsharmonie sowie durch sachgerechte Regelungen, und was auch die Liberalisierungsbemühungen etwa im Rahmen des GATT oder der regionalen Wirtschaftszusammenschlüsse entwickelt haben, wird durch die dynamische Entwicklung staatlicher Wirtschaftslenkung wieder gefährdet. Hier droht erneut Rechtsunsicherheit, dies zeigen die Probleme, von denen die Rede sein wird. In keinem anderen Rechtsgebiet treten die Staatenkonflikte so deutlich zutage wie in diesem, werden die unterschiedlichen Rechtsbehauptungen über Zulässigkeit und Grenzen staatlicher Hoheitsakte mit Auslandswirkung mit größerer Schärfe formuliert. In keinem anderen Gebiet scheint eine einvernehmliche Regelung durch die Staaten schwieriger zu sein. Die Gründe hierfür wurden bereits erwähnt.

Und noch ein weiterer, dogmatisch-systematischer Gesichtspunkt ruft das Interesse an diesem Sachgebiet wach. Verwaltungsrecht ist herkömmlich eher auf die Wahrnehmung der Staatsaufgaben im Staatsgebiet konzentriert. Erst die Öffnung der Grenzen für Güter und Menschen bringt es mit sich, daß Auslandssachverhalte in verstärktem Maße auf staatliche Reglungsziele Einfluß ausüben. Bestand daher bisher wenig Anlaß, für das Verwaltungsrecht wie für das Zivilrecht Konfliktregeln im Verhältnis zu

⁶⁸ W. Ritter, *Das Prinzip Rücksicht*, Betriebs-Berater, Bd.18 (1984), S.1109ff.; V. Langbein, *Grenzen fiskalischer Souveränität im Verhältnis zu den USA*, RIW Bd.29 (1983), S. 747ff.

ausländischem Recht zu entwickeln⁶⁹, so wird ein Bedürfnis danach heute spürbarer, auch wenn hier vieles noch im Ansatz steckt. Hier ist eine Entwicklung in Gang gekommen, obwohl das Bild in Praxis und Lehre noch recht diffus ist. Es ist Aufgabe der Rechtswissenschaft, diesen Prozeß einmal beobachtend zu begleiten, ihm zum anderen durch Lösungsvorschläge auch Impulse zu geben.

Hierzu beizutragen ist das Anliegen dieser Untersuchung. Der Verfasser ist sich dessen bewußt, daß er angesichts des relativen Rohzustandes, in dem sich sein Beobachtungsgegenstand noch befindet, auf einem dünnen Grat zwischen *lex ferenda* und *lex lata* wandelt. Er gibt sich auch nicht der Hoffnung hin, den schwankenden Boden der zu erörternden Rechtsprobleme hiermit ein für allemal zu befestigen. Sein Ziel ist es, auf Grund des geltenden Völkerrechts eine Problemlösung zu finden, die den Eigengesetzlichkeiten und sachlichen Bedürfnissen des internationalen Wirtschaftsverkehrs angemessen ist und die hierzu erforderliche Flexibilität besitzt.

Bevor aber die Grundsatzfragen ins Auge gefaßt werden können, soll zunächst aufgezeigt werden, welche Vielfalt von Konflikten im Wirtschaftsverwaltungsrecht inzwischen aufgetreten ist.

a) Außenwirtschaftsrecht

Am Beispiel des amerikanischen Erdgas-Röhren-Embargos ist bereits deutlich geworden, in welchem Umfang der Export Administration Act 1979 Regelungen mit Auslandswirkung gestattet⁷⁰.

Ein weiteres Konfliktfeld wird durch die Antiboykottgesetzgebung der Export Administration Amendments 1977 eröffnet⁷¹. Sie ist eine Antwort

⁶⁹ Vgl. dazu Vogel (Anm.2) *passim*.

⁷⁰ Anm.10. Eine Auswahl an Schriften hierzu findet sich bei Lebedoff/Raievski (Anm.9) dort Anm.7. Vgl. weiter P.B. Fazzone, Business Effects of the Extraterritorial Reach of the U.S. Export Control Laws, New York University Journal of International Law and Politics, Bd.15 (1983), S.545 ff.; B. Audit, Extraterritorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien, Revue critique de droit international privé, Bd.72 (1983), S.16 ff.; H. H. Tittmann, Extra-territorial Application to U.S. Export Control Laws on Foreign Subsidiaries of U.S. Corporations: An American Lawyer's View from Europe, The International Lawyer, Bd.16 (1982), S.731 ff.; Th. Oppermann, Der U.S.-Export Administration Act als Grundlage für Exportrestriktionen, RIW 1982, S.1828.

⁷¹ Note, The Arab Boycott: The Antitrust Challenge of *United States v. Bechtel* in Light of the Export Administration Amendments of 1977, Harvard Law Review, Bd.92 (1979), S.1440 ff.; H. M. Friedman, Confronting the Arab Boycott, Harvard International Law Journal, Bd.19 (1978), S.443 ff.; H. Pfeifer, Anti-Boycott Legislation, Harvard International Law Journal, Bd.19 (1978), S.349 ff.

auf den Boykott Israels durch die Arabische Liga, wonach unter anderem ausländische Firmen mit engen Geschäftsbeziehungen zu Israel auf schwarze Listen gesetzt werden, die sie von weiteren Geschäften mit arabischen Staaten ausschließen. Der tertiäre Effekt dieses Boykotts war, daß Firmen, die andere Unternehmen, welche solchermaßen auf schwarze Listen gesetzt waren, als Erfüllungsgehilfe benutzten, selbst auf schwarze Listen gesetzt wurden. Im Ergebnis bedeutete dies, daß Unternehmen auf den Listen auch von amerikanischen Firmen quasi »boykottiert« werden mußten, wollten diese nicht ihre arabischen Märkte verlieren. Ein solches Verhalten wurde aber durch die Amendments einer "United States person", mit bestimmten Ausnahmen, untersagt. Bei der Bestimmung dieser Qualifikation tauchen die gleichen Probleme auf wie beim Erdgas-Röhren-Embargo, denn hierzu werden – im Sinne der Kontrolltheorie – auch amerikanisch beherrschte ausländische Unternehmen gezählt. Die Gesetzgebung läßt allerdings, wenn auch beschränkt, Ausnahmen zugunsten der Befolgung des Rechts des Sitzstaates einer "United States person" zu.

Daß die Anwendung der Kontrolltheorie zur Erweiterung des Anwendungsbereichs von Außenwirtschaftsrecht zu Souveränitätskonflikten führen kann, ist bereits aus den sechziger Jahren bekannt, als das amerikanische Embargo gegen China auf der Grundlage des Trading with the Enemy Act auf einen Liefervertrag der Firma Fruehauf France, im Mehrheitsbesitz der Fruehauf Corporation, Detroit, über Sattelschlepper für die Volksrepublik China, angewendet wurde. Auf Intervention der amerikanischen Regierung untersagte die amerikanische Muttergesellschaft ihrer französischen Tochter die Ausführung des Geschäfts. Nach Rücktritt der französischen Direktoren setzte ein französisches Gericht vorübergehend einen Verwalter für Fruehauf France ein, der den Liefervertrag erfüllen sollte⁷².

b) Gesellschaftsrecht

Die grenzüberschreitende Verflechtung von Konzernen wirft die Frage auf, wie weit ein Staat rechtlich selbständige ausländische Mutter- oder Tochtergesellschaften inländischer Unternehmen in den Erstreckungsbereich seiner gesellschaftsrechtlichen Vorschriften einbeziehen darf. Bisher ist es auf diesem Gebiet ersichtlich noch nicht zu Streitigkeiten gekommen. Ein EWG-Richtlinienvorschlag über die Unterrichtung und Anhörung der

⁷² Vgl. hierzu Großfeld (Anm.2), S.92ff. In Deutschland sah der Bundesgerichtshof (BGHZ 34, 169) die Umgehung einer amerikanischen Embargovorschrift als Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) an. Die französische Entscheidung ist in ILM Bd.5 (1966), S.476 abgedruckt.

Arbeitnehmer, die sogenannte »Vredeling-Richtlinie«⁷³, sieht aber vor, daß unter bestimmten einschränkenden Voraussetzungen Mutterunternehmen von EG-Tochtergesellschaften, auch wenn sie ihren Sitz in Drittländern haben, Arbeitnehmern ihrer Tochterunternehmen regelmäßige Informationen über die Tätigkeiten aller Konzernunternehmen sowie von Fall zu Fall über beabsichtigte Entscheidungen im Konzern, welche schwerwiegende Folgen für die Arbeitnehmer der EG-Tochterunternehmen haben können, geben muß. Hier kommen zwei neue Anknüpfungspunkte ins Blickfeld, die uns noch näher beschäftigen werden: die Unternehmens-einheit und die Auswirkungen von Auslandssachverhalten auf das Inland. Im weiteren Umfeld dieses gesellschaftsrechtlichen Konfliktbereichs liegt auch die Anordnung der USA aus dem Jahre 1968, daß amerikanische Mutterunternehmen Dividenden, Zinsen und Gewinne ihrer ausländischen Tochterunternehmen in die Vereinigten Staaten transferieren mußten⁷⁴. Wegen der beträchtlichen Kapitalabflüsse führte dies zu Konflikten mit betroffenen Drittstaaten.

c) Kapitalmarkt- und Anlegerschutzrecht

Kapitalanlagen (*securities*) sind in den USA Gegenstand besonders starken Schutzes. Hierzu gehören nicht nur Wertpapiere, sondern auch andere Investitionen wie zum Beispiel bestimmte Immobilien-Investments. Über die Einhaltung dieser Vorschriften, die im Bundesrecht auf den Securities Act 1933⁷⁵ und den Securities Exchange Act 1934⁷⁶ gestützt und im Verordnungswege ausgefüllt sind, wacht die Securities and Exchange Commission (SEC). Gegenstand dieses Schutzes sind beispielsweise die Börsen-Prospekthaftung oder Insidergeschäfte.

Die Anwendung dieses Rechts auf schädigende Handlungen oder Unterlassungen außerhalb der USA ist in einer Reihe amerikanischer Gerichtsentscheidungen⁷⁷ deutlich geworden. Dies ist einmal dann der Fall, wenn

⁷³ Dokument Kom (83) 292 endg. vom 8.7.1983.

⁷⁴ Foreign Investment Regulations, 15 C.F.R. §§ 1000.202 und 203 (1968); Executive Order No. 11387, 12 U.S.C.A. § 95a app. at 151. Vgl. hierzu D. Carreau/P. Juillard/T. Flory, *Droit international économique* (2. Aufl. 1980), S. 64.

⁷⁵ 15 U.S.C.A. §§ 77a-x. Vgl. dazu U. Stürmer, Die neuere Entwicklung der extraterritorialen Anwendung amerikanischer Securities Regulations, RIW 1983, S. 641 ff. mit vielen weiteren Nachweisen zum Schrifttum; ders., Die extraterritoriale Anwendung amerikanischer Anlegerschutzbestimmungen (1978).

⁷⁶ 15 U.S.C.A. §§ 78a-z. Vgl. dazu J. J. Norton, Extraterritorial Jurisdiction of U.S. Antitrust and Securities Laws, ICLQ Bd. 28 (1979).

⁷⁷ Vgl. dazu Norton; für die neueste Zeit Stürmer, Die neuere Entwicklung (Anm. 75).

wesentliche Teile der Tathandlungen in den USA erfolgen, oder auch ganz generell, wenn die Kapitalmärkte der USA wesentlich beeinträchtigt werden. Im letzteren Falle werden also wieder die Auswirkungen auf das Inland als Anknüpfungspunkt gewählt.

Wie dies in der Praxis aussieht, sei am Falle *IIT v. Cornfeld*⁷⁸ demonstriert, der vom Court of Appeals für den Second Circuit im Jahre 1980 entschieden wurde. Es ging um eine Schadensersatzklage gegen hohe Manager des früheren IOS-Anlagefonds wegen verbotenen Insider-Handels. Eine der inkriminierten Transaktionen war der Erwerb von Eurodollar-Schuldverschreibungen in Luxemburg, welche von einer Gesellschaft auf den niederländischen Antillen emittiert worden waren. Das Geschäft hing zusammen mit dem Erwerb anderer, US-amerikanischer Schuldverschreibungen. Die Gesellschaft auf den Antillen war eine Finanzierungsgesellschaft im alleinigen Besitz einer amerikanischen Firma, welche die Eurodollar-Schuldverschreibungen garantiert hatte. Diese sollten später in Aktien der amerikanischen Muttergesellschaft umgewandelt werden. Der Emissionsprospekt war in den USA erstellt, geprüft und gedruckt worden. Diese Gesichtspunkte waren Judge Friendly Anknüpfung genug, um die amerikanischen Schutzvorschriften auf das Auslandsgeschäft anzuwenden. Völkerrechtliche Bedenken, die hier sicherlich naheliegen, kamen ihm nicht, der überstaatliche Aspekt wurde mit einer Bemerkung erledigt, welche wiederum ein Beispiel für die mangelnde Sensibilität für internationale Sachverhalte ist, von der bereits die Rede war: "If our anti-fraud laws are stricter than Luxembourg's, that country will surely not be offended by their application".

Ein Nebenweig der Securities-Gesetzgebung, in dem ebenfalls Auslandsbezüge sichtbar werden, ist der Foreign Corrupt Practices Act von 1977⁷⁹, der unter anderem die Zahlung von Bestechungsgeldern an ausländische Beamte, Politiker und Parteien untersagt. Diesem Verbot unterliegen in bestimmtem Umfang nach Section 103 alle die Rechtssubjekte, welche nach den Securities Acts der Hoheitsgewalt der SEC unterliegen, von der soeben die Rede war. Nach Section 104, die ein weitergehendes

⁷⁸ *IIT, An International Investment Trust v. Cornfeld*, 619 F.2d 909 (2nd Cir.1980). Vgl. auch aus neuerer Zeit die Entscheidungen *Continental Grain (Australia) Pty. Ltd. v. Pacific Oilseeds, Inc.*, 592 F.2d 409 (8th Cir.1979); *Fidemas AG v. Compagnie Internationale pour l'Informatique CII Honeywell Bull, S.A.*, 606 F.2d 5 (2d Cir.1979) und *Grünenthal GmbH v. Hotz*, 712 F.2d 421 (9th Cir.1983).

⁷⁹ 15 U.S.C.A. §§ 78m, 78dd-1, 78dd-2, 78ff.; vgl. dazu S. O'Neill, *The Foreign Corrupt Practices Act: Problems of Extraterritorial Application*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Bd.12 (1979), S.689ff.

Verbot beinhaltet als die vorangehende Bestimmung, können in begrenztem Maße auch ausländische Tochtergesellschaften und ausländische Angestellte amerikanischer Unternehmen für Handlungen auch im Ausland belangt werden. Auch hier also wird wieder an Auswirkungen und an die Unternehmenskontrolle angeknüpft.

d) Investitionsgesetzgebung

Der kanadische Foreign Investment Review Act⁸⁰ hat eine Melde- und Genehmigungspflicht für den Erwerb oder die Errichtung von Wirtschaftsunternehmen in Kanada durch Personen eingeführt, welche weder Kanadier noch in Kanada ansässig sind. Dieses Gesetz ist auch anzuwenden auf Fälle des indirekten Erwerbs im Ausland. Wer an der New Yorker Börse die Mehrheit der Aktien eines kanadischen Unternehmens erwirbt, bedarf der Genehmigung. Dies gilt auch noch dann, wenn das erworbene Unternehmen selbst gar kein kanadisches ist, sondern nur die ausländische Muttergesellschaft eines kanadischen Unternehmens. Folge eines Verstoßes gegen diese Pflicht ist, daß der Erwerb an der kanadischen Gesellschaft nicht als rechtsgültig anerkannt wird.

Diesen Fall könnte man auch noch dem internationalen Privatrecht zurechnen, da er das privatrechtliche Recht aus Anteilen betrifft und gestaltet. Andererseits ist aber seine wirtschaftsverwaltungsrechtliche Komponente, die Genehmigungspflicht, unübersehbar, die potentiell zu weitgehenden Ingerenzen in Rechtsgeschäfte im Ausland führen können, welche nur mittelbar kanadische Interessen betreffen. Solche Ingerenzen können je nach dem Wert des kanadischen Unternehmens den Anteilserwerb unwirtschaftlich machen und somit der kanadischen Regierung eine Entscheidungsgewalt über die Veräußerbarkeit ausländischer Mutterunternehmen geben.

Angeknüpft wird in diesem Fall an den Erwerb von in Kanada belegenem Vermögen oder jedenfalls von Anteilsrechten daran. Ob man im Falle mittelbaren Erwerbs hierzu noch das Territorialitätsprinzip heranziehen kann, ist eher zweifelhaft. Näher liegt es, auch hier eine Anknüpfung an die inländischen Wirkungen von Auslandshandlungen zu sehen, nämlich den Erwerb von verbrieften Rechten, die im Inland auszuüben sind.

⁸⁰ S.C.1973-74, c.46; hierzu J. B. Nixon/J. H. Burns, An Examination of the Legality of the Use of the Foreign Investment Review Act by the Government of Canada to Control Intra- and Extraterritorial Commercial Activity by Aliens, ICLQ Bd.33 (1984), S.57ff.

e) Kartellrecht

aa) US-amerikanisches Recht

Im Kartellrecht sind die Konflikte praktisch am häufigsten aufgetreten. Auch dort ging die Initiative von den USA aus. Es kann nun hier nicht darum gehen, die gesamte Entwicklung der amerikanischen Rechtsprechung einmal mehr zu referieren⁸¹. Vielmehr soll der heutige Stand der Ergebnisse zusammengefaßt werden.

Weder Sherman Act noch Clayton Act sagen etwas über ihre Erstreckung auf Auslandssachverhalte aus. So hatte der Supreme Court 1909 eine solche Erstreckung abgelehnt⁸². Zwar hatte damals eine amerikanische Firma eine andere amerikanische Firma durch Konspiration in Panama und Costa Rica aus dem amerikanischen Bananenmarkt herausgedrängt, aber das Gericht lehnte eine Anknüpfung an Auswirkungen oder an die Nationalität ab. Das Personalitätsprinzip spielt bis zum heutigen Tage im amerikanischen Kartellrecht keine Rolle. Dagegen brachte der *Alcoa-Fall*⁸³ 1945

⁸¹ Vgl. hierzu J.-G. Castel, *The Extraterritorial Effects of Antitrust Laws*, RdC Bd.179 (1983 I), S.9ff.; J. R. Atwood/K. Brewster, *Antitrust and American Business Abroad* (2.Aufl.1981); Meng (Anm.25), S.469ff.; D. M. Jacobs, *Extraterritorial Application of Competition Laws*, *The International Lawyer*, Bd.13 (1979), S.645ff.; D. Lord Hacking, *The Increasing Extraterritorial Impact of United States Laws*, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Bd.1 (1979), S.1ff.; Norton (Anm.76), S.575ff.; K. M. Meessen, *Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts* (1975), S.121ff.; *Common Market and American Antitrust* (Hrsg. J. A. Rahl) (1970); B. Goldman, *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, RdC Bd.128 (1969 III), S.631ff.; F. Hermans, *Völkerrechtliche Grenzen für die Anwendung kartellrechtlicher Verbotsnormen* (1969); H. Krumbain, *Die extraterritoriale Wirkung des Antitrust-Rechts* (Diss. Köln 1967); R. Bär, *Kartellrecht und internationales Privatrecht* (1965); H. Kronstein, *Internationale Kartelle*, in: Strupp-Schlochauer, *Wörterbuch* Bd.2, S.209; J. H. W. Verzijl, *The Controversy Regarding the So-called Extraterritorial Effect of the American Antitrust Laws*, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, Bd.8 (1961), S.3ff.; K. Brewster, *Antitrust and American Business Abroad* (1958); E. Homburger, *Zur extraterritorialen Anwendung der amerikanischen Antitrustgesetze*, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, Bd.54 (1958), S.99ff.; R. Y. Jennings, *Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws*, *BYIL* Bd.33 (1957), S.147ff.; G. W. Haigh, *International Law and Extraterritorial Application of the Antitrust Laws*, *Yale Law Journal*, Bd.63 (1953/54), S.640ff.; W. D. Whitney, *Sources of Conflict between International Law and the Antitrust Laws*, *ibid.*, S.662ff. Die Literatur, insbesondere in den USA, ist inzwischen fast unübersehbar geworden. Eine nützliche Auswahlbibliographie bietet H. A. Hood, *The Extraterritorial Application of United States Antitrust Law: A Selective Bibliography*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Bd.15 (1982), S.765ff.

⁸² *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909). Vgl. auch *United States v. Sisal Sales Corp.*, 274 U.S. 268 (1927).

⁸³ *United States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir.1945).

eine Abwendung vom strikten Territorialitätsprinzip. Ausländische Unternehmen hatten in der Schweiz ein Kartell zur quotenmäßigen Aufteilung des Welt-Aluminiummarktes geschlossen, das den Wettbewerb auch in den USA beschränkte. Das Gericht sah darin einen Verstoß gegen Section 1 des Sherman Act. Judge Learned Hand prägte damals die berühmte Formel für das Wirkungsprinzip, die bis zum heutigen Tage die Ausrichtung der amerikanischen Rechtsprechung bestimmt: "... it is settled law ... that any state may impose liability, 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"⁸⁴.

Judge Hand machte sich also, wenn auch sehr lapidar, Gedanken über die Reaktionen anderer Staaten. Dabei war aber unverkennbar, daß er sich an die Rechtsprechung des Supreme Court zu den Jurisdiktionskonflikten zwischen amerikanischen Bundesstaaten anlehnte⁸⁵. *Alcoa* und die darauf fußende Rechtsprechung ist in der Tat ein Beispiel dafür, wie mangels internationaler Staatenpraxis zur damaligen Zeit problematische Analogien zum amerikanischen Bundesstaats-Recht zu völkerrechtlichen Rechtsbehauptungen ausgebaut wurden. Dies wird auch aus folgender Überlegung des *Alcoa*-Urteils deutlich: "... we are concerned only with whether Congress chose to attach liability to the conduct outside the United States of persons not in allegiance to it ... as a court of the United States we cannot look beyond our own law. Nevertheless, it is quite true that we are not to read general words, such as those in this Act, without regard to the limitations customarily observed by nations upon the exercise of their powers; limitations which generally correspond to those fixed by the 'Conflict of Laws'. We should not impute to Congress an intent to punish all whom its courts can catch, for conduct which has no consequences within the Uni-

⁸⁴ A.a.O., S.443.

⁸⁵ Zitiert wird etwa *Strassheim v. Dailey*, 221 U.S. 281, 284, 285 (1911), wo Justice O. W. Holmes schreibt: "Acts done outside a jurisdiction, but intended to produce and producing detrimental effects within it, justify a State in punishing the cause of the harm, as if he had been present at the effect, if the State should succeed in getting him within its power". Es ging dabei um die Abgrenzung der Strafgewalt von Illinois und Michigan. Mann (Anm.2), S.87, nennt die Entscheidung "fons et origo of this branch of American law". Weiter stützt sich das Gericht auf *Lamor v. U.S.*, 240 U.S. 60; *Ford v. U.S.*, 273 U.S. 593.

A. Lowenfeld (Book review: Antitrust, Interest Analysis, and the New Conflict of Laws, Harvard Law Review, Bd.95 [1982], S.1976ff., 1979 dort Anm.20) weist darauf hin, daß *Alcoa* nur in einem zeitlichen Abstand von wenigen Monaten von *International Shoe v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945) entschieden wurde, wo die *minimum contacts*-Doktrin für die *personal jurisdiction* grundgelegt wurde.

ted States". Diese Passage zeigt auch die nach dem amerikanischen Recht bestehende Position des Richters gegenüber dem Völkerrecht. Er muß amerikanisches Recht anwenden, auch wenn es gegen Völkerrecht verstößt. Mangels ausdrücklicher gegenteiliger Absicht des Kongresses kann er es aber völkerrechtskonform auslegen⁸⁶.

Judge Hand sah, daß die Anknüpfungen an bloße Auswirkungen zu weit gingen. "... when one considers the international complications likely to arise from an effect in this country to treat such agreement as unlawful, it is safe to assume that Congress certainly did not intend the Act to cover them". Er meinte damit völlig unbeabsichtigte Auswirkungen. Neben den *effect* muß also der *intent* im Sinne einer Vorhersehbarkeit von Kausalität und *effect* treten. *Intent* allein reicht nur bei innerstaatlichen Handlungen aus. "... We shall assume, that the Act does not cover agreements, even though intended to affect imports or exports, unless its performance is shown actually to have had some effect on them". Allerdings führt bewiesener *intent* zur Beweislastumkehr. Die Beklagten müssen beweisen, daß trotz *intent* keine Auswirkung eintrat. Der Supreme Court hat diese Wende in der Rechtsprechung vorsichtig mitvollzogen⁸⁷. Spätere amerikanische Gerichtsentscheidungen haben die Intensität der Auswirkungen sehr weit verstanden⁸⁸. So reichte etwa die Verletzung vermögenswerter Rechte einer amerikanischen Firma im Ausland bereits aus⁸⁹.

Der nächste Meilenstein in der amerikanischen Kartellrechtsprechung zu diesem Problem ist die Entscheidung *Timberlane Lumber v. Bank of America*⁹⁰. Der Court of Appeals für den 9th Circuit versucht dort, die bisherige diffuse Rechtsprechung dazu aufzuarbeiten, wie stark denn die Auswirkung sein müsse, um eine Anknüpfung zulässig zu machen. *Alcoa* hatte von "some intended effect" gesprochen, andere Gerichte verlangten "direct

⁸⁶ *Murray v. The Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118, 2 L.Ed. 208 (1804).

⁸⁷ Vgl. etwa *Continental Ore v. Union Carbide & Carbone Corp.*, 370 U.S. 690 (1962).

⁸⁸ In *Sabre Shipping Corp. v. American President Line*, 285 F.Supp. 949, 953 (S.D.N.Y.1968) wurde die Formel "activity, which affects the trade and the commerce of the United States" verwendet.

Ein Konflikt, der vor den Gerichten zweier Staaten ausgetragen wurde, war *U.S. v. Imperial Chemical Industries, Ltd. et al.*, 105 F.Supp.215 (S.D.N.Y.1952) mit der englischen Gegen-Entscheidung *British Nylon Spinners, Ltd. v. Imperial Chemical Industries, Ltd.* [1952] 2 All ER 780 (C.A.).

⁸⁹ *Occidental Petroleum Corp. v. Buttes Gas & Oil Co.*, 331 F.Supp.92 (C.D.Cal.1971).

⁹⁰ 549 F.2d 597 (9th Cir.1976). An diese Entscheidung knüpft etwa *Industrial Development Corp. v. Mitsui & Co.*, 671 F.2d 876 (5th Cir. 1982) an.

and substantial effect”, “a conspiracy which affects American commerce”, “a direct and influencing effect on trade”, “effect that is not both insubstantial and indirect”. Die *Timberlane*-Entscheidung schlägt ihrerseits eine “tripartite analysis” vor:

“... the antitrust laws require in the first instance that there be some effect – actual or intended – on American foreign commerce before the federal courts may legitimately exercise subject matter jurisdiction under those statutes. Second, a greater showing of burden or restraint may be necessary to demonstrate that the effect is sufficiently large to present a cognizable injury to the plaintiffs and, therefore, a civil violation of the antitrust laws ... Third there is the additional question which is unique to the international setting of whether the interests of, and links to, the United States – including the magnitude of the effect on American foreign commerce – are sufficiently strong, *vis-à-vis* those of other nations, to justify an assertion of extraterritorial authority”.

Damit führt das Gericht etwas Neues in die Rechtsprechung ein, das es in Anlehnung an K. Brewster⁹¹ als “jurisdictional rule of reason” bezeichnet: eine Abwägung der amerikanischen Hoheitsinteressen gegen Interessen anderer Staaten. Faktoren dieser Abwägung sind:

“degree of conflict with foreign law and policy, the nationality of allegiance of the parties and the locations or principal places of business of corporations, the extent to which enforcement by either state can be expected to achieve compliance, the relative significance of effects on the United States as compared with those elsewhere, the extent to which there is explicit purpose to harm or affect American commerce, the foreseeability of such effect, and the relative importance to the violations charged of conduct within the United States as compared with conduct abroad”.

Diese Abwägung sei “a matter of international comity and fairness”. Damit wird ein Begriff in die Diskussion eingeführt, *comity*, der in der angelsächsischen Rechtstradition seit langem verankert, doch in völkerrechtliche Kategorien nur schwer einzuordnen ist⁹². Er dürfte über bloß unverbindliche Courtoisie hinausgehen, eine bestimmte Form von Verpflichtung kennzeichnen, die aber nicht den Grad der Verfestigung echter völker-

⁹¹ A.a.O. (Anm.81), S. 446.

⁹² Der U.S. Supreme Court sagte hierzu in *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 163, 164 (1895): “Comity, in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation on the one hand, nor of mere courtesy and good will on the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws”.

rechtlicher Pflichten erreicht⁹³. In einer neueren US-Entscheidung⁹⁴ wird dies, für einen anderen Problembereich, folgendermaßen formuliert:

“Comity is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and in deciding whether to accord comity to a decision of a foreign court, a forum court must determine whether the foreign court is one of competent jurisdiction and whether recognizing the foreign court’s decision would violate the laws and policies of the forum nation or state”.

In eine ähnliche Richtung wie die *Timberlane*-Entscheidung geht *Mannington Mills v. Congoleum*⁹⁵, eine Entscheidung des Court of Appeals für den 3rd Circuit. Die Anknüpfung bedarf hiernach eines “substantial effect on American commerce“. Aber auch hier soll abgewogen werden, ob die bestehende Jurisdiktionsgewalt ausgeübt werden soll. Der Katalog unterscheidet sich dabei von *Timberlane*:

- “1. Degree of conflict with foreign law or policy;
2. Nationality of the parties;
3. Relative importance of the alleged violation of conduct here compared to that abroad;
4. Availability of a remedy abroad and the pendency of litigation there;
5. Existence of intent to harm or affect American commerce and its foreseeability;
6. Possible effect upon foreign-relations if the court exercises jurisdiction and grants relief;
7. If relief is granted, whether a party will be placed in the position of being forced to perform an act illegal in either country or be under conflicting requirements by both countries;
8. Whether the court can make its order effective;
9. Whether an order for relief would be acceptable in this country if made by the foreign nation under similar circumstances;
10. Whether a treaty with the affected nations has addressed the issue”.

Solche Abwägungskataloge stehen ganz in der Tradition der im amerikani-

⁹³ Mann (Anm.2), S.22 (dort Anm.38) weist darauf hin, daß jedenfalls im 19. Jahrhundert *comity* als völkerrechtliche Verpflichtung verstanden wurde. Vgl. auch Brownlie (Anm.2), S.31; Akehrst (Anm.2), S.214 ff.; Hermans (Anm.81), S.49, und U. Hübner, Die methodische Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts (1980) *passim*. In Kanadas *amicus curiae* brief von 1980 in der “Uranium Antitrust Litigation” (in Lowe, Anm.2, S.106 ff.) heißt es “The principles of comity in international law”.

⁹⁴ *Sumitomo v. Parakopi Compania Maritima, S.A.*, 477 F.Supp.737 (D.C.N.Y.1979).

⁹⁵ 595 F.2d 1287 (3rd Cir.1979).

schen Konfliktrecht angewendeten *interest analysis*⁹⁶, deren Schwächen durchaus gesehen werden und später noch zu erörtern sind. Sie weisen eine gewisse Verwandtschaft zu den Choice of Law Principles des § 6 des Restatement (Second), Conflicts of Laws⁹⁷ auf. Diese Parallele wird in den Reporter's Notes zu § 40 des Restatement (Second), Foreign Relations Law of the United States⁹⁸ ausdrücklich gezogen. Dieser § 40 schlägt selbst einen Abwägungskatalog vor, "required by international law", der offensichtlich die vorstehend erörterte Rechtsprechung inspiriert hat. Seine Gesichtspunkte sind:

- a) vital interests of each of the states,
- b) the extent and the nature of the hardship that inconsistent enforcement actions would impose upon the person,
- c) the extent to which the required conduct is to take place in the territory of the other state,
- d) the nationality of the person, and
- e) the extent to which enforcement by action of either state can reasonably be expected to achieve compliance with the rule prescribed by that state".

Methode und Inhalt solcher Abwägungskataloge sollen an dieser Stelle noch nicht näher betrachtet werden. Wichtig ist nur, die *ratio* solcher Entscheidungen festzuhalten. Die Frage der Regelungshoheit wird durch eine relativ weite Anknüpfung an Auswirkungen beantwortet. Das Problem der gleichzeitigen Regelungshoheit zweier Staaten und der daraus resultierenden Konflikte fließt dann ein in eine Abwägung staatlicher und privater, miteinander im Konflikt stehender Interessen, wobei nie ganz klar ist, ob es sich hier um weise Selbstbeschränkung oder um völkerrechtliche Grenzen handelt.

In die andere Richtung, Berücksichtigung von Konflikten bereits bei der Anknüpfung, dürfte der Antitrust Guide for International Operations der amerikanischen Regierung⁹⁹ weisen:

⁹⁶ Vgl. hierzu F. K. Juenger, Conflict of Laws: A Critique of Interest Analysis, American Journal of Comparative Law, Bd.32 (1984), S.1ff.; E. E. Rosic, The Use of Interest Analysis in the Extraterritorial Application of United States Antitrust Law, Cornell International Law Journal, Bd.16 (1983), S.147ff.; E. F. Scoles/P. Hay, Conflict of Laws (1982), S.16ff. Die Interessenabwägung fällt häufig zugunsten der *lex fori* aus. Anders aber etwa *In re Westinghouse Electric Corp.*, 563 F.2d 992, 99 (10th Cir.1977); *Montreal Trading Ltd. v. Amax Inc.*, 661 F.2d 864, 871 (10th Cir.1981).

⁹⁷ American Law Institute, Restatement of the Law (Second), Conflict of Laws (1971).

⁹⁸ Restatement of the Law (Second), Foreign Relations Law of the United States as Adopted and Promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., May 26, 1962 (1965).

⁹⁹ Antitrust Guide for International Operations, Revised March 1, 1977, United States

“The U.S. antitrust laws should be applied to an overseas transaction when there is a substantial and foreseeable effect on the United States commerce; and consistent with these ends, it should avoid unnecessary interference with the sovereign interests of foreign nations”.

Weiter heißt es dort, der “effect” müsse “direct or intended” sein. Hier wird der “intent” also nicht wie im *Alcoa*-Fall zur Beweislastumkehr benutzt, sondern er erlaubt es offensichtlich, auch indirekte, aber beabsichtigte Auswirkungen aufzugreifen. Dies verwirrt das Bild, das bisher von einer inhomogenen amerikanischen Praxis entstanden ist, noch mehr.

Dies wird weiter noch durch die Feststellung eines District Court im Fall *Dominicus Americana Bohio*¹⁰⁰ aus dem Jahre 1979 fortgesetzt:

“Indeed, it is probably not necessary for the effect on foreign commerce to be both substantial and direct as long as it is not de minimis”.

Dagegen kehrt die Entscheidung *Zenith Radio Corporation v. Matsushita 1980*¹⁰¹ wieder ganz zur *intended effect*-Formel von *Alcoa* zurück mit dem ausdrücklichen Hinweis, daß “general intent” ausreicht, also ein Wissen um die Folgen des Handelns und ihre Billigung.

Es bleibt zu hoffen, daß die Verwirrung um die Qualifikation des *effect* vom Kongreß durch den “Foreign Trade Antitrust Improvements Act 1982”¹⁰² beseitigt worden ist. Dort werden nämlich unter anderem Exportkartelle vom Sherman Act ausgenommen, es sei denn, sie hätten gesetzeswidrig einen “direct, substantial and reasonably foreseeable effect” auf Binnenhandel oder Import der USA oder auf den Außenhandel einer Person, die von den USA aus operiert.

bb) Recht der Bundesrepublik Deutschland

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen¹⁰³ enthält in § 98 Abs.2 eine deutliche, wenn auch nicht eindeutige Aussage über seinen Anwen-

Department of Justice, Antitrust Division, January 26, 1977, abgedruckt in [1977-78 Extra Edition] Trade Reg. Rep. (CCH), No.226.

¹⁰⁰ 473 F.Supp.680 (S.D.N.Y.1979).

¹⁰¹ 494 F.Supp.1161 (E.D. Penn.1980).

¹⁰² Abgedruckt in ILM Bd.22 (1983), S.370.

¹⁰³ Vgl. zur Auslandswirkung des GWB U. Huber, Auswirkungstheorie, extraterritoriale Rechtsanwendung und nationale Verbotsgesetze, in: Studienvereinigung Kartellrecht e.V., IX.Internationales EG-Kartellrechts-Forum Brüssel 1981 (1982), S.11ff.; I. Seidl-Hohenveldern, Völkerrechtliche Grenzen bei der Anwendung des Kartellrechts, AWD Bd.17 (1971), S.53ff.; E. Rehbinde, Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts (1965); I. Seidl-Hohenveldern, Völkerrechtliche Erwägungen zum deutschen Internationalen Kartellrecht, AWD Bd.9 (1963), S.73ff.; I. Schwartz, Deutsches Internationales Kartellrecht (1962).

dungsbereich: Erfasst werden auch Wettbewerbsbeschränkungen, die zwar außerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes veranlaßt werden, sich aber in diesem Bereich auswirken. Damit knüpft das Gesetz bei Auslandssachverhalten ausschließlich an das Wirkungsprinzip an.

Wie diese Wirkung qualifiziert sein muß, wurde von der Rechtsprechung herausgearbeitet. Erstens soll nur eine solche Auswirkung relevant sein, die den Schutzbereich der jeweiligen GWB-Sachnorm verletzt, das heißt die Freiheit des Wettbewerbs in der Bundesrepublik, soweit sie vom GWB geschützt wird, beeinträchtigt¹⁰⁴. Weiterhin wird, jedenfalls soweit ausländische Unternehmen im Ausland handeln, gefordert, daß die Auswirkungen unmittelbar sind¹⁰⁵. Bislang offengeblieben ist, ob auch potentielle Auswirkungen vom Gesetz erfaßt werden können.

Schließlich ist es inzwischen geklärt, daß nur spürbare Auswirkungen aus dem Ausland zur Anknüpfung berechtigen, Bagatellen bleiben also ausgeschlossen¹⁰⁶.

Das Bundeskartellamt hat nach anfänglicher Zurückhaltung das Wirkungsprinzip auch auf Auslandsunternehmen angewendet, jedoch immer nur hinsichtlich unmittelbarer Auswirkungen¹⁰⁷.

Konfliktfälle mit Interessen fremder Staaten sind im Kartellrecht, anders als bei der Fusionskontrolle, weder vom Bundeskartellamt noch von den Gerichten ins Spiel gebracht worden.

cc) Europäisches Gemeinschaftsrecht

Art. 85 EWGV¹⁰⁸ verbietet alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen unter zwei Voraussetzungen: Sie müssen geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und

¹⁰⁴ Bundesgerichtshof, WuW/E, BGH 1276, 1279 – *Ölfeldrohre*.

¹⁰⁵ Bundesgerichtshof, WuW/E, BGH 1613, 1615 – *Organische Pigmente*; Kammergericht, WuW/E, OLG 1339, 1346 – *Linoleum*; OLG Düsseldorf, WuW/E, OLG 1061, 1063.

¹⁰⁶ BGH – *Organische Pigmente*; Kammergericht, WuW/E, OLG 1993, 1997 – *Organische Pigmente*; Kammergericht, WuW/E, OLG 2106, 2107 – *Straßenbaugeräte*.

¹⁰⁷ Vgl. die Tätigkeitsberichte des Amts sowie die Nachweise in der in Anm. 103 zitierten Literatur.

¹⁰⁸ Zum extraterritorialen Anwendungsbereich des EWG-Rechts Meng (Anm. 64); E. Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht* (1974), S. 154 ff.; M. Haymann, *Extraterritoriale Wirkungen des EWG-Kartellrechts* (1974). – Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. 3. 1957 (BGBl. 1957 II, S. 766, 1678, und 1958 II, S. 64, zuletzt geändert durch Beschluß des Rats vom 30. 3. 1981, ABl. EG Nr. L 100 vom 11. 4. 1981, S. 21).

eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Markts bezwecken oder bewirken. Auch diese Formulierung weist auf das Wirkungsprinzip hin, möglicherweise sogar auf die Anknüpfung an rein bezweckte, aber nicht eingetretene Wirkungen, was weit über die amerikanische Praxis hinausginge.

Bereits seit 1964 hat die Kommission gezeigt, daß für sie nicht der Sitz der beteiligten Unternehmen, sondern nur die Auswirkung auf den Gemeinsamen Markt entscheidend ist¹⁰⁹. 1971 hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften dann – ohne daß dies vom Sachverhalt her unbedingt notwendig war – in der Rechtssache *Béguelin*¹¹⁰ festgestellt: »Daß einer der Vertragspartner in einem dritten Land ansässig ist, steht der Anwendung dieser Vorschrift nicht entgegen, wenn die Wirkungen der Vereinbarung sich auf das Hoheitsgebiet des Gemeinsamen Marktes erstrecken«. In der Rechtssache *Tepea*¹¹¹ hat er dies dahin gehend ergänzt, daß die Vereinbarung den Binnenhandel der Gemeinschaft spürbar berühren müsse. Das Erfordernis der Spürbarkeit weist darauf hin, daß ein reines Bezwecken ohne tatsächlich erfolgte Auswirkung nicht ausreicht.

Die Kommission aber hat in der *Kugellager*-Entscheidung¹¹² erklärt, daß sie nicht von einer solchen reduktiven Auslegung des Art.85 EWGV ausgeht. Sie hat übrigens in der bisherigen Praxis nur Fälle zu entscheiden gehabt, in denen auch EWG-Unternehmen an der Wettbewerbsbeschränkung beteiligt waren¹¹³. In keinem dieser Fälle wird aber die Anknüpfung an das Personalitätsprinzip erwogen. Umgekehrt hat die Kommission in ihrer Bekanntmachung über die Einfuhr japanischer Erzeugnisse in die Gemeinschaft¹¹⁴ erklärt, daß es einer Anknüpfung an das Wirkungsprinzip nicht entgegenstehe, wenn sämtliche beteiligten Unternehmen ihren Sitz außerhalb der Gemeinschaft hätten.

Konflikte mit ausländischen Staatsinteressen haben auch in der EWG-Praxis bisher ersichtlich keine Rolle gespielt. Allerdings bietet die Entscheidung im *Kugellager*-Fall¹¹⁵ interessante Einblicke, wie die Kommission sich hier in Zukunft zu verhalten gedenkt. Danach sollen solche

¹⁰⁹ Entscheidung vom 1.6.1964 – *Bendix* – ABl.EG 1964, S.1426. Ausführlich zur Praxis der Kommission Meng (Anm.64), S.900ff. Vgl. auch die Entscheidung der Kommission vom 17.10.1983 – *Gußeisen*, ABl.EG 1983 Nr.L 317, S.1.

¹¹⁰ EuGH 25.11.1971 – *Béguelin*, 22/71 – Slg.1971, 949.

¹¹¹ EuGH 20.6.1978 – *Tepea*, 28/77 – Slg.1978, 1391.

¹¹² Vom 29.11.1974, ABl.EG 1974 Nr.L 343, S.19.

¹¹³ Anm.109.

¹¹⁴ ABl.EG 1972 Nr.C 111, S.13.

¹¹⁵ Anm.112.

Handlungen nicht unter Art.85 EWGV fallen, die ausländischen Unternehmen von den Behörden ihres Sitzstaats auferlegt wurden. Andererseits sollen aber etwa Selbstbeschränkungsabkommen, die vom Sitzstaat bloß genehmigt wurden, nicht ausgenommen sein.

Der bei der Kommission anhängige *IBM*-Fall hätte eine interessante Fortentwicklung der EWG-Praxis erwarten lassen. Das Untersuchungsverfahren wurde aber in Folge einer Vereinbarung mit IBM seitens der Kommission jedenfalls für eine längere Zeit ausgesetzt^{115a}. Hier ging es zwar nicht um ein Kartell, sondern um die mißbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, die nach Art.86 EWGV untersagt ist. Aber auch Art.86 läßt es ausreichen, daß ein Mißbrauch im Ausland sich auf den Gemeinsamen Markt auswirkt. IBM wurde vorgeworfen, unter anderem durch die Geheimhaltung von technischen Änderungen von Schnittstellen vor Auslieferung neuer Datenverarbeitungsgeräte die Hersteller steckerkompatibler Geräte mißbräuchlich zu benachteiligen. Das Verhalten von IBM erfolgte in den USA. Entsprechende Antitrust-Klagen vor amerikanischen Gerichten hatten keinen Erfolg. Da sich daraus auch Auswirkungen auf den europäischen Computermarkt ergaben, leitete die EG-Kommission ein Untersuchungsverfahren gegen IBM ein.

IBM hatte bereits gegen die Mitteilung der Beschwerdepunkte vor dem Gerichtshof der Gemeinschaften geklagt und dabei unter anderem geltend gemacht, die Maßnahmen der Kommission verletzten das völkerrechtliche Interventionsverbot, weil sie »die Interessen eines fremden Staates in erheblichem Maße beeinträchtigten und [weil] diese Interessen im Verhältnis zu den Interessen [der Gemeinschaft] überwögen«. Der Gerichtshof¹¹⁶ hat dies nicht aufgegriffen, weil er die Zulässigkeit der Klage in diesem Verfahrensstadium verneinte. Dem Vernehmen nach soll auch die amerikanische Regierung zugunsten von IBM interveniert haben.

Art.65 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl¹¹⁷ verbietet Kartelle, »die darauf abzielen würden, auf dem gemeinsamen Markt unmittelbar oder mittelbar den normalen Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken oder zu verfälschen«. Hier kommt es also auf die Absicht an, reichen aber auch indirekte Wirkungen aus. Zur Frage, ob die Absicht auch ohne Auswirkung bei Auslandshandlungen erfaßbar ist, gibt es keine Praxis.

^{115a} Siehe die Meldung in "Europe" No.3905 (n.s.) vom 3.8.1984, S.3 ff.

¹¹⁶ EuGH 11.10.1981 - *IBM*, 60/81 - Slg.1981, 2639.

¹¹⁷ Vom 18.4.1951 (BGBl.1952 II, S.447), zuletzt geändert durch Beschluß des Rates vom 30.3.1981 (ABl.EG Nr.L 100 vom 11.4.1981, S.21).

dd) Andere Staaten

In der Schweiz erlaubt das Bundesgericht bei Auslandsverstößen die Anknüpfung an das Wirkungsprinzip¹¹⁸. Es hat dies damit begründet, daß man ansonsten dem Gesetz jede Wirksamkeit nehmen und einem Ausweichen ins Ausland Tür und Tor öffnen würde.

In Österreich bestimmt § 4 des Kartellgesetzes¹¹⁹, daß auch im Ausland geschlossene Kartellvereinbarungen erfaßt werden, wenn sie sich auf dem Binnenmarkt auswirken.

In Dänemark, Frankreich, Schweden, Japan und Finnland gehen die Kartellgesetze von der Anknüpfung an Wirkungen aus, sagen jedoch nichts über die Erfassung von Auslandssachverhalten¹²⁰. Nach einer OECD-Studie¹²¹ soll das Wirkungsprinzip auch in der Rechtsprechung in Japan und Kanada anerkannt sein, für Kanada jedenfalls dürfte diese Aussage aber mit Vorsicht zu genießen sein¹²², da offensichtlich nur Unternehmen erfaßt werden, die in Kanada geschäftlich tätig sind, oder Sachverhalte, bei denen jedenfalls Ausführungshandlungen der Kartellvereinbarung in Kanada erfolgten. Großbritannien erfaßt nur Personen "carrying on business in the United Kingdom", in den Niederlanden müssen wenigstens Ausführungshandlungen auf niederländischem Territorium stattgefunden haben. In Australien werden wettbewerbsbeschränkende Praktiken nach Teil IV des Trade Practices Act nur dann im Ausland erfaßt, wenn sie begangen wer-

¹¹⁸ BGE 93 II, 192, 196 (1967).

¹¹⁹ Vgl. den Text in OECD, Guide to Legislation on Restrictive Business Practices (2. Aufl. 1970), ergänzt bis zum 12th Supplement (1981). Vgl. auch zur Lage in einzelnen Staaten Meessen (Anm. 81), S. 144 f., und die Berichte in ILA, Report of the 51st Conference, Tokyo (1965), S. 417 ff.; ILA, Report of the 52nd Conference, Helsinki (1967), S. 66 ff., 125 ff.; ILA, Report of the 53rd Conference, Buenos Aires (1969), S. 360 ff.; ILA, Report of the 54th Conference, The Hague (1971), S. 178 ff.; ILA, Report of the 55th Conference, New York (1974), S. 143 ff. Leider ist dieses Material ohne extensive rechtsvergleichende Forschung nicht auf den neuesten Stand zu bringen. Es hat aber den Anschein, daß ausgedehntere Praxis zum Kartellrecht in diesem Problemkreis nur in den USA, der EWG und in der Bundesrepublik Deutschland besteht, die bis in die neueste Zeit hinein gut dokumentiert ist.

¹²⁰ Texte im OECD-Guide (Anm. 119). Die französische Cour d'Appel hat in einem Streit um eine Alleinvertriebsvereinbarung französisches Kartellrecht nicht angewendet, da sich der Durchführungsort nicht im Inland befinde (Recueil Dalloz 1967, 681, 683). Zur französischen Rechtslage Goldman (Anm. 81), S. 666 ff. Vgl. aus neuerer Zeit Canenbley (Anm. 52), S. 7 ff., und OECD, Restrictive Business Practices of Multinational Enterprises, Report of the Committee of Experts on Restrictive Business Practices (1977), Ziff. 119 ff.

¹²¹ A. a. O. (Anm. 120).

¹²² Castel (Anm. 81), S. 62 ff.

den "by bodies corporate incorporated or carrying on business within Australia or by Australian citizens or persons ordinarily resident within Australia". Die Vorschriften über Alleinvertriebsvereinbarungen und Preisbindung gelten allerdings darüber hinaus für "conduct outside Australia by any persons in relation to the supply by those persons of goods or services to persons within Australia"¹²³.

Das Bild, das dieser summarische Vergleich ergibt, ist also vielschichtig. Eine uniforme Rechtslage gibt es nicht; ohnehin wird das Wirkungsprinzip als einziger Anknüpfungspunkt für Auslandssachverhalte im Kartellrecht bisher in der Praxis nur in den Vereinigten Staaten, in der Bundesrepublik Deutschland sowie von der EWG angewendet¹²⁴.

f) Fusionskontrollrecht

Oft wird die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen bei der Erörterung der Zulässigkeit von Hoheitsakten mit Auslandswirkung zusammen mit dem Kartellrecht behandelt. Dies geschieht hier nicht, weil auf besondere Probleme hingewiesen werden soll, die bei der Fusionskontrolle auftreten. Die Fusionskontrolle erfolgt jedenfalls zum Teil präventiv, das heißt Wettbewerbsbeschränkungen – Auswirkungen – sind häufig noch gar nicht aufgetreten, werden aber befürchtet. Teilweise ist der Schutz noch weiter vorverlagert: Dann müssen alle Unternehmenszusammenschlüsse, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, bei einer zuständigen Behörde angemeldet werden¹²⁵ und werden dann erst einmal auf ihre potentielle Schädlichkeit hin überprüft. Damit wird also die Frage aufgeworfen, ob potentielle Auswirkungen auch noch zureichende, völkerrechtlich zulässige Anknüpfungspunkte sein können.

Bei den Fusionskontrollfällen in den USA¹²⁶ mit Auslandsbezug fällt

¹²³ Texte im OECD-Guide (Anm.119).

¹²⁴ Deshalb wird man insoweit auch nur davon sprechen können, daß zwischen diesen Völkerrechtssubjekten entsprechendes Völkergewohnheitsrecht entstanden ist. Meessen (Anm.81) sagt, es handele sich um »einen völkerrechtlichen Grundsatz des internationalen Kartellrechts, nicht aber eine Regel des Völkergewohnheitsrechts« (S.151).

¹²⁵ Siehe etwa die Anzeigepflicht nach § 23 Abs.1 GWB, die aber kein Vollzugshindernis ist, und die Anmeldepflicht nach § 24a GWB, die ein befristetes Vollzugsverbot nach sich zieht.

¹²⁶ Vgl. etwa *U.S. v. Jos. Schlitz Brewing Co.*, 253 F.Supp.129 (N.D. Cal. S.D.1966); *U.S. v. Monsanto Co.*, 1967 Trade Cases § 72.001 (W.D.Pa.); *U.S. v. Standard Oil Co. (Ohio)*, 1970 Trade Cases § 72.988 (N.D. Ohio E.D.1970), ein *consent decree*; *In re Litton Industries, Inc.*, Trade Reg. Rep. No.20.267 (F.T.C.1973); *U.S. v. Gilette Co.*, 406 F.Supp.71 (D. Mass.1975).

auf, daß es fast immer um Fusionsvorhaben von amerikanischen Firmen im Ausland, um die Fusion von Auslandsfirmen mit amerikanischen Tochterfirmen, von Tochterfirmen ausländischer Firmen in Amerika oder um die Gründung gemeinsamer Tochterfirmen in Amerika durch Auslandsfirmen ging. Zwar war das Auswirkungsprinzip in allen Fällen aus materiellrechtlichen Gründen ausschlaggebend, aber gleichzeitig war immer noch der Anknüpfungspunkt des Personalitäts- oder des Territorialitätsprinzips vorhanden. Eine reine Auslandsfusion in der Schweiz stand zwar im *Ciba/Geigy-Fall*¹²⁷ in Frage, aber auch hier ging es um den Fortbestand des Wettbewerbs zwischen amerikanischen Tochterfirmen beider Fusionspartner, also um die Frage einer Wettbewerbsbeschränkung zwischen amerikanischen Unternehmen. Es ging nie um die Rechtmäßigkeit des schweizerischen Zusammenschlusses, sondern immer nur um die Trennung von einer der konkurrierenden Tochterfirmen oder – wie schließlich im Endergebnis – die Ausgliederung einer der konkurrierenden Produktlinien.

War also nicht die Anknüpfung an das Wirkungsprinzip notwendig, so bleibt immer noch die Frage nach den Grenzen der zulässigen Auswirkung der inländischen Entflechtungsmaßnahme auf die Fusion im Ausland. Dies spielte auch in Deutschland eine Rolle bei der jüngsten Entscheidung des Berliner Kammergerichts im Falle der Fusion der Zigarettenfirmen Rothman's und Philip Morris¹²⁸. In London erwarb Philip Morris mittelbar etwa die Hälfte der Anteile an der britischen Zigarettenfirma Rothman's. Philip Morris und Rothman's haben aber beide je eine deutsche Tochterfirma, die miteinander auf dem deutschen Zigarettenmarkt in Wettbewerb stehen. Das Bundeskartellamt¹²⁹ untersagte den Zusammenschluß in London, weil er sich auf dem deutschen Markt durch die wahrscheinliche Koordinierung der Tochterfirmen wettbewerbsbeschränkend auswirken könne. Das Kartellamt stützte sich dabei auf § 23 Abs.3 Satz 4 GWB, wonach der Zusammenschluß zwischen Obergesellschaften auch als Zusammenschluß der Tochterunternehmen angesehen wird.

Da sich die Fusion in London also in der Bundesrepublik wettbewerbsbeschränkend auswirke und die Erstreckung deutscher Hoheitsgewalt auf diesen Sachverhalt nach § 98 Abs.2 GWB zulässig und auch völkerrechtlich

¹²⁷ *U.S. v. Ciba Corp.*, 1970 Trade Cases § 73.269 (S.D.N.Y.). Vgl. auch *U.S. v. Swiss Bank Corp.*, 1941 Trade Cases § 56.188 (D.N.J.); *Murata Manufacturing Co.*, 96 F.T.C.1116 (1980); *S & F Industries Inc.*, 1980 Trade Reg. Rep. § 21.595 (F.T.C.).

¹²⁸ Kammergericht, WuW/E, OLG 3051. Zur Problematik grenzüberschreitender Fusionskontrolle insbesondere nach deutschem Recht K. Autenrieth, *Die grenzüberschreitende Fusionskontrolle in Theorie und Praxis* (1982).

¹²⁹ *Der Betrieb* 1984, S.231.

nicht zu beanstanden sei, könne der Zusammenschluß im Ausland verboten werden. Das Amt hält es zwar für völkerrechtlich geboten, die Interessen der Bundesrepublik gegenüber denjenigen der anderen beteiligten Staaten (Großbritannien und Südafrika) abzuwägen. Die Abwägung selbst aber bleibt reichlich summarisch und zensiert darüber hinaus die südafrikanischen Interessen als nicht »originär staatlich«. In seiner Untersagungsverfügung sah das Amt auch keinen Verstoß gegen das völkerrechtliche Verbot des Rechtsmißbrauchs, da kein krasses Mißverhältnis zwischen inländischem Regelungsinteresse und den Auslandsinteressen der Unternehmen bestehe.

Das Kammergericht¹³⁰ hat diese Entscheidung teilweise aufgehoben und nur den Zusammenschluß zwischen den deutschen Tochterfirmen, den es nach § 23 Abs.3 Satz 4 GWB als gegeben ansah, verboten. Damit wurde gar nicht mehr an einen Auslands-, sondern an einen Inlandssachverhalt angeknüpft, denn jeder Staat kann im Rahmen seiner Rechtsordnung selbst bestimmen, worin er einen Unternehmenszusammenschluß auf seinem Gebiet sieht¹³¹. Das Gericht nimmt aber auch ausgiebig Stellung zur Zulässigkeit von Hoheitsakten mit Auslandswirkung, um die Entscheidung des Bundeskartellamts als völkerrechtswidrig aufheben zu können. Es handelt sich dabei um die bisher ausführlichste Stellungnahme eines deutschen Gerichts zu diesen Fragen.

Das Kammergericht geht davon aus, daß die Hoheitsgewalt der Staaten ein Teilaspekt ihrer Souveränität und Unabhängigkeit sei. Es handele sich nicht um eine vom Völkerrecht verliehene Befugnis, wohl aber beschränke das Völkerrecht die staatliche Hoheitsausübung. Grundsätzlich seien Staaten nicht gehindert, auch Sachverhalte zu regeln, die einen unmittelbaren Auslandsbezug aufwiesen. Voraussetzung sei lediglich, daß ein sinnvoller Anknüpfungspunkt zwischen Regelung und zu regelndem Sachverhalt bestehen müsse. Wie die Regelung bei vorliegendem Anknüpfungspunkt aussehe, sei Angelegenheit des jeweiligen Staates, dabei aber doch einer weiteren völkerrechtlichen Schranke unterworfen. Hier leitet das Gericht aus dem völkerrechtlichen Verbot der Einmischung in die inneren Angelegenheiten den Gesichtspunkt ab, daß die Regelung nur soweit als notwen-

¹³⁰ Anm.128.

¹³¹ Auch in Großbritannien wird eine Auslandsfusion, durch die Kontrolle über ein britisches Tochterunternehmen erworben wird, vom Fair Trading Act erfaßt, vgl. V. Korak, *Competition Law of Britain and the Common Market* (1982), S.64, und M. J. Kerry, *Extraterritorial Application of Competition Law*, in: A. Kean (Hrsg.), *Essays in Air Law* (1982), S.125ff., 137. Ebenso die französische Rechtslage, vgl. G. Hitzler, *Systeme der Fusionskontrolle* (1979), S.49f.

dig in Interessen fremder Staaten eingreifen dürfe. Da die Untersagung der gesamten Fusion unnötig sei, weil eine Entflechtung der Inlandstöchter genüge, sei sie völkerrechtswidrig, verstoße damit auch gegen deutsches Recht und sei somit aufzuheben.

Das Gericht geht in seinen Aussagen aber noch einen Schritt weiter, ersichtlich deshalb, weil die Parteien des Auslandszusammenschlusses wie auch Südafrika geltend gemacht hatten, wenn eine der deutschen Töchter abgestoßen werden müsse, sei der Zusammenschluß insgesamt wirtschaftlich uninteressant und könne daher scheitern. Dies verstieße gegen die Interessen der anderen betroffenen Staaten. Eine Rücksichtnahme auf ausländisches Recht oder ausländische Interessen aber lehnt das Gericht rundweg ab. Hierzu bestehe keine völkerrechtliche Pflicht, *comity* sei bloße Courtoisie. Im übrigen würde dies dazu führen, »daß kein Staat handlungsfähig wäre oder einseitig lediglich die Interessen des protestierenden Staates zu berücksichtigen wären«. Um sich abzusichern, nimmt es hilfsweise eine Abwägung vor und gibt den »gewichtigen staatlichen Interessen der Bundesrepublik Deutschland an der Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen, auf dem Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit beruhenden Wirtschaftsordnung« den Vorrang.

Obwohl das Kammergericht darauf eigentlich bei seinem Lösungsweg gar nicht mehr hätte eingehen müssen, so sagt es doch noch etwas zur Frage der präventiven Anwendung der deutschen Fusionskontrolle auf Auslandssachverhalte. Nach seiner Auffassung erstreckt sich § 98 Abs.2 GWB nicht nur auf erfolgte Wettbewerbsbeschränkungen, sondern auch auf die Vorschriften, die präventiv der Verhütung solcher Beschränkungen dienen und dies, obwohl das Gesetz selbst nur von »Wettbewerbsbeschränkungen« spricht. Völkerrechtliche Zweifel scheint das Kammergericht dabei nicht zu hegen.

Wenn auch die Richtigkeit seiner völkerrechtlichen Argumentation insgesamt noch zu bewerten sein wird, hat das Zigarettenurteil doch einen bemerkenswerten Beitrag zur Entwicklung einer am Völkerrecht ausgerichteten Praxis des Fusionskontrollrechts geleistet. Es ist in der Grundsätzlichkeit seiner Überlegungen durchaus auch für andere Rechtsgebiete fruchtbar. Bereits zwei Jahre zuvor hatte das gleiche Gericht einen tastenden Versuch der Berücksichtigung völkerrechtlicher Grundsätze unternommen¹³². Es ging um die Übernahme einer Tochtergesellschaft des US-Unternehmens Firestone in Frankreich durch eine französische Tochter von Bayer Leverkusen. Im Fusionsvertrag war vorgesehen worden, daß die

¹³² Kammergericht, WuW/OLG 2411 und 2419 – *Synthetischer Kautschuk I und II*.

übernommene Gesellschaft weiterhin zu 80 % die ehemalige amerikanische Muttergesellschaft beliefern sollte. Durch einstweilige Verfügung gestattete das Gericht die vom Bundeskartellamt verbotene Fusion wegen schwerwiegender Zweifel an der völkerrechtlichen Rechtmäßigkeit der Untersagung. Die Übernahme habe minimale Auswirkungen in Deutschland, betreffe in erster Linie ausländische Vertragspartner, der Schwerpunkt ihrer Auswirkungen liege im Ausland, und schließlich hätten auch die französischen Behörden die Fusion genehmigt. Die Entscheidung des Bundeskartellamts stehe weder mit dem völkerrechtlichen Erfordernis eines sinnvollen Anknüpfungspunktes noch mit dem Interventionsverbot im Einklang.

Das Bundeskartellamt¹³³ untersagte 1978 die Veräußerung der deutschen Tochtergesellschaft eines niederländischen Unternehmens an ein anderes niederländisches Unternehmen. Der Vertrag wurde hier zwar im Ausland geschlossen, aber der Veräußerer war ein deutsches Unternehmen.

Zur Frage der Anzeigepflicht nach § 23 Abs.1 GWB hat der Bundesgerichtshof entschieden¹³⁴, daß eine solche Pflicht besteht, wenn ein mittelbares amerikanisches Tochterunternehmen einer deutschen Muttergesellschaft sich mit einem amerikanischen Unternehmen zusammenschließt. In diesem Falle ging es aber um die Anzeigepflicht der deutschen Obergesellschaft.

Die Betrachtung der deutschen Gerichtspraxis hat gezeigt, daß auch hier noch nie allein die potentiellen Auswirkungen von Auslandszusammenschlüssen den Mechanismus der präventiven Fusionskontrolle ausgelöst hatten. Immer ging es entweder um das Verhalten einer deutschen Muttergesellschaft oder um die Zukunft einer deutschen Tochtergesellschaft. Auch die 1976 veröffentlichte Leitlinie¹³⁵ des Bundeskartellamts zum Begriff der Inlandsauswirkungen im Sinne des § 98 Abs.2 GWB wollen Auslandszusammenschlüsse, die die deutsche Wettbewerbsstruktur beeinflussen, nur dann erfassen, wenn daran wenigstens ein inländisches Unternehmen im weiteren Sinne, auch als verbundenes Konzernunternehmen, beteiligt ist¹³⁶.

¹³³ WuW/E, BKartA 1716 – *Kartoffelstärke*.

¹³⁴ BGHZ 74, 327 – *Organische Pigmente*.

¹³⁵ Abgedruckt bei Langen/Niederleithinger/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz (5. Aufl. 1977), § 98 Rdnr. 28.

¹³⁶ Allerdings soll es danach ausreichen, daß einer der Fusionspartner über Importeure am deutschen Markt tätig wird.

In die gleiche Richtung gehen sowohl Art. 66 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl¹³⁷, wonach die Fusionskontrolle nur dann eingreift, wenn eines der beteiligten Unternehmen ein Gemeinschafts-Montanunternehmen ist, als auch der Vorschlag einer EWG-Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen¹³⁸. Dort heißt es in Art. 1 Abs. 1, daß die Verordnung anwendbar sein solle, sofern mindestens eines der beteiligten Unternehmen seinen Sitz im Gemeinsamen Markt hat und der Zusammenschluß dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Anders als im Kartellrecht scheinen also im Fusionskontrollrecht das Personalitäts- und das Territorialitätsprinzip weiter eine gewisse Rolle zu spielen.

Dies zeigt sich auch an der Entscheidungspraxis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Dieser hat es in einer Reihe von Fällen¹³⁹ vorgezogen, statt an das Wirkungsprinzip an die Unternehmenseinheit anzuknüpfen, indem er das Verhalten einer EWG-Tochtergesellschaft der ausländischen Muttergesellschaft zurechnete, vorausgesetzt, daß die Mutter die tatsächliche Kontrolle über die Tochter habe ausüben können und von deren Verhalten Kenntnis gehabt habe. Dieses Erfordernis wurde später¹⁴⁰ etwas weiter gefaßt, indem die Vermutung aufgestellt wurde, daß bei Kenntnis die Leitungsmacht auch tatsächlich ausgeübt wurde. In dem bisher einzigen Fall¹⁴¹, in dem der Gerichtshof die Mißbrauchsaufsicht nach Art. 86 EWGV zu Zwecken der Fusionskontrolle ausübte, hat er das Verhalten der Firma Europemballage bei einer Fusion innerhalb der EWG auch deren Muttergesellschaft Continental Can zugerechnet, sich also nicht auf die Frage eingelassen, ob die Leitungsmacht der Mutter über das Wirkungsprinzip erfaßt werden könne, sondern über die Zurechnung kraft Unternehmenseinheit das Territorialitätsprinzip angewendet.

Die Praxis der Fusionskontrolle gibt also insgesamt wenig für die Beantwortung der Frage her, ob auch die Möglichkeit oder konkrete Gefahr einer schädlichen Auswirkung eines Auslandssachverhaltes einem Staat die Möglichkeit gibt, diesen zum Gegenstand einer innerstaatlichen Regelung

¹³⁷ Anm. 117.

¹³⁸ ABl. EG 1973 Nr. C 92, S. 1, geändert ABl. EG 1982 Nr. C 36, S. 3.

¹³⁹ So in den Fällen, die einen Mißbrauch nach Art. 86 EWGV – keine Fusion – betrafen. *EuGH-ICI*, 48/69 – Slg. 1972, 619; *Geigy*, 52/69 – Slg. 1972, 787; *Sandoz*, 53/69 – Slg. 1972, 845 – *Farbstoffe*; vgl. weiter zur Rechtsprechung und zur Praxis der EG-Kommission Meng (Anm. 64), S. 902f.

¹⁴⁰ *EuGH – Commercial Solvents, Gund 7/73* – Slg. 1974, 223.

¹⁴¹ *EuGH – Continental Can*, 6/72 – Slg. 1973, 215.

mit Auslandswirkung zu machen. Es wird zu untersuchen sein, ob hierüber das allgemeine Völkerrecht eine klarere Auskunft geben kann.

5. Abgrenzung zur kollisionsrechtlichen Fragestellung

Auch das Kollisionsrecht befaßt sich mit der Auslandswirkung staatlicher Hoheitsakte. Beantragt etwa jemand, dessen Kupferminen in Chile enteignet wurden, die Sequestrierung von Kupfer aus diesen Minen, das sich in Hamburg befindet, so muß er seine Eigentumsposition dartin¹⁴². Die hängt aber davon ab, ob die chilenische Enteignung in der Bundesrepublik anerkannt wird. Ausländische Hoheitsakte können also Vorfragen inländischer Rechtsanwendung sein¹⁴³. Ähnlich ist es etwa bei der Frage der Anerkennung ausländischer Scheidungen, Konkurse etc.

Es ist auch in der Wissenschaft bereits die Frage gestellt worden¹⁴⁴, ob nicht inländische Gerichte ausländisches öffentliches Recht ebenso auf Fälle mit Auslandsbezug anwenden sollten, wie dies im Privatrecht von alters her üblich ist. Neuester Sproß dieser Überlegungen ist die Lehre von der »Sonderanknüpfung«¹⁴⁵, die in Art. 7 des EWG-Übereinkommens von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht¹⁴⁶ ihren Einzug gehalten hat:

»(1) Bei Anwendung des Rechts eines bestimmten Staates auf Grund dieses Übereinkommens kann den zwingenden Bestimmungen des Rechts eines anderen Staates, mit dem der Sachverhalt eine enge Verbindung aufweist, Wirkung verliehen werden, soweit diese Bestimmungen nach dem Recht des letztgenannten Staates ohne Rücksicht darauf anzuwenden sind, welchem Recht der Vertrag unterliegt. Bei der Entscheidung, ob diesen zwingenden Bestimmungen Wirkung zu verleihen ist, sind ihre Natur und ihr Gegenstand sowie die Folge zu berücksichtigen, die sich aus ihrer Anwendung oder ihrer Nichtanwendung ergeben würden.

¹⁴² So der Fall Landgericht Hamburg, AWD 1973, 163.

¹⁴³ Vgl. Zu dieser »Überwirkung« K. Neumeyer, Internationales Verwaltungsrecht, Bd. 4 (1936), S. 169 ff. Allgemein Vogel (Anm. 2), S. 298 ff.; F. A. Mann, Conflict of Laws and Public Law, RdC Bd. 132 (1971 I), S. 107 ff.; K. König, Die Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte (1965).

¹⁴⁴ Goldman (Anm. 81), S. 78 ff.; Lowenfeld (Anm. 2).

¹⁴⁵ Begründet von W. Wengler, Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 54 (1940/41), S. 168 ff., und K. Zweigert, Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote, RabelsZ Bd. 14 (1942), S. 283 ff. Vgl. hierzu auch Mann (Anm. 143), S. 107 ff., 157 ff.; Habscheid (Anm. 2), S. 47 ff., und A. Heini, Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen im internationalen Privatrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 22 (1982), S. 37 ff.

¹⁴⁶ Vom 19. 6. 1980, ABl. EG Nr. L 266 vom 9. 10. 1980.

(2) Dieses Übereinkommen berührt nicht die Anwendung der nach dem Recht des Staates des angerufenen Gerichtes geltenden Bestimmungen, die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regeln«.

Beide Problemkreise sind sicherlich der Erörterung würdig und sollten gerade angesichts zunehmender internationaler Verflechtungen *de lege ferenda* überdacht werden. In ihnen taucht aber, ebenso wie im privatrechtlichen Kollisionsrecht, nur die Frage auf, wann ein Staat statt eigenem öffentlichen Recht fremdes anwenden will, ob er also zweiseitige Kollisionsnormen aufstellen will.

Letzteres ist im öffentlichen Recht bisher ersichtlich noch nicht praktiziert worden¹⁴⁷. Es gilt unbestritten der Satz, daß kein Staat fremde Hoheitsakte öffentlichrechtlicher Natur anerkennen muß und daß er sie nicht etwa anstelle eigenen Rechts auf bestimmte Sachverhalte anwenden muß¹⁴⁸. Sicherlich kann unter Umständen fremde Hoheitsgewalt als *vis absoluta* oder *compulsiva* strafrechtlich einen Entschuldigungsgrund darstellen und wäre dann vom völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz her wegen des Grundsatzes *nulla poena sine culpa*¹⁴⁹ zu beachten. Sicherlich kann solche Gewalt zivilrechtlich auch zur unverschuldeten Leistungsstörung führen, aber bereits hier ist deren Konsequenz wieder staatlicher Diskretion anheimgestellt.

Hier geht es primär nicht darum, was ein Staat tun sollte, um internationale Harmonie zu fördern, nicht um ein Optimum an Gerechtigkeit, sondern darum, inwieweit er Hoheitsakte mit Auslandswirkung setzen darf, also um eine völkerrechtliche Minimalgrenze staatlicher Hoheitsausübung. Kollisionsrechtlich gesprochen geht es um die Zulässigkeit einer besonderen oder in Sachnormen implizierten einseitigen Kollisionsnorm, mit der ein Staat die eigene Sachregelung auch an Sachverhalte anknüpft, die sich außerhalb seiner Grenzen abspielten¹⁵⁰.

Es wäre also verfehlt, an diese Fragestellung primär mit Kriterien heranzugehen, die aus dem Kollisionsrecht gewonnen werden. Um entscheiden

¹⁴⁷ Die Möglichkeit bestünde nach der souveränen Entscheidung eines Staates aber wohl. Vgl. die Vorschläge von Lowenfeld (Anm.2), *passim*, insbesondere S.322 ff.; Goldman (Anm.81), S.718 ff.

¹⁴⁸ Vgl. etwa Mann (Anm.143), S.118. Zur kollisionsrechtlichen *optimum rationality* auch für das öffentliche Recht Lowenfeld (Anm.2) und K. M. Meessen, Kollisionsrecht als Bestandteil des allgemeinen Völkerrechts: Völkerrechtliches Minimum und kollisionsrechtliches Optimum, in: Festschrift für F. A. Mann (1977), S.227 ff.

¹⁴⁹ Siehe dazu V 1.

¹⁵⁰ Es ist umstritten, ob man hier von einseitiger Kollisionsnorm reden soll, weil es sich um eine Frage des vom Völkerrecht her begrenzten und dem öffentlichen Recht eigentümli-

zu können, was ein Staat tun oder lassen sollte, was für ihn am vernünftigsten ist, wie er also sein Kollisionsrecht gestalten soll, muß zuvor die Frage beantwortet werden, was er darf, ob er also überhaupt eigenes Recht setzen dürfte. Darf er dies nicht – was nach Völkerrecht zu entscheiden ist –, so ist das Problem obsolet, ob er vielleicht doch lieber ausländisches Recht anwenden und sich selbst beschränken sollte.

Wer also die Frage der Zulässigkeit von Hoheitsakten mit Auslandswirkung mit kollisionsrechtlichen Kategorien anzugehen sucht, tut den zweiten Schritt vor dem ersten. Das soll nicht heißen, daß man nicht diesen zweiten Schritt tun sollte, aber erst nach der völkerrechtlichen Prüfung, um die allein es hier geht.

Ganz so rein lassen sich aber beide Schritte auch wieder nicht voneinander trennen, weil, wie insbesondere an der amerikanischen Rechtsprechung zum Kartellrecht deutlich wurde, kollisionsrechtliche Interessenabwägungsgedanken auch für die völkerrechtliche Vorfrage in der Praxis fruchtbar gemacht werden. Über den Sinn solcher Transplantationen wird später noch etwas zu sagen sein.

6. Rechtserkenntnisprobleme

Die Beschäftigung gerade mit der Zulässigkeit von Hoheitsakten mit Auslandswirkung stellt den Wissenschaftler schnell vor praktische und methodische Probleme, die wohl beim gegenwärtigen Stand der Forschung nicht zu seiner vollen Zufriedenheit gelöst werden können. Sie werden hier nicht erwähnt, um bereits im voraus als Entschuldigung für Unzulänglichkeiten zu dienen, sondern um zu zeigen, was noch zu tun bleibt, und um zu weiteren Forschungen anzuregen.

Die vorangehenden Erörterungen haben im Aufriß gezeigt, wie viele Rechtsmaterien in wie vielen Staaten Praxismaterial liefern. Doch so sicher es ist, daß sie nicht vollständig sind, so unsicher ist es, in welchem Umfang sie unvollständig sind. Gerade in letzter Zeit tragen Wissenschaftler aus der ganzen Welt – die auf die Problematik aufmerksam geworden sind – dazu bei, daß ständig neue Problemmaterien bekannt werden, aber was denn nun wirklich Staatenpraxis ist, wird sich zur Zeit nicht mit erschöpfender Vollständigkeit erkunden lassen¹⁵¹. Hierzu bedarf es rechts-

chen Anwendungsbereichs staatlichen Rechts handelt, vgl. hierzu Vogel (Anm.2), S.194ff.; Mann (Anm.143), S.118ff.; kritisch neuerdings K. Schurig, Kollisionsnorm und Sachrecht (1981).

¹⁵¹ Gute Zusammenstellungen gibt es eigentlich nur für das Wettbewerbsrecht, so etwa von Lowe (Anm.2). Das Praxismaterial, was sich bei Meessen (Anm.81), in den ILA-

vergleichender Forschungen auf den verschiedensten Gebieten, ja es wird zunächst einmal nachzuforschen sein, auf welchen Gebieten in der Welt die Problematik auftritt. Bisher dürfte also nur die Spitze des Eisbergs in Sicht sein.

So gut die breite Kenntnis von Praxismaterial auch ist, so sehr birgt sie aber auch die Verlockung, das Völkerrecht ausschließlich in der Rolle eines Sammelbeckens dieser Praxis zu sehen. Ist die Praxis nur unvollständig erfassbar, so richtet sich der Blick mehr auf die allgemeinen Grundsätze dieses Rechts, auf seine befriedende Funktion, auf seine Fähigkeit, auch neu auftauchende Sachverhalte entsprechend dieser Funktion von Anfang an zu kanalisieren. Damit soll nicht ein deduktiver Ansatz über die Induktion gestellt werden. Staatenpraxis ist die Basis des Völkerrechts, aber sie ist auch in konsentrierte Grundstrukturen der Völkerrechtsordnung eingebettet, die – dies zu zeigen ist das Hauptanliegen dieser Untersuchung – durchaus auch in konkrete, neu aufgetauchte Sachverhalte regelnd eingreifen können. Es soll aber nicht verkannt werden, und einige Beispiele aus Lehre und Praxis zeigen dies, daß bei dieser methodischen Vorgehensweise die Gefahr des Dezisionismus besteht. Wünschenswertes kann als Recht ausgegeben, *lex lata* und *lex ferenda* können vermischt werden. Hier können sich bei noch so gutem Willen nachteilige Folgen für die *rule of law* ergeben, denn es ist nicht auszuschließen, daß andere Interessen mit solch extensiver Methodik Mißbrauch betreiben. Die Klarheit des Rechts ist für seine Friedensfunktion unabdingbar. Die Regeln über Erkenntnisquellen und Methoden müssen als Argumentationsrahmen unangetastet bleiben, mag ein außerhalb liegendes Ergebnis auch noch so wünschenswert sein.

Soweit aber Praxis bekannt ist, begegnet ihre Auswertung Schwierigkeiten. Dies hängt unter anderem an den Unterschieden zwischen den nationalen Rechtssystemen. Wo *comity* als Ausweg aus Staatenkonflikten zu Gebote steht, dringen die Richter unter Umständen nicht mehr zur Frage völkerrechtlicher Zulässigkeit vor.

Der deutsche Richter aber darf sich nicht auf *comity* berufen. Er darf im Rahmen seiner Gesetzesbindung keine politischen Rücksichten nehmen, wenn ihm das nicht von Gesetzes wegen erlaubt ist. Solche Befugnisse hat etwa nach der deutschen Strafprozeßordnung die Staatsanwaltschaft (§§ 153 c Abs. 2–4, 153 d). Im GWB kann der Bundesminister für Wirtschaft solche Rücksichten unter besonderen Umständen einmal zur Grundlage einer Ausnahmegenehmigung nach §§ 8 oder 24 Abs. 3 und 4

Reports (Anm. 119) und bei Mann (Anm. 2) findet, ist reichhaltig, aber nicht mehr auf dem neuesten Stand. Die OECD-Studie aus dem Jahre 1977 (Anm. 120) ist etwas summarisch.

machen. Der Richter bleibt von solchen Überlegungen ausgeschlossen. Er ist aber über Art.25 des Grundgesetzes an die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gebunden und wird daher beim Auftreten von Konflikten mit ausländischen Interessen eine Lösung im Völkerrecht suchen müssen.

Das muß nicht nur zu Verständnisschwierigkeiten zwischen den Richtern führen. Auch die Wissenschaft tut sich schwer, eine Brücke zwischen beiden im Verhältnis zueinander inhomogenen Denkweisen zu schlagen, denn beide Teile der Brücke laufen nicht in der Mitte aufeinander zu. Auch fällt es schwer festzustellen, wie die Praxis völkerrechtlich zu bewerten ist. Schöpft sie die völkerrechtlichen Grenzen, nach denen hier gefragt wird, voll aus, oder kann nur gesagt werden, daß sie sich irgendwo innerhalb dieser Grenzen bewegt, ohne daß diese Grenzen genau bestimmt werden können? Wie sind Staatenproteste zu bewerten: als Ablehnung der Hoheitsausübung im Einzelfall oder als Ablehnung ihres Anknüpfungspunkts generell?

Da es weitgehend an Vertragspraxis fehlt, konzentriert sich die Suche im vorliegenden Problemkreis auf gewohnheitsrechtliche Regelungen. Hier tauchen dann die allgemein bekannten Erkenntnisprobleme des Völkergewohnheitsrechts in konzentrierter Form auf.

7. Umriss der Fragestellung

Der Gang durch die Praxis hat bereits gezeigt, daß die Frage der Auslandswirkung bei Hoheitsakten aller drei Staatsgewalten, in der Rechtsetzung, der Verwaltung und auch in der Gerichtsbarkeit, auftritt. Es kommt hier weniger auf die Unterscheidung zwischen den Staatsgewalten an, als vielmehr auf die Art ihrer Hoheitsakte.

In Anlehnung an die amerikanische Terminologie¹⁵² kann man von der Regelungshoheit, der Gerichtsbarkeit und der Durchsetzungshoheit sprechen. Die Regelungshoheit ist dem Gesetzgeber und der Verwaltung als

¹⁵² So im Restatement (Second) of Foreign Relations Law (Anm.98) § 6: "jurisdiction . . . to prescribe or to enforce". Im Revisionsentwurf hierzu (Anm.202) wird jetzt die "jurisdiction to enforce" in diejenige "to enforce" und diejenige "to adjudicate" aufgespalten (§ 401). "Prescribe" ist danach gesetzliche und untergesetzliche Rechtsetzung sowie Entscheidung und Anordnung im Einzelfall durch Behörde und Gerichte. "Jurisdiction to adjudicate" heißt "to subject persons or things to the process of . . . courts or administrative tribunals", während "jurisdiction to enforce" die Kompetenz ist, "to compel or induce compliance, or to impose sanctions for non-compliance". Akehurst (Anm.2) spricht von "executive, judicial" und "legislative jurisdiction". Mann (Anm.2), S.13, spricht von "jurisdiction" als "right of regulation", das er in Anlehnung an O. W. Holmes als "right to apply the law to the acts of men . . . by legislative, executive or judicial measures" bezeichnet.

Verordnungsgeberin zuzurechnen, doch gibt es hier auch Überschneidungen, etwa wenn ein Parlament als Gericht fungiert, wenn die Verwaltung ihre Anordnung selbst durchsetzt. Wenn ein Gericht einen Zeugen vorlädt, bedarf es der Gerichtsbarkeit im Streitfall und der Regelungshoheit für die Anordnung der Zeugenladung.

Für die Gerichtsbarkeit gibt es, wie erörtert, historisch gewachsene Regeln, so daß sie als Sondergebiet angesehen werden kann. Aber es dürfte auch sinnvoll sein, Regelungs- und Durchsetzungshoheit als getrennte Gebiete zu behandeln. Wie bereits gesagt, endet die Durchsetzungshoheit an den Grenzen des eigenen Territoriums. Aber auch innerhalb des Territoriums stößt sie auf weitergehende Grenzen als die Regelungshoheit. So können die Menschenrechte oder der fremdenrechtliche Mindeststandard etwa einer Inhaftierung oder der Durchsetzung einer Geldstrafe entgegenstehen. Außerdem ist es möglich, wie noch zu zeigen sein wird, daß unter Umständen in Konfliktsituationen eine grundsätzlich zulässige Regelung, etwa in einem Gesetz, wegen ihrer Auslandswirkungen im Einzelfall einmal auch innerstaatlich nicht durch Verwaltungsakte oder gerichtliche Entscheidungen durchgesetzt werden darf.

Für die völkerrechtliche Fragestellung, um die es hier geht, steht die Regelungshoheit im Vordergrund. Aber auch die Gerichtsbarkeit kann Auslandswirkungen haben, ebenso wie dies auch für Durchsetzungsmaßnahmen im Inland gilt. Wenn ein Gesetz ein Auslandskartell verbietet und unter Bußgeldandrohung stellt, so wird sich ein Ausländer, der im Inland Vermögen hat, unter Druck sehen, diese Regelung zu befolgen. Wird im Falle der Zuwiderhandlung ein Gerichtsverfahren eingeleitet, so muß der Ausländer zur Wahrung seiner Rechte sich dort vertreten lassen, was ihn viel Geld kosten kann. Wird nach Verurteilung sein Vermögen im Gerichtsstaat gepfändet, so können seine Kreditwürdigkeit und damit der Bestand seines Unternehmens leiden.

Zuweilen wird in diesem Zusammenhang von extraterritorialer Hoheitsausübung¹⁵³ gesprochen. In den USA ist der Begriff *extraterritorial jurisdiction*¹⁵⁴ geläufig. Wenn man sich über den Inhalt dieses Begriffes verständigen kann, steht seiner Anwendung aus Gründen einer international einheitlichen Terminologie nichts im Wege. Er ist jedoch hier bewußt nicht in den Vordergrund gerückt worden, weil er zu Mißverständnissen Anlaß gibt. Denn extraterritorial darf Hoheitsgewalt nie ausgeübt werden, wenn

¹⁵³ Das Kammergericht (Anm.128) spricht in Anlehnung an die angelsächsische Terminologie von »Jurisdiktionsgewalt«.

¹⁵⁴ So etwa die Titel vieler in Anm.81 zitierten Untersuchungen.

man hierunter die Regelung und Durchsetzung von Sachverhalten mit rechtlicher Wirkung versteht¹⁵⁵. Einer in Deutschland inzwischen gebräuchlichen Terminologie folgend kann man auch sagen, daß der Geltungsbereich des Rechts immer territorial ist und nur in Frage steht, ob sein Anwendungsbereich auf Sachverhalte außerhalb des staatlichen Territoriums ausgedehnt werden kann¹⁵⁶.

Zweierlei würde es rechtfertigen, die Hoheitsausübung extraterritorial zu nennen (wenn auch etwas mißverständlich): Die Rechtsfolge im Inland wird an einen Sachverhalt im Ausland geknüpft, und diese Rechtsfolge oder bereits ihre Androhung wirken sich wiederum faktisch auf das Verhalten oder Vermögen des Normadressaten im Ausland aus.

Von Wirkung wird in diesem Zusammenhang in doppelter Weise gesprochen. Beides sollte nicht miteinander verquickt werden. Einmal geschieht dies im Zusammenhang mit dem Wirkungsprinzip als Anknüpfungsprinzip. Gefragt wird hier danach, unter welchen Voraussetzungen es das Völkerrecht erlaubt, daß ein Verhalten im Ausland, welches Auswirkungen im Inland erzeugt, zum Gegenstand einer Regelung im Inland gemacht werden darf.

Zum anderen ist zu fragen, welchen Grad von Rückwirkung diese Regelung auf den betroffenen ausländischen Staat das Völkerrecht gestattet, ob also etwa das amerikanische Fusionskontrollrecht Einfluß auf die Unternehmensgröße in Luxemburg nehmen darf, ob fremdes Gerichtsverfahrenrecht das schweizerische Bankgeheimnis durchbrechen darf, ob schweizerisches Zivilrecht die Konkursmasse eines Gemeinschuldners in Deutschland schmälern darf¹⁵⁷.

Diese Rückwirkung ist eine faktische, keine rechtliche, da der Geltungsbereich von Recht immer an den Grenzen des Territoriums endet. Nur der

¹⁵⁵ Wengler, Internationales Privatrecht (Anm.40), S.21, will den Begriff der extraterritorialen Jurisdiktion nur auf Rechtserzwingungsakte auf fremdem Staatsgebiet, bei der Regelung für die Ausübung eigener staatlicher Rechte auf fremdem Territorium und bei Regelungen über die Hohe See, den Luftraum darüber sowie über Schiffe und Luftfahrzeuge verwenden. In Bd.1 des Annual Digest of Public International Law Cases (1932) (Hrsg. J. F. Williams/H. Lauterpacht) finden sich unter der Rubrik "Extraterritorial Jurisdiction" die Untergruppen "Consular Jurisdiction" und "Jurisdiction on the High Seas", erst in Bd.6 taucht dann der Begriff "Extraterritorial Effects of Jurisdiction" daneben auf.

¹⁵⁶ So z. B. Meessen (Anm.81), S.15; Rudolf (Anm.2) verwendet beide Begriffe im umgekehrten Sinne; Vogel (Anm.2), S.1, nennt den Geltungsbereich »intransitiver Anwendungsbereich«, den Anwendungsbereich »transitiver Anwendungsbereich«.

¹⁵⁷ Vgl. hierzu Bundesgerichtshof, JZ 1983, S.898, wonach in der Schweiz im Wege der Einzelzwangsvollstreckung erlangtes Vermögen des Gemeinschuldners in Deutschland zur Konkursmasse herausgegeben werden muß. Umgekehrt erkennt das deutsche Recht aber nach § 237 Konkursordnung keinen Auslandskonkurs an!

Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß es auch noch andere Auslandswirkungen staatlichen Rechts gibt: die Tatbestandswirkung, von der bereits die Rede war, die Tatsache, daß inländische Anordnungen Voraussetzung für Rechtshilfe im Ausland sein können, und der in Ausnahmefällen vom Territorialstaat erlaubte direkte Vollzug von fremdem Recht auf seinem Territorium. Von den drei letztgenannten Bereichen soll aber hier nicht die Rede sein.

In der Dichotomie von Anknüpfung und Rückwirkung des Hoheitsakts auf die Hoheitssphäre eines anderen Staates findet sich auch die materielle Rechtfertigung der Trennung der Fragen nach der Zulässigkeit einerseits und den Grenzen andererseits von Hoheitsakten mit Auslandswirkung. Es dürfte wenig sinnvoll sein, Konflikte mit anderen Staaten bereits bei der Frage der Anknüpfung zu behandeln. Denn nicht durch die reine Erfassung eines Auslandssachverhalts durch eine inländische Regelung entsteht ein Konflikt, sondern erst, wenn diese Regelung in einem Maße auf das Verhalten von Personen im Ausland einwirkt, das den Interessen ihres Aufenthalts- oder Sitzstaates zuwiderläuft. Das erklärt auch, warum Staaten selten gegen die Wahl eines Anknüpfungspunkts selbst protestieren, sondern eher gegen die Konsequenzen eines Hoheitsakts.

Solche Konflikte können in verschiedener Stärke auftreten. Am schärfsten sind sie, wenn ein Staat etwas verbietet, was der andere anordnet. Das wäre etwa der Fall, wenn ein Staat aus strukturellen Gründen die Fusion gefährdeter Unternehmen anordnen würde und im anderen Staat diese Fusion wegen ihrer Auswirkungen auf den einheimischen Markt als verboten behandeln würde. Aber auch wenn ein Staat etwas verbietet, was der andere erlaubt, kann man nicht notwendig daraus schließen, daß kein Konflikt auftreten wird.

Denn die Erlaubnis kann einer bewußten ordnungspolitischen Freiheitsvorstellung entspringen, etwa einem Vertrauen in die Ordnungsfunktion des freien Spiels der Marktkräfte. Daß ein Staat kein Fusionskontrollrecht hat, muß nicht bedeuten, daß ihm Fusionen gleichgültig sind. Vielmehr kann er in souveräner Entscheidung davon ausgehen, daß sich die Unternehmensgrößen den Marktverhältnissen anpassen werden und somit eine optimale Güterversorgung zu günstigsten Preisen gesichert wird – ob diese Entscheidung auf die Dauer Recht behalten wird, steht nicht zur Debatte. Da die Erforschung dieser Motivationslage oft gerade vom Ausland aus schwierig ist, wird man von einem Staat verlangen können, daß er seine Interessen bei der Regierung oder – wo möglich – bei den Gerichten des regelnden Staates so deutlich notifiziert, daß ihre Berücksichtigung und Wertung möglich wird.

Abschließend ist an dieser Stelle noch darauf hinzuweisen, daß sich das Völkerrecht in seinem gegenwärtigen Bestand nur mit Konflikten von Staaten beschäftigt. Es ist zwar richtig, daß das Fremdenrecht und der Menschenrechtsschutz auch der Wahrung von Einzelinteressen dienen¹⁵⁸. Dies wird aber in diesem Problembereich wohl selbst dann kaum akut, wenn ein Individuum sich widersprechenden Geboten und Verboten gegenüber sieht. Die Abwägungskataloge der amerikanischen Kartellrechtsentscheidungen und des § 40 Restatement (Second), von denen die Rede war, scheinen Staaten- und Individualinteressen zu vermischen. Die Berücksichtigung von Individualinteressen gehört aber nicht auf die erste Stufe der Fragestellung: was darf ein Staat, sondern auf die zweite: was sollte er zu einer optimalen und gerechten Lösung tun. Da hier nur die erste Stufe untersucht wird, werden solche Individualinteressen nur summarisch Berücksichtigung finden können.

IV. Völkerrechtliche Zulässigkeit der Anknüpfung an Auslandssachverhalte

1. Relevante Anknüpfungspunkte im Wirtschaftsverwaltungsrecht

Das Wirtschaftsverwaltungsrecht dient der hoheitlichen Regelung von staatlichen Zwecken, der Herstellung einer Ordnung des Wirtschaftslebens im öffentlichen Interesse. In beiden Rechtsgebieten geht es nicht darum, fremdes Recht anzuwenden, sondern nur, ob eigenes Recht angewendet werden darf. Hierzu aber sind die Kriterien am geeignetsten, die das staatliche Interesse an der Hoheitsausübung betreffen: territoriale Souveränität, Personalhoheit, Schutz der staatlichen Wirtschaftsordnung. In der geläufigen Terminologie heißt dies, daß das Territorialitätsprinzip und das Personalitätsprinzip ebenso für diese Untersuchung relevant sind wie das Schutzprinzip und das Wirkungsprinzip.

2. Stellungnahmen von Staaten und internationalen Organisationen

In der dargestellten Praxis sind selten Stellungnahmen ausdrücklich zur völkerrechtlichen Zulässigkeitsproblematik abgegeben worden. Solche Stellungnahmen finden sich aber in Äußerungen von Regierungen und internationalen Organisationen, hauptsächlich in Protestnoten¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Siehe hierzu V 1.

¹⁵⁹ Zur Protestpraxis ausführlich Meessen (Anm.81), S.148ff., und Lowe (Anm.2) Part Two, S.79ff.

Im Rahmen einer Grand Jury Investigation betreffend die Erdölindustrie äußerte sich der niederländische Botschafter in Washington schriftlich gegenüber einer Streitpartei zur Vorlage beim zuständigen amerikanischen Gericht¹⁶⁰, daß auf niederländischem Territorium ausschließlich niederländisches Kartellrecht gelte. Ausländische Hoheitsakte seien dort nicht anwendbar.

Im Rahmen eines amerikanischen Kartellverfahrens gegen den kanadischen "Patentpool" 1958 schrieb der kanadische Justizminister in einem Bericht an das Oberhaus¹⁶¹, eine amerikanische Anordnung, die Kanadiern ein Verhalten in Kanada gebiete, sei eine Verletzung der kanadischen Souveränität.

In den Jahren 1954–1964 war in den USA ein Kartellverfahren gegen das Informationszentrum der Schweizer Uhrenindustrie anhängig. Die Schweiz äußerte sich in einem *amicus curiae brief* folgendermaßen¹⁶²:

"... international law permits a State to hold an alien liable for an act done by him outside the State if (a) the act was of a sort that is reprehended by most civilized nations and (b) the act was aimed directly at the State seeking to apply its law and either produced effects within that State or else, as in the case of an attempt, was intended to produce effects there ...".

In einer Untersuchung gegen europäische Schifffahrts-Linienkonferenzen 1960/61 hatte der amerikanische Federal Maritime Board die Herausgabe von im Ausland belegenen Dokumenten durch ausländische Firmen verlangt. Dies brachte den USA eine ganze Reihe von Staatenprotesten ein¹⁶³. Dänemark erklärte, die Anordnung gehe "beyond the limits of the United States jurisdiction under the general principles of international law". In gleicher Weise äußerten sich Großbritannien, Indien, Japan, Norwegen, die Niederlande, Schweden, Jugoslawien. Italien schrieb, "that the regulatory powers of the Federal Maritime Board should not be exerted on matters involving said Italian entities, which are subject to the territorial and personal jurisdiction of Italy, without any showing of adverse effects upon the interest of the U.S. as protected by the Shipping Act". Die wertvolle Sammlung des ILA-Komitees "Extra-territorial application of restrictive trade legislation"¹⁶⁴ enthält noch eine Reihe weiterer Staatenäußerungen zur Auslandswirkung von Hoheitsakten, deren Gesamtbild sich dadurch auszeichnet, daß nicht generell die Anknüpfung an Auslandssach-

¹⁶⁰ In ILA-Report Tokyo (Anm. 119), S. 572 f.

¹⁶¹ A. a. O., S. 574.

¹⁶² A. a. O., S. 575 f.

¹⁶³ A. a. O., S. 578 ff.

¹⁶⁴ Anm. 119.

verhalte bestritten wird, sondern die Interessenkonflikte im jeweiligen Fall die Grundlage für die Behauptung einer Souveränitätsverletzung bilden.

In einer Note der Consultative Shipping Group¹⁶⁵, die 12 europäische Länder und Japan vereinigt, aus dem Jahre 1978 an die amerikanische Regierung wird hervorgehoben, welche Verwirrung und Rechtsunsicherheit Regelungskonflikte auf dem Gebiet des Seetransports hervorrufen. Vorgeschlagen wird ein *modus vivendi*, ausgehend vom Prinzip, daß kein Land den Transport von Exportgütern jenseits seiner Hafengrenzen regeln sollte. Aber auch hier wird die Position bis zu einem gewissen Maße relativiert: "other formulations could be examined".

Ausführlich zur Frage der Regelungshoheit nimmt der EG-Protest gegen das amerikanische Erdgas-Röhren-Embargo¹⁶⁶ Stellung. Als gesicherte Anknüpfungspunkte werden das Territorialitäts- und das Personalitätsprinzip anerkannt. Im Rahmen des letzteren wird die Anknüpfung an die Kontrolltheorie ausdrücklich abgelehnt, was eine Anerkennung der Gründungs- und Sitztheorie impliziert. Ebenfalls abgelehnt wird eine Anknüpfung an die Herkunft von Gütern und Technologie. Nicht allgemeine Anerkennung im Völkerrecht hätten das Schutzprinzip und das Wirkungsprinzip gefunden. Aus der Praxis der EG geht allerdings hervor, daß sie selbst diese Prinzipien akzeptiert und das Wirkungsprinzip anwendet.

Von Interesse in dieser Note ist die Umschreibung beider Prinzipien. Das Schutzprinzip sei anwendbar "to proscribe acts done outside its territory but threatening its security or the operation of its governmental functions, if such acts are generally recognized as crimes by States with reasonably developed legal systems". Weiter das Wirkungsprinzip, "under which conduct occurring outside the territory but causing direct, foreseeable and substantial effects – which are also constituent elements of a crime or tort – within the territory may be proscribed".

Da diese Note auch von der Präsidentschaft des EG-Ministerrats überreicht wurde, kann man davon ausgehen, daß sie die Rechtsauffassung fast aller Mitgliedstaaten wiedergibt. Zweifelhaft ist dies nur für Großbritannien, auf dessen Betreiben hin die Formel von der "less than general acceptance under international law" hinsichtlich der beiden zuletzt genannten Prinzipien in die Note Eingang gefunden haben könnte. Großbritannien hatte sich nämlich am 20. Oktober 1969 im Rahmen des *Farbstoffe*-Falles in

¹⁶⁵ In Lowe (Anm.2), S.219ff.

¹⁶⁶ Anm.14.

einem Aide mémoire gegenüber der EG-Kommission ausführlich zu allen hier interessierenden Streitfragen geäußert¹⁶⁷.

Personalhoheit dürfe nur ausgeübt werden, "if the foreign company 'carries on business' or 'resides' within the territorial jurisdiction". Über eine Tochtergesellschaft geschehe das nur, wenn "the subsidiary is the agent for the parent in the sense of carrying on the parent's business within the jurisdiction". Darüber hinaus gehende Konzepte wie das der »Unternehmenseinheit« werden abgelehnt.

Das Territorialitätsprinzip rechtfertige Regelungen gegenüber Ausländern nur "in respect of conduct which consists in whole or in part of some activity by them in the territory of the State claiming jurisdiction". Und für Konfliktfälle wichtig ist der Satz:

"The nationality principle justifies proceedings against nationals of the State claiming jurisdiction in respect of their activities abroad only provided that this does not involve interference with the legitimate affairs of other States or cause such nationals to act in a manner which is contrary to the laws of the State in which the activities in question are conducted".

Daß Großbritannien nach seinem EG-Beitritt nicht von dieser Auffassung abgerückt ist, zeigt sein *amicus curiae* brief in der *Uranium Antitrust Litigation* von 1979¹⁶⁸. Auch zur Anwendung der Kontrolltheorie als Anknüpfungspunkt für das Personalitätsprinzip hat Großbritannien in einer Note von 1977 an die amerikanische Regierung Stellung genommen¹⁶⁹. Vorausgeschickt werden dort zwei Sätze, die für die Beurteilung von Konfliktsituationen von großem Interesse sind:

"... the Embassy wish to state that Her Majesty's Government do not accept any contention that if United Kingdom law is silent on a particular matter it is not an infringement of its jurisdiction if the United States legislate on that matter with regard to foreign subsidiaries of American companies. It is the view of Her Majesty's Government that it is for them to decide how far they wish to legislate with regard to persons within their jurisdiction".

Zur Kontrolltheorie, also der Hoheitsausübung durch die Vereinigten Staaten über Tochterunternehmen amerikanischer Firmen im Ausland, die *de facto* von ihren Müttern kontrolliert werden, bemerkt die britische Regierung:

"In any event, a company, whether it is a United Kingdom subsidiary or affiliate of a United States company or a United States company trading in the United

¹⁶⁷ In *Lowe* (Anm.2), S.144 ff.

¹⁶⁸ *Ibid.*, S.156 ff.

¹⁶⁹ *Ibid.*, S.147 ff.

Kingdom, should not be treated as 'controlled in fact' by its United States holding company, affiliate or head office if it shows that the actions complained of took place in the United Kingdom and were in accordance with the requirements of the United Kingdom Law or with the policies of Her Majesty's Government ...".

Schließlich hat aus Anlaß eines Streitfalles im Rahmen des amerikanischen Erdgas-Röhren-Embargos die Völkerrechtsdirektion des Eidgenössischen Auswärtigen Departements die Fragen der Hoheitsausübung in einer Stellungnahme aus dem Jahre 1979 genauer untersucht¹⁷⁰. Für das Strafrecht werden das objektive und das subjektive Territorialitätsprinzip, das aktive und das passive Personalitätsprinzip, das Schutzprinzip und das Weltrechtsprinzip anerkannt. Für das Steuerrecht heißt es: «L'assujettissement au droit fiscal national de sociétés étrangères intégrées à l'économie nationale ne semble être prohibé par aucune règle du droit international coutumier». Die Integration zeige sich durch Gesellschaftssitz, Zusammensetzung der Verwaltung oder den Besitz von Immobilien, Niederlassungen oder Produktionsstätten im Inland. Für das Kartellrecht wird das Wirkungsprinzip im Grundsatz anerkannt. Die Direktion scheint – ganz deutlich wird das nicht – im Anschluß an Meessen »beträchtliche, unmittelbare und vorhersehbare Inlandswirkungen« zu verlangen.

Im Rahmen des GATT zeigte sich 1967 für das Kartellrecht, daß angesichts der großen Meinungsverschiedenheiten zwischen Staaten Versuche zur Internationalisierung zum Scheitern verurteilt waren. Einziges Ergebnis war eine Deklaration, die zu Konsultationen aufrief, bis zum heutigen Tage aber toter Buchstabe blieb¹⁷¹.

Die OECD hat zwar in einer Reihe von Empfehlungen¹⁷² die Zusammenarbeit der Staaten auf den Gebieten Kartellrecht und Fusionskontrolle zu fördern gesucht, die Fragen zulässiger Hoheitsausübung aber immer sorgfältig ausgespart. Das gleiche gilt von den Antitrust-Kooperationsabkommen der Vereinigten Staaten mit Kanada¹⁷³, der Bundesrepublik

¹⁷⁰ Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht, Bd.37 (1981), S.247 ff.

¹⁷¹ GATT, Basic Instruments and Selected Documents, Supplement 9 (1967), S.25 f.

¹⁷² OECD, Agreed Minute on the Exchange of Shipping Information vom 15.12.1964, in Lowe (Anm.2), S.240 ff.; Council Recommendations vom 5.10.1967, 3.7.1973, 20.7.1978, 25.9.1979 in Lowe, S.243, 244, 248 f., 251 ff., sowie Ziff.6, 7 und 10 der OECD-Guidelines for Multinational Enterprises vom 21.6.1976 in Lowe, S.246. Vgl. auch A. von Portatius, Wettbewerbspolitik in internationalen Organisationen, WuW Bd.29 (1979), S.229 ff.

¹⁷³ Das Joint Statement von 1969 (ILM 8 [1969], S.1969) wurde durch das "Memorandum of Understanding as to Notification, Consultation and Cooperation with Respect to the Application of National Antitrust Laws" vom 9.3.1984 (ILM 23 [1984], S.275) abgelöst.

Deutschland¹⁷⁴ und Australien¹⁷⁵. Auch enthalten zahlreiche Handels-, Schiffs- und Freundschaftsverträge der USA eine Antitrust-Klausel¹⁷⁶, die zu dieser Frage schweigt. Immerhin können die Kooperationsverträge und die Konsultationen im Rahmen der OECD dem Konflikt hinsichtlich der in das Ausland wirkenden Auskunftsanordnungen der US-Gerichte etwas von ihrer Schärfe nehmen, aber auch dieses Problem wird nicht im Grundsatz geklärt.

Deutlicher ist der von der UN-Generalversammlung im Dezember 1980 im Konsens verabschiedete, von der UNCTAD erarbeitete "Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices"¹⁷⁷. Dort heißt es in Section E No.2:

"States should base their legislation primarily on the principle of eliminating or effectively dealing with acts or behaviour of enterprises which, through an abuse or acquisition and abuse of a dominant position of market power, limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on their trade or economic development, or which through formal, informal, written or unwritten agreements among enterprises have the same impact".

Hier ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, daß das so in seiner weitesten Form formulierte Wirkungsprinzip (Möglichkeit der Auswirkung genügt) auch zur Anknüpfung an Auslandssachverhalte berechtigt, aber man muß dies aus dem Zweck und dem Geltungsbereich des "Set" wohl entnehmen, der nach Section B(ii) anwendbar ist "to restrictive business practices, including those of transnational corporations, adversely affecting international trade ...". Allerdings erklärte Großbritannien zu Protokoll, daß hierdurch das Wirkungsprinzip völkerrechtlich nicht anerkannt werde. Kanada verwies auf die Pflicht, daß nach den Grundsätzen der *comity* die

Dieses statuiert weitgehende Unterrichts- und Konsultationspflichten bei allen Untersuchungsmaßnahmen, aber auch bei der Anwendung des materiellen Rechts. Besonders bemerkenswert sind die Ziff.6 und 7, welche Richtlinien für eine Interessenabwägung enthalten. Ziff.7 Abs.3 spricht ausdrücklich von "good faith consideration". Allerdings wird ausdrücklich festgestellt, daß das Memorandum kein völkerrechtlicher Vertrag ist. Es stellt daher höchstens eine Richtlinie für die Verwaltungspraxis dar, ist für Gerichte aber nicht verbindlich.

¹⁷⁴ Abkommen über die Zusammenarbeit in Bezug auf restriktive Geschäftspraktiken vom 27.9.1976, BGBl.1976 II, S.1711; englischer Text in *Lowe* (Anm.2), S.228 ff.

¹⁷⁵ Agreement relating to Cooperation on Antitrust Matters vom 29.6.1982 in *Lowe*, S.233 ff.

¹⁷⁶ Siehe hierzu *Lowe*, S.239 f.

¹⁷⁷ Resolution 35/63 der Generalversammlung (UN Doc.A/RES/35/63) vom 5.12.1980 und UN Doc.TD/RBP/CONF/10, letzteres abgedruckt bei *Lowe*, S.255 ff., und in *WuW* Bd.31 (1982), S.32.

Interessen anderer Staaten berücksichtigt werden müßten. Australien erklärte lediglich, die Prinzipien der Souveränität und der *comity* untersagten eine einseitige Ausdehnung der Vollstreckungshoheit über das Territorium hinaus¹⁷⁸.

Die Praxis führt zu keinem eindeutigen Ergebnis hinsichtlich eines Kanons der zulässigen Anknüpfungspunkte. Eines nur ist deutlich: Die USA, die EG und die Bundesrepublik Deutschland erkennen neben dem Territorialitäts- und Personalitätsprinzip auch das Wirkungsprinzip im Wirtschaftsverwaltungsrecht als zulässigen Anknüpfungspunkt an¹⁷⁹ – in welchem Umfang, davon wird gleich noch die Rede sein.

Was aber ist zu sagen, soweit Staaten selbst nicht das Wirkungsprinzip praktizieren und gegen seine Anwendung im Grundsatz nicht ausdrücklich protestiert haben? Hier ist es wohl möglich, eine Billigung durch Verschweigung anzunehmen, wenn diese Staaten von der Anwendung des Wirkungsprinzips durch andere Staaten oder die EG betroffen waren. Schwierig aber wird es im Verhältnis zu Großbritannien, das das Wirkungsprinzip und auch das objektive Territorialitätsprinzip deutlich abgelehnt hat. Ist dies eine *persistant objection*, die die gewohnheitsrechtliche Zulässigkeit der Anwendung des Wirkungsprinzips gegenüber Großbritannien ausschließt?

Ähnlich ist es mit der Kontrolltheorie und dem Prinzip der Unternehmensinheit. Beide sind im Grunde zwei Seiten der gleichen Medaille: Im Durchgriff durch die gesellschaftsrechtliche Selbständigkeit und unterschiedliche Nationalität wird unter den dargestellten Bedingungen die Muttergesellschaft für Rechtsverstöße einer Tochtergesellschaft haftbar

¹⁷⁸ UN Doc. A/35/PV.84, S.8f., 18f., 33. In der ersten Sitzung der Vorbereitungskonferenz der UNCTAD hatte Kanada erklärt: "The problem has been and is to devise principles which have universal application in that they apply generally to adverse effects on international trade while at the same time taking full account of the particular concern about practices affecting the trade of developing countries".

¹⁷⁹ Nach dem *North Sea Continental Shelf*-Fall des IGH bedarf es zur Bildung allgemeinen Völkergewohnheitsrechts einer "State practice, including that of States whose interests are specially affected, which should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision involved and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved". Meessen (Anm.81), S.150, will wohl daraus schließen, zur Bildung allgemeinen Völkergewohnheitsrechts hinsichtlich der Zulässigkeit des Wirkungsprinzips im Kartellrecht genüge die Praxis der Staaten mit strengem Kartellrecht, denn nur diese seien *specially affected*. Dem ist nicht zuzustimmen. Betroffen sind nicht nur die Staaten, welche das Wirkungsprinzip anwenden, sondern auch diejenigen, auf die diese Anwendung zurückwirkt. Außerdem ist die Nichtanwendung dieses Prinzips nicht mit Desinteresse an seiner grundsätzlichen Rechtmäßigkeit gleichzusetzen.

gemacht oder die Tochtergesellschaft an die ausländische Rechtsordnung gebunden, der ihre Muttergesellschaft unterliegt. Nach der bereits erwähnten OECD-Studie aus dem Jahre 1977¹⁸⁰ wird dies von der EG, der Bundesrepublik Deutschland, Schweden, USA und in gewissem Umfang Kanada praktiziert. Großbritannien lehnt diesen Weg der Ausdehnung von Hoheitsgewalt ausdrücklich ab. Auch zwischen den genannten Staaten finden sich in der Praxis erhebliche Unterschiede.

3. Völkerrechtliche Grundsätze

a) Umfang der Bindung der Staaten

Wie so oft im Völkerrecht führt auch dieses Problem schnell zu den allgemeinen Grundlagen zurück. Die Zulässigkeit staatlicher Hoheitsausübung mit Auslandswirkung ist häufig von der Ausgangsfrage her angegangen worden, ob das Völkerrecht die Hoheitsausübung der Staaten im Sinne einer Kompetenzverleihung autorisiert, jedenfalls soweit sie in ihren Auswirkungen grenzüberschreitend ist, oder ob hier die Staaten auf Grund eigenen souveränen Rechts tätig werden, eines Rechts, das vom Völkerrecht lediglich beschnitten wird¹⁸¹.

Dies ist kein rein theoretischer Streit. Denn bedarf es einer mindestens gewohnheitsrechtlichen Kompetenzverleihung, so kann diese jedenfalls dem *persistant objector* gegenüber nicht geltend gemacht werden. Ist die andere These richtig, so kommt es darauf an, Grenzen der Hoheitsausübung in den anerkannten Rechtsquellen des Völkerrechts zu finden. Da die Staaten frei sind, soweit sich solche Grenzen nicht finden lassen, kann sich auch ein Staat allein durch Proteste keine Sonderposition verschaffen.

Seinen Ausgangspunkt findet dieser Streit in der folgenden, berühmt gewordenen Passage des *Lotus*-Urteils des Ständigen Internationalen Gerichtshofs¹⁸²:

»Die erste und wichtigste Einschränkung nun, die das internationale Recht dem Staat auferlegt, ist der Ausschluß jeder Ausübung seiner Macht auf dem Gebiet

¹⁸⁰ A.a.O. (Anm.120).

¹⁸¹ Für eine grundsätzliche Autorisierung als Voraussetzung etwa Verzijl (Anm.81), S.3ff., dagegen etwa Schlochauer (Anm.2), S.40; Rehbinde (Anm.103), S.47ff.; vgl. Meng (Anm.25), S.470 dort Anm.4 und 5; Kaiser, in: Kaiser/von Münch (Anm.2), S.12ff.

¹⁸² CPIJ, Sér.A, No.10 (1927), S.18, hier zitiert nach StIGHE 5, S.71ff., 90. Vgl. hierzu K. Herndl, *Lotus-Fall*, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd.2, S.433; ders., *The Lotus*, in: Bernhardt (Hrsg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 2 (1981), S.173ff.

eines anderen Staates, sofern nicht eine Regel besteht, die dies erlaubt. In diesem Sinne ist die Gerichtsbarkeit sicherlich eine räumliche; sie könnte nicht außerhalb des Gebiets ausgeübt werden, wenn nicht auf Grund einer Regel des internationalen Gewohnheitsrechts oder einer Vereinbarung, die es gestattet.

Aber daraus folgt nicht, daß das internationale Recht einem Staat untersage, in seinem Gebiet seine Gerichtsbarkeit in allen Fällen auszuüben, wo es sich um einen Tatbestand handelt, der sich im Auslande ereignet hat, und wo er sich nicht auf eine Regel des internationalen Rechts stützen kann, die dies erlaubt. Dieser Standpunkt wäre nur vertretbar, wenn das internationale Recht den Staaten allgemein verbieten würde, Personen, Vermögen und Handlungen außerhalb ihres Gebietes durch ihre Gesetze zu erfassen und der Gerichtsbarkeit ihrer Gerichte zu unterwerfen, und wenn es in Abweichung von diesem allgemeinen Verbot den Staaten gestatten würde, dies in besonders bestimmten Fällen zu tun. Das ist aber sicherlich nicht der gegenwärtige Stand des internationalen Rechts. Weit entfernt davon, den Staaten allgemein die Ausdehnung ihrer Gesetze und Gerichtsbarkeit auf Personen, Vermögen und Handlungen außerhalb ihres Gebietes zu untersagen, läßt es ihnen in dieser Beziehung eine große Freiheit, die nur in gewissen Fällen durch Verbotsregeln beschränkt wird; in den anderen steht es jedem Staat frei, die Grundsätze anzunehmen, die er für die besten und angemessensten hält ... Unter diesen Umständen kann man von einem Staat nur verlangen, daß er die Grenzen nicht überschreitet, die das internationale Recht seiner Zuständigkeit zieht; außerhalb dieser Grenzen findet sich die Grundlage für die Ausübung der Gerichtsbarkeit in seiner Souveränität«.

Diese Entscheidung wurde aus drei Gründen heftig angegriffen. Einmal im Grundsatz: jede grenzüberschreitend wirkende Hoheitsausübung müsse vom Völkerrecht autorisiert sein¹⁸³. Zum zweiten: die Entscheidung sei keine Autorität für die Völkerrechtsentwicklung, da sie mit Stimmengleichheit ergangen sei¹⁸⁴. Und drittens: sie habe nur etwas zur strafrechtlichen Problematik einer Schiffskollision auf hoher See gesagt und sei auch darin von der Staatenpraxis überholt worden¹⁸⁵.

Letzteres ist sicher nicht richtig. Der Gerichtshof sagt ausdrücklich, daß er zunächst eine Grundsatzfrage erörtern will, und dann folgt das obige Zitat. Was von den beiden ersten Punkten zu halten ist, berührt wieder die materielle Grundfrage. Die *Lotus*-Entscheidung ist ein Produkt des völkerrechtlichen Rechtspositivismus: Nur die Staaten können Völkerrecht erzeugen, wo nichts geregelt ist, bleiben sie frei. Die Hauptkritik kommt

¹⁸³ Verzijl (Anm.81); G. Jaenicke, in: ILA-Report Tokyo (Anm.119), S.318ff.

¹⁸⁴ Vgl. zum ganzen Meinungsstreit Meessen (Anm.81), S.75.

¹⁸⁵ Herndl (Anm.182); Dahm, Völkerrecht, Bd.1, S.259 (dort Anm.433); A. Verdross/B. Simma, Universelles Völkerrecht (1976), S.572.

daher auch von solchen Wissenschaftlern, die dem Rechtspositivismus nicht folgen.

Bereits die vier unterlegenen Richter im *Lotus*-Fall haben in abweichenden Voten gefordert, daß Hoheitsausübung mit Auslandswirkung einer ausdrücklichen völkerrechtlichen Ermächtigung bedürfe¹⁸⁶. Brierly¹⁸⁷ verweist darauf, daß sich nach seiner Auffassung die Souveränität der Staaten erst mit der Zeit entwickelt habe, also dem Völkerrecht nicht vorgelagert sei. Brunns¹⁸⁸ setzt der *Lotus*-Doktrin entgegen:

»Das Wesen einer Ordnung besteht nicht bloß in einem Negativen, in der Anordnung des Nichtdürfens. Ordnung ist Zuweisung einer Eigensphäre des Handelns und Herrschens an den Genossen, ist Gewährung eines Dürfens und ist Schutz dieses Dürfens durch Anordnung des Nichtdürfens der übrigen Genossen. So ist eine Rechtsordnung ihrem Wesen nach Verteilungs- und Friedensordnung«.

Und Mosler¹⁸⁹ schreibt daran anknüpfend:

»Wenn man davon ausgeht, daß die staatliche Kompetenz durch das Völkerrecht begrenzt ist, kann nicht alles erlaubt sein, was nicht verboten ist. Die Zuordnung von staatlicher Kompetenz und völkerrechtlicher Eingrenzung ist nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen vorzunehmen, wobei es im Einzelfall Vermutungen zugunsten der einen oder anderen Seite geben mag«.

Die vorausgehenden Zitate zeigen, daß es nicht notwendig ist, den Streit um *Lotus* hier erneut aufzurollen. Konsens besteht darüber, daß die Staaten durch das Völkerrecht beschränkt werden. Diese Beschränkung ist mit zunehmender Verdichtung des Netzes allgemeiner Grundsätze des Völkerrechts, insbesondere unter der Charta der Vereinten Nationen, so allgemein geworden, daß man sich schwerlich ein Gebiet vorstellen könnte, auf dem noch eine uneingeschränkte Vermutung zugunsten der Freiheit der Staaten bestehen könnte. Wie sich dies in der vorliegenden Problemstellung auswirkt, wird gleich noch zu zeigen sein. Eine Beschäftigung mit der *Lotus*-Doktrin ist aber nicht ganz obsolet, weil nur so die Position des *persistant objector* Großbritannien gewürdigt werden kann.

Man muß nicht unbedingt Positivist sein, um die Grundposition zu bejahen, daß das Völkerrecht staatliche Hoheitsausübung nicht delegiert, sondern nur begrenzt, dies aber umfassend. Hoheitsausübung dient auch dem Schutz staatlicher Ordnung und ihrer Ziele. Werden diese durch Sach-

¹⁸⁶ A. a. O. (Anm. 182).

¹⁸⁷ Law Quarterly Review, Bd. 44 (1928), S. 154, 155.

¹⁸⁸ Das Völkerrecht als Rechtsordnung, ZaöRV Bd. 1 (I) (1929), S. 1 ff., 9.

¹⁸⁹ Völkerrecht als Rechtsordnung, ZaöRV Bd. 36 (1976), S. 6 ff., 40 f.

verhalte oder Handlungen aus dem Ausland gefährdet, so muß es einem Staat möglich sein, hoheitlich einzugreifen. Hier ist die Schwerfälligkeit der Bildung von Völkergewohnheitsrecht in Rechnung zu stellen. Wollte ein Staat mit seiner Reaktion warten, bis sich eine entsprechende völkerrechtliche Ermächtigungsnorm gebildet hat, so wäre die Effektivität dieses Schutzes in Frage gestellt. Es wäre absehbar, daß dann sehr schnell Recht und Rechtswirklichkeit auseinanderfallen würden. Dann aber würde das Völkerrecht erst recht nicht seiner Aufgabe gerecht, Friedens- und Verteilungsordnung im Sinne von *Brun s* und *Mosler* zu sein.

Man kann diesem Argument nicht entgegensetzen, daß ein gefährdeter Staat ja gegenüber den unerwünschten Einflüssen seine Grenze schließen könnte. Konkret hieße dies etwa, den USA zu empfehlen, Importe aus dem Ausland nicht mehr zuzulassen, weil darunter Güter sein können, deren Preise durch Kartellabsprachen verfälscht sind. Es mag Situationen geben, wo sich ein Staat sektoral zu einer solchen »Roßkur« entschließen könnte. Dies aber den Staaten als einzige Waffe gegen Gefahren aus dem Ausland an die Hand zu geben, hieße, daß die bloße Möglichkeit von Mißbräuchen entweder zu einer Beendigung der Handelsliberalisierung zwingen würde oder hingenommen werden müßte. Ein Kartell wird häufig erst aufgedeckt, wenn es bereits funktioniert. Hier nur ein Importverbot für die Zukunft aussprechen zu können, hieße zum Verstoß anzureizen, wenn dieser nur lange genug verborgen bleiben kann, ohne daß ein rückwirkendes Sanktionsrisiko besteht. Hier von einem Staat zu verlangen, Importe präventiv zu sperren, wäre kontraproduktiv, ökonomisch unsinnig und würde die Weltwohlfahrt sehr bald schmälern. Es gibt im Völkerrecht keinen Anhaltspunkt, der einen gleichwohl dazu zwingen würde, dieses schädliche und unsinnige Ergebnis in Kauf zu nehmen.

Im Ergebnis folgt hieraus, daß die Hoheitsausübung der Staaten auch über Auslandssachverhalte keiner völkerrechtlichen Ermächtigung bedarf. Die Staaten sind grundsätzlich frei, unterliegen aber völkerrechtlichen Beschränkungen. Ein protestierender Staat allein kann aber solche Beschränkungen nicht herbeiführen. Das Problem der Bedeutung einer *persistent objection* taucht also nicht auf.

b) Allgemeine Grundsätze für die Anknüpfung

Geschichte und Praxis zeigen zweierlei: Staaten dürfen grundsätzlich Auslandssachverhalte zum Gegenstand von Hoheitsakten machen, andererseits haben sie dies nie ohne einen Bezug dieser Sachverhalte zu ihrer territorialen oder personalen Hoheitssphäre oder zu ihrem Bestand getan.

Es bedarf, dies ist durch Übung und Rechtsüberzeugung anerkannt, also eines Anknüpfungspunktes.

Dies ist auch in der Lehre fast unumstritten. Daß die Staaten völlig frei sind, die Anknüpfungspunkte zu wählen, wird von einer Minderheit in der Lehre vertreten¹⁹⁰. Die überwiegende Auffassung geht davon aus, daß die Wahl der Anknüpfungspunkte an völkerrechtlichen Kriterien zu messen ist¹⁹¹. Dies ist auch der Standpunkt der *Lotus*-Entscheidung. In der Sache ist es das gleiche, wenn Fitzmaurice in einer *separate opinion* zum *Barcelona Traction*-Urteil des Internationalen Gerichtshofs erklärt¹⁹²:

“It is true that, under present conditions, international law does not impose hard and fast rules on States delimiting spheres of national jurisdiction in such matters ... but leaves to States a wide discretion in the matter. It does however (a) postulate the existence of limits – though in any given case it may be for the tribunal to indicate what these are for the purpose of that case; and (b) involve for every State an obligation to exercise moderation and restraint as to the extent of the jurisdiction assumed by its courts in cases having a foreign element, and to avoid undue encroachment on a jurisdiction more properly appertaining to, or more appropriately exercisable by, another State”.

In der Literatur finden sich zahlreiche Formulierungen, die die erforderliche Qualifikation eines zulässigen Anknüpfungspunktes allgemein zu umschreiben suchen. Mann¹⁹³ verlangt, der Bezug müsse “close, substantial, direct, weighty” sein. Nach Brownlie¹⁹⁴ ist eine “substantial and bona fide connection” erforderlich. Verdross und Simma¹⁹⁵ fordern ein “genuine link”. Großfeld¹⁹⁶ spricht von hinreichend starker Inlandsbeziehung, Wengler¹⁹⁷ reicht auch ein indirekter Inlandsbezug aus. Er bezweifelt aber, ob ein rein potentieller Bezug ausreicht. Goldman¹⁹⁸ setzt voraus, daß sich der zu regelnde Sachverhalt auf den regelnden Staat auswirken müsse. Meessen¹⁹⁹ schließlich verwendet den Ter-

¹⁹⁰ Vgl. aber Schlochauer (Anm.2), S.40; Akehurst (Anm.2), S.145, 152ff.; Vogel (Anm.2), S.142ff.; Stuyt (Anm.2); M. Rheinstein, *The Constitutional Bases of Jurisdiction*, *University of Chicago Law Review*, Bd.22 (1955), S.775ff.; H. Nawiasky, *Allgemeine Rechtslehre* (2.Aufl.1948), S.86.

¹⁹¹ So etwa die in Anm.193–200 zitierten Autoren.

¹⁹² ICJ Reports 1970, S.103f.

¹⁹³ A.a.O. (Anm.2), S.49ff.

¹⁹⁴ A.a.O. (Anm.2), S.309f.

¹⁹⁵ Verdross/Simma (Anm.185), S.564ff.

¹⁹⁶ A.a.O. (Anm.2), S.102ff.

¹⁹⁷ *Völkerrecht*, Bd.2, S.936ff.

¹⁹⁸ A.a.O. (Anm.81), S.689ff.

¹⁹⁹ A.a.O. (Anm.81), S.101ff.

minus »sinnvoller Anknüpfungspunkt«. Nach Rudolf muß der Inlandsbezug um so stärker sein, je mehr rein nationale Interessen wahrgenommen werden²⁰⁰.

Die Auffassung der überwiegenden amerikanischen Völkerrechtslehre wurde bisher im Restatement (Second), Foreign Relations Law of the United States²⁰¹ reflektiert. § 10 nennt die Prinzipien Nationalität, Territorialität, Schutz bestimmter Staateninteressen, Schutz bestimmter Interessen der Staatengemeinschaft. Zur Abgrenzung der Zulässigkeit der Anknüpfung an Wirkungen sagt § 18:

“A state has jurisdiction to prescribe a rule of law attaching legal consequences to conduct that occurs outside its territory and causes an effect within its territory if either

a) the conduct and its effect are generally recognized as constituent elements of a crime or tort under the law of states that have reasonably developed legal systems, or

b) (i) the conduct and its effect are constituent elements of activity to which the rule applies; (ii) the effect within the territory is substantial; (iii) it occurs as a direct and foreseeable result of the conduct outside the territory; and (iv) the rule is not inconsistent with the principles of justice generally recognized by states that have reasonably developed legal systems”.

§ 33 definiert das Schutzprinzip, welches eingreifen soll bei Bedrohung der Staatssicherheit oder der Regierungsfunktionen, “provided the conduct is generally recognized as a crime under the law of states that have reasonably developed systems”.

Der Entwurf einer Revision des Restatement bringt hier Änderungen²⁰². Das Wirkungsprinzip kann nach § 402 *lit. c* anknüpfen an “conduct outside its territory which has or is intended to have substantial effect within its territory”. Zum Nationalitätsprinzip wird gesagt, daß das Völkerrecht zunehmend, insbesondere im Privatrecht, das Recht der Staaten akzeptiert, an “domicile or residence” an Stelle von Staatsbürgerschaft anzuknüpfen. Das Schutzprinzip wird als Spezialfall des Wirkungsprinzips bezeichnet. Dem allgemeinen Katalog von Anknüpfungspunkten wird je für Steuerrecht, Antitrust-Recht, Securities Transactions, Transnational Bankruptcies and Control over Foreign Subsidiaries of U.S. Corporations ein konkreter Anknüpfungskatalog hinzugefügt.

²⁰⁰ In: Rudolf/Habscheid (Anm.2), S.7ff.

²⁰¹ A.a.O. (Anm.98).

²⁰² The American Law Institute. Restatement of the Law. Foreign Relations Law of the United States (Revised). Die hier interessierenden §§ 401–418 sind im Tentative Draft No.2 (1981) enthalten, eine Neuformulierung des § 401 sowie die §§ 419, 420, 431–433 finden sich im Tentative Draft No.3 (1982).

Speziell zum Kartellrecht und Fusionskontrollrecht gibt es in der Lehre viele Äußerungen zur Zulässigkeit von Anknüpfungen. Dabei geht es fast immer nur um die Zulässigkeit des Wirkungsprinzips. Denn das Territorialitätsprinzip ist unumstritten, das Schutzprinzip wird fast ausschließlich als durch Beeinträchtigungen der Wirtschaftsordnung noch nicht tangiert betrachtet²⁰³, und das Personalitätsprinzip spielt vom Zweck dieser Rechtsgebiete her – Schutz des Binnenmarktes und Außenhandels – kaum eine Rolle.

Nach Meessen²⁰⁴ ist das Wirkungsprinzip der einzige wirklich sinnvolle Anknüpfungspunkt, der dann zulässigerweise gewählt wird, wenn die Wirkungen beträchtlich, unmittelbar und vorhersehbar sind. Rehinder²⁰⁵ verlangt unmittelbare und wesentliche Wirkungen, Bär²⁰⁶ spricht von solchen Wirkungen, die nicht in einer »horrenden Disproportion« zum fremden Interesse an wirksamer Wettbewerbsfreiheit stehen.

Für die Fusionskontrolle sieht Markert²⁰⁷ einen zulässigen Anknüp-

²⁰³ So etwa das European Advisory Committee für das Restatement (Second) of Foreign Relations Law unter Führung von Lord McNair, in: ILA-Report Tokyo (Anm.119), S.543.

²⁰⁴ A.a.O. (Anm.81), S.101 ff., 171. Der Begriff des sinnvollen Anknüpfungspunktes, den inzwischen auch die deutsche Praxis verwendet, ist insofern etwas problematisch, als er, insbesondere in der Verbindung mit der englischen *reasonableness*, eine Nähe zu kollisionsrechtlichem Denken andeutet. Die Anknüpfungsproblematik ist aber eine völkerrechtliche Frage, die unter dem Gesichtspunkt einer Mindestbeziehung zwischen regelndem Staat und geregelterm Sachverhalt gesehen werden muß. Auch für die Fusionskontrolle ist nach Meessen das Wirkungsprinzip ein sinnvoller Anknüpfungspunkt (S.114). Er betont aber, daß bei der Fusionskontrolle erhöhte Gefahr zur Zweckentfremdung der Hoheitsakte mit Auslandswirkung zu Zwecken der Zahlungsbilanzkontrolle oder zum Schutz der eigenen Export- und Produktionsinteressen besteht (S.154). Vgl. auch S.165 f., 231, 227. In seiner neueren Untersuchung »Zusammenschlußkontrolle in auslandsbezogenen Sachverhalten«, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, Bd.143 (1979), S.273 ff., macht er klar, daß nach seiner Auffassung das Wirkungsprinzip auch eine präventive Fusionskontrolle erlaubt.

²⁰⁵ Anm.103, S.47 ff.

²⁰⁶ Anm.81, S.334 ff. Weitere Befürworter des Wirkungsprinzips sind etwa E. Steindorff, Verwaltungsrecht, Internationales, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd.3, S.581, 583; M. McDougal, in: ILA-Report Tokyo (Anm.119), S.328 f.; E. Mezger, in: ILA-Report The Hague (Anm.119), S.160; Kaiser, in: Kaiser/von Münch (Anm.2), S.12 ff. Vgl. aber auch Ziff.VI 1 der Resolution des Institut de Droit International, Annuaire Bd.57 I (1978), S.338, 343, wonach die Regelung wettbewerbsbeschränkender Praktiken von multinationalen Unternehmen "shall be based in all cases on the place where such practices are performed" und "should, in addition, be made dependent on the effects of the latter, but only if these effects are deliberate – or at least predictable – substantial, direct and immediate within the territory of the State concerned".

²⁰⁷ Urteilsanmerkung RIW/AWD Bd.27 (1981), S.407 ff., 410. Ebenso E. Niederleithinger, Zur Problematik der Präventivkontrolle von Auslandszusammenschlüssen,

fungspunkt darin, daß das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindert wird. Mestmäcker²⁰⁸ will an die eingetretene oder zu erwartende Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur anknüpfen, wobei er eine besondere Spürbarkeit nicht als erforderlich ansieht. Kersten²⁰⁹ wiederum läßt nur spürbare, unmittelbare und vorhersehbare Inlandsauswirkungen ausreichen, Ahrens²¹⁰ will an eine ernstliche Störung der inländischen Wirtschaftsordnung anknüpfen, Harms²¹¹ fordert einen aktuellen Inlandsbezug.

Eine Reihe anderer Autoren wollen eine Anknüpfung nur an das objektive Territorialitätsprinzip zulassen²¹², das heißt nur solche Auswirkungen dürften erfaßt werden, die im Tatbestand der verletzten Norm ausdrücklich genannt sind. Dieser Rückgriff auf das internationale Strafrecht ist aber im Wirtschaftsverwaltungsrecht nicht unterscheidungskräftig. Die Staaten formulieren die Verletzungstatbestände selbst, können also die ihnen unerwünschten Auswirkungen jederzeit zum Inhalt des Tatbestandes machen. In Rechtsstaaten müssen sie es auch tun, um Rechtsfolgen im Sinne von Sanktionen an den Auslandssachverhalt knüpfen zu können. Nur sind die Tatbestände wegen der großen Heterogenität von Interessen nicht von Staat zu Staat gleichförmig formuliert. Ein materieller Unterschied zwischen objektivem Territorialitätsprinzip und Wirkungsprinzip im Wirtschaftsverwaltungsrecht ist nicht zu sehen.

Eine weitere Gruppe von Autoren nimmt schließlich an, im Kartellrecht dürfe ein Staat nur dann an das Auslandsverhalten von Ausländern

WuW Bd.31 (1981), S.469ff., und D. Schaub, Zur Problematik einer Präventivkontrolle von Auslandszusammenschlüssen, *ibid.*, S.472ff.

²⁰⁸ In U. Immenga/E. Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, vor § 23, Rdnr. 56–85.

²⁰⁹ Zur Anwendbarkeit des GWB auf ausländische Unternehmenszusammenschlüsse mit Inlandswirkungen, WuW Bd.29 (1979), S.721ff.

²¹⁰ Fusionskontrolle internationaler Unternehmenszusammenschlüsse, RIW/AWD Bd.20 (1974), S.654ff.

²¹¹ In Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Gemeinschaftskommentar (Hrsg. W. Benisch) (4. Aufl. 1980ff.), Einleitung Zusammenschlußkontrolle, Rdnr.140–149. Vgl. weiter auch C.T. Ebenroth/K. Autenrieth, Die Fusionskontrolle beim Zusammenschluß ausländischer Unternehmen unter indirekter Beteiligung eines inländischen Unternehmens, Der Betriebs-Berater, Bd.36 (1981), S.16f., und Autenrieth (Anm.128).

²¹² Hermans (Anm.81), S.35ff., für das Kartell-Strafrecht; Seidl-Hohenveldern (Anm.103); K. Reichlin, Schweizerischer Staatsschutz gegen ausländisches Wirtschaftsrecht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd.65 (1964), S.89ff.; Jennings (Anm.81), S.153ff.; ders., The Limits of State Jurisdiction, Nordisk Tidsskrift for International Ret, Bd.32 (1962), S.209ff., 266. Ebenso wie hier für die Unbeachtlichkeit der Unterscheidung für das Kartellrecht Meessen (Anm.81), S.61ff.

anknüpfen, wenn wenigstens ein Teil der tatbestandsmäßigen Handlung im Inland begangen worden sei (strenges Territorialitätsprinzip)²¹³. Dieser Auffassung war übrigens auch die Mehrheit der ILA-Antitrust-Kommission²¹⁴, die aber bei der Abstimmung auf der New Yorker Konferenz im Jahre 1972 unterlag.

1964 hatte die ILA-Konferenz von Tokio eine Resolution gefaßt, die das Wirkungsprinzip ablehnte²¹⁵:

“(ii) The primary rule of international law is that jurisdiction in matters of a public law character is territorial; a State may not exercise its power in any form in the territory of another State.

(iii) Exceptionally, it may nevertheless be permissible for a State to extend the reach of its public laws beyond its territory, but

(a) such extraterritorial jurisdiction must be sanctioned by principles of international law founded on a general practice of States and

(b) the exercise of jurisdiction by a State must not in essence infringe a jurisdiction that belongs in priority to another State”.

Das Wirkungsprinzip aber entspreche nicht diesen Anforderungen. Anders dagegen die abschließende Resolution der ILA-Konferenz von New York 1973, deren Art. 5 lautet²¹⁶:

“A State has jurisdiction to prescribe rules of law governing conduct that occurs outside its territory and causes an effect within its territory if:

(a) the conduct and its effect are constituent elements of activity to which the rule applies,

(b) the effect within the territory is substantial, and

(c) it occurs as a direct and primarily intended result of the conduct outside the territory”.

Zur Anwendung des Schutzprinzips wird in der gleichen Resolution in Art. 6 restriktiv festgestellt, es sei “applicable only in circumstances of the most exceptional kind”.

Zur Konkretisierung der vorhin vorgestellten Anknüpfungskataloge der amerikanischen Restatements sei noch darauf hingewiesen, daß für drei Spezialgebiete des Wirtschaftsverwaltungsrechts spezielle Anknüpfungskata-

²¹³ Haigh (Anm. 81); Riedweg, in: ILA-Report Tokyo (Anm. 119), S. 357 ff., 369 f.; J. J. A. Ellis, in: *Droit Communautaire et Droit National* (1965), S. 361, 365; ders., *Extraterritorial Application of Anti-trust Legislation*, *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, Bd. 17 (1970), S. 51 ff.; wohl auch Mann (Anm. 2), S. 98.

²¹⁴ Die Draft Resolution ist abgedruckt in ILA-Report New York (Anm. 119), S. 174 f.

²¹⁵ ILA-Report Tokyo (Anm. 119), S. XXVIII.

²¹⁶ ILA-Report New York (Anm. 119), S. XIX. Vgl. zur Entwicklung Meessen (Anm. 81), S. 57 ff.

taloge im Entwurf des revidierten Restatement of the Foreign Relations Law enthalten sind²¹⁷. § 415 befaßt sich mit Antitrust. Danach darf erfaßt werden entweder Verhalten "carried out predominantly in the United States" oder solches "carried out predominantly outside the United States", dann aber nur, "if a principal purpose of the conduct or agreement is to interfere with the commerce of the United States, and the agreement or conduct has some effect on that commerce". Sonstige Verhaltensweisen "in restraint of United States trade" seien erfaßbar, "if such agreement or conduct has substantial effect on the commerce of the United States".

§ 416 berührt "Securities Transactions". Werden diese nicht "on a securities market in the United States" vorgenommen, so sollen sie gleichwohl amerikanischer Hoheit unterliegen, wenn

- (a) securities of the same issues are traded on a securities market in the United States; or
- (b) representations are made or negotiations are conducted in the United States in regard to the transactions; or
- (c) the party subject to the regulation is a United States national or resident, or the persons sought to be protected are residents of the United States".

§ 418 schließlich betrifft die "Jurisdiction to Control Foreign Subsidiaries of U.S. Corporations". Ausländische selbständige Konzernunternehmen, die nach US-Recht gegründet sind, unterfallen immer diesem Recht. Das gleiche gilt für Gesellschaften im Ausland, die zwar nach ausländischem Recht gegründet wurden, aber "substantially owned or controlled by nationals of the United States" sind. Für diese Gesellschaften werden ausdrücklich zwei Gruppen rechtlicher Regelungen genannt, die auf sie angewendet werden können: "part of a program of economic regulation" oder "in furtherance of a national interest which cannot effectively be carried out without applying the law or regulation in question also to corporations organized under the laws of a foreign State". Solch eine Regelung soll aber nicht möglich sein, wenn sie etwas anordnet, was im Gründungs- oder Sitzstaat der Gesellschaft verboten, oder wenn sie verbietet, was dort angeordnet ist. Auch soll nicht ein Verhalten geregelt werden können, das "predominantly local in character" ist.

Ob die konkreten amerikanischen Kataloge völkerrechtlichen Maßstäben genügen, muß an Hand der Frage überprüft werden, ob sie Beziehungen des Auslandssachverhalts zu einem Staat erfassen, die genügend qualifiziert, also sinnvoll oder substantiell oder eng sind.

²¹⁷ Anm.202.

Diese Begriffe, welche die Qualifikation umschreiben, sind noch zu wenig konkret. Inhaltlich aufgefüllt werden können sie nur, wenn Umfang, Ziel und Zweck staatlichen Wirtschaftsverwaltungsrechts vom Völkerrecht her näher bestimmt werden können.

c) Staatliche Souveränität und Interventionsverbot

Staatliche Hoheitsausübung ist eine Rechtsfolge der vom Völkerrecht her beachteten und geschützten Souveränität der Staaten²¹⁸. Rein formell gesehen – das ist nach herkömmlicher Auffassung der alleinige Inhalt des Begriffes der äußeren Souveränität – heißt dies, daß die Staaten in ihrer Hoheitsgewalt nur dem Völkerrecht unterworfen sind²¹⁹.

In der neueren Völkerrechtsentwicklung ist aber zu beobachten, daß dieser formelle Souveränitätsbegriff materiell angereichert wird²²⁰. Dies kommt insbesondere auch in der "Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations"²²¹ zum Ausdruck, die 1970 einstimmig in der Generalversammlung angenommen wurde und wohl die völkerrechtliche Auffassung aller UN-Mitgliedstaaten widerspiegelt²²². Dort heißt es unter anderem unter der Überschrift "The principle of sovereign equality of States", diese enthalte auch "the right freely to choose and develop its political, social, economic and cultural system". Dieses Recht ist vom Völkerrecht geschützter Bestandteil staatlicher Souveränität. Es beinhaltet auch das Recht, die frei gewählte und entwickelte Wirtschaftsordnung gegen schädliche Einflüsse aus dem Ausland zu verteidigen, gleich ob sie von Staaten oder von Privaten ausgehen.

Es wäre paradox, wenn sich ein Staat gegen hoheitliche Eingriffe fremder Staaten in seine Wirtschaftsordnung verteidigen dürfte, nicht jedoch gegen diejenigen von Privatpersonen. Umgekehrt darf aber ohne diesen Zweck nicht in die gleichermaßen geschützte Ordnung eines anderen Staates eingegriffen werden.

²¹⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 1 und 4 der Satzung der Vereinten Nationen.

²¹⁹ D. C. Dicke, Die Intervention mit wirtschaftlichen Mitteln im Völkerrecht (1978), S. 68 ff. Nach ihm heißt Souveränität nur Völkerrechtsunmittelbarkeit (negative äußere Souveränität mit relativem Charakter, S. 162).

²²⁰ Vgl. die Übersicht bei Dicke, sowie Dahm, Völkerrecht, Bd. 1, S. 201 ff.; Meesens (Anm. 81), S. 198 ff.; A. Gerlach, Die Intervention (1967), S. 98 ff.

²²¹ Res. 2625 (XXV), GAOR, 25th Session, Supp. No. 18 (A/8018).

²²² Die Deklaration selbst ist keine Völkerrechtsquelle. Sie zeigt aber in authentischer Interpretation, wie die Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen deren Satzung ausgelegt wissen wollen.

Ordnet ein Staat ein bestimmtes Verhalten von Wirtschaftssubjekten auf dem Territorium eines anderen Staates an oder verbietet er es und droht er mit Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung, die zwar im Inland vorgenommen werden, aber doch den Willen im Ausland beugen sollen, so berührt er die Schutzzone des Prinzips der souveränen Staatengleichheit. Denn wie soll ein Staat seine Wirtschaft souverän ordnen können, wenn ein anderer Staat faktisch über die Größe seiner Konzerne, die zulässigen Formen von Unternehmenskooperationen oder die Länder mitbestimmt, in die seine Unternehmen exportieren dürfen? Das heißt aber nicht, wie gleich noch zu erörtern sein wird, daß solche Interventionen durch Regelungen mit Auslandswirkungen *per se* völkerrechtswidrig sind.

Der Bezugspunkt für eine Auslandsanknüpfung im Wirtschaftsverwaltungsrecht ist also ein Einfluß auf die Wirtschafts- und Sozialordnung des regelnden Staates. Diese Ordnung wird aber von Bagatellfällen nicht beeinträchtigt, so daß die Anknüpfung nur – in der deutschen Terminologie – spürbare Einflüsse aus dem Ausland berücksichtigen darf.

Nun berührt eine solche Auslandsanknüpfung immer auch die wirtschaftliche und soziale Souveränität des Staates, auf dessen Gebiet sich der erfaßte Sachverhalt abspielt. Denn die Hoheitsakte mit Auslandswirkung gebieten, verbieten oder sanktionieren ein Verhalten auf seinem Staatsgebiet, können also durch ihre faktische Zwangseinwirkung, von der früher die Rede war, mit der fremden Hoheitsgewalt in Konflikt kommen.

Vor solchen Interferenzen schützt nach neuerer Auffassung das völkerrechtliche Interventionsverbot²²³. Kein Staat darf in den anderen hineinregieren. Auch dies kommt in der soeben zitierten Prinzipien Deklaration der UN-Generalversammlung²²⁴ deutlich zum Ausdruck:

“No State ... has the right to intervene, directly or indirectly, for any reason whatever, in the internal or external affairs of any other State. Consequently, armed intervention and all other forms of interference or attempted threats against the personality of the State or against its political, economic and cultural elements, are in violation of international law”.

Daß Staaten die Auslandswirkungen von nach ihrer Meinung auf unzulässige Anknüpfungen gestützten Hoheitsakten als verbotene Intervention ansehen, zeigt die früher zitierte Protestpraxis. Allerdings greift das Interventionsverbot in vollem Umfang nur, wenn es sich um eine “internal or

²²³ Vgl. etwa Th. Opper mann, Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten, ArchVR Bd.14 (1968/70), S.321ff.; ders., Intervention, EPIL Instalment 3 (1982), S.233ff.; Gerlach (Anm.220); E. Wehser, in: E. Menzel/K. Ipsen, Völkerrecht (2.Aufl.1979), S.195ff. Anderer Ansicht Dicke (Anm.219), insbesondere S.234ff.

²²⁴ A.a.O. (Anm.221).

external affair" handelt; hier kommt es genauer gesagt auf die Frage an, was eine innere Angelegenheit eines Staates ist.

Herkömmlich wird dies so definiert, daß es sich um Sachverhalte handle, die nicht Gegenstand völkerrechtlicher Regelungen sind²²⁵. Hiermit wird aber nur die Grenze zwischen Staat und Völkerrecht gezogen. Dies reicht aber nicht aus, denn auch die Hoheitsbereiche der einzelnen Staaten müssen gegeneinander abgegrenzt werden. Im Normalfall ist dies nicht problematisch: nämlich dann nicht, wenn ein Sachverhalt Bezüge nur zu dem einen oder dem anderen Staat aufweist. Wie aber ist es etwa beim Schuß über die Grenze? Es gibt Sachverhalte, und um diese geht es gerade in dieser Untersuchung, die Bezüge gleichzeitig zu mehreren Staaten aufweisen. Der Schuß über die Grenze ist weder allein eine innere Angelegenheit des Staates, in dem geschossen wird, noch desjenigen, in dem der Schuß trifft. Die Staatenpraxis zeigt, daß in einem solchen Fall nicht grundsätzlich einer der beiden Staaten dem anderen das Interventionsverbot entgegenhalten kann, wenn dessen Strafrecht die Tat ebenso erfaßt wie das eigene.

Andererseits ist aber zu fragen, ob dann wirklich das Interventionsverbot völlig wirkungslos ist²²⁶. Können beide Staaten ohne Rücksicht aufeinander den gleichen Sachverhalt frei regeln, so sind Konflikte möglich. Dies führte nicht nur zu einem für die betroffenen Individuen ausweglosen Befolgungskonflikt, sondern auch dazu, daß sich schließlich der Staat durchsetzen wird, der die wirkungsvolleren Druckmittel an der Hand hat. Dieses Ergebnis aber widerspräche dem Schutz der souveränen Staatengleichheit, da die Machtausübung darüber entscheiden würde, welches Staateninteresse befriedigt wird. Auch würde es zu großer Rechtsunsicherheit führen mit allen erwähnten negativen Folgen für den Weltwirtschaftsverkehr.

Aus diesem Grunde ist eine ungebundene parallele Regelungszuständigkeit der betroffenen Staaten abzulehnen. Das Interventionsverbot kann zwar in diesen Fällen nicht in vollem Umfang zur Geltung kommen. Ein Einbruch in die vom Völkerrecht geschützte Hoheitssphäre ist hier zwar gestattet, was aber nicht heißt, daß das Schutzziel dieses Verbots damit völlig ausgeschaltet wäre. Die Erlaubnis, in eine fremde Hoheitssphäre einzugreifen, hat Ausnahmecharakter und muß in ihrer Ausdehnung am

²²⁵ Wehser (Anm.223). In der Terminologie des Art.2 Abs.7 der UN-Satzung wird die Schutzzone mit den Begriffen "domestic jurisdiction", «*domaine réservé*» und »Angelegenheiten, die ihrem Wesen nach zur inneren Zuständigkeit eines Staates gehören« umschrieben.

²²⁶ Zu Recht verneint von Meessen (Anm.81), S.219ff.

Erlaubniszweck – dem Schutz der wirtschaftlichen Souveränität des regelnden Staates – orientiert werden.

Hieraus folgt, daß eine Anknüpfung an Auslandssachverhalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht, soweit sie faktische Rückwirkungen auf das Wirtschaftsgebiet eines anderen Staates erzeugt, nur dann zulässig ist, wenn sie notwendig ist, um die Wirtschaftsordnung des regelnden Staates zu schützen. Zunächst heißt dies, daß ein Staat von einem Hoheitsakt mit Auslandswirkung überhaupt Abstand nehmen muß, wenn eine Inlandsmaßnahme den zulässigen Regelungszweck genauso befriedigen könnte. Dies hat das Berliner Kammergericht im *Zigaretten-Fusions-Fall* richtig gesehen.

Steht eine solche Maßnahme nicht zu Gebot, so muß bei der Wahl der Regelungsmittel dasjenige gewählt werden, welches die ausländische Hoheitssphäre am geringsten beeinträchtigt und gleichwohl noch einen effektiven Schutz gewährleistet. Dies heißt auch, daß nicht alle Stationen einer möglicherweise langen Kausalkette, die zu der schädlichen Auswirkung führt, Anknüpfungsgegenstände sein können.

In der Regel reicht es aus, die letzte, direkte Ursache der Auswirkung zu erfassen. Allerdings wird man es vom zulässigen Schutzbereich wirtschaftlicher Selbstbestimmung her einem Staat nicht verwehren können, auf Hintermänner gutgläubiger Zwischenhändler Zugriff zu nehmen. Ansonsten würde durch geschickte Verlängerung der Kausalkette ein Schädigungsversuch risikolos, die Effektivität des Schutzes gemindert.

Erfasst werden darf also die letzte verantwortlich gesetzte Ursache. Man muß allerdings differenzieren, wann eine Verantwortlichkeit angenommen werden darf.

Soweit das Wirtschaftsverwaltungsrecht mit Straf- oder sonstigen Unrechtsanktionen bewehrt ist, muß die mögliche Überschaubarkeit des Kausalverlaufs bereits wegen des Schuldprinzips gefordert werden. In der Regel wird das gleiche für die Schadensersatzverpflichtung gelten. Inwieweit die Einrichtung einer extraterritorial wirkenden Gefährdungshaftung zulässig ist, ist eine zu komplexe Frage, als daß ihr hier nachgegangen werden könnte.

Solange aber nur zivilrechtliche Folgen oder verwaltungsrechtliche Ordnungsgebote, etwa hinsichtlich von Entflechtungsmaßnahmen, in Frage stehen, muß es ausreichen, daß der Tatbestand samt den Wirkungen, an die angeknüpft wird, und Rechtsfolgen veröffentlicht ist und der Adressat im Ausland sich hierüber informieren konnte. Heute wissen Unternehmen sehr genau, für welche Märkte sie produzieren. Man kann ihnen daher auch zumuten, sich über die Rechtslage auf diesen Märkten zu orientieren

und ihr Verhalten danach einzustellen. Kennenkönnen oder Vorhersehbarkeit reicht also hier aus.

Aus dem Erfordernis der Notwendigkeit heraus läßt sich auch die Frage beantworten, inwieweit die reine Verletzungsabsicht, die nicht zur Ausführung gekommen ist, bei einem geplanten Auslandssachverhalt zur Anknüpfung ausreicht. Im Bereich zivilrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher Reaktionen eines Staates stellt sich das Problem nicht, da ja nichts erfolgte, was es zu beseitigen gilt. Somit bleibt die Frage nach strafrechtlichen oder strafrechtsähnlichen Sanktionen. Die Grundsätze des internationalen Strafrechts gelten auch für Taten, die über das Versuchsstadium nicht hinausgekommen sind. Löst sich der Schuß über die Grenze nicht, so kann die Tat trotzdem in beiden betroffenen Staaten als versuchtes Tötungsdelikt bestraft werden.

Das Wirtschaftsverwaltungsrecht, auch soweit es strafrechtliches Instrumentarium benutzt, weist aber entscheidende Unterschiede zum Strafrecht auf. Es wurde bereits erwähnt, daß sich die zu schützenden wirtschaftlichen Ordnungsvorstellungen auch zwischen Staaten gleicher Gesellschaftsordnung wesentlich unterscheiden können. Es gibt Staaten ohne Kartellrecht, solche mit moderatem Kartellrecht und solche, wie die USA oder die Bundesrepublik, mit einem strengen Recht. Aber auch innerhalb der USA hat gerade der Übergang zur Reagan-Administration gezeigt, daß die Eingriffsintensität eines Kartellrechts von Regierung zu Regierung wechseln kann. Während im Strafrecht also die Strafwürdigkeit bestimmter Verhaltensweisen in weitem Umfang *communis opinio omnium* ist, gilt dies nicht in gleichem Maße für das Wirtschaftsverwaltungsrecht.

Treffend drückt dies Lord Wilberforce aus: "It is axiomatic that in antitrust matters the policy of one State may be to defend what is the policy of another State to attack"²²⁷. Die USA, die Bundesrepublik Deutschland und auch andere Staaten bekämpfen ausländische Exportkartelle, lassen aber eigene zu²²⁸. Jeder Staat formuliert die Tatbestände mit den zu erreichenden oder zu verhindernden Erfolgen selbst, aber diese Erfolge können – anders als in der Regel jedenfalls im Strafrecht – im Staat der Handlung ebenso erwünscht sein wie sie im Staate des Erfolgseintritts unerwünscht sind.

Lassen solche Unterschiede auch nicht das Recht der Staaten entfallen, im Wirtschaftsverwaltungsrecht an Auslandssachverhalte anzuknüpfen, so verdeutlichen sie aber andererseits, daß nur die strikte Notwendigkeit des

²²⁷ [1978] 1 All ER 448 (g).

²²⁸ Vgl. z. B. § 6 GWB; für die USA: Webb-Pommerene Act und Foreign Trade Antitrust Improvements Act, ILM Bd.22 (1983), S.370.

Schutzes der staatlichen Wirtschaftsordnung solche Auslandswirkungen rechtfertigen kann. Es ist aber nicht unbedingt notwendig, im Versuchsstadium beendete Anstalten zu einer Gefährdung auch zu erfassen. Die Effektivität der Abschreckungswirkung von strafrechtlichen Sanktionen in diesem Bereich leidet nicht unter der Ausklammerung des Versuchs, andererseits kann aber damit die Möglichkeit von Interferenzen mit der Hoheit des anderen betroffenen Staates herabgesetzt werden. Somit ist die Anknüpfung an die reine Absicht ohne Auswirkung, die im übrigen auch schon vom *Alcoa*-Urteil abgelehnt wird²²⁹, völkerrechtswidrig.

Das heißt aber nicht, daß immer eine aktuelle Auswirkung vorliegen müsse. Hier wird die im Bereich der Fusionskontrolle wichtige Frage der Prävention berührt. Wirtschaftliche Tatbestände können, rationales Verhalten der beteiligten Subjekte vorausgesetzt, mit Sicherheit zu schädlichen Folgen in der Zukunft führen. Verschmelzen zwei Unternehmen, so kann in der Regel davon ausgegangen werden, daß zwischen den ehemals selbständigen Unternehmensteilen in Zukunft kein funktionierender Wettbewerb bestehen wird. Ob man hier sagt, die Fusion selbst sei wettbewerbsbeschränkend, oder ob man terminologisch die Fusion als Ursache potentieller Wettbewerbsbeschränkung von dieser selbst abscheidet, macht in der Sache keinen Unterschied. Man kann einem Staat im Rahmen des souveränen Schutzes der Selbstbestimmung seiner Wirtschaftsordnung auch nicht zumuten, daß er zunächst tatenlos zusieht, wie seine Wirtschaft aller Voraussicht nach geschädigt wird.

Prävention hält sich also dann im Rahmen des notwendigen Schutzes einer Wirtschaftsordnung, wenn ein bestimmter Sachverhalt unter Annahme rationalen Verhaltens der beteiligten Personen nach aller Voraussicht zu ihrer Schädigung führt²³⁰. Die Kautelen dieser Formulierung zeigen aber auch, daß es unzulässig wäre, hier mit unwiderleglichen Vermutungen zu arbeiten. Es muß möglich sein, die Prognose der Schädlichkeit im Einzelfall zu widerlegen.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß das Völkerrecht neben dem Territorialitätsprinzip, das ein unbestrittener Ausfluß staatlicher Souveränität ist, auch die Erfassung von Auslandssachverhalten zuläßt, welche sich im Inland auswirken, vorausgesetzt, diese Erfassung durch inländische Hoheitsakte ist notwendig, um das Recht der freien Wahl und Entwicklung der Sozial- und Wirtschaftsordnung effektiv auszuüben. Die Notwendigkeit ist dann gegeben, wenn

²²⁹ Anm. 83.

²³⁰ Vgl. auch Meessen, Zusammenschlußkontrolle in auslandsbezogenen Sachverhalten (Anm. 204).

- a) eine Auswirkung tatsächlich eingetreten ist,
- b) die Auswirkung die Wirtschaftsordnung spürbar beeinträchtigt,
- c) nur die letzte Ursache im Ausland erfaßt wird, welche die Auswirkung vorhersehbar veranlaßt,
- d) die Auswirkung in einem Rechtssatz als Anknüpfungspunkt publik gemacht wurde,
- e) das den anderen betroffenen Staat in seiner souveränen Hoheitsausübung am wenigsten belastende Mittel gewählt wird,
- f) in Ausnahme zu a) ein Sachverhalt nach rationaler Voraussicht mit aller Wahrscheinlichkeit zu einer unerwünschten Auswirkung führt, wenn diese Prognose widerlegbar bleibt.

Nun hat die Erörterung gezeigt, daß in den USA Tendenzen bestehen, auch über das Personalitätsprinzip Auslandssachverhalte zum Regelungsgegenstand von Wirtschaftsverwaltungsrecht zu machen. Das revidierte Restatement will dies für das Kapitalanlegerschutzrecht über das aktive und – hinsichtlich der geschützten Personen – auch über das passive Personalitätsprinzip erreichen²³¹. Daß die USA ihren Staatsangehörigen ein Verhalten im Ausland vorschreiben, dürfte völkerrechtlich – abgesehen von Konfliktfällen – nach aller Staatenpraxis und auch nach der zitierten Staatenauffassung zu der Zulässigkeit von Hoheitsakten mit Auslandswirkung nicht zu beanstanden sein. Es ist ersichtlich auch nicht beanstandet worden, daß Großbritannien und die USA das aktive Personalitätsprinzip auch auf *residents* und *persons doing business* in ihrem Gebiet erstrecken. Von den völkerrechtlichen Mindestanforderungen her kann beides auch als Anknüpfungspunkt mit genügend intensivem Bezug zu diesen Staaten gebilligt werden.

Problematischer erscheint das passive Personalitätsprinzip. Es dürfte im Entwurf des revidierten Restatement²³² ein Novum sein, da die amerikanische Gerichtspraxis bisher mit dem Kriterium der Auswirkung auf den amerikanischen Kapitalmarkt arbeitet. Würde man die Schädigung von Amerikanern und *US-residents* im Ausland als alleinigen Anknüpfungspunkt ausreichen lassen, so könnte das weitreichende Konsequenzen haben. Bei den häufigen Auslandskontakten von Amerikanern und amerikanischen Firmen wäre dies ein Hebel, um etwa die Frankfurter Börse amerikanischem Recht – neben deutschem – zu unterwerfen. Überträgt man dies auf das amerikanische Verbraucherschutzrecht mit seinen oft

²³¹ Zum Streit um dieses Prinzip im Strafrecht Anm. 47.

²³² Anm. 202.

besonders scharfen Vorschriften, so ist der Staatenkonflikt unweigerlich in Sicht. Dieser Anknüpfungspunkt ist exorbitant und von der Notwendigkeit des Schutzes der eigenen Wirtschaftsordnung her auch nicht begründbar. Hier sollen eigene Bürger und *residents* vor den Folgen der Liberalität einer fremden Wirtschaftsordnung geschützt werden, in deren Geltungsbereich sie sich freiwillig begeben haben. Der Reporter für diesen Teil des Restatement sieht dieses Problem auch wohl und reduziert die Anwendbarkeit seines – in der Formulierung weitergehenden – Paragraphen auf Personen, die mit betrügerischen Versprechungen ins Ausland gelockt wurden, und auf amerikanisches Militär samt Angehörigen im Ausland. Ersterer Fall kann mit dem Strafrecht gedeckt werden, für den letzteren gibt es die Möglichkeit, in Stationierungsverträgen Schutzregelungen auszuhandeln. An der völkerrechtlich erforderlichen Notwendigkeit dieser Anknüpfung zum Schutz amerikanischer Bürger fehlt es also. Es wäre auch schwer einzusehen, daß Börsenprospekte an der Frankfurter Börse den extensiven amerikanischen Regeln unterliegen müßten, nur weil auch amerikanische Militärs dort Aktien kaufen können.

Als letztes Problem bleibt die Erstreckung von Hoheitsakten auf ausländische Konzernunternehmen eines auch im Inland durch Gesellschaften vertretenen Konzerns, also die Anwendung der Kontrolltheorie oder des Prinzips der Unternehmenseinheit. Der Durchgriff durch die rechtliche Selbständigkeit von Unternehmen über Staatsgrenzen hinweg ist weder in der Staatenpraxis noch in der Lehre unumstritten²³³. Auch hier müssen also die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts befragt werden.

Wenn die allgemeine Rechtfertigung der Anknüpfung an Auslands Sachverhalte im Wirtschaftsverwaltungsrecht die Notwendigkeit der Maßnahmen zum Schutze der eigenen Wirtschaftsordnung ist, so kann ein solcher Durchgriff nicht pauschal als völkerrechtswidrig bezeichnet werden. Gesellschaftsrechtliche Konstruktionen können der Abschottung von Verantwortlichkeit dienen. Konzernunternehmen im Ausland können zum Zwecke begründet oder nachträglich dazu bestimmt werden, Handlungen vorzunehmen, die im Inland untersagt wären. Die niederländische Gerichtsentscheidung im Rahmen des Erdgas-Röhren-Embargos hat in diesem Fall ausdrücklich Völkerrechtskonformität angenommen²³⁴. In sei-

²³³ Vgl. zum Streit Großfeld (Anm.2), Wehser, in: Menzel/Ipsen (Anm.223), S.172; Basedow (Anm.16), S.166f.

²³⁴ Anm.16. Vgl. zur Gesamtproblematik R. B. Thompson, *United States Jurisdiction over Foreign Subsidiaries: Corporate and International Law Aspects, Law and Policy in International Business*, Bd.15 (1983), S.319ff.

nem *Barcelona Traction*-Urteil sagt der Internationale Gerichtshof²³⁵:

“Forms of incorporation and their legal personality have sometimes not been employed for the sole purposes they were originally intended to serve; sometimes the corporate entity has been unable to protect the rights of those who entrusted their financial resources to it; thus inevitably there have arisen dangers of abuse, as in the case of many other institutions of law. Here, then, as elsewhere, the law, confronted with economic realities, has had to provide protective measures and remedies in the interests of those within the corporate entity as well as of those outside who have dealings with it: the law has recognized that the independent existence of the legal entity cannot be treated as an absolute. It is in this context that the process of ‘lifting the corporate veil’ or ‘disregarding the legal entity’ has been found justified and equitable in certain circumstances ... for instance, to prevent the misuse of the privileges of legal personality, as in certain cases of fraud or malfeasance, to protect third persons such as creditor or purchaser, or to prevent the evasion of legal requirements or of obligations”.

Der Gerichtshof spricht hier von den zu billigenden Regelungszielen nationalen Rechts. Er scheint auch unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit zum Schutze der staatlichen Wirtschaftsordnung nicht zu beanstanden, daß ein Staat über die Grenzen hinweg durchgreift auf ausländische Tochterfirmen inländischer Unternehmen, wenn erstere zur Umgehung inländischen Wirtschaftsverwaltungsrechts mit schädlichen Konsequenzen für die eigene Wirtschaftsordnung gegründet wurden oder operieren. Das heißt aber, daß letztlich hier doch wieder die Auswirkungen entscheidend sind.

In einer anderen Variante gilt dies auch für die bereits erwähnten Fälle, in denen der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften das Prinzip der Unternehmenseinheit angewendet hat. Die Muttergesellschaft wird hier verantwortlich gemacht für ein Verhalten oder eine Entscheidung der Tochtergesellschaft, die von ihrer eigenen Leitungsmacht tatsächlich beeinflusst waren. Die Ausübung der Leitungsmacht im Ausland führt also zu einer schädlichen Auswirkung im Inland. Der Durchgriff ist zum effektiven Schutz der eigenen Wirtschaftsordnung gerechtfertigt.

Eine dritte Fallkonstellation zeigt sich beim Erdgas-Röhren-Embargo. Der Durchgriff erfolgte dort nicht zum Schutze der amerikanischen Wirtschaftsordnung, sondern zur Durchsetzung außenpolitischer Ziele. Daß amerikanische Staatsangehörige im Ausland zu diesem Zweck bestimmte amerikanische Vorschriften beachten müssen, ist – von Konfliktfällen abgesehen – unbestritten vom Personalitätsprinzip gedeckt. Wer die Vor-

²³⁵ ICJ Reports 1970, S.3ff., 39.

teile des amerikanischen Staatsverbandes auch noch im Ausland in gewissem Umfang in Anspruch nehmen kann, der muß sich dort auch von den USA in die Pflicht nehmen lassen.

Gesellschaften fremder Nationalität müssen diese Vorteile aber nicht gewährt werden. Darüber hinaus stehen sie in einem Treueverhältnis zu dem Staatsverband, der ihr Gründungs- und eventuell ihr Sitzrecht trägt. Die amerikanischen Mehrheitsaktionäre können sicherlich in ihrer Einflußnahme auf die ausländische Tochtergesellschaft an amerikanisches Recht gebunden werden, wenn die Tochtergesellschaft aber wegen des an ihrem Sitz geltenden Rechts sich dieser Einflußnahme entziehen kann, dann darf dies nicht vom amerikanischen Recht mit Sanktionen belegt werden. Sicherlich bleibt dann immer noch das Wirkungsprinzip zur Anknüpfung offen, wenn die oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind. In Embargo-Fällen wäre auch an das Schutzprinzip zu denken.

Das Nationalitätsprinzip auf Waren und Technologien anzuwenden, erscheint vollends völkerrechtswidrig, denn es erfährt seine Rechtfertigung in einem Treueverhältnis, das Sachen und Ideen nicht haben können.

Somit bleibt festzuhalten, daß ein grenzüberschreitender Durchgriff durch die rechtliche Selbständigkeit verbundener Unternehmen nur dann zulässig ist, wenn dies vom Schutz der inländischen Wirtschaftsordnung her notwendig ist. Diese Notwendigkeit kann angenommen werden, wenn

a) die gesellschaftsrechtliche Selbständigkeit zur Umgehung des inländischen Wirtschaftsverwaltungsrechts mißbraucht wird und daraus schädliche Inlandsfolgen resultieren,

b) Verletzungen des territorialen Wirtschaftsverwaltungsrechts auf tatsächlicher Leitungsmacht eines ausländischen beherrschenden Unternehmens beruhen.

Der Durchgriff führt also in keinem Falle zur Anwendung des Personalitätsprinzips, sondern stützt sich auf die Auswirkungen eines Auslandsverhaltens auf das Inland.

Damit sind die Umriss eines völkerrechtlichen Mindestanknüpfungskatalogs gezogen. Selbstverständlich ist er nur ein Maßstab, der für die einzelnen Sachbereiche des Wirtschaftsverwaltungsrechts noch einiger Konkretisierung bedürfte. Dies muß Einzeluntersuchungen vorbehalten bleiben. Auch ist die Frage der Gerichtszuständigkeit in wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Streitigkeiten noch genauer darauf zu untersuchen, ob die *minimum contacts* mit den Anknüpfungspunkten des materiellen Rechts deckungsgleich sind.

Da nach einem Mindest-Katalog gesucht wurde, muß betont werden, daß die Staaten diese Grenzen nicht überschreiten dürfen. Innerhalb dieser

Grenzen aber steht es ihnen frei, weniger Regelungsmacht zu beanspruchen, als ihnen dies das Völkerrecht erlaubt. Dies könnte auch im Interesse einer sinnvollen Kanalisierung und Vermeidung von Kollisionsfällen geschehen.

Die Entwicklung eines öffentlichrechtlichen Kollisionsrechts, das nicht dem völkerrechtlichen Minimum, sondern dem Optimum an Sachgerechtigkeit verpflichtet ist, ist eine zweite Stufe der Überlegung, die hier nicht besprochen werden soll. Trotzdem muß jetzt noch von den Kollisionsfällen die Rede sein. Denn selbst wenn die Staaten nach dem gefundenen Mindestkatalog das Recht haben, Auslandssachverhalte zum Gegenstand innerstaatlichen Wirtschaftsverwaltungsrechts zu machen, so heißt dies nicht, daß sie dieses Recht ausüben dürfen ohne Rücksicht auf die Tatsache, daß in diesen Fällen immer noch mindestens ein anderer Staat ebenfalls Hoheitsgewalt über den gleichen Sachverhalt ausüben darf, nämlich gestützt auf das Territorialitätsprinzip.

V. Grenzen der Ausübung von Hoheitsgewalt mit Auslandswirkung in Konfliktfällen

An dieser Stelle kommt die zweite Art von Wirkungen ins Spiel, von der bereits die Rede war. Jede Regelung, die an Auslandssachverhalte auf Grund des Wirkungs- oder des Personalitätsprinzips anknüpft, hat Rückwirkungen auf den Staat, auf dessen Territorium sich der Sachverhalt abspielt. Denn Zweck der Regelung ist, ein Verhalten oder Unterlassen zu erzwingen, auch wenn dies im Ausland nur faktisch möglich ist, nämlich durch Druckmittel und Sanktionen im Inland. Die Kategorien möglicher Konfliktfälle sind auch bereits dargelegt worden: Was der eine Staat anordnet, kann der andere verbieten (oder umgekehrt), oder was der eine Staat anordnet oder verbietet, kann zum Bereich dessen gehören, was der andere Staat bewußt zum Inhalt eines Freiheitsraumes für die seiner Hoheitsgewalt Unterworfenen gemacht hat²³⁶. Beide Fälle sollen getrennt betrachtet werden.

1. Gebot vs. Verbot

Daß bei einem Sachverhalt, den zwei Staaten hoheitlich regeln dürfen, im Wirtschaftsverwaltungsrecht ein Staat etwas verbietet, was der andere anordnet, ist als Rechtsproblem in der Praxis bisher ersichtlich ausschließ-

²³⁶ Vgl. die in Anm. 168 zitierte Äußerung Großbritanniens.

lich von Gerichten der USA erörtert worden. Dabei ist es einmal möglich, daß die im Konflikt befindlichen Hoheitsakte nicht bewußt aufeinander bezogen sind. § 273 des schweizerischen Strafgesetzbuchs etwa betrifft ganz allgemein den wirtschaftlichen Geheimnisverrat²³⁷ und steht dabei unter anderem auch (bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen) der Herausgabe von Informationen an ausländische Gerichte entgegen.

Auf der anderen Seite sind in letzter Zeit häufiger Gesetze erlassen worden, die ganz gezielt die Befolgung bestimmter ausländischer Hoheitsakte verbieten. Eine erste Welle solcher sogenannter Abwehrgesetze war die Antwort auf das amerikanische Verfahren gegen die Schifffahrts-Linienkonferenzen. Großbritannien, Belgien, Frankreich, Dänemark, Finnland, Indien, Norwegen und Schweden schafften damals mit diesen Gesetzen²³⁸ die Voraussetzung dafür, den eigenen Schifffahrtsunternehmen zu verbieten, Herausgabenanordnungen amerikanischer Gerichte nachzukommen. Die Bundesrepublik Deutschland erließ zu diesem Zweck auf Grund § 11 des Gesetzes über die Aufgaben des Bundes auf dem Gebiet der Seeschifffahrt die Verordnung über die Übermittlung schifffahrtsgeschäftlicher Unterlagen an ausländische Stellen²³⁹. 1980 folgte Italien diesem Beispiel²⁴⁰.

Die zweite Serie von Abwehrgesetzen erging von seiten Kanadas, Australiens, Neuseelands, Frankreichs und Südafrikas²⁴¹ als Reaktion auf die

²³⁷ »Wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis auskundschaftet, um es einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung oder ihren Agenten zugänglich zu machen, wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis einer fremden amtlichen Stelle oder einer ausländischen Organisation oder privaten Unternehmung oder ihren Agenten zugänglich macht, wird mit Gefängnis, in schweren Fällen mit Zuchthaus bestraft. Mit der Freiheitsstrafe kann Buße verbunden werden«. Zur Erläuterung vgl. Anm.62. Über Strafvorschriften anderer Länder Heise (Anm.52), S.122 ff. Vgl. auch das niederländische Gesetz zur Regelung des wirtschaftlichen Wettbewerbs vom 28.6.1956 in der Fassung der Änderungsgesetze von 1971 und 1977, das in Art.39 bestimmt: "Save in so far as Our Ministers have prescribed an exception or, on request, have granted exemption, it shall be forbidden to comply deliberately with any measures or decisions taken by any other States, which relate to any regulation of competition, dominant positions or conduct restricting competition", Text im OECD-Guide (Anm.119).

²³⁸ Vgl. die Texte in Lowe (Anm.2), S.138, 98, Frankreich nicht abgedruckt, 114, 115, Indien nicht abgedruckt, 128, 134. Zu den Abwehrgesetzen siehe Meessen (Anm.81), S.194 ff. Interessant ist, daß inzwischen – als Reaktion auf die geplante Vredeling-Direktive der EWG – auch im amerikanischen Kongreß der Entwurf eines Abwehrgesetzes gegen ausländische Auskunftspflichten, die sogenannte "Symms" Bill for a Protection of Confidential Business Information Act 1981, eingebracht wurde, siehe Lowe, S.194 ff.

²³⁹ BGBl.1966 II, 1542. Englischer Text in Lowe, S.118 ff.

²⁴⁰ Text in Lowe, S.120.

²⁴¹ Kanada: Uranium Information Security Regulations 1976, Text in Lowe (Anm.2), S.107, und Bill for a Foreign Proceedings and Judgments Act 1980, in Lowe, S.110 ff.

Aufklärungsanordnungen in dem Verfahren des "Westinghouse"-Uran-Komplexes²⁴². Das weitestgehende Abwehrgesetz aber, das unter anderem der Regierung generell eine Ermächtigung zum Verbot der Befolgung ausländischer Hoheitsakte in Handels- und Wirtschaftsangelegenheiten gibt, ist der britische "Protection of Trading Interests Act" von 1980²⁴³, der deutlich die nach wie vor bestehende britische Gegnerschaft gegen jedwede Anknüpfung an das Wirkungsprinzip dokumentiert.

In der Lehre wird zum Teil die Auffassung vertreten, daß bei solchen Konflikten immer die Anordnung desjenigen Staates vorgehe, auf dessen Territorium sich der geregelte Sachverhalt abspielt²⁴⁴. Hiervon geht auch Art.7 der zitierten New Yorker ILA-Resolution von 1972²⁴⁵ aus: "... no State shall require conduct within the territory of another State which is contrary to the law of the latter".

Andere Autoren verneinen den grundsätzlichen Vorrang des Territorialrechts. Scheuner sieht in dieser generellen Regel eine Möglichkeit für Staaten, berechnete Interessen anderer Staaten durch Abwehrgesetzgebung einfach leerlaufen zu lassen²⁴⁶. Das Restatement (Second) of Foreign Rela-

Australien: Foreign Proceedings (Prohibition of Certain Evidence) Act 1976, der Amendment Act 1976 hierzu und der Foreign Antitrust Judgments (Restriction of Enforcement) Act 1979, in Lowe, S.79, 81, 83. Für das letztere Gesetz liegt ein Änderungsentwurf vor, siehe Lowe, S.85. Neuseeland: Evidence Amendment Act 1980, in Lowe, S.124. Frankreich: Loi n° 80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, Journal Officiel de la République Française vom 17.7.1980, S.1799, englischer Text in Lowe, S.116. Südafrika: Protection of Business Act, as amended, in Lowe, S.132. Vgl. dazu auch Meng (Anm.25), S.491 ff.

²⁴² Vgl. hierzu Meng (Anm.25), S.476 ff.

²⁴³ Text in Lowe (Anm.2), S.186 ff. Siehe hierzu Meng (Anm.25), S.493 ff. und 510 ff. Das Gesetz hat zu einem Notenwechsel zwischen den USA und dem Vereinigten Königreich geführt, vgl. Lowe, S.176. Vgl. auch A. V. Lowe, Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act, 1980, AJIL Bd.75 (1981), S.257 ff. K. Bushman, The British Protection of Trading Interests Act of 1980, Journal of International Law and Economics, Bd.14 (1980), S.253 ff. Welch weitreichende Konsequenzen das Gesetz haben kann, zeigt der *Laker-Fall*, *British Airways v. Laker Airways*, [1983] 3 All ER 375 (C.A.).

²⁴⁴ Jennings (Anm.81), S.151; Wengler (Anm.2), S.944 ff.; Akehurst (Anm.2), S.230; Goldman (Anm.81), S.714 ff.; Hermans (Anm.81), S.48, 74 f.; Jacobs (Anm.81), S.663; K. Hailbronner, Rechtswirkungen des EG-Südafrika-Kodex, RIW/AWD Bd.28 (1982), S.111 ff., 114 ff.; Vogt (Anm.2).

²⁴⁵ ILA-Report New York (Anm.119), S.XIX.

²⁴⁶ ILA-Report The Hague (Anm.119), S.163 f. Auch Brownlie (Anm.2), S.309 f.; Bär (Anm.81), S.351 f.; Reh binder (Anm.103), S.376 f., und eingehend Meessen (Anm.81), S.182 ff., lehnen den grundsätzlichen Vorrang des Territorialrechts ab. Vgl. auch Wengler, Wege zur rechtlichen Steuerung (Anm.40), S.145 ff.

tions Law²⁴⁷ stellt in § 39 fest, ein Staat müsse von der Durchsetzung einer Regelung nicht etwa Abstand nehmen "solely because such exercise requires a person to engage in conduct subjecting him to liability under the law of another State having jurisdiction with respect to that conduct". Im Entwurf des revidierten Restatement²⁴⁸ heißt es, die Hoheitsausübung könne "unreasonable" sein, "if it requires a person to take action that would violate a regulation of another state which is not unreasonable...".

Nur für den Fall des Durchgriffs auf von amerikanischen Gesellschaften beherrschte ausländische Tochterunternehmen sollen die USA keine Regelung treffen dürfen, "to require conduct that is prohibited, or to prohibit conduct that is required in the state where the branch or corporation is organized or is doing business..." (§ 418).

Die Praxis, soweit ersichtlich bisher nur aus den USA vorliegend, ergibt kein einheitliches Bild. Daß ein von den USA verbotenes Verhalten im Ausland erlaubt war, hat die Anwendung eines Verbots nie beeinflusst. Dagegen sind in Kartellrechtsfällen entgegenstehende ausländische Verbote zu wiederholten Malen als Ausnahmegrund von der Durchsetzung des amerikanischen Verbots anerkannt worden, in Urteilen wie auch in *consent decrees*²⁴⁹. In gleicher Weise hat sich auch die EG-Kommission in ihrer Bekanntmachung zu den japanischen Einfuhren²⁵⁰ geäußert. Die amerikanische Regierung hat sich diesen Grundsatz geradezu als Waffe gegen die eigene Gesetzgebung zunutze gemacht, als sie zunächst auf ein Selbstbeschränkungsabkommen der japanischen Automobilindustrie drängte, das sie dann aber durch den Sherman Act bedroht sah. Daraufhin brachte sie die japanische Regierung dazu, dieses Selbstbeschränkungsabkommen hoheitlich anzuordnen²⁵¹.

Anders ist das Bild bei den Auskunftsanordnungen amerikanischer Gerichte, die auf ausländische Auskunftsverbote stießen. Der *leading case* ist hier die *Interhandel*-Entscheidung des U.S. Supreme Court²⁵². Im Rahmen eines Gerichtsverfahrens war eine *discovery*-Anordnung an die Klägerin ergangen, Bankberichte aus der Schweiz vorzulegen. Wegen drohender Verletzung des schweizerischen Bankgeheimnisses wurden die Dokumente daraufhin vom Justizminister in Bern beschlagnahmt. Die Klägerin

²⁴⁷ Anm. 98.

²⁴⁸ Anm. 202.

²⁴⁹ Ausführliche Darstellung bei Meessen (Anm. 81), S. 185 ff.

²⁵⁰ Anm. 114.

²⁵¹ Vgl. hierzu S. W. Waller, Redefining the Foreign Compulsion Defense in U.S. Antitrust Law, *Law and Policy in International Business*, Bd. 14 (1982), S. 747 ff., 779 ff.

²⁵² *Société Internationale pour Participations Industrielles et Commerciales, S.A. etc. v. Rogers*, 357 U.S. 197 (1958).

bemühte sich um die Aufhebung der Beschlagnahme, war aber nicht in vollem Umfang erfolgreich. Das Gericht bejahte das Recht der USA, in solchen Fällen die Herausgabe anzuordnen. Allerdings knüpfte es an die Nichtherausgabe nicht die Folge der Klageabweisung nach amerikanischem Prozeßrecht. Die Klägerin habe nicht in Kollusion mit der Schweiz gehandelt und sich nach Treu und Glauben um die Freigabe bemüht. "Petitioners failure to satisfy fully the requirements of this production order was due to inability fostered neither by its own conduct nor by circumstances within its control ... fear of criminal prosecution constitutes a weighty excuse for nonproduction".

Interhandel sagt also über den Souveränitätskonflikt überhaupt nichts aus, sondern nur etwas über die nachteiligen Folgen für einen Kläger, der seiner Beweislast nicht nachkommen kann. Der Fall wird zwar auch in der US-Gerichtspraxis immer als Präjudiz für die Behandlung von Souveränitätskonflikten zitiert, ist aber hierfür eigentlich ungeeignet, denn es geht nicht um die zwangsweise Durchsetzung von Auskunftsortnungen.

Ein neuerer Fall, der eben eine solche Durchsetzung betrifft, ist *U.S. v. Vetco*²⁵³. Die amerikanische Steuerbehörde hatte die Vorlage der Bücher, Geschäftsberichte und Steuerbilanzen von Vetco und seinen überseeischen Tochterunternehmen verlangt. Vetco weigerte sich, soweit die Dokumente in der Schweiz belegen waren, unter Hinweis auf § 273 des schweizerischen Strafgesetzbuches. Ein Gericht erließ eine Erzwingungsanordnung und verhängte Beugestrafen. Auf die Berufung hin stellte das Berufungsgericht des 9th Circuit fest, die schweizerische Strafdrohung sei keine Sperre für die Durchsetzung der Anordnung. Es bezog sich dabei auf *Interhandel*: "We have no finding that appellants have made good faith efforts to comply with the summonses". Es liege keine schweizerische Beschlagnahmeanordnung vor. Andererseits handle es sich hier um eine steuerstrafrechtliche Untersuchung, eine "more pressing national function than civil discovery ... more widely recognized in the international community than the broad civil discovery permitted in American courts". Dann nimmt das Gericht gemäß § 40 Restatement (Second) of Foreign Relations Law eine Abwägung der amerikanischen und der schweizerischen Interessen vor und kommt zum Überwiegen der ersteren.

Vetco ist kein Einzelfall²⁵⁴, und er zeigt, daß die sogenannte "Foreign Government Compulsion Doctrine" nicht eine generelle Vorrangregel

²⁵³ *U.S. v. Vetco Inc.*, 644 F.2d 1324 (9th Cir. 1981).

²⁵⁴ Wie schnell – und der Sache wohl nicht angemessen – diese Frage mit konfliktrechtlichem Denken überfrachtet werden kann, zeigt *In re Ampicillin Antitrust Litigation*, 81 F.R.D.377 (D.C.D.C.), wo es heißt: "While no law has of its own force any effect outside

zugunsten der Anordnung darstellt, welche sich auf das Territorialitätsprinzip stützen kann. So heißt es in § 419 des Entwurfs zum revidierten Restatement²⁵⁵, ein entgegenstehender ausländischer Hoheitsakt müsse "ordinarily" beachtet werden. Nach dem Kommentar²⁵⁶ heißt dies "absent unusual circumstances". Allerdings müsse die ausländische gegenteilige Anordnung "embodied in binding laws or regulations subject to penal or other severe sanction" sein. Dann aber heißt es: "If the exercise by a state of jurisdiction to prescribe is unreasonable ... obedience to that state's command will not ordinarily support the foreign government compulsion defense against the reasonable exercise of jurisdiction to prescribe by another state". Und § 420 enthält die Regeln, welche von der Rechtsprechung seit *Interhandel* für Auskunftsanordnungen entwickelt wurden und ausländischem entgegenstehendem Recht nicht generell den Vortritt lassen.

Die Praxis ist also wie die Lehre nicht eindeutig. Allerdings zeigt sich, daß ausländischen Anordnungen, welche sich auf das Territorialitätsprinzip stützen und inländischen Anordnungen entgegenstehen, ein großes Gewicht eingeräumt wird. Daß völkergewohnheitsrechtliche Regeln in diesem Bereich bestünden, kann man also nur insoweit sagen, als bisher anerkannt ist, daß dieses besondere Gewicht besteht.

Auch in diesem Zusammenhang muß also wieder gefragt werden, ob sich aus allgemeinem Völkerrecht hierfür Regeln ableiten lassen. Hier kann an frühere Ergebnisse angeknüpft werden. Staaten dürfen im Wirtschaftsverwaltungsrecht Hoheitsakte mit Auslandswirkung nur dann erlassen, wenn dies zum Schutz der eigenen Wirtschaftsordnung unumgänglich notwendig ist. Dies gilt für jede Art von Hoheitsakten, seien sie materiell-

the territory of the state or nation from which its authority is derived, foreign laws may, within certain limits, be given effect ... Comity, however, will not be extended to foreign law if it is contrary to the public policy of the forum" (S.391). Zur amerikanischen Praxis L. Cohen-Tanugi, Les juridictions américaines face aux lois étrangères interdisant la communication de renseignements économiques, *Revue Critique de Droit International Privé*, Bd.72 (1983), S.213ff.; B. Großfeld/C. P. Rogers, A Shared Values Approach to Jurisdictional Conflicts in International Economic Law, *ICLQ* Bd.32 (1983), S.931ff.; David K. Pansius, Resolving Conflicts with Foreign Nondisclosure Laws, *Denver Journal of International Law and Policy*, Bd.12 (1982), S.13ff.; Waller (Anm.251), S.747ff.

Ähnlich wie *Vecto U.S. v. Toyota*, 561 F.Supp.354 (C.D.Cal.1983). Vgl. auch *In re Marc Rich & Co., A.G.*, 707 F.2d 663 (2d Cir.1983); *In re Oil Spill by the Amoco Cadiz off the Coast of France on March 16, 1978*, 93 F.R.D. 84 (N.D.Ill.1982); *In re Grand Jury Proceedings: U.S. v. Bowe*, 694 F.2d 1256 (11th Cir.1982); *General Atomic Co. v. Exxon Nuclear Co.*, 90 F.R.D.290 (S.D.Cal.1981); *In re Grand Jury*, 81-2,550 F.Supp.24 (W.D.Mich.1982).

²⁵⁵ Anm.202.

²⁵⁶ Comment a.

oder verfahrensrechtlicher Natur. Ist es hiernach zulässig, daß zwei Staaten über den gleichen Sachverhalt Hoheit ausüben dürfen, so kann man nicht von einer Vorrangstellung zugunsten des Territorialitätsprinzips ausgehen. Denn der andere Staat übt ja die Hoheit gerade wegen der vom Völkerrecht her zugelassenen Notwendigkeit des Schutzes seiner Wirtschaftsordnung aus. Eine Vorrangregel würde dazu führen – hier ist Scheuner zuzustimmen²⁵⁷ –, daß dieser Schutz vom guten Willen des anderen Staates abhängig ist. Beide Anordnungen sind also grundsätzlich gleichrangig. Das heißt aber nicht, daß Konflikte nur durch Machtbehauptung entschieden werden.

Es ist bereits dargelegt worden, daß bei ihrer Hoheitsausübung über Auslandssachverhalte mit Auslandswirkung die Staaten das die fremde Hoheitssphäre nur am wenigsten belastende Mittel wählen dürfen. Das heißt also, daß etwa im eingangs erwähnten *Krupp-Fall*²⁵⁸ eine Erzwingung gegen ausdrückliche ausländische Verbote dann unrechtmäßig ist, wenn der Weg der Rechtshilfe offensteht. Auch ist eine Strafsanktion dann unzulässig, wenn an die Nichtbefolgung einer Auskunftsanordnung, wie dies im *Interhandel-Fall* zur Debatte stand²⁵⁹, statt Strafen verfahrensrechtliche Sanktionen wie etwa Entscheidungen nach Aktenlage geknüpft werden können, soweit dies menschenrechtlich zulässig ist.

Selbstverständlich darf die Hoheitsausübung insgesamt nicht gegen Menschenrechte oder den fremdenrechtlichen Mindeststandard²⁶⁰ verstoßen. Der Grundsatz *nulla poena sine culpa*²⁶¹ verhindert die Bestrafung von Personen, die wegen zwangsweiser Verhinderung in dem einen Staat die Anordnungen im anderen Staat nicht befolgen können. Es ist auch höchst fraglich, ob es menschenrechtlich zulässig wäre, hier statt Strafrechtssanktionen solche des sogenannten Ordnungswidrigkeitenrechts zu benutzen.

²⁵⁷ Anm. 246.

²⁵⁸ Anm. 60.

²⁵⁹ Anm. 252.

²⁶⁰ Vgl. K. Doehring, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts und das deutsche Verfassungsrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 39) (1963); A. Schnitzer, Fremdenrecht, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd. 1, S. 566 ff.

²⁶¹ Art. 11 Ziff. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. 12. 1948 (Resolution 217 (III) der UN-Generalversammlung, GAOR 3rd Sess., Resolutions part I, S. 71); Art. 14 Abs. 2 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. 12. 1966 (BGBl. 1973 II, S. 1534); Art. 6 Abs. 2 Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. 11. 1950 (BGBl. 1952 II, S. 686 mit Änderungen); Art. 8 Abs. 2 Amerikanische Menschenrechtskonvention vom 22. 11. 1969 (OAS Official Records OEA/SerK/XVI/I.I. Document 65, Rev. 1 Corr. 2).

Weiter ist zu berücksichtigen, daß die Notwendigkeit einer Maßnahme auch ihre Geeignetheit umschließt. Wollte man jemanden mit einer verfahrensrechtlichen Geldbuße belangen, der eine Herausgabeanordnung deswegen nicht befolgen kann, weil die betreffenden Dokumente von einem anderen Staat beschlagnahmt wurden, so würde man von ihm etwas verlangen, was er gar nicht kann. Der Adressat wäre lediglich eine Geisel, um deren Handlung es gar nicht mehr geht. Der Staat, welcher beschlagnahmt hat, ist aber kein Adressat der Herausgabeanordnung und könnte es wohl auch nicht sein²⁶². Die Anordnung ist also auf etwas für den Adressaten Unmögliches gerichtet, daher zur Durchsetzung des erlaubten Schutzzwecks überhaupt nicht geeignet.

Bleiben noch die Fälle, in denen es dem Adressaten freisteht, die eine oder die andere Anordnung zu befolgen und damit auch mit Sicherheit eine der beiden zu verletzen. Der Konflikt scheint unlösbar zu sein. Derjenige Staat, der das effektivere Sanktionspotential hat, würde sich durchsetzen.

Nun zeigt aber die Praxis, daß in solchen Fällen immer zumindest eine Abwägung der widerstreitenden Durchsetzungsinteressen vorgenommen wird, wobei dem Territorialitätsprinzip großes Gewicht zugestanden wird. Ob dies bereits eine gewohnheitsrechtliche Regel geworden ist, wurde vorstehend bezweifelt. Ein allgemeines völkerrechtliches Rechtsmißbrauchsverbot würde, wenn es überhaupt existiert²⁶³, nur in Fällen eines eklatanten Mißverhältnisses zwischen den kollidierenden Staateninteressen weiterhelfen.

Die Lösung des Problems findet man, wenn man die Überlegungen, welche zu den allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts über die Zulässigkeit von Hoheitsakten mit Auslandswirkung angestellt wurden, fortführt. Wenn das Völkerrecht es zuläßt, daß mehrere Staaten konkurrierend den gleichen Sachverhalt hoheitlich regeln dürfen, und wenn es hierfür auch Schranken setzt, so würde es seiner Funktion als Friedens- und Verteilungsordnung im Sinne von Brun²⁶⁴ widersprechen, wenn hieraus im Ergebnis ein nur durch Machtausübung zu entscheidender Konflikt entstünde. Die gleichzeitige Regelungsbefugnis ist auf etwas Unteilbares gerichtet, damit auf etwas Gemeinsames – den zu regelnden Sachverhalt –, der den beteiligten Staaten nicht zu je freier Verfügung steht. Dadurch

²⁶² Wenn der Staat nicht *iure gestionis* handelt (*economic activity*), steht bereits der Gerichtsbarkeit die Staatenimmunität entgegen.

²⁶³ Dagegen A. Schüle, Rechtsmißbrauch, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch, Bd.3, S.69ff.; Rudolf, in: Rudolf/Habscheid (Anm.2), S.7ff. Dafür Bär (Anm.81), S.334; Hermans (Anm.81), S.37ff.; Meessen (Anm.81), S.199; Stuyt (Anm.2).

²⁶⁴ Anm.188.

entsteht ein Rechtsverhältnis, in dem die erlaubten Regelungen nicht völlig ohne Bezug aufeinander erlassen werden dürfen, sondern nur nach Treu und Glauben²⁶⁵, um eine friedliche Konfliktlösung zu ermöglichen. Jeder Staat muß bei seiner Regelung die Interessen des anderen Staates im Auge behalten, das heißt eine Abwägung vornehmen.

Dies wird von der Praxis ja auch weitgehend getan. Ohne Vorliegen eines außerordentlichen Grundes darf ein Staat weder seine eigenen Bürger noch Ausländer dazu zu zwingen suchen, auf fremdem Staatsgebiet gegen die dort geltenden Gesetze zu verstoßen. In der Regel wird eine Abwägung also zugunsten der Territorialhoheit ausfallen, die der natürliche und primäre Ausfluß der völkerrechtlich geschützten staatlichen Souveränität ist. Andererseits wirkt der Gesichtspunkt von Treu und Glauben in beiden Richtungen. Auch der Staat, welcher sich auf das Territorialitätsprinzip stützt, muß die Interessen des anderen Staates am Schutze seiner eigenen Wirtschaftsordnung mitberücksichtigen. Rein formale Berufung auf die territoriale Integrität ohne eigenes darüber hinausgehendes sachliches Regelungsinteresse, die bloße Absicht, fremde Anordnungen durch Abwehrgesetzgebung zu neutralisieren, entsprechen dieser Pflicht nicht. Allerdings wird meistens ein darüber hinausgehendes staatliches Interesse wie die Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen oder die Bewahrung einer bestimmten Wirtschaftsstruktur hinter einer Abwehrgesetzgebung stehen. In diesem Fall bleibt es beim regelmäßigen Vorrang der Territorialhoheit.

Allerdings sind auch ganz manifeste Verstöße gegen Treu und Glauben denkbar, wie etwa die reine Absicht, etwa noch in Kollusion mit Privatpersonen, der fremden Wirtschaftsordnung einen Schaden zuzufügen oder den legitimen Schutz der fremden Wirtschaftsordnung zu torpedieren. Dies wäre völkerrechtswidrig und vom anderen Staat daher nicht zu beachten. Dieser Fall läge etwa vor, wenn Abwehrgesetze erlassen würden, um betrügerische Machenschaften zu decken, unter Umständen gar unter fördernder Einflußnahme der Betrüger. Die entgegenstehende Anordnung

²⁶⁵ *Bona fides* ist keine selbständige allgemeine Verhaltensnorm des Völkerrechts, sondern gestaltet anderweitig bestehende Rechtsbeziehungen aus, vgl. J. P. Müller, Vertrauensschutz im Völkerrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 56) (1971), S. 255 ff. Bei einem gemeinsamen Recht an einer Sache (vgl. hierzu die *equity*-Rechtsprechung des IGH in den *Festlandsockel*-Fällen) wie auch hier auf Regelung eines Sachverhalts fließen über die *bona fides* Gesichtspunkte der *iusiustitia distributiva* ebenso ein wie diejenigen des klassischen Souveränitätsschutzes. Das amerikanisch-kanadische "Memorandum of Understanding" (Anm. 173) spricht hinsichtlich der Berücksichtigung von Interessen der jeweils anderen Seite von "good faith consideration" und bestätigt damit den Ansatzpunkt der Argumentation des Autors.

des Staates, in dem sich der zu regelnde Sachverhalt abspielt, dürfte auch dann unbeachtlich sein, wenn sich der andere Staat auf Gründe berufen kann, die die Anwendung des Schutzprinzips rechtfertigen würden, also etwa bei Gefahr eines totalen Wirtschaftszusammenbruchs mit der Folge sozialer Unruhen oder gar von Revolutionen.

Damit läßt sich eine völkerrechtliche Abwägungspflicht begründen. Da in der Regel eine Vermutung zugunsten der Territorialhoheit besteht, ist diese Abwägung auch nicht mit allzu großer Unsicherheit belastet. Daß unter Umständen Zweifelsfragen entstehen können, ist kein Argument gegen die Handhabbarkeit einer solchen Abwägungspflicht. Jeder Staat kann seine Interessen auf diplomatischem Wege oder, wie in den USA²⁶⁶, auch direkt bei dem entscheidenden Gericht geltend machen, die Regierung des Gerichtsstaates kann hierzu ebenfalls Stellung nehmen. Sicherlich ist es aber auch wünschenswert, wenn Regelungskonflikte bereits im Vorfeld von Gerichtsverfahren zum Gegenstand von Verhandlungen zwischen den betroffenen Staaten gemacht werden.

2. Abwägung sonstiger Staateninteressen

Solange es nur um die Frage des regelmäßigen Vorrangs einer kollidierenden Anordnung geht, die sich auf das Territorialitätsprinzip stützt, dürfte die Abwägung wenig Probleme machen, da andere Interessen nur in seltenen Ausnahmefällen zum Zuge kommen. Bereits früher aber wurden Abwägungskataloge aus den USA vorgestellt, die darüber weit hinausgehen. Der wohl am weitesten gehende Schritt in diese Richtung wird im Tentative Draft des Restatement (Revised) of Foreign Relations Law of the United States²⁶⁷ vorgeschlagen. § 403 sieht dort nämlich vor, daß Hoheits-

²⁶⁶ Hierzu die Bitte des amerikanischen Außenministeriums an das Justizministerium, einem District Court mitzuteilen, daß es ausländische Staaten dazu ermutigt habe, als *amici curiae* ihre Interessen bei den amerikanischen Gerichten selbst geltend zu machen, AJIL Bd.74 (1980), S.665 f.

²⁶⁷ Dieser Teil des Restatement ist von A. Lowenfeld erfaßt worden, der in seiner weit über das positive heutige Recht hinausreichenden Haager Vorlesung 1979 (Anm.2) vorgeschlagen hatte, das Problem der Staatenkonflikte mit einem "optimum rationality approach" (S.366) anzugehen, anstatt völkerrechtliche Mindest-Pflichten zu suchen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist beides notwendig, wobei die kollisionsrechtliche Optimierung nur auf dem Sockel des völkerrechtlichen Minimums gebaut werden kann, sollen nicht beide Kategorien vermischt werden, was zu Verwirrungen führt und beide Konzeptionen gegen Angriffe verwundbarer macht. Lowenfeld ist aber uneingeschränkt zuzustimmen, wenn er a.a.O. schreibt: "Sometimes the best way to defend legislative jurisdiction is not to exercise it".

gewalt über Auslandsverhalte mit Auslandswirkung dann nicht ausgeübt werden darf, "when the exercise of such jurisdiction is unreasonable". Bereits die Zulässigkeit der Anknüpfung – auch an das Territorialitätsprinzip, denn auch die Hoheitsausübung im Inland soll erfasst werden – wird also dem *reasonable*-Test unterstellt, nicht erst die Frage, ob zulässig angeknüpfte Hoheitsakte auch durchgesetzt werden dürfen²⁶⁸. Was aber ist *reasonable*? Der Begriff bleibt offen für die Umstände des Einzelfalles, erlaubt also *policy decisions*, bekommt aber festere Konturen durch einen beispielhaften Katalog von Abwägungskriterien:

- "(a) the extent to which the activity (i) takes place within the regulating state, or (ii) has substantial, direct, and foreseeable effect upon or in the regulating state;
- (b) the links, such as nationality, residence, or economic activity, between the regulating state and the persons principally responsible for the activity to be regulated, or between that state and those whom the law or regulation is designed to protect;
- (c) the character of the activity to be regulated, the importance of regulation to the regulating state, the extent to which other states regulate such activities, and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted;
- (d) the existence of justified expectations that might be protected or hurt by the regulation in question;
- (e) the importance of regulation to the international political, legal or economic system;
- (f) the extent to which such regulation is consistent with the traditions of the international system;
- (g) the extent to which another state may have an interest regulating the activity;
- (h) the likelihood of conflict with regulation by other states".

Diese Kriterien der *reasonableness* sollen für alle Staaten gelten, deren Hoheitsgewalt ein Sachverhalt unterliegt. Würde also etwa die geplante Vredeling-Direktive der EG über die Unterrichtung des Arbeitnehmers in Konzernen auch im bereits geschilderten Umfang auf multinationale Konzerne mit Unternehmen in Drittländern anwendbar, so könnte ein Streit dann entstehen, wenn sich eine Muttergesellschaft im Nicht-EG-Ausland weigert, der Arbeitnehmervertretung eines Tochterunternehmers in der EG Informationen über Stand und Aussichten der Muttergesellschaft selbst zu geben mit der Begründung, ihr eigener Sitz- oder Gründungsstaat

²⁶⁸ Dies weicht von der hier vertretenen Absichtung beider Problemkreise ab. Ob die *reasonableness* in der amerikanischen Lehre wirklich als völkerrechtliches Prinzip angesehen wird oder ein Vorschlag *de lege ferenda* ist, bleibt fraglich, vgl. die sehr gespaltene Diskussion in American Law Institute, 58th Annual Meeting 1981, Proceedings (1982), S.249ff.

erlege ihr bewußt keine solche Pflicht auf, um durch Vertraulichkeit die Erfolgchancen des Geschäftsgebarens zu verbessern.

Nach dem Text des revidierten Restatement müßte ein Richter dreierlei prüfen: ist die Verpflichtung aus der Vredeling-Direktive *reasonable*; ist die Freiheit, welche der Gründungs- oder Sitzstaat der Muttergesellschaft gewährt *reasonable* und, wenn man beides, Verpflichtung und Freiheit, gegeneinander abwägt, welche Regelung ist im Konfliktfall *more reasonable*. Das Beispiel zeigt, welche völkerrechtliche und staatsrechtliche Problematik in dieser Konstruktion steckt: Ein Richter soll zu Gericht darüber sitzen, ob der eigene wie auch der fremde Staat ihre Interessen bei der Anknüpfung richtig gesehen haben. Daß dies nach amerikanischem Verfassungsrecht gar nicht immer geht, sehen auch die Autoren, wenn sie in Abs.4 *lit.b* des § 403 sagen:

“Where Congress has made clear its purpose to exercise jurisdiction which may be beyond the limits permitted by international law, such exercise of jurisdiction, if within the constitutional authority of Congress, is effective as law in the United States”.

In diesem Fall bleibt dann übrig, die *reasonableness* der Rechtslage im fremden Staat zu prüfen. Wohin dies führt, zeigt die Bemerkung des Bundeskartellamts in seiner Entscheidung im *Zigaretten-Fusions-Fall*, das von Südafrika vorgebrachte Interessen hinsichtlich des Eigentumsschutzes südafrikanischer Personen im Ausland kurzerhand als »nicht genuin staatliche Interessen« unberücksichtigt ließ.

Dies aber steht im Widerspruch zum Völkerrecht. Wenn jeder Staat seine Wirtschaftsordnung selbst bestimmen darf, so kann er auch selbst die notwendigen Schutzmaßnahmen formulieren, soweit sie erforderlich und geeignet sind. Gerichte und Behörden anderer Staaten müssen dies als gegeben hinnehmen. Bleibt also noch die Frage, ob das Völkerrecht eine Abwägung der so formulierten Staateninteressen verlangt.

Die entsprechende amerikanische und deutsche Praxis ist bereits dargestellt worden, wobei die Verankerung der Abwägungspflicht in der *comity* in den USA noch Zweifel hinsichtlich ihres völkerrechtlichen Charakters offenläßt. Daß die Abwägung vor amerikanischen Gerichten meistens in unbefriedigend summarischer Weise amerikanischen Interessen den Vorrang gibt, hängt damit zusammen, daß dort, wie noch zu sehen sein wird, oft Unvergleichbares scheinbar gegeneinander abgewogen wird. So ist es nur ehrlich, wenn Judge Marshall im *Uranium Antitrust-Urteil* ausführt²⁶⁹:

²⁶⁹ *In re Uranium Antitrust Litigation*, 480 F.Supp.1138, 1148 (N.D.Ill.1979). Frühere Beispiele für die Berücksichtigung von ausländischen Interessen in der Rechtsprechung des

“[T]he judiciary has little expertise, or perhaps even authority, to evaluate the economic and social policies of a foreign country, such a balancing test is inherently unworkable in this case. The competing interests here display an irreconcilable conflict on exactly the same plane of national policy ... it is simply impossible to judicially ‘balance’ these totally contradictory and mutually negating actions”.

Dies hängt damit zusammen, daß die amerikanische Abwägungspraxis mit den entsprechenden Abwägungskatalogen der *jurisdictional rule of reason* sehr stark an die *interest analysis*-Methode des amerikanischen Konfliktrechts angelehnt ist²⁷⁰. Diese aber, grundsätzlich bereits nicht unbestritten²⁷¹, operiert unter anderen Voraussetzungen, als sie die Völkerrechtsgemeinschaft bieten kann, nämlich im amerikanischen föderalistischen System mit einer gemeinsamen Verfassung als Wert- und Beurteilungsmaßstab und vor allem mit gemeinsamen Bundesgerichten, die zur Rechtsvereinheitlichung beitragen können. Die Homogenität der Interessen in einem Bundesstaat kann eben nicht mit der Interessenlage in der eher dezentral organisierten Völkerrechtsgemeinschaft gleichgesetzt werden. Hierauf haben auch amerikanische Autoren immer wieder hingewiesen²⁷².

U.S. Supreme Court sind etwa *Murray v. The Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804), *Lawritzen v. Larsen*, 345 U.S.571 (1953); *Skiriotes v. Florida*, 313 U.S.69, 73 (1941).

²⁷⁰ Vgl. hierzu *Scoles/Hay* (Anm.96), S.12ff. Zur Interessenabwägung etwa J. Davidow, *Cartels, Competition Laws and the Regulation of International Trade*, New York University Journal of International Law and Policy, Bd.15 (1983), S.351ff.; H. G. Maier, *Interest Balancing and Extraterritorial Jurisdiction*, American Journal of Comparative Law, Bd.31 (1983), S.579ff.; *Rosic* (Anm.96), S.147ff.; D. F. Turner, *Die Lösung von Zuständigkeitskonflikten bei der Anwendung nationaler Wettbewerbsvorschriften*, WuW Bd.31 (1982), S.5ff.; H. G. Maier, *Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: an Intersection between Public and Private International Law*, AJIL Bd.76 (1982), S.280ff.; J. Davidow, *Antitrust, International Policy and Merger Control*, Journal of International Law and Economics, Bd.15 (1981), S.519ff.; D. K. Rutledge, *Sherman Act Litigation: A Modern Generic Approach to Objective Territorial Jurisdiction and the Act of State*, Dickinson Law Review, Bd.84 (1980), S.645ff.

²⁷¹ Juenger (Anm.96), S.1ff. mit Nachweisen der Diskussion.

²⁷² Vgl. *Rosic* (Anm.96). Von amerikanischen Gerichten wurde die Abwägung ein “judicial nightmare” (*Forsyth v. Cessna Aircraft Co.*, 520 F.2d 608, 609 (9th Cir.1975)) und ein “unanswerable enigma” (*In re Paris Air Crash of March 3, 1974*, 399 F.Supp.732, 741 (C.D.Cal.1975)) genannt. Vgl. auch Judge Marshall (Anm.269). Für den internationalen Bereich warnt Maier, *Extraterritorial Jurisdiction* (Anm.270) davor, durch *reasonableness* den Vorrang des eigenen Rechts zu verbrämen. Er fordert die Suche nach natürlichen Kompetenzzuweisungen, an erster Stelle steht dabei die Territorialität. Es gehe nicht um die Frage, welches Recht man mag und welches nicht (“applying the universality principle without universality”). Der Vorrang bei der Konfliktlösung gebühre der Diplomatie (so auch *Rosic*, a.a.O.).

In neuerer Zeit wurden Versuche unternommen, gemeinsame internationale Interessen zu betonen. Großfeld und Rogers²⁷³ etwa schlagen einen "Shared Values Approach" vor, der als Kern beinhaltet: "The inquiry should focus on whether the law expresses typical international interests rather than local chauvinistic values". Diese Theorie überschreitet aber den Bereich des völkerrechtlich geforderten Abwägungsminimums bei weitem und ist insbesondere für die Frage nach dem Kollisionsrecht interessant. Das gleiche gilt für den von Rosic²⁷⁴ in Anlehnung an William F. Baxter vorgeschlagenen "comparative impairment approach", der US-Interessen nur dann den Vorrang geben will, wenn sie sich nach einer objektiven Analyse der Regelungsziele als vordringlich erweisen. Wodurch die Analyse, die zu Werturteilen führen muß, allerdings objektiv werden soll, bleibt im Dunkel.

Ein Teil der Lehre nimmt zwar an, daß im internationalen Kontext immer die *lex fori* vorgehe²⁷⁵. Zunehmend und wohl heute überwiegend wird aber postuliert, daß eine völkerrechtliche Pflicht zur Berücksichtigung fremder Staateninteressen besteht. So heißt es in § 40 des Restatement (Second) of Foreign Relations Law²⁷⁶: "... each State is required by international law to consider, in good faith, moderating the exercise of its enforcement jurisdiction ...", und dann folgt der bereits zitierte Abwägungskatalog. Art.7 b der New Yorker ILA-Resolution von 1972²⁷⁷ postuliert: "... each State shall, in applying its own law to conduct in another State, pay due respect to the major interests and the economic

²⁷³ Anm.254.

²⁷⁴ Anm.96.

²⁷⁵ Jennings (Anm.81), S.151; Wengler (Anm.2), S.944ff.; Akehurst (Anm.2), S.230; Nordmann (Anm.52), S.128ff.; Goldman (Anm.81), S.714ff.; Hermans (Anm.81), S.48, 74f.; Jacobs (Anm.81), S.663, und Art.7 der New Yorker ILA-Resolution (Anm.119).

²⁷⁶ Anm.98. Vgl. auch den Brief des amerikanischen Associate Attorney General Shenefield vom 6.5.1980 an District Judge Marshall, AJIL Bd.74 (1980), S.928f., in dem dieser betont, daß auch bei Nichterscheinen der Beklagten ein Gericht im Rahmen der *comity* die Interessen fremder Staaten in Betracht ziehen müsse. Kritisch zu § 40 Restatement S. D. Metzger, The Restatement of the Foreign Relations Law of the United States: Bases and Conflicts of Jurisdiction, New York University Law Review, Bd.41 (1966), S.7ff., 18: "... it is simply foolish to state, in the comment to section 40, that disputes and hardship arise infrequently because there is 'compliance with the legal principles' set forth in the black letter rule. The writer can testify, from personal experience in the Treasury license cases, that no one in the U.S. Government (including the lawyers of the principal departments involved) considered that 'legal principles' existed in this area of conflict where each state had a valid jurisdictional base; they were correct then as well as now".

²⁷⁷ Anm.119.

policies of such other State". Für eine sehr weite Interessenabwägung spricht sich auch die kanadische Regierung in einem *amicus curiae brief*²⁷⁸ vom Mai 1979 im Rahmen der *Uranium Antitrust Litigation* aus:

"The principles of comity in international law recognized by the U.S. law must be taken into account whenever it is proposed that a domestic law be given extraterritorial effect, by applying it to conduct subject to the authority of other countries where conflicting policies may govern. Comity requires that due deference must be given to interests and policies of other countries ... the current law requires a broad assessment and balancing of interests in order to satisfy the demands of international comity".

Im europäischen Bereich ist eine Abwägung ersichtlich bisher nur in Ansätzen vom Kammergericht im Fall *Synthetischer Kautschuk II*²⁷⁹ vorgenommen worden. Sie wurde vom gleichen Gericht im *Zigaretten-Fusions-Fall* aber später abgelehnt, obwohl das Bundeskartellamt eine solche Abwägung in der zugrundeliegenden Untersagungsverfügung durchgeführt hatte.

In der Lehre hat es bisher ersichtlich nur Meessen²⁸⁰ unternommen, eine völkerrechtliche Abwägungsverpflichtung für das Kartellrecht mangels homogener Staatenpraxis aus allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts heraus zu begründen. Er sieht durch den internationalen Wirtschaftsverkehr einen Funktionswandel des Interventionsverbots in Verbindung mit der souveränen Staatengleichheit hin zu einem Recht auf die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Staates als selbständiges Leitungszentrum, woraus im Kartellrecht eine Pflicht zur Interessenabwägung resultiere.

Aus den früheren Ausführungen zur Zulässigkeit der Anknüpfung bei Hoheitsakten mit Auslandswirkung und zur Entstehung eines Rechtsverhältnisses zwischen mehreren Staaten, die den gleichen Sachverhalt regeln dürfen, eines Rechtsverhältnisses, das die Beachtung von Treu und Glauben bei der Ausübung der Regelungsbefugnis verlangt, folgt auch, daß es durchaus im Rahmen von Treu und Glauben notwendig werden kann, daß Interessen fremder Staaten beachtet werden müssen. Für den Sonderfall sich widersprechender Hoheitsakte ist dies bereits bejaht worden.

²⁷⁸ Lowe (Anm.2), S.106 ff.

²⁷⁹ Anm.132. Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß sich Abwägungspflichten auch aus bilateralen Vertragsbeziehungen im Wirtschaftsbereich ergeben können. Die konsentrierte beiderseitige Öffnung der Grenzen für den Wirtschaftsverkehr kann Treuepflichten für beide Seiten mit sich bringen, vgl. Meng (Anm.25), S.506 f.

²⁸⁰ Anm.81, S.198 ff.

Andererseits gibt es etwa im internationalen Privatrecht oder bei der internationalen Zuständigkeit außerhalb der USA keine Praxis für eine solche Interessenabwägung. Dies weist darauf hin, daß entweder die Staaten ihre Interessen durch die häufig ähnliche Anknüpfungspraxis ausreichend gewahrt sehen oder daß die Auswirkungen als problematisch empfundenen Anknüpfungspunkte, wie etwa in den französischen Regeln zur internationalen Gerichtszuständigkeit²⁸¹, nicht als so gravierend angesehen werden, daß dadurch ausländische Interessen in nennenswerter Weise berührt würden. Dies besagt also nichts gegen die Existenz einer Abwägungspflicht im Völkerrecht. Es zeigt aber, zwischen welchen Polen sich die Fragestellung bewegt: einerseits der durch entgegengesetzte Anordnungen manifeste Interessenkonflikt, andererseits die Indifferenz gegenüber als minimal empfundenen Interessenunterschieden.

Der Bereich dazwischen wird formal zunächst dadurch charakterisiert, daß Staaten ihre widerstreitenden Interessen deutlich zu Gehör bringen. Das bedingt, daß sie um den Konflikt wissen. Hierzu bedarf es nicht der Annahme einer völkerrechtlichen Notifikationspflicht zwischen den beteiligten Staaten. Dies ist zwar wünschenswert und wird in den OECD-Guidelines²⁸² wie auch in den Antitrust-Kooperationsabkommen der USA²⁸³ statuiert. Ansonsten aber kann man davon ausgehen, daß betroffene Personen ihre Sitz- oder Heimatstaaten unterrichten werden und so in jedem wichtigen Konfliktfall beide Seiten ausreichend unterrichtet sind. Wie die Geltendmachung der eigenen Interessen beim fremden Staat erfolgt, ob direkt bei dem entscheidenden Staatsorgan oder auf diplomatischem Wege, ist eine Frage des jeweiligen innerstaatlichen Rechts. Wird der diplomatische Weg benutzt, so muß die angerufene Regierung die Note an das zuständige Staatsorgan weiterleiten. Auch dies folgt aus dem von Treu und Glauben geprägten gemeinschaftlichen Rechtsverhältnis, welches die Regelungsbefugnis über den gleichen Sachverhalt begründet.

Um die materiellen Umriss einer Abwägungspflicht in diesem Zwischenbereich absehen zu können, müssen zunächst die möglichen Konfliktbereiche erhellt werden. Hier bieten sicherlich die Lebenssachverhalte eine offene Vielfalt. Als Anhaltspunkte können aber die inzwischen recht detaillierten Abwägungskataloge in der amerikanischen Praxis und Lehre dienen. Dabei muß aber alsbald eine Abschtung vorgenommen werden danach, ob ein Gesichtspunkt zu einer minimal vom Völkerrecht gefor-

²⁸¹ Vgl. Anm. 49.

²⁸² Anm. 120.

²⁸³ Anm. 173–175.

derten Abwägungspflicht gehört oder zu einer optimalen kollisionsrechtlichen Abwägung, die nur *de lege ferenda* postuliert werden kann.

Allgemein kann ein Konflikt verschieden starke Staateninteressen berühren. Eine Abwägung solcher – notwendig subjektiver – Interessen gegeneinander ist in der Regel nicht möglich, denn eine Wertung der Interessen müßte sich aus dem Völkerrecht heraus ergeben. Solche Regelungen finden sich aber im geltenden Völkerrecht nicht. Eine logisch objektive Quantifizierbarkeit oder Qualifizierbarkeit von Staateninteressen ist ebenfalls unmöglich. So wird im Regelfall jeder Staat im Rahmen zulässiger Anknüpfung seinen eigenen Interessen den Vorzug geben dürfen.

Eine Ausnahme hiervon dürfte nur in dem Fall zu machen sein, wenn lediglich einer der beteiligten Staaten durch eine Regelung in seinem Bestand gefährdet wird. Dies ist im Wirtschaftsrecht etwa im Rohstoffbereich denkbar. Dann werden die Interessen des anderen Staates, bei dem eine solche Gefährdung nicht vorliegt, zurückstehen müssen. Denn es kann nicht angenommen werden, daß das Völkerrecht mit der Gestattung der Regelung des gleichen Sachverhalts durch mehrere Staaten einem von ihnen das Recht geben wollte, den Bestand des anderen zu gefährden. Dieser Bestand ist als Minimum der souveränen Gleichheit der Staaten unantastbar.

Der Konflikt kann die Beziehungen zwischen den Staaten belasten. Dies aber ist eine Frage politischer Klugheit und der Abwägung zwischen Kosten und Nutzen. Kollisionsrechtlich gesehen könnte und sollte dieser Gesichtspunkt auch berücksichtigt werden. Aber eine völkerrechtlich gebotene Pflicht zu seiner Berücksichtigung kann nicht angenommen werden, da dieser Faktor rechtlich kaum faßbare Konturen hat.

Daß im Falle widersprechender Anordnungen in der Regel derjenigen der Vortritt zu geben ist, die auf das Territorialitätsprinzip gestützt ist, wurde bereits herausgearbeitet. Regelt ein Staat den Sachverhalt dagegen gar nicht, so besteht kein Konflikt, wenn er daran desinteressiert ist. Konflikte können dagegen entstehen, wenn ein Staat bewußt dort einen Freiheitsraum geschaffen hat, wo ein anderer Staat regulierend eingreifen will. Da aber der Eingriff ohnehin nur in den Grenzen der Erforderlichkeit und Geeignetheit erfolgen darf, wird in diesem Fall immer der letzteren Regelung der Vortritt vor der Freiheit gebühren, denn kein Staat hat das Recht, die Freiheit zu gewähren, eine fremde Wirtschaftsordnung zu schädigen, deren unabhängiger Bestand vom Völkerrecht gewährleistet wird.

Ein weiterer Gesichtspunkt ist die Nationalität, der gewöhnliche Aufenthalt oder der Sitz der Personen, an deren Verhalten angeknüpft wird oder die durch eine Regelung geschützt werden sollen. Hier wird postu-

liert, daß bei entgegenstehenden Interessen ein Staat eher das Verhalten eigener Staatsangehöriger im Ausland regeln dürfe als dasjenige von Ausländern. In der Sache heißt dies, daß das Personalitätsprinzip ein stärkerer Anknüpfungspunkt sei als das Wirkungsprinzip. Dieses Argument wäre in den einzelnen Regelungsmaterien genauer zu untersuchen, für das Wirtschaftsverwaltungsrecht kann es aber nicht gelten. Denn erlaubtes Schutzobjekt ist hier die nationale Wirtschaftsordnung. Für deren Verteidigung ist es aber irrelevant, welche Nationalität ihre Verletzer besitzen.

Weiter soll der Schwerpunkt der Auswirkung zu berücksichtigen sein. Dieser Begriff bringt aber nur scheinbar ein objektives Element in die Abwägung ein. Auswirkungen lassen sich nicht quantifizieren. Sie sind immer relativ zum betroffenen Staateninteresse zu sehen. Jeder Staat wird aber seinen Interessen natürlicherweise ein besonderes Gewicht beimessen. Eine Abwägung der Interessen verschiedener Staaten gegeneinander müßte Unvergleichbares miteinander vergleichen, denn es fehlt am *tertium comparationis* für die Wertung solcher Interessen. Zum völkerrechtlich geforderten Minimum an Abwägung gehört die Berücksichtigung des Schwerpunkts der Auswirkung also nicht. Das schließt allerdings nicht aus, daß sich in Zukunft in der kasuistischen Praxis oder auch auf Grund von Harmonisierungsbemühungen der Staaten ein brauchbarer Abwägungsmaßstab entwickelt. Es ist also durchaus wünschenswert, diesen Gesichtspunkt bei kollisionsrechtlichen Überlegungen zu berücksichtigen.

Weiterhin wird auf das Kriterium des Schwerpunkts der Verletzungshandlung hingewiesen, also ein Gesichtspunkt des Territorialitätsprinzips. Dies impliziert aber, daß zunächst einmal jeder beteiligte Staat sich auf dieses Prinzip stützen kann, daß also in seinem Gebiet wie auch in dem der anderen Staaten je ein Teil des geregelten Sachverhalts sich abgespielt hat. Hinsichtlich der Territorialität wäre eine Quantifizierung möglich, aber insoweit ist aus dem Völkerrecht, etwa im Strafrechtsbereich, bisher kein Rechtssatz ersichtlich, daß das Territorialitätsprinzip, auf das sich mehrere Staaten stützen können, relativiert wäre. Auch hier ist lediglich eine kollisionsrechtliche Berücksichtigung möglich.

Gesichtspunkte der Gegenseitigkeit werden ebenfalls zur Beachtung vorgeschlagen. Einmal soll dies hinsichtlich der Durchsetzbarkeit eines Hoheitsaktes im jeweils anderen Staat berücksichtigt werden, das heißt der Vollstreckbarkeit oder gar der stellvertretenden Ahndung. In diesen Fällen gibt es aber keinerlei Regelungskonflikt. Zweitens soll gefragt werden, ob in einem vergleichbaren Fall der andere Staat in der Auslandswirkung seiner Hoheitsgewalt ebenso weit gehen würde oder ob, umgekehrt, auf allen beteiligten Seiten ein gleiches Maß an Zurückhaltung bestünde. Wenn ein

Staat sich zu einem bestimmten Verhalten völkerrechtlich für berechtigt hält, kann er nicht das gleiche Verhalten eines anderen Staates unter denselben Umständen als völkerrechtswidrig angreifen. Insoweit markiert also die vorhandene Gegenseitigkeit die im bilateralen Verhältnis bestehende Mindestgrenze des völkerrechtlich Erlaubten, da eine Einwirkung von *ius cogens* auf diesen Sachbereich nicht ersichtlich ist. Umgekehrt hat aber ein Staat, der aus Zurückhaltung seinen Regelungsspielraum nicht ausschöpft, kein Recht auf ebensolche Zurückhaltung anderer Staaten. Dies ist bei der Bewertung der *persistant objection* Großbritanniens bereits begründet worden. Allerdings steht dies nicht einer Berücksichtigung bei kollisionsrechtlichen Erwägungen im Wege.

Ein weiterer Komplex von Gesichtspunkten ist die Berücksichtigung der Interessen der betroffenen Personen. Soweit deren subjektive Gründe wie Absicht, Vorsatz, Kenntnis oder Vorhersehbarkeit angesprochen werden, kann dies für eine Abwägungspflicht nicht zu berücksichtigen sein, denn es wurde bereits erläutert, daß die Vorhersehbarkeit Voraussetzung der Anknüpfung ist, die persönliche Schuld aber nur im Rahmen der Menschenrechte zu beachten ist. Dies schließt natürlich nicht aus, die Schuldfrage in einer kollisionsrechtlichen Abwägung zu berücksichtigen. Soweit die Belastung der Personen oder ihre *justified expectations* in die Abwägung einbezogen werden sollen, ist zu sagen, daß die vom Völkerrecht her gebotene Abwägung in einem Souveränitätskonflikt nur Staateninteressen zu berücksichtigen hat. Individualinteressen können nur kollisionsrechtlich gewürdigt werden.

Als letztes wird auf die Gesichtspunkte eines internationalen Interesses hingewiesen. Soweit verbindliche vertragliche Regelungen existieren, kann allerdings überhaupt kein Regelungskonflikt auftauchen, bei dem nicht eine Seite völkerrechtswidrig handelt, was die Berücksichtigung ihrer Interessen ausschließen würde. Die bloße Wünschbarkeit einer Konfliktlösung ist im Rahmen einer Abwägungspflicht aber noch nicht als Gesichtspunkt ausreichend, ebensowenig wie die vorgeschlagene Berücksichtigung der Bedeutung für Tradition und Bestand des internationalen Systems als Maßstab der Bewertung der im Konflikt befindlichen Staateninteressen. Kollisionsrechtlich gesehen sind solche Überlegungen aber zu begrüßen, bilden sie doch sozusagen das positive Gegenstück zur Zurückhaltung. Jeder Staat sollte sich so verhalten, wie er dies von anderen im Interesse einer optimalen Entwicklung der weltwirtschaftlichen Beziehungen und des Völkerrechts im allgemeinen erwartet.

Somit bleiben aus dem Kreis der angebotenen Faktoren einer Abwägung der kollidierenden Staateninteressen drei Gesichtspunkte übrig, von denen

man annehmen kann, daß sie ein Staat nach Treu und Glauben als Grenze seiner Hoheitsakte mit Auslandswirkung berücksichtigen muß:

a) Jeder Staat darf mindestens so weit gehen, wie es der betroffene Staat in vergleichbaren Fällen auch tut,

b) bei einander widersprechenden Hoheitsakten ist in der Regel demjenigen des Staates der Vorrang einzuräumen, auf dessen Territorium sich der geregelte Sachverhalt abspielt (Ausnahme: Kollusion, ausschließliche Schädigungsabsicht).

c) Dem Bestand eines Staates und seiner Einrichtungen sowie seinen Sicherheitsinteressen ist generell der Vorrang vor allen ausländischen Regelungsinteressen einzuräumen.

Nicht im Rahmen einer bereits bestehenden völkerrechtlichen Abwägungsverpflichtung, aber im Interesse eines kollisionsrechtlichen Optimums ist die Berücksichtigung unter anderem folgender Gesichtspunkte wünschenswert:

a) Auswirkung einer Durchsetzung der eigenen Regelung auf die Beziehung zwischen den Staaten.

b) Nationalität der Regelungsadressaten.

c) In welchem Staat liegt der Schwerpunkt der Auswirkungen?

d) In welchem Staat liegt der Schwerpunkt der erfaßten Handlungen?

e) Ausgeübte Zurückhaltung der anderen betroffenen Staaten.

f) Wollten die Adressaten bewußt die Wirtschaftsordnung des anderen Staates schädigen oder hatten sie bloß die Möglichkeit, den Schaden vorzusehen?

g) Welche Belastung bringt ein ungelöster Regelungskonflikt für die Adressaten mit sich?

h) Konnten die Adressaten darauf vertrauen, nicht von einer ausländischen Regelung erfaßt zu werden?

i) Auswirkung einer Durchsetzung der eigenen Regelung auf die Entwicklung des Völkerrechts, die Interessen der Staatengemeinschaft und auf eine offene Weltwirtschaftsordnung.

3. Institutionelle Aspekte

Ob und von wem die kollisionsrechtlichen Gesichtspunkte beachtet werden, entscheidet sich mangels einer völkerrechtlichen Regelung nach staatlichem Recht. In den USA können neben dem Gesetzgeber und der Verwaltung auch die Gerichte solche Überlegungen anstellen und somit zur kasuistischen Entwicklung von Kollisionsrecht im Wirtschaftsverwaltungsrecht beitragen.

In anderen Staaten dagegen, wie etwa der Bundesrepublik Deutschland, kann im Verwaltungsrecht nur der Gesetzgeber kollisionsrechtliche Gesichtspunkte für beachtlich erklären. Verwaltung und Gerichtsbarkeit dürfen sie ohne eine gesetzliche Ermächtigung nicht berücksichtigen. Im deutschen Verwaltungsrecht besteht eine solche Ermächtigung aber nur in Ausnahmefällen²⁸⁴. Dieser Zustand ist so lange unbefriedigend, als nicht der Gesetzgeber selbst hier Maßstäbe zu setzen bereit ist. Denn die völkerrechtlichen Minimalgrenzen sind weit von den Gesichtspunkten einer homogenen Praxis und auch einer für die betroffenen Individuen gerechten Lösung, von einer kollisionsrechtlichen Optimierung entfernt. Eine solche Optimierung aber könnte den internationalen Wirtschaftsverkehr, der der Rechtssicherheit bedarf, fördern. Will sich also der Gesetzgeber nicht selbst der Entwicklung von Kollisionsrecht stellen, so sollte er der Verwaltung und den Gerichten hierfür wenigstens einen gewissen Freiraum schaffen, damit sich diese von Fall zu Fall an einer internationalen Entwicklung beteiligen können, die angesichts der manifesten Konflikte dringlich geworden ist. Wahrscheinlich ist ein solch kasuistisches Vorgehen auch der schwer überschaubaren Fülle möglicher Lebenssachverhalte angemessener. Verdichtet sich die Kasuistik, könnte der Gesetzgeber dann selbst Grundsätze festschreiben oder Fehlentwicklungen korrigieren.

Es ist kaum zu befürchten, daß die Entwicklung von Kollisionsrecht durch nationale Organe zu allzu unterschiedlichen Regelungen führt. Sie wird vielmehr von einem internationalen *common sense* bestimmt sein, da jeder Staat sich überlegen muß, wie er behandelt werden will, wenn er in die gleiche Situation kommt. Wirtschaftliches Denken wird hier zu einer weitgehenden Harmonie führen.

Es ist aber kaum zu erwarten, daß – wie im Privatrecht – zweiseitige Kollisionsnormen entwickelt werden. Kein Staat wird fremdes Verwaltungsrecht über die Anerkennung einer Tatbestandswirkung hinaus selbst anwenden und vollziehen wollen. Denn Wirtschaftsverwaltungsrecht dient der Lenkung einer bestimmten Wirtschaftsordnung, und dies ist alleinige Aufgabe des Staates, der diese Ordnung errichtet hat. Vielmehr geht es um die Festlegung des Geltungsbereichs eigener Rechtsnormen unter Berücksichtigung der Interessen anderer Staaten, das heißt um einseitige Kollisionsnormen.

Soweit das Völkerrecht ein Minimum an Abwägung fordert, obliegt sie im Einzelfall den Gerichten, sei es im Wege völkerrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts, auf Grund verfassungsrechtlicher Inkorporation

²⁸⁴ Vgl. oben III 6 für das GWB (Ministererlaubnis).

der allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts in nationales Recht oder schließlich auf Grund gesetzlicher Anordnung.

Angesichts des noch ziemlich lapidaren Inhalts der Abwägungspflicht mit relativ einfach gegeneinander abzuwägenden Interessenabstufungen ist keine Überforderung der Gerichte zu befürchten, wie dies bei den kollisionsrechtlichen Gesichtspunkten der amerikanischen Kataloge mitunter der Fall zu sein scheint. Außerdem kann die eigene Regierung dem Gericht eine Interessenabwägung vorschlagen, die den Richtern eine Entscheidungshilfe an die Hand gibt. Im nationalen Recht treffen Gerichte jedenfalls häufig viel schwierigere Abwägungsentscheidungen, so daß die Aufgabe nicht unsachgemäß schwer erscheint.

Allerdings sollte das Völkerrecht die Aufgabe nicht ganz den Unwägbarkeiten nationaler Entscheidungsprozesse überlassen. In einer gemeinsamen Anstrengung der Staaten, vertragliche Einigungen herbeizuführen oder jedenfalls Verhaltenskodizes zu erarbeiten, könnte viel Konfliktstoff durch Harmonisierung vermieden werden²⁸⁵.

Zu harmonisieren wäre einmal das materielle Recht. Die exorbitant hohen dreifachen Schadensersatzsummen (*treble damages*)²⁸⁶, die in privaten Antitrustklagen in den USA dem Kläger zugesprochen werden können, sind vielen anderen Staaten ein Ärgernis, das zu vordergründig anders motivierten Protesten anregt. Das gleiche gilt von den nach amerikanischem Recht zulässigen Ausforschungsbeweisen (*fishing expeditions*)²⁸⁷, die der Rechtstradition vieler Staaten diametral zuwiderlaufen. Ließe sich hier eine gewisse Einigung über Standards erreichen, würden viele Staaten auf Proteste oder Abwehrgesetze von vornherein verzichten.

²⁸⁵ Ein Ansatz hierzu ist das amerikanisch-schweizerische "Memorandum of Understanding to Establish Mutually Acceptable Means for Improving International Law Enforcement in the Field of Insider Trading" vom 31.8.1982, ILM Bd.22 (1983), S.1ff., wonach das Abkommen Nr.XVI der Schweizerischen Bankenvereinigung über die Behandlung von Auskunftsersuchen der Securities and Exchange Commission der Vereinigten Staaten betreffend den Mißbrauch von Insider-Informationen (a.a.O., S.7ff.) zum Maßstab für die künftige Praxis der Commission dienen soll. Siehe hierzu G. R. Raifman, *The Effect of the U.S. - Swiss Agreement on Swiss Banking Secrecy and Insider Trading, Law and Policy in International Business*, Bd.15 (1983), S.565ff.

²⁸⁶ Section 4 Clayton Act, 15 U.S.C.A. § 15.

²⁸⁷ Hierzu H.-V. von Hülsen, *Gebrauch und Mißbrauch US-amerikanischer "pre-trial discovery"*, RIW/AWD 1982, S.537ff.; Meng (Anm.25), S.499ff.; D.-R. Mertens, *Erfahrungen mit Rechtshilfeersuchen aus den USA nach dem Haager Beweisaufnahmeübereinkommen*, RIW/AWD 1981, S.725ff.; E. Stiefel, *"Discovery"-Probleme und Erfahrungen im Deutsch-Amerikanischen Rechtshilfeverkehr*, RIW/AWD 1979, S.509ff.; K. H. Böckstiegel/D. Schlafen, *Die Haager Übereinkommen über die Zustellung und die*

Andererseits wäre aber auch die Harmonisierung des Kollisionsrechts wünschenswert. Damit würde ein entscheidender Beitrag zur Rechtssicherheit geleistet, aus der alle Staaten wirtschaftlich nur Vorteile ziehen könnten.

Es ist auch noch unter einem weiteren Gesichtspunkt unabweisbar, daß die Staaten zu einer einvernehmlichen Regelung der angesprochenen Fragen kommen. Wirtschaftsregelung entspringt dem Bedürfnis, die Eigendynamik der Wirtschaft in die Gesamtheit staatlicher Belange und Ziele einzubinden. Unregulierter Wettbewerb kann unter bestimmten Marktverhältnissen zu nachteiligen wirtschaftlichen und sozialen Folgen führen. Konzentration und Kartellbildungen sind nicht *per se* nachteilig, sie können es aber werden. Dem vorzubeugen ist staatliche Aufgabe.

Die Internationalisierung des Wirtschaftsverkehrs hat nicht nur zur Herausbildung von internationalem handelsrechtlichem Konventionsrecht und von internationalen Handelsbräuchen geführt, die, wenn auch nicht rechtstheoretisch so doch praktisch, transnationalen Charakter haben. Sie führt auch dazu, daß sich Unternehmen durch Ausweichen ins Ausland unbequemem staatlichem Wirtschaftsverwaltungsrecht entziehen können, ohne dadurch den betreffenden innerstaatlichen Markt zu verlieren.

Dem begegnen die Staaten durch die Erfassung von Auslandssachverhalten durch ihr Wirtschaftsverwaltungsrecht. Solange aber Streit hierüber besteht, kann eine solche Kontrolle nicht wirksam ausgeübt werden, da sich die Staaten gegenseitig behindern. Sie geraten somit gegenüber der internationalen Wirtschaft, deren politisches und finanzielles Einflußpotential inzwischen beträchtlich ist, in eine Position der Schwäche. Dieses Problem wird insbesondere bei den transnationalen Unternehmen akut.

Die Staaten können sich eine solche Schwäche auf die Dauer aber nicht leisten ohne die Ziele, derentwegen es ein nationales Wirtschaftsverwaltungsrecht gibt, zu gefährden. Einen Ausweg bietet nur eine Einigung über die Zulässigkeit einer Kontrolle auch über die Staatsgrenzen hinweg. Eine solche Einigung, die lediglich eine Minimalforderung gemessen an der Entwicklung eines internationalen Wirtschaftsverwaltungsrechts ist, darf nicht an formaler Souveränitätsbehauptung orientiert sein. Sie muß vielmehr die

Beweisaufnahme im Ausland, Neue Juristische Wochenschrift 1978, S.1073ff.; Mann (Anm.2), S.145ff. Im Strafrecht ist die Rechtshilfe bilateral geregelt, für die Bundesrepublik T. Vogler, Das neue Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Neue Juristische Wochenschrift 1983, S.2114ff. Allgemein R. Stürner, Die Gerichte und Behörden der USA und die Beweisaufnahme in Deutschland, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd.81 (1982), S.159ff.

Erfordernisse einer effektiven Kontrolle des internationalen Wirtschaftsverkehrs im Auge behalten. Langfristig gesehen ist eine solche Kontrolle im Interesse aller Staaten, um ihren Handlungsspielraum gegenüber internationalen wirtschaftlichen Machtzusammenballungen zu erhalten.

Summary*

Admissibility and Limits of Extraterritorial Jurisdiction under Public International Law

This topic is controversial not only in State practice but also in legal doctrine. An example of how far legal views diverge in this field is provided by the well-known case of the Siberian Pipeline Embargo of the United States. Although many questions in different fields of law are involved, this article focuses on the possibility of deriving rules on extraterritorial jurisdiction and its limits from public international law. From the various areas where questions of extraterritorial jurisdiction can arise, the author has chosen the law of economic regulation because different concepts of States' economic orders exacerbate the potential conflict areas between nations.

The historical survey proves that there has never been a consensus between States that jurisdiction must be strictly territorial in its scope. This is further evidenced by the practice in several fields of law including private international law, international criminal law, international jurisdiction of the courts and international tax law. There has not been as much dispute in these areas – except for the question of extraterritorially reaching discovery orders of courts – as in the law of economic regulation. Here, extraterritorial jurisdiction is most important in export administration law, company law, securities transactions law, foreign investment law and antitrust law.

The author evaluates the practice in all these fields, but – apart from the largely undisputed principle of territoriality – he cannot find a practice consistent enough to allow the formulation of clear-cut rules of customary international law on extraterritorial jurisdiction and its limits. Only one point appears to enjoy the unanimous consent of States: no State shall exert extraterritorial jurisdiction over subject-matters without a “minimum point of contact” existing. The questions remain what are the criteria for these minimum points of contact and where are the limits for the exercise of such jurisdiction. Since the existence of customary law in this area could not be established, the author turns to the general principles of public international law in order to find appropriate rules. This is less than a

* Summary by the author.

conflict of laws approach. Public international law can only state to what extent States are allowed to exert extraterritorial jurisdiction, and thus a minimum of limits. A conflict of laws approach would ask about which State should regulate a subject in order to find an optimum solution. Such appropriateness is not in the focus of this analysis for it seeks to find duties of States and corresponding rights that can be claimed not only as a matter of comity but of public international law.

Although States are free to choose in which cases they will exert extraterritorial jurisdiction, public international law provides for some limits on this choice. The first limit is that no State may regulate matters outside its territory if there is not a sufficiently qualified point of contact. The author derives the requirements of such qualifications from the sovereign equality of States that is protected by public international law. Part of this sovereignty is the right of a State freely to choose and develop its economic and social system. Thus a State may claim jurisdiction if a fact or behaviour abroad detrimentally affects its economic order. But on the other hand one has to consider that extraterritorial jurisdiction also has rebounding effects on the sovereignty of the State in whose territory these facts or behaviour occur. Although the principle of non-intervention in the domestic affairs of a State in its strict sense cannot be applicable in this case, because such facts or behaviour are not within the jurisdiction of only one State, the aim of protection of this principle cannot completely be disregarded. Otherwise the predominant enforcement power of one of the States involved would decide the conflict, a result that is incompatible with the principle of sovereign equality of States, jeopardizing the security of law. Permission to interfere with foreign sovereignty is of an exceptional character and therefore cannot be deemed lawful unless it is necessary. States must choose the means of regulation that cause the least impairment of the other State's interests. In using this test the author finds that besides the accepted principle of territoriality the so-called effects principle can be used under international law if

- a) there is a real detrimental effect of a foreign fact or behaviour on the national economic order,
- b) this effect is substantial,
- c) the regulation is confined to the last cause that was foreseeably leading to the effect,
- d) the effect has been made public as point of contact in a State's regulation,
- e) the regulation chooses the least impairing means,
- f) as an exception to a), if a fact or behaviour is reasonably deemed leading with a high degree of predictability to the detrimental effect to be avoided, but only if this presumption can be rebutted.

The principle of personality is generally accepted as far as nationals and, with less agreement, residents are concerned. The principle of passive personality serving the protection of nationals abroad is foreign to economic law and not compatible with the requirement of necessity. The lifting of the veil in order to exert

jurisdiction over foreign subsidiaries controlled by domestic enterprises is only justified if the subsidiaries have been founded or are acting deliberately in order to evade their duties in the parent company's country. It is also admissible if the parent company abroad uses its steering power to induce a behaviour of the subsidiary unlawful under the law governing the latter's seat. There is no legal ground for the application of extraterritorial jurisdiction by virtue of the "nationality" of goods or technology.

Even if extraterritorial jurisdiction may be validly claimed under these principles of public international law, there are further limits in case of conflicts between regulating States. Such limits may arise if one State that regulates matters abroad based on the principles of effects or personality interferes with opposite law or interests of the State where this matter is located. The right of several States to regulate the same matter entails a legal relationship between them. In exerting jurisdiction each State must consider in good faith the interests and the law of the others. This means that a balancing of interests is required under international law. There is no consistent practice and doctrine as to the rules for such a balancing in case of foreign government compulsion or other foreign interests affected. But general public international law provides for some rules in this case, too. The requirement of the least impairing regulation means that legal assistance must be used if agreed between States. Further limits can be drawn from the international law concerning aliens and from human rights standards.

Necessity also requires that a regulation must be an appropriate means of dealing with interferences with the economic order of a State. As to other States' interests involved, a clear distinction has to be made between public international balancing requirements binding upon States and mere conflict of law principles that should be respected. The balancing required by public international law is confined to the following factors:

- a) each State can claim at least the same range of regulatory power that the other State claims in comparable cases,
- b) in case of conflicting regulations that can only be met alternatively there is a rule to give predominantly deference to the regulation founded on the principle of territoriality provided the latter in itself is not violating the good faith requirements (as e.g. if the State colludes with a person violating foreign law or if its only aim is to impair the other State's interests),
- c) the existence of a State, its institutions or its security interests are generally predominant over other foreign regulatory interests.

Each State should consider the following points in the interest of an optimum conflict resolution:

- a) the effect of enforcement of the own regulation on the relations between the States concerned,
- b) the nationality of the addressees of the regulation,
- c) in which States do the more serious effects occur?,

- d) in which State is the centre of the reprehended actions?,
- e) the extent of self-restraint of the other States concerned in similar matters,
- f) was the impairment of the economic order intended or merely foreseeable by the addressees?,
- g) the hardship of an unresolved conflict of regulation for the addressees,
- h) are there justified expectations of the addressees not to be seized by extraterritorial jurisdiction?,
- i) the effect of an enforcement of the own regulation on the development of international law, the interests of the international community and an open international economic order.

The public international law requirements have to be met by all State organs (within the limits of constitutional law as to the separation of powers). In contrast, the rationale of an optimum conflict resolution cannot be introduced into the decision-making process of the administration or the courts e.g. in the Federal Republic of Germany. The author proposes that either the legislation should create a framework for such considerations by the courts or should at least give them some liberty to develop a case-by-case pattern of conflict resolution. A common attempt by States to standardize to a certain extent the substantive law of economic regulation and above all the conflict rules to be applied world-wide would be most valuable.