

Teil 1: Die Entwicklung des Kartellrechts in den UEMOA-Mitgliedstaaten

Um die Entstehungsgeschichte des UEMOA-Kartellrechtes darzulegen, wird zunächst auf die Entstehung des UEMOA-Kartellrechtes eingegangen und sodann die Geschichte des Wettbewerbsrechts der Europäischen Union behandelt.

A. Die Entstehung des UEMOA-Kartellrechts

Die UEMOA verfolgt die Ziele der UMOA¹⁰³ und vervollständigt diese.¹⁰⁴ Die Einführung echter Wettbewerbsgesetze in den Mitgliedsstaaten der heutigen Westafrikanische Wirtschafts- und Währungsunion (UEMOA) geht jedoch bereits auf die Kolonialzeit zurück.¹⁰⁵ Das gegenwärtige kartellrechtliche Schutzsystem im UEMOA-Rechtsraum ist das Ergebnis eines langen, sich verzahnenden Prozesses.

Das UEMOA-Kartellrecht wurde erst mit dem Vertrag zur Gründung der Westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion im Jahr 1994 verabschiedet, als die Mitgliedstaaten durch die Erweiterung der UMOA zur UEMOA ihre Politik der Planwirtschaft zur offenen Marktwirtschaftspolitik gewechselt haben. Der UEMOA-Vertrag sieht eine gemeinsame Regelung zum Schutz des Wettbewerbs vor, insbesondere für die Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, weil solche, wie bereits dargestellt, das Wirtschaftsleben prägen.

Die UEMOA hat die Tendenz des gemeinschaftlichen rechtlichen Schutzes des Kartellrechts verfolgt, die sich überall auf der Welt beobachten lässt.¹⁰⁶ Die gegenwärtig zunehmende Tendenz, Kartellvorschriften in ge-

103 Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA).

104 Siehe in diesem Sinne Art. 2 UMOAV vom 20.01.2007 „ (...) *Le Traité de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA) est complété par le Traité de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA).*”

105 Es handelt sich um Bénin, Burkina Faso, Elfenbeinküste, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal, Togo. Siehe *Issa-Sayegh, Joseph*: Ohadata 2004, S. 1.

106 CNUCED, *La répartition des compétences entre les autorités communautaires et nationales chargées des questions de concurrence dans l'application des règles de concurrence*, S. 6.

meinschaftlichen Abkommen oder Verträgen aufzunehmen, steht im Einklang mit den Grundsätzen und Regeln der Vereinten Nationen zum Schutz des freien Wettbewerbs. Diese weisen darauf hin, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass alle restriktiven Handelspraktiken, die sich aus der Liberalisierung von zolltarifären und nichttarifären Hemmnissen für den internationalen Handel ergeben sollten, insbesondere diejenigen, die den Handel und die Entwicklung der Entwicklungsländer behindern könnten, vermeiden müssen.¹⁰⁷

Die auf gemeinschaftlicher oder nationaler Ebene durchgeführte Wirtschaftspolitik stellt eine Gesamtheit dar, von der die Wettbewerbspolitik neben anderen Aktionspolen eine wesentliche Säule darstellt. Das bedeutet, dass die anderen Aktionspole vor allem in den Entwicklungsländern nur dann relevant werden, wenn sie von einer effizienten Wettbewerbspolitik begleitet werden, beispielsweise bei der Politik der Handelsliberalisierung, der Deregulierung, Privatisierung, dem Aufbau von Marktinstitutionen und bei allen Maßnahmen zur Begründung und Absicherung des Rechtsstaats.¹⁰⁸

Die Gründung der UEMOA unterscheidet sich von den bisherigen weltweit verwendeten rechtlichen Integrationsmechanismen. Die Gründung einer neuen gemeinschaftlichen Institution umfasste nämlich fast immer die Abschaffung der älteren, was sich nicht immer als eine gute legislative Strategie erwies.¹⁰⁹ Die Gründung der UEMOA verfolgte ein pragmatisches und realistisches Ziel, indem es sich nicht um eine Ersetzung oder Substitution handelte, man wollte vielmehr eine Transformation, eine Vertiefung bzw. eine Erweiterung der UMOA zu UEMOA.¹¹⁰ Die Besonderheit der Wettbewerbspolitik der UEMOA ergibt sich daraus, dass ihre Mitgliedstaaten bis zum Inkrafttreten dieser gemeinschaftlichen Bestimmungen nicht die gleichen Kartellvorschriften auf nationaler Ebene hatten. Einige Mitgliedstaaten hatten nicht einmal ein nationales Wettbewerbsgesetz. Nun stellt sich die Frage: **Wie hat sich das Wettbewerbsrecht von der UMOA zu der UEMOA dann entwickelt?**

Um die Entwicklung des UEMOA-Kartellrechts besser zu verstehen, wird zuerst die Wettbewerbspolitik während der UMOA (I) und sodann das Wettbewerbsrecht seit dem Inkrafttreten der UEMOA (II) analysiert.

107 CNUCED, Dokument UNCTAD/RBP/CONF/10/Rev.2, S. 8.

108 CNUCED, examen collégial volontaire des politiques de concurrence de L'UEMOA, du Bénin et du Sénégal, Rapport 2007, S. 1.

109 Meyer, Pierre /Ibriga, Luc Marius: Revue Burkinabé de Droit, S. 28.

110 Bakhoun, Mor: Revue internationale de droit économique 2005, S. 323.

I. Da Kartellrecht während des UMOA-Reichs

Während des UMOA-Reichs kam eine Harmonisierung der Wettbewerbspolitik zwischen den Mitgliedstaaten nicht in Frage, weil der UMOA-Vertrag keine wirtschaftlichen Integrationsziele anstrebte. Die UMOA wurde am 12. Mai 1962 gegründet und am 14. November 1973 und 20. Januar 2007 überarbeitet, um die Währungspolitik sowie die Zusammenarbeit zwischen ihren Mitgliedstaaten und Frankreich in der Franc-Zone zu gewährleisten. Die wichtigsten Bestimmungen des UMOA-Vertrags betreffen die Ausgabe von Geldmitteln, die Zentralisierung der Devisenreserven, den freien Verkehr von Währungszeichen und die Transfer-Freiheit innerhalb der Union.¹¹¹ Vor dem Inkrafttreten des UEMOA-Vertrags hatte also jeder einzelne Mitgliedstaat seine Wettbewerbspolitik alleine bestimmt. Deshalb soll zunächst der politische und wirtschaftliche Kontext der Entwicklung des Wettbewerbsrechts erläutert werden (1), um anschließend die Unterschiede zwischen den Wettbewerbsgesetzen (2) herauszuarbeiten.

1. Der politische und wirtschaftliche Entwicklungsrahmen des Wettbewerbsrechts

Nach ihrer Unabhängigkeit standen die westafrikanischen Staaten vor zahlreichen Herausforderungen, darunter die Verbesserung ihres wirtschaftlichen Umfelds und vor allem die Gewährleistung eines freien Wettbewerbs zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung. Zwei Dinge fielen für die Gestaltung einer gemeinsamen regionalen Entwicklung schwer: zum einen die Ausweitung des Wirtschaftsraums und zum anderen die Zersplitterung des politischen Raums. Daher spielte die Gründung eines gemeinsamen Rechtsraum eine wichtige Rolle für die Solidarität der westafrikanischen Länder untereinander.¹¹² Dieser für die regionale Integration

111 Art. 3 Abs. 1 UMOAV vom 20. 01. 2007: *„Les Etats membres s'engagent, sous peine d'exclusion de l'UMOA, à respecter les dispositions du présent Traité, du Traité de l'UEMOA et des textes pris pour leur application, notamment en ce qui concerne:*

i. les règles génératrices de l'émission,

ii. la centralisation des réserves de change,

iii. la libre circulation des signes monétaires et la liberté des transferts entre Etats membres de l'UMOA,

iv. les autres dispositions du présent Traité. “

112 OCDE, L'Afrique de l'Ouest: Une région en mouvement, une région en mutation, une région en voie d'intégration, Februar 2007, S. 11.

förderliche Kontext wird durch den Widerstand zwischen den lokalen Gemeinschaften durch das Kolonisierungssystem untergraben, das die sozio-kulturellen Realitäten der Region atomisiert hat. Dies ist eine der Ursachen für Funktionsstörungen auf dem regionalen Markt der westafrikanischen Staaten.

Die Wettbewerbspolitik bildet keine Ausnahme von der Regel, dass die kontextuellen wirtschaftlichen Realitäten von Relevanz sind,¹¹³ denn die Wettbewerbspolitik wird durch Störungen der Marktfunktionen bedingt. Diese Störungen beziehen sich auf wirtschaftliche Interaktionen, sowohl in Bezug auf ihren Zweck als auch auf ihren geografischen Standort. Die Wettbewerbspolitik bezweckt den Schutz der Verbraucher und die wirtschaftliche Effizienz.

Aus diesem Grund werden alle wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, die den freien Wettbewerb einschränken, behindern oder verhindern, verboten und unter Strafandrohung gestellt, da solche Verhaltensweisen die Entstehung von Marktmissbräuchen fördern und die Wettbewerbskultur beeinträchtigen. Es ist deshalb notwendig, zunächst den politischen Zusammenhang der Entwicklung des UEMOA-Kartellrechts zu berücksichtigen (a) und danach ihren wirtschaftlichen Kontext (b) zu betrachten.

a. Analyse des politischen Rahmens des UEMOA-Kartellrechtes

Während der Entstehung des UEMOA-Kartellrechts befanden sich die westafrikanischen Staaten in einem Kontext des politischen Wandels. Vor den 1990er Jahren herrschten in fast allen westafrikanischen Staaten autoritäre Regierungsformen. Während dieser Zeit hatte die Wettbewerbspolitik noch keine Priorität, weil die Mehrheit der Unternehmen den Staaten gehörten, die sie direkt verwalteten.¹¹⁴ Die Wirtschaftspolitik war grundsätzlich interventionistisch und protektionistisch ausgerichtet. Sie wurde daher durch Überwachungs- und Begrenzungsmaßnahmen an den Märkten eingeschränkt. Die freie Ausübung der Wirtschaftstätigkeit wurde unmittelbar durch das Monopol der öffentlichen Unternehmen und die ihnen von den Behörden gewährten Privilegien beeinträchtigt.¹¹⁵ Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein freier Wettbewerb auf dem Markt völlig fehl-

113 *Tchapga, Flavien*: Concurrences, S. 238.

114 *Tchapga, Flavien*: Concurrences, S. 237.

115 Siehe im gleichen Sinne und zum Vergleich mit Griechenland: *Papakiriakou, Theodoros*: Das Griechische Verwaltungsstrafrecht in Kartellsachen, S. 13.

te. Im Benin zum Beispiel setzten die Verwaltungsbehörden Preise fest, die von den Unternehmen nicht überschritten werden durften.¹¹⁶ Den Unternehmen stand es nur frei, die Verkaufspreise innerhalb der festgesetzten Grenzen zu bestimmen. Dabei handelte es sich weder um einen reinen und vollkommenen Wettbewerb im Sinne der Theorie der wirtschaftlichen Freiheiten¹¹⁷ noch um einen realistischen Wettbewerb. Vielmehr war der Wettbewerb durch einen Preiskontrollmechanismus¹¹⁸ gekennzeichnet, dessen Ziel es war, die Binnenwirtschaft und nationale Produkte zu schützen. Unter einem vollkommenen oder perfekten Wettbewerb versteht man ein theoretisches Modell bzw. eine Marktform der Volkswirtschaftslehre, insbesondere der Mikroökonomik. In der Tat ist der perfekte und vollkommene Wettbewerb ein Referenzmodell, ein Wirtschaftsbegriff, der für die Zwecke der Analyse erstellt wurde. Diese Art von Wettbewerb erfordert Autonomie der verschiedenen Verkäufer und Käufer sowie vollständige Transparenz des Marktes. Der vollkommene Wettbewerb ist durch ständige und perfekte Informationen aller Wirtschaftssubjekte (Produzenten und Konsumenten), die Homogenität der Produkte und die Fluidität gekennzeichnet.¹¹⁹ Ein solcher Wettbewerb existiert in der Praxis jedoch nicht. Der Wettbewerb des täglichen Lebens, also der wirksame und praktikable Wettbewerb, ist ein unvollkommener, bei dem einzelne Bedingungen nicht erfüllt sind, so z.B. die Wertigkeit der Anbieter und der Nachfrager nicht einheitlich oder die Homogenität der Produkte nicht gegeben ist.¹²⁰ Im Gegensatz dazu basiert der wirksame und funktionierende Wettbewerb auf drei Säulen: Freiheit, Gleichheit und Loyalität. Diese Art von Wettbewerb soll in erster Linie sicherstellen, dass die Freiheit auf allen Ebenen der Produktion, des Waren- und Dienstleistungsverkehrs und des Verbrauchs gewährleistet ist, insbesondere durch die Präsenz einer Viel-

116 Preis- und Bestandsverordnung Nr. 20/PR/MFAEP vom 5. Juli 1967.

117 In diesem Sinne *Adam, Smith*: *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Courcelle, 1776, S. 300; *Say, Jean-Baptiste*: *Traité d'Economie Politique, ou simple exposition de la manière dont se forment, se distribuent ou se consomment les richesses*, 1772 ; *Collection Perspectives de l'économie - Les fondateurs*, S. 572. Ainsi, le rôle de l'Etat selon Von Mises (1983), est de „garantir le fonctionnement sans heurts de l'économie de marché contre la fraude et la violence, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du pays.“ Der Staat muss daher davon absehen, über seinen natürlichen Bereich (den Polizeistaat) hinaus zu intervenieren, zumal er durch die Verletzung der wirtschaftlichen Freiheiten die Menschen auf den Weg in die Knechtschaft bringt.

118 Siehe *Petit, Nicolas*: *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, S. 40.

119 Siehe *Cornu, Gérard*, *Vocabulaire juridique*, S. 225-226.

120 Siehe *Cornu, Gérard*, *Vocabulaire juridique*, S. 225-226.

zahl von Anbietern und die Nachfrage heterogener Produkte. Der wirksame und effiziente Wettbewerb erfordert, dass sich Unternehmen in mehr oder weniger gleichen Wettbewerbsbedingungen befinden. Daher darf die Situation einiger dieser Unternehmen nicht künstlich begünstigt oder beeinflusst werden, insbesondere nicht durch staatliche Subventionen oder durch begünstigende Rechtsvorschriften. Schließlich bedeutet der wirksame und effektive Wettbewerb, dass Loyalität, Ehrlichkeit sowie Treu und Glauben zwischen den verschiedenen Wettbewerbern bestehen sollen und keine unlauteren Mittel eingesetzt werden, um zum Nachteil anderer höheren Gewinn zu erwirtschaften.

Die UEMOA-Wettbewerbspolitik versteht Wettbewerb zwischen Unternehmen als Streben um die größtmögliche Anzahl von Kunden, was zu einer gewissen Dynamik führt, und als Suche nach technischen Innovationen und Neuheiten, um den Verbrauchern wettbewerbsfähige Produkte anzubieten, d.h. Produkte von hoher Qualität und zu niedrigeren Kosten.¹²¹ Der Wettbewerb soll so zu einer maximalen Verteilung der von den Unternehmen genutzten Ressourcen führen und dadurch zur optimalen Befriedigung der Bedürfnisse des Einzelnen und der Gemeinschaft beitragen. Wettbewerbspolitik soll letztlich zu besseren wirtschaftlichen Ergebnissen führen. In der Praxis widersprechen die Fakten jedoch der Theorie, so dass viele Verhaltensweisen der Unternehmen den Wettbewerb verfälschen oder behindern. Solche Verhaltensweisen der Unternehmen stellen Kartellrechtsverstöße dar, so z.B. wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und unlauteres Wettbewerbsverhalten.¹²² Vor dem Aufkommen der UEMOA in den Mitgliedstaaten gab es keine wirksame Wettbewerbspolitik. Die UEMOA-Mitgliedstaaten sehen aber auch nach dem Inkrafttreten des Gemeinschaftsrechts nicht die Notwendigkeit ein, den freien Wettbewerb zu fördern, und gewähren weiterhin öffentlichen Unternehmen

121 UEMOA-Kommission : L'Union économique et monétaire ouest-africaine: Un traité pour l'avenir, A.D.E., S. 22-23; UEMOA-Kommission: Note présentation du projet de législation communautaire sur la concurrence à l'intérieur de l'Union „élaborée à l'occasion de la Réunion du Conseil des Ministres du 22 novembre 2000 à Ouagadougou, doc. dact., sans date, S. 1. Les visés du règlement N °02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'Union économique et monétaire ouest africaine, le Conseil des ministres de l'UEMOA considère que" le libre jeu de la concurrence est le cadre idéal pour l'épanouissement des entreprises opérant sur le marché communautaire; Siehe auch Yves Serra: Le droit français de la concurrence, S. 4-5.

122 Siehe Commission Nationale de la Concurrence et de la Consommation: Rapport sur l'état de la concurrence et de la consommation au Burkina Faso: 1999, S. 41-64.

staatliche Hilfen zulasten privater Unternehmen. Dies spiegelt sich in der Vielzahl der offenen Verfahren vor der UEMOA-Kommission gegen Mitgliedstaaten zur Sanktionierung von staatlichen Beihilfen und wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen wider.¹²³

Doch in den 1990er Jahren konnten die UEMOA-Mitgliedstaaten durch mehrere Nationalkonferenzen ihre autoritären politischen Regierungsformen in demokratische Regierungsformen umwandeln.¹²⁴ Da die Liberalisierung der Wirtschaft eine wichtige Säule der Demokratie ist, hatten die Staaten die nationalen Unternehmen privatisiert, um die Privatwirtschaft zu fördern. Die Schaffung einer Wettbewerbspolitik ist notwendig, um den wirtschaftlichen Kontext weiter zu stärken und ausländische Investitionen anzuziehen. In der Tat waren die 1990er Jahre für die französischsprachigen Staaten in Westafrika eine Zeit der Wiederbelebung der wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen durch eine gemeinschaftliche rechtliche Integration, um die Wettbewerbsbedingungen zu verbessern und ausländische Investitionen zu sichern und zu erhöhen.¹²⁵ Der wirtschaftlichen Revitalisierung in den westafrikanischen Staaten liegen mehrerer Ereignisse zugrunde, welche die Staaten der Franc-Zone und außerhalb der Franc-Zone prägen: Zu nennen ist zunächst die Abwertung des CFA-Franc, der nach mehr als dreißig Jahren gemeinsamer Ausgabe durch unabhängige Staaten seine Parität gegenüber dem französischen Franc um die Hälfte reduziert hat, wodurch die Bedingungen der Währungskooperationsabkommen zwischen Frankreich und westafrikanischen Staaten einerseits und Zentralafrika andererseits geändert wurden.¹²⁶ Diese Abwertung erfolgte parallel zur Überarbeitung der Integrationsinstitutio-

123 Näher dazu siehe die folgenden Verfahren vor der UEMOA-Kommission gegen Senegal und SPIA/Mali, die Elfenbeinküste und Burkina-Faso; OMA-Senisot; FARINE au Mali, etc.

124 Ab 1990 kehrten alle Staaten zur demokratischen Erfahrung und zum Mehrparteiensystem zurück. Viele politische Parteien, Gewerkschaften und Menschenrechtsverbände sind zunehmend frei in der Ausübung ihrer Tätigkeit. Nach freien und transparenten Wahlen haben Länder wie Benin, Mali und Senegal einen politischen Wechsel erlebt. Andere Länder haben noch gewisse Schwierigkeiten, einen demokratischen Wechsel auf der höchsten Ebene, d.h. der Präsidentschaft der Republik, herbeizuführen. Aber es entsteht der Eindruck, dass sich die Praxis der demokratischen Wahlen auf der Ebene der lokalen Behörden konsolidiert.

125 Siehe *Priso-Essaue, Samuel-Jacques*: *Revue internationale de droit comparé* 2004, S. 330.

126 Les conventions de coopération monétaire des 22.11.1972 (BEAC) et 14.11.1973 (UMOA) posaient, le principe de l'émission d'une monnaie commune dans cha-

nen in der Franc-Zone. Die Staatschefs haben die UEMOA unter Berücksichtigung der neuen Dynamik in der Franc-Zone als Reaktion auf politische Veränderungen und die Neuausrichtung der Kooperations- und Entwicklungsstrategien in Afrika geschaffen.¹²⁷

Diese Veränderungen führten zur Modernisierung der Rechtsnormen im Wirtschaftsbereich des UEMOA-Rechtsraums. Die Zoll- und Steuergesetzgebung wurde im Rahmen eines von den internationalen Finanzinstitutionen unterstützten Programms reformiert. Aber der UEMOA-Vertrag ist hauptsächlich durch die Einführung kartellrechtlicher Vorschriften innovativ. Die Art. 88 und 89 des UEMOAV legen Anforderungen an einen gesunden und freien Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten fest.

b. Die Wirtschaftspolitik während der UMOA

Das Kartellrecht in den Mitgliedstaaten existierte bis zur Errichtung der UEMOA im Kontext der Planwirtschaft.¹²⁸ Die Wirtschaftspolitik der heutigen acht Mitgliedstaaten war durch die Verstaatlichung der Unternehmen und den Schutz der nationalen Binnenmärkte gekennzeichnet. Im Benin zum Beispiel wurde die Privatinitiative nicht wegen der marxistisch-leninistischen Ideologie gefördert, die den Vorrang des gemeinsamen Interesses gegenüber denen der Individuen befürwortete.¹²⁹ Aufgrund des öffentlichen Interesses erhielten öffentliche Unternehmen staatliche Beihilfen und Steuerbefreiungen. Dies benachteiligte private Unternehmen und

cune de ces zones et de la parité fixe entre cette monnaie, le franc CFA et le franc français, mais fixaient également le taux de cette parité. La dévaluation du franc CFA impliquait donc nécessairement la révision de ces conventions.

Die Abkommen über die währungspolitische Zusammenarbeit vom 22.11.1972 (BEAC) und 14.11.1973 (UMO) legten den Grundsatz der Festlegung einer gemeinsamen Währung in jeder dieser Zonen und eine feste Parität zwischen dieser Währung, dem CFA-Franc und dem französischen Franc. Sie legten aber auch den Kurs dieser Parität fest. Die Abwertung des CFA-Franc bedeutete daher zwangsläufig die Revision dieser Konventionen.

127 In der Präambel des Vertrags von Dakar wird betont, dass der Ansatz mit den in Afrika laufenden regionalen Integrationsbemühungen im Einklang steht.

128 Siehe *Issa-Sayegh, Joseph*: Ohadata 2004, S. 1.

129 Die Republik Benin hat sich nach dem Putsch vom 26. Oktober 1972 von 1972 bis 1990 für den Marxismus-Leninismus entschieden. Diese Periode war geprägt von einer Wirtschaftspolitik unter Führung der Staatspartei PRPB, einer einzigen Partei mit Folge der Verstaatlichung des gesamten Wirtschaftsapparates.

führte zu Kartellrechtsverstößen seitens des Staaten oder nationaler Behörden.

Zwischen 1980 und 1990 litten fast alle westafrikanische Staaten, wie viele andere afrikanischen Staaten, unter einer Wirtschafts- und Finanzkrise. Diese war Folge des drastischen Rückgangs der Rohstoffpreise sowie des *Francs de la Communauté financière africaine* (FCFA-Franc).¹³⁰

Dazu führte der Globalisierungsprozess, der mit einer liberalen und marktorientierten Perspektive gestaltet war, in den späten 1980er und frühen 1990er Jahren zu einer weitgehenden Marginalisierung Afrikas im Welthandel und zu einer geringen Wettbewerbsfähigkeit der nationalen Volkswirtschaften. Der Kontinent Afrika ist in der Weltwirtschaft die Region mit dem niedrigsten Integrationsanteil, weil nicht nur sein Anteil am Welthandel weniger als 2 % des Exportvolumens beträgt (1 % für Subsahara-Afrika), sondern auch sein Anteil an den internationalen Finanzströmen und Dienstleistungsströmen unerheblich ist. Während beispielsweise der Welthandel mit Gütern im Zeitraum 1980-1990 eine jährliche Wachstumsrate von über 6% verzeichnete, gingen die afrikanischen Exporte im selben Zeitraum um durchschnittlich 1% pro Jahr zurück; hingegen stieg die Rate in Asien und Lateinamerika auf 7% bzw. 5%.¹³¹

Das UEMOA-Kartellrecht wurde also in einem Klima der wirtschaftlichen Wiederbelebung ihrer Mitgliedsstaaten eingeführt, die sich dazu entschieden, durch regionale Integration in der westafrikanischen Subregion gemeinsam ihr Wirtschaftsleben zu entwickeln. Die Grundidee war, dass angesichts der Zersplitterung Afrikas in mehr als fünfzig Staaten, die häufig als „unterentwickelte Mikrostaaten“ bezeichnet werden und die gegen mehrere Krisen kämpfen, nur eine regionale Rechtsintegration und gemeinsame Rechtseinheit eine Alternative für eine harmonische und ausgewogene Entwicklung der Mitgliedsstaaten und eine gewisse wirtschaftliche Unabhängigkeit bilden kann. Nur so kann eine rasche Verbesserung des Lebensstandards ihrer Bevölkerungen erreicht werden. Diese Einzelstaaten zeichnen sich im Allgemeinen durch ihre schwachen Kapazitäten zur Mobilisierung und Entwicklung ihres Wirtschaftspotenzials im Rahmen kleiner und abgeschotteter nationaler Märkte aus sowie durch ihre Abhängig-

130 Siehe Banny, Charles Konan: *Revue d'économie financière* 1998, S. 2.

131 Tchagga, Flavien: *Concurrences* 2013, S. 237.

keit von der Außenwelt, durch ihre Stellung und ihre reduzierten Verhandlungs- und Widerstandsfähigkeiten auf der Weltbühne.¹³²

Eine Rechtsvereinheitlichung des Kartellrechts im UEMOA ist also zu begrüßen, weil sie für die Mitgliedstaaten eine umfassende Perspektive für die Stärkung der Produktionskapazitäten im Rahmen eines größeren sub-regionalen Marktes bieten kann. Sie kann dazu beitragen, den Handel einzelner Staaten zu entwickeln und ihren Anteil an den internationalen Handelsströmen neu auszurichten und Rechtssicherheit zu gewährleisten. Jedoch haben die Mitgliedstaaten weiterhin unterschiedliche nationale Kartellvorschriften, was unter Paragraph 2 noch zu erläutern sein wird.

2. Das Problem der Ungleichheit der gesetzlichen Rahmenbedingungen in den UEMOA-Mitgliedstaaten

Der Wettbewerb in den westafrikanischen Ländern, die heute die UEMOA bilden, wurde durch die französische Preisverordnung von 1945 organisiert.¹³³ Einige dieser Staaten haben diese Verordnung weiterhin angewandt, bevor sie nach ihrem Beitritt nationale Rechtsvorschriften erließen. In manchen Staaten blieb die Verordnung bis zum Aufkommen des UEMOA-Kartellrechts trotz Nichtanwendung gültig. Daher ist es unzutreffend, dass die meisten Mitgliedstaaten bis zur Gründung der UEMOA keine spezifischen Wettbewerbsgesetze auf nationaler Ebene hatten und der Wettbewerb dann durch allgemeine Handelsvorschriften (*Loi portant sur l'exercice des activités de commerce*) geschützt wurde, welche die geschäftlichen Aktivitäten in diesen Staaten regelten.¹³⁴ Die Mehrheit der UEMOA-Mitgliedsstaaten hatte nämlich bereits vor dem Inkrafttreten des UMOA-Kartellrechts ein nationales Wettbewerbsgesetz erlassen, obwohl sich diese Gesetze nicht wesentlich von der Verordnung von 1945 unterschieden.¹³⁵

132 Siehe Rapport CNUCED, examen collégial volontaire des politiques de concurrence de L'UEMOA, du Bénin et du Sénégal, Rapport 2007, Genève, Nations Unies, S. 185.

133 Es handelt sich um die französische Verordnung Nr. 45-1483 vom 30. Juni 1945 über Preise, deren Abschnitt III des Buches III den Titel Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs trug.

134 Dagegen: *Tchapga, Flavien*: Concurrences 2013, S. 237; *Bakhoun, Mor*: Etude sur la révision du cadre institutionnel de mise en œuvre des règles communautaires de concurrence de l'UEMOA, rapport final, S. 261; *Coulibaly, Abou Saib*, Revue burkinabé de droit 2003, S. 27.

135 Siehe *Issa- Sayeg, Joseph*: Ohadata 2004, S. 1.

In dieser Hinsicht scheint es sinnvoll, das Kartellgesetz während der Kolonisationszeit zu prüfen (a.), um anschließend den rechtlichen Rahmen für den Schutz des Wettbewerbs in den jeweiligen Staaten nach der Unabhängigkeit zu analysieren (b.).

a. Schutz des Wettbewerbs während der Kolonisation

Die uneingeschränkte Freiheit der Unternehmen und der freie Wettbewerb können für die Unternehmen hinderlich sein. Deshalb sind die Unternehmen versucht, den Wettbewerb zu verhindern oder ihre eigenen Produktions- oder Vertriebsnetze vertraglich zu organisieren, was zum Marktmissbrauch und dem Ausschluss des freien Wettbewerbs führen kann. Der französische Gesetzgeber hat während der Kolonialzeit durch Verbote und Sanktionen von Kartellrechtsverstößen dafür gesorgt, dass wettbewerbswidrige Verhaltensweisen nicht die freie Ausübung des Wettbewerbs beeinträchtigen.

aa. Die verbotenen Verhaltensweisen

Während des Kolonialismus wurde das Wettbewerbsrecht in den heutigen UEMOA-Mitgliedstaaten – mit Ausnahme von Guinea-Bissau – durch die Verordnung Nr. 45-1483 vom 30. Juni 1945 über die Preise in Frankreich und in den Kolonien geregelt. Die Bestimmungen zum Schutz des Wettbewerbs waren in Abschnitt III des Buches III „Aufrechterhaltung des Wettbewerbs“ enthalten. Art. 50 Abs. 1 der Verordnung von 1945 sah vor, dass

Abgestimmtes Verhalten, alle ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen, Übereinkünfte oder Koalitionen in jeglicher Form und aus welchem Grund auch immer, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken, verboten sind. Jegliche Verpflichtung oder Vereinbarung in Bezug auf eine solche verbotene Praxis ist kraft Gesetzes unwirksam. Die Tätigkeiten eines Unternehmens oder einer Unternehmensgruppe, das/die eine beherrschende Stellung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil desselben einnimmt und durch eine Monopolsituation oder eine eindeutige Konzentration der Wirtschaftsmacht gekennzeichnet ist, sind unter denselben Bedingungen verboten, wenn diese Tätigkeiten

*bezwecken oder bewirken, dass das normale Funktionieren des Marktes behindert wird.*¹³⁶

Aus dieser Regelung geht hervor, dass wettbewerbswidrige Verhaltensweisen nicht ohne Bezug zu der Verordnung von 1945 standen, die nicht nur jede Form wettbewerbswidriger Verhaltensweisen verbot, sondern auch jede wettbewerbswidrige Vereinbarung zwischen Unternehmen und jede missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zur Verfälschung oder Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des französischen Hoheitsgebiets und seiner Kolonien. Somit hatten die UEMOA-Mitgliedstaaten, die damals alle, außer Bissau-Guinea, französische Kolonien waren, ein Gesetz zum Schutz des Wettbewerbs. Das Wettbewerbsrecht innerhalb der Staaten existierte bereits vor ihrer Souveränität Ende der 1950er und Anfang der 1960er Jahre.

Die französische Verordnung von 1945 sah einen Mechanismus für die Kontrolle und Sanktionierung von Kartellen, marktbeherrschenden Stellungen und jeder anderen Form von wettbewerbsbeschränkenden Praktiken vor, die im französischen Hoheitsgebiet und in seinen Kolonien begangen wurden. Gemäß Art. 52 der Verordnung Nr. 45 sind der Wirtschaftsminister, die lokalen Behörden, Berufsverbände oder Gewerkschaften und zugelassene Verbraucherorganisationen berechtigt, bei der Wettbewerbskommission Klage zu erheben. Die Kommission für Kartelle konnte auch von Amts wegen tätig werden.

bb. Zuständigkeiten

Sobald die Wettbewerbskommission gegen wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen zu ermitteln beginnt, ist sie für die Prüfung zuständig, ob die betroffenen Verhaltensweisen verboten sind oder gesetzlich gerech-

136 Art. 50 Abs. 1 der Verordnung Nr. 45: "*Les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sont prohibé.*

Tout engagement ou convention se rapportant à une pratique ainsi prohibée est nul de plein droit.

Sont prohibées dans les mêmes conditions les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci une position dominante caractérisée par une situation de monopole ou par une concentration manifeste de la puissance économique, lorsque ces activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché".

fertigt sein könnten. Die Kommission hört, wenn sie es für nützlich hält, den Verfasser der Vorlage an und gewährt ihm rechtliches Gehör. Auf ihren Antrag hin kann die im Rahmen eines Strafverfahrens tätige Justizbehörde die Übermittlung des Protokolls und der Untersuchungsberichte in Kopie genehmigen, wenn diese Mitteilung zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Falls sie der Ansicht ist, dass die geltend gemachten Tatsachen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 50 fallen oder nicht durch hinreichende Beweise gestützt werden, kann sie durch eine zu begründende Entscheidung zu dem Schluss kommen, dass das Prüfverfahren nicht durchgeführt werden kann. Die Entscheidung der Kommission wird dem Verfasser der Vorlage mitgeteilt, der ihre Nichtigerklärung wegen Amtsmissbrauchs beim Verwaltungsgericht beantragen kann.

Nach Art. 52 der Verordnung Nr. 45-1484 vom 30. Juni 1945 liegt die Befugnis zur Verhängung von Sanktionen beim Wirtschaftsminister, der aufgrund der Stellungnahme der Wettbewerbskommission oder, sofern die Wettbewerbskommission nicht innerhalb von sechs Monaten nach dem Tag der Beschlagnahme Stellung nimmt oder im Fall von Dringlichkeit, Rückfall oder offenkundiger Rechtsverstöße keine Stellungnahme abgibt, die Akte zur Durchführung der Bestimmungen der Verordnung Nr. 45-1484 vom 30. Juni 1945 über die Feststellung zur Verfolgung und Bestrafung von Verstößen gegen das Wirtschaftsrecht im Hinblick auf die Anwendung von Art. 419 des Strafgesetzbuches an die Staatsanwaltschaft weiterleiten. Die Täter von Straftaten nach den Bestimmungen der Verordnung Nr. 45-1484 vom 30. Juni 1945 konnten somit strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Die als wettbewerbswidrige Vereinbarungen oder Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bezeichneten Straftaten wurden seit der Kolonialzeit mit Strafen geahndet, die vom Strafrichter verhängt wurden. Der Wirtschaftsminister kann auch, wenn die Wettbewerbskommission eine entsprechende Stellungnahme abgegeben hat, mit begründeter Entscheidung gegen ein Unternehmen oder gegen eine juristische Person wegen Verstoßes gegen Art. 50 eine Geldbuße (*une amende*) verhängen, wenn der Verstoß nicht durch Art. 51 gerechtfertigt ist. Zu diesem Zweck wird der Höchstbetrag der anwendbaren Sanktion unter Berücksichtigung der Art des Unternehmens festgelegt. Handelt es sich um ein Unternehmen, so wird es verurteilt, 5% des steuerfreien Umsatzes zu bezahlen, der in Frankreich im letzten Geschäftsjahr vor der Unterbrechung der Verjährung erzielt wurde. Wenn das letzte abgeschlossene Geschäftsjahr länger oder kürzer als zwölf Monate war, wird für die Festsetzung der Höhe des Bußgeldes der Umsatz der letzten zwölf Monate vor dem Ende des betroffenen Geschäftsjahres zugrunde gelegt. Wenn das Un-

ternehmen in verschiedenen Geschäftsbereichen tätig ist, wird der Jahresumsatz aus dem Geschäftsbereich oder den Geschäftsbereichen, in denen der Verstoß begangen wurde, verwendet. Die Höhe der vom Minister aufgelegten Geldbuße muss den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten: das heißt vor allem, dass sie die Schwere der belasteten Tatsachen und das Ausmaß des Schadens für die Wirtschaft, und auch die finanzielle Situation und die Größe des Unternehmens oder der betroffenen juristischen Person berücksichtigt werden muss. Die Höhe der Geldbuße darf nicht höher sein, als in der Stellungnahme der Kommission erwähnt. Die Entscheidung über die Verhängung einer Geldbuße kann vollständig oder teilweise veröffentlicht werden.

b. Der Schutz des Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten seit der Gründung der UMOA

Seit Beginn der UMOA wird der Wettbewerb in den UMOA-Mitgliedstaaten unterschiedlich geschützt. Einige Mitgliedstaaten haben nach ihrem Zugang zur Unabhängigkeit das Wettbewerbsrecht gesetzlich geregelt, während andere keinen Bedarf dafür sahen.

aa. Das Kartellrecht in den Staaten, die ein den Wettbewerb schützendes Gesetz verabschiedet haben

Nach ihrem Beitritt zur Unabhängigkeit haben einige UEMOA-Mitgliedstaaten, so Benin, die Elfenbeinküste und Senegal, sehr früh ein nationales Kartellgesetz verabschiedet, das grundsätzlich der französischen Verordnung Nr. 45-1483 vom 30 Juni 1945 ähnlich war. Trotz der Gründung der UMOA im Jahr 1962 blieb das Wettbewerbsrecht ein rein nationales Recht in den Mitgliedstaaten, weil die UMOA nur das Ziel einer Währungsunion und nicht das einer Wirtschaftsunion verfolgte.¹³⁷

¹³⁷ Siehe UMOAV vom 12. Mai 1962.

aaa. Benin

Im Gegensatz zu den anderen UEMOA-Mitgliedstaaten hatte der Benin lange Zeit kein nationales Wettbewerbsgesetz, das zentrale Bereiche des Wettbewerbsrechts wie das Verbot wettbewerbswidriger und unlauterer Praktiken in kohärenter und umfassender Weise regelte. Nach der Unabhängigkeit am 1. August 1960 erließ der Benin die Verordnung 20/PR/MFAEP vom 5. Juli 1967 zur Regulierung von Preisen und Beständen (hier Preis- und Bestandsverordnung), die bis 2016 die in Geltung war. Die Preis- und Bestandsverordnung enthielt zwar kein ausdrückliches Verbot wettbewerbswidriger Verhaltensweisen wie Kartellabsprachen und den Missbrauch einer beherrschenden Stellung im engeren Sinne; auch fehlten Sanktionsvorschriften. Jedoch wurde teilweise auf Kartellverbote und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verwiesen.¹³⁸ Art. 39 Abs. 10 und 11 der Preis- und Bestandsverordnung, die sich mit rechtswidrigen Preisannahmen befassten, bei denen eine Preiskontrolle ausgeübt wurde, sahen vor, dass diese als rechtswidrige Preise behandelt wurden.

Verboten sind ...

„alle abgestimmten Verhaltensweisen, alle ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen, alle Koalitionen in jeglicher Form und für jeglichen Zweck, deren Ziel es ist, die volle Ausübung des Wettbewerbs zu behindern, indem sie die Senkung der Kosten oder der Verkaufspreise behindern oder eine künstliche Preiserhöhung fördern;

*alle Tätigkeiten eines Unternehmens oder einer Unternehmensgruppe mit beherrschender Stellung auf dem Binnenmarkt, welche eine Behinderung des Funktionierens des Marktes bezwecken oder bewirken, mit Ausnahme von Vereinbarungen oder marktbeherrschenden Stellungen, die durch ein Gesetz oder eine Verordnung gerechtfertigt sind.*¹³⁹

138 CNUCED: examen collégial volontaire des politiques de concurrence de L'UEMOA, du Bénin et du Sénégal, Rapport 2007, S. 154.

139 Art. 39 Abs. 10 und 11 der Preis- und Bestandsverordnung: *"toutes les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites, coalition sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit ayant pour objet d'entraver le plein exercice de la concurrence en faisant obstacle à l'abaissement des prix de revient ou de vente ou en favorisant une hausse artificielle des prix; les activités d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises occupant sur le marché intérieur une position dominante, qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché sauf les ententes et position dominante qui résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire ou dont les auteurs sont en mesure de justifier qu'elles ont pour objet d'améliorer et d'étendre les débou-*

Art. 39 der Preis- und Bestandsverordnung von 1967 regelt sonstige wettbewerbswidrige Verhaltensweisen wie Kartelle oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, obwohl die Preiskontrolle und die starke Beteiligung der Verwaltung bei der Bestimmung der Preise von Waren und Dienstleistungen das Hauptziel dieser Verordnung sind.¹⁴⁰ Diese Formulierung des Art. 39 entspricht dem Wortlaut von Art. 50 der französischen Verordnung Nr. 45-1483 vom 30. Juni 1945 und scheint einen Ansatz des Preiswettbewerbs mit staatlicher Neutralität zu enthalten. Dies ist aber nicht der Fall, da die Bestimmungen des Art. 39 zu der allgemeinen Politik der Preisfestsetzung und Preiskontrolle auf dem Markt gehört und sich der freien Preisbildung durch das Spiel von Angebot und Nachfrage widersetzt.

Die Preis- und Bestandsverordnung vom 5. Juli 1967 blieb bis 2016 in Kraft, als sie durch das Gesetz Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin aufgehoben wurde. Das Gesetz Nr. 2016-25 bezweckt einerseits den Wettbewerb zu bewahren, zu organisieren und zu fördern und andererseits die Verbraucher zu schützen.¹⁴¹ Parallel zu den Kartellrechtverstößen, die wesentlich in den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften vorgesehen sind, regelt das Gesetz Nr. 2016-25 auch weitere Kartellrechtsbereiche, die nach wie vor in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen. Dies sind die Bestimmungen über die Markttransparenz und den unlauteren Wettbewerb (Titel IV), insbesondere die Regeln für die Preiswerbung (Art. 13, 14), die Abrechnung (Art. 15, 16) sowie Listenpreise und Verkaufsbedingungen (Art. 17). Die Bestimmungen über den unlauteren Wettbewerb sind in den Art. 18 bis 30 des Gesetzes geregelt. Das Gesetz Nr. 2016-25 unterscheidet zwischen dem Recht der wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen (Titel III), dem Recht der regulierten Wettbewerbsverhaltensweisen und dem Recht der verbotenen Wettbewerbsverhaltensweisen (Titel V). Da der Grundsatz des Gesetzes die Marktfreiheit ist, steht es den Wirtschaftsakteuren frei, ihren Mitbewerbern durch unein-

chés de la production ou d'assurer le développement du progrès économique par la rationalisation ou la spécialisation".

140 Nach Art. 3 der Verordnung 20/PR/MFAEP vom 5. Juli 1967: "*Le prix de vente, l'importation, la production, la détention, la circulation, la commercialisation et la consommation des biens et services sont libres. Ils peuvent être soumis à réglementation en cas de nécessité.*"; Und Art. 4 derselbe Verordnung begründet ein Nationales Preisverleihungsgremium, das berechtigt ist, vor der verbindlichen Preisfestsetzung Stellung zu nehmen.

141 Nach Art. 1 des Gesetzes Nr. 2016-25 der Organisation des Wettbewerbs in Benin.

geschränkte Wettbewerbspraktiken legitimen Schaden zuzufügen. Denn das Prinzip des freien Wettbewerbs besteht darin, dass jeder Wirtschaftsakteur zum Nachteil seiner Konkurrenten Zugang zum Markt erlangen darf.¹⁴² Der Gesetzgeber ist allerdings gehalten zu verhindern, dass solche Praktiken in Handlungen übergehen, die unlauter sind oder nicht im Interesse der Verbraucher liegen. So hat sich der beninische Gesetzgeber bemüht, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu regulieren, wie beispielsweise den Werbeverkauf oder den deklarierten Sonderverkauf; Sonderangebote, Räumungsverkäufe; wettbewerbswidrige Absprachen, missbräuchliche Wettbewerbsklauseln (Art. 32 - 38), verbotene Verhaltensweisen (wie Prämienverkäufe) (Art. 39 - 42), Verlustverkäufe (Art. 43), Verkaufsverweigerung und diskriminierende Bedingungen (Art. 44 - 48).

Dem Aufbau des Gesetzes Nr. 2016-25 ist zu entnehmen, dass der beninische Gesetzgeber sich bei der Verabschiedung des Gesetzes sowohl Gedanken sowohl über einen *ordre public* des Schutzes (*ordre public de protection*) als auch über einen *ordre public* der Wirtschaftsführung (*ordre public de direction*) gemacht hat. In der Regel ist der *ordre public* der Wirtschaftsführung nichts anderes als der Gegensatz zum ungeregelten Funktionieren der individuellen Freiheit auf dem Markt.¹⁴³ Es handelt sich daher hier um einen *ordre public* der Wirtschaftsführung und nicht um einen solchen des Schutzes.¹⁴⁴ Das Ziel des *ordre public* der Wirtschaftsführung besteht in einer besseren Organisation der Gesellschaft und der Wirtschaft im Interesse der Allgemeinheit. Dies bedeutet, dass die Rechtsnormen entsprechend den von den zuständigen Behörden festgelegten öffentlichen Zielen aufgelegt werden können.¹⁴⁵

Die Unterscheidung zwischen einem *ordre public* der Wirtschaftsführung und einem *ordre public* des Schutzes wurde erstmals von *Jean Carbonnier* vorgenommen, der den Begriff *ordre public* nicht nur auf die öffentliche Ordnung insgesamt anwendete, sondern auch auf die Wirtschafts- und soziale Ordnung.¹⁴⁶ So hat die wirtschaftliche Ordnung zwei oft entgegengesetzte Seiten: eine liberale und eine dirigistische Seite.¹⁴⁷ Im

142 *Issa-Sayeg*; *Joseph Ohadata* 2004, S. 2.

143 Siehe *Petit, Nicolas*: *Droit européen de la concurrence*, S. 39; *Frison-Roche, Marie-Anne*: in *Archives de philosophie du droit, L'ordre public*, 2015, S. 105-128.

144 Siehe *Farjat, Gérard*: *L'ordre public économique*, 1963; *Terré, François/Simler, Philippe/Lequette, Yves*: *Droit civil, Les obligations*, S. 2048.

145 Siehe *Petit, Nicolas*: *Droit européen de la concurrence*, S. 39.

146 Siehe *Carbonnier, Jean*: *Les obligations*, t.4, S. 561.

147 Siehe *Malinvaud, Philippe/ Mekki, Mustapha/ Seube, Jean-Baptiste*: *Droit des obligations*, S. 111.

Allgemeinen regelt das Gesetz selbst, was geboten ist, weil die öffentliche Ordnung manchmal Freiheit und manchmal Zwang bedeutet. Zwar glaubt der Staat an die Vorteile der liberalen Wirtschaft und verteidigt durch Gesetzgebung den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit. In diesem Sinne verbieten die beninischen Kartellvorschriften und die UEMOA-Kartellordnung Klauseln, die den Zweck oder die Wirkung einer Wettbewerbsverzerrung im Benin und innerhalb von UEMOA hätten. Jedoch hält der Staat auf der anderen Seite auch an wirtschaftlichem Dirigismus fest. Sein Eingreifen manifestiert sich allgemein in der Aufstellung eines Planes, zu dessen Einhaltung die Unternehmen durch indirekte, aber wirksame Auflagen angehalten werden. Zum Beispiel regelt der Gesetzgeber in besonderer Weise ganz oder teilweise den Inhalt bestimmter Verträge, etwa solcher der Wasser- und Energiedienstleistungen. So ist der ordre public des wirtschaftlichen Schutzes entstanden, um die klassische Wirtschaftsordnung, die entweder liberal oder dirigistisch ist, zu vervollständigen und Nachteile auszugleichen.¹⁴⁸ Dies ist der Fall beim Verbraucherschutz, der eines der Ziele des beninischen Wettbewerbsrechts darstellt.

Das neue Wettbewerbsgesetz des Benin sieht keinen Missbrauch der wirtschaftlichen Abhängigkeit vor. Art. 37 des Gesetzes Nr. 2016-25 enthält jedoch ein spezielles Verbot des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht:

*In Verträgen über den Verkauf von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, die zwischen Gewerbebetreibenden und Nichtgewerbebetreibenden und andererseits zwischen Unternehmern und Verbrauchern geschlossen werden, können Klauseln untersagt werden, die darauf abzielen, dem Gewerbebetreibenden oder dem Verbraucher einen Missbrauch der wirtschaftlichen Macht der anderen Partei aufzuzwingen und ihm einen übermäßigen Vorteil zu verschaffen (...).*¹⁴⁹

Laut *Bakhoum Mor* liegt der Begriff des Missbrauchs wirtschaftlicher Macht sehr nahe an dem des Missbrauchs einer wirtschaftlichen Abhängigkeit und kann bis zu einem gewissen Grad als eine Form des Missbrauchs einer

148 Siehe *Malinvaud, Philippe*: Droit des obligations, S. 111.

149 Art. 37 des Gesetzes Nr. 2016-25 lautet: “*Dans les contrats de vente ou de prestation de service conclus d’une part entre professionnel et non professionnel et d’autre part entre professionnel et consommateur, les clauses tendant à imposer ou non au professionnel ou au consommateur un abus de puissance économique de l’autre partie et lui conférer un avantage excessif, peuvent être interdites (...)*”.

marktbeherrschenden Stellung behandelt werden werden.¹⁵⁰ Hierbei werden jedoch zwei Begriffe vermengt. In Bezug auf den Begriff des Missbrauchs der wirtschaftlichen Abhängigkeit verbietet Art. 27 Abs. 2 des senegalesischen Gesetzes 94/63 vom 22. August 1994 über Preise, Wettbewerb und wirtschaftliche Streitigkeiten, *dass ein Unternehmen oder eine Gruppe von Unternehmen den Zustand der wirtschaftlichen Abhängigkeit missbräuchlich ausnutzt, in dem sich ein Kunden- oder Lieferunternehmen befindet, das keine gleichwertige Lösung hat.*¹⁵¹

Diese Bestimmung zeigt, dass der Missbrauch der wirtschaftlichen Abhängigkeit zwei Partnerunternehmen betrifft, von denen eines von der Wirtschaftskraft des anderen abhängt. Tatsächlich ist der Missbrauch der wirtschaftlichen Abhängigkeit die missbräuchliche Ausnutzung dieses Zustands, in dem sich ein Kunden- oder Lieferantenunternehmen im Vergleich zu einem wirtschaftlich stärkeren Unternehmen befindet. Der Missbrauch der wirtschaftlichen Abhängigkeit setzt daher voraus, dass eine der Vertragsparteien der anderen Bedingungen auferlegen kann, die sie nicht ablehnen kann, ohne sich wirtschaftlich zu gefährden.¹⁵² Es ist ein wettbewerbswidriges Verhalten, wenn ein Unternehmen seinen Handelspartner ungerechtfertigten wirtschaftlichen Bedingungen unterwirft oder die Geschäftsbeziehungen abbricht. Dies ist eine Straftat, wenn die Ausübung des freien Spiels des Wettbewerbs auf dem Markt gestört oder behindert wird.¹⁵³ Somit findet der Missbrauch der wirtschaftlichen Abhängigkeit zwischen zwei Unternehmen statt, wohingegen der Missbrauch der wirtschaftlichen Macht in einem Vertrag zwischen einem Unternehmen (Gewerbebetreibenden) und einem Verbraucher (Nichtgewerbebetreibenden) vorliegt. Der Missbrauch der wirtschaftlichen Macht kann als eine missbräuchliche Klausel definiert werden kann, die dem Verbraucher vom Unternehmen auferlegt wird und dem Unternehmen einen übermäßigen

150 Siehe *Bakhoun, Mor*: Etude sur la révision du cadre institutionnel de mise en œuvre des règles communautaires de concurrence de l'UEMOA, rapport final, S. 85.

151 Art. 27 Abs. 2 des Gesetzes 94/63 vom 22. August 1994 über Preise, Wettbewerb und wirtschaftliche Streitigkeiten im Senegal lautet: „(...) *est prohibé l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente.*“

152 Zum Beispiel in Sénégal, siehe mehr dazu Entscheidung Nr. 02 D-0-2 der nationalen Wettbewerbskommission vom 27.12.2002 über die von der Gesellschaft Air France durchgeführten Maßnahmen; siehe auch *Stasiak, Frédéric*: Droit pénal des affaires, S. 339.

153 Siehe *Cornu, Gérard*: Vocabulaire juridique, S. 328 ff.

Vorteil verschafft. In diesem Sinne sieht Art. 37 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin bezüglich des Missbrauchs der Wirtschaftsmacht vor, dass Klauseln verboten sind, welche in Kauf- oder Dienstleistungsverträgen zwischen einem Gewerbebetreibenden und einem Nichtgewerbebetreibenden oder zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher vereinbart werden und dem Nichtgewerbebetreibenden oder dem Verbraucher und mittels Missbrauchs der wirtschaftlichen Macht des Unternehmens Bedingungen auferlegt werden, die dem Unternehmen einen übermäßigen Vorteil verschaffen. Solche missbräuchlichen Klauseln sind unwirksam.¹⁵⁴

Dies bedeutet, dass der Missbrauch wirtschaftlicher Macht nicht darauf abzielt, den Wettbewerb einzuschränken oder zu verzerren, sondern das Unternehmen zum Nachteil des Verbrauchers zu bereichern. Der Missbrauch wirtschaftlicher Macht ist keine wettbewerbswidrige Verhaltensweise, sondern ein Missbrauch durch den Gewerbebetreibenden aufgrund der Unwissenheit des Nichtgewerbebetreibenden, um den Gewinn des Ersteren zu Lasten des Verbrauchers zu erhöhen. Die beiden Begriffe können somit nicht gleichgesetzt werden, da sie unterschiedliche Zwecke verfolgen. Der Missbrauch wirtschaftlicher Abhängigkeit ist eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise, während der Missbrauch wirtschaftlicher Macht keinen Einfluss auf das freie Spiel des Wettbewerbs hat. Diese Bestimmungen des beninischen Rechts weichen nicht wesentlich von den früheren Regelungen ab.

Im Benin gibt es keine für Wettbewerbsverfahren zuständige unabhängige Behörde. Der freie Wettbewerb wird durch die Direktion für Wettbewerb und Betrugsbekämpfung (*Direction de la Concurrence et de la Lutte Contre la Fraude - DCLF*) überwacht. Sie ist Teil des Handelsministeriums, der an die Generaldirektion des Innenhandels (*Direction Générale du Commerce Intérieur - DGCI*) angeschlossen ist. Die DCLF gliedert sich in zwei Abteilungen, die von einem Sekretariat unterstützt werden: dem Dienst für Wettbewerbs- und Marktregulierung (*Service de la Concurrence et de la Régulation des Marchés - SCRM*) und dem Dienst für Untersuchung und Betrugsbekämpfung (*Service des enquêtes et de la Lutte contre la Fraude - SELF*). Der SCRM ist in Art. 20 des Dekrets über die Anerkennung, Organisation und Arbeitsweise der DGCI von 2010 vorgesehen. Er hat Befugnisse, die in den allgemeinen Rahmen der Befugnisse der DCLF fallen. Dies ist in der

154 Art. 37 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in Benin; siehe auch 10 Gesetz 2007-21 vom 16. Oktober 2007 über den Verbraucherschutz in Benin. Sie auch Cornu, Gérard: Vocabulaire juridique, S. 8.

Tat die Abteilung, die als Ansprechpartner und Anlaufstelle im Rahmen der Zusammenarbeit mit der UEMOA-Kommission dient und einen ständigen Auftrag zur Überwachung des Marktes gewährleistet, um Fehlfunktionen im Zusammenhang mit wettbewerbswidrigen Verhaltensweise zu erkennen. Das SCRM besteht aus der Wettbewerbs- und der Marktregulierungsabteilung. Aufgabe der Wettbewerbsabteilung ist unter anderem, *alle Maßnahmen zu ergreifen und zu gewährleisten, die die uneingeschränkte Ausübung des Wettbewerbs und die Transparenz in den Handelsbeziehungen fördern können, Untersuchungen zur Aufdeckung von Marktversagen im Zusammenhang mit wettbewerbswidrigen Vereinbarungen und dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durchzuführen und regelmäßig Berichte und Informationsvermerke vorzubereiten und zu erstellen.*¹⁵⁵

Die Wettbewerbskommission überwacht auch die Vorbereitung der Arbeit des UEMOA-Wettbewerbsausschusses. Sie ist zudem befugt, Vorschläge über Geldbußen zu unterbreiten und die Transaktionen zu übermitteln, die sich aus dem Protokoll über Kartellrechtsverstöße ergeben.

Was die Abteilung für Marktregulierung betrifft, so ist diese *für die Durchführung der wirtschaftlichen Untersuchungen zuständig, die erforderlich sind, um die Entwicklung von Angebot und Nachfrage in den Mitgliedstaaten nach Konsumgütern zu überwachen; sie gewährleistet eine allgemeine Untersuchungsmission im Einklang mit den im nationalen und Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Befugnissen und Untersuchungsverfahren.*¹⁵⁶

Diese Abteilung hat auch die Aufgabe der ständigen Marktüberwachung, um Fehlfunktionen im Zusammenhang mit wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen zu erkennen.

Die SELF ist mit der spezifischen Aufgabe betraut, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu untersuchen. Sie führt von sich aus oder aufgrund des ausdrücklichen Auftrags der UEMOA-Kommission Ermittlungen nach

155 Frei nach Art. 22 des Erlasses vom 02. 04. 2010 über die Aufteilung der Befugnisse, Organisation und Arbeitsweise der DGCI: „ (...) d’initier et d’assurer toutes actions pouvant favoriser le plein exercice de la concurrence et la transparence dans les relations commerciales, de mener des investigations afin de déceler les dysfonctionnements du marché liés aux ententes anticoncurrentielles et aux abus de position dominante et préparer périodiquement les rapports et notes d’informations y afférents. “

156 Art. 23 des Erlasses vom 02. 04. 2010 über Aufteilung der Befugnisse, Organisation und Arbeitsweise der DGCI: „de mener les enquêtes économiques nécessaires au suivi de l’évolution de l’offre et de la demande nationale des produits de grande consommation ; d’assurer une mission générale d’enquête, conformément aux pouvoirs et aux procédures d’investigation prévus par le droit national et le droit communautaire. “

dem im innerstaatlichen Recht oder im Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Untersuchungsverfahren durch. Zusätzlich zu seiner allgemeinen Untersuchungsmission muss diese Behörde bei Bedarf den Beamten der UEMOA-Kommission Unterstützung leisten, wenn sie Untersuchungen oder andere Arbeiten im Zusammenhang mit Betrug durchführen.¹⁵⁷

Gemäß Art. 55 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs wurde eine Kontrollstelle für kommerzielle Tätigkeiten eingerichtet, deren Verwaltungsbeamte für die Kontrolle, Koordinierung und Aufzeichnung von Straftaten gegen den unlauteren Wettbewerb und wettbewerbswidrige Praktiken zuständig sind.

Mit dem Gesetz Nr. 2016-25 wurde auch ein nationaler Wettbewerbsrat geschaffen,¹⁵⁸ der gemäß Art. 6 „*alle Verfahren und Untersuchungen zur Festlegung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen einleiten und durchführen kann, die dazu führen, dass der Wettbewerb im Inland eingeschränkt oder verzerrt wird*“.¹⁵⁹

Der Nationale Wettbewerbsrat ist daher dafür zuständig, Straftaten im Hoheitsgebiet Benins zu erkennen, die wettbewerbswidrige Verhaltensweisen darstellen könnten. Er ist aber nicht befugt, Kartellrechtsverstöße zu bestrafen. Es handelt sich nur um ein beratendes Gremium, denn Art. 53 sieht vor, dass *der Nationale Wettbewerbsrat in erster Linie für die Beratung der Regierung in allen Fragen zuständig ist, die den Wettbewerb beeinflussen oder beeinflussen könnten*.¹⁶⁰ Der nationale Wettbewerbsrat hat daher keine streitigen Befugnisse im Sinne des Gesetzes.

bbb. Die Elfenbeinküste

Die Elfenbeinküste ist der UEMOA-Mitgliedstaat mit den ältesten und am meisten ausgearbeiteten Kartellrechtvorschriften. 1978 wurde das Gesetz 78-633 vom 28. Juli 1978 über den Wettbewerb, Preise, Strafverfolgung und Bestrafung von Verstößen gegen Wirtschaftsnormen verabschiedet,

157 CNUCED, Examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal, S. 166-168.

158 Art. 53 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs.

159 Frei nach Art. 6 des Gesetzes 2016-25: „ (...) *peut engager toute procédure et conduire des enquêtes relatives aux pratiques anticoncurrentielles ayant pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le territoire national*. “

160 Frei nach Art. 53 des Gesetzes 2016-25 : „*le conseil est essentiellement chargé de conseiller le Gouvernement sur toute question intéressant la concurrence ou pouvant affecter le fonctionnement de la concurrence*. “

das die französische Verordnung von 1945, die das Kartellrecht in Frankreich und den französischen Kolonien regelte, ablöste. Das Gesetz 78-633 wurde im Jahr 1991 durch Gesetz Nr. 91-999 vom 27. Dezember 1991 über den Wettbewerb ersetzt. Neben der Regulierung wettbewerbswidriger Praktiken und Zusammenschlüsse wurde mit dem Gesetz von 1991 eine Nationale Wettbewerbskommission (*Commission Nationale de la Concurrence* - CNC) geschaffen.

Anders als in anderen UEMOA-Mitgliedstaaten, in denen die Gründung nationaler Kartellbehörden zwar im Gesetz verankert ist, aber dennoch keine solchen Behörden errichtet wurden, hatte die CNC in der Elfenbeinküste tatsächlich bis 2002 eine hochentwickelte Prozessfähigkeit.¹⁶¹ Ab 2002 brach ein Krieg in der Elfenbeinküste aus, der die Tätigkeiten der ganzen staatlichen Verwaltung im Allgemein und besonders die der CNC behinderte.

Was den Inhalt des Gesetzes Nr. 91-999 anbetrifft, so legt bekräftigt es den Grundsatz des freien Wettbewerbs als Ziel und legt die Leitlinien für die Regulierung wettbewerbswidriger und wettbewerbsbeschränkender Praktiken und Zusammenschlüsse fest.

Der Gesetzgeber der Elfenbeinküste hat sich für bestimmte Formen des kommerziellen Verkaufs interessiert, die den Verbraucher schaden könnten. Dabei handelt es sich um regulierte Verkäufe, d.h. Prämienverkäufe, Schlussverkäufe und Liquidationen, nachrangige Verkäufe und Verlustverkäufe. Das ivoirische Gesetz verbietet und bestraft auch wettbewerbswidrige Vereinbarungen¹⁶² und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung,¹⁶³ sofern die Verstöße nicht durch das Gesetz gerechtfertigt werden können.¹⁶⁴ Das Gesetz sieht die Bestrafung und die Kontrolle wettbewerbswidriger Verhaltensweisen vor. Wirtschaftliche Konzentration kann eine Vorstufe für den Erwerb einer marktbeherrschenden Stellung sein und damit dazu führen, dass Marktmacht missbraucht wird. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber für solche Verhaltensweisen eine vorherige Kontrolle vorgesehen. Dies ergibt sich aus den Bestimmungen des Art. 34 des Gesetzes 91-999, der festlegt, dass jeder geplante Zusammenschluss oder jede Vereinbarung, welche geeignet ist, den Wettbewerb zu beein-

161 Siehe *Bakhoun, Mor*: Etude sur la révision du cadre institutionnel de mise en œuvre des règles communautaires de concurrence de l'UEMOA, rapport final, S. 147-153.

162 Siehe Art. 7 des Gesetzes 91-999 über die Organisation des Wettbewerbs.

163 Siehe Art. 8 des Gesetzes 91-999 über die Organisation des Wettbewerbs.

164 Siehe Art. 10 des Gesetzes 91-999 und des 35 Dekrets 95-29.

trächtigen, insbesondere durch die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, durch Entscheidung der Wettbewerbskommission bestraft werden kann. Dies ist der Fall, wenn auf die von dem wirtschaftlichen Zusammenschluss betroffenen Unternehmen zusammen mehr als 50% der Verkäufe, Käufe oder sonstigen Transaktionen¹⁶⁵ auf dem nationalen Markt¹⁶⁶ für substituierbare Waren, Produkte oder Dienstleistungen oder einen wesentlichen Teil dieses Marktes entfallen. Da das Gesetz den Begriff des wesentlichen Teils des Marktes nicht definiert, muss die nationale Wettbewerbskommission diese Aufgabe übernehmen. Die Initiative, einen Zusammenschluss oder einen geplanten Zusammenschluss bei der Wettbewerbskommission einzureichen, bleibt dem oder den von diesem Vorhaben betroffenen Unternehmen überlassen. Der Handelsminister kann die Angelegenheit auch an die Kommission verweisen.

Neben der Regelung über wettbewerbswidrige Praktiken im engeren Sinne, insbesondere Kartelle, Missbrauch marktbeherrschender Stellungen und Zusammenschlüsse, die jetzt nach Inkrafttreten des Gemeinschaftsrechts in die Zuständigkeit der Union fallen, werden auch bestimmte damit zusammenhängende Praktiken, besser bekannt als „wettbewerbsbeschränkende Praktiken“ sowie bestimmte Bestimmungen zum Verbraucherschutz durch das Gesetz Nr. 91-999 geregelt. Einige wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen stellen eine Straftat dar, während andere nur zivilrechtliche Folgen nach sich ziehen. Die restriktiven wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen, die Straftaten darstellen, sind Verlustverkäufe (Art. 24), die Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen für den Weiterverkauf (Art. 25), Prämienverkäufe (Art. 26), Verkaufsverweigerung und Kopplungsgeschäfte (Art. 27) und Verkäufe nach dem sogenannten „Schneeball“-Verfahren. Dagegen sind wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, die als zivilrechtliche Fehler angesehen werden, diskriminie-

165 Nach Art. 40 des Dekrets: Die Verletzung des Wettbewerbs muss ausreichend sein. Die Vollständigkeit der Verletzung wird von der Wettbewerbskommission bewertet. Art. 37 des Dekrets bestimmt, dass das Bezugsjahr das Geschäftsjahr, das dem Zusammenschluss vorangeht, ist. Nach Art. 38 des Dekrets wird das Jahres Umsatz aus der Differenz zwischen dem Gesamtumsatz ohne Steuern des Unternehmens und dem erfassten Wert seiner direkten Exporte oder von Vertretern im Ausland kalkuliert.

166 Der Begriff des Marktes entspricht dem nationalen Verbrauch. Der nationale Verbrauch entspricht der Bestandsveränderung der bereinigten nationalen Produktion zuzüglich des Nettoausgleichs der Importe und Exporte (Art. 39 des Dekrets).

rende Verkaufsbedingungen (Art. 30 Abs. 1), Verkaufsverweigerung (Art. 30 Abs. 2) und Koppelungsgeschäfte (Art. 30 Abs. 3).

Einige Bestimmungen des Gesetzes Nr. 91-999 beziehen sich auf den Verbraucherschutz und behandeln die Preiswerbungen (Art. 31), die Rechnungslegungsvorschriften (Art. 32) und die Übermittlungen von Preislisten und Verkaufsbedingungen (Art. 33).

Das Gesetz Nr. 91-999 wurde durch die Verordnung Nr. 2013-662 vom 20. September 2013 über den Wettbewerb in der Elfenbeinküste aufgehoben. Durch die neue Verordnung wurde eine unabhängige Kartellbehörde geschaffen, welche in Art. 7 als Ausschuss für Wettbewerb und die Bekämpfung hoher Preise benannt ist. Die Aufgaben und Befugnisse der Wettbewerbskommission sind in Art. 8 der genannten Verordnung festgelegt. Sie hat jedoch lediglich beratende Funktion.

ccc. Senegal

In Senegal geht das erste Wettbewerbsrecht auf die Zeit der Unabhängigkeit mit dem Gesetz von 1965 zurück, das in direkter Linie dem dirigistischen Konzept aus der französischen Verordnung von 1945 entstammt. Das senegalesische Wettbewerbsrecht hat sich unter dem Einfluss der Marktöffnung in den neunziger Jahren in eine liberale Richtung entwickelt. Mit dem Gesetz 1994/63 vom 22. August 1994 über Preise, Wettbewerb und wirtschaftliche Streitigkeiten wurde ein entsprechendes Wettbewerbsrecht eingeführt, das wettbewerbswidrige und wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen verbietet. Außerdem wurde eine nationale Wettbewerbskommission (*Commission Nationale de la Concurrence - CNC*) eingeführt, die für die Umsetzung der nationalen Wettbewerbspolitik zuständig ist.

ddd. Burkina-Faso

Die französische Preisverordnung von 1945 blieb in Burkina Faso bis 1994 in Kraft. Im Einklang mit der Politik der wirtschaftlichen Öffnung und der Förderung des Wettbewerbs hat Burkina-Faso in den 1990er Jahren schrittweise eine Wettbewerbspolitik verabschiedet, deren Eckpfeiler das Gesetz Nr. 15/94/AN vom 15. Mai 1994 über den Wettbewerb ist. Dieses Gesetz wurde durch das Gesetz Nr. 016-2017/AN über die Organisation des Wettbewerbs in Burkina-Faso aufgehoben. Dort werden die Grund-

prinzipien des Wettbewerbs für Burkina-Faso festgelegt, um den Wettbewerb und die Preisfreiheit zu stärken, und eine unabhängige nationale Kommission für Wettbewerb und Verbraucherangelegenheiten (*Commission Nationale de la Concurrence et de la Consommation - CNCC*) eingesetzt, die für die Umsetzung der Kartellvorschriften zuständig ist.¹⁶⁷ Das Verbot und die Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, wie Kartelle und Missbräuche marktbeherrschender Stellungen, sind ein wichtiger Bestandteil des Wettbewerbsrechts. Kapitel 3 des Gesetzes Nr. 016-2017/AN verbietet unter dem Titel „Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen“ Kartelle (Art. 16) und die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 17). Verbotene Vereinbarungen sind kraft des Gesetzes unwirksam. Das Gesetz Nr. 016-2017/AN neben wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen¹⁶⁸ auch Wettbewerbsbeschränkungen. Kapitel 4 regelt Franchisevereinbarungen und Ausschließlichkeitsklauseln sowie entsprechende Wettbewerbsverbote. Kapitel 5 über Markttransparenz und wettbewerbswidrige Praktiken regelt bestimmte wettbewerbsbeschränkende Praktiken wie Festpreise, den Weiterverkauf mit Verlust, Verkaufsverweigerung, diskriminierende Praktiken usw. Kartellpraktiken, die nicht unter die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen, fallen in die Zuständigkeit des Mitgliedstaats, die neben dem Gemeinschaftsrecht solche Regelungen treffen können. In der Praxis kann es jedoch schwierig sein, wegen Verstößen zu ermitteln, die als wettbewerbswidrige Verhaltensweisen im engeren Sinne zu verstehen sind und sich daher von den wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen unterscheiden.

Auch wenn das Gesetz Nr. 016-2017/AN die Nationalkommission und die nationalen Gerichte ermächtigt, die Täter wettbewerbswidriger Praktiken zu bestrafen, sind die nationalen Gerichte verpflichtet, die Stellungnahme des CJUEMOA einzuholen, wenn sie durch eine Vorabentschei-

167 Nach Art. 7 des Gesetzes Nr. 016-2017 / AN über die Organisation des Wettbewerbs in Burkina Faso: *„Il est institué par la présente loi une Commission nationale de la concurrence et de la consommation en charge de la régulation de la concurrence et de la consommation. La Commission nationale de la concurrence et de la consommation est une autorité administrative dotée de la personnalité juridique et d’une autonomie financière et de gestion.“*

168 Nach Art. 7 dieses Gesetzes : *„Il est institué par la présente loi une Commission nationale de la concurrence et de la consommation en charge de la régulation de la concurrence et de la consommation. La Commission nationale de la concurrence et de la consommation est une autorité administrative dotée de la personnalité juridique et d’une autonomie financière et de gestion.“*

dung darauf hingewiesen werden.¹⁶⁹ Dies steht einer wirksamen Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für wettbewerbswidrige Praktiken entgegen, denn die Vorabentscheidung verlängert die Frist für den Prozess und verkompliziert das Verfahren. Außerdem gehören Kartellrechtverstößen zum Wirtschaftsleben und erfordern daher einer schnellen Lösung der Streitigkeit. Daher sollte die Verpflichtung des vorlegenden Gerichts, in jeder Angelegenheit ohne Einschränkung zuerst eine Vorabentscheidung einzuholen, auf ihre Notwendigkeit hin einer kritischen Überprüfung unterzogen werden.

eee. Mali

In Mali wurde die französische Verordnung von 1945 durch die Verordnung Nr. 92-021 vom 13. April 1992 zur Einführung der Preis- und Wettbewerbsfreiheit ersetzt, die wiederum durch die Verordnung Nr. 07-025 vom 18. Juni 2007 über die Organisation des Wettbewerbs in Mali abgelöst wurde. Die Verordnung Nr. 07-025 vom 18. Juli 2007 über die Organisation des Wettbewerbs legt die allgemeinen Bedingungen für die Ausübung des Wettbewerbs in Mali fest. Wie die senegalesischen, burkinischen und beninischen Wettbewerbsgesetze legt sie die Grundprinzipien der Preisfreiheit und des freien Wettbewerbs fest *„für alle Produktions-, Vertriebs- und Dienstleistungstätigkeiten, einschließlich derjenigen, die von öffentlichen Einrichtungen ausgeübt werden.“*¹⁷⁰

Art. 3 der Verordnung bestimmt: *Die Preise von Waren, Produkten und Dienstleistungen sind im gesamten Staatsgebiet frei und werden ausschließlich durch den Wettbewerb bestimmt.*¹⁷¹

169 Nach Art. 84 des Gesetz Nr. 016-2017/AN : *„Pour toute autre action entrant dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles, la compétence des tribunaux est subordonnée à la formulation d'un recours préjudiciel devant la cour de justice des instances communautaires.“*

170 Art. 1 der Verordnung Nr. 07-025 von Mali: *„La libre concurrence qui s'applique "à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques.“*

171 Art. 3 der Verordnung Nr. 07-025 von Mali: *„Les prix des biens, produits et services sont libres sur toute l'étendue du territoire national, et sont déterminés par le seul jeu de la concurrence.“*

Dieser vertraute Wortlaut unterliegt Ausnahmen in Form eines Interventionsvorbehalts, der dem Staat im Zusammenspiel mit dem Wettbewerb um eine verbindliche Preisfestsetzung gewährt wird.¹⁷²

Vor der Reform, die zur Verabschiedung der Verordnung Nr. 07-025 führte, hat die Verordnung Nr. 92-021 vom 13. April 1992 über Preis- und Wettbewerbsfreiheit neben der gleichzeitigen Regulierung von Preisen, wettbewerbsbeschränkenden Praktiken und unlauterem Wettbewerb, auch den regulatorischen Rahmen für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen bestimmt. Nach Art. 18 der Verordnung von 1992 waren wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen verboten. Diese Verbote wurden durch das Gesetz Nr. 2016-006 vom 24. Februar 2016 zur Organisation des Wettbewerbs in Mali aufgehoben.

Das Gesetz Nr. 2016-006 vom 24. Februar 2016 über die Organisation des Wettbewerbs in Mali integriert somit unter Berücksichtigung des Inkrafttretens des Gemeinschaftsrechts und unter Berücksichtigung der von der Union festgelegten Definition wettbewerbswidriger Praktiken den gemeinschaftlichen Besitzstand und die Verpflichtungen der Gemeinschaft und räumt der Verwaltung ausdrücklich die Befugnis ein, sich mit den Unternehmen, die wettbewerbswidrige Praktiken begangen haben, zu einigen und Sanktionen zu verhängen¹⁷³, und überträgt den nationalen Strafgerichten im Falle von Gerichtsverfahren die Zuständigkeit.¹⁷⁴

Das Gesetz Nr. 2016-006 vom 24. Februar 2016 über die Organisation des Wettbewerbs in Mali regelt parallel zu den wettbewerbswidrigen Praktiken *stricto sensu* auch eine Reihe von Verhaltensweisen, die als unlauter oder als gegen den Verbraucherschutz verstößend eingestuft werden. Unter Kapitel III mit dem Titel „Restriktive Wettbewerbsverhaltensweisen“ werden Verhaltensweisen wie Festpreise (Art. 14), Verlustverkäufe (Art. 13), missbräuchliche Ausnutzung einer wirtschaftlich abhängigen Po-

172 In der Tat sieht Art. 3 der Verordnung Nr. 07-025 folgendes vor „*Toutefois, dans les secteurs économiques et dans les localités où la concurrence par les prix est limitée pour quelque raison que ce soit, dans des situations de crise ou dans les cas de hausse excessive sur le marché, le gouvernement peut, par décret pris en Conseil des Ministres, réglementer les prix ou les fixer.*“

173 Nach Art. 25 der Verordnung Nr. 2016-006 vom 24 Februar 2016 über die Organisation des Wettbewerbs in Mali: „*Les décisions sont prises par le Directeur en charge de la Concurrence qui peut transiger avec les personnes poursuivies, à leur demande, pour infraction à la présente loi.*“

174 Nach Art. 27 de la Loi N°2016-006 du 24 Février 2016 portant organisation de la concurrence au Mali, « *La Direction en charge de la concurrence doit informer immédiatement le Procureur de la République compétent dès constatation de l'infraction.*“

sition durch ein Unternehmen (Art. 16), Preisabsprachen (Art. 15) usw. geregelt. Weiterhin sind Verunglimpfung, Desorganisation und Verwirrung in den Art. 17-19 verboten. Schließlich kennt die Verordnung Verbraucherschutzbestimmungen wie Werbe- und Abrechnungsvorschriften.

fff. Niger

Auch im Niger blieb die französische Verordnung von 1945 bis 1992 in Kraft und wurde dann durch die Verordnung Nr. 92-025 vom 7. Juli 1992 über Preise und Wettbewerb abgelöst. Die Verordnung von 1992 setzt einen starken Schwerpunkt auf die Regulierung der Preise von Waren und Dienstleistungen auf dem Markt und verleiht, wie die französische Verordnung, der Verwaltung und insbesondere dem Handelsministerium erweiterte Befugnisse zur Preisregulierung. Einige Bestimmungen befassen sich mit wettbewerbsbeschränkenden Praktiken und unlauterem Wettbewerb. Ein weiteres charakteristisches Merkmal der Verordnung von 1992 ist die Berücksichtigung des Verbraucherschutzes, indem den Gewerbebetreibenden eine Reihe von Verpflichtungen auferlegt werden, insbesondere in den Bereichen der Preiswerbung und der Kennzeichnung. Gemäß Art. 1, der die Ziele der Verordnung von 1992 definiert, *„zielt diese Verordnung auf den Schutz der Verbraucher und die Gewährleistung des freien Wettbewerbs zwischen Kaufleuten, Herstellern und Dienstleistern ab“*.¹⁷⁵

Dieses erklärte Ziel des Schutzes des freien Wettbewerbs spiegelt sich im positiven Recht nicht wider. Denn obwohl Art. 2 der Verordnung den Grundsatz der Preisfreiheit vorsieht, entwertet Art. 3 diesen Grundsatz, indem dem Handelsminister die Möglichkeit eingeräumt wird, die Verkaufspreise von bestimmten Waren und Dienstleistungen einseitig festzusetzen.¹⁷⁶ Daher unterscheiden sich die Verfahren zur Bestimmung der regu-

175 Art. 1 der Verordnung von 1992 lautet: „ (...) *la présente ordonnance vise à protéger les consommateurs et garantir la libre concurrence entre les commerçants, industriels et prestataires de services.* “

176 Nach Art. 2 der Verordnung von 1992: *„Les prix de vente des marchandises et produits, qu’ils soient d’importation ou de fabrication locale, ainsi que ceux des services demeurent libres dans la république du Niger, sous réserve des dispositions de la présente ordonnance “* et l’article 3 prévoit en ce qui le concerne que *« Les prix de vente de certains produits et de certains services peuvent être fixés par arrêté du ministre chargé du Commerce. La liste des produits et services visés est fixée par décret. L’arrêté peut prévoir toutes les dispositions accessoires destinées à assurer son application et à faciliter le contrôle de son exécution. »*

lierten Preise nach der Art der betreffenden Produkte. Die Preise für Waren und Dienstleistungen werden entweder durch eine absolute Obergrenze oder durch die Bestimmung einer maximalen Gewinnspanne festgelegt.

Unter der Überschrift „*Règles des freien Wettbewerbs*“ werden in Art. 17 der Verordnung von 1992 bestimmte wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen geregelt, die häufig im Gegensatz zu sogenannten wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen im engeren Sinne stehen, wie zum Beispiel die Verkaufsverweigerung, Koppelungsgeschäfte und diskriminierende Verkaufsbedingungen. Es ist interessant festzustellen, dass diese Bestimmung in Abschnitt (c) den Mindestpreis verbietet, ein Verbot, das im Wesentlichen dem Verbot von Kartellen sehr ähnlich ist. Es Hersteller, Händler und Dienstleister untersagt, einen Mindestpreis für Waren und Dienstleistungen oder eine Mindesthandelsspanne zu vereinbaren, gleich in welcher Art und Form.¹⁷⁷ Im Wesentlichen verbietet diese Bestimmung Preisabsprachen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine Preisfestsetzung durch Händler und Dienstleister nur innerhalb des Regelungsrahmens nach zwei Grundsätzen möglich ist: der Festlegung absoluter Preise für Waren und Dienstleistungen und der Bestimmung von Gewinnspannen.

Somit kann die Verordnung über Preise und Wettbewerb von 1992 nicht als Garantie für den freien Wettbewerb eingestuft werden. Sie hat eine interventionistische Ausrichtung, die der Exekutive weitgehende Befugnisse einräumt, und zwar im Falle der Preisregulierung dem Handelsminister. Die Bestimmungen über die Preisregulierung stehen nicht im Einklang mit den vom Gemeinschaftsrecht geforderten Grundsätzen der Marktneutralität. Obwohl eine Reform zur Überarbeitung der Verordnung und zur Anpassung an die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln im Gange ist, ist die Verordnung gegenwärtig noch anwendbar und wird von den Dienststellen des Handelsministeriums durchgesetzt.

Das Projekt zur Reformierung des Wettbewerbsrechts zielt auf mehr Offenheit und Integration der Marktgrundsätze ab. Der Entwurf eines Gesetzes über Wettbewerb und Verbraucherschutz in Niger strebt die Grundsätze des freien und unverfälschten Wettbewerbs an,¹⁷⁸ während gleichzeitig im Einklang mit den Wettbewerbsgesetzen der anderen UEMOA-Mitglied-

177 Art. 17 Abschnitt c) der Verordnung von 1992 lautet: „*Il est interdit à tout producteur, commerçant et prestataire de service de conférer, maintenir un prix minimal aux produits et prestations de services ou un caractère minimal aux marges commerciales notamment sous forme d'ententes, quelle qu'en soit la nature ou la forme.*“

178 Nach Art. 1 des Entwurfs einer Verordnung über den Wettbewerb und den Verbraucherschutz im Niger „*L'objectif général de la présente ordonnance est de promouvoir la concurrence en tant que moyen d'assurer une allocation efficiente des res-*

staaten ein Interventionsvorbehalt des Staates bei der Kontrolle der Preise für bestimmte Waren und Dienstleistungen vorgesehen ist.

Eine weitere Neuerung des Verordnungsentwurfs betrifft die ausschließliche Zuständigkeit der Union bei der Regulierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen und die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission bei ihrer Durchführung. Der Beschlussentwurf zielt darauf ab, das nationale Recht mit dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft in Einklang zu bringen.

Der Verordnungsentwurf beschränkt sich jedoch nicht auf den Schutz des freien Wettbewerbs im engeren Sinne. Parallel dazu werden wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise, der unlautere Wettbewerb und der Verbraucherschutz im Entwurf geregelt. Die Änderungen beschränken sich nicht auf das materielle Recht. Tatsächlich wurde auch die Umsetzung des Wettbewerbsrechts neu ausgerichtet, da sie nicht mehr in die ausschließliche Zuständigkeit der Verwaltung fällt. Eines der neuen Elemente ist die Schaffung einer nationalen Wettbewerbskommission, die für die Durchführung von kartellrechtlichen Sanktionen zuständig ist. Im Gegensatz zur Preisverordnung von 1992 widmet der Entwurf der Verordnung über Wettbewerb und Verbraucherschutz ein ganzes Kapitel den wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, und zwar im Einklang mit und in Übereinstimmung mit den Gemeinschaftsanforderungen. In diesem Sinne regeln Art. 12 und 13 jeweils Kartellverbote und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Fusionen, die eine marktbeherrschende Stellung begründen oder stärken können, sind im Entwurf ebenfalls ver-

sources et d'accroître le choix, d'améliorer la qualité, de réduire les prix et de stimuler l'offre des biens ou services aux consommateurs.

La présente ordonnance vise:

- 1. à protéger les intérêts économiques et le bien être des consommateurs dans l'exercice des activités de commerce dont le but est de satisfaire les besoins du consommateur tant au niveau des prix que de la qualité du produit ou service offer ;*
- 2. à garantir la liberté des prix et la libre concurrence des activités de commerce qui doivent contribuer à l'amélioration, l'animation de la vie urbaine et rurale, la promotion de la compétitivité des industries nationales, la promotion des PME, la stimulation de l'innovation et l'encouragement de l'intégration régionale;*
- 3. à contrôler ou éliminer les ententes, accords ou arrangements restrictifs entre entreprises, les fusions et les acquisitions et ou l'abus d'une position dominante ou toute autre pratique anticoncurrentielle, qui limitent l'accès aux marchés ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, ayant des effets préjudiciables au commerce ou au développement économique et social sur le plan national ou international;*
- 4. à éliminer les pratiques de concurrence illicite et de concurrence déloyale. “*

boten. Art. 14 sieht die Nichtigkeit wettbewerbswidriger Verhaltensweisen vor. Ausnahmen sind in Art. 15 des Verordnungsentwurfs geregelt. Gemäß dem Gemeinschaftsrecht, das die ausschließliche Zuständigkeit an die Kommission überträgt, wird die Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen im Einklang mit dem UEMOA-Kartellrecht geregelt. Gemäß Art. 16 des Beschlussentwurfs, in dem das Gemeinschaftsrecht in Bezug genommen wird, sind wettbewerbswidrige Vereinbarungen und der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne der Art. 12 und 13 gemäß den Gemeinschaftsvorschriften der UEMOA zu bestrafen.¹⁷⁹

ggg. Togo

In Togo blieb die französische Preisverordnung von 1945 bis 1999 in Kraft, bevor die Preise für Waren und Dienstleistungen durch das freie Spiel des Wettbewerbs gemäß Art. 1 des Gesetzes Nr. 99-011 vom 28. Dezember 1999 über Organisation des Wettbewerbs in Togo festgelegt werden konnten. In Art. 1 heißt es: *„Die Preise von Gütern, Waren und Dienstleistungen sind im gesamten Staatsgebiet frei und werden einzig durch das Spiel des Wettbewerbs bestimmt.“*¹⁸⁰ Diese Regelung, die die Bestimmung der Preise von Gütern, Waren und Dienstleistungen durch Angebot und Nachfrage anerkennt und in allen nationalen Wettbewerbsgesetzen der UEMOA-Mitgliedstaaten identisch gefasst. Die Anerkennung der Preisfreiheit ist jedoch letztlich nur eine Fassade, da dieselbe Bestimmung in allen UEMOA-Mitgliedstaaten dem Staat die Befugnis gibt, unter bestimmten Voraussetzungen Preise auf dem Markt zu bestimmen.¹⁸¹

179 Art. 16 des Beschlussentwurfs lautet: *„Les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante définis aux articles 12 et 13 sont réprimés conformément aux dispositions de la législation communautaire de l’UEMOA.“*

180 Art. 1 des Gesetzes 99-011: *„Les prix des produits, des biens et des services sont libres sur toute l’étendue du territoire national et déterminés par le seul jeu de la concurrence.“*

181 Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 99-011 vom 28. Dezember 1999 über die Organisation des Wettbewerbs in Togo: *„toutefois les dispositions ci-dessus ne font pas obstacle à ce que sur autorisation par décret en conseil des ministres, le ministre chargé du Commerce adopte des mesures temporaires contre des hausses excessives des prix lorsqu’une situation de crise, des circonstances exceptionnelles ou une situation anormale du marché dans un secteur économique donné les rendent nécessaires. Il en précise la durée de validité qui ne saurait excéder six (6) mois“. Insbesondere über die staatliche Feststellung der Preise bestimmt Art. 2 des Gesetzes Nr. 99-011 vom 28. Dezember 1999 über die Organisation des Wettbewerbs in Togo: „Dans les secteurs d’activité*

Die Art. 12 und 13 des Gesetzes von 1999 regeln jeweils das Verbot von Kartellen und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Art. 12 verbietet alle Formen von abgestimmten Maßnahmen sowie ausdrückliche oder stillschweigende Kartell- oder Koalitionsvereinbarungen, die die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf dem Markt bezwecken oder bewirken. In Bezug auf die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung sieht Art. 13 des Gesetzes von 1999 vor, dass

„unter den in Art. 12 genannten Bedingungen die Ausnutzung

- jedes Anstiegs der Preise durch ein Unternehmen oder eine Unternehmensgruppe,*
- einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder eines wesentlichen Teils davon,*
- der wirtschaftlichen Abhängigkeit, in der ein Kunde oder ein Lieferunternehmen keine gleichwertige Lösung hat,*

verboten ist.“

Zu diesen Missbräuchen können unter anderem Verkaufsverweigerungen, Kopplungsgeschäfte, diskriminierende Verkaufsbedingungen, Preisabsprachen sowie eine ungerechtfertigte Beendigung von Geschäftsbeziehungen gehören.¹⁸²

Eine wichtige Ausnahme im Einklang mit der Befugnis des Staates, durch Preisfestsetzungen in den Markt einzugreifen, ist in Art. 15 des Gesetzes von 1999 vorgesehen. Aus dieser Bestimmung geht hervor, dass Verhaltensweisen, die sich aus der Anwendung eines Gesetzes nach der Konsultation der Nationalen Kommission ergeben haben, nicht den Bestimmungen der Art. 12 und 13 unterliegen.

économique ou dans les localités du territoire où la concurrence par les prix est limitée en raison de situation de monopole ou de difficultés durables d’approvisionnement, le ministre chargé du Commerce peut réglementer les prix dans les conditions fixées par décret en Conseil des ministres.“

182 Art. 13 des Gesetzes von 1999: *„ (...) est prohibée, dans les conditions autres que celles visées à l’article 12 ci-dessus, l’exploitation:*

- de toute tendance à la hausse des prix par une entreprise ou groupe d’entreprises ;*
 - d’une position dominante sur le marché intérieur ou une part substantielle de celui-ci ;*
 - de l’état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente.*
- Ces abus peuvent notamment consister en des refus de vente, en des ventes liées, en des conditions de vente discriminatoires ou en des pratiques.“*

Kapitel II des Gesetzes von 1999 enthält Informationen zu Preisen und Verkaufsbedingungen. Dieses Kapitel regelt die Veröffentlichung von Preisen (Art. 3 und 4), den Verbrauchsgüterkauf (Art. 5) und die Abrechnung (Art. 6, 7 und 8). Kapitel V des Gesetzes von 1999 befasst sich mit der Markttransparenz und restriktiven Wettbewerbsverhaltensweisen. Es regelt die Bestimmung von Festpreisen (Art. 16), Verlustverkäufe/Dumping (Art. 17), die Weigerung, an Verbraucher zu verkaufen (Art. 18), diskriminierende Verhaltensweisen zwischen Händlern (Art. 19), wilde Verkäufe und Para-Handel (Art. 20), sowie irreführende Werbung (Art. 21).

Bestimmte Regeln des Gesetzes von 1999 über die Organisation des Wettbewerbs, wie beispielsweise über die Preiswerbung und die Abrechnung, sind durch das Dekret Nr. 2001-207/PR über die Modalitäten der Umsetzung des Gesetzes vom 28. Dezember 1999 über die Organisation des Wettbewerbs in Togo festgelegt.

bb. Das Fehlen von Wettbewerbsvorschriften in Guinea-Bissau

Guinea-Bissau hat kein nationales Wettbewerbsrecht, geschweige denn eine für seine Umsetzung zuständige Behörde. Es gibt jedoch einige Verordnungen, die sich auf die Schaffung eines einheitlichen Zeitfensters für die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten und auf das Inverkehrbringen und die Ausfuhr von Cashewnüssen beziehen. Das UEMOA-Kartellrecht gilt dann direkt in Guinea als nationales Recht, da der UEMOA-Vertrag unmittelbar in den Mitgliedstaaten anwendbar ist. Im Fall von Kartellrechtsverstößen auf nationaler Ebene soll die zuständige Behörde das UEMOA-Kartellrecht anwenden, um die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu bestrafen.

Das UEMOA-Kartellrecht ist jedoch wenig bekannt. Guinea-Bissau ist ein portugiesischsprachiges Land, das Mitglied einer Organisation zur wirtschaftlichen Integration ist, in welcher die Geschäftssprache Französisch ist. Die Sprachbarriere ist ein erstes Hindernis für die Kenntnis des gemeinschaftlichen Kartellrechts.¹⁸³ Darüber hinaus fehlt dem Land eine Wettbewerbskultur. Derzeit ist die Abteilung für Preise und Wettbewerb des Handelsministeriums für die Untersuchung von Preisen und die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten zuständig. Es werden häufig Fälle über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen bei der Vermarktung von Cashew-

183 Nach unserem Gespräch mit den Richtern des UEMOA-Gerichtshof am 21. 01. 2019.

nüssen und Reisimporten gemeldet. Sie bleiben jedoch aufgrund des Fehlens von nationalen Kartellrechtsvorschriften ungestraft. Eine Preisgesetzgebung, wie sie in anderen UEMOA-Mitgliedsländern üblich ist, fehlt in Guinea-Bissau, da der zuständigen Behörde nicht hinreichend bekannt ist, dass sie das gemeinschaftliche Kartellrecht direkt anwenden kann.¹⁸⁴ Im Übrigen hat die Regierung die Möglichkeit, unter bestimmten Umständen bei der Preisfestsetzung einzugreifen. Die wichtigste Neuerung wurde durch das Gesetzesdekret Nr. 1/2005 (*Decreto-Lei Nr. 1/2005*) eingeführt, das eine zentrale Anlaufstelle geschaffen hat, wodurch die Formalitäten der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit erleichtert wurden. Der *Loja do Operador Económico* zentralisiert alle Formalitäten im Zusammenhang mit der Ausübung einer gewerblichen, industriellen und touristischen Tätigkeit. Diese Gesetzgebung ist der erste Schritt zur Schaffung eines günstigen Umfelds für Wirtschaftstätigkeiten und private Investitionen, um die wirtschaftliche Entwicklung Guinea-Bissaus zu fördern. Personen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben möchten, müssen sich im nationalen Handelsregister (*Registre National du Commerc - RNC*) registrieren lassen, um die Niederlassungserlaubnis und die Ausfuhrgenehmigung zu erhalten. Sämtliche Formalitäten können in ein und demselben Büro erledigt werden. Die Erleichterung des Verfahrens zur Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit ist durch das Ziel motiviert, die Wirtschaftstätigkeit anzuregen.

Die Vermarktung von Cashewnüssen unterliegt besonderen Vorschriften. Die Ausübung des Wettbewerbs in diesem Bereich wird staatlich kontrolliert. Der Markteintritt erfolgt nicht automatisch, sondern ist genehmigungspflichtig. In *Decreto-Lei Nr. 3/2005* werden die Bedingungen für den Markteintritt und die Modalitäten für die Ausübung des Wettbewerbs in diesem Sektor festgelegt. Art. 3 des *Decreto-Lei Nr. 3/2005* sieht vor, dass das Inverkehrbringen und die Ausfuhr von Cashewnüssen nach den Grundsätzen des freien Wettbewerbs unter den gesetzlich vorgesehenen Bedingungen erfolgen. Der Eintritt in den Sektor wird trotz der Bekräftigung des Grundsatzes des freien Wettbewerbs kontrolliert. Auch der Kaufpreis der Cashewnüsse bei den Produzenten wird vom Ministerrat auf Vorschlag des Präsidenten des Nationalrats der Mahagoni-Nuss (Art. 10) festgelegt. Andere Aspekte der Herstellung, Konservierung und Vermarktung von Cashewnüssen sind ebenfalls gesetzlich reglementiert.

184 Nach unserem Gespräch mit den Richtern des UEMOA-Gerichtshof am 21. 01. 2019.

II. Das Aufkommen eines gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts in der UEMOA

In diesem Teil werden das gemeinschaftliche Kartellrecht der UEMOA (1) und die Ziele des UEMOA-Kartellrechts (2) näher untersucht.

1. Das UEMOA-Kartellrecht

Die Ausübung der ausschließlichen Zuständigkeit der UEMOA für die Regulierung des Wettbewerbs hat zur Folge, dass der Erlass eines gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts gefördert wird. Es ist daher notwendig, sich auf die Quellen des UEMOA-Kartellrechts (a) zu konzentrieren, da dies eine Vereinheitlichung des Kartellrechts im UEMOA-Raum gemäß den Zielen des Vertragsstaatsvertrags (b) ermöglicht.

a. Quellen des gemeinschaftlichen Kartellrechts

Das UEMOA-Kartellrecht ist ein Regelwerk, das auf den Bestimmungen des UEMOA-Vertrags und seiner Anhänge basiert. Bezüglich der Entwicklung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts der UEMOA ist festzustellen, dass sie im Gegensatz zur UMOA, die in diesem Bereich entstandene Rechtsordnung auf einige wenige Normen reduziert hat, von Gemeinschaftseinrichtungen ausgehen. Zu diesem Zweck werden zwei Quellen des UEMOA-Wettbewerbsrechts unterschieden: das primäre Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft und das aus dem Wettbewerb abgeleitete Gemeinschaftsrecht.

aa. Die primären Normen des UEMOA-Kartellrechts

Die primären Normen des UEMOA-Wettbewerbsrechts sind im UEMOA-Vertrag geregelt. Titel IV des UEMOAV enthält in seinem Absatz 4 eine Reihe von Wettbewerbsregeln, die in drei Gruppen unterteilt werden können, nämlich die für Unternehmen geltenden Bestimmungen, die für die Mitgliedstaaten geltenden Bestimmungen und die Durchführungsbestim-

mungen. Diese Regeln bilden die Grundlage für allgemeine Regeln und Grundsätze des Wettbewerbsrechts.¹⁸⁵

Die erste Gruppe von Wettbewerbsregeln im Vertrag richtet sich an Unternehmen. Art. 88a UEMOAV verbietet Vereinbarungen, Vereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die eine Einschränkung oder Verzerrung des Wettbewerbs innerhalb der Union bezwecken oder bewirken. Art. 88b verbietet jede Verhaltensweise eines oder mehrerer Unternehmen, welche einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil darstellt.

Ausgehend vom US-amerikanischen Kartellrecht zieht die Lehre¹⁸⁶ in der Regel eine *summa divisio* zwischen dem kollektiven Charakter des in Art. 88a UEMOAV genannten Verhaltens und der individuellen Dimension der in Art. 88b UEMOAV verbotenen Praktiken („*single firm conduct*“ oder „*unilateral conduct*“).¹⁸⁷ Die Bestimmungen der Art. 88 a und b des UEMOA-Vertrags sind Bestimmungen des *ordre public*, da die Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen privater Vereinbarungen hiervon nicht abweichen dürfen.¹⁸⁸

Die zweite Regelgruppe enthält die an die Staaten gerichteten Bestimmungen. Art. 88c verbietet öffentliche Beihilfen, die den Wettbewerb verfälschen könnten, indem sie bestimmte Unternehmen oder die Produktion bestimmter Ware begünstigen. Daher ist es den Staaten untersagt, Unternehmen Beihilfen zu gewähren und gegebenenfalls den Wettbewerb auf dem Markt zu verfälschen. Während der in Art. 88c genannte Gegenstand

185 Mbissane, Ngom: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA : le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 81.

186 Siehe Petit, Nicolas: Droit européen de la concurrence, S. 62.

187 Siehe Petit, Nicolas: Droit européen de la concurrence, S. 62.

188 In Europa hat der EuGH im Manfredi-Urteil entschieden: «Die Artikel 81 Absatz 1 EG und 82 EG erzeugen in den Beziehungen zwischen Einzelnen unmittelbare Wirkungen und lassen unmittelbar in deren Person Rechte entstehen, die die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben». Siehe dazu, EuGH in den verbundenen Rechtssachen C-295/04 à C-298/04, Vincenzo Manfredi gegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito gegen e Fondiaria Sai SpA (C-296/04) und Nicolo Tricarico (C-297/04) und Pasqualina Murgolo (C-298/04) gegen Assitalia SpA, 13 Juli 2006, Slg. 2006, S. I-6655, § 31. Siehe auch, Urteil des Gerichts in den Sachen T-128/98, Aéroport de Paris / Kommission, 12. Dezember 2000, Slg. 2000, S. II-3929, Sammlungs. 2000, S. II-3929, In § 174, der sich auf eine Bestimmung der "wirtschaftlichen öffentlichen Ordnung" bezieht, und auf § 241: "Ziel der öffentlichen Ordnung des Wettbewerbsrechts ist es gerade, ihre Bestimmungen verbindlich zu vorzuschreiben und den Wirtschaftsteilnehmern zu verbieten, in ihren Vereinbarungen von ihnen abzuweichen".

mit dem Fortschritt der Liberalisierungsprogramme der UEMOA-Mitgliedsländer an Bedeutung verliert, ist der Streit um öffentliche Beihilfen noch in vollem Gange. Dies zeigt sich in der Vielzahl von Entscheidungen der UEMOA-Kommission gegen die Mitgliedstaaten über öffentliche Beihilfen, die den Staaten zuzurechnende Kartellrechtsverstöße darstellen.¹⁸⁹ Diese Bestimmungen werden in dieser Arbeit, da hier die Sanktionen im Mittelpunkt stehen, nicht weiter berücksichtigt.

Eine dritte und letzte Regelungsgruppe enthält die Bestimmungen zur Umsetzung des Art. 88 UEMOAV. Gemäß Art. 89 UEMOAV ist der Ministerrat befugt, Verordnungen oder Richtlinien zu erlassen, die für die Anwendung der in Art. 88 genannten Verbote erforderlich sind. Die Verordnungen oder Richtlinien werden mit einer Mehrheit von zwei Dritteln (2/3) seiner Mitglieder und auf Vorschlag der Kommission angenommen. Art. 89 UEMOAV legt die jeweiligen Befugnisse des Rates und der Kommission zur Anwendung von Art. 88 UEMOAV fest, sofern keine Durchführungsmaßnahmen des Rates gemäß Art. 89 UEMOAV erlassen wurden.¹⁹⁰ Die Kommission bezieht ihre Regelungsbefugnis somit aus *Ad-hoc*-Genehmigungen, die vom Rat¹⁹¹ erteilt werden, wenn sie eine Verordnung ohne die Maßnahmen zu ihrer Umsetzung annimmt. Somit sind die Bestimmungen von Art. 88 UEMOAV die wichtigste Quelle, denn die von den Organen der Union zu erlassenden Bestimmungen sind bloße Durchführungsmaßnahmen für diese Regeln.

Das primäre Wettbewerbsrecht ist ein Modell der Prägnanz, dessen logische Konsequenz den Rat dazu veranlasst hat, zahlreiche Instrumente des Sekundärrechts anzunehmen, um die Bedingungen für die Anwendung von Art. 88 UEMOAV festzulegen.

bb. Sekundärquellen des UEMOA-Kartellrechts

Die Anwendung von Art. 88 UEMOAV ist der Hauptzweck der sekundärrechtlichen Wettbewerbsinstrumente. Die Analyse der sekundären wettbewerbsrechtlichen Quellen der UEMOA muss sich auf die Art. 42 und 43 UEMOAV stützen, in denen die Regeln für die von den Organen der Uni-

189 *Bakhum, Mor*: Etude sur la révision du cadre institutionnel de mise en œuvre des règles communautaires de concurrence de l'UEMOA, rapport final, S. 40 ff.

190 Gemäß Art. 42 dritter Gedankenstrich UEMOAV "*erlässt die Kommission Verordnungen zur Durchführung von Rechtsakten des Rates ...*".

191 Vgl. *Petit, Nicolas*, Droit européen de la concurrence, S. 65.

on erlassenen Rechtsakte festgelegt sind. So ermöglicht Art. 42 eine Unterscheidung zwischen zusätzlichen Rechtsakten der Versammlung der Staats- und Regierungschefs, Verordnungen, Richtlinien und Beschlüssen des Ministerrates, Durchführungsbestimmungen, Beschlüssen, Empfehlungen sowie Stellungnahmen der Kommission und des Parlaments. In dieser Bestimmung wird daher die Art der Rechtsakte festgelegt, die jedes Organ im Rahmen seiner Befugnisse erlassen kann. Was Art. 43 betrifft, so legt er die Merkmale der verschiedenen Rechtsakte fest. Nach dieser Bestimmung haben die Verordnungen allgemeine Geltung. Sie sind in ihrer Gesamtheit verbindlich und gelten in jedem Mitgliedstaat unmittelbar. Die Richtlinien sind für jeden Mitgliedstaat hinsichtlich der zu erzielenden Ergebnisse verbindlich. Die Entscheidungen sind für die benannten Adressaten in ihrer Gesamtheit verbindlich. Empfehlungen und Stellungnahmen sind nicht bindend.¹⁹²

Die Quellen des sekundären Wettbewerbsrechts der UEMOA sind die verschiedenen Texte, die der Ministerrat auf der Grundlage von Art. 89 UEMOAV verabschiedet hat. Konkret handelt es sich dabei um drei Verordnungen und zwei Richtlinien, die detaillierte Regeln für die Umsetzung des UEMOA-Wettbewerbsrechts enthalten. Dies sind die Verordnung 02/2002/CM/UEMOA über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen innerhalb der UEMOA und über Kartelle und den Missbrauch marktherrschender Stellungen, die Verordnung 03/2002/CM/UEMOA über Verfahren, die auf Kartelle anwendbar sind, und den Missbrauch marktherrschender Stellungen innerhalb der UEMOA, die Verordnung 04/2002/CM/UEMOA über staatliche Beihilfen innerhalb der UEMOA und die Durchführungsbestimmungen von Art. 88 c des Vertrags, die Verordnung 01/2002/CM/UEMOA über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen einerseits und zwischen den Mitgliedstaaten und internationalen oder ausländischen Organisationen andererseits sowie die Verordnung 02/2002/CM/UEMOA über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsstrukturen der Mitgliedstaaten zur Anwendung der Art. 88, 89 und 90 UEMOAV.

192 Art. 43 UEMOAV lautet: *„Les règlements ont une portée générale. Ils sont obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables dans tout Etat membre. Les directives lient tout Etat membre quant aux résultats à atteindre. Les décisions sont obligatoires dans tous leurs éléments pour les destinataires qu’elles désignent. Les recommandations et les avis n’ont pas de force exécutoire.“*

Hinzu kommen die Verwaltungsrechtsprechung der Kommission und die Rechtsprechung des CJUEMOA. Als Hüterin des Vertrages gemäß Art. 26 UEMOAV ist die Kommission nach Art. 90 UEMOAV¹⁹³ befugt, die in den Art. 88 und 89 vorgeschriebenen Wettbewerbsregeln anzuwenden. Als Teil dieser Aufgabe hat sie die Macht, Entscheidungen zu treffen. Die Entscheidungen der Kommission sind einseitige Rechtsakte, mit denen sie eine Verhaltensweise als mit dem Gesetz unvereinbar erklärt, von Fall zu Fall vorläufige Maßnahmen ergreift, Verpflichtungen trifft und auferlegt, Korrekturmaßnahmen anordnet, Geldbußen verhängt, die Nichtanwendung der Wettbewerbsregeln erklärt, den Nutzen einer Freistellung anerkennt, eine Beschwerde ablehnt usw.¹⁹⁴ Die Entscheidungen der Kommission genießen ein Vorrecht, denn wenn sie eine Beschwerde einreichen, ändern sie damit die bestehende Rechtsordnung; sie haben allein die Vollstreckungsmacht, es muss kein Richter eingeschaltet werden. Man geht von der Gesetzeskonformität aus.

Darüber hinaus sind Mitteilungen und Leitlinien, Berichte über die Wettbewerbspolitik, Studien, Diskussionspapiere, Doktrinen und andere wissenschaftliche Beiträge sowie nationale Wettbewerbsgesetze ebenfalls Quellen des UEMOA-Wettbewerbsrechts, zu dessen Hauptzielen die Vereinheitlichung des Wettbewerbsrechts in UEMOA gehört.

193 Art. 26 UEMOAV: « *La Commission exerce, en vue du bon fonctionnement et de l'intérêt général de l'Union, les pouvoirs propres que lui confère le présent Traité. A cet effet, elle :*

- *transmet à la Conférence et au Conseil les recommandations et les avis qu'elle juge utiles à la préservation et au développement de l'Union ;*
- *exerce, par délégation expresse du Conseil et sous son contrôle, le pouvoir d'exécution des actes qu'il prend ;*
- *exécute le budget de l'Union ;*
- *recueille toutes informations utiles à l'accomplissement de sa mission ;*
- *établit un rapport général annuel sur le fonctionnement et l'évolution de l'Union qui est communiqué par son Président au Parlement et aux organes législatifs des Etats membres ;*
- *élabore un programme d'actions qui est soumis par son Président, à la session ordinaire du Parlement, qui suit sa nomination ;*
- *assure la publication du Bulletin officiel de l'Union. »*

194 Vgl. Petit, Nicolas: Droit européen de la concurrence, S. 68.

b. Die Vereinheitlichung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts

Die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Wettbewerbsaufsicht bewirkt eine Vereinheitlichung des Wettbewerbsrechts im Bereich der UEMOA.¹⁹⁵ Seit dem Inkrafttreten der verschiedenen Verordnungen zur Umsetzung des UEMOAV im Januar 2003 gibt es in allen Mitgliedstaaten der Union ein einziges Wettbewerbsrecht. Die Rechtsvereinheitlichung ist eine „Substitution eines einzelnen Rechts oder einer Reihe von Bestimmungen durch formal unterschiedliche Rechte oder Rechtsnormen“.¹⁹⁶ Sie ist das Ergebnis der Hinzufügung eines spezifischen Regelwerks für bestimmte internationale Vorgänge, die den nationalen Behörden ihre Zuständigkeit für die Verabschiedung von Normen entzieht. Im UEMOA-Rechtraum ist die Substitution nicht vollständig in dem Sinne, dass die neuen Wettbewerbsvorschriften den Staaten ihre Zuständigkeit sowohl für die internationalen Beziehungen als auch für die internen Beziehungen entzogen wird. Denn gemäß Art. 5 UEMOAV fördern die Organe der Union in Ausübung der ihnen übertragenen Befugnisse die Annahme von Mindestanforderungen und Rahmenvorschriften, die von den Mitgliedstaaten zu ergänzen sind. Mit der Vereinigung gibt es also nur ein einziges geltendes Regelwerk: das der Gemeinschaftsvorschriften. Das durch die Union geschaffene Regelwerk ist nicht einheitlich, sondern einzigartig. Im Zusammenhang mit der Schaffung eines Binnenmarktes des freien Wettbewerbs ist es nicht zulässig, unterschiedliche Rechtsgebiete mit übereinstimmenden Gesetzen fortbestehen zu lassen, sondern man muss eine einzige Rechtsordnung für dieses Teilgebiet schaffen.¹⁹⁷ Die Binnengrenzen des Rechts innerhalb der Union werden somit beseitigt. Dies ermöglicht es, im Sinne des Gemeinsamen Marktes dem territorialen Bezugssystem zu entkommen. Die Vereinheitlichung ergibt sich aus der unmittelbaren Anwendbarkeit der Verordnungen, aber auch aus ihrer Anwendbarkeit in allen ihren Teilen, was bedeutet, dass die Mitgliedstaaten keine inhaltlichen Vorbehalte äußern können und dass nationale Rechtsvorschriften hiervon nicht abweichen dürfen.

195 *Mbisanne, Ngom*: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA : le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 85.

196 Siehe *Antoine, Jeammaud* : in F. Osman (Hrsg.), Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne, S. 39.

197 *Mbissane, Ngom* : Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 85.

Die Vereinigung des UEMOA-Kartellrechts ist Teil der Ziele der Union, im Hinblick auf die Schaffung eines Gemeinsamen Marktes, die Festlegung gemeinsamer Wettbewerbsregeln für öffentliche und private Unternehmen sowie öffentliche Beihilfen und das reibungslose Funktionieren dieses Marktes.¹⁹⁸ Daher ist die Vereinigung von anderen Modalitäten der rechtlichen Integration zu unterscheiden. Sie ist zunächst von der vollständigen Rechtsharmonisierung zu unterscheiden. Die Vereinheitlichung ist darauf beschränkt, dass in die nationalen Gesetze identische und nicht eindeutige Regeln aufgenommen werden, wobei sowohl die nationalen als auch die eingefügten Regelungen getrennt im Gesetz verbleiben und die Kompetenzen der Mitgliedsstaaten nicht verkürzt werden. Dadurch wird ein identisches Regelwerk geschaffen, das aber nicht in jedem Land gleich ist, weil jeder Mitgliedstaat es in seinen nationalen betreffenden Rechtsvorschriften integrieren wird.¹⁹⁹ Infolgedessen behält jede dieser Bestimmungen ihre eigene Identität. Der Unterschied besteht darin, dass das vereinigte Recht als nationales Recht analysiert werden kann, da es vom nationalen Recht anerkannt wird, während das vereinheitlichte Recht diese Qualifikation nicht annimmt, sondern Gemeinschaftsrecht bleibt. So bleiben die Regeln des vereinheitlichten Rechts getrennt, auch wenn die Regeln identisch sind. Mit anderen Worten, die Vereinheitlichung besteht in der Koexistenz identischer nationaler Vorschriften.

Die Vereinigung ist auch von der Harmonisierung zu unterscheiden. Harmonisierung ist definiert als die Verwirklichung der Äquivalenz der nationalen Vorschriften, beziehungsweise der sozioökonomischen Kosten und Nutzen oder der Rechtslage, unter Wahrung der Vielfalt der Staatsrechte.²⁰⁰ Die Harmonisierung besteht daher in der Angleichung der Rechtsvorschriften der verschiedenen Rechtsordnungen auf der Grundlage einer Reihe gemeinsamer Normen, deren Allgemeingültigkeit es den be-

198 Präambel des UEMOAV „...la nécessité de favoriser le développement économique et social des Etats membres, grâce à l'harmonisation de leurs législations, à l'unification de leurs marchés intérieurs et à la mise en œuvre de politiques sectorielles communes dans les secteurs essentiels de leurs économies.“

199 Siehe Antoine, Jeammaud : in F. Osman (Hrsg.), Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne, S. 41; Cornu, Gérard: Vocabulaire juridique, S. 148.

200 Siehe Antoine, Jeammaud : in F. Osman (Hrsg.), Vers un code européen de la consommation. Codification, unification et harmonisation du droit des Etats membres de l'Union européenne, S. 43; Cornu, Gérard: Vocabulaire juridique, S. 148.

treffenden Staaten ermöglicht, sich in einem flexiblen Rahmen zu entwickeln. Zu diesem Zweck verfügen die Staaten über einen Ermessensspielraum.²⁰¹ Aufgrund dieser Flexibilität können die Inhalte der harmonisierten Rechtsvorschriften unterschiedlich sein, bleiben aber in Bezug auf die ihnen gemeinsamen Grundsätze gleich. Diese Äquivalenz ist eines der Merkmale, die die Harmonisierung von der Vereinigung unterscheidet. Bei der Vereinigung gibt es nur ein einziges Regelwerk, während bei der Harmonisierung die Vielfalt der Gesetze erhalten bleibt. Die Richtlinie und die Empfehlungen sind Instrumente zur Harmonisierung in der UEMOA-Region. Ziel der Richtlinie ist es, die Angleichung der verschiedenen nationalen Rechtsvorschriften zu fördern, indem sie die zu erzielenden Ergebnisse festlegt, es den Mitgliedstaaten jedoch überlässt, das geeignete Rechtsinstrument zu wählen. Das gesamte UEMOA-Wettbewerbsrecht ist das Ergebnis der Vereinigung und Harmonisierung. Neben der Vereinigung des materiellen Rechts kommt die Harmonisierung des Verfahrensrechts mit der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA hinzu, die die Zuständigkeitsbereiche zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft organisiert.

2. Ziele des UEMOA-Kartellrechts

Das UEMOA-Wettbewerbsrecht verfolgt nicht nur wirtschaftliche Ziele (a), sondern auch Integrationsziele (b).

a. Wirtschaftliche Ziele des UEMOA-Kartellrechts

Im Allgemeinen gibt es drei wirtschaftliche Ziele für ein gemeinschaftliches Kartellrecht. Dies sind Lauterkeit, wirtschaftliche Freiheit mit wirtschaftlichen Pluralismus sowie wirtschaftliche Effizienz. Zusätzlich zu diesen drei grundlegenden Zielen gibt es in der UEMOA das Ziel der Investitionsförderung. Die Lauterkeit (Fairness) des Wettbewerbs ist von einer Ordo-liberalen Ideologie geprägt und drückt den Wunsch aus, dass die Regeln des Wettbewerbsspiels für alle Teilnehmer gleich sind, da das Gesetz

201 Siehe Mialot, Camille/ Ehongo, Paul, Dima: in Delmas-Marty, Mireilles (Hrsg.), *Critique de l'intégration normative*, S. 27.

die formelle Gleichstellung der Wettbewerber gewährleisten muss,²⁰² andernfalls werden sie an der Teilnahme am Wettbewerb gehindert. Es ist daher unlauter, dass das marktbeherrschende Unternehmen, das seinerzeit einen freien Marktzugang hatte, seinen Wettbewerbern durch missbräuchliche Geschäftspraktiken den gleichen Zugang zum Markt vorenthält. In der Praxis spiegelt sich dieser Gedanke in den Mitwirkungspflichten der Wettbewerber wider, die den Inhabern wesentlicher Einrichtungen auferlegt werden, oder in dem Begriff der „asymmetrischen Regulierung“, der sich aus dem sektoralen Recht der Netzwerkindustrien ergibt.²⁰³

Allerdings sollte nicht missverstanden werden, dass sich die Fairness des Wettbewerbs im Gemeinschaftsrecht grundsätzlich von dem Ziel der nationalen Zivil- oder Strafrechtsordnungen unterscheidet, wenn es darum geht, Betreiber für unrechtmäßige Geschäftspraktiken verantwortlich zu machen; also im Gegensatz zu Geschäftspraktiken im Sinne von Art. 1382 des Bürgerlichen Gesetzbuches.²⁰⁴

Um die Ziele des UEMOA-Wettbewerbsrechts zu verstehen, muss aus historischer Sicht die Geschichte des Wettbewerbsrechts in Europa untersucht werden, weil die Ziele hierauf, vermittelt über Frankreich, beruhen. Die Entstehung echter Wettbewerbsrechtssysteme geht auf die Folgen des Zweiten Weltkriegs in Europa zurück. In Deutschland setzte sich der von der Freiburger Schule entwickelte Ordoliberalismus durch. Einige Jahre später, mit Unterstützung der Alliierten, nahm der Pariser Vertrag von 1951, mit dem die Wirtschaftsgemeinschaft für Kohle und Stahl („EGKS“) gegründet wurde, eine überwiegend liberale Ideologie an. Diese Entwicklung gipfelte 1957 in der Verabschiedung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, der den „unverfälschten“ Wettbewerb zu einem grundlegenden Element der wirtschaftlichen Entwicklung in Europa machte.

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts hatte Deutschland eine Ideologie, die als ultraliberal bezeichnet werden kann. Die preußische Gesetzgebung basierte ausschließlich auf der Vorstellung, dass die öffentliche Gewalt niemals in die vertraglichen Beziehungen zwischen privaten Wirtschaftsakteu-

202 Siehe *Petit, Nicolas*: Droit européen de la concurrence, Montchrestien-Lextenso éditions, 2013, S. 50. *Gerber, David*: Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, S. 37-38.

203 Der Begriff der asymmetrischen Regulierung bezieht sich darauf, dass der marktbeherrschende Betreiber rechtlichen Verpflichtungen unterworfen werden sollte, die seine Geschäftsfreiheit einschränken, was anderen (nicht marktbeherrschenden) Marktteilnehmern nicht auferlegt wird.

204 Siehe *Vogel, Louis*: Traité de droit commercial, S. 905.

ren eingreifen darf. Gesetzlich geschützte Kartelle wurden zur vorherrschenden vertraglichen Organisationsform der Produktion.²⁰⁵ Sie ermöglichen es Unternehmen, die Kosten des Wettbewerbs zu begrenzen und wirtschaftliche sowie strukturelle Schocks in der Wirtschaft abzufedern.²⁰⁶ Ende der Weimarer Republik 1933 gab es in Deutschland mindestens 4000 Kartelle.²⁰⁷ Das Aufkommen des NS-Regimes verstärkte die Kartellbildung der deutschen Industrie bis 1945.

Gleichzeitig entstand 1932 in Deutschland eine neue Ideologie, die der staatlichen Intervention den Vorzug gibt. Konzeptionell nah an *J. M. Keynes*, der die Unvollkommenheiten des Marktes feststellte, plädierten *W. Eucken* und seine Kollegen an der Universität Freiburg für die Verabschiedung eines Ordoliberalismus, dessen Grundidee recht einfach war. Da der Wettbewerb nicht spontan ist, muss der Staat eingreifen, um ihn zu schaffen, zu organisieren, zu verbessern und zu schützen. Die Unternehmen ziehen es vor, Verträge abzuschließen, anstatt in Rivalität zu handeln,²⁰⁸ und wenn sie sich nicht einigen können, versuchen sie, den Wettbewerb zu beseitigen, indem sie marktbeherrschende Stellungen erlangen.

Infolgedessen musste eine echte wirtschaftliche Ordnung geschaffen werden, die den Wettbewerb garantierte. Diese Anordnung muss auf einer Wirtschaftsverfassung basieren,²⁰⁹ die der einzige Schutz gegen die Gefahr von Exzessen und Willkürlichkeit der Exekutive ist. Konkret muss das Gesetz den marktbeherrschenden Unternehmen vorschreiben, sich so zu verhalten, als wären sie tatsächlich auf dem Wettbewerbsmarkt tätig. Die Befürworter dieser Lehre erstellten eine Liste von Praktiken, die als wettbewerbsbeschränkend gelten, insbesondere Verdrängungspreise, Boykotte oder Loyalitätsrabatte. Es zeigt sich, dass Anleihen an diesen Ansatz im positiven Recht verblieben sind.²¹⁰

205 Siehe *Gerber, David, J.*: Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, S. 148.

206 Siehe *Gerber, David, J.*: Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, S. 28.

207 Siehe *Petit, Nicolas*: Droit européen de la concurrence, Montchrestien-Lextenso éditions, 2013, S. 44.

208 Siehe *Gerber, David J.*: Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, S. 250.

209 *Gerber, David, J.*: Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, S. 245.

210 *Gerber, David, J.*: Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, S. 253.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen im europäischen Wettbewerbsrecht müssen die Ziele des UEMOA-Wettbewerbsrechts, dessen Vertrag den Grundsatz einer offenen und wettbewerbsfähigen Marktwirtschaft und die damit verbundenen Anforderungen vorsieht,²¹¹ verstanden werden. In der Lehre²¹² verbinden einige Vertreter das ausdrückliche Ziel, die wirtschaftliche Freiheit der Unternehmer zu schützen, mit dem Pluralismus. Der Ordoliberalismus zielt darauf ab, die wirtschaftliche Freiheit der Marktteilnehmer (und insbesondere der kleinen Marktteilnehmer und Verbraucher) vor allen Hindernissen zu schützen, die durch das Verhalten marktbeherrschender privater oder öffentlicher Akteure entstehen können. Die zugrundeliegende Idee wäre, dass alle Mitstreiter am freien Markt teilnehmen können müssen, da der Pluralismus der Wettbewerber eine Quelle des sozialen Wohlstands ist.²¹³

Die Arbeit der Harvard School in den 1950er Jahren in den Vereinigten Staaten unterstützte diese Argumentation, denn je weniger konzentriert der Markt ist, desto besser ist seine Leistung in Bezug auf Preise und Verbraucherwahl.²¹⁴ Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich das Ziel des Pluralismus in einem Ansatz für die Marktstruktur widerspiegelt, der als digital bezeichnet werden kann.

Das Ziel der wirtschaftlichen Effizienz hingegen beruht auf der wirtschaftlichen Begründung, die dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft das einzige Ziel der Effizienzförderung zuweist. Die Prämisse dieser Arbeit ist, dass der Wettbewerb der beste Weg ist, um individuelle Anstrengungen zu lenken, denn wenn er in Kraft tritt, suchen Unternehmen unermüdlich nach wirtschaftlicher Effizienz.

Das Wettbewerbsrecht der UEMOA verfolgt ein zusätzliches Ziel, nämlich die Förderung von Investitionen. Wenn es ein Ziel gibt, das im Mittelpunkt der Erfahrungen der rechtlichen, politischen und wirtschaftlichen Integration steht, dann ist es das der Investitionsförderung. Das „Investiti-

211 Nach Art. 4 UEMOAV *“Sans préjudice des objectifs définis dans le Traité de l'UM-OA, l'Union poursuit, dans les conditions établies par le présent Traité, la réalisation des objectifs ci-après:*

a) renforcer la compétitivité des activités économiques et financières des Etats membres dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et harmonisé; “

212 Siehe *Petit, Nicolas*, Droit européen de la concurrence, Montchrestien-Lextenso éditions, 2013, S. 51.

213 Siehe *Encaoua, David/Guesnerie, Roger*: La politique de la concurrence, Rapport, La Documentation française, S. 61 ff.

214 Siehe *Petit, Nicolas*: Droit européen de la concurrence, S. 51-52.

onsdiktat“²¹⁵, das einen legislativen Wettbewerb zwischen den Rechtsordnungen schafft, lässt den nationalen und gemeinschaftlichen Gesetzgebern bei der Festlegung ihrer Rechtspolitik keinen Spielraum. Die Festlegung einer unabhängigen Wirtschaftspolitik ist zu einem Luxus für die nationalen Gesetzgeber geworden, weil es für einen einzelnen Staat heute schwierig ist, wettbewerbsfähige und marktorientierte Gesetze in unabhängiger Weise durchzusetzen. Die Festlegung einer glaubwürdigen, nichtdiskriminierenden Wettbewerbspolitik, die den Schutz des Wettbewerbs als Rechtsgut in den Vordergrund stellt, ist inzwischen zu einer Anforderung geworden, die von den nationalen und gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften eingehalten werden muss. Daher wird der Schutz des freien, unverfälschten und nichtdiskriminierenden Wettbewerbs aufgrund der Erfahrungen mit rechtlichen und wirtschaftlichen Integrationen als Grundprinzip festgelegt. Der Schutz des Wettbewerbs als Institution ist in erster Linie ein Instrument der wirtschaftlichen Öffnung, das den Marktzugang für Entwicklungsländer fördern könnte.

Die Notwendigkeit der Förderung und Sicherung von Investitionen ist einer der Gründe für die Verabschiedung der Wettbewerbspolitik in den Entwicklungsländern in den 90er Jahren. Es war notwendig, die Wettbewerbspolitik zu liberalisieren, zu privatisieren und den Wettbewerbsschutz zu übernehmen, um internationale Investitionen anzuziehen.

Die Unterstützung der rechtlichen und wirtschaftlichen Integration, die Bekämpfung internationaler Kartelle, die Förderung von Investitionen und die effiziente Nutzung knapper Ressourcen sind sicherlich Ziele, die im Allgemeinen mit der regionalen Wettbewerbspolitik verbunden sind. Die Regionalisierung der Wettbewerbspolitik hat einen Mehrwert für die Entwicklungsländer. In Subsahara-Afrika haben Staaten aus historischen Gründen, im Einklang mit dem Ansatz der Wirtschaftsplanung nach ihrer Unabhängigkeit, stets eine führende Rolle bei der Ausübung wirtschaftlicher Aktivitäten gespielt. So sahen sich die UEMOA-Mitgliedstaaten, sobald sie international Souveränität erlangt hatten, mit der dringenden Notwendigkeit konfrontiert, die traditionellen Funktionen des Staates, die zuvor vom Kolonialstaat wahrgenommen wurden, um neue und komplexe Ideen zu erweitern, welche mit der Organisation und dem Aufbau ihres eigenen Wirtschaftssystems verbunden sind.²¹⁶

215 *Bakhoun, Mor*: L'articulation du droit communautaire et des droits nationaux de la concurrence dans l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA), S. 259.

216 Siehe *Salah, Mahmoud Mohamed*: RIDE 1988, S. 21.

Trotz des Rückgangs des Staates bei der Ausübung wirtschaftlicher Aktivitäten aufgrund der vom Markt aufgezwungenen Liberalisierungswelle sind die Staaten weiterhin in der Ausübung wirtschaftlicher Aktivitäten präsent. In der Tat besteht in vielen UEMOA-Mitgliedstaaten nach wie vor eine starke wirtschaftliche Konzentration, die in den Händen von Abgeordneten und regierungsnahen Wirtschaftsakteuren liegt.²¹⁷ Nationale Wettbewerbsgesetze, die in einigen Staaten seit den 1960er Jahren bestehen, haben nicht dazu beigetragen, die Konzentration der Wirtschaftstätigkeit zu verringern.²¹⁸ Obwohl wirtschaftliche Freiheit und ein freies Unternehmertum in den meisten nationalen Wettbewerbsgesetzen anerkannt sind, haben sie sich in der Praxis nicht durchgesetzt. In diesem Zusammenhang würde die Trennung der Wettbewerbsregulierung von der nationalen Ebene und die Übertragung an eine regionale Behörde den Schutz des freien Wettbewerbs und der wirtschaftlichen Freiheit verbessern. In den europäischen Staaten ist der Schutz der wirtschaftlichen Freiheit heute selbstverständlich, da die Märkte offen und wettbewerbsfähig sind und die Unternehmensfreiheit durch die Existenz wirtschaftlicher Möglichkeiten geschützt wird. Für die UEMOA-Mitgliedstaaten hingegen stellt die wirtschaftliche Konzentration die Freiheit des Unternehmens in Frage, auch wenn sie durch positives Recht anerkannt wird. Die Regionalisierung der Wettbewerbspolitik würde den Schutz der wirtschaftlichen Freiheit gewährleisten.

Darüber hinaus werden Wettbewerbsverzerrungen nicht nur von privaten Unternehmen verursacht. Im Rahmen der wirtschaftlichen Integration können auch die Staaten den Wettbewerb durch Beihilfen, die sie den Wirtschaftsteilnehmern gewähren, oder durch ihre Gesetzgebungstätigkeit beeinträchtigen. Kurz gesagt wird die Regionalisierung der Wettbewerbspolitik in den Entwicklungsländern den Schutz der Unternehmensfreiheit, dem Eckpfeiler des Wettbewerbsrechts, gewährleisten.

217 Mehr zu den wirtschaftlichen Konzentrationen in Afrika: *Gerber, David, J.*: Global Competition: Law, Markets, and Globalization, Oxford University Press 2010, S. 33.

218 Die Wettbewerbsgesetze der 1960er Jahre wurden in einigen Staaten im Einklang mit der autoritären Wirtschaftsplanung und Preisgestaltung entworfen. Sie waren nicht dazu gedacht, den freien Wettbewerb zu schützen. Siehe dazu *Salah, Mahmoud Mohamed*: RIDE 1988, S. 24.

b. Das integrationsorientierte Ziel des UEMOA-Kartellrechts

Die auf regionaler und subregionaler Ebene geschaffenen Wirtschaftsräume teilen das gemeinsame Ziel, Wirtschaftsräume zu schaffen, die breiter sind als die nationalen Wirtschaftsrahmen. Um das Risiko einer Neuaufteilung der nationalen Märkte zu vermeiden,²¹⁹ machen die UEMOA-Wettbewerbsvorschriften die rechtliche Integration zum Motor der wirtschaftlichen Integration. Dies gilt umso mehr für das Wettbewerbsrecht, das die Aktivitäten von Unternehmen auf dem Markt regeln soll. Das Wettbewerbsrecht wird häufig als Rechtsinstrument wahrgenommen, das die Gründung einer Zollunion oder eines Gemeinsamen Marktes begleiten muss. Die gleiche Rolle als Motor für die rechtliche und wirtschaftliche Integration wird dem UEMOA-Wettbewerbsrecht zugewiesen. Aus diesem Grund verpflichtet der UEMOA-Vertrag die Mitgliedstaaten, ihre internen Wettbewerbsregeln an die der Gemeinschaft anzupassen.²²⁰

In Europa war das Wettbewerbsrecht von Beginn des Aufbaus der Gemeinschaft an einem wichtigeren Bestandteil der Ziele des EG-Vertrags. Das Ziel der Schaffung eines offenen und wettbewerbsorientierten Marktes im Sinne des Vertrags von Rom wurde durch die Art. 81 und 82 des Vertrags der Europäischen Gemeinschaften (EGV) erreicht. Sie wurden durch die Verordnung 17/62 umgesetzt, welche einen Rahmen für die Funktionsfähigkeit des EGV bietet. Ursprünglich mehr oder weniger zentriert, schaffte die Verordnung 1/2003 aus Gründen der Kohärenz bei der Umsetzung der Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft die Grundlagen für die dezentrale Durchsetzung der Wettbewerbspolitik der Europäischen Union. Diese Dezentralisierung trägt zur Stärkung des Gemeinsamen Marktes bei, da sie sich aus einer gewissen Reife beim Aufbau der Gemeinschaft und der Verfügbarkeit einer Wettbewerbskultur in den Mitgliedstaaten ergibt.²²¹ Heute wird die Wettbewerbspolitik der EU angesichts ihrer Rolle im Integrationsprozess in den Rang eines verfassungsrechtlichen Werts erhoben.²²² Anders ist die Lage in der UEMOA, wo die Wettbe-

219 Siehe *Petit, Nicola*: *Droit européen de la concurrence*, S. 58.

220 Näher dazu siehe die Präambel des UEMOAV.

221 Siehe die Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

222 Siehe allgemein dazu: *Drexel, Josef*: in A. von Bogdandy and J. Bast (Hrsg.), *Principles of European Constitutional Law*, S. 559; *Mélédou-Briand, Daniel*: *RTD com.* 2004, S. 205.

werbspolitik, die Verabschiedung von Normen und die Sanktionsverhängung in den Händen der Unionsorgane zentralisiert hat.

Im Rahmen der UEMOA hat der Vertrag im Einklang mit dem Ziel der Errichtung eines freien und wettbewerbsfähigen Gemeinsamen Marktes eine regionale Wettbewerbspolitik angenommen und von Anfang an die Grundprinzipien der regionalen Wettbewerbspolitik in den Art. 88, 89 und 90 festgelegt. Diese Wettbewerbspolitik wird ausschließlich von der Kommission durchgeführt, um eine einheitliche und integrierte Anwendung dieses Gesetzes zu gewährleisten.

B. Die Entwicklung der Bußgeldpraxis im europäischen Kartellrecht

Dies folgenden Ausführungen befassen sich mit der Entwicklung der Sanktionierung im europäischen Wettbewerbsrecht. Denn die Entwicklung des Wettbewerbsrechts einschließlich der kartellrechtlichen Sanktionen in der UEMOA wurde maßgeblich durch das Kartellbußgeldrecht der Europäischen Union beeinflusst und wurde daran ausgerichtet. Daher soll die Entwicklung der Bußgeldpraxis kurz nachgezeichnet werden.

Die für die Verhängung von Sanktionen nach europäischem Wettbewerbsrecht zuständige Behörde ist die Europäische Kommission, deren Entscheidungen durch den Europäischen Gerichtshof überprüft werden können. Im Laufe der Jahre hat die EU-Kommission eine abschreckende Sanktionspolitik hoher Geldbußen gegen Unternehmen im Bereich des Kartellrechts entwickelt, die besondere Aufmerksamkeit verdient, da ihre Strafverfolgungspolitik gegen Kartellrechtsverstöße den UEMOA-Behörden Anhaltspunkte für eine effiziente Sanktionierung enthalten könnte. Zudem war das europäische Recht Hauptquelle des UEMOA-Wettbewerbsrechts.²²³

Die Ideen und Institutionen des EU-Wettbewerbsrechts haben sich erstmals in der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) entwickelt.²²⁴ In den Schlüsselsektoren Kohle und Stahl war die Notwendigkeit am größten, die deutsche Nachkriegswirtschaft zu stabilisieren und in Westeuropa zu integrieren und gleichzeitig deutsche Unternehmen daran

223 Dies ist so, weil der damalige Generalsekretär der Europäischen Kommission die Rechtsakte vorbereitet hat, die den Vertrag von Dakar von 1994 gebildet haben. Näher dazu siehe *Viaud, Pierre*: RMCUE 1998, S. 15.

224 Siehe *Wise, Michael*: *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 7 ff.

zu hindern, die Märkte zu beherrschen.²²⁵ Mit dem Pariser Vertrag von 1951 wurde eine neue Rechtsgemeinschaft, die EGKS, geschaffen, um diese Sektoren zu verwalten. Die EGKS umfasste die meisten Elemente, die später in die EWG- und EU-Wettbewerbspolitik aufgenommen wurden. Die Bestimmungen des EGKS-Vertrags haben Vereinbarungen zur Einschränkung des Wettbewerbs verboten, zugleich aber Ausnahmen zugelassen, und zudem den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung untersagt. Außerdem waren administrative Geldbußen von bis zu 10 Prozent des Jahresumsatzes vorgesehen. Das Verbot im EGKSV, zu dessen Durchsetzung das Verwaltungsorgan der EGKS befugt war, war zum damaligen Zeitpunkt ungewöhnlich umfassend. Man sah darin einen radikalen Ansatz, weil auf der Grundlage der Vorkriegsdiskussion und den damaligen Erfahrungen mit der Wettbewerbspolitik Konsens erzielt wurde, Kartelle einer Meldepflicht zu unterwerfen, um den Missbrauch zu kontrollieren, anstatt diese vollständig zu verbieten. Dagegen steht die Regelung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch die EGKS in der Tradition der Vorkriegszeit: Der Missbrauch sollte mit Hilfe der Mitgliedstaaten kontrolliert und zukünftige Preiseabsprachen sollten korrigiert werden. Die Bestimmungen des EGKS-Vertrags enthielten zudem Regelungen über Subventionen und öffentliche Beihilfen. In dieser Hinsicht waren sie Vorläufer der Gemeinsamen Marktregeln für staatliche Beihilfen. Das von der EGKS eingeführte Wettbewerbsregime erforderte auch die vorherige Genehmigung von Fusionen.

Im Bereich der Wettbewerbspolitik verfügt die heutige Europäische Kommission über direkte Durchsetzungsbefugnisse, unabhängig von den Mitgliedstaaten. Das europäische Wettbewerbsrecht befindet sich derzeit in einem tiefgreifenden Veränderungsprozess, der zum einen auf eine Anpassung der nationalen Kartellrechtsordnungen an das Unternehmensmodell des EU-Kartellrechts und zum anderen eine Durchsetzung des EU-Rechts durch die Kommission und die mitgliedstaatlichen Behörden, deren Unabhängigkeit und deren Befugnisse gestärkt werden sollen, im Rahmen des Europäischen Netzwerks (ECN) ausgerichtet ist.²²⁶ Dieser Wandel

225 Siehe *Wise, Michael*: *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 7 ff.

226 Siehe dazu Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. 11/3 vom 14.3.2019; dazu *Achenbach, Hans*: *wistra* 2019, S. 257 ff.

wird zur Übernahme des bußgeldrechtlichen Unternehmensmodells führen und die Effizienz bei der Anwendung der Geldbußen im europäischen Kartellrecht erhöhen.

Die Art. 101²²⁷ und 102²²⁸ AEUV regeln derzeit die Kartellvorschriften, die unter Sanktionsandrohung stehen. Gemäß Art. 103 Absatz 1 AEUV werden die einschlägigen Verordnungen oder Richtlinien für die Anwen-

-
- 227 Art. 101 AEUV « (1) Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, insbesondere
- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
 - b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
 - c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
 - d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
 - e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.
- (2) Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.
- (3) Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf
- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
 - Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,
 - aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,
- die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen
- a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder
 - b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.“
- 228 Nach Art. 102 AEUV: “ Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Dieser Missbrauch kann insbesondere in Folgendem bestehen:
- a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
 - b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
 - c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;

derung der in den Art. 101 und 102 AEUV genannten Grundsätze vom Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments erlassen. Art. 101 Abs. 2. a) AEUV bestimmt, dass die Einhaltung der in Art. 101 Abs. 1 und Art. 102 AEUV genannten Verbote sowie die Verhängung von Bußgeldern und Zwangsgeldern gegen Kartellrechtsverstöße sichergestellt werden müssen. Die Umsetzung dieser Bestimmungen durch das Sekundärrecht erfolgte zunächst durch die Art. 15 und 16 der Verordnung 17/62,²²⁹ die durch die Art. 23 und 24 der Verordnung 1/2003 aufgehoben und ersetzt wurden.²³⁰ Seit 2003 entwickelt sich das europäische Wettbewerbsrecht im Rahmen der Zusammenarbeit im europäischen Wettbewerbsnetz der Kommission und der einzelstaatlichen Wettbewerbsbehörden (European Competition Network– ECN).

Im Folgenden soll die Entwicklung des Vorgehens der Europäischen Kommission als Verwaltungsorgan der Europäischen Union bei der Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen seit der Gründung der EG bis heute und die Zusammenarbeit mit den Behörden der Mitgliedstaaten dargestellt werden. Dabei ist von besonderem Interesse, wie sich die Durchführung der Verhängung von Bußgeldern nach europäischem Wettbewerbsrecht entwickelt hat.

Die Antwort auf diese Frage muss vor allem in Hinblick auf die Geschichte der Umsetzung der Sanktionen durch die Kommission seit 1963 (I.) gesucht werden sowie im Hinblick auf die Entwicklung des *rationae personae*-Geltungsbereichs (II.), da sich die Sanktionsadressaten unter Berücksichtigung der Entwicklung des Unternehmensbegriffs entwickelt haben.

I. Die Entwicklung der Sanktionsverhängung bei EU-Kartellrechtsverstößen seit 1963

Die Anwendung der Bußgelder nach europäischem Wettbewerbsrecht hat sich nach der Einführung dieser Sanktionen im Jahr 1963 langsam und un-

d) der an den Abschluss von Verträgen geknüpften Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen“.

229 EWG Rat: Verordnung Nr. 17: Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages, Amtsblatt Nr. 013 vom 21/02/1962 S. 0204 – 0211.

230 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, vom 4.1.2003.

regelmäßig entwickelt. Vor 1963 gab es eine Zeit, in der die im EGKS-Vertrag vorgesehenen Sanktionen von den damals zuständigen Mitgliedstaaten nicht durchgesetzt wurden.²³¹ Zwischen 1963 und 1978 begann dann die Kommission in einer Anfangsphase zwar, die Bußgeldvorschriften vereinzelt anzuwenden, jedoch nur mit großer Zurückhaltung.²³² Erst mit dem Pioneer-Urteil im Jahr 1979 begann die Sanktionspolitik, Geldbußen in Millionenhöhe zu verhängen.²³³ Die unterschiedlichen Phasen der Sanktionsdurchsetzung bei Kartellrechtsverstößen hatten unterschiedliche Auswirkungen auf das Wirtschaftsleben der Union. Deshalb wird hier zunächst die Anwendung der Bußgelder im alten System, das heißt im Rahmen der Verordnung 17/62, untersucht (1.) und anschließend die Verhängung der Sanktionen nach Inkrafttreten der Verordnung 1/2003, die im Jahr 2004 in Kraft trat (2.).

1. Die Durchsetzung des bußgeldrechtlichen Sanktionssystems von 1953 bis 2003

In den ersten Jahren der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts war die Kommission zurückhaltend, wenn es darum ging, Sanktionen gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu verhängen. Tatsächlich wurden die Wettbewerbsbestimmungen des EGKS-Vertrags in den ersten vier Jahren nach Inkrafttreten im Jahr 1953 nicht angewandt.²³⁴ Ebenso konzentrierten sich die Mitgliedstaaten in den vier Jahren vor dem Inkrafttreten der Verordnung über die Anwendung der Vertragsbestimmungen nicht sehr stark auf die Wettbewerbspolitik. Infolgedessen wurde der Europäischen Kommission in diesem Bereich größere Autonomie eingeräumt.²³⁵

Die vorbereitenden Dokumente für den Erlass des europäischen Kartellrechts beschreiben die Probleme der Monopole und die Notwendigkeit von Regeln zur Bekämpfung von Diskriminierung, Marktaufteilung und

231 Siehe *Wise, Michael*: *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 11.

232 Siehe *Wise, Michael*: *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 11; siehe *Dannecker, Gerhard*: *Wistra* 2004, S. 361.

233 Siehe *Dannecker, Gerhard*: *Wistra* 2004, S. 362.

234 Siehe *Gerber, David J.*: *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, S. 472.

235 Siehe *Gerber, David J.*: *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, S. 472.

produktionsverhindernder Praktiken oder konkurrierender Technologien. Zu den grundlegenden Zielen der Römischen Verträge für den Gemeinsamen Markt gehören die Bekämpfung der nationalen Diskriminierung und die Einrichtung eines Systems, das gewährleistet, dass der Wettbewerb nicht verzerrt wird. Die Wettbewerbsregeln der Römischen Verträge von 1957 basieren auf denen der EGKS in Bezug auf Kartelle, marktbeherrschende Stellungen und staatlichen Beihilfen. Dies gilt jedoch nicht für die Vorschriften über die Fusionskontrolle. Die Gemeinsamen Marktregeln fügten dem Verbot von Kartellen, die den normalen Wettbewerb einschränken, bestimmte Präzisierungen hinzu und verschärften die Verordnung über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein umfassendes Missbrauchsverbot. Diese grundlegenden Bestimmungen wurden als Verfassungsbestimmungen konzipiert, deren Inhalt durch die Praxis bestimmt werden sollen. Ihr allgemeiner Charakter ist auch ein Zeichen der Vorsicht, da der Vertrag zwangsläufig Meinungsverschiedenheiten zwischen den Mitgliedstaaten vermeiden sollte.²³⁶ Einige Mitgliedstaaten befürworteten ein strenges Wettbewerbsrecht und betrachteten die Vertragsbestimmungen als Rechtsnormen, die auch von den nationalen Gerichte anzuwenden waren.²³⁷ Andere Mitgliedstaaten sahen in den Bestimmungen des Vertrags eine Art Absichtserklärungen, die die nationalen Kartellbehörden bei ihren Entscheidungen berücksichtigen sollten.²³⁸

Der Rat räumte der Kommission umfassende Befugnisse zur Entwicklung und Durchsetzung des Gesetzes ein.²³⁹ Mit der Durchführungsverord-

236 Siehe Wise, Michael: *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 8.

237 Siehe Wise, Michael: *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 8.

238 Siehe Gerber, David J.: *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, S. 472. Siehe Wise, Michael: *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 8.

239 Nach Art. 9 der Verordnung 17/62: „Zuständigkeit
1. Vorbehaltlich der Nachprüfung der Entscheidung durch den Gerichtshof ist die Kommission ausschließlich zuständig, Artikel 85 Absatz (1) nach Artikel 85 Absatz (3) des Vertrages für nicht anwendbar zu erklären.
2. Die Kommission ist zuständig, Artikel 85 Absatz (1) und Artikel 86 des Vertrages anzuwenden, auch wenn die für die Anmeldung nach Artikel 5 Absatz (1) und Artikel 7 Absatz (2) vorgesehenen Fristen noch nicht abgelaufen sind.
3. Solange die Kommission kein Verfahren nach Artikel 2, 3 oder 6 eingeleitet hat, bleiben die Behörden der Mitgliedstaaten zuständig, Artikel 85 Absatz (1) und Artikel 86 nach Artikel 88 des Vertrages anzuwenden, auch wenn die für die Anmeldung nach Artikel 5 Absatz (1) und Artikel 7 Absatz (2) vorgesehenen Fristen noch nicht abgelaufen sind.“

nung von 1962²⁴⁰ wurde der EG-Kommission die ausschließliche Zuständigkeit im Bereich Wettbewerbs zugewiesen. Die Kommission befasste sich in Kartellsachen in den ersten Jahren hauptsächlich mit Freistellungsentscheidungen. Die in den EGKS-Bestimmungen enthaltene Verordnung sah die Möglichkeit vor, bei Transaktionen, die den Wettbewerb nicht zu verzerren drohten, eine negative Genehmigung zu erhalten. Sie sah jedoch kein Widerspruchsverfahren vor, bei dem ein Versäumnis der Behörden, innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu handeln, eine Genehmigung oder Freistellung darstellen würde.

Zwischen 1957 und 1962 begannen einige nationalen Kartellbehörden die Bestimmungen des Vertrags anzuwenden.²⁴¹ Danach haben die nationalen Behörden und Gerichte ihre Zuständigkeit für das EWG-Kartellrecht verloren. Denn ab 1962 hat die Verordnung 17/62 der Kommission für die Untersuchungen in Kartellsachen nach dem Gemeinschaftsrecht Vorrang eingeräumt hat und ihr die ausschließliche Zuständigkeit über die Genehmigung von Freistellungen gegeben hat.²⁴² Die Kommission musste einen Ausschuss aus Vertretern der Mitgliedstaaten zu Durchführungsmaßnahmen konsultieren. Die Stellungnahme dieses Ausschusses war jedoch nur beratend und für die Kommission nicht bindend. Der Rat lehnte einen Vorschlag ab, diesem Ausschuss ein Vetorecht einzuräumen. Ab 1962 erhielt die Kommission mehr als 35.000 Anmeldungen, in denen eine Freistellung oder ein Negativattest beantragt wurde. Es bestand eindeutig der Bedarf an einem allgemeinen Regelwerk für die Lösung der Anträge. Die Gruppenfreistellungsverordnung von 1965²⁴³ reagierte auf diesen Zustrom von Anmeldungen, die nicht bearbeitet werden konnten, und betonte gleichzeitig die Autonomie der Kommission in der Wettbewerbspolitik. Der Rat überträgt der Kommission die Befugnis, Verordnungen zu erlassen, die objektive Normen für die allgemeine Anwendung der Freistellung vom Kartellverbot festlegen. Der Rat hat der Kommission eine solche Befugnis in keinem anderen wichtigen Bereich der Gemeinschaft übertragen.²⁴⁴

240 Siehe dazu Verordnung 17/62.

241 Siehe *Wise, Michael*: *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 8.

242 Nach Art. 17 der Verordnung 17/62.

243 Es handelt sich um die Verordnung Nr. 19/65/EWG des Rates vom 2. März 1965 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.

244 Siehe *Wise Michael*: *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 10.

Mit Unterstützung der nationalen Justizbehörden hat die Kommission in ihrer Wettbewerbskanzlei eine so genannte Wirtschaftsverfassung entwickelt. In den ersten zehn Jahren (1963-1979) der Anwendung des EWG-Wettbewerbsrechts hat der durch das Entscheidungs- und Berufungsverfahren eingeleitete Dialog zwischen der Kommission und dem EuGH die Richtung und den Umfang dieses Gesetzes bestimmt. Die Unterstützung des EuGHs, der sich für eine extensive Auslegung und Anwendung der Wettbewerbsbestimmungen aussprach, war von grundlegender Bedeutung. Die Kommission musste sich bei der Umsetzung des Kartellrechts nicht mit den strengen technischen Beschränkungen der Zuständigkeit oder der Befugnisse befassen, die einige nationale Gerichte den neu geschaffenen Wettbewerbsbehörden auferlegt hatten. Der EuGH unterstützte das Bestreben der Kommission nach einer erweiterten Zuständigkeit im Wettbewerbsbereich, da diese Forderungen zugleich seinen Zielen entsprachen, insbesondere der Marktintegrationsförderung und der Stärkung der Organe des Gemeinsamen Marktes.²⁴⁵

Die Ermutigung des Gerichtshofs an die Kommission, die Bedingungen für die Marktintegration festzulegen, hat den Wettbewerbsregeln des Vertrags einen quasi verfassungsmäßigen Charakter verliehen. In den ersten Jahren handelte die Kommission sehr zurückhaltend.²⁴⁶ Die Gründe dafür waren, dass die europäische Kommission befürchtete, ihre Entscheidungen könnten die Zuständigkeit wegen ihrer potenziellen Auswirkungen auf den Handel erweitern und dieser Expansion würde dann durch Basisverbote entgegengewirkt. Die Kommission konzentrierte sich deshalb eng auf ihre Zuständigkeits- und Verfahrensfragen, auf die Vermeidung hoher Geldbußen und auf ein Eingreifen bei Privatunternehmen und weniger bei öffentlichen Unternehmen.²⁴⁷ Der Fall *Faïence Convention* von 1964 zeigt deutlich, in welchem schwierigen wirtschaftlichen Kontext die Kommission damals agierte. Es handelte sich um eine komplexe Reihe von Verpflichtungen und Beschränkungen, die ein Berufsverband seinen Mitgliedern auferlegt hatte, um den Zugang zu einem nationalen Markt durch bedeutende Importströme zu verhindern. Der Fall wurde gelöst, indem sich

245 Siehe *Wise, Michael*: *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 11.

246 Siehe *Kertsting/Podzun* (Hrsg.): *GWB Novelle*, Kapitel 5 Pressekooperation, Rn. 10, S. 1487 ff.; *Berg, Werner/Märsch, Gerald* (Hrsg.): *Deutsches und Europäisches Kartellrecht*, Kommentar, Kapitel VI Vorbemerkungen zu den Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 2.; *Bunte, Hermann-Josef* (Hrsg.): *Kartellrecht, Kommentar*, Band 2, *Europäisches Kartellrecht*, Kapitel IV, Rn. 43.

247 *Dannecker/Fischer Fritsch*: *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, S. 6 ff.

die Mitglieder des Kartells nach den Verhandlungen mit der Kommission dazu verpflichtet, neue Mitglieder aufzunehmen. Die Wettbewerbsbehörden konzentrierten sich in der Folgezeit stärker auf Vertriebsverträge als auf wiederkehrende Debatten über Parallelimporte und betonten die Bedeutung des Ziels der Marktintegration. Dieses Ziel erklärt und rechtfertigt wahrscheinlich die Toleranz vertikaler Vereinbarungen im EU-Kartellrecht.²⁴⁸ Als Folge dieser Entwicklung befasste sich die Kommission erst einige Jahre später mit großen horizontalen Kartellen, die bis dahin nicht sanktioniert worden waren.²⁴⁹ Das wachsende Vertrauen in die Wettbewerbspolitik der Europäischen Union gipfelte schließlich in der Fusionskontrollverordnung von 1989, die als neues Instrument die Europäische Wettbewerbspolitik ergänzte.²⁵⁰

Insgesamt hat sich das europäische Wettbewerbsrecht seit der Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG) im Jahr 1957 im Hinblick auf die Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen erheblich weiterentwickelt. Ursprünglich entsprach das EU-Wettbewerbsrecht den wirtschaftlichen Bedingungen der Mitte des zwanzigsten Jahrhunderts.²⁵¹ Ihre Entwicklung, die von der Notwendigkeit der Integration in einen Binnenmarkt getragen war, hat von der Symbiose zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und der Förderung des Freihandels maßgeblich profitiert. Die Entscheidungen des EuGHs zur Stärkung der Gemeinschaft und zur Beseitigung von Handelshemmnissen haben die rechtlichen Grundlagen für eine ehrgeizige Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft geschaffen. Der Generaldirektion „Wettbewerb“ der Kommission wird deshalb zu Recht innerhalb des Systems der Europäischen Gemeinschaft eine fast einzigartige Position zugesprochen²⁵².

Nach zwanzig Jahren, in denen die Grundlagen der Wettbewerbspolitik festgelegt worden waren, hat die Kommission in den 1980er Jahren die Anwendungsbedingungen verschärft. Das Binnenmarktprogramm und die Einheitliche Europäische Akte von 1986 bekräftigten das Ziel der Marktin-

248 Siehe *Wise, Michael*: *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 7 ff.

249 Siehe *Wise, Michael*: *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 9.

250 Siehe *Wise, Michael*: *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 9.

251 Siehe *Wise, Michael*: *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 9.

252 Siehe *Dannecker, Gerhard/Fischer-Fritsch, Jutta*: *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, S. 37.

tegration und förderten damit eine aktive Wettbewerbspolitik.²⁵³ Die Fusionskontrolle, auf die die Verfasser des Vertrags von 1957 bewusst verzichtet hatten, wurde nach 17 Jahren der Anstrengungen schließlich durch eine Verordnung des Rates verabschiedet.²⁵⁴ Die Wirtschaft unterstützte diese Entscheidung, weil sie darauf abzielte, einen einzigen Regulierungspunkt für große Fusionen in Europa zu schaffen.²⁵⁵ Die Umsetzung dieser Verordnung erforderte einen Anpassungsprozess. Die erste Entscheidung, die eine Fusion untersagte, wurde von der Kommission im Jahr 1991 getroffen und war Gegenstand eines Protestes von den Regierungen der Mitgliedstaaten der betroffenen Unternehmen. Es dauerte einige Zeit, um den ersten Eindruck zu überwinden, dass politische Faktoren bei den Fusionsentscheidungen der Kommission eine Rolle spielen könnten.²⁵⁶

Durch die Nutzung dieser wichtigen Befugnis, mit der wichtige Geschäftsentscheidungen kontrolliert und beeinflusst werden können, wurde die Wahrnehmung und das Ansehen der Kommission bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln im Allgemeinen erheblich verbessert.²⁵⁷

Seit Mitte der 1980er Jahre spielten staatliche Eingriffe und öffentliche Monopole eine zunehmende Bedeutung in der Praxis der europäischen Wettbewerbsbehörde, die sich auf die grundlegenden Verpflichtungen des Vertrags berief, gegen nationale Rechtsvorschriften vorzugehen, die das reibungslose Funktionieren des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft beeinträchtigen. Das Programm der Kommission zur Förderung der Reform der Monopole bei Infrastrukturdiensten begann mit der Telekommunikation. Dabei billigten die nationalen Gerichte erneut die Initiativen der Kommission. In seiner Entscheidung aus dem Jahr 1986, in der so genannten Rechtssache Telekommunikationsendgeräte, unterschied der EuGH zwischen Funktionen, die im Wesentlichen staatliche Funktionen sind, und Funktionen, die im Wesentlichen zum Geschäftsbetrieb gehören, indem er Ausnahmen für öffentliche Dienstleistungen einschränkte und der Kommission so ermöglichte, ein Verfahren gegen British Telecom wegen

253 Siehe *Wise, Michael*, *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 12 ff.

254 Siehe *Wise, Michael*, *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 12 ff.

255 Siehe *Wise, Michael*, *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 12 ff.

256 Siehe *Wise, Michael*, *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 12 ff.

257 Siehe *Wise, Michael*, *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 12 ff.

Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung einzuleiten und eine Geldbuße zu erhängen. Es folgte 1988 die Richtlinie zur Beseitigung wettbewerbsbeschränkender Monopolrechte.²⁵⁸ Mit dieser Richtlinie wurden die bisherigen Richtlinien²⁵⁹ weiterentwickelt, die von den öffentlichen Unternehmen mehr Transparenz verlangen. Andere Entscheidungen, die die Kommission seitdem im Rahmen ihres Liberalisierungsprogramms getroffen hat, ahndeten Postdienste²⁶⁰, Mobilfunkanbieter²⁶¹, Flughäfen²⁶², Häfen sowie den Seeverkehr²⁶³, Versicherungen²⁶⁴ und den Rundfunk²⁶⁵, während der Rat Rechtsvorschriften in Form von Richtlinien erlassen hat,

258 Es handelt sich um die Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998, betreffend die gemeinsame Vorschrift für den Erdgasbinnenmarkt.

259 Es handelt sich um die Europäische Richtlinie Nr. 90-377 vom 29. Juni 1990 Nr. 90377, die ein Gemeinschaftsverfahren zur Sicherheit der Transparenz der Preise auf den industriellen Abschluss von Gas und Strom einführt.

260 Siehe Richtlinie 2008/6/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft.

261 Siehe *Nicolas, Curien*: Flux 2001, S. 28-35.

262 Siehe EuGH, 24. März 2011, Freistaat Sachsen und Land Sachsen-Anhalt (T-443/08) und Mitteldeutsche Flughafen AG und Flughafen Leipzig-Halle GmbH (T-455/08) gegen Europäische Kommission, ABl. C 284/6 vom 28.9.2011, S. 18. Mehr dazu *Idot, Laurence* (Hrsg.) ; Grands arrêts de la concurrence, Vol. II, Concentrations et aides d'Etats, Concurrences, Revue des droits de la concurrence/Competition Law Review 2016, S. 90; *Wise, Michael*: Revue sur le droit et la politique de la concurrence 2007, S. 12 ff.

263 Siehe Richtlinie 94/58/EG des Rates vom 22. November 1994 über Mindestanforderungen für die Ausbildung von Seeleuten; Richtlinie 2012/35/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Änderung der Richtlinie 2008/106/EG über Mindestanforderungen für die Ausbildung von Seeleuten Text von Bedeutung für den EWR; und Richtlinie (EU) 2017/2397 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen in der Binnenschifffahrt und zur Aufhebung der Richtlinien 91/672/EWG und 96/50/EG des Rates (Text von Bedeutung für den EWR).

264 Siehe Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2009/103/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und die Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht.; Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über Versicherungsvermittlung (Neufassung).; etc.

265 Siehe zum Beispiel, Entscheidung der Eu-Kommission über Staatliche Beihilfe E 3/2005 (ex- CP 2/2003, CP 232/2002, CP 43/2003, CP 243/2004 und CP 195/2004) – Deutschland, Die Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland.

die die Reformen in den Bereichen Telekommunikation, Energie und Postdienste fordern.

Die Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft wurde nach wirtschaftlichen Grundsätzen neugestaltet. Bei diesem Projekt, das Mitte der 1990er Jahre begann, stützt sich die Kommission zunehmend auf wirtschaftliche Begründungen und Analysen, welche die Fusionskontrolle und das Liberalisierungsprogramm voraussetzen.²⁶⁶ Nachdem das Ziel der Marktintegration in Industrie und Handel weitgehend erreicht war, wurde verstärkt auf Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs wie auch auf das Verhalten von Kartellen und Monopolen in Bezug auf die Wettbewerbspolitik geachtet.²⁶⁷ Die Entwicklung der Grundsätze für die Durchsetzung der Wettbewerbspolitik implizierte eine Entwicklung der Analyse in weniger formaler Weise. Die Leitlinie von 1997 zur Definition eines relevanten Marktes schuf die Grundlage für die Neuausrichtung auf wirtschaftliche Kriterien. Die ersten großen Projekte bei dieser Neuausrichtung waren die vollständige Überarbeitung der Regeln für vertikale und horizontale Kartelle. Sie bestanden darin, lange Listen mit spezifischen Regeln und Verboten durch allgemeine Grundsätze und Tests auf der Grundlage von Marktanteilen zu ersetzen. Die Kommission formulierte die Verordnungen neu und überarbeitete die Leitlinien, um das EU-Wettbewerbsrecht im Einklang mit diesen neuen Regelungen zu modernisieren.²⁶⁸

Die erhöhte Wachsamkeit der nationalen Gerichte hat die Kommission dazu veranlasst, ihre internen Verfahren zu verbessern. Die Einrichtung des Gerichts der Europäischen Union (EuG) im Jahr 1989 hat durch die Verdoppelung der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft ein effizientes Mittel für Prozessbeteiligte geschaffen, um Entscheidungen der Kommission anzufechten. Die Gerichte der Europäischen Union unterstützen weiterhin die wettbewerbspolitischen Initiativen der Kommission und legen ihr Schwergewicht auf Verfahrensfehler der Kommission und Mängel bei der Begründung und Behandlung von Beweismitteln. Als das Gericht die Regeln für ein beschleunigtes Verfahren verabschiedete, wurde es für die Pro-

266 Siehe *Vogel, Louis*: Code de la concurrence, Droits européen et français, S. 66-70.; *Idot, Laurence* (Hrsg.): Grands arrêts de la concurrence, Vol. II, Concentrations et aides d'Etats, Concurrences, Revue des droits de la concurrence/Competition law Review 2016, S. 3; *Wise, Michael*: Revue sur le droit et la politique de la concurrence 2007, S. 12 ff.

267 Siehe *Wise, Michael*: Revue sur le droit et la politique de la concurrence 2007, S. 12 f.

268 *Wise, Michael*: Revue sur le droit et la politique de la concurrence 2007, S. 13.

zessbeteiligten interessant, auch eine Überprüfung von Fusionsentscheidungen durch die Gerichte zu beantragen.²⁶⁹

Im Jahr 2002 hob der Gerichtshof innerhalb von vier Monaten drei Fusionskontrollentscheidungen der Kommission auf, und zwar aus Gründen, die die wirtschaftlichen Analyse der Kommission und ihren Umgang mit Beweismitteln betrafen.²⁷⁰ Die Generaldirektion „Wettbewerb“ hat, auch als Reaktion auf die durch diese Gerichtsentscheidungen aufgeworfenen Probleme, eine besondere wirtschaftliche Einheit geschaffen und Experten der Industrieökonomie eingestellt, um ihre Kompetenzen bei der wirtschaftlichen Analyse zu erhöhen. Zudem hat sie zusätzliche Qualitätskontrollen in ihren Untersuchungs- und Bewertungsverfahren für die ihr vorgelegten Fälle eingeführt.²⁷¹ Dies führte zur Einführung des neuen Sanktionssystems durch die Verordnung 1/2003.

2. Die Durchsetzung des neuen Sanktionssystems seit 2004

Nach 40 Jahren Erfahrung hat die Europäische Union mit der Annahme der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates, die am 1. Mai 2004 in Kraft getreten ist, ein modernisiertes Verfahren zur Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts umgesetzt. Durch diese Verordnung wird der Kommission ihr bisheriges Monopol über Freistellungsentscheidungen entzogen. Das neue System soll die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts durch nationale Behörden und das geteilte Durchsetzungsverfahren zwischen der Union und den Mitgliedstaaten erleichtern. Die Verträge von Rom sahen eine Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Behörden der Mitgliedstaaten zumindest vorübergehend vor. Unter den sechs Gründungsländern verfügte damals jedoch nur Deutschland über ein ambitioniertes Wettbewerbsrecht.²⁷² Derzeit verfügen alle Mitgliedstaaten über nationale Wettbewerbsgesetze und haben zuständige nationalen Behörden geschaffen. Die nationalen Kartellgesetze wurden im Allgemeinen an die Gemeinschaftsnormen angeglichen. Zwar verblieben einige Unterschiede zwischen dem nationalen Wettbewerbsrecht und dem

269 *Wise, Michael*: Revue sur le droit et la politique de la concurrence 2007, S. 11.

270 Siehe EuG: Rechtssache T-177/04, *easyJet Airline Co. Ltd gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Slg. 2006, S. II-01931.

271 Siehe *Wise, Michael*: Revue sur le droit et la politique de la concurrence 2007, S. 13.

272 Tatsächlich ist das deutsche Kartellgesetz am selben Tag wie der Vertrag von Rom in Kraft getreten.

EU-Recht. Jedoch befasst sich die neue Durchführungsverordnung mit Fragen der Koexistenz und der Vorherrschaft des Unionrechts.

Das nationale Recht darf nur angewendet werden, wenn es mit dem der Union übereinstimmt. Es darf jedoch in Bezug auf einseitige Handlungen restriktiver sein als das Gemeinschaftsrecht, so insbesondere im Bereich der Kontrolle der marktbeherrschenden Stellung. Darüber hinaus kann nationales Recht, das in erster Linie ein anderes Ziel als das des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft verfolgt, angewandt werden, solange dieses Recht nicht selbst gegen die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts verstößt.²⁷³

Das neue System ist das Ergebnis des Bestrebens der Kommission, ihre Ressourcen für die Verfolgung von offensichtlichen kartellrechtlichen Verstößen einzusetzen. Darüber hinaus fiel die Reform mit dem geplanten Beitritt von zehn neuen Mitgliedstaaten am 1. Mai 2004 zusammen. Dieser Beitritt stellte ein Risiko dar, weil das von der Kommission abgedeckte Gebiet erheblich vergrößert wurde. Zugleich entstanden neue administrative und gerichtliche Ressourcen.

Die Annahme der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 durch den Rat beruht daher vollständig auf einem Modell der Dezentralisierung. Einerseits wurde das Monopol der Kommission auf die Anwendung von Art. 101 AEUV abgeschafft. Die Art. 5 und 6 der Verordnung 1/2003 bestätigen eine Übertragung der Befugnis zur Anwendung von Art. 101 AEUV von der Kommission auf die nationalen Wettbewerbsbehörden und die nationalen Gerichte, indem sie vorsehen: „Die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten sind für die Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags in Einzelfällen zuständig. Sie können hierzu von Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde Entscheidungen erlassen“.²⁷⁴ Zudem lautet Art. 6 der Verordnung: „Die einzelstaatlichen Gerichte sind für die Anwendung der Art. 81 und 82 des Vertrags zuständig.“ Andererseits weicht das Genehmigungsvorbehaltssystem einem Legalausnahmesystem. Die Unternehmen müssen jetzt von vornherein selbst beurteilen, ob ihre Vereinbarungen gegen die Voraussetzungen der Anwendung von Art. 101 AEUV verstoßen oder ob die Voraussetzungen der Legalausnahme vorliegen. Zu diesem Zweck sieht Art. 1 Abs. 1 der Verordnung 1/2003 vor: „Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags, die nicht die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 des Ver-

273 Siehe Wise, Michael, *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2007, S. 17.

274 Art. 5 der Verordnung 1/2003.

trags erfüllen, sind verboten, ohne dass dies einer vorherigen Entscheidung bedarf.“ Dies bedeutet, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden und die Gerichte von Amts wegen oder auf Beschwerde hin erst nachträglich die Konformität der wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen mit dem Wettbewerbsrecht überprüfen. Die Verordnung 1/2003 wird von sechs Auslegungsmitteilungen begleitet, die von Unternehmen, Behörden und Gerichte bei der Auslegung des materiellen und institutionellen Wettbewerbsrechts unterstützen werden sollen.

Die von den Unternehmen zu leistende *Ex-ante*-Bewertung ermöglicht es, im Interesse der Kommission und der Unternehmen ein Meldeverfahren zu vermeiden. Die Kommission besteht darauf, dass die Selbstbewertung regelmäßig erneuert werden muss, insbesondere um den Marktentwicklungen Rechnung zu tragen. Zu diesem Zweck wurde eine interessante Debatte darüber geführt, ob die Selbstbewertung noch eine zeitgemäße Entwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts darstellt. Absolut gesehen sind die Pflichten, die den Unternehmen auferlegt werden, nicht problematisch, denn die Wirtschaftsakteure müssen im Rahmen ihrer normalen Geschäftstätigkeit sicherstellen, dass sie eine Vielzahl von Rechtsnormen unterschiedlicher Herkunft (Vertragsrecht, Verbraucherrecht, Finanzrecht usw.) einhalten. Dies ist unabdingbar. Die präventive Wirkung der Rechtsnorm begrenzt die Verwaltungskosten der Behörden und Gerichte. Darunter leidet aber die Rechtssicherheit für die Unternehmen.²⁷⁵

Die *Ex-post*-Überprüfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen wird durch die Kommission, die nationalen Wettbewerbsbehörden und die nationalen Gerichte durchgeführt. Wenn die Einhaltung der Wettbewerbsregeln des Vertrags durch Wirtschaftsakteure wünschenswert ist, hängt die Wirksamkeit dieser Bestimmungen hauptsächlich von der Intervention der Behörden durch nachträgliche Verhängung von Sanktionen ab. Jedes Unternehmen, das ein Rechtsschutzinteresse hat, kann daher das behördliche Einschreiten der Kommission oder einer nationalen Wettbewerbsbehörde anfechten und vor einem europäischen oder nationalen Gericht einen Verstoß gegen die Art. 101 und 102 AEUV geltend machen. Dieses institutionelle System hat auch seine Schwierigkeiten, weil europäische und nationale Instanzen zuständig sind.

Nach dem alten System hatte die Kommission eine ausschließliche und volle Kontrolle über die Umsetzung der europäischen Wettbewerbsregeln.²⁷⁶ Die mit der Verordnung 1/2003 durchgeführte Reform geht einher

275 Siehe *Petit, Nicolas*: Droit européen de la concurrence, S. 161.

276 Siehe *Dannecker, Gerhard*: Wistra 2004, S. 361.

mit einer Verlagerung des Schwerpunkts der Umsetzung der Art. 101 und 102 AEUV auf die nationale Ebene. Diese Dezentralisierung relativiert den Einfluss der Kommission jedoch nicht in erheblichem Maße, weil sich die Kommission in erster Linie mit vier Arten von Fällen befasst: mit Fällen von Kartellen im engeren Sinne, mit Fällen mit starkem transnationalem Aspekt sowie mit Fällen, die möglicherweise andere europäische Bestimmungen betreffen, die ausschließlich von der Kommission angewandt werden, sowie mit Fällen, bei denen das Interesse der EU die Annahme einer Entscheidung der Kommission zur Entwicklung einer europäischen Wettbewerbspolitik erfordert, weil ein neues Wettbewerbsproblem auftritt oder um eine wirksame Durchsetzung der Regeln zu gewährleisten. In diesen vier Fällen ist die Kommission befugt, Entscheidungen zur Feststellung und Abstellung eines Verstoßes zu erlassen, einschließlich Entscheidungen, die Verhaltens- und Strukturmaßnahmen gemäß Art. 7 der Verordnung Nr. 1/2003²⁷⁷ verlangen, Entscheidungen, mit denen einstweilige Maßnahmen gemäß Art. 8 der Verordnung Nr. 1/2003²⁷⁸ angeordnet werden, Entscheidungen, mit denen Verpflichtungen, die von einem oder mehreren Unternehmen angeboten werden, verbindlich gemacht und das

277 Art. 7 der Verordnung Nr. 1/2003 „(1) Stellt die Kommission auf eine Beschwerde hin oder von Amts wegen eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 81 oder Artikel 82 des Vertrags fest, so kann sie die beteiligten Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen. Sie kann ihnen hierzu alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, die gegenüber der festgestellten Zuwiderhandlung verhältnismäßig und für eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung erforderlich sind. Abhilfemaßnahmen struktureller Art können nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre. Soweit die Kommission ein berechtigtes Interesse hat, kann sie auch eine Zuwiderhandlung feststellen, nachdem diese beendet ist.

(2) Zur Einreichung einer Beschwerde im Sinne von Absatz 1 befugt sind natürliche und juristische Personen, die ein berechtigtes Interesse darlegen, sowie die Mitgliedstaaten.“.

278 Art. 8 der Verordnung Nr. 1/2003: „(1) Die Kommission kann in dringenden Fällen, wenn die Gefahr eines ernsten, nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Wettbewerb besteht, von Amts wegen auf der Grundlage einer prima facie festgestellten Zuwiderhandlung durch Entscheidung einstweilige Maßnahmen anordnen.

(2) Die Entscheidung gemäß Absatz 1 hat eine befristete Geltungsdauer und ist — sofern erforderlich und angemessen — verlängerbar.“

Verfahren nach Art. 9²⁷⁹ beendet werden, und schließlich gemäß Art. 10 der Verordnung Nr. 1/2003²⁸⁰ Entscheidungen, mit denen die Unanwendbarkeit des 101 und/oder 102 AEUV der Verordnung 1/2003 festgestellt wird.

Die Europäische Kommission verfügt auch über die Kompetenz, Freistellungsverordnungen, Leitlinien, Mitteilungen usw. zu erlassen. Die Verordnung 1/2003 zielt darauf ab, die Kompetenzen der Kommission zu erweitern. Dies ist von Bedeutung, weil die Verordnung 17/62 noch den Vorteil hatte, durch die Zentralisierung der Freistellungsbefugnisse in den Händen der Kommission ein hohes Maß an Einheitlichkeit bei der Auslegung des europäischen Wettbewerbsrechts sicherzustellen. In einem dezentralisierten System ist diese Garantie nicht mehr vorhanden. Während des Verabschiedungsprozesses der Verordnung 1/2003 kam die Befürchtung einer unterschiedlichen Auslegung des europäischen Wettbewerbsrechts durch die nationalen Wettbewerbsbehörden auf. Mehrere Gründe sprechen für ein solches Risiko. Erstens gab es erhebliche Unterschiede in den materiellen und personellen Ressourcen zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden. Darüber hinaus gab es keinen Grund auszuschließen, dass eine nationale Wettbewerbsbehörde, die mit den Verhaltenswei-

279 Art. 9 der Verordnung Nr. 1/2003: „(1) Beabsichtigt die Kommission, eine Entscheidung zur Abstellung einer Zuwiderhandlung zu erlassen, und bieten die beteiligten Unternehmen an, Verpflichtungen einzugehen, die geeignet sind, die ihnen von der Kommission nach ihrer vorläufigen Beurteilung mitgeteilten Bedenken auszuräumen, so kann die Kommission diese Verpflichtungszusagen im Wege einer Entscheidung für bindend für die Unternehmen erklären. Die Entscheidung kann befristet sein und muss besagen, dass für ein Tätigwerden der Kommission kein Anlass mehr besteht.“

(2) Die Kommission kann auf Antrag oder von Amts wegen das Verfahren wiederaufnehmen,

a) wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt geändert haben,

b) wenn die beteiligten Unternehmen ihre Verpflichtungen nicht einhalten oder

c) wenn die Entscheidung auf unvollständigen, unrichtigen oder irreführenden Angaben der Parteien beruht“

280 Art. 10 der Verordnung Nr. 1/2003: „Es ist aus Gründen des öffentlichen Interesses der Gemeinschaft im Bereich der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags erforderlich, so kann die Kommission von Amts wegen durch Entscheidung feststellen, dass Artikel 81 des Vertrags auf eine Vereinbarung, einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine abgestimmte Verhaltensweise keine Anwendung findet, weil die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 1 des Vertrags nicht vorliegen oder weil die Voraussetzungen des Artikels 81 Absatz 3 des Vertrags erfüllt sind. Die Kommission kann eine solche Feststellung auch in Bezug auf Artikel 82 des Vertrags treffen.“

sen lokaler Unternehmen konfrontiert ist, beschließt, eine protektionistische Agenda zu fördern, die der integrierenden Philosophie der Römischen Verträge widerspricht. Schließlich hat allein die Heterogenität der rechtlichen und politischen Traditionen der Mitgliedstaaten die Gefahr von unterschiedlichen Auslegungen zur Folge.

Um ein angemessenes Gleichgewicht zwischen Dezentralisierung und Einheitlichkeit zu erreichen, kodifiziert Art. 16 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 die *Masterfoods*-Entscheidung²⁸¹, nach der die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte grundsätzlich nicht an Entscheidungen oder im Erlass befindliche Entscheidungen der Kommission gebunden sind.²⁸² Neben diesem allgemeinen Grundsatz sind in den Verordnungen und Mitteilungen der Kommission spezifische Mechanismen vorgesehen. Zu diesem Zweck sieht Art. 11 der Verordnung 1/2003 einen Übermittlungsmechanismus für verbindliche Informationen durch die nationalen Wettbewerbsbehörden vor. Sie müssen die Kommission innerhalb von 30 Tagen informieren, sobald sie ein förmliches Prüfverfahren einleiten oder bevor sie eine Entscheidung über die Einstellung eines Verstoßes, einer Verpflichtung oder eines Widerrufs der Freistellung treffen. Die Kommission ist wiederum befugt, den Fall nach Art. 11 Abs. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 zu prüfen. Denn die Befugnis der Kommission, ein Verfahren zum Erlass einer Entscheidung nach Kapitel III einzuleiten, gemäß Art. 11 Abs. 6 der Verordnung 1/2003 die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten von ihrer Zuständigkeit für die Anwendung der Art. 81 und 82 des Vertrags befreit. Wenn sich eine Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats bereits mit einem Fall befasst, leitet die Kommission das Verfahren erst nach Anhörung dieser nationalen Wettbewerbsbehörde ein.²⁸³

281 EuGH, 14.12.2000, *Masterfoods Ltd*, Rechtssache C-344/98, Slg. 2000, S. I-11369.

282 Art. 16 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1/2003: „Wenn Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten nach Artikel 81 oder 82 des Vertrags über Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen zu befinden haben, die bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sind, dürfen sie keine Entscheidungen treffen, die der von der Kommission erlassenen Entscheidung zuwiderlaufen würden.“

283 Art. 11 (6) der Verordnung Nr. 1/2003: „Leitet die Kommission ein Verfahren zum Erlass einer Entscheidung nach Kapitel III ein, so entfällt damit die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten für die Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags. Ist eine Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats in einem Fall bereits tätig, so leitet die Kommission ein Verfahren erst ein, nachdem sie diese Wettbewerbsbehörde konsultiert hat.“

Darüber hinaus ist die Kommission verpflichtet, Zurückhaltung zu üben, wenn eine Kombination aus nationalen und europäischen Verfahren besteht, um zu verhindern, dass dieselben Handlungen mehrmals geahndet werden. Damit soll die Einhaltung des „*Ne-bis-in-idem*-Grundsatzes sichergestellt werden. Dies entspricht aber nicht uneingeschränkt der Rechtsprechung des EuGH, der in der Rechtssache *Walt Wilhelm* entschieden hat, dass eine einzige Zuwiderhandlung grundsätzlich Gegenstand von zwei Verfahren sein kann, eines auf der Grundlage des nationalen Rechts und eines anderen auf der Grundlage des europäischen Rechts.²⁸⁴ Infolgedessen können zwei Sanktionen verhängt werden. Im Falle kumulativer Sanktionen ist es jedoch ein allgemeines Erfordernis der Gerechtigkeit, dass eine frühere Sanktionsentscheidung bei der Festlegung einer möglichen Strafe berücksichtigt werden muss. Daher gilt der Grundsatz „*ne bis in idem*“ nicht für Situationen, in denen dritte Rechtsbehörden außerhalb der EU auf der Grundlage ihres eigenen Rechts intervenieren. Es besteht keine Verpflichtung der Kommission, in ihrer Entscheidung über die Verhängung von Geldbußen Sanktionen zu berücksichtigen, die einem Unternehmen in einer Rechtsordnung außerhalb der Europäischen Union auferlegt wurden.²⁸⁵

Die Europäische Kommission hat auch Befugnisse gegenüber nationalen Gerichten. Diese Befugnisse sind insofern begrenzt, als das europäische Wettbewerbsrecht dem allgemeinen Grundsatz der Verfahrensautonomie unterliegt.²⁸⁶ Aufgrund dieses Grundsatzes ist der europäische Gesetzgeber nicht befugt, Verfahren vor den ordentlichen Gerichten der Mitgliedstaaten zu regeln. Ungeachtet dieses Grundsatzes gelingt es der Verordnung 1/2003, ein Gleichgewicht zwischen der Notwendigkeit, die Unabhängigkeit der nationalen Justizsysteme zu wahren, und dem Ziel, Einheitlichkeit

284 EuGH, 13. Februar 1969, *Walt Wilhelm / Bundeskartellamt*, Rechtssache C-14/68, Slg. 1969, S. 2-3.

285 Siehe Petit, Nicolas: *Droit européen de la concurrence*, S. 473.

286 EuGH, 11. Juni 2009, *Inspekteur van de Belastingdienst/XBV*, Rechtssache C-429/07, Slg. 2009, S. I-04833. In dieser Entscheidung bestätigte der Gerichtshof, dass die Kommission nach Art. 15 Abs. 3 S. 2 VO 1/2003 aus eigener Initiative den Gerichten der Mitgliedstaaten schriftliche Stellungnahmen übermitteln kann, sofern es die kohärente Anwendung der Art. 81 oder 82 des Vertrags (jetzt: Art. 101 oder 102 AEUV) erfordert. Im konkreten Fall ging es um die steuerliche Absetzbarkeit einer von der Kommission gegen eine Muttergesellschaft verhängten Geldbuße bei deren Tochtergesellschaft, die einen Teil der Geldbuße der Muttergesellschaft erstattet hatte. Dieses Urteil zeigt das Potenzial des der Europäischen Kommission zur Verfügung stehenden Interventionsmechanismus in Verfahren vor nationalen Gerichten.

bei der Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln herzustellen. In diesem Zusammenhang ist es den nationalen Gerichten verboten, Entscheidungen zu treffen, die einer Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen.²⁸⁷ Das nationale Gericht, das in einer bei der Kommission anhängigen Rechtssache angerufen wurde, kann das Verfahren jederzeit aussetzen, wenn es weiß, dass die Angelegenheit der Kommission unterliegt. Bei Bedarf kann sie auf ihre Entscheidung warten und dann den Streitfall entscheiden. Im Falle von Zweifeln an der Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts können die nationalen Gerichte auch eine Vorabfrage an den EuGH auf der Grundlage von Art. 267 AEUV richten. Darüber hinaus sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, der Kommission eine Kopie eines schriftlichen Urteils eines nationalen Gerichts über die Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV zu übermitteln. Damit wird den Mitgliedstaaten zugunsten ihrer Gerichte eine Informationspflicht mit rückwirkendem Charakter auferlegt.

II. Die Entwicklung der Sanktionsadressaten

Das Wettbewerbsrecht ist Teil des Unternehmensrecht, da die Wettbewerbsregeln direkt an Unternehmen gerichtet sind. Das bedeutet konkret, dass die Normadressaten im EU-Kartellrecht die Unternehmen sind. Dies gilt auch für das Kartellbußgeldrecht der Europäischen Union. Die Europäische Kommission kann also im Fall von Kartellrechtsverstößen die im Vertrag festgelegten Sanktionen nur gegen die Unternehmen verhängen. Ebenso kann die Kommission ihre Verfahrensbefugnisse, wie beispielsweise Inspektionen, nur gegen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen geltend machen. Das europäische Wettbewerbsrecht stieß schon früh auf Probleme bei der Definition des Begriffs Unternehmen. Da die Römischen Verträge den Begriff Unternehmen nicht definieren, ist auf den wirtschaftlichen Begriff zurückgegriffen worden. Danach ist ein Unternehmen

287 Art. 16 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003: „Wenn Gerichte der Mitgliedstaaten nach Artikel 81 oder 82 des Vertrags über Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen zu befinden haben, die bereits Gegenstand einer Entscheidung der Kommission sind, dürfen sie keine Entscheidungen erlassen, die der Entscheidung der Kommission zuwiderlaufen. Sie müssen es auch vermeiden, Entscheidungen zu erlassen, die einer Entscheidung zuwiderlaufen, die die Kommission in einem von ihr eingeleiteten Verfahren zu erlassen beabsichtigt. Zu diesem Zweck kann das einzelstaatliche Gericht prüfen, ob es notwendig ist, dass vor ihm anhängige Verfahren auszusetzen. Diese Verpflichtung gilt unbeschadet der Rechte und Pflichten nach Artikel 234 des Vertrags.“

eine Organisation, die Ressourcen in Güter und Dienstleistungen umwandelt und sie auf einem Markt verkauft oder kauft.²⁸⁸ Legt man diese Definition zu Grunde, würden möglicherweise zu viele Einrichtungen dem europäischen Wettbewerbsrecht unterliegen. Fraglich ist aber, ob es angemessen ist, bestimmte Organisationen wie Universitäten, Krankenhäuser usw., die mit öffentlichen Mitteln finanziert werden und regulierte Gebühren erheben, einer Rechtsordnung zu unterwerfen, die das freie Spiel des Wettbewerbs fördert.²⁸⁹ So hat der europäische Gerichtshof sich mit dem Begriff des Unternehmens beschäftigt und einen teleologischen Ansatz zur Begriffsbestimmung gewählt.

Bereits im Jahr 1962 hat der EuGH in der Rechtssache *Mannesmann* entschieden, dass ein Unternehmen „*sich als eine einheitliche, einem selbständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren dar[stellt], mit welcher auf die Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird.*“²⁹⁰ Der Begriff des Unternehmens wurde weiter präzisiert, als der EuGH einige Jahre später die Anerkennung des Status des Unternehmens von der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit und nicht, wie noch im Urteil *Mannesmann*, vom wirtschaftlichen Zweck abhängig gemacht hat. In der Rechtssache *Höfner und Elser* wählt der Europäische Gerichtshof für die Definition des Unternehmens einen funktionalen Ansatz, indem er auf die ausgeübte Tätigkeit abstellt. Zu diesem Zweck bestimmt er, dass „*der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit [umfasst], unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.*“²⁹¹

Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit ist nicht *a priori* problematisch. Sie wird definiert als das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt.²⁹² Drei Kriterien ermöglichen es festzustellen, ob eine Organisation eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs ausübt. Dies ist die Bereitstellung von Waren und Dienstleistungen auf dem Markt, die Übernahme von wirtschaftlichen und finanziellen Risiken, die mit der Tätigkeit des Unterneh-

288 Siehe *Bouba-Olga, Olivier*: L'économie de l'entreprise, Point économie, seuil, S. 9.

289 Siehe *Petit, Nicolas*: Droit européen de la concurrence, S. 75.

290 Siehe EuGH, 13. Juli 1962, *Mannesmann AG*, Rechtsache C-19/61, Slg. 1962, S. 750.

291 Siehe EuGH, 23 April 1991, *Klaus Höfner und Fritz Elser gegen Macrotron GmbH*, Rechtsache C-41/90, Slg. 1991, S. I-1979.

292 EuG, 4 März 2003, *FENIN* gegen Kommission, Rechtssache T-319/99, Slg. 2003, S. II-357, Rn. 36.

mens verbunden sind, und die Fähigkeit des betreffenden Unternehmens, Gewinne zu erzielen. Diese Grundaussage wurde im Fall *Höfner* bekräftigt. Nach diesen drei Kriterien stellen bezahlte Arbeit²⁹³, Konsum zur Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse und Marktregulierungstätigkeiten keine wirtschaftlichen Tätigkeiten dar.²⁹⁴ Das Gericht anerkennt, dass die Kommission die Technik des Beweisbündels anwenden kann, um das Bestehen einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachzuweisen. Darüber hinaus unterstützt die Kommission diese funktionale Konzeption des Unternehmens und fügt hinzu, dass die Tätigkeit durch eine bestimmte Dauer gekennzeichnet sein müsse. Mit anderen Worten, eine Einrichtung wird zu einem Unternehmen, wenn ihr Zweck die nachhaltige Verwirklichung eines wirtschaftlichen Projekts ist. Dabei gilt das europäische Wettbewerbsrecht nicht nur für grenzüberschreitend tätige oder gar multinationale Unternehmen. Jede natürliche Person, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, ist Unternehmen im Sinne der soeben dargelegten Definition. In der Rechtsprechung gibt es zahlreiche Beispiele, dass es sich um Handelsvertreter, Geschäftsleute, Angehörige der freien Berufe (Anwälte, Architekten, Ärzte, Buchhalter, Apotheker usw.)²⁹⁵, Mitarbeiter, die ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen verfolgen, unabhängige Profisportler,²⁹⁶ usw. sein können.

Wenn mehrere verbundene Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit bilden, von denen eines einen entscheidenden Einfluss auf das andere Unternehmen hat oder sind beide dem Einfluss unterworfen, werden sie nach europäischem Recht als ein und dasselbe Unternehmen behandelt. Nach Auffassung des Gerichtshofs ist der Begriff des Unternehmens als Bezeichnung für eine wirtschaftliche Einheit zu verstehen, auch wenn diese aus juristischen Gründen aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen

293 Siehe EuGH, 16. Dezember 1975, *Suiker Unie*, Verbundene Rechtssachen C-40/73-48/73, Slg. 1975, S. 1663, Rn. 480 unter Hinweis darauf, dass der kaufmännische Angestellte eine in das Unternehmen integrierte Hilfskraft sei.

294 EuGH, 4. Mai 1988, *Corinne Bodson gegen Pompes Funèbres des Régions Libérées SA*, Rechtssache 30/87, Slg. 1988, S. 2479, Rn. 18.

295 Siehe EuG, 26. Oktober 2010, *CNOP und CCG*, Rechtssache T-23/09, Slg. 2010, S. II-5291, Rn. 76; EuGH, 19. Februar 2002, *Wouters Savelbergh und Price Waterhouse Belastingadviseurs BV gegen Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Rechtssache C-6309/99, Slg. 2002, S. I-1577.

296 Siehe EuGH, 18. Dezember 2007, *Hans-Dieter Jundt und Hedwig Jundt gegen Finanzamt Offenburg*, Rechtssache C-281/06, Slg. 2007, S. I-12231.

besteht.²⁹⁷ So können in Unternehmensgruppen die Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaften ein einheitliches Unternehmen bilden. Dasselbe gilt für Schwesterunternehmen, wenn dazu einer wirtschaftlichen Einheit gehörenden Personen. Die Beteiligung am Kapital einer Gesellschaft allein reicht jedoch nicht aus, um einen Gesellschafter einem Unternehmen zuzurechnen, es sei denn, diese Beteiligung verleiht dem Gesellschafter einen maßgeblichen Einfluss auf die Richtung der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmens.²⁹⁸

Darüber hinaus umfasst der Begriff des Unternehmens auch gemeinnützige Einrichtungen, d.h. Einrichtungen, deren Unternehmenszweck nicht die Gewinnerzielung ist. So wurden bestimmte öffentliche Stellen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübten (das öffentliche Arbeitsamt, das in der Rechtssache *Höfner und Elser* die Vermittlung von Führungskräften angeboten hat), oder gemeinnützige Vereinigungen²⁹⁹, die eine wirtschaftliche Tätigkeit von Gesundheitsorganisationen ausüben (Notfall- und Patiententransporte im Fall *Ambulanz Glöckner*³⁰⁰), als Unternehmen qualifiziert. Im Gegensatz zum gesellschaftsrechtlichen Ansatz ist die Gewinnerzielungsabsicht oder die Gemeinnützigkeit der Tätigkeit daher irrelevant. Im Handelsrecht ist eine Gesellschaft im Sinne von Art. 1832 des französischen Code civil nur eine Gesellschaft, deren Zweck es ist, einen Gewinn zu erzielen oder aus einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu profitieren. Im Wettbewerbsrecht kann ein Unternehmen auch ohne solche Zwecke als Unternehmen qualifiziert werden.

Im Folgenden wird sich die Studie zunächst mit der Erweiterung des Kreises der Sanktionsadressaten beim Verstoß gegen das EU-Wettbewerbsrecht befassen (1.) und dann mit dem Verfahren zur Bestimmung der Höhe der Geldbuße (2.).

297 Siehe EuGH, 14. Dezember 2006, *Confederacion espagnola de Empresarios de Estaciones de Servicio gegen Compania Espanola de Petroleos SA*, Rechtssache C-217/05, Slg. 2006, S. I-11987, Rn. 40.

298 Siehe Entscheidung der EU-Kommission vom 26. Juli 1976, COMP/IV/28.996, *Reuter/BASF*, ABl. Nr. L 254 vom 17/09/1976, S. 0040-0050.

299 Siehe Loi de 1901 sur les associations en France.

300 Siehe EuGH, 25. Oktober 2001, *Firma Ambulanz Glöckner gegen Landkreis Südwestpfalz*, C-475.99, Slg. 2001, S. I-8089, Rn. 19-22.

1. Die Erweiterung der Sanktionsadressaten

Dabei wird zwischen der Individualität der Sanktion im alten System (a) und der Solidarität der Verantwortlichkeit im neuen System (b) unterschieden.

a. Zur persönlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens im alten Sanktionssystem

Einer der wichtigsten Grundsätze des Strafrechts ist das Persönlichkeitsprinzip. Dieser Grundsatz bedeutet, dass eine Strafe nur verhängt werden darf, wenn dem Täter seine Tat persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann. Dies lässt die Verhängung einer Strafe gegen einen Dritten nicht zu. Der Persönlichkeitsgrundsatz war in Art. 15 der Verordnung 17/62 vorgesehen, wonach die Kommission gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Geldbußen in Höhe von mindestens Tausend und höchstens einer Million Rechnungseinheiten verhängen konnte oder über diesen Betrag hinaus bis zu zehn von Hundert des von dem einzelnen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes, wenn dieses vorsätzlich oder fahrlässig gegen Art. 85 Abs. 1 oder Art. 86 des Vertrages verstoßen hat.³⁰¹ Daraus folgt, dass nur Unternehmen oder Verbände von Unternehmen, die an einem wettbewerbswidrigen Kartell beteiligt sind, mit Geldbuße geahndet werden konnten. Aber die Persönlichkeit des Bußgeldrechts kennt Grenzen.

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Akzo-Nobel-Urteil vom 10. September 2009³⁰² seine Rechtsprechung bestätigt, indem er entschieden hat, dass eine Muttergesellschaft für das wettbewerbswidrige Verhalten ihrer Tochtergesellschaften haftbar gemacht werden kann, wenn sie einhundert Prozent des Kapitals der Tochtergesellschaft hält, auch wenn sie selbst nicht an der betreffenden Praxis teilgenommen hat. Diese Annahme, die ausschließlich auf dem Kapitalbesitz beruht und wonach die Muttergesellschaft einen entscheidenden Einfluss auf das Marktverhalten ihrer Tochtergesellschaft ausübt, berührt die Grundrechte der Unterneh-

301 Nach Art. 15 2. der Verordnung Nr. 17/62.

302 Siehe EuGH, 29. März 2011, ArcelorMittal Luxembourg/Kommission und Kommission/ArcelorMittal Luxembourg u.a., C-201/09 P und C-216/09 P, Slg. 2011, S. I-2239, Rn. 97, und Elf Aquitaine/Kommission, Rn. 56.

men. Auch wenn diese Vermutung theoretisch widerlegbar ist, erweist sie sich angesichts der vom Gerichtshof auferlegten restriktiven Bedingungen als beinahe unwiderlegbar.³⁰³ Der Gerichtshof hat in der Entscheidung von *General Química*³⁰⁴ die Haftung einer Muttergesellschaft für das wettbewerbswidrige Verhalten ihrer hundertprozentigen Tochtergesellschaft noch erweitert. Die Vermutung gilt nämlich auch dann, wenn eine Unternehmenskaskade an dem Verstoß beteiligt ist und mehrere Unternehmen sich zwischen der Muttergesellschaft und der Tochtergesellschaft befinden.

Die Verhängung von Geldbußen nur gegen Unternehmen, die sich eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht schuldig gemacht haben, wird bereits durch den Begriff des Unternehmens eingeschränkt. Es gilt die Regel, dass alle Mitglieder einer Unternehmensgruppe nur ein Unternehmen bilden. Nach ständiger Rechtsprechung bezeichnet der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Unter diesem Begriff ist also eine wirtschaftliche Einheit zu verstehen, selbst wenn diese Einheit rechtlich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen besteht. Verstößt eine solche wirtschaftliche Einheit gegen die Wettbewerbsregeln, so hat sie nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit für diese Zuwiderhandlung einzustehen. Im Fall eines Verstoßes gegen das EU-Kartellrecht durch ein einzelnes Mitglied der Unternehmensgruppe wird die EU-Kommission daher annehmen, dass die gesamte Gruppe sich schuldig gemacht hat. Darüber hinaus kann die Muttergesellschaft für die Verhaltensweisen ihrer Tochtergesellschaft zur Verantwortung gezogen werden, wenn die Tochtergesellschaft nicht autonom handeln konnte. Das Verhalten einer Tochtergesellschaft kann ihrer Muttergesellschaft namentlich dann zugerechnet werden, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht eigenständig bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt, und zwar vor allem wegen der wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen, die die beiden Rechtssubjekte verbinden. Da nämlich in einem solchen Fall die Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaft Teil ein und derselben wirtschaftlichen Einheit sind und damit ein einziges Unternehmen im Sinne von Art. 101 AEUV darstellen, kann die Kommis-

303 Siehe Saint-Esteben, Robert : *Revue Lamy droit des affaires* 2010, S. 39 ff.

304 Siehe EuGH, 20. Januar 2011, *General Química* u. a./Kommission, C-90/09 P, Slg. 2011, S. I-1, Rn. 34-36 und die dort angeführte Rechtsprechung, und vom 29. September 2011, *Elf Aquitaine/Kommission*, C-521/09 P, Slg. 2011, S. I-8947, Rn. 53.

sion eine Entscheidung, mit der Geldbußen verhängt werden, gegen die Muttergesellschaft richten, ohne dass deren persönliche Beteiligung an der Zuwiderhandlung nachzuweisen wäre. Die Möglichkeit, das Verhalten einer Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft zuzurechnen, ergibt sich aus dem ICI-Urteil von 1972.³⁰⁵ Die Rechtsprechung berücksichtigt den Grundsatz, dass die Muttergesellschaft für ihre Tochtergesellschaft verantwortlich sein kann, wenn die Tochtergesellschaft ihr Verhalten auf dem Markt nicht selbstständig bestimmt, sondern im Wesentlichen die ihr von der Muttergesellschaft erteilten Anweisungen anwendet. Dieser Nachweis stützt sich auf zwei kumulative Bedingungen, die seit dem Urteil *AEG Telefunken*³⁰⁶ gefördert werden, wonach die Muttergesellschaft in der Lage sein muss, maßgeblichen Einfluss auf die abhängige Gesellschaft effektiv auszuüben.

Erstens variiert die Bedingung für die Ausübung eines bestimmenden Einflusses je nach der Kapitalstruktur des betreffenden Unternehmens. In dem ICI-Urteil stellt das Gericht fest, dass „es (...) offenkundig [ist], daß die Klägerin seinerzeit das gesamte Kapital oder jedenfalls die Kapitalmehrheit ihrer Tochtergesellschaften hielt“.³⁰⁷ Entweder hält die Muttergesellschaft eine Minderheitsbeteiligung an der Tochtergesellschaft. In diesem Fall muss die Kommission nachweisen, dass die Muttergesellschaft in der Lage ist, einen entscheidenden Einfluss auszuüben, oder die Muttergesellschaft hält eine Mehrheitsbeteiligung, wobei die Muttergesellschaft die Möglichkeit hat, einen entscheidenden Einfluss auszuüben. Diese Möglichkeit ist keine Vermutung, sondern ein Zustand, denn aufgrund der Mehrheitsbe-

305 EuGH, 14. Juli 1972, Imperial Chemical Industries Ltd., Rechtssache 48-69, und J. R. Geigy AG, Rechtssache C-52/69, Slg. 1972, S. 00619; EuGH, 21. Februar 1973, Europemballage Corporation und Continental Can Company Inc., Rechtssache 6-72, Slg. 1973, S. 00215; EuGH, 25. Oktober 1983, Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG - Telefunken AG, Rechtssache 107/82, Slg. 1983, S. 03151; EuGH, 16. November 2000, Stora Kopparbergs Bergslags AB, Rechtssache C-286/98 P, Slg. 2000, S. I-09925; EuGH, 24. Juni 1986, Akzo Chemie B.V. und Chemie U.K. Ltd., Rechtssache 53/85, Slg. 1986, S. 01965; EuGH, vom 20. Januar 2011, Rechtssache C-90/09 P, General Química SA u.a., Slg. 2010, S. I-1.; EuGH, 29. März 2011 ArcelorMittal Luxembourg SA u.a., Verbundene Rechtssachen C-201/09 P und C-216/09 P., ABl. vom 11.6.2011; EuGH (Große Kammer), 19. Juli 2012, Rechtssachen C-628/10 P und C-14/11 P, Elf Aquitaine gegen Europäische Kommission, ECLI:EU:C:2012:11, Slg. 2012, S. I-8947.

306 Siehe EuGH, 25 Oktober 1983, Allgemeine Elektrizität-Gesellschaft AEG-Telefunken AG, Rechtssache 107/82, Slg. 1983, S. 03151.

307 EuGH, 14. Juli 1972, Imperial Chemical Industries Ltd., Rechtssache 48-69, Slg. 1972, S. 00619, Rn. 136.

teilung ist die Muttergesellschaft in der Lage, Einfluss auf die Tochtergesellschaft auszuüben. Diese Bedingung ist notwendig, aber nicht ausreichend, der entscheidende Einfluss der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft muss auch wirksam ausgeübt werden.

Die Ausübung eines bestimmenden Einflusses wird konkret anhand von Indizenbündeln sowie wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Zusammenhängen analysiert, die die Tochtergesellschaft mit der Muttergesellschaft verbinden. Für den Gerichtshof sind Elemente, welche die tatsächliche Ausübung des bestimmenden Einflusses belegen: die finanziellen Beschränkungen der Tochtergesellschaft, die Richtlinien der Muttergesellschaft, die Identität der Direktoren, der Einfluss auf die Preispolitik, der Einfluss auf die Geschäftsführung und die Geschäftsstrategie der Tochtergesellschaft. Der Gerichtshof hat die tatsächliche Ausübung eines bestimmenden Einflusses in einer Reihe von Situationen anerkannt. Der bestimmende Einfluss kann auch bei mehrerer Muttergesellschaften wirksam ausgeübt werden; dann ist es Sache des Gerichts festzustellen, von welcher Gesellschaft der Einfluss ausgingt.³⁰⁸ Der bestimmende Einfluss kann von einem Schwesterunternehmen ausgeübt werden, sofern die Kommission nachweist, dass das Schwesterunternehmen die Gruppe selbst leitet.³⁰⁹ Verfahrensmäßig bedeutet die Erfüllung dieser Bedingung zwangsläufig, dass auch die erste Bedingung erfüllt ist. Die effektive Ausübung eines bestimmenden Einflusses kann durch die kapitalmäßigen Verbindungen, die die verschiedenen Gesellschaften verbinden, erfüllt werden.

Das europäische Wettbewerbsrecht wird damit zu einem der Bereiche, in denen die Kommission über supranationale Vollstreckungsbefugnisse verfügt.³¹⁰ Es stimmt, dass die Verordnung 17/62 vorsah, dass die von der Kommission nach europäischem Wettbewerbsrecht verhängte Geldbuße keinen strafrechtlichen Charakter hat, aber dennoch dazu bestimmt war, die Täter der in den Art. 85 und 86 des EG-Vertrags vorgesehenen Straftaten zu ahnden, und deshalb im weitesten Sinne als strafrechtlich angesehen wird. In diesem Sinne würde die von der Kommission verhängte Geldbuße der im deutschen, italienischen und portugiesischen Ordnungswidrigkeitenrecht vorgesehenen Geldbuße entsprechen, die strafrechtliche

308 EuGH, 19. Juli 2012, Alliance One International Inc., Standard Commercial Tobacco Co. Inc., verbundene Rechtssachen C-628/10 P und C-14/11 P, ECLI:EU:C:2012:479.

309 EuGH, 2. Oktober 2003, Siderúrgica Aristrain Madrid SL, Rechtssache C-196/99 P., Slg. 2003, S. I-11005.; EuG, 27. September 2006, Jungbunzlauer AG, Rechtssache T-43/02, Slg. 2006, S. II-03435.

310 Dannecker, Gerhard: MSchKrim 1991, S. 268-269.

Sanktionen darstellen.³¹¹ Die Europäische Kommission hat seit dem Pioneer-Urteil von 1979 eine neue Abschreckungspolitik entwickelt, durch welche sehr hohe Geldbußen verhängt werden. Sie erhöhte den Betrag der Geldbuße von 1 bis 2 % des Jahresgewinns auf 4 % und mehr, bis die Kommission Geldbußen in Höhe von mehreren Millionen Euro verhängte. Bei der Berechnung der Geldbuße in Höhe von 10 % nach Art. 15 der Verordnung 17/62 berücksichtigte die Kommission den weltweit höchsten Umsatz vor Abzug der Steuern, den das betreffende Unternehmen erzielt hat. Durch die Verordnung 17/62 wurde der Grundsatz der gesamtschuldnerischen Haftung von Mitgliedern eines Wirtschaftsverbandes nicht anerkannt. Deswegen war es schwierig, die gegen Unternehmen verhängten Geldbußen zu vollstrecken,³¹² weil nur das verurteilte Unternehmen die Geldbuße bezahlen musste. Um eine mögliche Insolvenz von Unternehmen auszugleichen, wurde mit der Verordnung 1/2003 eine gesamtschuldnerische Haftung eingeführt.

b. Zur Ausfallhaftung der Mitglieder einer Unternehmensvereinigung im neueren Sanktionssystem

Nach europäischem Recht bilden die Mitglieder der Unternehmensvereinigung eine Art Garantie für die Rückforderung der Geldbuße, wenn ein Unternehmen die von der Kommission verhängte Geldbuße nicht bezahlen kann. Die Haftung von Mitgliedern eines Unternehmensverbandes bei Ausfall eines Unternehmens wird durch Art. 23 Abs. 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 geregelt: *„Wird gegen eine Unternehmensvereinigung eine Geldbuße unter Berücksichtigung des Umsatzes ihrer Mitglieder verhängt und ist die Unternehmensvereinigung selbst nicht zahlungsfähig, so ist sie verpflichtet, von ihren Mitgliedern Beiträge zur Deckung des Betrags dieser Geldbuße zu fordern. Werden diese Beiträge innerhalb einer von der Kommission gesetzten Frist nicht geleistet, so kann die Kommission die Zahlung der Geldbuße unmittelbar von jedem Unternehmen verlangen, dessen Vertreter Mitglieder in den betreffenden Entscheidungsgremien der Vereinigung waren. Nachdem die Kommission die Zahlung gemäß Unterabsatz 2 verlangt hat, kann sie, soweit es zur vollständigen Zahlung der Geldbuße erforderlich ist, die Zahlung des Restbetrags von jedem Mitglied der Vereinigung verlangen, das auf dem Markt tätig war, auf dem*

311 Dannecker, Gerhard: MSchKrim 1991, S. 268-269.

312 Siehe Langen, Eugen / Bunte, Hermann-Josef: Kartellrecht, 13. Auflage., 2018, Buch, Kommentar, Kapitel VI, Rn. 121-122.

die Zuwiderhandlung erfolgte. Die Kommission darf jedoch Zahlungen gemäß Unterabsatz 2 oder 3 nicht von Unternehmen verlangen, die nachweisen, dass sie den die Zuwiderhandlung begründenden Beschluss der Vereinigung nicht umgesetzt haben und entweder von dessen Existenz keine Kenntnis hatten oder sich aktiv davon distanziert haben, noch ehe die Kommission mit der Untersuchung des Falls begonnen hat. Die finanzielle Haftung eines Unternehmens für die Zahlung der Geldbuße darf 10 % seines im letzten Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht übersteigen.“ In diesem Fall darf gemäß Art. 23 Abs. 4 S. 5 der Verordnung 1/2003 die finanzielle Verantwortlichkeit der einzelnen Unternehmen für die Zahlung der Geldbuße 10 % ihres im letzten Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes nicht überschreiten. Damit ein Unternehmen gesamtschuldnerisch für die Zahlung der von der Kommission gegen eine Unternehmensvereinigung verhängten Geldbuße haftet, müssen daher mehrere Voraussetzungen erfüllt sein.

Erstens muss das betreffende Unternehmen Mitglied des verurteilten Verbandes sein, der sich als zahlungsunfähig erwiesen hat. Zweitens verlangt Art. 23 Abs. 4, dass die Unternehmensvereinigung einen Aufruf zur Einreichung von Beiträgen seiner Mitglieder zur Deckung des Betrags macht, und nur wenn dieser Aufruf zur Einreichung von Beiträgen nicht innerhalb eines bestimmten Zeitraums erfolgreich ist, kann die Kommission dann die Zahlung der Geldbuße direkt von jedem Unternehmen verlangen, dessen Vertreter Mitglieder in den betreffenden Entscheidungsgremien der Vereinigung waren. Darüber hinaus und insbesondere zum Zwecke der Einziehung der verhängten Geldbuße kann die Kommission die Zahlung der Geldbuße von jedem anderen Tochterunternehmen verlangen, das auf dem Markt tätig war, auf dem die Zuwiderhandlung begangen wurde. Die letztgenannte Möglichkeit kann in Anspruch genommen werden, wenn die Tochtergesellschaft nachweist, dass sie die angefochtene Entscheidung des Verbandes nicht angewendet hat und von ihrer Existenz nichts wusste oder sich vor Beginn der Untersuchung durch die Kommission aktiv von ihr distanziert hat.

Die Anwendung einer solchen Norm basiert darauf, dass die Mitglieder einer Unternehmensvereinigung gesamtschuldnerisch für Verstöße des Verbandes haften. Allerdings sieht Art. 23 Abs. 4 S. 5 VO 1/2003 vor, dass die Höhe der gegen jedes Mitglied des Verbandes zu verhängenden Geldbuße 10 % seines persönlichen Umsatzes nicht überschreiten darf. Die Kommission möchte jedoch bei der Berechnung der Geldbußhöhe den Gesamtumsatz des Verbandes berücksichtigen, ohne zwischen großen und

kleinen Unternehmen zu unterscheiden.³¹³ Dies bedeutet, dass die Kommission, wenn sie in der Lage ist, eines der Mitglieder des Verbandes wegen Insolvenz zu verklagen, die Zahlung des Höchstbetrags der Geldbuße an jedes betroffene Unternehmen zusätzlich zu ihrem individuellen Anteil an der fälligen Geldbuße verlangen wird.³¹⁴ Es ist jedoch zu beachten, dass die Obergrenze von 10 % das Unternehmen vor der Willkür des Verbandes im Falle einer Regressklage gegen seine Mitglieder schützt.

Somit ist eine gesamtschuldnerische Haftung für jedes Unternehmen vorgesehen, das Mitglied einer Unternehmensvereinigung ist, die einen Verstoß gegen die Art. 101 und 102 AEUV begangen hat, wenn eines von ihnen nicht in der Lage ist, die ihm auferlegte Geldbuße zu zahlen.

2. Die Höhe der Geldbuße und ihre Bemessung

Eine Sanktion wirkt nur abschreckend, wenn sie schwerwiegend ist. Damit eine Sanktion wirksam wird, muss die Aufsichtsbehörde in der Lage sein, die meisten Gesetzesbrüche aufzudecken, zu untersuchen und zu ahnden. Dies erklärt die Tatsache, dass die EU-Kommission die Sanktionsmaßnahmen gegen Kartellrechtsverstößen verstärkt hat.

Die Kommission sanktioniert wettbewerbswidrige Verhaltensweisen durch die Verhängung von Geldbußen. Nach Art. 23 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 kann die Kommission Geldbußen verhängen, wenn Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gegen Art. 101 oder 102 AEUV verstoßen.³¹⁵ Der Zweck einer Geldbuße besteht darin, Personen zur Einhaltung von Gesetzen und Vorschriften zu drängen und auf sie einzuwirken, sich im Einklang mit dem Rechtsrahmen zu verhalten.³¹⁶ Die Geldbußen sollen die Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit gewährleisten und Rechtsverstöße abwehren.

313 *Berg, Werner/Märsch, Gerald* (Hrsg.): Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Kommentar, Kapitel VI Vorbemerkungen zu den Art. 23 f. VO 1/2003, Rn. 12.; *Bunte, Hermann-Josef* (Hrsg.): Kartellrecht, Kommentar, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Kapitel IV, Rn. 12-20.

314 Näher dazu EuG, 13. September 2010, Trioplast Industrier AB gegen Eu-Kommission, Rechtssache T-40/06, Slg. 2010, S. II-04893.

315 Siehe *Berg, Werner/Märsch, Gerald* (Hrsg.): Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Kommentar, Kapitel VI, Rn. 2.; *Bunte, Hermann-Josef* (Hrsg.): Kartellrecht, Kommentar, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Kapitel IV, Rn. 7-73.

316 Siehe *Petit, Nicolas*: Droit européen de la concurrence, S. 516.

In den letzten Jahren sind die Geldbußen dramatisch gestiegen. Dies war beispielsweise bei der Entscheidung über Vitamine der Fall, bei der die Kommission nicht gezögert hat, gegen ein einzelnes Unternehmen, in diesem Fall *Hoffmann-La Roche*, eine Geldbuße in Höhe von 462 Mio. € wegen seiner Beteiligung an einem Kartell zur Festsetzung der Preise für acht Vitamine zu verhängen; hierin wurden acht verschiedene Verstöße gesehen.³¹⁷ Die Ratio dieser Entscheidungspolitik spiegelt somit die Aussagen der Wirtschaftstheorie wider. Insbesondere die Arbeit von *Gary Becker* zeigt, dass eine optimale Geldbuße eine solche ist, die eine rational handelnde Person davon abhält, illegale Verhaltensweisen für die Gesellschaft auszuführen,³¹⁸ d.h. ein Verhalten, dessen Gesamtkosten für die Gesellschaft die privaten Gewinne für den Täter übersteigen.

Um eine optimale Abschreckung der Geldbuße zu gewährleisten, muss nämlich sichergestellt werden, dass der Verstoß sich nicht für den Verbrecher lohnt. Die angedrohten Sanktionen müssen daher alle Gewinne, die ein Rechtsverstoß dem Täter bringt, aufheben. Wenn die Aufdeckungswahrscheinlichkeit weniger als 100% beträgt, sollte die Höhe der Sanktion in diesem Punkt nicht auf die durch den Verstoß erzielten Gewinne begrenzt werden, denn wenn die Aufdeckungswahrscheinlichkeit einer Straftat gering ist, kann der aus einer ersten Straftat verurteilte Täter die Strafe durch eine zweite Straftat aufheben, und Nettogewinne durch Begehung einer dritten und vierten Straftat ausgleichen. Der optimale Betrag der Sanktion muss daher dem Gewinn aus einer Straftat zuzüglich des Gewinns für jede nicht festgestellte Straftat entsprechen.

Die Suche nach dem wirtschaftlichen Optimum stößt auf gesetzliche Grenzen. Gemäß Art. 23 Abs. 2 der Verordnung 1/2003 ist die Höhe der Geldbuße für ein Unternehmen, das wegen eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht verurteilt wurde, auf 10 % seines Gesamtumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr begrenzt. Diese gesetzlich festgelegte Quote von 10 % des Gesamtumsatzes war bereits im EGKS-Vertrag enthalten und wird nach Ansicht des EuGH durch das Ziel erklärt zu vermeiden, dass die Geldbußen in einem Missverhältnis zur Größe des Unternehmens

317 Entscheidung der Kommission, 22. November 2001, Rechtssache COMP/E-1/37.512 – Vitamine) ABl. L 006 vom 10/01/2003, S. 0001-0089.; Entscheidung der Kommission, 27. November 2002, Rechtssache COMP/E-1/37.512, *Affaire Plaques en plâtre*, ABl. L 2005. Im Jahr 2009 hat die Kommission GDF-Suez in ihrer Entscheidung vom 8. Juli 2009, COMP/39.401, Rechtssache E.ON/GDF, eine Geldbuße in Höhe von 1,1 Mrd. EUR wegen Aufteilung des Gasmarktes über 30 Jahre verhängt.

318 Siehe *Gary, C. Becker*: *Journal of Political Economy*, S. 169-217.

stehen.³¹⁹ Der Hinweis auf den Gesamtumsatz bezieht sich auf Tätigkeiten, die von der Zuwiderhandlung nicht unbedingt betroffen sind, und die Höhe der Geldbuße wird pro Unternehmen festgelegt. Zu diesem Zweck ist die angewandte binäre Methode in den Leitlinien der Kommission für die Methode zur Festsetzung von Geldbußen für 2006 festgelegt.³²⁰ Die Kommission legt zunächst einen Grundbetrag für jedes Unternehmen oder jede Unternehmensvereinigung fest (a.). Dieser Wert wird dann nach oben oder unten angepasst, je nachdem, ob erschwerende oder mildernde Umstände vorliegen (b.).

a. Die Bestimmung des Grundbetrags der Geldbuße

Zur Bestimmung des Grundbetrags der Geldbuße versucht die Kommission zunächst, eine Bezugsgrundlage festzulegen. Die Bezugsgrundlage besteht aus dem Wert der Verkäufe von Waren oder Dienstleistungen, die das Unternehmen im Zusammenhang mit der Zuwiderhandlung in dem betreffenden geografischen Gebiet der Union getätigt hat. Die Kommission verwendet normalerweise die Verkäufe des Unternehmens im letzten vollen Jahr seiner Beteiligung an der Zuwiderhandlung. Hier entspricht der rechtliche Begriff des Verkaufswertes dem wirtschaftlichen Begriff des Einkommens.³²¹ Der Umsatz ist daher umfassender als der Gewinn, da der Betrag auch die Produktionskosten beinhaltet.

Die Kommission wendet dann auf diesen Grundbetrag einen variablen Zinssatz an und multipliziert den ermittelten Wert mit der Anzahl der Jahre, in welchen die Zuwiderhandlung andauert hat.³²² Der gewählte Zinssatz hängt vom Schweregrad der Straftat ab. Grundsätzlich beträgt der Höchstsatz 30 %. Ziffer 22 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen sieht Folgendes vor: „Bei der Bestimmung der genauen Höhe

319 EuGH, 7. Juni 1983, S. A. Musique Diffusion (Pioneer), verbundene Rechtssachen 100 bis 103/80, Slg. 1983, S. 01825.

320 Siehe Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, (2006/C 210/02).

321 Siehe *Petit, Nicolas*, *Droit européen de la concurrence*, S. 518.

322 Ziff. 19 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, (2006/C 210/02):

„Zur Bestimmung des Grundbetrags wird ein bestimmter Anteil am Umsatz, der sich nach der Schwere des Verstoßes richtet, mit der Anzahl der Jahre der Zuwiderhandlung multipliziert.“

innerhalb dieser Bandbreite berücksichtigt die Kommission mehrere Umstände, u.a. die Art der Zuwiderhandlung, den kumulierten Marktanteil sämtlicher beteiligten Unternehmen, den Umfang des von der Zuwiderhandlung betroffenen räumlichen Marktes und die etwaige Umsetzung der Zuwiderhandlung in der Praxis.“ Bei Hardcore-Kartellen liegt die Rate normalerweise an der Spitze der Skala.³²³ Darüber hinaus nimmt die Kommission in den Grundbetrag bei Hardcore-Kartelle einen Betrag zwischen 15 % und 25 % des Wertes im letzten vollen Jahr der Teilnahme an der Zuwiderhandlung auf.³²⁴ Dies ist ein Pauschalbetrag, der noch abschreckender wirken soll. Unter bestimmten Umständen kann die Geldbuße jedoch herabgesetzt oder erhöht werden.

b. Die Anpassung der Höhe der Geldbußen angesichts der Umstände der Straftat

Die Kommission berücksichtigt weiterhin den Kontext des Verstoßes bei der Bestimmung der Höhe der Geldbuße. Sie passt daher den Grundbetrag an, um alle relevanten Umstände zu berücksichtigen.³²⁵ Diese Umstände können erschwerend oder mildernd sein.

Erschwerende Umstände können sein: ein wiederholter Verstoß eines Unternehmens, die Ablehnung der Zusammenarbeit des betreffenden Unternehmens, die Rolle des Anführers oder Anstifter der Straftat, die Weiterführung der Vereinbarung nach ihre Entdeckung durch die Kommission, die Bereitstellung irreführender Informationen oder letztendlich Fahrlässigkeit.

Ein Rückfall besteht dann, wenn ein Unternehmen nachdem die Kommission oder eine nationale Kartellbehörde den Verstoß gegen Art. 101 oder 102 AEUV entdeckt hat erneut eine Straftat begeht oder dieselbe Straftat weiterführt. In einem solchen Fall kann der Grundbetrag pro Verstoß um etwa 100% erhöht werden.³²⁶ In der Praxis erhöht sich der Grundbetrag bei Rückfällen erheblich. Bei *ThyssenKrupp* beispielsweise lag die Er-

323 Siehe Ziff. 23 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

324 Siehe Ziff. 25 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

325 Siehe Ziff. 27 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

326 Nach Ziff. 28 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

höhung im *Aufzugs- und Rollreppengeschäft* bei 50%³²⁷, wie auch bei *ABB* im Fall von *gasisolierten Schaltanlagen*. 50% und 60% betrug die Erhöhung bei *Bayer* und *ENI* im *Chloroprenkautschukgeschäft*³²⁸ und 60% bei *St Gobain* im *Automobilglasgeschäft*³²⁹.

Unternehmen sind verpflichtet, mit der Behörde kooperativ zusammenzuarbeiten. In der Rechtssache *Professional Video Bands* wurde daher der Grundbetrag der gegen Sony verhängten Geldbuße wegen des nicht-kooperativen Verhaltens seiner Mitarbeiter um 30% erhöht. Einer der Mitarbeiter hatte sich geweigert, Fragen zu beantworten; es hieß, ein anderer Mitarbeiter habe während der Inspektion Dokumente zerrissen.³³⁰ Auch im Fall *Bitumen NL* erhöhte die Kommission die gegen KWS verhängte Geldbuße: Zweimal verweigerte KWS den Zugang zu ihren Räumlichkeiten und zwang die Kommission, die niederländische Wettbewerbsbehörde und die lokale Polizei um Unterstützung zu bitten.³³¹

Darüber hinaus achtet die Kommission besonders auf Maßnahmen, die ergriffen werden, um andere Unternehmen zur Beteiligung an der Zuwiderhandlung zu bewegen, sowie auf Vergeltungsmaßnahmen gegenüber Unternehmen, mit denen diese zu rechtswidrigem Verhalten angehalten werden sollen.³³² Die Geldbußen gegen Siemens, Alstom und Areva wurden bei gasisolierten Schaltanlagen jeweils um einen Zuschlag von 50% erhöht, nachdem sie abwechselnd das Sekretariat des Kartells übernommen hatten.³³³ Die Sekretariatsaufgaben dieser Unternehmen beinhalteten nach Ansicht der Kommission eine strenge Kontrolle des Kartells. Zwar stellen die meisten Unternehmen ihre Zuwiderhandlung ein, sobald die Kommissi-

327 Entscheidung der EU-Kommission, 21. Februar 2007, COMP/E-1/38.629, Aufzüge und Fahrtreppen, ABl. L75 vom 26.3.2008, S. 19-24.

328 Entscheidung der EU-Kommission, 5. Dezember 2007, Rechtssache COMP/38.629, Chloropren-Kautschuk, ABl. C 251/11 vom 3.10.2008, S. 11-13.

329 EuGH, 27. März 2014, Saint-Gobain Glass France u.a., Rechtssachen T-56/09 und T-73/09, ABl. C 151 vom 19. Mai 2014, S. 16-18.

330 Siehe Jahresbericht der Kommission zur Wettbewerbspolitik, 2007, S. 12. Siehe auch Entscheidung der EU-Kommission, 30. November 2005, Rechtssache COMP / 38.354 - Industrietaschen, ABl. L 282, 26.10.2007, S. 41-46; (das Unternehmen hatte während der Inspektion der Kommission ein Dokument vernichtet).

331 Siehe Entscheidung der EU-Kommission, 13. September 2006, Rechtssache COMP/38.456, Bitumen-NL, ABl. L 196, 28.7.2007, S. 40-44.

332 Nach Ziff. 28 der Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003.

333 Siehe Entscheidung der EU-Kommission, 24. Januar 2007, Rechtssache COMP/38.899, gasisolierter Schaltanlagen, ABl. L 5, 10. Januar 2008, S. 7-10, Rn. 514.

on erste Prüfungen anstellt. Dies gilt jedoch nicht für alle Unternehmen. Die Kommission betrachtet ihre Untersuchungen nicht nur als Mittel zur Sammlung von Beweisen, sondern zugleich als vorläufige Maßnahme, um Kartellschäden umgehend zu begrenzen, bis eine abschließende Entscheidung in der Sache vorliegt.³³⁴ Daher ist die Kommission der Auffassung, dass Unternehmen jegliches Vertragsverletzungsverhalten nach ersten Prüfungen unverzüglich einzustellen haben. Nach diesem Grundsatz erhöhte die Kommission im Fall von Kupferfittings die gegen vier Unternehmen verhängten Geldbuße um 60%, weil sie nach der Untersuchung der Kommission ihre verbotenen Vereinbarungen fortgesetzt haben.³³⁵ Die Geldbuße wurde für *Advanced Fluid Connections* in demselben Fall wegen irreführender Informationen um 50 % erhöht. Angeblich hatte ein Mitarbeiter keinen Telefonkontakt mit einem Mitbewerber gehabt. Mehrere Telefonrechnungen dieses Konkurrenten ergaben aber, dass es in dem fraglichen Zeitraum 28 Mobilfunkverbindungen gegeben hatte.

Was die Milderung von Geldbußen anbetrifft, kommt eine solche zum Tragen, wenn das betreffende Unternehmen nachweist, dass die Zuwiderhandlung nur fahrlässig begangen wurde. Außerdem sehen die Bußgeldleitlinien eine Milderung vor, wenn das betreffende Unternehmen die Zuwiderhandlung beendet hat, sobald die Kommission erste Maßnahmen ergriffen hat.³³⁶ Es wird jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dies nicht für die schwerwiegendsten Verhaltensweisen wie Hardcore-Kartelle gilt. In der *ISS*-Entscheidung hat der Gerichtshof den Begriff der Fahrlässigkeit definiert: Wenn sich Unternehmen nicht bewusst sein können, dass sie beim Abschluss der fraglichen Vereinbarungen den Wettbewerb einschränken, handeln sie nur fahrlässig.³³⁷ Eine *de-minimis*-Beihilfe-Regelung greift ein, wenn das betroffene Unternehmen nachweist, dass seine Beteiligung an der Zuwiderhandlung erheblich begrenzt war. In diesem Fall kann der Grundbetrag der Geldbuße verringert werden. Dies kann den

334 Siehe Entscheidung der Kommission vom 21. Oktober 1998, IV/35691, Fernwärmetechnik-Kartell, ABl. L 24, 30.1.1999, S. 1-70; das Kartell war neun Monate fortgesetzt worden, nachdem es von der Kommission in einer Untersuchung entdeckt worden war.

335 Siehe Entscheidung der Kommission, 20. September 2006, COMP/F-1/38.121-Fittings, ABl. L 283, 27.10.2007, S. 63-68, Rn. 20.

336 Siehe Berg, Werner/Märsch, Gerald (Hrsg.): Deutsches und Europäisches Kartellrecht, Kommentar, Kapitel VI, Rn. 2.; Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.): Kartellrecht, Kommentar, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Kapitel IV, Rn. 7-73.

337 Siehe EuGH, 10. Dezember 1985, Rechtssache C-260/82, Netherlandse Sigarenwinkeliers Organisatie gegen Kommission, Slg. 1985, S. 3801.

Nachweis erfordern, dass das Unternehmen trotz seiner Beteiligung an dem Kartell sich wettbewerbsorientiert auf dem Markt verhalten hat. Im Fall Kupferfittings wurde der Grundbetrag der Geldbuße gegen ein Unternehmen, das nur eine passive Rolle im Kartell gespielt hatte, um 10 % reduziert.³³⁸ Im Falle von gasisolierten Schaltanlagen hingegen weigerte sich die Kommission im Jahr 2007, die Geldbuße herabzusetzen, weil sie es für widersprüchlich hielt, dass ein Unternehmen die Hauptrolle übernimmt und sich dann auf einen mildernden Umstand beruft.³³⁹ Darüber hinaus stellt allein die Tatsache, dass ein Unternehmen über einen kürzeren Zeitraum als die anderen an einer Zuwiderhandlung beteiligt war, noch keinen mildernden Umstand dar, da dieser Umstand bereits bei der Berechnung des Grundbetrags berücksichtigt wird.

Die Kommission gewährt Milderungen, wenn das betreffende Unternehmen außerhalb des Anwendungsbereichs anderer spezifischer Mechanismen wie der Kronzeugenregelung und der allgemeinen rechtlichen Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit der Kommission kooperiert. Daher können mildernde Umstände einem Unternehmen gewährt werden, das Informationen zur Verfügung stellt, aus denen hervorgeht, dass der Verstoß länger andauerte, als in dem Antrag auf Kronzeugenbehandlung beschrieben³⁴⁰. Andererseits führt die rechtzeitige Beantwortung des Auskunftersuchens der Kommission zu keiner Milderung. Die Kommission zeigt auch eine gewisse Nachsicht, wenn ein Kartell von nationalen Behörden genehmigt oder durch nationale Verordnungen gefördert wurde.³⁴¹

Mit der Wirtschafts- und Finanzkrise, von der die EU seit 2007 betroffen ist, sind die Forderungen nach einer Senkung der Geldbußen in Kartellfällen gestiegen.³⁴² Früher hätte die Kommission solche Anträge mit Vorsicht geprüft. Aber es gibt Grenzen, insbesondere politische Grenzen für eine stringente Sanktionspolitik und die Kommission handelt nicht im isolierten Raum. Unter dem Einfluss verschiedener Erwägungen, zum Beispiel der zunehmenden Konzentration der Märkte, der negativen Auswirkun-

338 Siehe Entscheidung der Kommission, 20. September 2006, COMP/F-1/38.121-Fittings, ABl. L 283, 27.10.2007, S. 63-68, Rn. 25.

339 Siehe Entscheidung der EU-Kommission, 24. Januar 2007, Rechtssache COMP/38.899, gasisolierter Schaltanlagen, ABl. L 5, 10. Januar 2008, S. 7-10, Rn. 514.

340 Siehe Entscheidung der Kommission, 20. September 2006, COMP/F-1/38.121-Fittings, ABl. L 283, 27.10.2007, S. 63-68.

341 Siehe Entscheidung der EU-Kommission, 15. Oktober 2009, COMP/F-39.188, Bananes, ABl. C 189 vom 12. August 2009, S. 784.

342 Siehe EU-Kommission, Jahresbericht über die Wettbewerbspolitik, 2009, S. 9.

gen auf die Beschäftigung, die soziale Akzeptanz des Wettbewerbsrechts usw. hat sie ihre Entscheidungspraxis fortentwickelt und berücksichtigt jetzt, wenn wegen der Höhe der Geldbuße die Gefahr der Insolvenz für das sanktionierte Unternehmen entsteht und reduziert in solchen Fällen die Geldbuße.³⁴³

343 Siehe Entscheidung der EU-Kommission, 23 Juni 2010, COMP/39.092, I Badezimmersausstattungen, ABl. C 348 vom 29 November 2011, S. 12-17.; Entscheidung vom 30 Juni 2010, COMP/38.344, Spannstahl, ABl. C 339 vom 19 November 2011, S. 7-11.; EU-Kommission, Jahresbericht über die Wettbewerbspolitik, 2010, S. 60.