

Teil 2: Der rechtliche Rahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im UEMOA-Kartellrecht

Der rechtliche Rahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im UEMOA-Kartellrecht besteht aus dem UEMOA-Vertrag und seinen Durchführungsbestimmungen sowie den nationalen Rechtsvorschriften. Zwar werden im Vertrag von Dakar die Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten in der UEMOA nicht aufgeteilt. Jedoch haben sich die Mitgliedstaaten auf das Fehlen einer expliziten vertraglichen Regelung berufen, um die ausschließliche Zuständigkeit der Union für die Verabschiedung eines einheitlichen Wettbewerbsrechts anzufechten. Die Stellungnahme des UEMOA-Gerichtshofs zur Auslegung der Art. 88 bis 90 des Vertrags vom 10. Januar 1994 bildet die Grundlage für die ausschließliche Zuständigkeit der Union zur Erarbeitung von Rechtsvorschriften in Kartellsachen. In diesem Sinne hat sich die UEMOA gegen eine Koexistenz von nationalen und gemeinschaftlichen Kartellvorschriften entschieden, weil sie von einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union für die Feststellung und Durchführung kartellrechtlicher Normen ausgeht. Die ausschließliche Zuständigkeit der Union umfasst jedoch nicht das gesamte Wettbewerbsrecht, sondern betrifft nur die Sanktionierung von wettbewerbswidrigen Vereinbarungen, Missbräuchen einer marktbeherrschenden Stellung und staatlichen Beihilfen.

Dieser Bereich wird oft als „das große Wettbewerbsrecht“ bezeichnet. Im Gegensatz dazu besteht das kleine Wettbewerbsrecht aus dem Recht des unlauteren Wettbewerbs und dem Recht der wettbewerbsbeschränkenden Praktiken (Dumpingpraktiken, Schneeballverkäufe usw.).³⁴⁴ Dies bedeutet, dass die ausschließliche Zuständigkeit der Union im Wettbewerbsrecht nur einen bestimmten Teilbereich betrifft. Entsprechend sind die Mitgliedstaaten befugt, strafrechtliche Maßnahmen gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, Verstöße gegen die Regeln der Markttransparenz und die Organisation des Wettbewerbs zu ergreifen. Der UEMOA-Vertrag sieht daher nur eine allgemeine Strafbarkeit von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht vor. Dies bedeutet, dass die Mitgliedstaaten beson-

344 Siehe *Stasiak, Frédéric*: *Droit pénal des affaires*, S. 326.

dere strafrechtliche Maßnahmen für die Verwirklichung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ergreifen müssen.

Die strafrechtlichen Maßnahmen müssen gemäß Art. 5 UEMOAV den nationalen Verfassungsnormen und völkerrechtlichen Vorgaben entsprechen. Das bedeutet, dass diese Maßnahmen dem nationalen Strafrecht jedes Mitgliedstaats und dem Völkerrecht, nicht aber dem Gemeinschaftsstrafrecht oder dem internationalen Strafrecht unterliegen. Zum nationalen Strafrecht gehört auch das Strafanwendungsrecht, das eingreift, wenn mehrere Staaten betroffen sind und die dabei auftretenden klassischen Fragen regelt, insbesondere Fragen des Strafanwendungsrechts bei grenzüberschreitenden Fällen. So gesehen scheint der Begriff des transnationalen Strafrechts zutreffender, weil er den grenzüberschreitenden Charakter deutlich macht.³⁴⁵ Die Lösung wird entweder durch innerstaatliches Recht oder durch bilaterale Abkommen, wie dies im Bereich der Auslieferung der Fall ist, bereitgestellt. Der zuständige Richter ist ein nationaler Richter, der einem der betroffenen Staaten angehört.

Sodann gibt es neben dem nationalen Strafrecht auch das übernationale Strafrecht, dessen spezifischer Zweck es ist, zwei oder mehr Staaten einzu-beziehen, und als internationales Strafrecht im weitesten Sinne des Wortes bezeichnet wird.³⁴⁶ Dieses internationale Strafrecht ist eine Art des Strafrechts, das auf die Lösung aller internationalen strafrechtlichen Probleme abzielt.³⁴⁷

Weiterhin sind Staatenbünde zu nennen, die völkerrechtlich keinen Staat, auch keinen Bundesstaat bilden, aber aufgrund der weitreichenden Übertragung von Souveränitätsrechten an die Gemeinschaft bereits über einen Staatenbund hinausgehen. Zu nennen sind die Europäische Union und die UEMOA. Hier entwickeln sich Strafrechtssysteme,³⁴⁸ die insbesondere Fragen der wirtschaftlichen Integration berücksichtigen und auf

345 Schieman, Anja: JR 2017, 339.

346 Siehe Ambos, Kai: Internationales Strafrecht, 5. Auflage 2018, C.H. Beck, 2018, S. 239 ff.; Frister, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage 2018, C. H. Beck, S. 10 ff.; Pradel, Jean/Corstens, Geert/Vermeulen, Gert: Droit pénal européen, S. 2 ff.

347 Siehe Ambos, Kai: Internationales Strafrecht, § 6, Rn. 2-3, S. 115 ff.; Frister, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil S. 10 ff.; Pradel, Jean/Corstens, Geert/Vermeulen, Gert: Droit pénal européen, S. 2 ff.; Huet, André/ Koering-Joulin Renée: Droit pénal international, S. 1.

348 Im September 1992 fand in Helsinki ein Symposium der International Criminal Law Association zur Regionalisierung des Völkerstrafrechts statt, bei dem der Begriff "Regionalisierung" erstreckt wurde auf "die Entwicklung von Modalitäten der internationalen Zusammenarbeit (...), die mindestens drei unabhängige

eine Harmonisierung oder Standardisierung nationaler spezieller Vorschriften ihrer Mitgliedstaaten gerichtet sind. Sowohl die Europäische Union als auch die Westafrikanische Wirtschafts- und Währungsunion (UEMOA) streben die Vereinheitlichung der Bekämpfung von Kartellrechtsverstößen an.

Die Wettbewerbsregulierung erfordert die Anwendung des Wettbewerbsrechts, wobei zu berücksichtigen ist, dass die angestrebte Effizienz der Marktwirtschaft mit der Erfüllung von Anforderungen im allgemeinen Interesse in Einklang gebracht werden muss. Sie muss es ermöglichen, dem Wettbewerb Grenzen zu setzen, indem dem Wettbewerb vorgehende Werte geschützt und gefördert werden.³⁴⁹ Diese Werte muss der Staat, wenn sie durch die Entwicklung des Marktes gefährdet werden, schützen. Hierbei handelt es sich um eine wichtige staatliche Aufgabe, denn das Wirtschaftssystem hat durch seine Methoden und seinen dominanten Charakter die meisten wirtschaftlichen Aktivitäten erfasst. Auch das UEMOA-Kartellrecht ist dieser Expansion marktwirtschaftlichen Denkens nicht entzogen und tendiert deshalb dazu, sowohl das Verhalten der Bürger als auch staatliches Handeln zu regeln.

Jede Anwendung des Gesetzes, soweit es verpflichtenden Charakter hat, impliziert die Verhängung von Sanktionen. Art. 88 UEMOAV verbietet alle wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen und droht verwaltungsrechtliche Sanktionen an. Nach Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA ist nämlich die Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen durch die UEMOA-Kommission, unbeschadet der Berufung vor nationalen Gerichten, nicht strafrechtlicher Natur. Strafrechtliche Sanktionen liegen damit in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, soweit sie für die Ergänzung der Gemeinschaftsvorschriften zuständig sind.

Das UEMOA-Kartellrecht kennt zwei Arten von Verstößen, welche die allgemeinen Wettbewerbsmechanismen beeinträchtigen können: wettbewerbswidrige Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Kartellen und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sowie Verstöße gegen das Fusionskontrollrecht. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen werden durch das UEMOA-Wettbewerbsrecht und die nationalen Gesetze der Mit-

Staaten verbinden, die zu einer bestimmten geographischen Einheit gehören"; näher dazu Pradel, Jean/Corstens, Geert/Vermeulen, Gert: Droit pénal européen, S. 2.

349 Siehe Ngom, M'bissane: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 95; Boy, Laurence: working paper Law 2004, S. 24.

gliedstaaten geregelt und auch sanktioniert. Grundlage der Verbote und der Sanktionen können somit das Gemeinschaftsrecht als auch die nationalen Wettbewerbsgesetze sein. Im Folgenden wird zunächst auf die kartellrechtlichen Verbote im UEMOA-Wettbewerbsrecht (A.) und sodann auf das verwaltungsrechtliche Sanktionssystem des UEMOA-Kartellrechts (B.) eingegangen.

A. Kartellrechtliche Verbote des UEMOA-Kartellrechts

Im Sinne des UEMOAV sind wettbewerbswidrige Vereinbarungen und der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verboten. Diese Verbote dienen dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit. Ziel des UEMOA-Kartellrechts ist es daher, durch die Schaffung eines Gemeinsamen Marktes sicherzustellen, dass Unternehmen die staatlichen Verbote nicht durch private Regelungen ersetzen, die das freie Spiel des Wettbewerbs beeinträchtigen könnten. Damit verbietet der UEMOAV wettbewerbswidrige Handlungen. Diese Kartellrechtsverstöße können sowohl von Unternehmen als auch von Staaten und lokalen Behörden begangen werden. Zum Schutz des Gemeinsamen Marktes und der Wettbewerbsgleichheit bestimmen die Art. 88, 89 und 90 des UEMOAV die Kartellrechtsverstöße und legen in den Durchführungsbestimmungen Nr. 2³⁵⁰, 3³⁵¹ und 4³⁵² die Verfahrensregeln fest und sehen die Verhängung von Geldbußen und Zwangsgeldern vor, deren Höhe näher geregelt wird.

Nach dem UEMOAV können Kartellrechtsverstöße in zwei Kategorien eingeteilt werden, nämlich in kollektive und individuelle Verstöße. Der vorliegende Titel befasst sich zunächst mit kollektiven Kartellrechtsverstößen (I.) und anschließend mit den individuellen (II.).

350 Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen innerhalb der westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion.

351 Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA über Kartellverfahren innerhalb der westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion.

352 Verordnung Nr. 04/2002/CM/UEMOA über staatliche Beihilfen im Rahmen der Westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion.

I. Die kollektiven Kartellrechtsverstöße

Die kollektiven Kartellrechtsverstöße sind nach dem UEMOA-Kartellrecht wettbewerbswidrige Vereinbarungen zwischen Unternehmen. Die meisten wettbewerbsrechtlichen Vorschriften befassen sich speziell mit wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen wie Kartellen, weil sie den häufigsten Verstoß gegen den Wettbewerb darstellen, der durch Unternehmen begangen wird. Das UEMOA-Kartellrecht weicht nicht von dieser Regel ab. In Art. 88 a UEMOAV verbietet es alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die bezwecken das freie Spiel des Wettbewerbs im Unionsmarkt zu verfälschen. Die Bestimmungen des Art. 88 a verbieten Vereinbarungen genauso wie alle abgestimmten Verhaltensweisen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen und/oder Koalitionen zwischen Unternehmen. Diese Praktiken sind sehr vielfältig, da die Vorstellungen der Unternehmen, Gruppierungsmechanismen zur Verfälschung des freien Wettbewerbs zu bilden, sehr weit gehen. Um der Vielfalt und Komplexität der rechtlichen Regelungen Rechnung zu tragen, die von den Wirtschaftsteilnehmern verwendet werden könnten, verwendet das UEMOA-Wettbewerbsrecht eine Vielzahl von Konzepten mit variablem Inhalt, wobei es den Aufsichtsbehörden überlassen bleibt, ihre Bedeutung anhand der ihnen vorgelegten Fälle zu bestimmen. In diesem Zusammenhang ist es wichtig, den Zweck des Verbots von Kartellen (1) zu präzisieren, dessen Verletzung die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens begründet. Darüber hinaus verbietet das UEMOA-Kartellrecht wettbewerbswidrige Vereinbarungen, weil sie negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Dieses Verbot ist jedoch nicht absolut, da einige wettbewerbswidrige Verhaltensweisen trotz ihrer negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb unter bestimmten Voraussetzungen freigestellt werden können (2).

1. Zweck der wettbewerbswidrigen Vereinbarungen/Kartelle

Die wettbewerbswidrigen Vereinbarungen bezwecken, den freien Wettbewerb zu verfälschen oder einzuschränken. Im UEMOA-Recht ist der Begriff Kartell oder Vereinbarung im weitesten Sinne zu verstehen.³⁵³ Art. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA definiert den Begriff der wett-

353 Nach Anmerkung 2 zu Anhang 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/ UEMOA; vgl. Zum EU-Recht *Dannecker, Gerhard/ Fischer-Fritsch, Jutta*: Das EG-Kartell-

bewerbswidrigen Vereinbarungen als alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, deren Zweck oder Wirkung darin besteht, den Wettbewerb einzuschränken oder zu verfälschen.³⁵⁴ Wettbewerbswidrige Vereinbarungen werden im Allgemeinen als ein nachhaltiges koordiniertes Verhalten von Unternehmen betrachtet, das aus der Organisation der Märkte in denen sie tätig sind, entsteht, um die besonderen Interesse ihrer Partnern zu unterstützen und dadurch das freie Spiel des Wettbewerbs zu blockieren oder ernsthaft zu verzerren.³⁵⁵ Das Kartell stellt daher jede ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zwischen Unternehmen im Hinblick auf ein gemeinsames Vorgehen auf dem Markt dar, insbesondere die Festsetzung von Preisen, die Aufteilung von Märkten und die Kontrolle der Produktion, der Absatzgebiete oder der Investitionen.³⁵⁶

Geschichtlich bezieht sich der Begriff Kartell auf Kriegszeiten, in denen Kriegsparteien Vereinbarungen zur Aussetzung der Feindseligkeiten oder zum Austausch von Gefangenen getroffen haben. In der Kriminologie erinnert das Konzept Kartell an das Medellin-Kartell, eine Organisation, die eine Handvoll Drogenhändler gegründet hatten, um die Produktion, den Transport und die Vermarktung von Kokain aus Kleinflugzeugen in die Vereinigten Staaten zu regeln. In der Politikwissenschaft führt er offensichtlich zu dem Kartell der Linken zu Beginn des 20. Jahrhunderts in Frankreich.³⁵⁷

Um in den UEMOA-Mitgliedstaaten zu verhindern, dass der Begriff zu weit verstanden wird, und um den freien, gleichen und fairen Wettbewerb zu fördern, legt der UEMOA-Gesetzgeber den Grundsatz des Verbots wettbewerbswidriger Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf der einen Seite und Ausnahmen von diesem Grundsatz auf der anderen Seite fest.

Das Wettbewerbsrecht befasst sich mit verschiedenen Formen von Kartellen. Es geht zum einen nicht nur um kollektive Organisationen, die den Wettbewerb zwischen Unternehmen verhindern sollen, sondern auch um geheime Organisationen, deren Mitglieder konkurrierende Unternehmen

recht in der Bußgeldpraxis, S. 12; *Coulibaly, Abou Saib*: Revue Burkinabé du Droit 2003, S. 10.

354 Art. 3 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/ UEMOA über die Verfahren für Kartelle und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in der Westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion.

355 Siehe *Sera, Yves*: Le droit français de la concurrence, S. 4-5.

356 Siehe *Cornu, Gérard*: Vocabulaire juridique, S. 404.

357 Siehe *Petit, Nicolas*: Droit européen de la concurrence, S. 489.

sind. Sie werden auch allgemein als Kartelle oder horizontale Vereinbarungen bezeichnet. Sie gelten als Feinde des *Ordre publics*.³⁵⁸ Das Bestehen einer Vereinbarung zwischen Unternehmen gemäß Art. 88. a UEMOAV erfordert nicht zwingend einen schriftlichen Vertrag.³⁵⁹ Neben horizontalen Vereinbarungen gibt es auch vertikale Vereinbarungen.³⁶⁰ Für den UEMOA-Gesetzgeber sind vertikale Vereinbarungen alle Vereinbarungen, die zwischen zwei oder mehreren Unternehmen geschlossen werden, von denen jedes auf einer anderen Ebene der Produktions- oder Vertriebskette tätig ist und die die Bedingungen betreffen, unter denen diese Unternehmen bestimmte Waren oder Dienstleistungen erwerben, verkaufen oder weiterverkaufen können.³⁶¹ Im Gegensatz dazu sind horizontale Vereinbarungen solche, die auf derselben Ebene der Produktion oder des Vertriebs getroffen werden oder, anders ausgedrückt, als Vereinbarungen zwischen Herstellern oder Vereinbarungen zwischen Händlern auf der gleichen Stufe. Art. 88. a UEMOAV verbietet sowohl horizontale als auch vertikale Vereinbarungen, weil beide Kartelle negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb haben. Dies beruht auf dem Bestehen eines Kartells und seinen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb.³⁶² Gemäß Art. 88. a UEMOAV setzt eine wettbewerbswidrige Vereinbarung drei Elemente voraus. Das erste ist rechtlicher Natur: Erforderlich ist die Koordinierung zwischen mehreren Unternehmen. Das zweite weist einen wirtschaftlichen Charakter auf und dient dem Erfordernis, dass die Koordinierung den Wettbewerb einschränken oder verhindern kann. Schließlich betrifft das dritte Element die Auswirkung auf den Handel des Unionsmarktes. Das Vorliegen einer Vereinbarung begründet die Anwendung des Art. 88 a UEMOAV, weil das freie Spiel des Wettbewerbs gestört wird.

Unter diesem Gesichtspunkt ist es wichtig, die Voraussetzung eines Kartells (a.) und die Formen des Wettbewerbsschadens (b.) näher zu untersuchen, da die Existenzbedingungen und der Grad des Wettbewerbsschadens es rechtfertigen, die Verantwortlichen für wettbewerbswidrige Vereinbarungen zur Verantwortung zu ziehen.

358 Siehe *Adam Smith: The Wealth of Nations*, CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014, S. 524.

359 Anmerkung 2 des Anhangs 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA; *Coulibaly, Abou Saib* : *Revue Burkinabé du Droit* 2003, S. 11.

360 Siehe *Kohlhoff, Christian*: *Kartellstrafrecht und Kollektivenstrafe*, S. 26-34.

361 Nach Anmerkung 5 des Anhangs 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA.

362 Vgl. *Petit, Nicolas*: *Droit européen de la concurrence*, S. 180.

a. Voraussetzungen eines Kartells

Art. 88 a UEMOAV normiert das Verbot wettbewerbswidriger Vereinbarungen.³⁶³ Insbesondere Art. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA und Anhang 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vom 23. Mai 2002 konkretisieren das im UEMOA-Vertrag enthaltene Verbot.³⁶⁴ Nach Art. 88a UEMOAV und Art. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA und nach Anhang 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vom 23. Mai 2002 sind Kartelle als Willensbekundung zwischen autonomen Unternehmen verboten, wie beispielsweise eine Vereinbarung, ein Verbandsbeschluss oder eine abgestimmte Verhaltensweise, deren Zweck oder Wirkung darin besteht, den Wettbewerb zu beeinträchtigen oder zu behindern. Die Vereinbarung kommt zustande, wenn es eine Koordination zwischen den Unternehmen gibt. Der Nachweis der Koordination wird durch das Bestehen einer Willensübereinstimmung (**bb**) zwischen einer Mehrzahl von unabhängigen Unternehmen (**aa**) erbracht.

aa. Eine Mehrzahl von Unternehmen

Nur eine Mehrzahl von Unternehmenden kann den Verstoß wettbewerbswidriger Vereinbarungen begehen. Eine wettbewerbswidrige Vereinbarung liegt vor, wenn mehrere Unternehmen eine Vereinigung mit der Absicht bilden, anderen konkurrierenden Unternehmen auf dem Markt zu schaden. Ein Rechtsverstoß liegt vor, wenn die Vereinbarung zu Wettbewerbsverzerrungen führt oder darauf abzielt. Nach Art. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA³⁶⁵ sind wettbewerbswidrige Vereinbarungen alle

363 Zu bestimmten nationalen Gesetzen, Vereinbarungen innerhalb des UEMOA-Gebiets, siehe insbesondere die Rechtsvorschriften vom 21 juillet 1994, S. 1292 ff.; Für Burkina Faso, Art. 5 der loi portant organisation de la concurrence; Elfenbeinküste, Art. 7 der loi N° 91-999 du 27 décembre 1991 relative à la concurrence; auch Senegal, Art. 24 der loi n° 94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique. Aus der Lehre siehe *Joseph, Issa-Sayegh* : Ohadata 2004, S. 20.

364 Gemäß Artikel 32 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA vom 23. Mai 2002 ist Anhang Nr. 1 "Interpretationsnotizen zu bestimmten Konzepten" integraler Bestandteil der genannten Verordnung und hat daher die gleiche Bindungskraft wie diese.

365 Die nationalen Gesetze enthalten die gleichen Definitionselemente: Art. 8 Gesetz Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in Benin; Art. 12 Gesetz Nr. 99-011 vom 28. Dezember 1999 über die Organisation des Wettbewerbs

Vereinbarungen zwischen Unternehmen, alle Entscheidungen von Unternehmensvereinigungen und alle abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die eine Beschränkung oder Verzerrung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Unter diesem Gesichtspunkt ist das erste Kriterium der Vereinbarung die Pluralität. Dies ist ein wesentlicher Bestandteil des wettbewerbswidrigen Kartells.

Eine Kooperation erfordert mehrere Teilnehmer, bei Kartellen mehrerer unabhängiger Wirtschaftssubjekte. Daher kann nur eine Mehrzahl von Unternehmen die Anwendung des Art. 88. a UEMOAV auslösen. Der UEMOAV legt in Art. 88. a fest, dass die Vereinbarungen, Zusammenschlüsse und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Unternehmen gesetzlich verboten sind. Somit können im UEMOA-Wettbewerbsrecht nur Unternehmen wegen der Verletzung wettbewerbswidriger Vereinbarungen verantwortlich gemacht werden. Alle Zusammenschlüsse zur Behebung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen sowie alle Vereinbarungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sind verboten, wenn sie den Wettbewerb in der Union beeinträchtigen oder beeinträchtigen können.³⁶⁶

Art. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA legt in den Punkten a bis f den genauen Inhalt der vertraglich verbotenen Vereinbarungen fest. Vereinbarungen sind verboten, die den Marktzugang oder die freie Ausübung des Wettbewerbs beschränken, die Preisfestsetzung durch das freie Spiel des Marktes behindern, indem sie deren Steigen oder Fallen künstlich begünstigen, die zwischen Unternehmen auf verschiedenen Produktions- oder Vertriebsniveaus zur Festsetzung des Wiederverkaufspreises getroffen werden, die die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen zum Inhalt haben, die zwischen produzierenden oder vertreibenden Unternehmen über den absoluten Gebietsschutz betreffen, die die Produktion, die Märkte, die technischen Entwicklungen oder die Investitionen kontrollieren oder beschränken, die durch ungleiche Bedingungen für

in Togo; Art. 11 der Verordnung 2013-662 vom 20. September 2013 über den Wettbewerb in Côte d'Ivoire; Art. 4 des Gesetzes Nr. 20116-006 vom 24. Februar 2016 über die Organisation des Wettbewerbs in Mali; Art. 24 Gesetz Nr. 94-63 vom 22. August 1994 über Preise, Wettbewerb und Wirtschaftsstreitigkeiten im Senegal etc.

366 Siehe Dannecker, Gerhard/ Fischer-Fritsch, Jutta: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 12: « Verboten ist also die konzentrierte Wettbewerbsbeschränkung sowohl durch Kartellbildung im Rahmen einer Vereinbarung als auch deren Praktizierung durch abgestimmte Verhaltensweisen, wenn diese geeignet sind, den Handel zu beeinträchtigen. »

gleichwertige Dienstleistungen andere Handelspartner diskriminieren oder die durch den Abschluss von Verträgen Dienstleistungen durch die Partner annehmen, die ihrer Natur nach oder zu kommerziellen Zwecken nicht mit dem Gegenstand dieser Verträge in Verbindung stehen. Die gleichen Bestimmungen finden sich in Art. 8 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs im Benin.³⁶⁷

Folglich können nur Unternehmen an einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung teilnehmen. Dem Begriff des Unternehmens kommt damit zentrale Bedeutung zu.

Anhang 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA definiert das Unternehmen als eine einheitliche Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Elemente, die eine wirtschaftliche Tätigkeit gegen Entgelt ausübt, welche dauerhaft und unabhängig von ihrer Finanzierungsweise oder ihrem rechtlichen Status, öffentlich oder privat, ist und zudem Entscheidungsautonomie besitzt.³⁶⁸ Der Begriff des Unternehmens konzentriert sich also mehr auf das funktionale Kriterium, d.h. die Art der von dem betreffenden Unternehmen ausgeübte Tätigkeit, als auf das institutio-

367 Gemäß Art. 8 des Gesetzes Nr. 2016-25 sind wettbewerbswidrige Vereinbarungen alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, deren Zweck oder Wirkung darin besteht, diese einzuschränken den Wettbewerb verfälschen, insbesondere solche, die bestehen aus

- Vereinbarungen, die den Zugang zum Markt oder die freie Ausübung des Wettbewerbs durch andere Unternehmen einschränken;
- Vereinbarungen zur direkten oder indirekten Preisfestsetzung, zur Kontrolle des Verkaufspreises und generell zur Verhinderung von Preisabsprachen durch das freie Spiel des Marktes, indem sie deren Aufstieg oder Abstieg künstlich begünstigen; insbesondere Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf verschiedenen Produktions- oder Vertriebsstufen zur Festsetzung des Wiederverkaufspreises;
- die Verteilung von Märkten oder Versorgungsquellen, insbesondere Vereinbarungen zwischen Produktions- oder Vertriebsunternehmen, die sich auf den absoluten Gebietsschutz beziehen;
- Beschränkungen oder Kontrollen der Produktion, der Absatzmärkte, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
- Diskriminierung zwischen Handelspartnern durch ungleiche Bedingungen für gleichwertige Dienstleistungen;
- vom Abschluss der Verträge bis zur Annahme zusätzlicher Dienstleistungen durch die Partner, die aufgrund ihrer Art oder ihrer kommerziellen Nutzung nicht mit dem Gegenstand dieser Verträge in Zusammenhang stehen.

368 Anmerkung 1 des Anhangs 1 der Verordnung Nr. 3/2002/CM/UEMOA.

nelle Kriterium, d.h. die Rechtsform der betreffenden Einheit.³⁶⁹ Daraus folgt, dass das Unternehmen eine natürliche oder juristische Person, eine Zivilgesellschaft oder eine Handelsgesellschaft oder eine juristische Person sein kann, die nicht die Rechtsform einer Gesellschaft hat.³⁷⁰

Neben dem funktionalen Kriterium des Unternehmens kann das Unternehmen auch unter Berücksichtigung seiner Organisation definiert werden. Das organisatorische Kriterium basiert auf der Idee, dass das betreffende Unternehmen sein eigenes Marktverhalten bestimmen muss, da es wirtschaftlich unabhängig ist. Diese Entscheidungsautonomie ermöglicht es zu bestimmen, wer Teilnehmer bei einer Vereinbarung sein kann, und die Zuwiderhandlung diesem Teilnehmer sodann zuzurechnen. In diesem Sinne können verschiedene faktische Elemente verwendet werden, um festzustellen, ob das Unternehmen Entscheidungsautonomie besitzt oder nicht. Wenn das Unternehmen also den Richtlinien oder Anweisungen eines anderen Unternehmens folgt, kann auf eine mangelnde wirtschaftliche Unabhängigkeit geschlossen werden. Die Existenz rechtlicher Verbindungen reicht jedoch nicht aus, um einen Mangel an Entscheidungsautonomie zu ersetzen. Zu diesem Zweck ist es erforderlich, dass eine Unternehmensgruppe eine wirtschaftliche Einheit bildet, die über die rechtliche Unabhängigkeit ihrer Einzelgesellschaften hinausgeht, um als ein einziges Unternehmen betrachtet zu werden.³⁷¹ Unternehmensgruppen sind gekennzeichnet durch die Existenz einer wirtschaftlichen Abhängigkeit ihrer konstituierenden Strukturen, die über ihre rechtliche Unabhängigkeit hinausgeht.³⁷² Diese wirtschaftliche Abhängigkeit widerspricht daher der rechtlichen Unabhängigkeit der Gesellschaften der Unternehmensgruppe. Die wirtschaftliche Abhängigkeit manifestiert sich durch die Existenz einer Or-

369 Siehe Entscheidung der UEMOA-Kommission Nr. 003/2013/COM/UEMOA, *Sache SONAPOST c/STAF*, vom 13.02.2013 mit der Aufforderung an Burkina Faso, das für SONAPOST geschaffene Monopol im Bereich des Post- und Paketverkehrs mit dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft in Einklang zu bringen. Der Begriff des Unternehmens entspricht der des Europäischen Gerichtshofs; siehe EuGH, 23 April 1991, Höffner, Rechtssache 41/90, Slg. 1991, S. 1979; EuGH, 17 Februar 1993, Poucet, Rechtssache 160/91, Slg. 1993, S. 637; siehe auch *Emmerich, Volker: Kartellrecht*, 14. Auflage C.H. Beck 2018, S. 20.

370 Anmerkung I des Anhangs 1 der Verordnung Nr. 3/2002/CM/UEMOA.

371 Siehe EuGH, 12. Juli 1984, Hydrotherm, Rechtssache 170, Slg. 1984, S. 02999; EuG, 12. Januar 1995, T-102/92, Viho Europe BV, Slg. 1995, S. II-17; EuGH, 21. Oktober 1996, Viho Europe BV gegen Kommission, *Sache C-73/95*, Slg. 1996, S. I-5457, Rn. 51.

372 Sakho, Abdoulaye: *Les groupes de société et le droit: Contribution à la recherche sur la notion de pouvoir en droit privé*, Karthala 2010, S. 334.

ganisationseinheit, die auf einem teilweise komplexen Spiel der Kontrollverbindungen beruht, das sich in der Interessenidentität der Parteien widerspiegelt. Diese Identität von Interessen führt dazu, dass im Wettbewerbsrecht die Rechtspersönlichkeit in den Hintergrund tritt. Die Rechtspersönlichkeit wird mit anderen Verbänden verschmolzen und in das Unternehmen eingebettet, zu dem es gehört.³⁷³

Die Entwicklung einer Unternehmenstheorie in der Lehre war allerdings keine leichte Aufgabe,³⁷⁴ denn ihr Begriff spiegelt eine komplexe und vielfältige Realität wider, und zwar in einem solchen Maße, dass einige Autoren sich weigern, eine vielfältige Realität in den Fesseln einer unzureichenden Rechtswelt zu verankern.³⁷⁵ Die Rechtfertigung für diesen Verzicht liegt in der Tatsache, dass es eine Realität im Alltag ist, wenn das Unternehmen sich hartnäckig jeder rechtlichen Konzeptualisierung widersetzt. Es lässt sich nicht in eine bekannte rechtliche Kategorie einbinden.³⁷⁶ Andere Autoren sehen das Unternehmen als irritierenden, schwer

373 Siehe Bolze, Christian: « *La notion d'entreprise en droit communautaire* », RJC, n° spéc. nov. 1987, S. 70.

374 Siehe Louis, Code de la concurrence, droits européen et français, 2e édition, 2018/2019, S. 115. ff; Idot, Laurence (Hrsg.): Grands arrêts du droit de la concurrence, Vol. II concentrations et aides d'Etat, Concurrences, S. 88 Emmerich, Volker: Kartellrecht, 14. Auflage C.H. Beck 2018, 20. "Die genaue Abgrenzung des Unternehmensbegriffs im GWB war früher umstritten. Heute steht jedoch fest, dass der Begriff im GWB entsprechend dessen Zweck, den Wettbewerb umfassend in allen Wirtschaftsbereichen und auf allen Wirtschaftsstufen zu schützen, möglichst weit zu fassen ist. Seine Funktion beschränkt sich im Wesentlichen darauf, die Sphäre des privaten Verbrauchs sowie den hoheitlichen Tätigkeitsbereich des Staates von der Anwendung des Gesetzes auszuklammern. (...) Für die Annahme eines Unternehmens genügt im GWB heute grundsätzlich jede selbständige, nicht rein private und außerhalb des Erwerbslebens liegende Tätigkeit einer Person in der Erzeugung oder Verteilung von Waren oder gewerblichen Leistungen." Die Rechtsform, in der diese Tätigkeit ausgeübt wird, ist ebenso unerheblich wie die Frage der Gewinnerzielungsabsicht; auch gemeinnützige Unternehmen sind (selbstverständlich) an das GWB gebunden. Die Folge dieses überaus weiten Unternehmensbegriffs ist ein entsprechend weiter Anwendungsbereich des Kartellrechts, das daher zunehmend Lebensbereiche erfasst, bei denen ursprünglich niemand daran gedacht hat, dass sie einmal der Kontrolle des Kartellrechts unterliegen könnten. Wachsende Spannungen mit tradierten Anschauungen und Vorstellungen sind infolgedessen unvermeidlich."

375 Catala, Nicole: L'entreprise, Traité de droit du travail, in Guillaume-Henri Camerlynck t. IV, S. 152.

376 Peskine, Elsa / Wolmark, Cyril: Droit du travail 2020, S. 852.

fassbaren und unumgänglichen Begriff,³⁷⁷ dessen genaue rechtliche Bedeutung schwer zu spezifizieren ist.³⁷⁸ Die verschiedenen Rechtsdisziplinen haben erkannt, dass es sich bei dem Unternehmen um das Zentrum der wirtschaftlichen Tätigkeit handelt, haben aber bislang ohne großen Erfolg versucht, den Begriff zu erfassen und zu konkretisieren. So betrifft das Arbeitsrecht das Unternehmen durch die verschiedenen Beziehungen, die sich in ihm bilden.³⁷⁹ Arbeitsrechtlich besteht das Unternehmen somit aus der Versammlung der Arbeitnehmer, die unter der Aufsicht des Arbeitgebers oder seiner Arbeitnehmer eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.³⁸⁰ Das Unternehmen wird somit als die Kombination von Mitteln dargestellt, die so angeordnet sind, dass sie Waren herstellen oder Dienstleistungen erbringen.

Die Gleichsetzung der Unternehmensgruppe mit einem Unternehmen ist nicht neu. Es ist das Arbeitsrecht, das die Wahrnehmung eines Unternehmens, d.h. einer wirtschaftlichen und sozialen Einheit,³⁸¹ hinter der Unternehmensgruppe initiiert. Ziel der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung war es, durch diese Angleichung die von den Arbeitgebern eingeführten Verfahren zu neutralisieren, um die Regeln für die Arbeitnehmervertretung in Unternehmen mit einem bestimmten Schwellenwert zu umgehen.³⁸² Diese Lücke wird dann durch das Wirtschaftsrecht noch vergrößert, das hinter dem „Vorhang der Rechtspersönlichkeiten“ auch eine wirtschaftliche Einheit durch Unternehmen identifiziert, die identische oder verwandte oder gar komplementäre Tätigkeiten ausüben, eine konsolidierte Bilanz vorlegen, gemeinsame Dienstleistungen erbringen und manchmal auch kombinierte Vermögenswerte besitzen. Diese Gleichsetzung wurde jedoch in der Hinsicht diskutiert, dass die Qualifizierung der Unternehmensgruppe als Unternehmen oder reales Subjekt von geringem Inter-

377 Siehe *Supiot, Alain*: RTD com. 1985, S. 623. ; *Lhuillier, Gilles*: Annales, Persée 1993, S. 329-358. ; *Idot, Laurence* (Sous. Dir.): Grands arrêts du droit de la concurrence, Vol. I Pratiques anticoncurrentielles, Concurrences, S. 101 ff. ; *Vogel, Louis*: Code de la concurrence, droits européen et français, S. 776.

378 *Rivéro, Jean / Savatier Jean*: Droit du travail, S. 163. ; *Peskine, Elsa / Wolmark, Cyril*: Droit du travail 2020, S. 852.

379 Siehe *Fischinger, Philipp S.*: Arbeitsrecht, S. 431; *Waltermann, Raimund*: Arbeitsrecht, S. 34; *Emmerich, Volker*: Kartellrecht, 14. Auflage C.H. Beck 2018, S. 20; *Peskine, Elsa / Wolmark, Cyril*: Droit du travail 2020, S. 852.

380 *Waltermann, Raimund*: Arbeitsrecht, S. 34, *Richardi, Reinhard*: Kollektives Arbeitsrecht, S. 10 ff.

381 *Supiot, Alain*: RTD com. 1985, S. 625; *Peskine, Elsa / Wolmark, Cyril*: Droit du travail 2020, S. 852.

382 Siehe Cass. Soc., 8 juin 1972, JCP 1973, II, S. 17316.

esse sei, da das positive Recht diese Einheiten nicht anerkenne und diese Qualifizierung keine Konsequenzen nach sich ziehe.³⁸³ Aber diese Position muss relativiert werden. Die Anerkennung einer wirtschaftlichen Einheit in der Unternehmensgruppe stellt in der Tat nicht die Vielfalt ihrer Mitglieder in Frage. Es geht einfach darum, eine De-facto-Union hervorzuheben und alle rechtlichen Konsequenzen zu ziehen. Daher ist der Begriff der wirtschaftlichen Einheit ein gesetzliches Konstrukt. Er ist kein rechtlicher und abstrakter Begriff, sondern eine pragmatische Methode, um wünschenswerte Ergebnisse zu rechtfertigen.³⁸⁴ Die Anwendung des Konzepts der wirtschaftlichen Einheit ist damit abgeschlossen. Allerdings kennt das Konzernrecht und das Konzernbilanzrecht durchaus den Begriff des Unternehmens in Form des Konzerns.

Das Wettbewerbsrecht tut nichts anderes, wenn es die Existenz eines freien und unverfälschten Wettbewerbs gewährleisten will und deshalb die Unternehmensgruppe als Unternehmen erfasst. Die Wahl einer funktionalen Definition eines Unternehmens im UEMOA-Kartellrecht ermöglicht es, über die Rechtspersönlichkeit hinauszugehen und auf die wirtschaftliche Einheit zuzugreifen. Daher sieht die interpretative Anmerkung zur Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vor, dass der Rechtsstatus irrelevant ist. Sobald die beiden genannten Kriterien erfüllt sind, gelten die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln. Folglich bezieht sich das UEMOA-Wettbewerbsrecht sowohl auf juristische Personen als auch auf Personen ohne Rechtspersönlichkeit. Diese Entscheidung hat aber auch zur Folge, dass sowohl öffentliche als auch private Unternehmen den Wettbewerbsregeln unterworfen werden, sobald der wirtschaftliche Charakter ihrer Tätigkeit festgestellt ist.

Die im Gemeinschaftsrecht angewandten Kriterien werden im innerstaatlichen Recht nicht in Frage gestellt. Im Benin werden in Art. 8 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs dieselben Kriterien angewandt wie in der Auslegungsnotiz zur Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA. Diese Integration wird bevorzugt, unabhängig davon, ob das Unternehmen gewinnorientiert ist oder nicht. Auch Non-Profit-Organisationen können daher als Unternehmen qualifiziert werden.

383 Siehe *Champaud, Claude*: Le pouvoir de concentration de la société par actions, Caen, 1961, Sirey, 1962, S. 285. ; *Idot, Laurence* (Sous. Dir.): Grands arrêts du droit de la concurrence, Vol. I Pratiques anticoncurrentielles, Concurrences, S. 101 ff. ; *Vogel, Louis*: Code de la concurrence, droits européen et français, S. 776.

384 *Céa, Aurélie*: L'unité économique et sociale en droit du travail, S. 13 ff. ; *Richardi, Reinhard*: Kollektives Arbeitsrecht, S. 10 ff.

Die Auslegungsnotiz zur Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA besagt allerdings, dass die von der Gesellschaft ausgeübte Tätigkeit entgeltlich sein muss. Tatsächlich kann ein Unternehmen als Unternehmen im Hinblick auf die Anwendung gemeinschaftlicher Standards betrachtet werden, selbst wenn es keinen gewinnorientierten Zweck verfolgt.³⁸⁵ Es reicht aus, wenn die wirtschaftliche Tätigkeit gegen Entgelt für eine dem Marktwert entsprechende Gegenleistung erbracht wird. Daher kann nicht darauf verzichtet werden, einen kommerziellen Austausch zu fordern.³⁸⁶ Es ist jedoch nicht erforderlich, dass die Tätigkeit gewinnorientiert ist.

Diese Konzeption des Unternehmensbegriffs im Wettbewerbsrecht wirft die Frage nach dem Schicksal von Personengruppen wie Tontinen auf. Bei einer Tontine verpflichtet sich ein Lebensversicherungsunternehmen bzw. der Staat als sogenannter „Veranstalter“, gegen Entgelt Einzahlungen anzunehmen und das angesammelte Kapital zu bestimmten Zeiten verzinst an die dann noch lebenden Einleger zurückzugewähren. Insofern weisen Tontinen ähnliche Aktivitäten wie Finanzinstitute auf. Tontinen sind der Ursprung der afrikanischen Solidarität; traditionell stellt eine Gruppe von Menschen die materiellen oder finanziellen Mittel zur Lösung in einer bestimmten Situation zusammen. Infolgedessen stellen die Tontinen dauerhafte oder zeitlich befristete Gruppen dar, die eine Sammlung von Geldern in Form regelmäßiger Zahlungen und eine Umverteilung der gesammelten Ersparnisse an die Mitglieder der Gruppe durchführen.³⁸⁷ Ähnlich wie die Spartätigkeiten der Finanzinstitute, üben die Tontinen sicherlich eine wettbewerbsrelevante Tätigkeiten aus, die in Konkurrenz zu den Finanzinstituten stehen, da die Einsparungen, mögen sie auch noch so gering sein, außerhalb dieser Institutionen liegen. Tontinen können gleichwohl nicht als Unternehmen qualifiziert werden, weil sie nicht nur eine soziale Funktion in afrikanischen Gesellschaften erfüllen, sondern nicht als Unternehmen gegründet werden, da ihnen jeglicher rechtlich anerkannter Status fehlt. Sie werden daher nicht als Unternehmen im Sinne der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA und des Gesetzes 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin angesehen. Der

385 Siehe EuGH, 8. Juni 1994, Kommission c/ Großbritannien, Sache C-382/92, Slg. 1994, S. I-2435.

386 Siehe EuG, 12 Januar 1995, Viho Europe BV gegen Kommission, Rechtssache T-102/92, Slg. 1995, S. II-17; EuGH, 21. Oktober 1996, Viho Europe BV, Rechtssache C-73/95, Slg. 1996, S. I-5457.

387 Siehe *Nguébou-Toukam, J./Fabre-Magnan, Murielle*: La tontine: Une leçon africaine de solidarité, in Yvon, Le Gall (Hrsg.), *Du droit du travail aux droits de l'humanité. Etudes offertes à Philippe-Jean Hesse*, S. 299.

Tätigkeit der Tontinen fehlt das entscheidende Kriterium des kommerziellen Austauschs. Diese Frage zeigt jedoch, wie wichtig und notwendig ein Modell ist, um zwischen Tontinen und Banken unterscheiden zu können. Ein Modell, das Mikrokredite und -finanzierungen ermöglicht, scheint auf der einen Seite unvollkommen zu sein. Auf der anderen Seite können solche Einrichtungen, nur weil sie eine soziale Funktion wahrnehmen, sich dem Wettbewerbsrecht entziehen. Das exponentielle Wachstum, das sie heute angesichts der Unfähigkeit der traditionellen Bankinstitute erleben, um den Finanzierungsbedarf in Afrika aufgrund des Fehlens eines angemessenen Rechtsrahmens abzudecken, macht sie zu wichtigen Wirtschaftsakteuren.

Im Benin gibt es eine Form des illegalen Sparens, die allgemein als „Tontine“ bekannt ist und von einem „Tontinier“ durchgeführt wird. In diesem Fall ist es eine natürliche Person, die täglich, wöchentlich oder monatlich Einsparungen von anderen Personen einzieht und dafür als Gewinn einen Prozentsatz (z.B. 10 %) des eingezogenen Betrages erhält. Der Tontinier kann, obwohl er eine einkommensschaffende Tätigkeit ausübt, wird im Benin nicht als Unternehmen angesehen, da er nicht die Rechtsform eines Unternehmens hat und nicht auf der Grundlage von Art. 88 UEMOAV verantwortlich gemacht werden kann. Gleiches gilt für die „*kpayo*“-Verkäufer im Benin, die den Staat bei der Verteilung von Erdölzeugnissen ersetzen, weil er das Staatsgebiet bei der Lieferung von Benzin nicht abdecken kann.³⁸⁸

Da das Wettbewerbsrecht der UEMOA einen funktionalen Geschäftsansatz verankert, hat dieser erhebliche Auswirkungen auf die Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf Akteure des informellen Sektors und damit für die sanktionsrechtliche Verantwortlichkeit dieser Akteure. Sie üben ihre Tätigkeit bislang insbesondere unter Nichteinhaltung der Mindestregeln des Handelsrechts aus und verzichten auf die Gründung einer Gesellschaft und der Eintragung sowie auf die Führung von Buchhaltungsunterlagen. In Anbetracht der Tatsache, dass es sich bei dem kartellrechtlichen Unternehmen um ein solches handelt, das eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt,

388 Zum damaligen Zeitpunkt waren die Tankstellen im gesamten Staatsgebiet ungleichmäßig verteilt. Die Entfernung zwischen zwei Tankstellen betrug durchschnittlich 30 Kilometer. In Wirklichkeit waren sie aber nur in den Innenstädten zu finden, insbesondere in den zentralen Stadtteilen der Gemeinden. In Porto Novo, der politischen Hauptstadt, waren Tankstellen selten. Die geografisch nahe Nigeria gelegene Stadt Porto Novo war das Hauptzentrum für den Verkauf von Kpayo-Benzin. Dabei spielte die sprachliche Nähe eine wichtige Rolle.

unabhängig von seinem Rechtsstatus³⁸⁹ und seiner Finanzierungsweise, hat es das UEMOA-Wettbewerbsrecht bislang versäumt, den Unternehmen im informellen Sektor, deren Tätigkeit nicht den rechtlichen Kriterien einer juristischen Person entspricht, in seinen Anwendungsbereich einzu beziehen. Bei der Bestimmung der zu berücksichtigenden Märkte ist es daher nicht gelungen, diesen Sektor für die Analyse der Auswirkungen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen einzubeziehen. Aus wirtschaftlicher Sicht führen die Praktiken der Akteure des informellen Sektors zu einem Ergebnis, das einem wettbewerbsfeindlichen Gleichgewicht gleicht. Aus rechtlicher Sicht sind diese Akteure jedoch keine solchen im Sinne von Art. 88a UEMOAV, obwohl sie nicht zögern, wettbewerbswidrige Vereinbarungen abzuschließen. Um dieses Problem zu lösen, sollte die UEMOA auf die Erfahrungen der OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires) in diesem Bereich zurückgreifen, die den Status des Unternehmers, eines Einzelunternehmers, einer natürlichen Person, die auf einfache Weise eine zivile, kommerzielle, handwerkliche oder landwirtschaftliche Berufstätigkeit ausübt, begründet hat.³⁹⁰ Somit könnte die Haftung der Unternehmer im Falle einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung, die gegen die Bestimmungen des Art. 88 a UEMOAV verstößt, geltend gemacht werden.

Schließlich sind es Unternehmen, die die Kriterien des UEMOA-Rechts erfüllen, die, wenn sie sich zusammenschließen, um den Wettbewerb zu beeinträchtigen oder zu verfälschen, sanktionsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können, und nicht die Wirtschaftsteilnehmer, die im informellen Sektor tätig sind. Einige dieser letztgenannten existieren nicht im Sinne des UEMOA-Rechts und können die Voraussetzung des Vorliegens mehrerer Unternehmen nicht erfüllen. Unter diesem Gesichtspunkt müssen sich zwei oder mehr Unternehmen bereit erklären, den Wettbewerb auf dem UEMOA-Markt zu verfälschen, damit ein wettbewerbswidriger Kartellverstoß festgestellt werden kann. Darüber hinaus wird die Verletzung wettbewerbswidriger Vereinbarungen nur dann begangen, wenn eine Willensübereinstimmung besteht.

389 Nach der Anmerkung 1 des Anhangs Nr. 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA.

390 Art. 30 AUDCG.

bb. Die Willensübereinstimmung

Nach Art. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die die Einschränkung oder Verzerrung des Wettbewerbs innerhalb der Union bezwecken oder bewirken, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten. Der beninische Gesetzgeber rezipierte diese Regelung im Gemeinschaftsrecht und führte im Gesetz Nr. 2016-25 die gleiche Regel ein.³⁹¹ Danach besteht eine rechtswidrige Vereinbarung dann, wenn die beteiligten Unternehmen in ihrem Willen übereinstimmen. Das Bestehen eines übereinstimmenden Willens ist somit die Grundlage für einen Kartellrechtsverstoß des Unternehmens.³⁹² Dass dies zur zwingenden Voraussetzung gemacht worden ist, liegt darin begründet, dass bereits in der Phase der Bildung des Kartells zunächst ein gewisser Konsens erforderlich ist, ohne den eine zukünftige Zusammenarbeit illusorisch wäre. Wettbewerbswidrige Vereinbarungen können verschiedene Formen annehmen. Dies erklärt die verschiedenen Begriffe, die der Gemeinschaftsgesetzgeber zu ihrer Benennung verwendet.³⁹³ Es werden nämlich drei Formen der Willensübereinstimmung im UEMOAV genannt: Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltens-

391 Art. 8 des Gesetz Nr. 2016-25.

392 Siehe *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff* (Hrsg): Kartellrecht, Europäisches und deutsches Recht, Kommentar, 3. Auflage 2016, 6. Teil. AEU-Vertrag, Rn. 1-390. *„Das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen spiegelt wie das Verbot von Vereinbarungen den zentralen Glauben daran wider, dass in einem Markt mit Wettbewerb die Produktions- und Preisentscheidungen von jedem Unternehmen autonom getroffen werden sollten und dass die Bestrebungen von Wettbewerbern, ihre Entscheidungen zu koordinieren, mit Argwohn zu betrachten sind, da sie höchstwahrscheinlich wettbewerbswidrig sind. Die Autonomie des geschäftlichen Verhaltens eines Unternehmens erscheint häufig als Angelpunkt des Wettbewerbsbegriffs in der Auslegung des Gerichtshofes. Speziell auf abgestimmte Verhaltensweisen bezogen nimmt der Gerichtshof von den Kriterien der Koordination und Kooperation, die für die Bestimmung der Existenz einer abgestimmten Verhaltensweise notwendig sind, an: sie verlangen nicht die Ausarbeitung eines eigentlichen Plans; sie sind vielmehr im Sinne des Grundgedenkens der Wettbewerbsvorschriften des Vertrages zu verstehen, wonach jeder Unternehmer selbstständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt, eingeschlossen der Wahl der Personen; denen er Angebote unterbreitet und verkauft“*; näher dazu EuGH, 16. Dezember 1975, Suiker Unie/Komm., Rechtssache C-40.73, 1975, S. 01663.

393 Näher dazu *Idot, Laurence*: notes sous CJCE, 8 juil. 1999 (9 arrêts), Europe, oct. 1999, S. 19; *Petit, Nicolas*: Droit européen de la concurrence, S. 187.

weisen zwischen Unternehmen. Dies erfordert eine Unterscheidung zwischen diesen Begriffen.

aaa. Anforderungen an das Vorliegen einer Vereinbarung

Die erste Manifestation der wettbewerbswidrigen Kartelle nach dem UEMOA-Wettbewerbsrecht ist die Vereinbarung.³⁹⁴ Der Begriff der Vereinbarung in Art. 88a UEMOAV ist formal ein neutraler. Er ist auch unabhängig vom nationalen Recht. Der Begriff einer Vereinbarung ist nicht auf rechtlich einwandfreie Übereinkommen beschränkt, die frei von im Zivilrecht bekannten Einwilligungsmängeln sind.³⁹⁵ Es handelt sich daher nicht um einen zivilrechtlichen Vertrag, unabhängig von seiner Form. Die kartellrechtliche Vereinbarung entspricht dem Fakt, dass sich aus der Kombination des Willens verschiedener Parteien eine wettbewerbswidrige Vereinbarung ergibt.³⁹⁶ Es muss sich nicht um einen nach nationalem Recht gültigen Vertrag handeln.³⁹⁷ Das Bestehen einer Vereinbarung zwischen den Parteien im Sinne von Art. 88a UEMOA impliziert also nicht zwangsläufig einen schriftlichen Vertrag.³⁹⁸ Es genügt, dass das Verhalten im Wettbewerb aus einer Willensübereinstimmung resultiert. Das Anknüpfen an eine Vereinbarung zielt daher im Wesentlichen darauf ab, die Verantwortlichkeit der Unternehmen, die als Urheber der wettbewerbswidrigen Vereinbarung fungieren, zu begründen, wobei die vertragliche Absprache, die

394 Siehe Art. 88 a UEMOAV.

395 Siehe dazu in Bezug auf das EU-Recht *Waelbroek, Michel/Frignani, Aldo*: Commentaire, Mégret, Jacques: Droit de la CE-Concurrence, Editions de l'Université de Bruxelles, Volume 4, Concurrence, S. 126.

396 Siehe EuG, 6. Januar 2004, Adalat, Verbundene Rechtssachen C-2/01 P und C-3/01 P., Slg. 2004, S. I-00023. EuG, 27. July 2005, Brasserie nationale gegen Kommission, verbundene Sache T-49/02, Slg. 2005, S. II-3033; EuG, 27. September 2006, Dresdner Bank gegen Kommission, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-60/02 OP, Slg. 2006 S. II-3567, EuG, 14. Oktober 2004, Bayerische Hypo-/Vereinsbank, T-56/02, Slg. 2004, S. II-3495.

397 *Mbissane, Ngom*: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 109; *Petit, Nicolas*: Droit européen de la concurrence, S. 188.

398 Siehe Anmerkung 2 des Anhangs Nr. 1 zur Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA über Verfahren, die auf Vereinbarungen über marktbeherrschende Stellungen und den Missbrauch innerhalb der Westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion anwendbar sind, wo sind Interpretationsanmerkungen, ich verstehe den Satz nicht Interpretationsanmerkungen zu bestimmten Konzepten sind.

durch eine Konvergenz des Willens entsteht, einen Kartellrechtsverstoß bewirkt oder auf diesen abzielt.³⁹⁹

Angesichts der Orientierung der Auslegung des UEMAOV an der Rechtsprechung zum EU-Kartellrecht ist davon auszugehen, dass es nicht notwendig ist, dass die Vereinbarung verbindliche Wirkungen entfaltet.⁴⁰⁰ Auch die Parteien müssen nicht von der Rechtsverbindlichkeit ausgehen. In einem geheimen Kartell, in dem den Parteien die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens voll und ganz bewusst ist, gehen die Parteien ganz offensichtlich nicht von der Rechtswirksamkeit ihrer Absprachen aus. Gleichwohl liegt eine Vereinbarung vor, wenn sich die Parteien auf einen Plan einigen, der ihre kommerzielle Freiheit einschränkt oder einschränken könnte, indem sie den Umfang ihrer gegenseitigen Aktion oder Enthaltung auf dem Markt festlegen. Eine Umsetzung der Vereinbarung in der Praxis ist ebenso wenig erforderlich wie eine schriftliche Vereinbarung.⁴⁰¹ Daher besteht eine Vereinbarung schon dann, wenn Unternehmen den gemeinsamen Wunsch geäußert haben, sich auf dem Markt in einer Weise zu

399 Nach Anmerkung 2 des Anhangs Nr.1 zur Verordnung Nr.03/2002/CM/UEMOA über Verfahren, die auf Vereinbarungen über marktbeherrschende Stellungen und Missbrauch innerhalb der Westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion anwendbar sind, die Interpretationsanmerkungen zu bestimmten Konzepten sind: „*Les notions " d'accord, de décision d'associations et de pratiques concertées " au sens de l'article 88(a) du Traité L'article 3 du Règlement Règlement N° 02/2002/CM/UEMOA relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA, basé sur l'article 88(a) du Traité interdit les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser la concurrence à l'intérieur de l'Union. Le contenu de ces accords, décisions et pratiques est précisé par le Règlement. En ce qui concerne la forme juridique qu'emprunteront ces actes, la Commission appliquera une interprétation large des notions d'accord, de décisions et de pratiques qui peuvent être regroupés sous le terme " ententes ". En particulier, l'existence d'un accord entre parties au sens de l'article 88 (a) n'implique pas nécessairement un contrat écrit. Il suffit que l'acte résulte d'un accord de volonté entre les parties pour tomber dans le champ d'application de l'article 88 (a). Les décisions d'associations d'entreprises se manifesteront notamment sous la forme de délibérations des associations professionnelles. Enfin, de simples comportements parallèles pourront constituer un accord ou une pratique concertée.*“

400 Vgl. EuGH, 20 Juni1978, Tepea gegen Kommission, C-28/77, Slg. 1978, S. 1391. EuGH, 15 July1970, ACF Chemiefarme gegen Kommission, C-41/69, Slg. 1970, S. 661.

401 Siehe EU-Kommission, Entscheidung PVC vom 21. Dezember 1988, ABL L 74 vom 17. März 1989, Nr. 30; EuGH, 24. Juni1978, Tepea gegen Kommission, C-28/77, Slg.1978, S. 1391, Rn. 41.

verhalten, die im Voraus vereinbart und festgelegt wurde, um das Spiel des Wettbewerbs zu verfälschen. Dieser gemeinsame Wille ist das wesentliche Element des Kartellverstoßes. Seine Rechtsnatur ist irrelevant. Es kann sich um einen Kaufvertrag,⁴⁰² einen Distributionsvertrag, allgemeine Verkaufsbedingungen, einen Gesellschaftsvertrag, einen Miet-Kauf-Vertrag, ein Konkurrenzverbot,⁴⁰³ die Vereinbarung einer Inrechnungstellung⁴⁰⁴ usw. handeln. Es ist jedoch von wesentlicher Bedeutung, dass der Wille frei zum Ausdruck gebracht wurde. Es kann nicht darauf geschlossen werden, dass eine Willensübereinstimmung besteht, wenn sie unter massivem Zwang erlangt wurde, und sich der Wille aufgrund dieses Zwanges gebildet hat. Diese Einschränkung wird im Hinblick auf das Überleben eines Unternehmens oder seine wirtschaftliche Abhängigkeit von seinen Partnern bestimmt, da es sich dem Druck dieser Partner nicht entziehen kann.⁴⁰⁵

Das Erfordernis eines freien Willens im Falle einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung rechtfertigt auch den Ausschluss konzerninterner Vereinbarungen, insbesondere von Vereinbarungen zwischen einer Muttergesellschaft und ihren Tochtergesellschaften. Auch insoweit orientiert man sich am EU-Recht. Hiernach haben in einen Konzern eingebundene Tochtergesellschaften keine Entscheidungsautonomie und können damit keinen autonomen Willen bilden.⁴⁰⁶ Voraussetzung einer Vereinbarung ist aber ein eigenständiger und unabhängiger Wille, was bei einer abhängigen Tochtergesellschaft nicht der Fall ist. Abhängigkeit ist daher auch das erste Kriterium für die Gruppenzugehörigkeit.

Das zweite Kriterium besteht in der effektiven Ausübung der Macht durch die Muttergesellschaft.⁴⁰⁷ Im Fall Kodak hat die EU-Kommission

402 Siehe EuGH, 1. Februar 1978, Miller International, Slg. 1978, S. 131.

403 Siehe Entscheidung der Eu-Kommission, 12. Dezember 1983, Nutricia, ABl.1983 L 376, S. 22.

404 Siehe EuGH, 11. Januar 1990, Urteil Sandoz Prodotti Farmaceutici, Slg. 1990, S. I-45.

405 Siehe EuG, 20. März 2002, Urteil Kekélit, Sache. T-17/99, ABl. C 202, 24.8.2002, S. 3–4.

406 *Dannecker/Fischer-Fritsch*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 265. *„Methodisch zulässig ist daher entweder eine weitgehende Zurechnung des Verhaltens abhängiger Gesellschaften oder eine extensive Auslegung des Unternehmensbegriffs, indem der gesamte Konzern oder einige Gesellschaften als einheitliches Unternehmen angesehen werden. Entscheidendes Kriterium für beide Vorgehensweisen kann die fehlende Autonomie der abhängigen Gesellschaften sein, (...)“*

407 *Pariente, Maggy*: Les groupes de sociétés. Aspects juridique, social, comptable et fiscal, S. 268.

festgestellt, dass die betreffenden Tochtergesellschaften in einer ausschließlichen und vollständigen Abhängigkeit der Muttergesellschaft standen und dass diese Gesellschaft ihre Kontrollbefugnis durch genaue Anweisungen an sie auch tatsächlich ausgeübt hat, wodurch es für sie unmöglich war, sich in den von der Muttergesellschaft geregelten Bereichen unabhängig zu verhalten.⁴⁰⁸ In diesem Fall zeigte sich der fehlende Wille der abhängigen Gesellschaften darin, dass die Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaften aufgefordert hatte, die Produkte unter den gleichen Bedingungen zu verkaufen. Da die Tochtergesellschaften keinen eigenen Willen haben, konnte unter diesem Gesichtspunkt ihre persönliche Verantwortlichkeit nicht festgestellt werden.

In der Praxis hat der unbestimmte Begriff der Vereinbarung immer wieder zu Schwierigkeiten geführt. Damit der Verstoß mittels wettbewerbswidriger Vereinbarung begründet und die Verantwortlichkeit der beteiligten Unternehmen festgestellt werden kann, fordert die Rechtsprechung zum Unionsrecht eine rechtliche Abgrenzung in drei Bereichen.

Zunächst zur rechtlichen Behandlung privaten Zwangs: Diesbezüglich wird von den europäischen Gerichten hervorgehoben, dass die Willensübereinstimmung nicht fehlerhaft sein darf, das heißt, dass die Zustimmung echt sein und die Unterstützung des beteiligten Unternehmens für die konzertierte Aktion zum Ausdruck bringen muss. Nach dem Urteil Suiker Unie wurde die Zustimmung daher von der Feststellung des freien Verhaltens abhängig gemacht.⁴⁰⁹ Die jüngere Rechtsprechung, die sehr zweckorientiert und weniger zivilrechtsdogmatisch ausgerichtet ist, greift auf die Entscheidung Suiker Unie zurück. Im positiven Recht stelle der Willensmangel (in Fällen von Betrug oder Gewalt) kein Hindernis mehr für die Bejahung einer Vereinbarung dar.⁴¹⁰ Diese Annahme beruht auf der fragwürdigen Vorstellung, dass ein privatem Zwang ausgesetztes Unternehmen noch immer die Wahl hat, eine Übereinkunft vorzunehmen oder das Fehlverhalten seiner Wirtschaftspartner unverzüglich den Wett-

408 Siehe Entscheidung der Kommission vom 30. Juni 1970 Kodak, ABL L 147, 7.7.1970, S. 24-27.

409 Siehe EuGH, 16. Dezember 1975, Suiker Unie u.a., Rechtssache C-40/73, Slg. 1975, S. 01663.

410 Siehe EuG, 06.04.1995, Tréfileurope gegen Kommission, T-141/89, Slg. 1995, S. II-791, Rn. 58: *„Das Gericht ist der Ansicht, dass sich die Klägerin nicht darauf berufen kann, dass sie unter Druck an den Sitzungen teilgenommen hat. Der Kläger hätte sich nicht bei den zuständigen Behörden über den Druck beschweren können, dem er ausgesetzt war, und eine Beschwerde bei der Kommission einreichen können, anstatt an diesen Sitzungen teilzunehmen.“*

bewerbsbehörden zu melden. Der Mangel einer Einwilligung wird erst in der Sanktionsphase berücksichtigt. Gegebenenfalls kann es akzeptiert werden, dass der Betrag der gegen die betroffenen Unternehmen verhängten Geldbuße begrenzt wird.⁴¹¹

Zweitens kann der öffentliche Zwang, entsprechend dem US-Kartellrecht, der „*Act of State Defense*“ als Verteidigungsvorbringen anerkannt werden. Die Zustimmung der Agierenden zu einer Vereinbarung wird gelegentlich durch das Eingreifen einer Behörde beeinflusst. Pragmatisch gesehen, bietet das US-amerikanische Kartellrecht den Unternehmen in dieser Hinsicht Verteidigungsmöglichkeiten an, den „*Act of State Defense*“. Das bedeutet, dass, wenn das restriktive Verhalten mehrerer Unternehmen dem Handeln der Behörden zugerechnet werden kann, diese nicht für den Verstoß gegen die Bestimmungen des Sherman Acts verantwortlich gemacht werden können.⁴¹² Der Unterschied in der Behandlung zwischen dem entlastenden öffentlichen Zwang und dem nicht entlastenden privaten Zwang liegt darin begründet, dass es nahezu unmöglich ist, dem Ersten zu entkommen, während es stetsmöglich ist, dem Zweiten zu entkommen oder ihm entgegenzutreten, indem man ihn den Wettbewerbsbehörden meldet. Um den Act of state defence erfolgreich vorbringen zu können, müssen Unternehmen einen entscheidenden Einfluss des Staates nachweisen.⁴¹³ Diese Vorgaben werden streng interpretiert.⁴¹⁴ Im Fall AROW/BNIC wurden Unternehmen beispielsweise rechtskräftig verurteilt, weil sie den Cognac-Preis vereinbarungsgemäß festgelegt hatten.⁴¹⁵ Die Unternehmen behaupteten, dass diese Vereinbarungen später verlängert und dann durch einen Ministerialerlass durchgesetzt worden seien. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses waren die öffentlichen Maßnahmen jedoch noch nicht in Kraft, so dass die Unternehmen freiwillig koor-

411 Siehe Leitlinien für die Methode zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 2 „Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210 vom 1. September 2006, S. 2.

412 Siehe *Havighurst, Clark C.*: « Contesting Anticompetitive Actions Taken in the Name of the State: State action Immunity and Health Care Markes », *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 31(1), S. 587-607: “The so-called state-action doctrine is a judicially-created formula for resolving conflicts between federal antitrust policy and state policies that seem to authorize conduct that antitrust law would prohibit.”

413 *Petit, Nicola*: *Droit européen de la concurrence*, S. 190.

414 Siehe EuG, 15. September 2005, Daimlerchrysler AG gegen Kommission, T-325/01, Slg. 2005, S. II-03319, Rn. 156.

415 Siehe Entscheidung der EU-Kommission vom 15. Dezember 1982, IV/29.883, AROW/BNIC, ABl. L 379 vom 31. Dezember 1982, S. 1.

dinierte Maßnahmen ergriffen hatten. Es erscheint als Gebot der Gerechtigkeit, Unternehmen von der Verantwortlichkeit frei zu stellen, wenn der Staat ihnen ein wettbewerbswidriges Verhalten aufzwingt. Im Ergebnis bedeutet dies jedoch, dass die Einschränkung des Wettbewerbs bestehen bleibt und die Mittel zu ihrer Beseitigung neutralisiert werden.

Schließlich gibt es das Problem bestimmter einseitiger Verhaltensweisen, die in der Regel eine kollektive Dimension aufweisen, aber nicht das Kriterium mehrerer Beteiligter erfüllen, denn jede Abstimmung erfordert die Beteiligung von mindestens zwei Unternehmen. Die kollektive Dimension bestimmter einseitiger Verhaltensweisen wird durch zwei Doktrinen unterschiedlicher Natur untermauert, die jedoch zum gleichen Ergebnis führen. Dies sind die Lehre der Interessengemeinschaft und die Lehre des vertraglichen Rahmens. Eine Interessengemeinschaft liegt vor, wenn ein Unternehmen, das zu einem Vertriebsnetz gehört, durch einen einseitigen Akt die Niederlassung eines neuen Betreibers im Netz und damit den Schutz der Interessen der anderen Netzwerkpartner verhindert. Der Fall AEG Telefunken ist ein gutes Beispiel dafür. In diesem Fall wurde die einseitige Weigerung eines Lieferanten, einen Händler in seinem selektiven Vertriebsnetz zuzulassen, als wettbewerbswidrige Vereinbarung eingestuft. Zwischen dem bestehenden Lieferanten und den Händlern hätte es eine Interessengemeinschaft gegeben. Beide Seiten hätten kein Interesse an der Etablierung eines neuen Beteiligten im Netz gehabt. Der markeninterne Wettbewerb hätte sich dann verstärkt und damit auch der Preisdruck. Kurz gesagt, die Tatsache, dass ein Unternehmen vorschlägt, ein bestimmtes Verhalten auf dem Markt vorzunehmen, und das andere ausdrücklich oder stillschweigend zustimmt, stellt eine Vereinbarung zwischen Unternehmen dar. Andererseits, wenn der Empfänger des Vorschlags diesen ausdrücklich ablehnt oder ein Verhalten an den Tag legt, das indirekt sein Desinteresse zeigt, fehlt die für die Qualifikation der Vereinbarung erforderliche Willensübereinstimmung. Und es kann keine stillschweigende Annahme einer restriktiven Politik auf der Grundlage des vertraglichen Rahmens geben.

Im Benin kann nicht über förmlich entschiedene Fälle berichtet werden, in denen Unternehmen wettbewerbswidrige Vereinbarungen getroffen haben. In der Schattenwirtschaft dagegen gibt es eine Form der Vereinbarung, die auf Kriterien der territorialen oder ethnischen Herkunft basiert. Dies ist der Fall „*kpayo*“ bei Benzinverkäufern. Dabei scheint der Wirtschaftsteilnehmer, der derselben ethnischen Gruppe angehört, ein privilegierter Handelspartner zu sein. Der Porto-Novianer liefert nur an andere Porto-Novianer oder ein Adja nur an einen anderen Adja, weil er der glei-

chen ethnischen Herkunft angehört und den anderen deshalb nicht verraten darf. Außerdem stellt man in diesem Zusammenhang fest, dass der Verkaufspreis von Benzin pro Liter auf dem Markt regelmäßig der gleich ist. Dies hat einen starken Einfluss auf die Organisation der wirtschaftlichen Tätigkeit. Hier stellt sich die Frage, ob man auf das Vorhandensein von Absprachen und damit Vereinbarungen rückschließen kann, denn die Schwierigkeiten, das Funktionieren der wirtschaftlichen Aktivitäten im informellen Sektor zu kontrollieren, ist bekannt. Es handelt sich in der Tat um ein abgesprochenes Vorgehen, das einer Vereinbarung ähnlich ist, auch wenn es nicht sanktioniert werden kann, weil die Wirtschaftsteilnehmer im informellen Sektor nicht als Rechtspersonen existent sind. Dies zeigt erneut die Schwierigkeiten, alle wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen zu erfassen, die auf einem Verstoß gegen Art. 88. a UEMOAV beruhen.

Schließlich ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass auf eine Vereinbarung zwischen Unternehmen im Sinne von Art. 88. a UEMOAV geschlossen wird, wenn ein Unternehmen eine bestimmte Verhaltensweise auf dem Markt vorschlägt und das andere ausdrücklich oder stillschweigend zustimmt. Wenn allerdings der Empfänger der Erklärung die Einladung zu dem vorgeschlagenen Marktverhalten ausdrücklich ablehnt oder ein Verhalten an den Tag legt, das indirekt sein Desinteresse zeigt, fehlt die für die Qualifikation der Vereinbarung erforderliche Willensübereinstimmung.

bbb. Anforderungen an Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen

Art. 88.a UEMOAV stellt Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen wettbewerbswidrige Vereinbarungen von Unternehmen gleich. Um den Begriff der Unternehmensvereinigung zu verstehen, ist es wichtig, die Geschichte der Kartelle dafür heranzuziehen. Diese zeigt, dass die verbandsmäßige Struktur gelegentlich das „Schaufenster von Rechtsordnungen“ ist, hinter denen die wettbewerbswidrige Koordinierung unter größter Geheimhaltung steht. In den 1920er Jahren wurden zum Beispiel in Großbritannien große wettbewerbswidrige Vereinbarungen zwischen den Herstellern meist innerhalb von Unternehmensvereinigungen getroffen, die kommerzielle Aktivitäten auf einer bestimmten Straße ausübten. In diesem Zusammenhang werden oft die Bradford Dyers' Association, die British Cotton and Wool Dyes Association und die Portland Cement Association ge-

nannt.⁴¹⁶ Tatsächlich ist es den Wirtschaftswissenschaftlern gelungen, das Interesse am Miteinander in einer Vereinigung zu erklären.⁴¹⁷ Ihre empirischen Forschungsarbeiten zeigen, dass nachhaltige Absprachen eine begrenzte Anzahl von Unternehmen betreffen. Bisher konnten sie sich nicht auf eine bestimmte Mindestanzahl einigen. Allerdings gilt auch, dass die Stabilität einer Absprache abnimmt, je mehr Unternehmen zusammengeschlossen sind. In diesem Stadium sind institutionelle Mechanismen im wirtschaftlichen Sinne, wie z.B. eine Vereinigung von Unternehmen, nützlich, um das Fortbestehen der Absprachen zu gewährleisten.⁴¹⁸

Der Begriff des Beschlusses der Unternehmensvereinigung ist weniger unbestimmt als der Begriff der Absprache. Er umfasst kollektive Entscheidungen, die von Organen getroffen werden, in denen Unternehmen zusammengeschlossen sind. Man denke insbesondere an Berufsverbände, die Unternehmen eines bestimmten Wirtschaftszweigs zusammenschließen.⁴¹⁹ Unternehmensvereinigungen sind rechtlich oder tatsächlich strukturierte Gruppen, die Entscheidungszentren bilden und ihre Mitglieder verpflichten, die ihnen erteilten Anweisungen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit zu befolgen.⁴²⁰ Die Möglichkeiten, Gruppen in Wirtschaftsverbände zu integrieren, sind vielfältig. Wie in der Auslegungsnotiz zur UEMOA-Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA angedeutet wird, manifestieren sie sich in Form beratender Berufsverbände.⁴²¹ Dazu gehören insbesondere Berufsverbände.⁴²² Das wettbewerbsrechtliche Verbot mag paradox erscheinen, da die Entscheidungen der Berufsverbände auf der Grundlage gesetzlicher Genehmigungen getroffen werden und damit einem Verwaltungsakt gleichen.⁴²³ Als Verbot von Beschlüssen der Berufsverbände ist jedoch dadurch gerechtfertigt, dass die Behörden nicht in die Ernennung der Mit-

416 Siehe *Mark Jephcott/ Thomas Lubbig*: Law of Cartels, S. 72.

417 Siehe *Petit, Nicolas*: Droit européen de la concurrence, S. 199.

418 Näher dazu *Connor, John M.*: Global, price Fixing – Our Customers are the Enemy, S. 32.

419 Siehe *Lambrecht Philippe / Gheur Charles*: Les fédérations d'entreprises et les règles de concurrence, S. 184.

420 *Mbissane, Ngom*: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 112.

421 Auslegungsnotiz zur UEMOA-Verordnung Nr. 03/2002.

422 Siehe EuGH, 19. Februar 2002, Raad van State – Niederlande, Rechtssache C-309/99, Slg. 2002, S. I-1577. Im vorliegenden Fall wurde die niederländische Anwaltskammer als eine Vereinigung von Unternehmen angesehen, da die Anwälte selbst als Unternehmen gelten; siehe *I. Luc*: « Ordres professionnels et concurrence », LPA 24 Sept. 2004, S. 15.

423 Siehe *Jean-Marc Thouvenin*: RMCUE 2004, S. 180.

glieder der Leitungsorgane der Berufsverbände eingreifen können und dass diese nicht verpflichtet sind, im öffentlichen Interesse zu handeln.⁴²⁴ Der Begriff der Unternehmensvereinigungen umfasst auch Gewerkschaften⁴²⁵, wirtschaftliche Interessengruppen und Vertriebsnetze.

Analysiert man Vereinbarungen und Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen, die sehr weit reichen können, so wird deutlich, dass diese negativen Auswirkungen auf die Sozialpolitik haben können. Tatsächlich basieren solche Vereinbarungen und Beschlüsse bei ihrer Umsetzung oft auf Tarifverhandlungen zwischen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften. Die Kollektivverträge, zu denen sie führen können, dürfen der Kontrolle des Wettbewerbsrechts nicht entzogen werden. Diese Möglichkeit kann aus zwei Perspektiven betrachtet werden: Erstens können sich diese Berufsgruppen nicht immer der Qualifikation eines Unternehmens entziehen. Zweitens kann der Kollektivvertrag eine Vereinbarung zwischen Unternehmen sein.⁴²⁶ Solche Beschlüsse dürfen nicht mit der Begründung generell für zulässig erklärt werden, dass sie nicht den Wettbewerb zu beeinträchtigen bestimmt sind, sondern sozialen Zielen dienen, auch wenn einige Autoren meinen, dass der Zweck der Vereinbarung, der sich insbesondere in ihren Abschlussbedingungen widerspiegeln, die Unanwendbarkeit der wettbewerbsrechtlichen Kartellvorschriften rechtfertige.⁴²⁷ Darüber hinaus sind die Gewerkschaften, die diese Verhandlungen führen, von Natur aus keine Unternehmen, da Gewerkschaftsmaßnahmen keinen wirtschaftlichen Charakter haben. Diese Lösung, die im europäischen Recht Geltung beansprucht, sollte auch für das UEMOA-Wettbewerbsrecht verankert werden, um zu bekräftigen, dass der Wettbewerb dem Fortschritt dient und um die Werte von Wettbewerb und Kooperation miteinander in Einklang zu bringen.⁴²⁸

424 Siehe EuGH, 19. Februar 2002, Raad van State – Niederlande, Rechtssache C-309/99, Slg. 2002, Rn. 61 und 62.

425 Siehe *Bernard Edelman*: OÙ la concurrence sera le genre humain. Syndicats et ordre public économique: sur la décision du 22 juin 1999 du Conseil de la concurrence, D. 2000, S. 261; *Antoine Pirovano*: Droit de la concurrence et progrès social (après la loi NRE du 15 mai 2001), D. 2002, S. 62. Wir müssen uns Sorgen über die Ausweitung des Wettbewerbsrechts machen, was uns zu der Auffassung veranlasst, dass Gewerkschaften auf dieses Gesetz angewendet werden können, wenn sie von Natur aus ein nichtwirtschaftliches Ziel verfolgen.

426 Siehe EuGH, Urteil vom 21. Sept. 1999, Albany International B.V., aff. C-67/96, Slg. I, S. 5751.

427 Siehe *Frison-Roche, Marie-Anne / Payet, Marie-Stéphane*: Droit de la concurrence, S. 85; *Frison-Roche, Marie-Anne*: Dalloz 2015, S. 105-128.

428 Siehe *Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud*, Droit du travail, S. 983.

Wie bei Vereinbarungen sind Form und rechtlicher Charakter des Beschlusses irrelevant; entscheidend sind die wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen. Daher kommt es lediglich darauf an, dass der Beschluss für die Mitglieder der Vereinigung verbindlich ist.⁴²⁹ Denn es ist die durch die Mitgliedschaft in einem Verband erklärte Zustimmung, mit der die Mitgliedsunternehmen die Entscheidungsbefugnis auf die Unternehmensvereinigungen übertragen haben, die dann den Beschluss fasst. Entscheidend ist damit, dass die Zusammenarbeit zwischen den Unternehmen aus der Mitgliedschaft in der Vereinigung resultiert, die sie zusammenführt und ihre Interessen vertritt, und dass die Satzung der Vereinigung ihre Zustimmung zu den Maßnahmen der Vereinigung impliziert.⁴³⁰ In Wirklichkeit bietet die Mitgliedschaft in einem Verband daher keinen Schutz vor dem Risiko einer Sanktionierung.

ccc. Anforderungen an aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

Art. 88.a UEMOAV erfasst schließlich aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen. Nach dem UEMOA-Wettbewerbsrecht stehen abgestimmte Verhaltensweisen einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung oder Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen gleich.⁴³¹ Gemäß den Bestimmungen von Art. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/UEMOA bestehen aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen insbesondere aus:

- a) *Vereinbarungen, die den Marktzugang oder die freie Ausübung des Wettbewerbs durch andere Unternehmen einschränken;*
- b) *Vereinbarungen über die direkte oder indirekte Preisfestsetzung, die Kontrolle des Verkaufspreises und generell die Verhinderung der Festsetzung von Preisen durch die Marktkräfte durch künstliche Förderung ihrer Erhöhung oder Senkung; insbesondere Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf verschiedenen Produktions- oder Vertriebsstufen zur Festsetzung des Weiterverkaufspreises;*

429 Siehe Grynfoegel, Catherine: Droit européen de la concurrence, S. 17.

430 Siehe EuGH, 27. Jan. 1987, Verband der Sachversicherer e. V., Sache 45/85, Slg. 1987, S. 00405.

431 Art. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA: *”Ententes anticoncurrentielles sont incompatibles avec le Marché Commun et interdits, tous accords entre entreprises, décisions d’associations d’entreprises et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l’intérieur de l’Union, (...)”*

- c) Aufteilungen des Marktes oder Bezugsquellen, insbesondere Vereinbarungen zwischen Produktions- oder Vertriebsunternehmen über den absoluten Gebietschutz;
- d) Beschränkungen oder Kontrollen der Produktion, der Märkte, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
- e) Diskriminierung zwischen Handelspartnern durch ungleiche Bedingungen für gleichwertige Dienstleistungen;
- f) Unterordnungen des Vertragsabschlusses der Annahme zusätzlicher Dienstleistungen durch die Partner, die ihrer Art nach oder nach der kommerziellen Nutzung nicht mit dem Gegenstand dieser Verträge zusammenhängen.⁴³²

In der Lehre ist der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise unter den verschiedenen Formen der Willensübereinstimmung derjenige, der die größte Kontroverse⁴³³ ausgelöst hat. Es geht vor allem um den Unterschied zwischen einer Vereinbarung und einer abgestimmten Verhaltensweise. Eine Vereinbarung unterscheidet sich von einer abgestimmten Verhaltensweise, die vorliegt, wenn sich Wettbewerber treffen, diskutieren und Informationen über ihre handelspolitischen Projekte austauschen, da jeder auf diese Informationen angewiesen ist, um sein zukünftiges Handeln festzulegen.⁴³⁴ Betroffen ist daher jedes identische Verhalten auf dem Markt, dessen Willensübereinstimmung zwischen den Parteien, die ihm zugrunde liegen, nicht direkt nachgewiesen werden kann.⁴³⁵ Die abgestimmte Ver-

432 Art. 3 der Verordnung Nr. 2: « (...) des accords limitant l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises;

b) des accords visant à fixer directement ou indirectement le prix, à contrôler le prix de vente, et de manière générale, à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse; en particulier des accords entre entreprises à différents niveaux de production ou de distribution visant à la fixation du prix de revente;

c) des répartitions des marchés ou des sources d'approvisionnement, en particulier des accords entre entreprises de production ou de distribution portant sur une protection territoriale absolue;

d) des limitations ou des contrôles de la production, des débouchés, du développement technique ou des investissements;

e) des discriminations entre partenaires commerciaux au moyen de conditions inégales pour des prestations équivalentes;

f) des subordinations de la conclusion des contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

433 Siehe Petit, Nicolas: Droit européen de la concurrence, S. 200.

434 Siehe Giorgio Monti: EC Competition Law-Law in Context, S. 328-329.

435 Siehe Decocq, André / Decocq, Georges: Droit de la concurrence, S. 270.

haltensweise ist in der Tat eine Form der Abstimmung zwischen Unternehmen, die, ohne zum Abschluß einer Vereinbarung gezwungen zu sein, wissentlich eine praktische Zusammenarbeit wählen und so die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung begründen.⁴³⁶ Hierunter fallen alle Verhaltensweisen, die durch spontane Anpassung und wechselseitige Abstimmung der Handelnden erzielt werden, wobei das übliche vertragliche Kriterium vermieden wird.⁴³⁷ Durch eine abgestimmte Verhaltensweise, die durch das Verhalten der Teilnehmer externalisiert wird, werden also nicht die Elemente einer Vereinbarung zusammengefasst.⁴³⁸

Obwohl keine gegenseitige Verpflichtung erforderlich ist, ist ein Teil der Lehre gleichwohl der Ansicht, dass es sich um eine Vereinbarung handle.⁴³⁹ Der Unterschied liege allein im Ausmaß der Verbindlichkeit. Diesbezüglich hat der EuGH zureichend ausgeführt, dass die Konzepte von Vereinbarung und abgestimmter Verhaltensweise Mechanismen der Absprache beinhalten, die sich nur durch ihre Intensität und die Formen, in denen sie sich manifestieren, unterscheiden.⁴⁴⁰ Der Gerichtshof kommt deshalb zu dem Schluss, dass die beiden Konzepte miteinander vereinbar sind und dass die Vereinbarung als Hauptverhalten und die abgestimmte Verhaltensweise als Nebenverhalten zu qualifizieren sei.

Wegen dieses Mangels an gegenseitiger Verpflichtung soll die bloße Konvergenz der einzelnen Absichten, die zu einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise führt, ausreichen, um die abgestimmte Verhaltensweise zu charakterisieren.⁴⁴¹ Der Verstoß einer abgestimmten Verhaltensweise gilt somit im EU-Recht als erfüllt, wenn ein direkter oder indirekter Kontakt zwischen den Unternehmen bestand, dessen Zweck oder Wirkung es war, das Verhalten auf dem Markt eines tatsächlichen oder potenziellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder einem solchen Mitbewerber das Verhalten offen zu legen, das beschlossen wurde oder beabsichtigt ist, auf dem Markt selbst zu geschehen.⁴⁴² Diese Auffassung wird durch das Anic-Urteil

436 Siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 27 Juli 1969, ABl. Nr. L 195 vom 7 August 1969, S. 11-17.

437 Siehe *Guyenot, Jean*: Les contrats de concession commerciale: droit français et communautaire de la concurrence, S. 18.

438 Siehe EuGH, 14. Juli 1972, ICI, Sache. 48-57/ 69, Slg. 1972, S. 619.

439 Siehe *Catherine Grynfolgel*, Droit européen de la concurrence, S. 17.

440 Siehe EuGH, Urteil vom 8. Juli 1999, Anic, Rechtssache C-49/92, Slg. I, S. 4125.

441 Siehe *Catherine Grynfolgel*, Droit européen de la concurrence, S. 15.

442 Siehe EuGH, 16. Dezember 1975, Urteil Suiker Unie e.a., Rechtssache 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, S. 1663.

vom 9. Juli 1999 bestätigt.⁴⁴³ Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise impliziert ein konzertiertes Vorgehen zwischen Unternehmen, das Marktverhalten nach einem solchen Vorgehen und einen kausalen Zusammenhang zwischen diesen beiden Merkmalen. Es ist nicht erforderlich, dass die abgestimmte Verhaltensweise wettbewerbswidrige Auswirkungen hat.

Das wesentliche Merkmal der Zuwiderhandlung ist der Informationsaustausch zwischen den Unternehmen über ihre jeweilige Politik, der vertraulich hätte sein müssen. Was das psychologische Merkmal betrifft, so besteht es in der Bereitschaft der Unternehmen, die Unsicherheit über ihr jeweiliges Verhalten auf dem Markt zu verringern.⁴⁴⁴ Ohne diese Unsicherheit über die Politik der verschiedenen Unternehmen kann es jedoch keinen echten Wettbewerb geben. Diese Unsicherheit ist neben dem fehlenden autonomen Willen auch eines der Merkmale, die den Ausschluss der Anwendung des Verbots von Kartellen auf abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen eines Konzerns rechtfertigen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn, so der EuGH, Tochtergesellschaften keine wirkliche Autonomie bei der Festlegung ihrer Handlungsweise auf dem Markt haben und die abgestimmte Verhaltensweise eine interne Aufgabenverteilung zwischen den Unternehmen bewirken soll.⁴⁴⁵ Diese Rechtsprechung kann verallgemeinert und auf das Recht der UEMOA übertragen werden.

Die Auslegungsnotiz Nr. 2 des Anhangs 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA setzt eine abgestimmte Verhaltensweise der einfachen parallelen Verhaltensweise gleich.⁴⁴⁶ Die sich im Auslegungsvermerk zur Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA findende Idee, dass bloße parallele Verhaltensweisen eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen können, ist jedoch zu einfach und reduziert die Konvergenz, die für den Wettbewerb der Willensbekundungen charakteristisch ist, auf die einheitliche Absicht der Unternehmen.⁴⁴⁷ Es ist zwar zutreffend, dass die Parallelität von Verhaltensweisen mit der Existenz einer abgestimmten Verhaltensweise zusammenhängen kann, aber dies ge-

443 Siehe EuGH, 8. Juli 1999, Anic, Sache C-49/92, Slg. I, S. 4125.

444 Siehe *Philippe, Laurent*, *Revue internationale de droit comparé* 1994, S. 299-300.

445 Siehe EuGH, 31. Okt. 1974, Centrpharm, Sache 15/74, S. 1167.

446 Gemäß Anmerkung 2 des Anhangs 1 der Verordnung Nr. 3" (...) *kann ein einfaches paralleles Verhalten eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen.* »

447 *Mbissane, Ngom*: *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence*, Thèse, Université de Nantes et Université Gaston Berger de Saint-Louis, 2007, S. 116.

nügt nicht für eine Charakterisierung des abgestimmten Verhaltens. Die Existenz einer Zusammenarbeit ist von grundlegender Bedeutung, da eine Parallelität des Verhaltens nur dann als Beweis für eine Zusammenarbeit angesehen werden kann, wenn diese die einzige plausible Erklärung dafür ist.⁴⁴⁸ Um die Verkürzungen zu vermeiden, die der Auslegungshinweis zur Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA enthält, ist es unerlässlich, weitere Hinweise auf das Bestehen einer Zusammenarbeit zu finden. Das Vorhandensein weiterer Indikatoren der Zusammenarbeit ist umso wichtiger, als die Parallelität des Verhaltens ihre Quelle auch in der Marktstruktur finden kann. Diese kann oligopolistisch, transparent sein, mit homogenen Produkten. Obwohl eine Parallelität des Verhaltens an sich nicht mit einer abgestimmten Verhaltensweise identifiziert werden kann, kann sie dennoch ein ernsthaftes Indiz sein, wenn sie zu Wettbewerbsbedingungen führt, die nicht den normalen Marktbedingungen entsprechen, wobei - entsprechend der Rechtsprechung des EuGH - die Art der Produkte, die Größe und Anzahl der Unternehmen und das Volumen des betreffenden Marktes zu berücksichtigen sind.⁴⁴⁹ Ein Vergleich zwischen Vereinbarung und abgestimmten Verhaltensweisen zeigt, dass in subjektiver Hinsicht Formen der Absprache wahrgenommen werden, welche die gleiche Natur haben und sich nur durch ihre Intensität und die Formen, in denen sie sich manifestieren, unterscheiden.⁴⁵⁰ Kurz gefasst umfasst der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise Vereinbarungen, deren Nachweis nicht direkt erbracht werden kann. Der französische Fall, bekannt als Fall der „Pariser Paläste“, ist ein sehr eloquentes Beispiel für den Begriff der abgestimmten Verhaltens.⁴⁵¹ Die Sachverhalte wurden in einem Bericht des Fernsehsenders M6 dargelegt, in dem einige Mitarbeiter großer Pariser Luxushotels die von ihren Vertriebsmanagern eingeführten Austauschverfahren offenlegten. Nach der Ausstrahlung dieses Berichts hat der französische Wettbewerbsrat die Angelegenheit automatisch an sich selbst verwiesen. Er stellte fest, dass Hotelmanager per Fax, E-Mail, Telefon oder während der Sitzungen strategische und vertrauliche Informationen über die

448 Vgl. dazu EuGH, 3. März 1993, *Pâte de bois*, verbindliche Sache. C-89, 104, 116, 117, 125 bis 129/85, 1994, S. I-00099.

449 Siehe EuGH, 14. Juli 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c/ Kommission*, Sache 48-69, 1972, S. 00619.

450 So auch EuGH, 8. Juli 1999, *Kommission gegen Anic Partecipazioni SPA*, C-49/92 P, Slg. 1999, S. I-04125.

451 Siehe Entscheidung des französischen Wettbewerbsrates Nr. 05-D-64 vom 25. November 2005 über die auf dem Pariser Luxushotel-Markt angewandten Verhaltensweisen.

Zimmerpreise, die Anzahl der belegten Zimmer, das durchschnittliche Zimmereinkommen, die geografische Herkunft der Kundschaft und die Marktanteile der einzelnen Hotels übermittelt hatten. Die individuelle Erfassung dieser Informationen erforderte die Implementierung eines sehr kostenintensiven Competitive Intelligence Systems. Durch ihre Zusammenarbeit ist es den großen Hotels gelungen, eine echte, für alle zugängliche Datenbank zu schaffen. Die Häufigkeit des Austauschs war ein wesentliches Element, um das Bestehen einer wettbewerbswidrigen Zusammenarbeit nachzuweisen. Der Rat stellte fest, dass der Austausch seit 1981 erfolgte. In Anbetracht all dieser Merkmale kam er zu dem Schluss, dass es eine wettbewerbswidrige abgestimmte Verhaltensweise des Austauschs strategischer und vertraulicher Informationen gewesen sei, die die kommerzielle Autonomie jedes der Teilnehmer an der Vereinbarung über einen Oligopolistikmarkt beeinträchtigen könnte.

Den Unternehmen fehlt es nicht an Einfallsreichtum, wenn es darum geht, sich heimlich abzustimmen. Sie treffen zahlreiche Vorsichtsmaßnahmen, um jeden direkten Beweis für eine echte Vereinbarung zu vermeiden. Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweisen ermöglicht es, Situationen der illegalen Koordinierung auf der Grundlage einer Reihe von Hinweisen festzulegen. Zu diesem Zweck muss die Behörde vier Nachweise erbringen. Erstens muss es Kontakt zwischen Wettbewerbern gegeben haben, der sich auf direkte Nachweise (Telefongespräche, E-Mail-Austausch, Sitzungsprotokolle usw.) und indirekte Nachweise (Parktickets, übereinstimmende Tagesordnungen, Repräsentationskosten usw.) stützen kann. Einfache einseitige Berichtspraktiken sind jedoch, ebenso wie im EU-Recht,⁴⁵² nicht ausreichend. Dann muss es eine Übereinstimmung des Willens oder des intellektuellen Konsenses jedes einzelnen Beteiligten über die Bereitschaft geben, den Wettbewerb durch eine kommerzielle oder industrielle Zusammenarbeit zu ersetzen. Wenn die ausgetauschten Informationen Handelsdaten betreffen, wird von einem Konsens ausgegangen. Der Empfänger der Informationen kann es nämlich nicht unterlassen, sie bei der Definition seines Verhaltens auf dem Markt zu berücksichtigen.⁴⁵³ Darüber hinaus muss es ein anschließend koordiniertes Verhalten auf dem Markt geben, z.B. durch eine Externalisierung der Mit-

452 Siehe *EuG*, 15 März 2000, *Cimenteries CBR e.a. gegen Kommission*, verbindliche Sache T-25/95 e.a., Slg. 2000, S. II-491.

453 Entsprechend hat der *EuGH* am 8. Juli 1999 entschieden, dass "*davon auszugehen ist, dass es vorbehaltlich des Gegenbeweises den betroffenen Betreibern obliegt, nachzuweisen, dass die an der Konsultation beteiligten und auf dem Markt tätigen*

gliedschaft der Unternehmen. Das Vorliegen wettbewerbswidriger Wirkungen ist jedoch nicht erforderlich. Es genügt, wenn die Behörde nachweist, dass die Koordinierung ein wettbewerbswidriges Ziel verfolgt.⁴⁵⁴

Schließlich muss ein kausaler Zusammenhang zwischen der Übereinstimmung des Willens und dem späteren Verhalten auf dem Markt hergestellt werden. Der EuGH legt diese Voraussetzung sehr weit aus, so dass die Kommission davon ausgehen durfte, dass ein solcher kausaler Zusammenhang bestand, es sei denn, es gab Beweise für das Gegenteil seitens der Unternehmen.⁴⁵⁵ Diese Flexibilität in der europäischen Rechtsprechung hat zu einer Entscheidungsabweichung auf der Grundlage beobachtbarer Marktdaten geführt, d.h. zur Entstehung paralleler Verhaltensweisen, um auf das Vorhandensein abgestimmter Verhaltensweisen hinzudeuten.⁴⁵⁶ Infolgedessen bestand in der Europäischen Union die Befürchtung, dass das Konzept der abgestimmten Verhaltensweisen auf Situationen stillschweigender Absprachen ausgedehnt werden könnte, die manchmal in oligopolistischen Märkten auftreten. Eine Situation stillschweigender Absprachen liegt vor, wenn die Betreiber innerhalb eines Oligopols dazu angehalten werden, ihr Verhalten rational und individuell, ohne formale Koordinierung, so anzupassen, als hätten sie eine Vereinbarung geschlossen. Diese Phänomene sind aus Wettbewerbssicht schädlich, da sie mit Situationen vergleichbar mit Kartellen gleichzusetzen sind. Diese wettbewerbsfähige vegetative Kapazität der Oligopole ergibt sich jedoch im Allgemeinen aus der Struktur oder anderen Parametern des Marktes, ohne dass ein positives abgestimmtes Verhalten auf die betreffenden Unternehmen zurückzuführen ist.⁴⁵⁷ Auch wenn einige amerikanische Autoren für ein solches System plädiert haben, ist dieser Ansatz nicht überzeugend,⁴⁵⁸ denn stillschweigende Absprachen sind für die Betreiber grundsätzlich exogen. Sie werden durch die Struktur und andere Marktmerkmale wie z.B. die Tariftransparenz bestimmt. Die Auswirkungen einer Entscheidung, die es Oligopolen verbietet, eine abgestimmte Verhaltensweise anzuwenden, wären daher auch keine bessere Lösung, es sei denn, es wurden andere

Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen berücksichtigen, um ihr Verhalten auf diesem Markt zu ermitteln"; näher dazu EuGH, 8. Juli 1999, Hüls AG gegen Kommission, Sache C-199/92, Slg. 1999, S. I-04287.

454 EuGH, 4. Juni 2009, Hüls AG, 8. Juli 1999, Slg. 1999, S. I-04287.

455 Siehe EuGH, C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a. gegen Raad van bestuur van Nederlandse Mededingingsautoriteit, C-199/92, Slg. 2009, S. I-4529.

456 Siehe *Petit, Nicolas: Droit européen de la concurrence*, S. 200 ff.

457 Näher dazu *Petit, Nicolas: Droit européen de la concurrence*, S. 205.

458 Siehe *Petit, Nicolas: Droit européen de la concurrence*, S. 205.

Rechtsmittel, wie beispielsweise eine Dekonzentrationsanordnung, hinzugefügt. Bloße Parallelität reicht daher nicht aus, um die Existenz einer abgestimmten Praxis zu rechtfertigen.

Die Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Falle einer wettbewerbswidrigen Vereinbarung setzt weiterhin voraus, dass sie den Wettbewerb beeinträchtigt hat. Daher befassen sich die folgenden Ausführungen mit der Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die wettbewerbswidrige Vereinbarung.

b. Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch wettbewerbswidrige Vereinbarungen

Die Verantwortlichkeit der für die wettbewerbswidrige Vereinbarung verantwortlichen Unternehmen wird angenommen, wenn sie durch ihr wettbewerbswidriges Verhalten den Wettbewerb beeinträchtigen. Die Schädigung des Wettbewerbs stellt die wirtschaftliche Komponente des Verbots nach Art. 88.a UEMOAV dar. Der unverfälschte Wettbewerb, den der UEMOAV schützt, bezieht sich nicht auf das Modell des reinen und perfekten Wettbewerbs, sondern entspricht dem in den 1940er Jahren in den Vereinigten Staaten entwickelten Modell des „workable competition“.⁴⁵⁹ Dieses Modell zieht die einfache Schlussfolgerung, dass ein perfekter Wettbewerb in der Praxis nicht erreichbar und auch in der Theorie nicht erwünscht ist. Ein nicht ganz perfektes Wettbewerbsmodell, d.h. insbesondere ohne Wertigkeiten des Angebots, ist dennoch ausreichend, da es den Käufern hinreichende Möglichkeiten bietet. Es werden eine Reihe von Kriterien vorgeschlagen, um zu prüfen, ob der Wettbewerb „workable“ bzw. praktikabel ist: Die Werbeausgaben dürfen nicht zu hoch sein, die Werbung muss informativ sein, das Unternehmen muss so groß sein, dass es die Skaleneffekte nutzen kann.

Diese Theorie wurde jedoch international heftig kritisiert, insbesondere wegen der Fragwürdigkeit ihrer Kriterien.⁴⁶⁰ Die Definition des Wettbewerbs in Bezug auf seine Wirksamkeit bezieht sich auf die Tatsache, dass der optimale Grad des zu erreichenden Wettbewerbs von Markt zu Markt

459 *Clark, John Maurice*: Toward a Concept of Workable Competition, *American Economic review* 1940, S. 241.

460 *Eastbrook, Frank H.*: Workable Antitrust Policy (1986) 84 *Michigan Law Review*, S. 1969; *Sosnick, Stephen H.*: A critique of Concepts of Workable Competition (1958), 72 *Quarterly Journal of Economics*, S. 523.

unterschiedlich sein kann.⁴⁶¹ Ebenso können seine Parameter verschiedene Bedeutsamkeit haben, da der Preiswettbewerb nicht die einzige wirksame Form des Wettbewerbs ist und nicht die einzige Form darstellt, der unter allen Umständen absolute Priorität eingeräumt werden sollte.⁴⁶² Die europäische Rechtsprechung bezieht sich auch auf den Begriff des effektiven Wettbewerbs.⁴⁶³ Aber die Verwendung der Adjektive effektiv und effizient in Verbindung mit dem Begriff des Wettbewerbs ist eine Quelle der Rechtsunsicherheit. Sie bietet den Behörden sicherlich eine Anpassungsmöglichkeit für den zu erreichenden Wettbewerb. Sie beschränkt sich aber auch auf Werturteile, so dass sie gegebenenfalls zur Instrumentalisierung eingesetzt werden kann, d.h. sie gibt den Wettbewerbsbehörden die Möglichkeit, das Wettbewerbsrecht zur Erreichung von Zielen einzusetzen, die nicht mit dem Schutz des Wettbewerbs zusammenhängen.⁴⁶⁴ Die Instrumentalisierung des Konzepts eines effektiven Wettbewerbs könnte sich beispielsweise in einer Politik der kulturellen Vielfalt in den Medien niederschlagen; wenn die Behörde der Ansicht ist, dass jeder Trend in den öffentlichen Medien gezeigt werden muss, genügt es zu erklären, dass das tatsächliche Ausmaß des Wettbewerbs eine atomisierte Marktstruktur erfordert, obwohl eine solche Marktstruktur aus wirtschaftlicher Sicht nicht wirklich effektiv ist. Die Produktionseffizienz wird dadurch nicht optimiert, da das politische Ziel Vorrang vor der Wirtschaft hat. Dies ist zwar nicht kritikwürdig. Jedoch ist fraglich, ob es in der Rolle einer sachverständigen und nicht gewählten Wettbewerbsbehörde liegt, über ihren wirtschaftlichen Auftrag hinauszugehen, um die Vorrangigkeit politischer Interessen wie der Förderung des Pluralismus zu gewährleisten. Der Begriff könnte fälschlich dazu verwendet werden, um wettbewerbsfreundliche Verhaltensweisen zu verbieten, mit der Begründung, dass sie als unwirksam angesehen würden. Ein Beispiel ist die aggressive Preispolitik im stan-

461 Vgl. EuGH, 13. Juli 1966, *Etablissements Consten S. à R. L. et Grundig-Verkaufs-GmbH gegen Kommission*, Rechtssache C-56 et 5/64, Slg. 1966, S. 429; EuGH, 25. Oktober 1977, *Metro gegen Kommission*, C-26/76, Slg. 1977, S. 1875, Rn. 20 (unter Bezugnahme auf den freien und unverfälschten Wettbewerb der ehemaligen Art. 3 und 81 EGV): "*Art und Intensität des Wettbewerbs können je nach den betreffenden Produkten oder Dienstleistungen und der Wirtschaftsstruktur der betroffenen sektoralen Märkte variieren.*"

462 Siehe EuG, 27. September 2006, *GlaxoSmithKline Services gegen Kommission*, T-168/01, Slg. 2006, S. II-2969.

463 EuGH, 16. September 2008, *Sot. Lékos kai Sia EE gegen GlaxoSmithKline AE-VE Farmakeftiton Proïonton*, C-468.06, Slg. 2008, S. I-7139.

464 *Petit, Nicolas: Droit européen de la concurrence*, S. 209.

dardisierten Privatkundengeschäft, die oft als Bedrohung für die Stabilität von Bankinstituten dargestellt wird. Sie könnte auch dazu benutzt werden wettbewerbswidrige Verhaltensweisen als mit dem Kartellrecht vereinbar zu erklären, beispielsweise, wenn die nationalen Rechtsvorschriften es den Verlagen ermöglichen, einen Festpreis für Bücher festzulegen, der allen Einzelhändlern auferlegt wird.⁴⁶⁵ Dabei erlaubte sie Verhaltensweisen, die als besonders wettbewerbsbeschränkend galten (Auferlegung von Weiterverkaufspreisen), die bestraft und die die Täter strafrechtlich zur Verantwortlichkeit ziehen sollten. In der Praxis versuchen die Behörden lediglich, den Wettbewerb auf dem Markt zu fördern. Die Wettbewerbsbehörden sind in ihrer täglichen Arbeit an dem Preis- oder Mengenwettbewerb und dem Qualitätswettbewerb interessiert.⁴⁶⁶ Ersterem wird jedoch eine klare Priorität eingeräumt, was den Vorteil hat, dass er messbar ist. Dagegen ist die Prüfung des Qualitätswettbewerbs mit einem erheblichen Maß an Subjektivität verbunden.⁴⁶⁷ Es wird jedoch festgestellt, dass die wettbewerbswidrige Vereinbarung negative Auswirkungen auf den Wettbewerb hat. Daher stellt sich hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Beteiligten die Frage, wann die Vereinbarung schädlich wird.

Art. 88. a UEMOAV erfasst Verhaltensweisen, deren Zweck oder Wirkung darin besteht, den Wettbewerb zu verhindern, einzuschränken und/oder zu verfälschen. Diese terminologischen Unterschiede bezüglich der Auswirkungen haben keine rechtliche Bedeutung, da sie in der Praxis ohne Differenzierung verwendet werden. Außerdem werden häufig andere Begriffe wie der der Wettbewerbsverzerrung verwendet.

Da der freie Wettbewerb durch Preis- oder Marktaufteilungsvereinbarungen behindert wird oder die Wettbewerbsstrukturen beeinträchtigt werden, sollten diese Auswirkungen der Kartellbildung aufgrund seines Zwecks oder seiner Auswirkungen (**aa.**) zugerechnet werden können.⁴⁶⁸ Ferner müssen die negativen Auswirkungen dieser unzulässigen Wettbewerbsverzerrungen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen (**bb.**).

465 EuGH, 11. Juli 1985, *SA Saint-Herblain distribution, Centre distributeur Leclerc et autres gegen Syndicat des libraires de Loire-Océan*, C-299/83, Slg. 1985, S. 2515.

466 Petit, Nicolas: *Droit européen de la concurrence*, S. 210.

467 Näher dazu Hoffer, P. /Williams, M.: *NERA Antitrust Insights* 2005, S. 6 ff.

468 Cornu, Gérard: *Vocabulaire juridique*, S. 920.

aa. Bezwecken oder Bewirken der Wettbewerbsbeschränkung oder der Verfälschung des Wettbewerbs

Der erste Ansatzpunkt für die Zurechenbarkeit der wettbewerbswidrigen Vereinbarung gegenüber den Unternehmen, die die Urheber der Vereinbarung sind, ist ihr wettbewerbswidriges Ziel oder ihre wettbewerbswidrige Wirkung. Art. 88.a UEMOAV und Art. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA beziehen sich auf Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die die Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs zum Zweck haben oder diese bewirken. Nach dem Gesetzeswortlaut muss die wettbewerbsbeeinträchtigende Zielsetzung oder Wirkung auf die Vereinbarung zurückzuführen sein. Der wettbewerbswidrige Charakter wird anhand des Zwecks oder der Wirkung der Vereinbarung festgestellt.

Das Begriffspaar „Zweck oder Wirkung“ ist alternativ und nicht kumulativ zu verstehen („oder“) und führt dazu, dass zunächst der Zweck der Vereinbarung unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Kontextes, in dem sie getroffen wurde, geprüft werden muss.⁴⁶⁹ Weist der Zweck der Vereinbarung keine ausreichende Schädlichkeit in Bezug auf den freien Wettbewerb auf, so prüft die Aufsichtsbehörde ihre Auswirkungen. Daraus ergibt sich eine gewisse Chronologie bei der Bestimmung des wettbewerbswidrigen Charakters des Kartells. Es ist nicht erforderlich, die konkreten Auswirkungen der Vereinbarung zu berücksichtigen, wenn sich herausstellt, dass ihr Ziel darin bestand, den Wettbewerb einzuschränken, zu verhindern oder zu verzerren.⁴⁷⁰ In diesem Zusammenhang ist der Begriff „Zweck“ im Sinne von Ziel oder Gegenstand und nicht im Sinne des Vertragsinhalts zu verstehen. Diese Bedeutung des Begriffs impliziert, dass es notwendig ist, den wirtschaftlichen Kontext, in dem die Vereinbarung angewendet wird, zu analysieren. Die Parteien müssen beabsichtigt haben, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Es ist nicht zwingend, dass dieses Ziel auch erreicht wird. Die Verbotsnorm ist auch dann erfüllt, gilt, wenn die Vereinbarung noch nicht umgesetzt worden ist. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Falle einer Vereinbarung wird unabhängig von den Auswirkungen des bezweckten Verhaltens bejaht, da Art. 88. a UEMOAV bereits durch das von den Parteien der Vereinbarung verfolgte Ziel, die Ver-

469 Siehe EuGH, 30. Juni 1966, *Société Technique Minière*, Sache 56/65, Slg. 1966, S. 00282.

470 Siehe EuGH, 13. Juli 1966, *Grunding-Consten*, verbindliche Sache 56 und 58/64, Slg. 1966, S. 00322.

fälschung des Wettbewerbs, verletzt wird und zu einer vollendeten Tat führt.

Wenn der Zweck der Vereinbarung nicht wettbewerbswidrig ist, muss sich die Prüfung auf ihre Auswirkungen erstrecken. In der Tat reicht allein die Prüfung des Ziels einer Vereinbarung nicht aus, um ihre Schädlichkeit abschließend zu bewerten. Die Parteien können möglicherweise nicht das Ziel verfolgen, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Dennoch kann sich die getroffene Vereinbarung in einer solchen Weise auswirken. Ist jedoch eine Wettbewerbsverletzung das Ergebnis einer Vereinbarung oder eines abgestimmten Verhaltens mehrerer Unternehmen, so muss diese als Zuwiderhandlung bewertet werden. Zu diesem Zeitpunkt sind sowohl die tatsächlichen als auch die potenziellen, virtuellen und wahrscheinlichen Auswirkungen der Vereinbarung zu berücksichtigen. Mit anderen Worten: Es ist nicht erforderlich, dass die Parteien ihre Vereinbarung tatsächlich umgesetzt haben. Da bereits das Bezwecken ausreicht, muss die Umsetzung zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen können. Der Begriff des Bezweckens wird also nicht rein subjektiv verstanden. Unter diesem Gesichtspunkt wird das Kartell mit dem Straftatbestand der Vergiftung⁴⁷¹ gleichgestellt, der unabhängig davon erfüllt ist, ob es zu einer Vergiftung kommt oder ob die Tat Folgen hatte. Es handelt sich um ein konkretes Gefährdungsdelikt. Denn die wettbewerbswidrige Vereinbarung „vergiftet“ den Wettbewerb und sollte geahndet werden, weil sie für das Wirtschaftsleben und für den freien Wettbewerb äußerst schwerwiegend sein kann. Im Falle der Durchsetzung einer Vereinbarung, deren Zweck nicht die Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist, ist es jedoch wichtig, dass der kausale Zusammenhang zwischen der festgestellten Wettbewerbsbeschränkung und der Vereinbarung hergestellt wird. Es muss nachgewiesen werden, dass diese Vereinbarung, obwohl mit ihr kein wettbewerbswidriger Zweck verfolgt wurde, sich wettbewerbsbeeinträchtigend ausgewirkt hat, dass die Wettbewerbsverletzungen oder -verzerrungen Ergebnis dieser Vereinbarung sind. Es ist nicht erforderlich, dass die wettbewerbswidrigen Auswirkungen unmittelbar aus dem Kartell resultieren.⁴⁷²

471 Art. 301 des Code pénal des Bénin lautet: *"Est qualifié empoisonnement tout attentat à la vie d'une personne, par l'effet de substance qui peuvent donner la mort plus ou moins promptement, de quelque manière que ces substances aient été employée ou administrées, et quelles qu'en aient été les suites."*

472 Grynfogel, Catherine: *Droit européen de la concurrence*, 4e édition, L.G.D.J., 2016, S. 26.

Das Verbot der Wettbewerbsverletzung ist gekennzeichnet durch die Bestimmungen von Art. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA, der sich ausdrücklich auf eine Reihe von Verhaltensweisen bezieht, die für die Beeinträchtigung des Wettbewerbs charakteristisch sind.⁴⁷³ Die in Art. 3 a genannten Vereinbarungen tendieren dazu, die Freiheit des Wettbewerb zu beeinträchtigen, indem sie bewirken, dass etablierte Unternehmen Barrieren für den Markteintritt errichten können. Dadurch können sie potenzielle Wettbewerber von der Ausübung ihrer Handelsfreiheit abhalten und somit deren Wettbewerbsfreiheit beeinträchtigen.

Preisabsprachen sind verboten, denn Preise nehmen im Wettbewerb einen besonderen Platz ein. Art. 3 b der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA bezieht sich ausdrücklich auf vertikale Preisvereinbarungen, d.h. Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Unternehmen auf (mindestens) zwei unterschiedlichen Ebenen der Produktions- und/oder Vertriebskette über die Bedingungen, unter denen die Parteien bestimmte Waren oder Dienstleistungen erwerben, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen.⁴⁷⁴ Aufgrund der Position der beteiligten Unternehmen, die, wie hervorzuheben ist, nicht aus der Umsetzung des Abkommens resultiert, sind solche Abkommen für die Preismobilität besonders gefährlich. Sie ermöglichen es den betroffenen Unternehmen, Preise festzusetzen, die den tatsächlichen Marktbedingungen nicht Rechnung tragen, und verhindern so, dass jedes Unternehmen auf seiner Ebene dem Marktmechanismus ausgesetzt ist.

473 Nach Art. 3 umfasst dies auch Vereinbarungen, die bestehen aus:

- a) des accords limitant l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises;*
- b) des accords visant à fixer directement ou indirectement le prix, à contrôler le prix de vente, et de manière générale, à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; en particulier des accords entre entreprises à différents niveaux de production ou de distribution visant à la fixation du prix de revente ;*
- c) des répartitions des marchés ou des sources d'approvisionnement, en particulier des accords entre entreprises de production ou de distribution portant sur une protection territoriale absolue ;*
- d) des limitations ou des contrôles de la production, des débouchés, du développement technique ou des investissements ;*
- e) des discriminations entre partenaires commerciaux au moyen de conditions inégales pour des prestations équivalentes ;*
- f) des subordinations de la conclusion des contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats."*

474 Anmerkung 5, Anhang I, Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA.

Der Preiswettbewerb hat die Funktion, die Preise niedrig zu halten, um den Dienstleistungs- und Warenverkehr innerstaatlich und zwischen den Staaten zu fördern und eine optimale Verteilung der wirtschaftlichen Tätigkeiten, entsprechend der Produktivität und Anpassungsfähigkeit der Unternehmen, zu ermöglichen⁴⁷⁵. In Anbetracht dessen sind Preiskartelle besonders schwerwiegende Wettbewerbsbeeinträchtigungen.⁴⁷⁶ Denn sie sollen die Preismobilität verhindern und damit den Parteien ihre Handlungsfreiheit bei der Festlegung ihrer Einkaufs- oder Weiterverkaufspreise nehmen, insbesondere durch die Festlegung von Festpreisen oder durch Ungleichbehandlung bei der Festlegung der Geschäftsbedingungen. Solche Vereinbarungen oder Praktiken führen zu einer künstlichen Preisgestaltung.

Die dritte Kategorie der verbotenen Vereinbarungen sind solche betreffend der Marktaufteilung und der Aufteilung von Bezugsquellen. Sie stehen insbesondere im Widerspruch zur Errichtung eines Gemeinsamen Marktes, da sie dazu tendieren, eine Aufteilung der nationalen Märkte zu schaffen, obwohl der Zweck der Union gerade darin besteht, sie zu vereinen. Solange das Kartell einen absoluten Gebietsschutz, einschließlich Exportverbote, beinhaltet, ist es eindeutig wettbewerbswidrig. Solche Vereinbarungen sind vergleichbar mit denen, deren Zweck es ist, die Produktion oder die Märkte zu begrenzen und zu kontrollieren. Ihnen ist gemeinsam, dass sie zu einer Einschränkung der kommerziellen Freiheit der Kartellmitglieder beitragen und damit ein Grundprinzip der freien Wirtschaft in Frage stellen. Hat das Kartell also die Wirkung oder den Zweck, den Gemeinsamen Markt durch den Schutz des nationalen Marktes zu beeinträchtigen, so stellt dies einen gemeinschaftsrechtlichen Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot dar.

Die in Art. 3 e und f aufgeführten Verhaltensweisen beziehen sich paradoxerweise auf Verhaltensweisen, die traditionell in den Anwendungsbe-
reich des Verbots individueller wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen fallen. Sie basieren einerseits auf diskriminierenden Verhaltensweisen und andererseits auf Koppelungsverkäufen. Punkt e verweist ausdrücklich auf eine diskriminierende Behandlung von Handelspartnern für gleichwertige Dienstleistungen. Diese Verhaltensweise steht im Widerspruch zum Grundsatz der Gleichbehandlung aller Wirtschaftspartner. Be-

475 Siehe EuGH: 14. Juli 1972, Imperial Chemical Industries Ltd., Sache 48-69, Slg. 1972, S. 00619.

476 Siehe EuGH, 10. Dez. 1985, SSI, Sache. 240 -242, 261, 262, 268 und 269/82, 1985, S. 03363.

stimmte Partner werden ungerechtfertigterweise im Wettbewerb bevorzugt, um ihnen einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Auch wenn solche Geschäftspraktiken auf einer Vereinbarung beruhen können, spiegeln sie doch im Allgemeinen nicht den kollektiven Charakter der Vereinbarungen wider. Sie sind oft das Werk nur eines Unternehmens und das Opfer ist in der Regel ein Unternehmen und nicht der Markt. Dies schließt jedoch nicht aus, dass sie negative Auswirkungen auf den Wettbewerb im Allgemeinen haben können.

Damit die Täter von Kartellrechtsverstößen zur Verantwortlichkeit gezogen werden können, muss das Kartell also die Wirkung oder den Zweck einer Wettbewerbsbeschränkung haben. Außerdem muss die wettbewerbswidrige Vereinbarung sich auch auf den Handel zwischen den UEMOA-Mitgliedstaaten auswirken.

bb. Die Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Die geografische Komponente der Verantwortlichkeit von Unternehmen, die sich wettbewerbswidriger Vereinbarungen schuldig gemacht haben, die nach dem UEMOA-Wettbewerbsrecht verboten sind und geahndet werden, besteht darin, dass solche Vereinbarungen den Wettbewerb innerhalb der Union beeinträchtigen oder verfälschen müssen.⁴⁷⁷ Der CJUE-MOA führt diesbezüglich aus:

„Vereinbarungen, Zusammenschlüsse oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung haben den Zweck oder die Wirkung, den Wettbewerb innerhalb der Union, d.h. des Gemeinsamen Marktes innerhalb seiner geografischen Grenzen und unabhängig davon, ob sie den Handel zwischen Staaten beeinträchtigen oder nicht, einzuschränken, damit das Gemeinschaftsrecht Anwendung findet. Allein die Tatsache, dass der Wettbewerb innerhalb der Union und unabhängig vom relevanten Markt und seinen Grenzen eingeschränkt wird, stellt nach dem UEMOAV einen Wettbewerbsverstoß gegen das Gemeinschaftsrecht dar. Die exegetische Analyse der Bestimmungen legt nahe, dass das UEMOA-Gemeinschaftsrecht ein zentralisiertes Recht ist, da es alle Vereinbarungen, Vereinigungen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen oder Machtmissbräuche, die eine Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Gemeinschaftsgebiet bezwecken oder bewirken, in seinen An-

477 Gemäß Art. 88 a UEMOAV und Art. 3 der Verordnung Nr. 02.

*wendungsbereich einbezieht. Der Vertrag von Dakar verankert somit eine Angleichung des Marktes der Union, in dem die verschiedenen nationalen Märkte mit einem Binnenmarkt verwechselt werden, der jede Schichtung der nationalen und gemeinschaftlichen Märkte ignoriert; kurz gesagt, es gab einen Prozess der Phagozytose des nationalen Wettbewerbsrechts durch das Gemeinschaftsrecht, das die Fülle seines Vorrangs durch reine Substitution ausübt.*⁴⁷⁸

Es ist hervorzuheben, dass diese wortgetreue Auslegung des Vertrages durch den Gerichtshof nicht nur für die Erreichung der Ziele des Vertrags, sondern vor allem auch für die wirksame Umsetzung der bußgeldrechtlichen bzw. strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen gefährlich ist. Diese Art der Auslegung hat, anstatt die unterschiedlichen Meinungen zwischen nationalen Sachverständigen und Mitgliedern der Kommission in Einklang zu bringen, nur dazu beigetragen, dass jede der Parteien in ihrer Stellungnahme enger geworden ist und somit die Umsetzung des UEMOA-Wettbewerbsrechts letztlich behindert wurde. Der Gerichtshof hätte besser auf die teleologische Auslegung zurückgegriffen, d.h. die Bedeutung beibehalten, die dem Gemeinschaftsrecht eine möglichst hohe Wirkung verleiht. Die teleologische Auslegung wird in der Tat hauptsächlich im Recht verwendet und bezieht sich auf die Ziele einer Regelung, auf die verfolgten Zwecke; sie verfolgt eine Auslegung, die es ermöglicht, eine Regel so anzuwenden, dass sie ihre Ziele erfüllt. Dies sind die Grundsätze einer umfassenden und sich weiterent-

478 CJUEMOA, Stellungnahmen N°003 vom 27. Juni 2000 Recueil 2008, S. 244-258: „(...) il suffit que les accords, associations ou pratiques concertées ou l'abus de domination aient pour but ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union, autrement dit, du Marché Commun dans ses limites géographiques et peu importe qu'ils affectent ou pas les échanges entre les Etats, pour que le Droit communautaire s'applique. Le seul fait de restreindre la concurrence à l'intérieur de l'Union et quel que soit le marché en cause et ses limites, constitue selon le Traité de l'UEMOA, une infraction communautaire au Droit de la concurrence. L'analyse exégétique des dispositions, laisse entendre que le Droit communautaire de l'UEMOA est un droit à vocation centralisateur en ce sens qu'il intègre dans son champ d'action tous accords, associations ou pratiques concertées ou abus de domination ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans l'espace communautaire. Le Traité de Dakar consacre ainsi un nivellement par le haut du marché de l'Union où les différents marchés nationaux sont confondus dans un marché unique qui ignore toute stratification des marchés nationaux et communautaires ; en somme, il s'est produit en quelque sorte un processus de phagocytose du Droit national de la concurrence par le Droit communautaire qui exerce la plénitude de sa primauté par pure substitution.“

wickelnden Auslegung des Rechts. Diese Auslegungsmethode hätte den Gerichtshof veranlassen sollen, das Nebeneinander von nationalem und gemeinschaftlichem Wettbewerbsrecht zu bestätigen. Dadurch hätte eine effizientere Umsetzung dieses Gesetzes erreicht werden können.

Es handelt sich also um eine Aufteilung des UEMOA-Binnenmarktes, die sich aus der Zusammenführung der verschiedenen nationalen Märkte der Mitgliedstaaten ergibt. Art. 88.a UEMOAV wirft jedoch durch das Abstellen auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb innerhalb der Union zahlreiche Fragen auf, nicht zuletzt durch die erforderliche Bestimmung des relevanten Marktes. Außerdem muss unterschieden werden zwischen dem Markt, auf den in der Analyse der Wettbewerbsverstöße durch ein Kartell Bezug genommen wird, und dem Bezugsmarkt, der bei der Feststellung, ob ein Unternehmen oder eine Unternehmensgruppe eine beherrschende Stellung einnimmt, zu berücksichtigen ist.

Mit der Forderung nach einem Wettbewerbsverstoß innerhalb der Union scheint sich die UEMOA-Gesetzgebung auf die Feststellung wettbewerbswidriger Wirkungen im Bereich der UEMOA zu beziehen. Diese Anforderung würde sich daher auf eine Bedingung für die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft beziehen. Damit stellt sich die Frage, ob auch Wettbewerbsverstöße, die ihren Ursprung nicht im Territorium der UEMOA haben, sich aber dort auswirken, dem UEMOA-Recht unterliegen. In der Europäischen Union sowie im US-amerikanischen Recht wird diese Frage eindeutig bejaht. Und sie sollte auch für die UEMOA bejaht werden, um einen wirksamen und effizienten Wettbewerbschutz zu garantieren. Es besteht auch die Möglichkeit, die die extraterritoriale Anwendung des Wettbewerbsrechts durchzusetzen, denn es gibt die Möglichkeit, Forderungen der extraterritorialen Unternehmen gegen Geschäftspartner im UEMOA-Gebiet zu pfänden und so die Sanktionen durchzusetzen. Auf diese Weise kann auch gegen große multinationale Unternehmen vorgegangen werden, auch wenn deren Wirtschafts- und Finanzmacht die Kapazitäten aller Mitgliedstaaten zusammen weit übersteigt.

Darüber hinaus ist es bemerkenswert, dass die Bestimmungen des Art. 88 UEMOAV keine Beschränkung des Wettbewerbs auf einem wesentlichen Teil des Marktes erfordern oder in einem bestimmten Ausmaß verlangen. Die einfache Anforderung des Art. 88 UEMOAV ist die Begehung eines Kartellverstoßes innerhalb der Union. Es gibt keine Grenzwerte. Der Grad der Zuwiderhandlung ist für die Geltendmachung des Verbots irrelevant. Durch die Einführung einer bestimmten Schwere der Beeinträchtigung hätte sichergestellt werden können, dass Bagatelverstöße nicht ahnd-

bar wären. Das Erfordernis der Empfindlichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung ist insofern gerechtfertigt, als eine Ausschließlichkeitsvereinbarung, auch bei absolutem Gebietsschutz, angesichts der schwachen Stellung der betroffenen Parteien auf dem Markt, dem Verbot nicht unterliegen sollten.⁴⁷⁹ Aktuell ermöglicht nur die Berücksichtigung einer Bagatellschwelle die Befreiung von der Anwendung von kartellrechtlichen Vereinbarungen, entsprechend dem römischen Sprichwort „*de minimis non curat praetor*“.⁴⁸⁰

Die Festlegung eines Grenzwertes würde es den Richtern ermöglichen, auch über die Nichtanwendung des Wettbewerbsrechts zu entscheiden, ohne die Angelegenheit an die UEMOA-Kommission verweisen zu müssen, um einen Negativattest oder eine Einzelfreistellung zu erhalten. Eine De-minimis-Grenze würde daher als Filter wirken und sicherlich die Rechtssicherheit für die Wirtschaftsteilnehmer erhöhen, indem sie ihnen von Anfang an die Einschätzung ermöglicht, ob ihre Vereinbarung verboten oder noch erlaubt ist. Nach derzeitigem Stand des UEMOA-Wettbewerbsrechts hat das Fehlen einer solchen Grenze für die Anwendung des Verbots wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zur Folge, dass die Aufsichtsbehörden verpflichtet sind, Wettbewerbsverstöße zu sanktionieren, auch wenn eine Untersuchung der Merkmale des betroffenen Marktes und seiner Struktur zeigt, dass die Rechtsverletzung nicht erheblich ist. Diesbezüglich ist zu hoffen, dass die Entwicklung des UEMOA-Kartellrechts dieses Erfordernis aufgreift, um die Schaffung von Vereinbarungen zu fördern, die zur Entwicklung bestimmter Sektoren beitragen können, ohne den Wettbewerb spürbar zu beeinträchtigen.

Darüber hinaus führt der Prozess der Marktabgrenzung zu Rechtsunsicherheit. Dies liegt zum einen an der wirtschaftlichen Natur der Methoden, mit denen man auf das Bestehen eines Marktes schließen und ihn abgrenzen kann. Sie ergibt sich auch aus der mangelnden Präzision der rechtlichen Rolle der Marktabgrenzung bei der Beurteilung eines Kartells. Die Marktabgrenzung ist nicht immer unerlässlich für die wirtschaftliche Begründung, dass ein Kartell zu sanktionieren ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Grundsatz der effizienten Einsetzung von Mitteln und die Notwendigkeit, die Effizienz des Wettbewerbsrechts zu gewährleisten, einen Verzicht auf die Abgrenzung des Bezugsmarktes nahelegen. Dies ist

479 Siehe EuGH, 9. Juli 1969, Volk Vervaecke Sache 5/69, Slg. 1969, S. 295.

480 Brault, *Dominique*: Politique et pratique du droit de la concurrence en France, LGDJ, 2004, S. 790.

aber nur insoweit möglich, als der Wettbewerbsverstoß auch ohne eine solche Begrenzung festgestellt werden kann.

Eine zweite Quelle der Unsicherheit kann sich daraus ergeben, ob der informelle Sektor als Teil des zu begrenzenden Marktes gesehen wird oder nicht. Die Flexibilität der Unternehmensdefinition impliziert eine Integration dieses inoffiziellen Bereichs der Wirtschaft in den Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts. Bei einem großen Teil dieser Unternehmen ist es jedoch für sich genommen aufgrund der ausgeübten Wirtschaftstätigkeit möglich, den Primärbedarf zu decken, ohne eine große wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben. Dies legt die Annahme nahe, dass diese Tätigkeiten keine Auswirkungen haben, die bei der Beurteilung einer wettbewerbswidrigen Tätigkeit zu berücksichtigen sind. Dieser Ausschluss ist jedoch relativ. Denn die Umstände und Fähigkeiten der beteiligten Akteure können sich auf den Wettbewerb durchaus auswirken und sollten deshalb zur Anwendung des Wettbewerbsrechts führen.

2. Die Rechtfertigung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen

Die Rechtfertigung für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen kann sich für bestimmte Ausnahmen ergeben. Im Wettbewerbsrecht es nicht ungewöhnlich, dass der Gesetzgeber allgemeine Verbote schafft und hiervon Ausnahmen vorsieht, um zu verhindern, dass die kompromisslose Anwendung der Regel angesichts der Besonderheit bestimmter Situationen zu unangemessenen Ergebnissen führt, die der Gesellschaft schaden, selbst wenn in den meisten Fällen die Anwendung der allgemeinen Regel als vorteilhaft angesehen wird. Ähnlich hat der UEMOA-Gesetzgeber die Tätigkeiten von Kartellen grundsätzlich verboten, um anschließend Ausnahmen von diesem Grundsatz zu benennen, um so dem Entwicklungsbedarf der Mitgliedstaaten des gemeinschaftlichen Raums Rechnung zu tragen. Im UEMOA-Recht beziehen sich diese Ausnahmen auf vertikale Vereinbarungen.⁴⁸¹

Art. 89 Abs. 3 UEMOAV erlaubt es dem Ministerrat, den Grundsatz des Verbots wettbewerbswidriger Vereinbarungen zu begrenzen, um besonderen Gegebenheiten Rechnung zu tragen. Tatsächlich verbietet der UEMOA-Gesetzgeber horizontale Vereinbarungen strenger als vertikale Vereinbarungen, da letztere den Wettbewerb weniger einschränken. Unter ho-

481 Art. 89 Abs. 3 UEMOAV; *Coulibaly, Abou Saib*: *Revue Burkinabé du Droit* 2003, S. 12.

horizontalen Zusammenschlüssen versteht man Zusammenschlüsse mehrerer Konkurrenten auf derselben Marktstufe. Über die Notwendigkeit der Bekämpfung horizontaler Zusammenschlüsse, insbesondere soweit es sich um Hardcore-Kartelle handelt, besteht heute weitgehende Übereinstimmung.⁴⁸² Dies rechtfertigt die Einstimmigkeit bei der Bekämpfung von horizontalen Kartellen und erklärt, warum der UEMOA-Gesetzgeber horizontale Vereinbarungen strenger bestraft als vertikale Vereinbarungen.

Horizontale Fälle stehen auch bei der Fusionskontrolle bisher durchweg im Vordergrund, weil ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb noch am leichtesten zu durchschauen sind. Durch sie wird definitionsgemäß die Zahl selbstständiger Wettbewerber auf einem Markt verringert. Es ist es offenkundig, dass solche Zusammenschlüsse, jedenfalls ab einer bestimmten Größe, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs bedrohen.

Über die Ursachen und Wirkungen vertikaler Zusammenschlüsse herrscht demgegenüber nach wie vor weithin Unklarheit. Es spricht jedoch manches dafür, daß von derartigen Zusammenschlüssen unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls Gefahren für die Wettbewerbsordnung ausgehen können. Denn vertikale Zusammenschlüsse können zur Einzelmarktbeherrschung oder zu einer kollektiven Marktbeherrschung führen oder eine solche verstärken, indem den beteiligten Unternehmen durch Verbesserung des Zugangs zu den Beschaffungs- oder Absatzmärkten zusätzliche Verhaltensspielräume eröffnet werden. Dadurch könnte das Unternehmen seine Position auf dem Markt gegenüber den mit dieser Bevorteilung kämpfenden Konkurrenten immer weiter verstärken. Zudem kann es zu sogenannten Folgefusionen kommen, die dazu führen können, dass selbstständige Unternehmen immer weniger auf dem betroffenen Markt zu finden sind. In diesem Sinne scheint der UEMOA-Gesetzgeber Einzel- und Gruppenausnahmen für vertikale Vereinbarungen zu genehmigen, die zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs von Produkten oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, sofern den Verbrauchern ein angemessener Anteil an dem entstehenden Produkt vorbehalten bleibt und sofern den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Erreichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, und diesen Unternehmen nicht ermöglicht wird, den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der betreffenden Produkte auszuschließen.⁴⁸³ Der Gesetzgeber ermächtigt die Kommission daher, eine flexible Politik gegenüber vertikalen Vereinbarungen

482 Siehe Volker, *Emmerich*: Kartellrecht, S. 20 ff.

483 Art. 7 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

zu verfolgen und bestimmte Vertikalvereinbarungen aus dem Anwendungsbereich des Kartellverbots auszunehmen, soweit die positiven die wettbewerbswidrigen Auswirkungen überwiegen. Dies gilt nicht für Vereinbarungen, die einen absoluten Gebietsschutz beinhalten Wiederverkaufspreise festsetzen.⁴⁸⁴ Letztere Klauseln sind besonders schädlich und deshalb generell verboten, weil sie den freien Wettbewerb einschränken und potenzielle Wettbewerber daran hindern, sich in demselben Geschäftsgebiet niederzulassen. Als Beispiel für die Festlegung von Wiederverkaufspreisen kann das Verfahren Société des Brasseries du Bénin (SOBEBRA) gegen Einzelhändler angeführt werden, in dem SOBEBRA, das im Benin ein Monopol im Brauereisektor hat, den Großhändlern und den mittelgroßen Händlern den Verkaufspreis von Brauereiprodukten an den Einzelhandel vorgeschrieben hat, was sich für letztere als unrentabel erwiesen hat. Als der Einzelhandel sich bei der Wettbewerbsdirektion des Handelsministeriums des Benin beschwert hat, wurde das Verfahren 2009 an die UEMOA-Kommission verwiesen, die jedoch noch nicht über die Angelegenheit entschieden hat. Diese Art von Vereinbarungen ist, auch wenn sie vertikal ist, verboten und begründet die straf- und bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit der Täter.

Aus wirtschaftlicher Sicht ist die Ausnahme für bestimmte Vertikalabsprachen insofern gerechtfertigt, als der UEMOA-Gesetzgeber die Urheber von Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen vom generellen Wettbewerbsverbot freistellt, die zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs von Produkten oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen und den Unternehmen keine Beschränkungen auferlegen, sofern auch die Verbraucher davon profitieren.⁴⁸⁵ Diese Einschränkung des Gesetzgebers wirft jedoch das Problem der Wirksamkeit der Sanktionsandrohung für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen auf. Denn dadurch kann der Missbrauch einer marktbeherrschender Stellung gefördert werden, der vom Gesetzgeber generell verboten ist.

484 Anmerkung 5 des Anhangs 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA; *Coulibaly, Abou Saib*: *Revue Burkinabé du Droit* 2003, S. 12. Eine Vereinbarung soll eine absolute Raumschutzklausel enthalten, wenn in einem Vertriebsvertrag festgelegt ist, dass der Lieferant davon absieht, einem Dritten ein Niederlassungsrecht im Schutzgebiet einzuräumen und vor allem auch selbst davon Abstand nimmt. Was die Vereinbarung zur Festsetzung des Wiederverkaufspreises betrifft, so geht sie davon aus, dass der Lieferant dem Wiederverkäufer den Preis auferlegt, zu dem er das Produkt zurückgeben soll.

485 Art. 4 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

Nach Art. 2 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA sind wettbewerbswidrige Vereinbarung per se rechtswidrig, ohne dass es einer vorherigen behördlichen Entscheidung bedarf. Die Kommission hat jedoch die Möglichkeit, bei bestimmten wettbewerbswidrigen Vereinbarungen von der Sanktionierung abzusehen.⁴⁸⁶ Das Wettbewerbsrecht unterscheidet zwischen verbotenen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen und solchen, die einer Legalausnahme unterfallen. Wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind, können wettbewerbswidrige Vereinbarungen trotz ihres grundsätzlich wettbewerbswidrigen Charakters freigestellt werden. Mit anderen Worten, sie sind von der Anwendung des Verbots des Art. 88 a des Vertrags ausgenommen. Die Bedingungen, unter denen eine wettbewerbswidrige Vereinbarung freigestellt werden können (a.), werden durch verfahrensrechtliche Modalitäten ergänzt (b.).

a. Voraussetzungen der Freistellung wettbewerbswidriger Vereinbarungen

Die Einschränkung des Verbots von Kartellen beruht auf der Idee, dass eine wettbewerbswidrige Vereinbarung unter bestimmten Bedingungen wirtschaftlich effizienter sein kann als der Wettbewerb. Die Kommission verfügt über weitreichende Befugnisse zur Bestimmung solcher Bedingungen. Es ist ihre Aufgabe, unter der Aufsicht des Gerichtshofs der UEMOA zu überprüfen, ob die in Art. 7 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind, um in den Genuss einer Freistel-

486 Art. 7 der Verordnung Nr. 02/2002: *"En application de l'article 89 alinéa 3 du Traité de l'UEMOA, la Commission peut déclarer les articles 88 (a) du Traité de l'UEMOA et 3 du présent Règlement inapplicables, - à tout accord ou catégorie d'accords, - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises, - et à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées, qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans*
a) *imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;*
b) *donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.*" Es ist interessant festzustellen, dass Art. 89 UEMOA nur auf begrenzte Ausnahmen und nicht auf Ausnahmen generell verweist. Diese Bestimmung bezieht sich daher mehr auf ein System gesetzlicher Ausnahmen als auf ein Freistellungssystem, das eine Einzelfallprüfung der Ausnahmen von der Anwendung des Verbots vorsieht.

lung zu kommen. So unterscheidet Art. 7 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA zwischen positiven (**aa.**) und negativen Bedingungen (**bb.**) für die Freistellung von Kartellen.

aa. Die positiven Freistellungsbedingungen

Nach Art. 7 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA muss eine Vereinbarung, damit sie die positiven Freistellungsbedingungen erfüllt, zur Verbesserung der Produktion oder des Vertriebs von Produkten oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen und gleichzeitig den Verbrauchern einen angemessenen Anteil am daraus resultierenden Nutzen sichern. Um freigestellt zu werden, muss die Vereinbarung also zwei positive Bedingungen erfüllen. Einerseits muss sie zur Verbesserung der Markteffizienz beitragen und andererseits müssen die Vorteile auch den Marktteilnehmern zugutekommen. Nur wenn diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, ist das grundsätzlich wettbewerbswidrige Verhalten erlaubt und kann nicht geahndet werden.

Was den Beitrag zur Verbesserung der Markteffizienz betrifft, so besteht er in der Verbesserung der Produktivität oder des Vertriebs, der technischen oder wirtschaftlichen Förderung. Sie führt zu Ergebnissen, die für die Wirtschaft günstiger sind, als wenn jede der Kartellparteien auf dem Markt isoliert agieren würde. Mit anderen Worten: aus wirtschaftlicher oder technischer Sicht muss die Vereinbarung Verbesserungen ermöglichen, die ohne sie nicht möglich gewesen wären. Diese Verbesserungen müssen erhebliche objektive Vorteile gegenüber nicht abgesprochenem Vorgehen aufweisen.⁴⁸⁷

Wirtschaftlicher Fortschritt ist ein umfassender Begriff, der dem der wirtschaftlichen Effizienz gleicht. Der Begriff des wirtschaftlichen Fortschritts beinhaltet Opportunitätsbewertungen, die im Gegensatz zur Rechtsnorm zu stehen scheinen.⁴⁸⁸ Die Möglichkeit, eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise freizustellen, die einen ausreichenden Beitrag zum wirtschaftlichen Fortschritt leistet, um die damit verbundenen Wettbewerbsnachteile auszugleichen oder die für die Erreichung eines Ziels, das

487 Siehe EuGH, 13. Juli 1966, *Établissements Consten S.à.R.L. und Grundig-Verkaufs-GmbH gegen EG-Kommission*, verbindliche Sache 56 und 58-64, Slg. 1966, S. 00322.

488 Siehe *Pirovano, Antoine*: Dalloz 1980, S. 146; *ders.*: Dalloz 1985, S. 234 ff; *ders.*: Dalloz 2002, S. 62-70.

als Priorität im Allgemeininteresse angesehen wird, unerlässlich ist, markiert den Übergang von einer Logik des Schutzes der Wettbewerbsfreiheit zu einer Logik der wirtschaftlichen Kontrolle. Der wirtschaftliche Fortschritt ist eine Frage der Angemessenheit, weshalb sein Inhalt, je nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten, im Zusammenhang mit der betreffenden Vorgehensweise und den von den Behörden verfolgten politischen Zielen variieren kann. Es ist diese Angemessenheitsprüfung, die es der Behörde ermöglicht, Entwicklungsmöglichkeiten für die Wirtschaft zu schaffen, welche zugleich die Kartellanten von Sanktionen freistellt.

Die Verbesserung der Produktivität kann an verschiedenen Stellen in der Produktionskette gemessen werden. Ebenso stellt eine Verbesserung der Vertriebsbedingungen einen wirtschaftlichen Fortschritt dar. Eine solche Verbesserung kann sogar einen doppelten wirtschaftlichen Vorteil haben. Einerseits kann sie zu niedrigeren Preisen für die Verbraucher und damit zur Erhaltung der Kaufkraft führen. Andererseits kann sie zu einer besseren Organisation des Verteilerkreises und damit zu einer besseren Pflege der angebotenen Produkte führen. Darüber hinaus kann die Förderung des wirtschaftlichen Fortschritts Innovationsanreize bieten. Das Kartell gilt als Beitrag zum technischen Fortschritt, wenn die Zusammenarbeit im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens a priori bessere praktische Bedingungen bietet als der Wettbewerb zwischen den Parteien, um rechtzeitig akzeptable und sichere technische Lösungen zu finden.⁴⁸⁹ So kann eine Vereinbarung wegen ihres Beitrags zum technologischen Fortschritt freigestellt werden, wenn die Zusammenführung von Forschungsergebnissen bessere Aussichten auf aussagekräftige Ergebnisse verspricht.

Bemerkenswert ist, dass das Wettbewerbsrecht der UEMOA den sozialen Fortschritt nicht als Grund für die Freistellung von einem Kartellverbot benennt. Deshalb ist unklar, ob eine Vereinbarung, ob die Aufrechterhaltung der Beschäftigung oder die Verbesserung der Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer in den von einer Vereinbarung betroffenen Unternehmen freistellungsfähig ist.

Sicherlich kann ein weit gefasstes Verständnis des Begriffs der Produktivitätssteigerung ermöglichen, diese Hypothese zu übernehmen und den sozialen Fortschritt indirekt in das Freistellungsrecht zu integrieren. Der Begriff des wirtschaftlichen Fortschritts ist tatsächlich auch vage genug,

489 Siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Nov. 1977, GEC-Weir sodium Circulators, Abl. Nr. L 327 vom 20. Dezember. 1977, S. 26.

um die Einbeziehung sozialer Erwägungen zu ermöglichen.⁴⁹⁰ Die Bestimmungen des UEMOA-Wettbewerbsrechts sind jedoch insofern eindeutig, als sie nicht vorsehen, dass sozialer Fortschritt geltend gemacht werden kann, um in den Genuss einer Freistellung zu kommen. Die Aufsichtsbehörde kann jedoch die positiven Aspekte einer Vereinbarung mit sozialen Ziele berücksichtigen, wenn im Übrigen die Freistellungsvoraussetzungen vorliegen. Darüber hinaus stellt sich die Frage nach der Stellung der Sozialpolitik im UEMOA-Recht im Allgemeinen. Zwar zeigt die Voraussetzung für die Verbesserung der Markteffizienz ein Gleichgewicht zwischen der Notwendigkeit, wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten und der Wahrung sonstiger Ziele. Jedoch kann die Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen, wenn sie für die Erreichung dieser Ziele unerlässlich ist, gerechtfertigt sein. Es scheint jedoch, dass die Ziele des Gemeinschaftsaufbaus nicht oder nur schwach an sozialen Gegebenheit ausgerichtet sind.

Darüber hinaus verlangt das Gemeinschaftsrecht eine gerechte Aufteilung der sich aus der Vereinbarung ergebenden Vorteile. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 7.⁴⁹¹ Es ist vorgesehen, dass der Gewinn zwischen den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen und den Nutzern der Produkte oder Dienstleistungen aufgeteilt werden muss. Dadurch wird sichergestellt, dass Vereinbarungen, die von der Anwendung des Verbots ausgeschlossen sind, nicht allein zugunsten der an dem Kartell beteiligten Unternehmen konzipiert und umgesetzt werden dürfen. Der Begriff des Nutzers muss im weitesten Sinne verstanden werden. Es ist zwar richtig, dass die Hauptnutzer die Verbraucher sind, aber sie sind nicht die einzigen. Tatsächlich sind alle Vertragspartner der Unternehmen, die an einem Kartell beteiligt sind, in die Bewertung einzubeziehen. Dazu können neben den Verbrauchern Geschäftskunden sowie industrielle oder gewerbliche Nutzer gehören.

Es stellt sich ferner die Frage, ob die Mitarbeiter in die Analyse der Begünstigten der Vereinbarung einzubeziehen sind. Mit anderen Worten: Reicht eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen aus, um bejahen zu können, dass die Nutzer von den wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen profitiert haben? Darüber hinaus stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von Sozialrecht und Wettbewerbsrecht. Wenn letzteres dazu tendiert, das Sozialrecht zu ergänzen, scheint es nicht, dass dies in einer Perspektive der

490 Siehe *Pirovano, Antoine*: Dalloz 1980, S. 146; *ders.* Dalloz 1985, S. 234 ff; *ders.*: Dalloz 2002, S. 62-70.

491 Vgl. *Guyenot, Jean*: Les contrats de concession commerciale: droit français et communautaire de la concurrence, S. 52.

positiven Berücksichtigung des Sozialrechts geschieht. Dies ist insofern bedauerlich, als das Wohlergehen aller, das Ziel des Gesetzes sein sollte, unabhängig ist von der Dimension der menschlichen Tätigkeit, an die es gebunden ist. Die Vielfalt der Betroffenen umfasst Konsumenten, Mitarbeiter und Konkurrenten. Diese Dimensionen müssen bei der Bewertung der Vorteile des freizustellenden Verhaltens berücksichtigt werden. Daher ist es wichtig, über die rein und ausschließlich wirtschaftliche Dimension der Bewertung hinauszugehen und auch die sozialen Auswirkungen einzubeziehen.

Gemäß Art. 7 ist der Nutzer definiert als jeder Dritte und jede andere Person als die Parteien der wettbewerbswidrigen Vereinbarung.⁴⁹² Der Dritte muss aus der Vereinbarung Vorteile erlangen. Als solche wird die geforderte Aufteilung im wirtschaftlichen Sinne und nicht im buchhalterischen Sinne verstanden. Dies erschwert die Beurteilung der Angemessenheit. Dabei könnte sinnvoll sein, dass die Analyse der das Kartell bildenden Vereinbarung vor ihrer Umsetzung stattfindet.⁴⁹³ Zusätzlich zu diesen positiven Bedingungen muss das Kartell negative Wettbewerbsbedingungen erfüllen.

bb. Die negativen Wettbewerbsbedingungen der Vereinbarung

Um in den Genuss einer Freistellung zu kommen, muss das Kartell gemäß Art. 7 der Verordnung Nr. 2/2002 zur Verbesserung der Markteffizienz beitragen, ohne den betreffenden Unternehmen Beschränkungen aufzuerlegen, die für die Erreichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind; es wird den Unternehmen ermöglicht, unter diesen Voraussetzungen für einen wesentlichen Teil der betreffenden Produkte den Wettbewerb auszuschalten. Art. 7 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA statuiert eine doppelte negative Bedingung für die Freistellung der Beteiligten. Einerseits darf die Vereinbarung keine unnötigen Einschränkungen mit sich bringen, andererseits darf sie nicht den gesamten Wettbewerb ausschalten.

Die Beschränkung, dass die Kartellmitglieder keine Wettbewerbsbeschränkungen in ihre Vereinbarung aufnehmen dürfen, die zur Erreichung der Ziele der Vereinbarung nicht erforderlich sind, kann auf zwei Ebenen analysiert werden: auf derjenigen der Art und Weise der Beschrän-

492 Näher dazu EuGH, 25. Oktober 1977, Saba I, Sache. 26/76, Slg. 1977, S. 01875.

493 Siehe EU-Kommission, Entscheidung vom 8. Okt. 1973, Prym-Beka, ABl Nr. L 296/24 vom 24 Oktober 1973, S. 24-27.

kung und auf derjenigen ihres Schweregrades. Was die Art der Beschränkung betrifft, liegt Unerlässlichkeit vor, wenn das Ziele ohne die Einschränkung des Wettbewerbs nicht erreicht werden kann. Die Beurteilung dieser Unentbehrlichkeit bedeutet *in concreto*, dass die restriktiven Bestimmungen notwendig sein müssen, um den Vorteil zu erlangen, der dem betreffenden Kartell zugutekommt.⁴⁹⁴

Die Schwere der Beschränkung wird anhand eines Schwellenwerts bewertet, ab dem die Beschränkung nicht mehr rechtmäßig ist. Diese Beurteilung ist jedoch schwierig, da das UEMOA-Wettbewerbsrecht auf keinen Schwellenwert für die Entscheidung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln aufweist. Deshalb muss ein solcher Schwellenwert auf der Grundlage der verschiedenen Aspekte des Wettbewerbsrechts entwickelt werden. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob Unentbehrlichkeit der Beschränkung gegeben ist, wenn die daraus resultierende Verbesserung reduziert werden kann. Mit anderen Worten: Reicht es aus, dass die in einer Vereinbarung enthaltenen Beschränkungen als unerlässlich für die Rechtfertigung dieser Vereinbarung anerkannt und somit freigestellt werden, auch wenn die dadurch erhöhte Markteffizienz nicht wesentlich ist? Diesbezüglich bedarf es einer vergleichenden Prüfung der Vor- und Nachteile der Vereinbarung. Nach Auffassung des EuGH muss die Verbesserung muss spürbare objektive Vorteile haben, um die daraus resultierenden Nachteile für den Wettbewerb auszugleichen.⁴⁹⁵ Die Beurteilung der Unentbehrlichkeit und ihr Verhältnis zu den Verbesserungen liegt bei der Kommission, die unter Berücksichtigung der mit dem Kartell verfolgten Ziele und seines wirtschaftlichen Umfelds entscheiden muss, ob die Beschränkungen unerlässlich sind.

Die zweite negative Bedingung besteht darin, dass die Vereinbarung nicht den gesamten Wettbewerb für die betroffenen Produkte ausschalten darf. Im Gegenteil schreibt sie den Unternehmen eine Verpflichtung zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Produkte vor. Diese Verpflichtung ist absolut. Unabhängig von den erreichbaren Verbesserungen durch ein Kartell darf es nicht zu einer vollständigen Ausschaltung des gesamten Wettbewerbs kommen.⁴⁹⁶ Es ist von wesentlicher Bedeutung, dass trotz des Kartells substituierbare Waren

494 Siehe *Laurent, Philippe*: *Revue internationale de droit comparé* 1994, S. 40.

495 Siehe EuGH, 1. Juli 1966, *Grundig* gegen Kommission, Rechtssache 56 und 58-64 Slg. 1966, S. 00322.

496 Es sei darauf hingewiesen, dass das Erfordernis der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung nicht ausschließt.

weiterhin auf dem Markt angeboten werden können, damit ein Wettbewerb verbleibt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Art. 7 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA nur auf den Warenwettbewerb verweist. Daraus folgt, dass das Kartell zur Ausschaltung des Wettbewerbs zwischen Mitgliedern im Falle der Substituierbarkeit gegeben sein muss, nicht hingegen Wettbewerb zwischen Anbietern einer bestimmten Marke. Unschädlich ist es, wenn es zu einer vollständigen Abschaffung des Preiswettbewerbs kommt, denn Preiswettbewerb ist nicht die einzige Form eines wirksamen Wettbewerbs.⁴⁹⁷

Das Erfordernis, dass ein Mindestmaß an Wettbewerb bestehen bleiben muss, um eine Freistellung von der Anwendung des Wettbewerbsrechts zu erlangen, wirft insoweit Schwierigkeiten auf, als diese Freistellung die Möglichkeit widerspiegelt, wirtschaftlichen Fortschritt mit anderen Mitteln als dem Wettbewerb zu erzielen. Der Schwerpunkt ist ganz eindeutig auf den Wettbewerb zu legen, weil es trotz des wirtschaftlichen Fortschritts die Existenz des Marktes nicht in Frage gestellt werden darf. Der Wettbewerb wird um seiner selbst willen angestrebt und nicht mehr als Mittel zur Erreichung wirtschaftlichen Fortschritts. Wettbewerb muss selbst dann bestehen bleiben, wenn sich seine Grenzen in Bezug auf eine nicht wettbewerbsfähige Situation gezeigt haben. Daher besteht der Freistellungsmechanismus nicht nur zum Schutz eines Mindestwettbewerbs, sondern auch zum Schutz der Konkurrenten. Dieser Schutz wird dadurch angestrebt, dass Unternehmen, die ohne Zustimmung der zuständigen Behörde Vereinbarungen treffen, unter Sanktionsandrohung stehen und verfolgt werden können, und zwar weder strafrechtlich noch bußgeldrechtlich.

In der Tat ist die Freistellung ein Immunitätsmechanismus. Mit ihr wird eine Ausnahme von der Verbotsregel gewährt. Sie hebt die Freiheitsbegrenzung des Kartellverbots auf. Es wäre jedoch unzutreffend, sich vorzustellen, dass die Wettbewerbsbehörden die Gewährung der Freistellung von verschiedenen Bedingungen abhängig machen. Vielmehr ist die Freistellungsentscheidung eine gebundene und keine Ermessensentscheidung

Denn das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung bedeutet nicht, dass es keinen Wettbewerb mehr gibt. Wohl aber ist denkbar, dass im Falle eines marktbeherrschenden Unternehmens, das einen sehr hohen Marktanteil hat, die Ausschaltung des Wettbewerbs fast erreicht sein kann und das Kartell, an dem ein solches Unternehmen beteiligt ist, deshalb keine Freistellung erhalten kann.

⁴⁹⁷ So auch EuGH, 25 Oktober 1977, *Métro Saba gegen Kommission*, Rechtsache 26-76, Slg.1977, S. 01875.

der Behörde, die zur Rechtfertigung führt. Hierbei handelt es sich um eine zwingende Vorgabe des Gesetzes.⁴⁹⁸ Eine solche Rechtfertigung findet ihre Rechtsgrundlage in einer utilitaristischen Abwägung: Der Gesetzgeber gewährt Sanktionsfreiheit, weil sich der Normadressat an einem für die Gesellschaft sehr gefährlichen Unterfangen beteiligt, aber seine Miturheber und Komplizen der Behörde gegenüber offenlegt und dieser ermöglicht, die Gruppe gegebenenfalls aufzulösen. Wenn sich die Vereinbarung als nicht freistellbar erweist, darf gleichwohl keine Sanktion verhängt werden, sofern das Verhalten nicht praktiziert worden ist.

b. Die verschiedenen Arten der Freistellung von wettbewerbswidrigen Vereinbarungen

Erfüllen wettbewerbswidrige Vereinbarungen die Voraussetzungen des Art. 7 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA, so kann die Kommission eine Freistellungsentscheidung erlassen, mit der das Kartell von der Anwendung des Art. 88 a UEMOAV befreit wird. Die UEMOA-Kommission kann zwei Arten von Ausnahmen nach Art. 7 aussprechen. Im Falle einer spezifischen Vereinbarung kann die Kommission entweder eine Einzelfreistellung oder ein Negativattest (**aa.**) erteilen. Im Falle eines bestimmten Sektors oder einer bestimmten Tätigkeit kann sie eine Gruppenfreistellung (**bb.**) erteilen.

aa. Einzelfreistellung und Negativattest

Die Einzelfreistellungsentscheidung führt zur Unanwendbarkeit des Art. 88 a UEMOAV auf eine Vereinbarung, einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder eine abgestimmte Verhaltensweise. Ferner erklärt sie Art. 88 a und b für nicht anwendbar auf solche Kartelle und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, welche die in Art. 6 Abs. 2 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA genannten Bedingungen erfüllen.⁴⁹⁹ Die Freistellungsentscheidung hebt somit das Element des Verbots einer Vereinbarung, einer Entscheidung einer Unternehmensvereinigung

498 Siehe Pradel, Jean: Droit Pénal General, S. 587.

499 Art. 6 Abs. 2 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA lautet: "*Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du Traité relatives à la concurrence.*"

oder einer zwischen mehreren Unternehmen geschlossenen abgestimmten Verhaltensweise auf. Die Einzelfreistellung beseitigt die Vermutung der Schädlichkeit bei der wettbewerbswidrigen Vereinbarung. Denn obwohl sie feststellt, dass die betroffene Vereinbarung grundsätzlich wettbewerbswidrig ist, befreit sie von der Anwendung des Verbots aus Art. 88 UEMOAV. Damit kommt sie der Anerkennung der Rechtmäßigkeit der Vereinbarung gleich. Sie wird nach Art. 7 der Verordnung Nr. 02 auf Antrag der von der UEMOA-Kommission betroffenen Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen erlassen.

In der Entscheidung über die Erteilung einer Einzelfreistellung wird deren Geltungsdauer festgelegt. Die UEMOA-Gesetzgebung sieht keinen Zeitraum vor, für den die Freistellung gültig ist. Sollte die Kommission keine Gültigkeitsdauer festlegen, entfaltet die Genehmigung ihre Wirkung, bis sich die Wettbewerbsverhältnisse ändern. Für den Fall, dass die Genehmigung eine zeitliche Befristung enthält, verliert sie ihre rechtfertigende Wirkung mit Ablauf dieser Frist. Danach ist die Praktizierung des zunächst genehmigten Verhaltens wieder rechtswidrig. Allerdings kann die Genehmigung gemäß der Verordnung Nr. 03/2002 verlängert werden, wenn die Bedingungen für ihre Gewährung weiterhin erfüllt sind.⁵⁰⁰ Eine solche Freistellungsentscheidung wird mit dem Tag ihrer Mitteilung an die Beteiligten wirksam. Die Kommission kann ihrer Genehmigung auch rückwirkende Wirkung verleihen, wenn sie die Freistellungswirkung *ab initio* erklärt. Für die Einzelfreistellung gilt der Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Damit ist sie auch für alle Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten verbindlich, die sie bei der Prüfung einer ihnen vorgelegten wettbewerbswidrigen Vereinbarung nicht ignorieren dürfen.

Darüber hinaus ist es nach Art. 7 Abs. 3 lit. a der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA möglich, dass die Kommission die Einzelfreistellung an Bedingungen und Verpflichtungen knüpft. Nach dem allgemeinen Schuldrecht ist die Bedingung mit Unsicherheit verbunden und

Cependant, dans l'hypothèse où l'application de ces règles fait échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie, la Commission, conformément à l'article 89 alinéa 3 du Traité de l'UEMOA, peut octroyer des exemptions à l'application de l'article 88 (a) et le cas échéant, de l'article 88 (b) du Traité.

Afin de bénéficier des exemptions prévues au paragraphe précédent, les parties intéressées et/ou les Etats membres auxquels elles sont rattachées doivent notifier la pratique à la Commission dans les conditions arrêtées, par voie de Règlement, par le Conseil des Ministres. “

500 Art. 7.3 c der Verordnung Nr. 03/2002.

schaft Zweifel an der Existenz eines Vertrages.⁵⁰¹ Das Ereignis, das die Bedingung darstellt, muss zukünftig, ungewiss, außerhalb der Kontrolle der Parteien, rechtmäßig und möglich sein. Die Unsicherheit hängt damit zusammen, dass die Parteien nicht wissen, ob das Ereignis eintreten wird. Das Ereignis darf auch nicht gegen Gesetz oder die guten Sitten verstoßen, es muss rechtmäßig sein. Schließlich muss das Ereignis möglich sein. Die Unmöglichkeit des Ereignisses würde die Unsicherheit in Frage stellen, denn die Parteien wüssten von Anfang an, dass es nicht eintreten wird.

Zwei Arten von Bedingungen können die Gültigkeit der Freistellung beeinflussen: aufschiebende und auflösende Bedingungen. Die aufschiebenden Bedingungen machen die Freistellung vom Eintritt einer zukünftigen Handlung oder eines zukünftigen Ereignisses abhängig.⁵⁰² Sie wirken sich daher auf das Bestehen der Freistellung aus. Bis die aufschiebende Bedingung erfüllt ist, wirkt die Freistellung nicht, und die Unternehmen, die von ihr profitieren sollen, dürfen ihre Vereinbarung nicht umsetzen. Aber obwohl ihr Recht noch nicht entstanden ist, besteht es doch im Keim.⁵⁰³ Tritt die aufschiebende Bedingung ein, so gilt das Recht als entstanden, und zwar rückwirkend ab dem Tag, an dem die Freistellung mitgeteilt worden ist. Tritt die Bedingung nicht ein, ist das Recht nie zum Entstehen gelangt und die Genehmigung entfaltet keine rechtlichen Wirkungen.

Handelt es sich um eine auflösende Bedingung, so besteht die Freistellung in ihrer Gesamtheit, sobald sie den Begünstigten mitgeteilt wird. Ihre Rechtswirkungen entfallen jedoch mit dem Eintreten der Bedingung. Die Freistellung muss behandelt werden, als hätte sie nie existiert. Wenn die Freistellungsentscheidung die betroffenen Unternehmen also zu einer bestimmten Verhaltensweise verpflichtet, führt das Fehlen dieser Verhaltensweise zum Entfallen der Freistellung. Sie entfaltet keine rechtfertigende Wirkung.

Die Auferlegung von Verpflichtungen in der Freistellungsentscheidung betrifft nicht die Gültigkeit der Freistellung. Solche Verpflichtungen der Begünstigten zielen darauf ab sicherzustellen, dass die für die Freistellung erforderlichen Bedingungen aufrechterhalten bleiben. Werden diese Verpflichtungen nicht eingehalten, kann die Kommission die Freistellung

501 Siehe *Carbonnier, Jean*: Droit civil, T. 2, S. 2154; *Malaurie, Philippe/Laurent, Aynès/Stoffel-Munck, Philippe*: Droit civil. Les obligations, S. 664; *dies*: Droit des obligations, S. 912.

502 Siehe *Malaurie, Philippe/Laurent, Aynès/Stoffel-Munck, Philippe*: Droit civil. Les obligations, S. 670-683; *dies*: Droit des obligations, S. 912.

503 Siehe *Malaurie, Philippe/Laurent, Aynès/Stoffel-Munck, Philippe*: Droit civil. Les obligations, S. 670-683; *dies*: Droit des obligations, S. 681 ff.

wieder aufheben. Art. 7 Abs. 3 d der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA sieht vor, dass die Kommission ihre Entscheidung widerrufen, ändern oder bestimmte Handlungen verbieten kann, wenn die Beteiligten gegen eine mit der Entscheidung verbundene Verpflichtung oder Bedingung verstoßen. Im Falle eines Widerrufs sind die Unternehmen verpflichtet, die Vereinbarung zu beenden. Andernfalls unterfallen sie dem Wettbewerbsverbot und können sanktioniert werden.

Darüber hinaus kann die Kommission ein Negativattest an Unternehmen erteilen. Es handelt sich um eine Entscheidung, mit der die Kommission von Amts wegen oder auf Antrag der betroffenen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen feststellt, dass es nicht notwendig ist, dass sie auf der Grundlage der ihr vorliegenden Informationen in Bezug auf eine Vereinbarung, Entscheidung oder Verhaltensweise gemäß Art. 88 a oder b des Vertrags tätig wird.⁵⁰⁴ Nach diesen Bestimmungen ist ein Negativattest in zwei Situationen möglich. Entweder stellt die Kommission fest, dass es sich nicht um einen Kartellrechtsverstoß handelt. In diesem Fall hat die der Kommission zur Prüfung vorgelegte Vereinbarung keinen wettbewerbswidrigen Charakter. Andererseits kann ein Negativattest erteilt werden, wenn die Kommission mit Verhaltensweisen konfrontiert ist, die geeignet sind, ein rechtswidriges Kartell zu bilden, bei dem sie es aber für unangemessen hält, dieses zu bestrafen. Damit macht die Kommission von ihrem Ermessen bezüglich des Einschreitens aufgrund des Opportunitätsprinzips Gebrauch, das ihr die Befugnis einräumt, über die Verfolgung eines Unternehmens zu entscheiden, das sich wettbewerbswidrig verhalten hat.

Das Negativattest stellt daher fest, dass die streitige Verhaltensweise nicht zur Anwendung des Art. 88 a des Vertrags führt. Eine solche Verhaltensweise ist dennoch wettbewerbswidrig. Die Entscheidung über die Nichtanwendbarkeit hat vor allem auch insoweit nur einen relativen Wert, als die Entscheidung auf der Grundlage der Angaben getroffen wird, über die die Kommission zum Zeitpunkt der Prüfung der Vereinbarung verfügt. Negativatteste sind somit zeitlich befristete Entscheidungen und erwachsen nicht in Bestandskraft. Die Kommission kann wieder tätig werden, wenn sich der Kontext ändert. Wenn Anhaltspunkte entstehen, die für ein Eingreifen des Kartellverbots oder für ein Einschreiten der Behörde sprechen, hat die Kommission die Möglichkeit, ihr Negativattest zu widerrufen. Trotz dieser Schwächen des Negativattests sind die Mitgliedstaaten

504 Art. 3.1 der Verordnung Nr. 03.

und ihre für die Umsetzung des UEMOA-Wettbewerbsrechts zuständigen Stellen verpflichtet, erteilte Negativatteste anzuerkennen.

Um die Durchführung von Vereinbarungen zu gewährleisten, die mit dem Gemeinsamen Markt der UEMOA vereinbar sind, hat die Kommission schließlich die Möglichkeit, Durchführungsbestimmungen zur Gruppenfreistellung zu erlassen.

Unternehmen, die in den Genuss der Einzel- oder Gruppenfreistellung kommen, können nicht mit Strafen oder Geldbußen sanktioniert werden, da die Rechtswidrigkeit ihrer Handlungen durch die Entscheidung der Kommission entfällt.

bb. Die Gruppenfreistellung

Nach dem UEMOA-Kartellrecht ist die Kommission befugt, Art. 88 a des Vertrags und Art. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA auf Vereinbarungen, Entscheidungen von Unternehmensvereinigungen oder abgestimmten Verhaltensweisen für nicht anwendbar zu erklären.⁵⁰⁵ Art. 6 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA sieht vor, dass diese Befugnis durch den Erlass von Durchführungsbestimmungen zum Zwecke der Gruppenfreistellung ausgeübt wird. Sie fällt in den Zuständigkeitsbereich der Kommission nach Art. 42 UEMOAV, der bestimmt, dass die Kommission Verordnungen zur Durchführung von Rechtsakten des Rates erlässt. Diese Zuständigkeit kann jedoch nur mit Genehmigung des Rates und unter seiner Kontrolle gemäß Art. 26 des Vertrags ausgeübt werden. Denn wenn die Kommission die ihr vom Rat übertragenen Befugnisse zur Durchführung der von Vorschriften ausübt, muss der Begriff der Durchführung in einem weiten Sinne verstanden werden. Wenn die Kommission keine Befugnisse übernehmen kann, die der Rat ihr nicht ausdrücklich übertragen hat, folgt daraus nicht, dass ihr nur einfache Durchführungsbefugnisse übertragen werden können, deren Ausübung den vom Rat festgelegten materiellen Regeln unterliegen würde.⁵⁰⁶ Die Übertragung von Befugnissen an die Kommission ermöglicht auch die Übertragung echter Regulierungsbefugnisse. Daher kann die Kommission Begriffe definieren, die vom Rat in seiner Verordnung genannt werden, Kriterien festlegen oder den Wirtschaftsteilnehmern Verpflichtungen auferlegen. Der Rat überträgt daher der

505 Art. 7 der Verordnung Nr. 2/2002/CM/UEMOA vom 23 Mai 2002.

506 Siehe *Henri, Mayras*: Conclusions nach dem EuGH Urteil vom 30. Oktober 1975, *Rey Soda*, Fall 23/75, Slg. 1975, S. 1311.

Kommission Befugnisse, die einen gewissen Spielraum erfordern, insbesondere bei der Wahl der Mittel, mit denen eine bestimmte Angelegenheit angegangen werden kann.

In diesen Rahmen fallen die in Art. 6 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vorgesehenen Durchführungsverordnungen zum Zwecke der Gruppenfreistellung. Sie müssen aufgrund der der Kommission vom Rat in Art. 7 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA übertragenen Befugnis das Verbot des Art. 88 a UEMOAV für nicht auf die von ihnen erfassten Kategorien anwendbar erklären. Mit anderen Worten: die Gruppenfreistellungsverordnung legt den Grundsatz der Konformitätsvermutung mit den Wettbewerbsregeln von Vereinbarungen fest, welche die dort festgelegten Bedingungen erfüllen. Daher gilt das Verbot für eine bestimmte Art von Kartellen nicht. Es wird davon ausgegangen, dass die der Gruppenfreistellung unterliegenden Vereinbarungen nicht Art. 88 a UEMOAV und Art. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA unterfallen. Deshalb können die an einer solchen Vereinbarung beteiligten Kartellanten keine Genehmigung bei der Kommission beantragen.

Darüber hinaus sind die nationalen Behörden an die getroffene Nicht-anwendbarkeitsentscheidung der Kommission gebunden. Daher können sie deren Anwendungsbereich nicht erweitern. Sie können jedoch die ihnen vorgelegten Vereinbarungen analysieren, um zu überprüfen, ob sie unter eine freigestellte Kategorie fallen. Die Definition einer Kategorie ist jedoch nicht so bestimmt, dass alle unter sie subsumierbaren Vereinbarungen dem Verbot unterliegen bzw. dass eine Vereinbarung, die unter die freigestellte Kategorie fällt, aber nicht alle Voraussetzungen erfüllt, zwangsläufig unter verboten ist.⁵⁰⁷ Art. 6 Abs. 2 bis 8 der Verordnung 03/2002/CM/UEMOA legt die materiellen und formellen Bedingungen fest, denen die Durchführungsverordnungen für die Freistellung unterliegen.

Wenn die Durchführungsverordnung zum Zwecke der Gruppenfreistellung die Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder abgestimmten Verhaltensweisen umschreibt, auf die sie Anwendung findet, sieht Art. 6 Abs. 2 vor, dass auch Spezialisierungsvereinbarungen, Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen und Technologietransfervereinbarungen Gegenstand einer Freistellungsverordnung sein können. Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschließend, da die Kommission in

⁵⁰⁷ Siehe zur entsprechenden Problematik im europäischen Wettbewerbsrecht EuGH vom 13. Juli 1966, Italien gegen Rat und Kommission, Rechtssache 32/65, Slg. 1966, S. 565.

dieser Angelegenheit über einen Ermessensspielraum verfügt. Diese Zuständigkeit ist in Art. 6 Abs. 3 ausdrücklich festgelegt. Die Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA definiert Spezialisierungsvereinbarungen als solche, durch die sich Unternehmen gegenseitig verpflichten, entweder nicht selbst zu produzieren oder bestimmte Produkte nicht herstellen zu lassen und es ihren Auftragnehmern zu überlassen, diese Produkte herzustellen oder bestimmte Produkte nur gemeinsam herzustellen oder herstellen zu lassen. Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die die gemeinsame Forschung und Entwicklung von Produkten oder Verfahren und die gemeinsame Nutzung ihrer Ergebnisse, die gemeinsame Nutzung der in der gemeinsamen Forschung auf der Grundlage einer früheren Vereinbarung erzielten Ergebnisse oder die gemeinsame Forschung und Entwicklung von Produkten oder Verfahren zum Gegenstand haben, mit Ausnahme der Nutzung ihrer Ergebnisse, soweit sie unter das Verbot des Art. 88 a UEMOAV fallen. Als Technologietransfervereinbarungen gelten Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Patentlizenz- oder *Know-how*-Lizenzvereinbarungen, gemischte Patent- und *Know-how*-Vereinbarungen und Vereinbarungen, die Nebenbestimmungen zu anderen Rechten des geistigen Eigentums als Patenten enthalten.

Bei der Festlegung der Vereinbarungen, auf die sie Anwendung findet, muss die Gruppenfreistellungsentscheidung die Beschränkungen und Klauseln festlegen, die nicht in den Vereinbarungen enthalten sein dürfen.⁵⁰⁸ Mit anderen Worten, das Vorhandensein solcher Klauseln kann dazu führen, dass Vereinbarungen, die sie enthalten, von der Freistellung ausgenommen werden. Ebenso kann eine Vereinbarung nicht in den Genuss der Freistellung kommen, wenn sie eine von der Kommission in der Verordnung festzulegende Marktanteilsschwelle überschreitet.

Bei der Annahme einer Durchführungsverordnung für die Freistellung muss die Kommission den Grundsatz der Transparenz und Beteiligung beachten. In diesem Sinne verpflichtet Art. 6 Abs. 7 die Kommission, jeden Verordnungsentwurf zu veröffentlichen und die interessierten Parteien zur Stellungnahme aufzufordern. Um die Informationsquellen zu optimieren und zu diversifizieren, erscheint es angebracht, einen Mechanismus für die Konsultation der repräsentativsten Gewerkschaftsorganisationen in den betroffenen Sektoren einzurichten.⁵⁰⁹ Eine solche Konsultation könnte in Be-

508 Art. 6 Abs. 3 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA.

509 Vgl. *Bakowitz, Michael*: Informationsherreschaft im Kartellrecht, Der Umgang mit Dokumenten im Besitz der Wettbewerbsbehörden, S. 72 ff.

tracht gezogen werden, um nicht nur dem Ziel der Wettbewerbsfähigkeit Vorrang einzuräumen, sondern auch andere Ziele, insbesondere soziale Ziele, in die Analyse der Bedingungen für die Gruppenfreistellung einzubeziehen.

Darüber hinaus muss der Beratende Ausschuss für Wettbewerb von der Kommission vor der Veröffentlichung des Entwurfs und vor der Annahme der Ausführungsordnung zwingend konsultiert werden. Dieses Verfahren soll den Wirtschaftsteilnehmern ermöglichen, eine Verordnung vorzuschlagen, die die vorherige Zustimmung aller Parteien enthält, um so die Entstehung von Streitigkeiten so weit wie möglich zu vermeiden. Das Beratungsverfahren ist daher Teil einer guten Regulierungspolitik, da es die Einbeziehung der Interessengruppen in die Ausarbeitung der Rechtsnorm vorsieht.

II. Einseitige Kartellrechtsverstöße

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung bildet einen einseitigen Verstoß gegen das UEMOA-Kartellrecht. Unternehmen, die eine beherrschende Stellung auf dem betreffenden Markt einnehmen, neigen gelegentlich dazu, unabhängig zu handeln, um ihre wirtschaftliche Lage durch missbräuchliches Verhalten auszunutzen. Solche Geschäftspraktiken können missbräuchlich sein und zum Ausschluss konkurrierender Unternehmen aus dem Markt führen, was das Wettbewerbsrecht nicht toleriert.

Ebenso wie Art. 88 a zielt auch Art. 88 b UEMOAV darauf ab, die Wirksamkeit des Wettbewerbs durch das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zu schützen. Art. 88 b verbietet alle Verhaltensweisen eines Unternehmens, die den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben bedeuten. Der Inhalt dieses Verbots ist in den Bestimmungen der Verordnungen Nr. 02/2002/CM/UEMOA und Nr. 03/2002/CM/UEMOA festgelegt.⁵¹⁰ Während Art. 88.a UEMOAV wettbewerbswidrige Vereinbarungen zwischen Unternehmen verbietet, verbietet Art. 88 b UEMOAV im Wesentlichen einseitiges Verhalten, das auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens abzielt und aufgrund seiner Existenz das reibungslose Funktionieren des Wettbewerbs behindern oder einschränken kann.⁵¹¹ Die Möglichkeiten für Unternehmen, die Funkti-

510 Art. 2 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA.

511 Siehe *Vogel, Louis*: Code de la concurrence, droit européen et français, S. 421 ff.

onsfähigkeit eines wettbewerbsorientierten Marktes zu beeinträchtigen, erschöpfen sich nicht allein in Kartellen. Wenn Unternehmen nicht nur nach einer Gewinnmaximierung streben, sondern ihren Gewinn sichern und sich von den Unsicherheiten eines Marktes, genauer gesagt der Konkurrenz, der sie ausgesetzt sind, befreien wollen,⁵¹² bietet sich dafür die Schaffung einer Finanzgruppe von nationaler, multinationaler oder transnationaler Bedeutung an, die eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt begründet, so dass der Wettbewerb weitgehend ausgeschlossen ist.

Das Halten und Ausüben einer solchen wirtschaftlichen Machtposition wird im UEMOA-Kartellrecht in Art. 88 b UEMOAV geregelt, der den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verbietet, sowie in Art. 4 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA, der dieses Verbot konkretisiert. Art. 88 b UEMOAV ist eine unbestimmte Norm.⁵¹³ Sie basiert auf zwei unbestimmten Rechtsbegriffen, die nicht zum traditionellen Recht gehören, nämlich „marktbeherrschende Stellung“ und „missbräuchliche Ausnutzung“. Die Unbestimmtheit kann sich auf die Rechtssicherheit der wirtschaftlichen Aktivitäten auswirken, insbesondere, wenn sich Unternehmen in einer internen oder externen Expansionsphase befinden.

Wettbewerb und Zusammenschlüsse von Unternehmen sind in der Tat dialektisch miteinander verbunden und tragen zum Funktionieren der Marktwirtschaft bei.⁵¹⁴ Die kapitalistische Konzentration war als entscheidendes Phänomen des Wirtschaftsrechts Quelle aller großen Veränderungen in den Industriegesellschaften.⁵¹⁵ Man hätte daher erwarten können, dass in der UEMOA-Region eine Politik entwickelt wird, welche die Zusammenlegung von Unternehmen fördert, um wettbewerbsfähige Strukturen für den internationalen Wettbewerb zu schaffen. Diese Möglichkeit der Förderung von Konzentrationsbewegungen ist im Zusammenhang mit der Schaffung eines Gemeinsamen Marktes von wesentlicher Bedeutung, weil dadurch die Wettbewerbsfähigkeit der UEMOA gestärkt werden kann.

Das UEMOA-Kartellrecht verbietet nicht das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung, sondern nur die missbräuchliche Ausnutzung dieser Position (1.). Das Verhalten der Betroffenen wird kontrolliert und ist

512 *Mbissane, Ngom*: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, Thèse, Université de NANTES et Université Gaston Berger de Saint-Louis, 2007, S. 140.

513 Vgl. *Focsaneanu, Lazar*: JCP 72, S. 2452.

514 Siehe *Pirovano, Antoinne*: Introduction critique au droit commercial contemporain, RTD com. 1985, S. 234.

515 Siehe *Pirovano, Antoinne*: RTD com. 1985, S. 234.

nur unter Sanktionsandrohung verboten, wenn es missbräuchlich ist. Tatsache ist jedoch, dass diese Verhaltenskontrolle bei der Umsetzung des Verbots in Art. 88 b UEMOAV auf der Kontrolle der Unternehmensstruktur basiert. Es ist erforderlich, dass das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnimmt, um missbräuchliches Verhalten gemäß Art. 88 b zu bestimmen (2.).

1. Die marktbeherrschende Stellung

Das in Art. 88 b UEMOAV und in Art. 4 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA genannte Verbot setzt voraus, dass das Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnimmt (a.). Sie impliziert nicht *per se* eine negative Bewertung der Wirtschaftsmacht, deren Modalitäten unter Berücksichtigung des Rahmens (b.), in dem sie sich auswirkt, festgelegt werden müssen.

a. Feststellung der marktbeherrschenden Stellung in der UEMOA-Region

Die marktbeherrschende Stellung ist ein allgemeiner Begriff, der eine Vielzahl von Situationen umfassen kann. Er spiegelt eine wirtschaftliche Situation wider, in der ein Unternehmen die ihm zur Verfügung stehenden Vorteile nutzen kann, um den Einfluss anderer Marktteilnehmer zu überwinden. Als ein wirtschaftlicher Begriff kann die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens (aa.) auf der Basis einer Vielzahl von wirtschaftlichen Kriterien (bb.) festgestellt werden.

aa. Der Begriff der marktbeherrschenden Stellung

Der UEMOA-Vertrag definiert den Begriff des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nicht. Er verbietet in Art. 88 b den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und benennt in Art. 88 b UEMOAV sehr prägnant alle Verhaltensweisen eines oder mehrerer Unternehmen, die einem Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil davon gleichkommen. In Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA werden Verhaltensweisen, die einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen, als Zusammenschlüsse definiert, die eine marktbeherrschende Stellung be-

gründen oder verstärken, die von einem oder mehreren Unternehmen gehalten wird und durch welche ein wirksamer Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes erheblich beeinträchtigt wird. Der Zusammenschluss kann nach Art. 4 Abs. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/UEMOA als Fusion zwischen zwei oder mehreren zuvor unabhängigen Unternehmen verstanden werden; als ein Vorgang, bei dem eine oder mehrere Personen (die bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren) oder ein oder mehrere Unternehmen mittelbar oder unmittelbar (sei es durch Kapitalbeteiligung, Erwerb von Vermögenswerten, Vertrag oder andere Mittel) die Kontrolle über die Gesamtheit oder einen Teil eines oder mehrerer anderer Unternehmen übernehmen; als die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das alle Funktionen einer unabhängigen Wirtschaftseinheit dauerhaft wahrnimmt. Damit nähert der UEMOA-Gesetzgeber das Konzept der marktbeherrschenden Stellung dem der Fusion an. Dieser Ansatz könnte insofern gerechtfertigt sein, als der Zusammenschluss einen systemischen Aspekt aufweist, der für die Marktstruktur gefährlich ist.⁵¹⁶

In der Tat sind neue Ressourcenkombinationen und Zusammenschlüsse ein Phänomen der Adaption der Marktkräfte, die eine höhere Effizienz erreichen wollen. Daher gibt es keine Rechtsvorschriften, die Unternehmenszusammenschlüsse als solche verbieten, obwohl sie den Wettbewerb zwischen den fusionierenden Unternehmen verhindern können. Verboten sind nur Fusionen, die zu einer marktbeherrschenden Stellung führen oder eine starre oligopolistische Situation verschärfen. Unabhängig vom Grad der Marktkonzentration, die aufgrund wirtschaftlichen Denkens oder des betreffenden Rechts als wettbewerbsgefährdend erachtet wird, sollten Zusammenschlüsse nur in Ausnahmefällen verboten werden, wenn sie zu einer gefährlich konzentrierten Marktstruktur führen.⁵¹⁷ Als Teil dieser Lehre verbietet das UEMOA-Kartellrecht nicht die marktbeherrschende Stellung als solche, sondern nur ihren Missbrauch.

Im Gegensatz zu den Verträgen von Rom, in denen der Begriff der marktbeherrschenden Stellung nicht definiert wurde, sahen sich die Europäische Kommission und der Europäische Gerichtshof dazu veranlasst, ihn zu definieren. Nach der Rechtsprechung des EuGHs und der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission liegt eine marktbeherrschende Stellung dann vor, wenn ein Unternehmen nicht mehr einem effektiven

516 Siehe *Marenco, Giuliano*: in *Mélanges en Hommages á Michel Waelbroeck*, Vol. II, S. 1231-1236.

517 Siehe *Marenco, Giuliano*: in *Mélanges en Hommages á Michel Waelbroeck*, Vol. II, S. 1231-1236.

Wettbewerb ausgesetzt ist, d.h. weitgehend ohne große Rücksichten auf Wettbewerber, Abnehmer oder Lieferanten handeln kann. Entsprechend wurde in der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA diese Definition unverändert übernommen⁵¹⁸ und als marktbeherrschende Stellung auf die Situation abgestellt, in der ein Unternehmen auf dem betreffenden Markt dazu in der Lage ist, wirksamen Wettbewerb zu vermeiden, sich von den Beschränkungen des Marktes zu befreien und eine führende Rolle zu übernehmen.

In kontextueller Sicht stellt sich die Frage, ob diese Übernahme aus dem EU-Recht den Gegebenheiten des Gebiets der UEMOA entspricht. Historisch gesehen zielte das Aufkommen des Wettbewerbsrechts in Europa auf das Wachsen europäischer Unternehmen ab, indem sie sich an die Dimensionen des Gemeinsamen Marktes anpassen und Größenvorteile erzielen konnten, um mit US-amerikanischen Unternehmen konkurrieren zu können. Daher wurde es als angebracht angesehen, Fusionen zu fördern. Die Gegebenheiten in der UEMOA-Region, für die der Gesetzgeber das gleiche Ziel verfolgte, sind aber ganz anders gelagert.

In der UEMOA-Region gibt es nicht nur praktisch keine regionalen Wirtschaftsinfrastrukturen, sondern auch eine Vielzahl von kleinen und mittleren Unternehmen, die mit ausländischen multinationalen Unternehmen konkurrieren müssen. Dies wirft das Problem der Angemessenheit der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln im Rahmen der UEMOA-Mitgliedstaaten auf, ein Problem, das insbesondere durch wirtschaftliche Unterentwicklung, die Schwäche des lokalen privaten modernen Unternehmertums, das Wachstum des informellen Sektors und den Analphabetismus vieler Fachleute gekennzeichnet ist.⁵¹⁹ Es gibt keine Unternehmen im Gemeinsamen Markt, die in der Lage sind, Größenvorteile zu erzielen, um dem Wettbewerb ausländischer multinationaler Unternehmen standzuhalten.⁵²⁰ Durch die Angleichung an die europäischen Regeln begünstigt die UEMOA-Gesetzgebung also nicht das Entstehen eigener großer Unternehmen in der Union, sondern multinationale Konzerne, da die Gesetzge-

518 Siehe *Etienne, Cerexhe/Louis, Le Hardy De Beaulieu*: Introduction à l'union économique ouest africaine, S. 157.

519 Siehe *Laurence Boy*, *Revue internationale de droit économique* 2011, S. 263-280; UNCTAD (2010), *Three decades of UNCTAD work on competition and consumer protection policy*, FMI (2011), *Perspectives économiques régionales: Afrique subsaharienne*.

520 Siehe *Tchapga, Flavien*: *Revue des droits de la concurrence, Competition Law Journal*, 2013, S. 237-248; Secrétariat de l'OCDE: *Revue de l'OCDE* 2007, S. 15.

bung im Widerspruch zu den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten in dem Gebiet steht, für das sie Regeln vorgibt.

Die Bestimmungen des Art. 88 b ermöglichen den nicht ansässigen multinationalen Unternehmen, den Wettbewerb mit kleinen und mittleren Unternehmen der Union, die nicht über die gleichen Ressourcen verfügen, zu verhindern, einzuschränken oder zu verzerren. Unter diesem Gesichtspunkt scheint *Laurence Boy* Recht zu haben, wenn sie erklärt, dass sich das Wettbewerbsrecht – die Kontrolle von Kartellen und des Missbrauch marktbeherrschender Stellungen – nicht nur als Instrument zur Bekämpfung von Ineffizienzen, sondern auch als Hindernis für die Entwicklung kleiner und mittlerer nationaler Unternehmen erwiesen hat, insbesondere in Afrika, wo die Schattenwirtschaft stark entwickelt ist.⁵²¹ Auch wenn die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der UEMOA diesen wirtschaftlichen Kontext nicht berücksichtigen, heben sie doch hervor, dass das betreffende Unternehmen, um eine marktbeherrschende Stellung missbrauchen zu können, zunächst eine solche Stellung einnehmen und anschließend missbrauchen muss. Es ist daher von besonderer Bedeutung, die Kriterien einer marktbeherrschenden Stellung zu analysieren.

bb. Kriterien zur Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung

Ein Unternehmen, das auf dem UEMOA-Markt eine beherrschende Stellung innehat, kann bei missbräuchlicher Nutzung dieser Position strafrechtlich verfolgt werden. Für die Europäische Union ist der EuGH der Auffassung, dass das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung im Allgemeinen das Ergebnis einer Kombination mehrerer Faktoren ist, die für sich genommen nicht unbedingt für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung entscheidend sind.⁵²² Dennoch berücksichtigt er die Marktanteile als erstes Element bei der Prüfung des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung. Diese Position des europäischen Gerichts wird auch im UEMOA-Wettbewerbsrecht herangezogen, um die Entstehung eines marktbeherrschenden Unternehmens zu bestimmen. In Anmerkung Nr. 3 des Anhangs 1 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA heißt es diesbezüglich, dass der Marktanteil das wichtigste Kriterium zur Bestimmung einer marktbeherrschenden Stellung der Marktanteil des Unterneh-

521 Siehe *Boy, Laurence*, *Revue internationale de droit économique* 2011, S. 263.

522 Siehe EuGH, vom 14. Februar, 1978, Chiquita-Bananen, Sache 27/76, Slg. 1978, S. 207.

mens ist. Diese Dominanz wird jedoch dadurch relativiert, dass weitere Kriterien berücksichtigt werden müssen. Allein die Tatsache, dass das Unternehmen über einen erheblichen Marktanteil verfügt, ist nämlich eine unzureichende Voraussetzung für die Begründung der Beherrschung auf dem betreffenden Markt.

Was die Marktanteilsbestimmung betrifft, so ist festzuhalten, dass es sich bei der Marktdominanz um keine quantitative, sondern um eine qualitative Situation handelt. Der Marktanteil ist daher nicht ausreichend, um eine solche Stellung zu bestimmen. Der Besitz eines bedeutenden Marktanteils als Nachweis für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung ist daher keine feststehende Tatsache.⁵²³ Sein Einfluss sollte jedoch nicht vernachlässigt werden, und es ist unbestreitbar, dass der Besitz eines beträchtlichen Anteils am betreffenden Markt sehr oft die Unabhängigkeit des für die Marktbeherrschung typischen Verhaltens begründet.⁵²⁴ Dieser Marktanteil kann ausschlaggebend dafür sein, dass es keine echte Möglichkeit für Kunden und Verbraucher gibt, ein Ersatzunternehmen zu finden. Deshalb sind sie verpflichtet, gerade mit dem marktbeherrschenden Unternehmen Geschäfte abzuschließen; der Besitz eines extrem hohen Marktanteils versetzt das Unternehmen, insbesondere wenn es den Marktanteil für einen bestimmten Zeitraum hält, aufgrund seiner Produktions- und Angebotsfülle in eine Machtposition, die es zu einem obligatorischen Partner macht und zumindest für relativ lange Zeiträume bereits die für eine marktbeherrschende Stellung charakteristische Unabhängigkeit des Verhaltens gewährleistet, ohne dass die Inhaber wesentlich kleinerer Marktanteile in der Lage wären, die Nachfrage rasch zu befriedigen.⁵²⁵

Der Marktanteil bestimmt das Produktions- und Liefervolumen, das ein Unternehmen oder eine Unternehmensgruppe auf dem Markt halten und anbieten kann. Diese Volumina werden nicht auf der Grundlage der Produktionskapazität oder der gesamten tatsächlichen Produktion ermittelt, sondern auf der Grundlage der Umsätze des betreffenden Unternehmens im Vergleich zu denen seiner Mitbewerber. Diese Berechnung kann nach Verkaufsmenge oder Verkaufswert erfolgen. Das UEMOA-Kartellrecht legt

523 Siehe EuGH, 13. Februar 1979 Hoffmann-La Roche und CO. AG, Slg. 1979, S. 00461.

524 Siehe *Vogel, Louis*: Code de la concurrence, droit européen et français, 2e édition 2018/2019, Lawlex/ bruyant, Paris, S. 66-70; *Idot, Laurence* (Hrsg.), Grands arrêts du droit de la concurrence, Vol. I Pratiques anticoncurrentielles, Concurrences, S. 204 ff; *Gavalda et Parléani*, Droit des affaires de l'Union européenne, S. 558.

525 Siehe EuGH, Urteil des Gerichtshofes vom 13. Februar 1979 Hoffmann-La Roche und CO. AG, Slg. 1979, S. 00461.

nicht fest, welche Mitbewerber bei der Berechnung von Marktanteilen zu berücksichtigen sind. Unter Berücksichtigung der europäischen Erfahrungen kann jedoch davon ausgegangen werden, dass es sich dabei nicht nur um Unternehmen handelt, die im UEMOA-Binnenmarkt niedergelassen sind, sondern auch um Unternehmen, die in diesen Markt exportieren, auch wenn sie außerhalb des Unionsgebiets ansässig sind. Der Gesetzestext verweist nämlich eindeutig auf eine beherrschende Stellung im Gemeinsamen Markt.

Auch wenn das Gemeinschaftsrecht dies nicht ausdrücklich vorsieht, ist es wichtig, dass der berücksichtigte Marktanteil dauerhaft ist. Nur so ist es möglich, der Stellung des Unternehmens auf dem relevanten Markt Rechnung zu tragen und auch die wechselseitigen Einflussmöglichkeiten des Unternehmens zu berücksichtigen. Wie bereits erwähnt, ist die Marktbereichsherrschaft ein Prozess, bei dem jedes Element erst längerfristig zum Tragen kommt und seine Auswirkungen zeigt. Es ist daher nicht möglich, die Marktbereichsherrschaft nur zu einem bestimmten Zeitpunkt beurteilen zu wollen.⁵²⁶ Tatsächlich ist die Berücksichtigung des zeitlichen Elements entscheidend für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung.⁵²⁷

Auch das UEMOA-Kartellrecht enthält keinen konkreten Hinweis auf die Größe des Marktanteils, der für eine marktbeherrschende Stellung entscheidend sein könnte. Ungeachtet dieses Fehlens gibt es aber einige Faktoren, die zu berücksichtigen sind: Im europäischen Recht sind die Wettbewerbsbehörden der Ansicht, dass ein Marktanteil von mehr als 80 % ausreicht, um eine Marktbereichsherrschaft zu erlangen. Dies war insbesondere im Fall *Hofmann - La Roche* der Fall. In einer jüngeren Entscheidung stellte das Gericht fest, dass bereits ein Marktanteil von mehr als 50 % ausreicht, um marktbeherrschende Stellung zu begründen.⁵²⁸ Es ist jedoch zu beachten, dass es statistische Schwierigkeiten bei der Korrelation von Marktanteil und Marktbereichsherrschaft gibt. Ein großer Teil der Lehre hält es für schwierig, wenn nicht gar unmöglich, den kritischen Anteil zu benennen, ab dem ein Unternehmen einen hohen Handlungsfreiraum auf dem Markt innehat.⁵²⁹

526 Siehe *Glais, Michel/ Laurent, Philippe: Traité d'économie et de droit de la concurrence*, S. 292.

527 Siehe *Glais, Michel/ Laurent, Philippe: Traité d'économie et de droit de la concurrence*, S. 292.

528 Siehe EUG, 30. September 2003, *Atlantic Container Line u.a. / Kommission*, Rechtssache T-191/98, T-212/98 bis T-214/98, Slg. 2003, S. II-3275.

529 Siehe *Glais, Michel/ Laurent, Philippe: Traité d'économie et de droit de la concurrence*, S. 296.

Darüber hinaus ist der Marktanteil nur dann entscheidend, wenn er dem Unternehmen eine übermäßige Rentabilität ermöglicht. Mit anderen Worten: Der Marktanteil offenbart eine beherrschende Stellung nur dann, wenn hohe Gewinnsätze und außerordentliche Gewinne erzielt werden können, weil der Preis über den Grenzkosten und damit über dem Preis in einer vollständigen Wettbewerbssituation festgesetzt werden kann. Setzt das Unternehmen trotz seiner enormen Marktanteile keinen deutlich über dem Wettbewerbspreis liegenden Preis fest oder ermöglicht ein solcher Preis nicht, die Marktanteile im Hinblick auf die Kreuzpreiselastizität der Produkte zu halten, kann daraus geschlossen werden, dass das Unternehmen keine marktbeherrschende Stellung besitzt.⁵³⁰

Diese Defizite im UEMOA-Kartellrecht kombiniert mit der Relativität der Marktanteile zur Bestimmung der Marktbeherrschung bergen die Gefahr hoher Rechtsunsicherheit. Hinzu kommt, dass die Quantifizierung der Marktanteile wirtschaftliche und mathematische Berechnungen erfordert. Daher kann die rechtliche Entscheidung über die Verantwortlichkeit eines Unternehmens in einer marktbeherrschenden Stellung nicht losgelöst von wirtschaftlichen Bewertungen getroffen werden.

Schließlich sind zur Bestimmung des Kriteriums des Marktanteils weitere Indizien einzubeziehen. Dies hat zur Folge, dass sich die Wettbewerbsbehörden zunehmend mit immer geringeren Marktanteilen zufrieden geben, wenn zusätzliche Indikatoren für eine marktbeherrschende Stellung vorliegen.⁵³¹ Neben dem Marktanteil spielt insbesondere der technologische Vorsprung eines Unternehmens gegenüber seinen Mitbewerbern eine Rolle sowie das Vorhandensein eines hoch entwickelten Handelsnetzes und das Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs. Anhand des technologischen Vorsprungs kann die Wettbewerbsfähigkeit des betreffenden Unternehmens beurteilt werden, das zweite und dritte Kriterium lässt auf technische und kommerzielle Vorteile schließen, und das Fehlen potenziellen Wettbewerbs ist auf Hindernisse für den Markteintritt neuer Mitbewerber zurückzuführen. Zu diesen Kriterien fügt das UEMOA-Recht die Finanzkraft des Unternehmens oder der Gruppe, zu der es gehört, hinzu. Diese Liste an Kriterien wirft jedoch insofern Schwierigkeiten auf, als einige Indikatoren auf eine marktbeherrschende Stellung schließen lassen und andere Faktoren Erklärungsansätze für die Marktbeherrschung beinhalten.

530 Siehe *Glais, Michel/ Laurent, Philippe*: *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, S. 298-300.

531 Siehe *von Laufenberg, Christoph*: Kartellrechtliche Konzernhaftung, *Schriften zum Wirtschaftsrecht*, S. 274; *Vogel, Louis*: JCP 1994, S. 3737.

So ist das Bestehen von Marktzutrittsschranken sowohl ein Hinweis als auch eine Manifestation der Marktbeherrschung. Liegen Marktzutrittsschranken in der Form rechtlicher oder regulatorischer Schranken vor, so handelt es sich um Indikatoren für eine marktbeherrschende Stellung. Wenn jedoch spezifische Hindernisse für das Funktionieren des Marktes bestehen, muss zwischen technologischen und wirtschaftlichen Hindernissen unterschieden werden. Im ersteren Fall handelt es sich um Indikatoren für die Marktbeherrschung. Im zweiten Fall kommt zum Tragen, dass sich wirtschaftliche Barrieren aus hohen Produktionskosten, in Preisvorteilen gegenüber potenziellen Mitbewerbern beim Einkauf von Waren und Dienstleistungen oder aus preiswerten Produktionstechniken ergeben können. Durch solche Umstände kann der Wettbewerb eingeschränkt und ist marktbeherrschende Stellung manifestiert werden. In Wirklichkeit dürfte es aber um den Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung als um Hinweise auf das Vorhandensein einer solchen Stellung handeln.

Weiterhin gilt die vertikale Integration als Hinweis auf eine marktbeherrschende Stellung. Man kann jedoch in Frage stellen, ob die vertikale Integration oder das Vorhandensein eines höchst entwickelten Handelsnetzes an sich die Macht eines Unternehmens erhöht. Gleiches gilt für die Finanzkraft des Unternehmens oder des Konzerns, dem es angehört. Die Finanzkraft ermöglicht es dem betreffenden Unternehmen, Bedingungen durchzusetzen, die kleinere Mitbewerber nicht aushandeln können. Eine hohe Finanzkraft des Unternehmens trägt auch dazu bei, einen Preiskampf zu unterstützen, wenn dies zur Ausschaltung von Wettbewerbern erforderlich ist.

Die Marktbeherrschung muss in Bezug auf einen bestimmten Markt beurteilt werden. Der Markt ist daher ein zentraler Begriff des Wettbewerbsrechts. Er bildet den Rahmen, in dem die Wettbewerbsregeln gelten.⁵³²

b. Identifizierung des Rahmens der marktbeherrschenden Stellung

Als allgegenwärtiges wirtschaftliches Konzept im Wettbewerbsrecht ist der Markt definiert als ein theoretischer Ort, an dem ein Angebot an substituierbaren Produkten oder Dienstleistungen und eine entsprechende Nach-

532 Siehe *Frison-Roche, Marie-Anne/ Payet, Marie-Stéphane*: Droit de la concurrence, S. 89.

frage aufeinander treffen.⁵³³ Diese Definition ist weit gefasst, weist aber den Vorteil auf, dass sie zeigt, dass ein Produkt Gegenstand getrennter Märkte sein kann. Um eine marktbeherrschende Stellung zu prüfen, ist es daher notwendig, den für die beherrschende Stellung relevanten Markt zu bestimmen. Zu diesem Zweck können verschiedene Kriterien verwendet werden (**aa.**). Außerdem muss bestimmt werden, wer Inhaber der marktbeherrschenden Stellung unter Berücksichtigung der Bedingungen des UEMOA-Kartellrechts ist (**bb.**).

aa. Kriterien zur Bestimmung des relevanten Marktes

Die Verantwortlichkeit des Unternehmens, das seine marktbeherrschende Stellung missbraucht, hängt zunächst davon ab, nach welchen Kriterien der relevante Markt bestimmt wird. Der CJUEMOA schlägt diesbezüglich vor, dass das Gemeinschaftsrecht der UEMOA als zentrales Recht alle Vereinbarungen, Vereinigungen, aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen oder Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung, die die Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Gemeinschaftsgebiet bezwecken oder bewirken, in seinen Anwendungsbereich einbeziehen müsse. Der Vertrag von Dakar sieht somit einen einheitlichen Markt der Union vor, in dem die verschiedenen nationalen Märkte als Binnenmarkt zusammengeführt werden, der jede Stratifikation der nationalen und gemeinschaftlichen Märkte ignoriere; kurz gesagt, gebe es einen Prozess der Aufnahme der nationalen Wettbewerbsrechte durch das Gemeinschaftsrecht, das an deren Stelle trete und diese substituieren.⁵³⁴

Dies soll auch für die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung bedeutsam sein, weil das Unternehmen die Möglichkeit haben müsse, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs zu behindern und sich in nennenswertem Umfang unabhängig von seinen Mitbewerbern, Kunden und Verbrauchern⁵³⁵ zu verhalten. Das UEMOA-Kartellrecht selbst definiert den Begriff des relevanten Marktes nicht. Auslegungsnotiz Nr. 4 des Anhangs I der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA können jedoch An-

533 Siehe *Laufenberg (von), Christoph*: Kartellrechtliche Konzernhaftung, Schriften zum Wirtschaftsrecht, S. 274 ff. ; *Vogel, Louis*: Code de la concurrence, droit européen et français, S. 421; Conseil Français de la Concurrence, Rapport public 1991, S. 48.

534 CJUEMOA, Stellungnahme vom 27 Juni 2000.

535 Siehe EuGH, 9. November 1983, Michelin, Rechtssache 322/81, Slg. 1983, S. 3461.

haltspunkte für die Kriterien, nach denen dieser Markt zu bestimmen ist, entnommen werden. Dort wird zwischen einem Produkt- und/oder Dienstleistungsmarkt und einem geografischen Markt unterschieden.

Bei der Festlegung der Faktoren, die für die Bestimmung des betreffenden Produktmarktes zu berücksichtigen sind, ist zunächst davon auszugehen, dass das UEMOA-Kartellrecht auf dem wirtschaftlichen Konzept der Substituierbarkeit zur Identifizierung von Produkten, die einen Markt darstellen können, basiert. Für die Bestimmung der beherrschenden Stellung eines Unternehmens sei zunächst die Abgrenzung des relevanten Marktes von grundlegender Bedeutung. Denn die Wettbewerbsmöglichkeiten müssen im Rahmen eines Marktes bewertet werden, der alle Produkte umfasst, die wegen ihrer Eigenschaften besonders geeignet sind, den ständigen Bedarf zu decken, und die durch andere Produkte austauschbar sind.⁵³⁶

Auslegungsnotiz Nr. 4 der Verordnung 03/2002/CM/UEMOA enthält diese Elemente. Sie sieht vor, dass der Produktmarkt alle Produkte und/oder Dienstleistungen umfasst, die der Verbraucher aufgrund ihrer Merkmale, Preise und ihres Verwendungszwecks für austauschbar oder substituierbar hält. Auf diese Weise wird eine wirtschaftliche Segmentierung des Marktes vorgenommen, um einen Markt zu isolieren, dessen spezifische Merkmale sich von denen der benachbarten Märkte unterscheiden. In diesem Prozess der Produktmarktdifferenzierung ist die Austauschbarkeit von zentraler Bedeutung. Die Abgrenzung des Marktes bedeutet nämlich, für die betreffenden Produkte die Unternehmen zu identifizieren, die miteinander im Wettbewerb stehen, d.h. die in einem bestimmten Bereich Produkte anbieten können, die dem Verbraucher ein gewisses Maß an Austauschbarkeit bieten.⁵³⁷

Die Austauschbarkeit muss zunächst aus der Sicht der Nachfrage bestimmt werden. Unter diesem Gesichtspunkt müssen die durch die Auslegungsnotiz identifizierten objektiven Elemente um ein subjektives Element ergänzt werden: die Präferenzen der Nutzer. Dieses Element ermöglicht es zu berücksichtigen, dass manche technisch und wirtschaftlich substituierbare Produkte aus subjektiven Gründen nicht gleichwertig sind. So kann der Grad der physischen Ähnlichkeit der Waren und/oder Dienstleistungen irrelevant sein, weil Produkte, die sich in ihren Eigenschaften unterscheiden, gleichwohl für den gleichen Zweck geeignet sein können.

536 Siehe EuGH, 11. Dezember 1980, L'Oréal, Rechtssache 31/80, Slg. 1980, S. 3775.

537 Siehe *Zachmann, Jacques*: Le contrôle communautaire des concentrations, LGDJ, 1994, S. 213.

Dies gilt insbesondere für Lebensmittel wie Reis und Hirse, die in der UEMOA-Region ein Grundnahrungsmittel darstellen. Diese beiden Getreidesorten, die sich zwar in ihren Eigenschaften unterscheiden, können trotzdem den gleichen Markt bilden, solange die Verwendung, für die sie bestimmt sind, der Verbrauch durch die Konsumenten ist. Darüber hinaus kann der Nutzer davon ausgehen, dass Produkte mit physischen Ähnlichkeiten zu verschiedenen Märkten gehören. Dies ist zum Beispiel beim Reis im Benin der Fall, denn dort wird je nach Produktionsland oder zu welchem Gericht zwischen verschiedenen Reissorten unterschieden.⁵³⁸

Diese Relativität der Austauschbarkeit rechtfertigt die ergänzende Verwendung des Kriteriums der Kreuzpreiselastizität der Nachfrage. Die Anwendung nach dem UEMOA-Recht spiegelt sich in dem Vorschlag wider, die Kosten für den Wechsel von einem Produkt zum anderen im Falle zweier potenziell konkurrierender Produkte als entscheidenden Faktor bei der Identifizierung eines Produktmarktes zu betrachten. Die Anwendung dieses Kriteriums besteht in der Analyse der Auswirkungen auf die Preisschwankungen eines Produkts, durch die Nachfrage nach einem anderen Produkt verursacht wird. Wenn ein Anstieg des Preises für ein Produkt die Nachfrage nach einem anderen Produkt erheblich erhöht und mit einem Rückgang der eigenen Nachfrage einhergeht, kann man davon ausgehen, dass die Produkte austauschbar sind und somit *einen* Markt darstellen. Zur Veranschaulichung dieses Kriteriums kann auf das Beispiel der beiden Grundnahrungsmittel der Bevölkerung der UEMOA-Region, Reis und Hirse, verwiesen werden: Das Kriterium der Kreuzpreiselastizität der Nachfrage nach diesen Produkten ermöglicht es, die Sensitivität der jeweiligen Nachfrage und den Anstieg des Preises für das jeweils andere Nahrungsmittel zu messen. Bei einem Rückgang der Nachfrage nach Reis und einer gleichzeitigen Zunahme der Nachfrage nach Hirse kann davon ausgegangen werden, dass diese Produkte für die Nutzer austauschbar sind und somit den gleichen Markt bilden. Diese Einschätzung liegt jedoch im Ermessen der für die Ermittlung des Marktes zuständigen Behörde, da das Kriterium der Kreuzpreiselastizität weder angibt, wie groß die Preis-

538 So wird zwischen Thai-Reis, pakistanischem Reis, Manlanville-Reis, Berg Reis, aromatisiertem Reis, Lang-Reis, aromatisiertem Lang-Reis usw. unterschieden und es gibt entsprechend viele Märkte. Durch eine Kombination dieser Kriterien ist es möglich, die Reis-Teilmärkte im Benin nahezu beliebig zu vervielfachen.

schwankungen und die korrelative Nachfragesteigerung sein müssen, noch wie lang die Minstdauer, über die sie auftreten, sein sollte.⁵³⁹

Darüber hinaus ist es möglich, die Austauschbarkeit von der Angebotsseite her zu analysieren. Dies ist der Fall, wenn Produkte ähnliche Produktionsbedingungen aufweisen. So konnte im Urteil *Continental Can* des EuGHs festgestellt werden, dass die betreffenden Produkte, um als eigenständiger Markt betrachtet zu werden, nicht nur durch die bloße Tatsache, dass sie zur Verpackung bestimmter Produkte verwendet werden, sondern auch durch besondere Produktionsmerkmale, die sie speziell für diesen Zweck geeignet machten, unterschieden werden mussten.⁵⁴⁰ Damit wird die Entscheidung, mit der die Kommission den Verpackungsmarkt zunächst in drei verschiedene Sektoren aufgeteilt hatte, teilweise aufgehoben.

Im Rahmen der UEMOA und angesichts der im Wettbewerbsrecht übernommenen funktionalen Definition des Unternehmens, muss das im informellen Sektor geltende Angebot bei der Ermittlung des relevanten Marktes ebenfalls berücksichtigt werden. Da der Markt der theoretische Ort ist, an dem sich Angebot und Nachfrage treffen, ist der informelle Sektor zweifellos Teil eines solchen Angebots.

Aus rechtlicher Sicht gibt es keine Definition des Begriffs der Austauschbarkeit. Im Wirtschaftsrecht, insbesondere im Wettbewerbsrecht, wird gleichwohl häufig auf diesen Begriff Bezug genommen. Als echter Standard ist er aufgrund seiner Relativität rechtlich als heikel zu behandeln. Diese Relativität hat den Effekt, dass sich Teilmärkte vervielfachen, sobald die Kriterien für die Austauschbarkeit variieren können.⁵⁴¹ Ebenso ist es schwierig zu bestimmen, wann die Kreuzpreiselastizitätsrate darauf hinweist, dass zwei Produkte substituierbar sind. Dies schafft eine gewisse Rechtsunsicherheit, da die Bestimmung des relevanten Marktes im Lichte dieses wirtschaftlichen Kriteriums von den Faktoren abhängt, die das Gericht zur Beurteilung der Austauschbarkeit verwendet.

Die Schwierigkeit, den Begriff der Austauschbarkeit aus rechtlicher Sicht zu definieren, zeigt trotz seiner Bedeutung für die Analyse wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, wie schwierig es ist, das Wettbewerbsrecht aus dem Zugriff der Wirtschaft und der Wirtschaftskonzepte heraus-

539 Siehe Megret, Jacques: *Revue internationale de droit comparé* 1967, S. 260.

540 Siehe, EuGH, 21. Februar 1973, *Europemballage und Continental Can*, Rechtssache. 6/72, Slg. 1973, S. 00215.

541 Frison-Roche, Marie-Anne/ Payet, Marie-Stéphane: *Droit de la concurrence*, S. 98; Bidaud, Laila: *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, S. 252.

zuholen und in das Recht zu integrieren. Tatsächlich kann die rechtliche Definition und die Bestimmung des betreffenden Marktes auf eine wirtschaftliche Berechnung reduziert werden, die auf einer rechnerischen Gleichheit der verschiedenen Produkte beruht, so dass sie auf einen gemeinsamen Nenner reduziert werden können; dies ist jedoch nur zu Lasten einer theoretischen Bewertung, die auf objektiven Differenzierungselementen beruht, möglich.

Zweitens ist es notwendig, neben der wirtschaftlichen Segmentierung eine geografische hinzuzufügen, die es ermöglicht, den Standort der marktbeherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben zu bestimmen. Sie ermöglicht es, das geografische Gebiet zu bestimmen, in dem die Marktbeherrschung ausgeübt wird. Gemäß der Auslegungsnotiz Nr. 4 ist der geografische Markt das Gebiet, in dem die betreffenden Unternehmen zur Lieferung von Produkten und Dienstleistungen beitragen. Im Allgemeinen scheint der geografische Markt dem Gebiet der Union zu entsprechen. Der Standort des geografischen Marktes lässt sich jedoch nicht so einfach bestimmen.

Nach dem UEMOA-Recht muss nämlich ein erheblicher Teil des Binnenmarkts betroffen sein, damit die strafrechtliche Haftung des marktbeherrschenden Unternehmens angenommen werden kann. Es ist jedoch nicht einfach festzustellen, was einen wesentlichen Teil dieses geografischen Marktes ausmacht. Die Auslegungsnotiz zeigt, dass dieser Teil aus einem Gebiet besteht, das über ausreichend homogene Wettbewerbsbedingungen verfügt und sich von benachbarten Gebieten dadurch unterscheiden muss, dass die Wettbewerbsbedingungen dort deutlich unterschiedlich sind. Die Homogenität dieser Wettbewerbsbedingungen wird auf der Grundlage der Art und der Merkmale der betreffenden Waren und Dienstleistungen, des Bestehens von Marktzutrittsschranken, der Verbraucherpräferenzen, spürbarer Marktanteilunterschiede oder erheblicher Preisunterschiede und Transportkosten festgestellt.

Unter Berücksichtigung dieser Aspekte kann das geografische Gebiet eines Mitgliedstaats als wesentlicher Bestandteil des Gemeinsamen Marktes angesehen werden. Aber kann man daraus schließen, dass es geografische Märkte in Teilen eines Staates gibt? Mit anderen Worten: Kann ein vollständig lokalisierter Raum, der nicht das gesamte Staatsgebiet abdeckt, einen wesentlichen Teil ausmachen? Um festzustellen, ob ein bestimmtes Gebiet von ausreichender Bedeutung ist, um einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes zu bilden, sind insbesondere die Struktur und der Umfang der Produktion und des Verbrauchs dieses Produkts sowie die Gewohnheiten und wirtschaftlichen Möglichkeiten von Verkäufern und Käu-

fern zu berücksichtigen.⁵⁴² Es scheint, dass der Verweis auf einen wesentlichen Teil des Marktes darauf abzielt, rein lokale Monopole vom Anwendungsbereich des Verbots auszunehmen. Die Situation wäre jedoch eine andere, wenn die betreffenden Mengen einen wesentlichen Teil des Gesamtvolumens der Waren oder Dienstleistungen im Gemeinsamen Markt ausmachen, der als geografisches Gebiet ausgemacht wurde.

Während das europäische Recht die Voraussetzung statuiert, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt sein muss, ist die Situation im UEMOA-Kartellrecht eine andere. Das Fehlen von Rechtsvorschriften, die ultra-lokale wettbewerbswidrige Verhaltensweisen verbieten, erweitert alle Einschränkungen in diesem Zusammenhang. Das Fortbestehen der nationalen Rechtsvorschriften ermöglicht es sogar, als Straftaten Verhaltensweisen zu ahnden, die zwar keine gemeinschaftliche Dimension haben, wohl aber in einem begrenzten geographischen Bereich hinreichend wettbewerbsschädlich sind. Daher ist es entscheidend, dass das geografische Gebiet eines Marktes genau identifiziert werden kann, um zu verhindern, dass der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, der auf Gemeinschaftsebene keine großen Auswirkungen zeigt, aber auf lokaler Ebene gefährlich und schädlich ist, den Verboten des Wettbewerbsrechts entzogen wird. Obwohl es sich um ein Gebiet handelt, muss der Markt also in seiner wirtschaftlichen Bedeutung und nicht in Bezug auf seinen geografischen Umfang verstanden werden.

Daher ist die Bestimmung des Marktes sehr schwierig, sowohl auf sachlicher als auch auf geografischer Ebene. Diese Schwierigkeiten ergeben sich aus dem Fehlen einer rechtlich verbindlichen Definition des Marktes. Die zur Definition verwendeten Instrumente, die meist wirtschaftlicher Art sind, ermöglichen nämlich nicht, diese Unsicherheit zu beseitigen.⁵⁴³ Dies verringert die Rechtssicherheit und die Vorhersehbarkeit für die Parteien. Die Parteien wissen nicht im Voraus, welcher Markt von der zuständigen Behörde berücksichtigt wird. Diese Unsicherheit wird durch die Identifizierung des Inhabers der marktbeherrschenden Stellung verringert.

bb. Der Täter des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung

Der Täter des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung kann nur ein Unternehmen oder einer Unternehmensgruppe sein, da das Wettbe-

⁵⁴² Siehe EuGH, 16. Dezember 1975, Suiker Unie, Slg. 1975, S. 01663.

⁵⁴³ Siehe *Boutard-Labarde, Marie-Chantal*: RJDA 1993, S. 743 ff.

werksrecht nur für Unternehmen gilt. Dieser Grundsatz impliziert, dass es sich bei dem fraglichen Unternehmen um das Unternehmen handelt, das Adressat des Kartellverbots ist. Es gibt keinen rechtlichen oder wirtschaftlichen Grund anzunehmen, dass der Begriff Unternehmen in Art. 88 a UEMOAV eine andere Bedeutung hat als der Begriff in Art. 88 b UEMOAV.⁵⁴⁴ Der Begriff des Unternehmens bezieht sich auf jedes Unternehmen, das eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von seiner Rechtsform und Finanzierung, und Entscheidungsautonomie besitzt.

Der Inhaber der marktbeherrschenden Stellung kann sowohl Käufer als auch Verkäufer sein. Art. 88 b UEMOAV gilt sowohl für Unternehmen, deren marktbeherrschende Stellung gegenüber ihren Lieferanten begründet wird, als auch für solche, die ihren Kunden gegenüber eine marktbeherrschende Stellung innehaben. Diese Stellung kann auch durch mehrere Unternehmen ausgeübt werden.⁵⁴⁵ Diese Annahme mag zunächst überraschen. Es kann jedoch grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden, dass zwei oder mehr unabhängige Wirtschaftseinheiten durch Wirtschaftsbeziehungen auf einem bestimmten Markt vereint werden können, so dass sie zusammengenommen eine beherrschende Stellung gegenüber anderen Marktteilnehmern auf demselben Markt einnehmen, beispielsweise wenn zwei oder mehr unabhängige Unternehmen durch Vereinbarung oder Lizenz einen gemeinsamen technologischen Vorteil hätten, der ihnen die Möglichkeit eines unabhängigen Verhaltens bietet. Wenn ein Markt stark konzentriert ist, kann sich der Grad der gegenseitigen Abhängigkeit zwischen den Unternehmen erhöhen, so dass sich mehrere Unternehmen gemeinsam in einer Situation befinden können, die mit der eines Monopolunternehmens vergleichbar ist, und ein stark konvergentes Interesse an einer Verringerung der auf dem Markt erzeugten Mengen oder an einer Erhöhung der Preise haben.⁵⁴⁶

Während die UEMOA-Rechtsvorschriften keine Hinweise auf die bei der Beurteilung der kollektiven Marktbeherrschung zu berücksichtigenden Faktoren enthalten, kann diesbezüglich auf die europäische Rechtsprechung zurückgegriffen werden, um Situationen zu ermitteln, in denen eine Mehrzahl von Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. Eine kollektive marktbeherrschende Stellung besteht aus mehre-

⁵⁴⁴ Vgl. Art. 101 und Art. 102 AEUV; siehe auch EuG, 7. Oktober 1999, *Irish Sugar plc*, Rechtssache T-228/97, Slg. 1999, S. II-2969.

⁵⁴⁵ Nach Art. 88. b UEMOAV.

⁵⁴⁶ Siehe *Lowe, Philip*: *Revue de la concurrence et de la consommation* 1995, S. 41-44.

ren Unternehmen, die insbesondere aufgrund von Korrelationsfaktoren zwischen ihnen gemeinsam die gleichen Vorgehensweisen auf dem Markt anwenden. Mit anderen Worten, die beteiligten Unternehmen sind gemeinsam in der Lage, auf dem relevanten Markt gemeinsame Verhaltensweisen anzuwenden, die ein einseitiges Verhalten darstellen.⁵⁴⁷ Basierend auf den Struktur- und Verhaltensindizien, die diese Korrelationsfaktoren ausmachen, lassen sich diese Situationen in drei Hauptkategorien einteilen.

Zum einen kann davon ausgegangen werden, dass eine Unternehmensgruppe eine kollektive beherrschende Stellung einnimmt, wenn die betreffenden Unternehmen finanziell miteinander verbunden sind und auf dem Markt koordiniert handeln. Dies gilt auch, wenn die betroffenen Unternehmen autonom sind, aber über finanzielle Verbindungen in einer gemeinsamen Struktur eingebunden sind. So sind Unternehmen über ihre rechtliche Unabhängigkeit hinaus strukturell oder strukturähnlich miteinander verbunden.⁵⁴⁸ Dies ist vor allem bei Unternehmensgruppen der Fall. In dieser Situation führt die kartellrechtliche Überprüfung, aufgrund der wirtschaftlichen Einheit ihrer Gruppenmitglieder, zur eigentlichen Existenz nur eines Unternehmens. Daraus ergibt sich, dass bei einer Gruppe von Unternehmen eine Einheitlichkeit des Handelns auf dem Markt besteht. Die Verbindung darf jedoch nicht struktureller Natur sein. Denn es ist, wie das EuG zutreffend festgestellt hat, nicht möglich, die Existenz struktureller Verbindungen heranzuziehen, um den kollektiven Aspekt der Herrschaft festzustellen.⁵⁴⁹ Die gegenseitige Abhängigkeit zwischen den Mitgliedern eines kleinen Oligopols stellt somit eine ausreichende wirtschaftliche Verbindung dar. Im Sinne von Art. 88 UEMOAV ist die Unternehmensgruppe, die eine marktbeherrschende Stellung innehat, nur dann strafbar, wenn sie ihre kollektive beherrschende Stellung missbraucht wird. Um zu verhindern, dass sich bereits marktbeherrschende Unternehmen zusammenschließen, um sich marktmissbräuchlich zu verhalten, wofür sie sich dann strafrechtlich verantworten müssen, sah die Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA ein System zur Kontrolle von Zu-

547 Siehe EuG, 8. Oktober 1996, Belgische Schifffahrtsgesellschaft Transport und andere / Kommission, verbundene Rechtssachen T-24/93, T-25/93, T-26/93 und T-28/93. Slg. 1996, S. II-1201.

548 Siehe *Cristin-Belmont, Sophie*: Essai sur la position dominante collective en droit communautaire, S. 2.

549 Siehe EuG, 25. März 1999, Gencor Ltd/Kommission, Rechtssache T-102/96, Slg. 1999, S. II-753.

sammenschlüssen und Fusionen zwischen Unternehmen vor, die den Wettbewerb beeinträchtigen können.⁵⁵⁰

Zum anderen kann eine Mehrzahl von Unternehmen in einer marktbeherrschenden Stellung aus Unternehmen mit unterschiedlichen Rechtspersönlichkeiten bestehen, die sich zum Zweck der Ausübung einer marktbeherrschenden Stellung zusammengeschlossen haben. Die im Kartellrecht vorgesehene Vereinbarung kann als rechtliches Mittel zur Begründung einer marktbeherrschenden Stellung angesehen werden. Das Hauptziel der Vereinbarung besteht darin, ein Entscheidungszentrum einzurichten, das den Willen des so gebildeten Unternehmens auf den Markt durchsetzen soll. In dieser Situation fällt das Verhalten der betreffenden Unternehmen sowohl unter das Verbot von Art. 88 a UEMOAV als auch von Art. 88 b UEMOAV und kann nach Art. 22 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA mit Geldbuße geahndet werden. Folglich kann die sanktionsrechtliche Verantwortlichkeit der betroffenen Unternehmen in Anwendung des UEMOA-Vertrages und seiner Durchführungsbestimmungen durchgesetzt werden. Hierfür ist es jedoch unerlässlich, dass die durch dieses Kartell erworbene marktbeherrschende Stellung zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedern dieses Kartells führt und es ihnen ermöglicht, als Einheit auf dem Markt aufzutreten und so ihre Unabhängigkeit von Dritten zu stärken. Eine solche Verhaltensweise, die einen wirksamen Wettbewerb auf dem Markt einschränkt, rechtfertigt die Anwendung des Art. 88 b UEMOAV in Verbindung mit Art. 22 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA. Dieser Ansatz kann mit der Praxis von Berufsverbänden wie der Nationalen Union der Händler und Industriellen Senegals (*Union Nationale des Commerçants et Industriels du Sénégal - UNACOIS*) in Verbindung gebracht werden, die Akteure aus dem senegalesischen informellen Sektor zusammenbringt.⁵⁵¹ UNACOIS tritt als Gruppe auf, deren Ziel es ist, die Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten, die aber in Wirklichkeit einen großen Teil des senegalesischen Wirtschaftslebens dominiert, weil sie sich in den wichtigsten Sektoren des Vertriebs befindet. Diese Gruppierung ermöglicht es, die Aktivitäten zu koordinieren und sich dem Wettbewerb zu stellen und die Modalitäten für die Durchführung bestimmter Aktivitäten festzulegen, wobei gegebenenfalls das Mittel des Boykotts eingesetzt wird. So hat UNACOIS an vorderster Front

⁵⁵⁰ Art. 4 Abs. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

⁵⁵¹ Unter dem Begriff Händler werden Importeure, Großhändler, Halbgroßhändler und Einzelhändler zusammengefasst; Industrielle sind Eigentümer von Klein- und mittelständigen Unternehmen (PME/PMI).

gegen die Ansiedlung asiatischer Händler im Senegal gekämpft.⁵⁵² Einzeln betrachtet haben ihre Mitglieder keine Marktmacht, wohl aber, wenn sie im Rahmen ihrer Organisation handeln. Dies schließt nicht aus, dass UN-ACOIS zum Schutz eines absoluten geografischen Gebietes gehandelt hat und somit in den Anwendungsbereich von Art. 88 b UEMOAV fiel und dafür hätte bestraft werden müssen, wenn die asiatischen Händler eine Beschwerde eingereicht hätten.

Die Trennung der marktbeherrschenden Stellung von den Verhaltensweisen ist für die Bestimmung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung unerlässlich. Allein die Tatsache, dass zwei oder mehr Unternehmen durch eine Vereinbarung, einen Beschluss einer Unternehmensvereinigung oder abgestimmte Verhaltensweise miteinander verbunden sind, reicht nämlich nicht aus, um eine kollektive Herrschaft zu begründen. Erforderlich ist, dass die Vereinbarung bei ihrer Umsetzung dazu führt, dass sich die beteiligten Unternehmen so verhalten, dass sie auf diesem Markt gegenüber ihren Wettbewerbern, Handelspartnern und Verbrauchern als kollektive Einheit auftreten. Somit kann eine kollektive Marktbeherrschung aus dem Bestehen einer Vereinbarung oder der Art und Weise ihrer Umsetzung entstehen. Von diesem Zeitpunkt an sollte eine gleichzeitige Anwendung der Art. 88 a und b UEMOAV zur Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit anerkannt werden.

Schließlich kann auch im Hinblick auf das Verhalten von Unternehmen die kollektive Marktbeherrschung durch rechtlich selbständige Unternehmen außerhalb eines Kartells ausgeübt werden. Um zu dem Schluss zu kommen, dass eine solche Position besteht, müssen die betreffenden Unternehmen ausreichend miteinander verbunden sein, um die gleiche Vorgehensweise auf dem Markt zu verfolgen. Es ist jedoch nicht notwendig, dass alle Unternehmen unter allen Umständen die gleiche Vorgehensweise gewählt haben. In diesem Zusammenhang sind die Zusammenhänge oder Faktoren der wirtschaftlichen Korrelation zwischen den beteiligten Unternehmen zu untersuchen und daraufhin zu prüfen, ob den Unternehmen ermöglicht wird, unabhängig von ihren Wettbewerbern, Kunden und Verbrauchern zusammenzuarbeiten.⁵⁵³ Daraus ergibt sich eine marktbeherrschende Stellung, die von allen beteiligten Unternehmen gemeinsam ausgeübt wird. Sie zeigt sich in einem einheitlichen Verhalten trotz der rechtlichen Unabhängigkeit der Unternehmen.

552 http://www.afrikeco.com/articles/economie.php3?id_article=7549.

553 Siehe EuG, 30. September 2003, Atlantic Container Line u.a. / Kommission, Rechtssache T-191/98, T-212/98 bis T-214/98, Slg. 2003, S. II -3275.

Da sich also die Verbindungen, auf die sich die gemeinsame Bewertung der Marktposition der Parteien stützt, aus ihrer Zusammenarbeit ergeben, muss die Marktstellung jeder Partei allein aufgrund dieser Zusammenarbeit mit der der anderen Parteien gemeinsam bewertet werden, da sich dieses Unternehmen dadurch in Bezug auf sein Verhalten auf einem bestimmten Markt an die anderen beigetretenen Parteien gebunden hat, so dass sie sich auf diesem Markt als kollektive Einheit gegenüber ihren Wettbewerbern, ihren Handelspartnern und Verbrauchern bewegen. Um das Bestehen einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung anzufechten, können die betreffenden Unternehmen ihre Unabhängigkeit nachweisen. Die bloße Unabhängigkeit der betreffenden Wirtschaftssubjekte reicht jedoch nicht aus, um eine kollektive marktbeherrschende Stellung auszu-schließen und die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Falle eines Missbrauchs dieser Stellung zu begründen.⁵⁵⁴

Die Entstehung des Konzepts der kollektiven marktbeherrschenden Stellung wurde für das europäische Recht durch die Lehre in Frage gestellt, insbesondere im Bereich des Fusionsrechts.⁵⁵⁵ Allerdings sollte der Begriff der marktbeherrschenden Stellung einheitlich verwendet werden. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs deckt jedoch nicht alle engen Oligopole ab, sondern nur die Fälle, in denen eine Unternehmensgruppe eng miteinander verbunden ist.⁵⁵⁶ In Bezug auf die Art dieser Verbindung ist man von der Forderung nach strukturellen Verbindungen zur wirtschaftlichen Verbindungen übergegangen, die ein unabhängiges kollektives Handeln ermöglichen.⁵⁵⁷ Das Bestehen einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung setzt somit das Vorliegen wirtschaftlicher Verbindungen zwischen zwei oder mehreren Wirtschaftssubjekten voraus, die per definitionem unabhängig und daher in der Lage sind, miteinander zu konkurrieren; nicht gefordert wird das Vorliegen institutioneller Verbindun-

554 Siehe EuG, 7. Oktober 1999, *Irischer Zucker/Kommission*, Rechtssache T-228/97 Slg. 1999, S. II-2969.

555 Siehe EuG, 7. Oktober 1999, *Irischer Zucker/Kommission*, Rechtssache T-228/97 Slg. 1999, S. II-2969.

556 Siehe *Laurent, Cohen-Tanugi/David, Encoua/Antoine, Winckler/Mario, Siragusa/François, Brunet*: La pratique communautaire du contrôle des concentrations, S. 470.

557 Siehe EuGH, Beschluss vom 10. Juli 2001, *Irish Sugar*, Rechtssache C-497/99 Slg. 2001, S. I-5333.

gen zwischen den betroffenen Unternehmen, die denen zwischen einer Muttergesellschaft und ihren Tochtergesellschaften ähnlich sind.⁵⁵⁸

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob ein Unternehmen, das von Rechts wegen ein Monopol hat, auch eine marktbeherrschend im Sinne von Art. 88 b UEMOAV und Art. 4 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA innehaben kann. Diese Frage ist zu bejahen. Das monopolistische Unternehmen ist nämlich keinem Wettbewerb ausgesetzt, da ein solcher Wettbewerb gesetzlich verboten ist. Das gesetzliche Monopol verhindert die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt, indem es dem Unternehmen ermöglicht, sich unabhängig zu verhalten.⁵⁵⁹ Anders sieht dies bei Unternehmen aus, die über Exklusiv- und Sonderrechte verfügen oder die für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verantwortlich sind. Die Situation dieser Unternehmen ist im Hinblick auf den ermittelten betreffenden Markt zu bewerten. Auf jeden Fall besteht kein Widerspruch zwischen Sonderrechten oder dem Erbringen einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und der Ausübung einer marktbeherrschenden Stellung; alle Aspekte können zur Begründung der marktbeherrschenden Stellung und damit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Falle eines Verstoßes gegen das UEMOA-Kartellrecht herangezogen werden.

Unabhängig davon, wer marktbeherrschend ist, ist das Innehaben einer solchen Position nicht verboten. Das Verbot betrifft erst die missbräuchliche Ausnutzung dieser Stellung. Deshalb ist es wichtig, sich auf die missbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung zu konzentrieren.

2. Die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung

Art. 88 b UEMOAV verbietet unter Sanktionsandrohung die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, durch die der Wettbewerb innerhalb der Union beeinträchtigt wird oder werden soll. Es ist eine Tatsache, dass Unternehmen, die auf einem Markt eine beherrschende Stellung innehaben, manchmal versucht sind, ihre Situation durch missbräuchliches Verhalten auszunutzen. Hierbei handelt es sich um Ge-

558 Siehe EuGH, 30. September 2003, *Atlantic Container Line*, Verbundene Rechts-sachen T-191/98, T-212/98 bis T-214/98, Slg. 2003, S. II-03275.

559 Siehe EuGH, Urteil vom 24. Oktober 2002, *Aéroports de Paris*, Rechtssache C-82/01, Slg. 2002, S. I-9297.

schaftspraktiken, die zum Ausschluss konkurrierender Unternehmen führen können und deshalb vom Wettbewerbsrecht nicht toleriert werden.

In gleicher Weise wie Art. 88 a UEMOAV zielt auch Art. 88 b UEMOAV darauf ab, die Wirksamkeit des Wettbewerbs durch das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zu schützen. Art. 88 b UEMOAV verbietet alle Verhaltensweisen eines oder mehrerer Unternehmen, die einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben darstellen. Der Inhalt dieses Verbots ist in den Bestimmungen der Verordnungen Nr. 02/2002/CM/UEMOA und Nr. 03/2002/CM/UEMOA konkretisiert. Art. 88 b UEMOAV schützt das Wettbewerbsrecht vor einseitigem Verhalten, das auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch ein Unternehmen abzielt, das aufgrund seiner Existenz das reibungslose Funktionieren des Wettbewerbs⁵⁶⁰ behindern oder einschränken kann, indem das marktbeherrschende Unternehmen sanktioniert werden kann, wenn ein solcher Missbrauch begangen wird.

In diesem Zusammenhang ist es wichtig, die Tatbestandsmerkmale des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung zu bestimmen (**a.**). Über diese Tatbestandsmerkmale hinaus bewertet das UEMOA-Kartellrecht bestimmte Handlungen als missbräuchliche Verhaltensweisen. Dazu gehören auch Fusionen (**b.**).

a. Tatbestandsmerkmale des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung

Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ist gegeben, wenn das betreffende Unternehmen oder die betreffende Unternehmensgruppe seinen Mitbewerbern Wettbewerbsbeschränkungen auferlegt, die objektiv nicht gerechtfertigt sind. Der Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung erfordert eine Auseinandersetzung mit dem Begriff des Missbrauchs (**aa.**) bevor die dem Missbrauch unterfallenden Verhaltensweisen (**bb.**) behandelt werden.

⁵⁶⁰ Siehe *Dannecker, Gerhard/Fischer-Fritsch, Jutta*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 20.

aa. Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung

Im Sinne von Art. 88 b UEMOAV und Art. 4 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA ist die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung durch das Unternehmen auf dem Unionsmarkt das zentrale Tatbestandsmerkmal des Verstoßes. Damit stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen von einem Missbrauch angegangen werden kann.

Der Begriff des Missbrauchs wird im UEMOA-Kartellrecht nicht definiert. Er ist auch im Wesentlichen unbestimmt, da er einen variablen Inhalt besitzt. Rechtsmissbrauch gilt generell als vager Begriff, bei dem es zu einer Vermengung von Recht, Moral und Wirtschaft kommt.⁵⁶¹

Historisch wurde die Theorie des Rechtsmissbrauchs besonders von *Planiol* in Frage gestellt, weil man bei der Ausübung eines Rechts nichts falsch machen könne.⁵⁶² Trotz der späteren Akzeptanz des Begriffs, hielt die Debatte in der Lehre lange Zeit an und konzentrierte sich auf die Frage, wie man einen Missbrauch bestimmen könne, worauf abzustellen sei: auf die Absicht, anderen zu schaden, ohne dabei ein legitimes Ziel zu verfolgen, oder auf die Zweckentfremdung.⁵⁶³ Diese verschiedenen Missbrauchskriterien spiegeln sich auch in den Verfahren gegen zur Bestimmung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung wider. In wirtschaftlichen Rechtsstreitigkeiten geht die Anwendung des Begriffs Missbrauch weit über den traditionellen Begriff der Theorie des Rechtsmissbrauchs hinaus und ist Teil des umfassenderen Problems der Konfrontation des formalen Rechtssystems mit den Merkmalen der Wirtschaftsbeziehungen, die sich aus dem Phänomen der Konzentration und des Wettbewerbs ergeben.⁵⁶⁴ Der Missbrauch erscheint daher als ein Instrument zur Regulierung und Moralisierung der Wirtschaftstätigkeit beziehungsweise zur Begrenzung der Wirtschaftskraft. In der Tat wird der Begriff des Missbrauchs unter dem Gesichtspunkt der Regulierung der Wirtschaftsbeziehungen, insbesondere der Kontrolle der Ausübung wirtschaftlicher Macht im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf den Markt, verwendet. Das bedeutet, dass

561 Siehe *Del Cont, Catherine*: Propriété économique, dépendance et responsabilité, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 1997, S. 165.

562 Siehe *Planiol, Marcel*: Revue critique de Législation et de Jurisprudence 1905, S. 277.

563 Siehe insbesondere *Josserand, Étienne Louis*: De l'abus des droits, Paris Rousseau, 1905; De l'esprit des lois et de leur relativité, Paris, Rousseau, 1927.

564 Siehe *Del Cont, Catherine*: Propriété économique, dépendance et responsabilité, L'Harmattan, S. 167.

die missbräuchliche Ausübung von Wirtschaftsmacht und/oder von Marktbeherrschung nur insoweit verboten ist, als sie den Wettbewerb beeinträchtigt.

Art. 88 b UEMOAV und Art. 4 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA verweisen darauf, dass marktbeherrschende Unternehmen ihre Dominanz missbrauchen können. Aber weder der Vertrag noch die Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA legen die Erscheinungsformen der missbräuchlichen Ausnutzung fest. Angesichts dieses Schweigens wird davon ausgegangen, dass sich dieser Missbrauch entweder in einem missbräuchlichen Verhalten oder in missbräuchlichen Zielsetzungen manifestiert. Der Begriff des strukturellen Missbrauchs und der Unterschied zwischen missbräuchlichen Verhalten und Zielsetzungen ist verschwommen.⁵⁶⁵

Die Unterscheidung zwischen missbräuchlichem Verhalten und missbräuchlicher Zielsetzung wurde in der Lehre⁵⁶⁶ im Zusammenhang mit der Strafbarkeit durch die Europäische Kommission in ihrem Memorandum über Zusammenschlüsse entwickelt. Nach dieser Definition liegt der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor, wenn der Inhaber dieser Stellung die sich daraus ergebenden Möglichkeiten nutzt, um Vorteile zu erlangen, die er bei einem praktikablen und hinreichend wirksamen Wettbewerb nicht erlangen würde. Aus dieser Definition lassen sich zwei Missbrauchsbegriffe ableiten: Verhaltensmissbrauch und Zweckmissbrauch. Der Letztere ist allerdings mit Art. 88 a UEMOAV nicht vereinbar.⁵⁶⁷ Der Unterschied zwischen Verhaltens- und Zweckmissbrauch besteht darin, dass das marktbeherrschende Unternehmen im ersten Fall darauf abzielt, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, während es im zweiten Fall darauf abzielt, seine Lieferanten, Kunden und Verbraucher zu schädigen.

Das missbräuchliche Verhalten besteht in Handlungen oder Unterlassungen, die den Wettbewerbern beeinträchtigen. Da eine marktbeherrschende Stellung definiert wird als die Fähigkeit, sich unabhängig zu verhalten, ohne Rücksicht auf die Mitbewerber, oder als die Fähigkeit, wirksamen Wettbewerb zu verhindern, wird der Missbrauch in der Ausübung

⁵⁶⁵ Siehe *Frison-Roche, Marie-Anne/ Payet, Marie-Stéphane*: Droit de la concurrence, S. 218 ff.

⁵⁶⁶ Siehe *Joliet, René*: RTD eur. 1969, S. 645.

⁵⁶⁷ Vgl. Art. 101 AEUV.

dieser Macht gesehen.⁵⁶⁸ Nach dieser Auffassung genügt es, dass das marktbeherrschende Unternehmen von seiner Macht Gebrauch macht, um die Zuwiderhandlung zu vollenden, gerade weil die Maßnahme zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führt.⁵⁶⁹ Demgegenüber ist der Zweckmissbrauch die Handlung oder Unterlassung, die Lieferanten, Kunden oder Verbrauchern schadet.⁵⁷⁰ Das wesentliche Merkmal ist die schädliche Wirkung des Handelns auf die Partner des Unternehmens. Im Zweckmissbrauch wird die schädliche Absicht zum Ausdruck gebracht, während das missbräuchliche Verhalten ein moralisch verwerfliches Verhalten ist. Beide schließen einander jedoch nicht aus: Der Verhaltensmissbrauch kann sich aus dem Zweckmissbrauch ergeben. Es ist jedoch einfacher, wie die europäische Rechtsprechung zutreffend feststellte, sich auf diese beiden Begriffe zu beschränken.

Der Strukturmissbrauch wurde von den Behörden der Europäischen Gemeinschaft in den Fällen *Continental Can* und *Hofmann-Laroche* aufgezeigt. Hierin liegt eine Versachlichung und Erweiterung des Begriffs des Missbrauchs. Im Fall *Continental Can* wurde festgestellt, dass das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nicht nur für Verhaltensweisen gilt, die den Verbrauchern unmittelbaren Schaden zufügen können, sondern auch für Verhaltensweisen, die den Verbrauchern Schaden zufügen, indem sie eine wirksame Wettbewerbsstruktur untergraben.⁵⁷¹ Der Begriff des Missbrauchs ist somit ein objektiver Begriff, der sich auf das Verhalten eines Unternehmens in einer marktbeherrschenden Stellung bezieht, das dazu geeignet ist, die Marktstruktur zu beeinflussen, und das die Aufrechterhaltung oder Verstärkung des bestehenden Wettbewerbs behindert, mit anderen Mitteln als denen, die den normalen Wettbewerb bei Waren oder Dienstleistungen regeln.⁵⁷²

Struktureller Missbrauch wird daher definiert durch die Auswirkungen, die eine Handlung oder Transaktion auf die Struktur des Wettbewerbs ha-

568 Siehe *Louis Vogel/Bertrand Goldman/Antoine Lyon-Caen*: Droit commercial européen, Dalloz, S. 423.

569 Siehe *Louis Vogel/Bertrand Goldman/Antoine Lyon-Caen*: Droit commercial européen, S. 423.

570 Siehe *Louis Vogel/Bertrand Goldman/Antoine Lyon-Caen*: Droit commercial européen, S. 423.

571 Siehe EuGH, 23. Februar 2006, *Can Continental* Urteil, Rechtssache C-95/04, Schlussanträge des Generalanwalts des Gerichtshofs, *British Airways plc / Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Slg. 2007, S. I-2331.

572 Siehe EuGH, 12. Februar 1979, *Hoffmann - La Roche & Co. AG gegen Kommission*, Rechtssache 85 / 76, Slg. 1979 S. I-461.

ben kann. Er manifestiert sich im Ausschluss von aktuellen oder potenziellen Mitbewerbern.⁵⁷³ Dieser Begriff ermöglicht es, jede Handlung zu untersagen, die die Aufrechterhaltung der Marktbeherrschung oder ihre Ausdehnung begünstigt, da der strukturelle Missbrauch es ermöglicht, die Kontrolle über Zusammenschlüsse auszuüben, aufgrund ihrer unter bestimmten Umständen bestehenden Ähnlichkeit mit einer missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Die Wahl des einen oder anderen Missbrauchsbegriffs bestimmt einerseits die Modalitäten der Kontrolle, aber auch und vor allem den Gegenstand der Kontrolle. Die Beibehaltung des strukturellen Missbrauchs bedeutet nämlich, dass das Ziel die Existenz einer Wettbewerbsstruktur auf dem Markt ist. Daher ist der Missbrauch weniger wichtig als das Innehaben einer marktbeherrschenden Stellung, da sie den Markt an sich beeinflusst. Auf der anderen Seite ist die marktbeherrschende Stellung nicht von Bedeutung, wenn es sich um missbräuchliche Verhaltensweisen handelt. Nur ein missbräuchliches Verhalten des Inhabers der marktbeherrschenden Stellung kann sich negativ auf den Markt auswirken. Diese Verhaltensweisen erhalten daher besonders große Aufmerksamkeit. Schließlich ermöglicht die Beibehaltung des Zweckmissbrauchs die Kontrolle der Absichten des marktbeherrschenden Unternehmens. Seine Handlungen werden nur dann bestraft, wenn sie durch schädliche Absichten bestimmt sind.

Die Frage der Wahl des Missbrauchsbegriffs ist wichtig für die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nach dem UEMOA-Kartellrecht. Sie ermöglicht es, die politischen Leitlinien festzulegen, um die Entstehung starker Strukturen im Binnenmarkt zu fördern. Um den Inhalt des Missbrauchs zu präzisieren, sollte auf die Ziele des Vertrags verwiesen werden, der sich auf den unverfälschten Wettbewerb bezieht.⁵⁷⁴ Die Prüfung im Hinblick auf die Klassifizierung der Handlungen oder Tätigkeiten eines Unternehmens in einer marktbeherrschenden Stellung erfolgt daher unter Berücksichtigung der Marktlage und nicht der Merkmale des von dem Unternehmen beobachteten Verhaltens und erst Recht nicht unter Berücksichtigung der unternehmerischen Ziele.⁵⁷⁵

Die Rechtsprechung der Europäischen Union weist ständig darauf hin, dass der Begriff des Missbrauchs keine Absicht beinhalte, Schaden anzu-

573 Siehe *Goldman, Lyon-Caen/Vogel, Louis*: Droit commercial européen, S. 424.

574 Art. 4 UEMOAV.

575 Siehe *Goldman, Lyon-Caen/ Vogel, Louis*: Droit commercial européen, S. 424.

richten.⁵⁷⁶ Jedoch handelt es sich bei der Absicht um ein zusätzliches Merkmal zur Charakterisierung des Missbrauchs. Der strukturelle Missbrauch reicht also aus, um ein Verhalten als Störung der Wirtschaftsordnung zu bewerten, das eine Auswirkung auf die Struktur des Marktes hat und zum Ausschluss tatsächlicher oder potenzieller Wettbewerber führt.

Eine rein objektive Bestimmung des Missbrauchs ermöglicht es, verschiedene Verhaltensweisen zu erfassen, die in der Aufzählung von Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 02/CM/UEMOA/2002 enthalten sind. Gleiches gilt für das nationale Recht des Benin.⁵⁷⁷ Diese objektive Auffassung ist mit dem Erfordernis verbunden, dass ungewöhnliche Wettbewerbsmittel eingesetzt werden. Der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung bezieht sich auf das Verhalten eines Unternehmens, das andere Mittel als die für den normalen wirtschaftlichen Wettbewerb für Produkte und Dienstleistungen üblichen einsetzt.⁵⁷⁸ Diese Definition, die die Normalität zum Kriterium für die Rechtmäßigkeit des Verhaltens macht, ist jedoch unzureichend. Sie ist sogar Quelle hoher Rechtsunsicherheit, denn sie ermöglicht den Unternehmen nicht, im Vorherein zu wissen, wie ihr Verhalten beurteilt wird; dies unterliegt allein dem Ermessen des Richters. Tatsächlich kann das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens das gleiche wie das anderer Unternehmen auf dem Markt sein und dennoch die Voraussetzungen der Missbräuchlichkeit erfüllen. Die Ungewöhnlichkeit des Verhaltens ist daher vor dem Hintergrund der marktbeherrschenden Stellung des Unternehmens zu beurteilen, die ihm eine besondere Verantwortlichkeit dafür auferlegt, dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb im Gemeinsamen Markt⁵⁷⁹ nicht beeinträchtigt. Denn die in einer normalen Wettbewerbslage auf dem Markt geltenden Erwägungen können nicht vorbehaltlos akzeptiert werden, wenn es sich um einen Markt handelt, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der beherrschenden Stellung eines der Akteure bereits erheblich eingeschränkt ist. Da die Frage im Ermessen des Gerichts liegt, ist der Standard der von

576 Siehe EuG, 12. Dezember 2000, *Aéroports de Paris*, Rechtssache T-128/98, Slg. 2000, S.II-3929.

577 Art. 9 des Gesetzes Nr. 2016-25 vom Benin.

578 Siehe EuGH, 12. Februar 1979, *Hoffmann - La Roche & Co. AG gegen Kommission*, Rechtssache 85/76, Slg. 1979, S. I-461.

579 Siehe EuGH, Urteil vom 9. November 1983, *NV Niederländische Banden Michelin Industrie gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Missbrauch einer beherrschenden Stellung - Preisnachlässe beim Kauf von Reifen*, Rechtssache 322/81, Slg. 1983, S. 03461.

dem marktbeherrschenden Unternehmen verwendeten Mittel nach dessen berechtigten wirtschaftlichen Interessen zu beurteilen.⁵⁸⁰

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass das Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen nur dann einsetzen kann, wenn es über ausreichende wirtschaftliche Macht verfügt, um anderen Marktteilnehmern ein bestimmtes Verhalten aufzuzwingen. Andernfalls wäre ein solches Verhalten, wenn es nicht Teil der marktbeherrschenden Stellung wäre, irrational. Dies ist z.B. der Fall, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seinen Partnern Treuerabatte gewährt. Im Gegensatz zu Mengenrabatten, die ausschließlich an das Volumen der vom betreffenden Hersteller getätigten Einkäufe gebunden sind, verhindern Treuerabatte, durch die ein finanzieller Vorteil gewährt wird, in der Regel die Versorgung der Kunden bei konkurrierenden Herstellern. Diese Loyalität infolge finanzieller Vorteile hat zur Folge, dass die marktbeherrschende Stellung durch einen nicht leistungsorientierten Wettbewerb gestärkt wird.⁵⁸¹ Dies gilt auch für exklusive Lieferverpflichtungen, mit oder ohne Gewähren von (Treue-)Rabatten, um die Käufer zu ermutigen, sich ausschließlich von dem marktbeherrschenden Unternehmen beliefern zu lassen. Diese Verpflichtungen beruhen nicht auf einem wirtschaftlichen Nutzen, der eine solche Belastung oder einen solchen Vorteil rechtfertigt, und sind mit dem Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs unvereinbar. Sie tendieren dazu, dem Käufer die Wahlmöglichkeit in Bezug auf seine Bezugsquellen zu entziehen oder den Käufer einzuschränken und anderen Herstellern ggf. den Markteintritt zu verwehren.⁵⁸²

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens kann daher nur dann aufrechterhalten werden, wenn die Feststellung des Bestehens der marktbeherrschenden Stellung auch auf ihrem Missbrauch beruht, denn der Hersteller, der ein Produkt verkauft und eine solche Marktposition innehat, kann Wiederverkäufern Bedingungen auferlegen, die nicht unbedingt denen entsprechen, die auf einem Markt mit wirksamem Wettbewerb bestehen würden.⁵⁸³

Bei Verhaltensweisen, bei denen der Missbrauch untersucht wird, ist es Sache des marktbeherrschenden Unternehmens, die Rechtmäßigkeit oder

580 Siehe *Goldman, Lyon-Caen/Vogel, Louis*: Droit commercial européen, S. 425.

581 Siehe EuGH, 12. Februar 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG gegen Kommission, Rechtssache 85 / 76, Slg. 1979, S. I-461.

582 Siehe EuGH, 12. Februar 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG gegen Kommission, Rechtssache 85 / 76, Slg. 1979, S. I-461.

583 Siehe Entscheidung der EU-Kommission vom 7. Oktober 1981, Michelin, ABl. Nr. L 353 vom 9. Dezember 1981, S. 33.

objektive Rechtfertigung des betreffenden Verhaltens nachzuweisen. Eine Verhaltensweise kann nicht als missbräuchlich angesehen werden, wenn das Unternehmen nachweist, dass sein Verhalten für die Erreichung seiner Ziele unerlässlich war. Auch wenn das UEMOA-Kartellrecht keine Möglichkeit einer Freistellung vom Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorsieht, kann ein Unternehmen in einer marktbeherrschenden Stellung durch den Nachweis der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens trotz dessen restriktiven Charakters die Anwendung des Verbots nach Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA verhindern. Zu diesem Zweck muss das Verhalten in einem angemessenen Verhältnis zu den Erfordernissen einer Verteidigung der berechtigten Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens stehen. Das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung entzieht einem Unternehmen in dieser Stellung nicht das Recht, seine eigenen kommerziellen Interessen zu schützen, wenn sie bedroht sind. Ist ein solches Unternehmen jedoch nach vernünftigem Ermessen in der Lage, die Handlungen vorzunehmen, die es zum Schutz seiner Interessen für angemessen hält, so ist dieses Verhalten unzulässig, wenn es die Stärkung und den Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung zum Ziel hat.

Um die Täter des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung auch straf- oder bußgeldrechtlich zur Verantwortlichkeit zu ziehen, wird der kausale Zusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und missbräuchlichem Verhalten irrelevant, da ein objektiver Begriff des missbräuchlichen Verhaltens verwendet wird. Das Problem des kausalen Zusammenhangs zwischen der marktbeherrschenden Stellung und ihrem Missbrauch ist relevant. Das Verhalten des Unternehmens muss missbräuchlich sein, nicht die Stärkung der Stellung des Unternehmens, diese darf gestärkt werden, aber eben nicht durch missbräuchliches Verhalten. Daher ist der Missbrauch im Sinne von Art. 88 UEMOAV verboten, unabhängig von den zu diesem Zweck verwendeten Mitteln oder Verfahren, da sie den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt.⁵⁸⁴

Der Kausalzusammenhang ist durch die Verwendung eines objektiven Missbrauchsbegriffs nicht mehr vonnöten. Entscheidend ist, dass durch das missbräuchliche Verhalten der Wettbewerb behindert wird.

Aus dem fehlenden Erfordernis eines Kausalzusammenhangs lassen sich zwei Konsequenzen ziehen. Erstens unterfallen dem Verbot Verhaltensweisen, die ihrer Natur nach nur von Unternehmen in einer marktbeherr-

⁵⁸⁴ Siehe Entscheidung der EU-Kommission vom 7. Oktober 1981, Michelin, ABl. Nr. L 353 vom 9. Dezember 1981, S. 33.

schen den Stellung vorgenommen werden können, oder aber solche, die von jedem anderen Unternehmen vorgenommen werden können, die aber wettbewerbswidrige Auswirkungen haben, weil ihr Täter eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Zweitens können Marktbeherrschung und Missbrauch auf verschiedenen Märkten bestehen. Mit anderen Worten: Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung auf einem Markt kann wegen seiner Auswirkungen auf einem anderen Markt, der selbst nicht der Herrschaft unterliegt, geahndet werden.⁵⁸⁵ Es ist jedoch nicht gerechtfertigt, die beherrschende Stellung auf einen anderen als den identifizierten Markt auszudehnen. Unter diesem Gesichtspunkt kann die Anwendung von Art. 88 UEMOAV auf einen anderen Markt als den, auf dem die beherrschende Stellung besteht, nur gerechtfertigt werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die belegen, dass das betreffende Unternehmen über eine Handlungsfreiheit verfügt, die seine Mitbewerber auf diesem gesonderten Markt nicht hatten.⁵⁸⁶

Angesichts der Vielfalt der Auffassungen über den Begriff des Missbrauchs, muss das Gericht bei der strafrechtlichen Verfolgung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen den Inhalt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 88 b UEMOAV bestimmen. Um die Gefahr abweichender Auslegungen zu vermeiden, kann der Gerichtshof daher im Wege der Vorabentscheidung den UEMOA-Gerichtshof um eine Auslegung bitten.

In Ermangelung von Entscheidungen der Gerichte der UEMOA-Mitgliedstaaten wäre es ratsam, dass sie einen Begriff verwenden, der dem Willen des Gesetzgebers entspricht und Rechtssicherheit für Unternehmen in einer marktbeherrschenden Stellung schafft. Dabei ist besonders auf eine Konkretisierung des vom Missbrauch erfassten Verhaltens zu achten.

bb. Die dem Missbrauchsverbot unterliegenden Verhaltensweisen

Art. 4 Abs. 2 lit. a der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA nennt Verhaltensweisen, die sich durch Auferlegung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen äußern. Diese betreffen insbesondere Techniken zur Schaffung von Loyalität zu marktbeherrschenden Unternehmen, die zu ungerechtfertig-

585 In diesem Sinne siehe EuGH, 6. Oktober 1994, Tetra Park II, Rechtssache T-83/91, Slg. 1994, S. II-755.

586 Siehe EuGH, 6. Oktober 1994, Tetra Park II, Rechtssache C-33/94P, Slg. 1994, S. I-5951.

tigtem Kundenbindungsverhalten führen. Dies gilt insbesondere für Exklusivitätsklauseln und Rabatte, welche die Kunde daran hindern, sich an einen Mitbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens zu wenden. Gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. a der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA kann die Auferlegung unlauterer Preise oder Geschäftsbedingungen direkt oder indirekt erfolgen. Sie ist direkt, wenn der Preis selbst Gegenstand des Missbrauchs ist und ungerechtfertigterweise festgelegt wird. Sie ist indirekt, wenn sie sich aus der Umsetzung von Strategien durch das marktbeherrschende Unternehmen ergibt, die darauf abzielen, dass Wettbewerber oder Geschäftspartner Preise auf einem von dem marktbeherrschenden Unternehmen gewünschten Niveau festsetzen, die gegenüber dem Markt nicht beherrschenden Unternehmen unfair sind. Art. 4 Abs. 2 lit. b der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA fasst verschiedene Formen des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung zusammen.

Erstens geht es um die Produktionsbegrenzung. Eine solche Verhaltensweise verhindert, dass das wirtschaftlicherer Marktmechanismus zum Tragen kommt. Die normale Produktionskapazität des Unternehmens wird reduziert und der Mangel in dem Wissen organisiert, dass andere Unternehmen nicht in der Lage sind, die Nachfrage der Verbraucher zu befriedigen, so dass sich die Verbraucher auf die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens einstellen müssen. Die Beschränkung der Produktion führt somit zu einem Verlust der Handlungsfreiheit der Konkurrenzunternehmen.

Zweitens handelt es sich um eine Beschränkung der Absatzmöglichkeiten, meist in Form einer Weigerung, Produkte an einen oder mehrere bestimmte Abnehmer zu liefern. Ein solches Verhalten wird kriminalisiert, da es auf dem Markt keinen gleichwertigen Partner wie das marktbeherrschende Unternehmen gibt, das somit zwingend zum Vertragspartner wird. Die Beschränkung lässt sich hinter einer Verkaufsverweigerung oder einem Boykott erkennen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass sich die im Gemeinschaftsrecht genannte Verkaufsverweigerung von der in bestimmten nationalen Rechtsvorschriften unterscheidet. Nach dem UEMOA-Recht ist eine Verkaufsverweigerung eine Handlung eines Unternehmens in marktbeherrschender Stellung, das eine wettbewerbswidrige Wirkung hat und nicht durch ein berechtigtes Interesse des Unternehmens, von dem sie ausgeht, gerechtfertigt sein darf. Dagegen ist nach nationalem Recht die Verkaufsverweigerung per se als wettbewerbswidrige Verhaltensweise in den Wirtschaftsbeziehungen zwischen zwei Betreibern verboten,

unabhängig von ihren Auswirkungen auf den Wettbewerb.⁵⁸⁷ Die auf nationaler Ebene verbotene Verkaufsverweigerung betrifft sowohl die Beziehungen zwischen zwei Wirtschaftsteilnehmern als auch die Beziehungen zwischen einem Wirtschaftsteilnehmer und einem Verbraucher.

Der missbräuchliche Charakter dieser Verhaltensweisen wird getrennt vom erlittenen Schaden der Verbraucher bestimmt. Der objektive Ansatz erfordert nämlich, dass bei der Beurteilung ihres missbräuchlichen Charakters nur deren Auswirkungen auf die Struktur des Marktes berücksichtigt werden. Es muss jedoch anerkannt werden, dass solche Verhaltensweisen den Verbrauchern schaden können, weil sie das Niveau und die Vielfalt des Angebots auf dem Markt beeinträchtigen.

Art. 4 Abs. 2 lit. c der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA bezieht sich auf diskriminierende Verhaltensweisen. Um diese verstehen zu können, müssen zunächst die Begriffe „gleichwertige Leistungen“ und „Handelspartner“ geklärt werden. Der Begriff des Handelspartners muss im weitesten Sinne verstanden werden. Er bezieht sich auf jeden Wirtschaftsteilnehmer, mit dem das marktbeherrschende Unternehmen wirtschaftliche Leistungen austauschen kann. Es handelt sich daher nicht um einen Mitbewerber. Was die Gleichwertigkeit der Leistung anbetrifft, so müssen die von unterschiedlich behandelten Handelspartnern angebotenen Leistungen nicht identisch sein. Äquivalenz bedeutet nicht Gleichheit. Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich die Frage, wie die Gleichwertigkeit zweier Leistungen in einer Situation bestimmt werden kann, in der die Marktbedingungen es nicht zulassen, dass ihre Unterschiede festgestellt werden. Ein Kriterium, das dafür verwendet werden kann, ist das der Anfrage.

Man kann davon ausgehen, dass zwei Anfragen und damit auch die sie begleitenden Gegenleistungen gleichwertig sind, wenn sie von Geschäftspartnern gestellt werden, die sich in einer ähnlichen Wettbewerbssituation befinden. Das Gemeinschaftsrecht verbietet von diesem Zeitpunkt an jede ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, die einen der Handelspartner im Wettbewerb benachteiligen könnte. Mit anderen Worten: Die den Handelspartnern angebotenen Handelsbedingungen dürfen nicht derart unterschiedlich sein, dass sie den Wettbewerb zwischen diesen Handelspartnern verfälschen. Das betroffene Unternehmen darf nicht in eine Situation gebracht werden, in der es auf seinem Markt nicht wettbewerbsfähig ist. Ziel dieses Verbots ist nämlich, Diskriminierungen zu beseitigen, die den Wettbewerb zwischen den Käufern behindern.

⁵⁸⁷ Siehe insbesondere Art. 26 des senegalesischen Gesetzes Nr. 94-63 vom 22. August 1994 über Preise, Wettbewerb und wirtschaftliche Streitigkeiten.

Schließlich sind auch Koppelungsklauseln verboten. Art. 4 Abs. 2 lit. d der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA verbietet als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen den Abschluss von Verträgen davon abhängig macht, dass die Partner zusätzliche Leistungen annehmen müssen, die ihrer Art nach oder nach dem Handelsbrauch nicht mit dem Vertragsgegenstand zusammenhängen. Solche Verhaltensweise ermöglichen einem Unternehmen, die Vorherrschaft auf einem bestimmten Markt auf einen weiteren Markt auszudehnen, der noch nicht unter seiner Herrschaft steht. Tatsächlich kann es einem Unternehmen gelingen, durch die Dominanz in einem bestimmten Markt Klauseln durchzusetzen, die darauf abzielen, ein anderes Produkt, für das es Wettbewerb gibt, zu erfassen.

Im Bereich des Strafrechts sind Klarheit und Bestimmtheit erforderlich. Das Verhalten, das unter den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung⁵⁸⁸ fällt, wird im Gemeinschaftsrecht wie auch im nationalen Recht ohne die für die Straf- bzw. Ahndbarkeit erforderliche Klarheit und Präzision aufgeführt. Dasselbe Problem stellt sich im Recht der europäischen

588 Art. 4 Abs. 2 Verordnung Nr. 02/2002 lautet: *"les pratiques abusives peuvent notamment consister à:*

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables;*
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;*
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats."*

Mit Ausnahme der Buchstaben a) und c) überschneidet sich diese Aufzählung mit derjenigen in Art. 3 derselben Verordnung, (ich verstehe den Satz nicht) der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA regelt. Diese Ähnlichkeit ist nicht nachvollziehbar, da sich die wettbewerbswidrige Vereinbarung von einer Marktbeherrschung unterscheidet. Auch wenn Zweck eines Kartells kann nämlich sein, unabhängigen Unternehmen zu ermöglichen, eine kollektive beherrschende Stellung auf einem Markt zu erlangen. Jedoch handelt es sich bei den in Art. 4 Abs. 2 genannten Verhaltensweisen um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, während in Art. 3 wettbewerbswidrige Vereinbarungen genannt werden. Diese Liste kann nur als beispielhafte Aufzählung („notamment“) verstanden werden, denn es können nicht alle Möglichkeiten, die der Besitz von Wirtschaftsmacht bietet, genannt werden. Die verschiedenen nationalen Gesetze zur Organisation des Wettbewerbs enthalten dieselbe Aufzählung wie Art. 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 02; so z.B. Art. 9 des Gesetzes über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin 2016-25.

Union. Dort haben von der Europäischen Kommission beauftragte Sachverständige dargelegt, dass es sich um einen *„Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung handelt, wenn der Inhaber dieser Stellung die sich daraus ergebenden Möglichkeiten nutzt, um Vorteile zu erlangen, die er im Falle eines praktikablen und hinreichend wirksamen Wettbewerbs nicht erlangen würde.“*⁵⁸⁹ Entsprechend geht es dem westafrikanischen Gesetzgeber nicht darum, die Aufrechterhaltung einer Wettbewerbslage zu gewährleisten, sondern vielmehr darum sicherzustellen, dass die Marktbeherrschung nicht effektiv zum Nachteil der Nutzer oder Verbraucher genutzt wird.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Täters ist bereits angesichts der Relevanz des Verbots unangemessener Preise und Bedingungen gerechtfertigt und setzt nicht den Nachweis eines Schadens voraus. Offensichtlich sind die Opfer dieser Verhaltensweise im Vergleich zu den Tätern in einer schwächeren Position. Der Missbrauch führt z.B. dazu, dass ein Preis auf einem ungerechtfertigten Niveau festgesetzt wird. Damit wird Wettbewerb ausgeschlossen, mit dem Ziel, die schwächeren Wettbewerber zu verdrängen oder gar zu vernichten. Dazu gehören Kampf- und sonstige Preise, die auf einem niedrigen Niveau festgesetzt werden, um einen Wettbewerber auszuschließen oder den Markteintritt eines potenziellen Wettbewerbers zu verhindern. Es besteht jedoch die Schwierigkeit, ein konkretes Kriterium für die Bestimmung der Grenze der Unzulässigkeit zu bestimmen. Daher werden verschiedene Kriterien kombiniert.⁵⁹⁰ Entsprechend hat der EuGH diesbezüglich ausgeführt:⁵⁹¹ *„Preise unter dem Durchschnitt der variablen Kosten sind als missbräuchlich anzusehen. Ein marktbeherrschendes Unternehmen hat kein Interesse daran, solche Preise zu verlangen, es sei denn, es beseitigt seine Wettbewerber, um seine Preise durch Ausnutzung seiner Monopolstellung erhöhen zu können, da jeder Verkauf für es einen Verlust bedeutet, nämlich alle Fixkosten und zumindest einen Teil der variablen Kosten jeder Einheit. Darüber hinaus sind Preise, die unter dem Durchschnitt der Gesamtkosten liegen, zu denen auch fixe und variable Kosten gehören, aber über dem Durchschnitt der variablen Kosten, als missbräuchlich anzusehen, wenn sie im Rahmen eines Plans zur Ausschaltung eines Wettbewerbers festgelegt werden. Diese Preise können in der Tat die Marktgesellschaften verdrängen, die genauso effizient sein können wie das marktbeherrschende Unternehmen, die aber auf-*

589 Siehe, EU-Kommission: *Revue trimestrielle de droit européen* 2, 1966, S. 651-677.

590 Siehe M. Glais et Ph. Laurent, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, S. 360-368.

591 EuGH, 3. Juli 1991, AKZO, Rechtssache C-62/86, Slg. 1991, S. I-3359, Rn 71.

grund ihrer geringeren Finanzkraft dem Wettbewerb, dem sie ausgesetzt sind, nicht standhalten können.“

Auf einer anderen Ebene behandelt das Wettbewerbsrecht Zusammenschlüsse als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Artikel 4 Abs. 2 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA verbietet Verhaltensweisen, die einer missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung gleichkommen. Er legt besonderen Wert auf Zusammenschlüsse, deren Bedeutung nach dem UEMOA-Kartellrecht geklärt werden müssen, bevor das Merkmal der Gleichstellung analysiert werden kann.

Der in Art. 4 Abs. 1 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA festgelegte Begriff der Marktbeherrschung ist in Bezug auf den konkret betroffenen Markt zu bestimmen. Infolge dieser Anforderung ist es nicht möglich, die Auswirkungen der gleichzeitigen Ausübung wirtschaftlicher Macht auf mehreren Märkten zu beurteilen. Wirtschaftsmacht, die über die Marktbeherrschung hinausgeht, führt aufgrund der Diversifizierung der Aktivitäten zu einer geringeren Anfälligkeit der Unternehmen und erhöht deren Mobilität im Wettbewerb. Sie kann als Ergebnis einer externen Entwicklung, insbesondere durch Fusionen, erworben werden.

Als ein Begriff mit wirtschaftlichem Inhalt wird der Zusammenschluss vom Gesetzgeber auf der Grundlage ökonomischer Begriffe definiert. Von den rechtlichen Begriffsbestimmungen können die des Gesellschaftsrechts und die des Wettbewerbsrechts herangezogen werden. Im Gesellschaftsrecht liegt ein Zusammenschluss vor, wenn zwei oder mehr zunächst rechtlich selbständige Unternehmen einen Vorgang durchführen, der das Verschwinden ihrer rechtlichen Autonomie zugunsten eines von ihnen oder eines neuen, speziell für diesen Zweck geschaffenen Rechtssubjekts zur Folge hat. Dies sind im Wesentlichen Fusionen, Übernahmen und die Bildung von Unternehmensgruppen.⁵⁹²

Die rechtliche Definition eines Zusammenschlusses findet sich in Art. 4 Abs. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA. Danach gilt als ein Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA:

- die Fusion zweier oder mehrerer zuvor unabhängiger Unternehmen; ein Vorgang, durch den eine oder mehrere Personen, die bereits die Kontrolle über ein oder mehrere Unternehmen innehaben, mittelbar oder unmittelbar, sei es durch das Übernehmen von Beteiligungen

⁵⁹² Art. 173 ff. des Einheitlichen Gesetzes vom 17. April 1997 über das Recht der Handelsgesellschaften und wirtschaftlichen Interessengruppen der OHADA, ABL OHADA Nr. 2 vom 1. Oktober 1997.

- oder den Erwerb von Vermögenswerten, Verträgen oder anderen Mitteln, die Kontrolle über die Gesamtheit oder Teile eines oder mehrerer Unternehmen erhalten;
- die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das alle Funktionen einer autonomen Wirtschaftseinheit nachhaltig wahrnimmt.

Entsprechend bedeutet der Begriff des Zusammenschlusses im UEMOA-Kartellrecht nicht unbedingt das Wegfallen der Rechtsautonomie oder die Unterwerfung unter eine einzige Kontrolle. Entscheidend ist die Zusammenfassung unter einer einheitlichen Leitung durch Aufgabe der wirtschaftlichen Eigenständigkeit der betroffenen Unternehmen.⁵⁹³ Kontrolle ist daher der Schlüsselbegriff für die Konzentration des Wettbewerbs in der UEMOA. Art. 4 Abs. 3 definiert allerdings den Begriff der Kontrolle nicht, sondern setzt diesen voraus und nennt lediglich die Möglichkeiten, wie eine solche erreicht werden kann.

Der Begriff des Zusammenschlusses kann definiert werden als Erwerb der Kontrolle durch ein anderes Unternehmen, so dass es einen entscheidenden Einfluss auf das Unternehmen ausüben kann.⁵⁹⁴ Kontrolle ist daher die Fähigkeit, maßgeblichen Einfluss auszuüben, d.h. die Fähigkeit, die strategischen, kommerziellen und wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen des betreffenden Unternehmens zu beeinflussen.⁵⁹⁵ Zwei Ansätze können verwendet werden, um die Kontrolle eines Unternehmens zu bestimmen.⁵⁹⁶ Der ökonomische Ansatz betrachtet diejenigen Elemente als relevant, welche die Wirtschaftskraft eines Unternehmens gegenüber einem anderen widerspiegeln; aus der Einzigartigkeit des Entscheidungsprozesses wird auf die Existenz eines Zusammenschlusses rückgeschlossen. Im Gegensatz dazu führt der rechtliche Ansatz dazu, dass eine Kontrolle vorliegt, wenn die Kontrolle bei der Person liegt, die die rechtliche Befugnis, sie auszuüben, hat. So definiert Art. 174 des Einheitlichen Akts vom 17. April 1997 über das Recht der Handelsgesellschaften und wirtschaftlichen Interessengruppen der OHADA⁵⁹⁷ die Kontrolle über ein Unternehmen als die effektive Ausübung von Entscheidungsbefugnissen innerhalb dieses Unternehmens. Dieser Ansatz hat den Vorteil, dass er die Rechtssi-

593 Siehe *Lyon-Caen, Gerard* : *Revue trimestrielle de droit européen* 2, 1966, S. 669.

594 Siehe *Zachmann, Jacques*: *Le contrôle communautaire des concentrations*, S. 13.

595 Siehe Entscheidung der Europäischen Kommission vom 12. März 1993, *Ericsson/Hewlett-Packard*, ABl. C83 vom 24. März 1993, Slg. 1993, S. 5.

596 Siehe *Zachmann, Jacques*: *Le contrôle communautaire des concentrations*, LGDJ, 1994, S. 23.

597 ABl. OHADA Nr. 2 vom 1. Oktober 1997.

cherheit erhöht, er hat aber den Nachteil, dass er die wirtschaftliche Realität nicht zwingend widerspiegelt, da es sich um ein formales Kriterium handelt.

Die Kontrolle über ein Unternehmen kann auf verschiedene Weise erlangt werden. Die erste Modalität ist die Fusion von zwei oder mehr zuvor unabhängigen Unternehmen. Da die UEMOA über keine gesellschaftsrechtlichen Vorschriften verfügt, mussten die Modalitäten der Verschmelzung im Einheitlichen Gesetz über das Recht der Handelsgesellschaften und wirtschaftlichen Interessenvereinigungen der OHADA festgelegt werden; alle UEMOA-Mitgliedstaaten gehören dieser Organisation an, und ihre einheitlichen Gesetze bilden das in allen ihren Mitgliedstaaten geltende Gesellschaftsrecht. Art. 189 dieses Einheitlichen Akts definiert einen Zusammenschluss als den Vorgang, durch den sich zwei Unternehmen zu einer einzigen Gesellschaft zusammenschließen, sei es durch Gründung einer neuen Gesellschaft oder durch Aufnahme der einen Gesellschaft durch die andere. Nach dieser aus dem Gesellschaftsrecht stammenden Definition ist die Fusion die vollständigste Form des Zusammenschlusses. Sie führt zur absoluten Konzentration,⁵⁹⁸ sie hebt die rechtliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit der Teilnehmer vollständig auf.⁵⁹⁹ Nach dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft kann eine Fusion als Vorgang beschrieben werden, bei dem die Eigentümer eines Unternehmens alle Vermögenswerte und Verbindlichkeiten gegen Barzahlung oder Wertpapiere übertragen.

Die zweite in Art. 4 Abs. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA genannte Art des Zusammenschlusses ist der Erwerb der Gesamtheit oder eines Teils eines Unternehmens durch Kapitalbeteiligung, Erwerb von Vermögenswerten, durch Vertrag oder auf andere Weise. Dieser Erwerb kann mittelbar oder unmittelbar erfolgen. Ihr rechtlicher Rahmen fällt sowohl unter das UEMOA-Wettbewerbsrecht unter dem Gesichtspunkt der Auswirkungen auf den Wettbewerb als auch unter das OHADA-Recht bezüglich der gesellschaftsrechtlichen Regeln. Die Angleichung dieser Art von Zusammenschluss an eine Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung kann dazu führen, dass alle Möglichkeiten für das externe Wachstum von Unternehmen in der Region UEMOA verhindert und verboten sind.

598 Siehe *Richard, Routier*: Les fusions de sociétés commerciales, prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements, S. 8.

599 Siehe *Jean-Pierre, Bertrel / Michel Jeantin*: Acquisitions et fusions des sociétés commerciales Litec Lexis Nexis, 1991, S. 487.

Schließlich ist es möglich, ein *Joint Venture* zu gründen. Ein solcher Zusammenschluss besteht für die betroffenen Unternehmen in der Schaffung einer neuen Rechtsform, die von den Muttergesellschaften unabhängig ist und die für die Durchführung einer Reihe von Transaktionen verantwortlich ist. Das Gemeinschaftsunternehmen ist ein Instrument zur gleichberechtigten Zusammenarbeit.⁶⁰⁰ Damit stellen sich an sich schon wichtige Fragen zum kartellrechtlichen Schutz des Wettbewerbs, insbesondere weil dadurch Absprachen zwischen den Muttergesellschaften gefördert werden können. Diese Schwierigkeit bei der Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen wird noch verstärkt, wenn es darum geht, sie im Hinblick auf das Recht der marktbeherrschenden Stellung zu analysieren.

Die in Art. 4 Abs. 3 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA genannten Maßnahmen sind Strukturmaßnahmen. Sie führen zu Strukturveränderungen der beteiligten Unternehmen, stellen aber für sich genommen noch keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar. Dies ist nur möglich, wenn bestimmte weitere Bedingungen erfüllt sind.

Die Gleichsetzung bestimmter Zusammenschlüsse mit einer missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung spiegelt eine Ausweitung der marktbeherrschenden Stellung auf die Wirtschaftsmacht wider, die schwieriger zu erkennen ist. Die in Art. 4 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA genannten Zusammenschlüsse sind unter Berücksichtigung der Marktstruktur daraufhin zu prüfen, ob sie zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen. Tatsächlich geht der Zusammenschluss mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen einher, da Art. 4 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA ausdrücklich auf Zusammenschlüsse verweist, die eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken, die von einem oder mehreren Unternehmen gehalten wird und durch die ein wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich behindert wird.⁶⁰¹ So verbietet das UEMOA-Wettbewerbsrecht – ebenso wie das europäische Recht – nicht die Bildung wirtschaftlicher Macht durch eine marktbeherrschende Stellung, sondern erst deren Missbrauch. Sie verbietet nur das, was das Entstehen eines wirkamen Wettbewerbs beeinträchtigt. Die Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist das Kriterium, auf dem die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmen gründet. Hingegen ist die Aufrechterhaltung eines effektiven

600 Siehe *Michel, Germain / Georges Rippert: Traité de droit commercial*, T.1, présenté par M. Germain/ L. Vogel, S. 1461.

601 Siehe *Michel Germain/Georges Rippert: Traité de droit commercial*, T.1, présenté par M. Germain/ L. Vogel, S. 626.

Wettbewerbs das Kriterium, nach dem Fusionen im Bereich der UEMOA bewertet werden. Denn die Existenz eines wirksamen Wettbewerbs darf nicht zugunsten der wirtschaftlichen Konzentration geopfert werden. In einer solchen Hypothese könnte die strafrechtliche Verantwortlichkeit der fusionierenden Unternehmen insofern umgelenkt werden, als sie das freie Spiel des Wettbewerbs verzerren.

Es scheint jedoch, dass die wirtschaftliche Konzentration als eine Notwendigkeit für die Vollendung und Vertiefung des UEMOA-Binnenmarktes angesehen wird.⁶⁰² Sie ermöglicht es, die Wettbewerbsfähigkeit der Unions-Unternehmen zu erhöhen, indem sie die Entstehung von „gemeinschaftlichen und nationalen Champions“ fördert, die mit internationalen Unternehmen innerhalb und außerhalb der Gemeinschaft zu konkurrieren in der Lage sind. Sie kann auch dazu beitragen, die Wachstumsbedingungen zu verbessern und den Lebensstandard der Menschen in der Union zu erhöhen. Sie hat daher eine wirtschaftliche Legitimität, die es zu fördern gilt, wobei das Erfordernis eines wirksamen Wettbewerbs zu respektieren ist. In diesem Zusammenhang sieht Art. 4 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA eine doppelte Bedingung für die Gleichsetzung eines Zusammenschlusses mit einer missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung vor. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so gilt der Zusammenschluss nicht als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung:

Erstens muss der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken. Dieses Erfordernis stellt an sich keine Schwierigkeit dar. Die marktbeherrschende Stellung ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Unternehmen oder eine Unternehmensgruppe in der Lage ist, aufgrund der vorhandenen Wirtschaftsmacht einen wirksamen Wettbewerb weitgehend auszuschließen. Die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung liegt dann vor, wenn die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen vor dem Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung inne hatten und der Zusammenschluss zu einer solchen führt. Damit sind die Voraussetzungen deutlich enger als im Recht der Europäischen Union, in der das europarechtliche Verbot von Zusammenschlüssen durch

602 Die Suche nach kritischen Größen ist ein Element der Industriestrategie. Die globalisierte Wirtschaft erfordert das Erreichen einer Schwelle der Wettbewerbsfähigkeit, die nur durch Wachstum, intern oder extern, erreicht werden kann. Kritische Größen können zu einer besseren Rentabilität führen und bieten bessere Wachstumsaussichten.

die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 nicht mehr an die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gebunden ist.⁶⁰³

Zweitens muss der Zusammenschluss zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt führen. Nach einem Teil der Lehre ist der Begriff des effektiven Wettbewerbs ein offener Begriff, der geeignet ist, einen Handlungsrahmen für die Ziele der Union darzustellen.⁶⁰⁴ In diesem Zusammenhang wird den Aufsichtsbehörden ein großer Ermessensspielraum bei der Konkretisierung dieses Begriffs eingeräumt. Dies gilt auch für die nationalen Gerichte, die bei der Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der fusionierenden Unternehmen zu beurteilen haben, ob sie dem Begriff Inhalte im Hinblick auf die Ziele der Union hinzufügen, soweit diese in erster Linie teleologische Natur sind. Es gilt einen funktionsfähigen Wettbewerb zu schützen. Ein unverfälschter Wettbewerb setzt aber das Bestehen eines wirksamen Wettbewerbs voraus, d.h. einen Grad des Wettbewerbs, der erforderlich ist, um den grundlegenden Anforderungen und Zielen des Vertrags gerecht zu werden; dabei wird akzeptiert, dass Art und Intensität des Wettbewerbs je nach den betreffenden Produkten oder Dienstleistungen und der Wirtschaftsstruktur der betroffenen sektoralen Märkte unterschiedlich sein können.⁶⁰⁵

Dieser Inhalt ist pragmatisch. Der Schutz des Wettbewerbs existiert nicht nur wegen der Wahrung des Rechts auf Zugang zum wirtschaftlichen Wettbewerb. Ein wirksamer Wettbewerb besteht in der Existenz des wirtschaftlichen Wettbewerbs selbst. Es muss eine aktive, tatsächliche oder potenzielle wirtschaftliche Rivalität bestehen. Im letzteren Fall wird die bloße Androhung der Möglichkeit des Markteintritts von Wettbewerbern als ausreichend angesehen.

Der Inhalt ist zudem zeitlich begrenzt. Ein wirksamer Wettbewerb drückt nicht den Zustand des Wettbewerbs zu einem bestimmten Zeitpunkt, keine statische Vision des wirtschaftlichen Wettbewerbs aus. Er be-

603 Es handelt sich um die Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

604 Siehe *Louis, Vogel/Bertrand, Goldman/Antoine, Lyon-Caen: Droit commercial européen*, S. 294.

605 Vgl. EuGH, 25. Oktober 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG / Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Selektive Vertriebssysteme*, Rechtsache 26-76, Slg. 1977, S. 01875.

zieht sich auf Wettbewerbsbeziehungen, die über einen mehr oder weniger langen Zeitraum bestehen.⁶⁰⁶

Damit der Zusammenschluss einen Verstoß gegen die Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA darstellt, muss der Wettbewerb daher erheblich behindert werden. Dieses Erfordernis verlangt von der Aufsichtsbehörde eine quantitative Bewertung der Auswirkungen des Zusammenschlusses in dem allgemeinen Kontext, in dem er durchgeführt wird. Mit anderen Worten: Die Auswirkungen des Zusammenschlusses müssen im Verhältnis zu den allgemeinen strukturellen Merkmalen des Marktes, zu denen die Verteilung der Marktanteile und die Marktzutrittsschranken gehören, bewertet werden.

Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung stellt ein verbotenes Verhalten nach dem UEMOA-Recht dar und begründet eine buß- und strafrechtliche Verantwortlichkeit. Daraus folgt, dass allein die Begehung des materiellen Rechts ausreicht, um den Sanktionstatbestand zu erfüllen. Dieser Grundsatz ist in Art. 88 b UEMOAV festgelegt. Er verbietet nicht die beherrschende Stellung auf dem Markt,⁶⁰⁷ sondern die Ausnutzung dieser Stellung. Nach den Bestimmungen des Vertrags und der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA⁶⁰⁸ ist der Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen verboten, da dies mit der Schaffung und Erhaltung eines Gemeinsamen Marktes unvereinbar ist. Dieses Verbot gilt auch für Verhaltensweisen, die einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gleichkommen, insbesondere für Zusammenschlüsse, die eine marktbeherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen begründen oder verstärken und dazu führen, dass der wirksame Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich behindert wird (Art. 4 Abs. 4.1 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA).

606 Vgl. EuGH, 25. Oktober 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG / Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Selektive Vertriebssysteme, Rechtsache 26-76, Slg. 1977, S. 01875.

607 Siehe *Dannecker, Gerhard/Fischer-Fritsch, Jutta*, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 20. „Art. 86 EWG wendet sich nicht gegen den Erwerb von Marktmacht, sondern gegen eine exzessive Ausnutzung des Wettbewerbsvorsprungs. Konsequenterweise sind daher Unternehmen dem Anwendungsbereich von Art. 86 EWGV auch nicht entzogen, wenn ihre Monopolstellung aufgrund nationaler Gesetze oder sonstiger staatlicher Einflußnahme (z.B. Beileihung) von außen entstanden ist.“

608 Art. 88 b UEMOAV und Art. 4, Abs. 4.1 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

In den Rechtsvorschriften der UEMOA werden die Verhaltensweisen, die den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen, aufgezählt (Art. 4 Abs. 4.1 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA): Die unmittelbare oder mittelbare Auferlegung von Kauf- oder Verkaufspreisen oder anderer unlauterer Handelsbedingungen; das Einschränken der Produktion, der Märkte oder der technischen Entwicklung zum Nachteil der Verbraucher; das Anwenden von ungleichen Bedingungen gegenüber den Handelspartnern für gleichwertige Leistungen und die damit einhergehende Benachteiligung des Wettbewerbs; das Abhängigmachen des Abschlusses eines Vertrages von der Bedingung, dass die Partner zusätzliche Dienstleistungen annehmen müssen, die ihrer Natur nach oder nach dem Handelsbrauch nicht mit dem Gegenstand solcher Verträge zusammenhängen. Zusammenschlüsse, die eine marktbeherrschende Stellung eines oder mehrerer Unternehmen begründen oder verstärken, erfüllen gleichermaßen den Sanktionstatbestand erfüllen. Diese Bestimmungen sind identisch mit denen von Art. 86 der Verträge von Rom. Während der UEMOA-Gesetzgeber die Zusammenschlüsse als eine Art Unterkategorie der Variante des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung festschreibt, unterscheidet das europäische Recht zwischen Zusammenschlüssen als Kartellen und dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.⁶⁰⁹ Im europäischen Recht wird der Zusammenschluss nicht dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gleichgesetzt, während im UEMOA-Recht ein Zusammenschluss als solcher verboten ist.⁶¹⁰ Nach europäischem Recht wird ein Zusammenschluss nur dann als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung geahndet, wenn er darauf abzielt, den wirksamen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt erheblich zu beeinträchtigen.

Es gibt somit viele Kriterien, nach denen das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt werden kann. Das bedeutendste Kriterium ist der Marktanteil eines Unternehmens auf dem betreffenden Markt. Dieser wird berechnet, indem die Verkäufe des betreffenden Unterneh-

609 Siehe *Cas, Gérard, Bout, Roger, Petit, Etienne*: *Lamy droit économique* 1996, S. 647-677; *Chavrier, Henri* (u.a.): *Chronique générale de jurisprudence communautaire*: janvier 1997-décembre 1998. Troisième partie: Les règles de concurrence applicables aux entreprises, S. 179-196; *Gautron, Jean-Claude*: *Droit européen*, S. 180-181; *Kyelem, Apollinaire*: *Revue burkinabé de droit* 1997, S. 204-225.

610 Gemäß Art. 88 b UEMOAV und Art. 4 Abs. 4.1 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

mens und die seiner Mitbewerber miteinander verglichen werden.⁶¹¹ Reicht der Marktanteil allein nicht aus, um das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung festzustellen, so müssen die Gemeinschaftsbehörden zusätzliche Kriterien zur Beurteilung des Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung anwenden, so z.B. den Grad der vertikalen Integration des Unternehmens, die Finanzkraft des Unternehmens oder der Gruppe oder das Bestehen von Marktzutrittsschranken. Marktzutrittsschranken können in rechtlichen und regulatorischen Hindernissen oder in spezifischen Merkmalen des Funktionierens des relevanten Marktes liegen, einschließlich beispielsweise der technologischen Komplexität des Produktmarktes, der Schwierigkeit, die erforderlichen Rohstoffe zu beschaffen, und wettbewerbswidriger Verhaltensweisen bereits etablierter Lieferanten.⁶¹² Die UEMOA-Kommission verwendet bei der Bestimmung, ob eine marktbeherrschende Stellung, d.h. der Marktanteil der Parteien, vorliegt, dieselben Kriterien wie für die Beurteilung wettbewerbswidriger Vereinbarungen, nachdem sie den relevanten Markt zuvor genau als Ergebnis der Kombination zwischen dem relevanten Produktmarkt und dem relevanten geografischen Markt bestimmt hat.⁶¹³ Unter diesem Gesichtspunkt könnte beispielsweise das geografische Gebiet eines Mitgliedstaats, unabhängig von seinem wirtschaftlichen Gewicht, als bedeutender Teil des Gemeinsamen Marktes angesehen werden.

Art. 89 Abs. 3 UEMOAV legt allgemeine Ausnahmen fest und sieht zu diesem Zweck vor, dass der Ministerrat auch Vorschriften erlassen kann, welche die Verbote des Art. 88 präzisieren oder begrenzte Ausnahmen von diesen Vorschriften vorsehen, um besonderen Situationen Rechnung zu tragen; solche Ausnahmen sind im abgeleiteten Wettbewerbsrecht nicht vorgesehen, soweit es sich um die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung handelt. Es besteht daher ein Mangel an Klarheit bezüglich der Ausnahmen im UEMOA-Wettbewerbsrecht. Diese sollten die Kommission und das Gericht klären, da die Verbote des Art. 88

611 EuGH, 29. Februar 1968, Fall 29/67, Parke-Davis, Slg. 1965-1968, S. 00457; EuGH, 18. Februar 1971, Sirena, Rechtsache 40/70, Slg. 1971, S. 00069; EuGH, 8. Juni 1971, Deutsche Gramophon, Rechtsache 78/70, Slg. 1971, 1971, S. 00487; EuGH, 6. April 1995, RTE, Magill, Verbundene Sache C-241/91 und C-242/91 P, Slg. 1995, S. I-743; *Georges, Decocq*: *Revue communication, commerce, électronique* 2005, S. 1-43.

612 *Coulibaly, Abou Saib*, *Revue burkinabé de droit* 2003, S. 8 ff.

613 Anmerkung 4 des Anhangs 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vom 23. Mai 2002 über Kartellverfahren innerhalb der westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion.

wettbewerbswidrige Vereinbarungen, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sowie öffentliche Beihilfen betreffen.

Nach dieser Analyse basieren die von den kartellrechtlichen Bestimmungen der UEMOA übernommenen Lösungen auf denen der Europäischen Union, die schrittweise bei der Regulierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen von Unternehmen übernommen worden sind.⁶¹⁴ Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist insofern problematisch, als die Voraussetzungen in den beiden Gemeinschaften nicht im gleichen Kontext stehen. Denn in der UEMOA gibt es einen starken informellen Markt, der sogar Vorrang hat.⁶¹⁵ Es besteht auch ein erhebliches Defizit bei der Modernisierung der Wirtschaft, was es schwierig macht, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu beurteilen. In diesem Kontext des freien wirtschaftlichen Wettbewerbs zwingen nicht ansässige multinationale Unternehmen lokale Unternehmen dazu, wirtschaftlich abhängig zu bleiben. Dies zeigt sich am Beispiel des Senegals in der Sache *Syndicats des Agences de Voyages et de Tourisme du Sénégal* gegen *Air France*. Der Streit entstand durch die Entscheidung von Air France, den Provisionssatz für Reisebüros von 9% auf 7% zu senken. Eine solche Reduzierung führte zu einem Umsatzrückgang der Agenturen um 33%. Die Gewerkschaft der Reisebüros verwies die Angelegenheit an die Nationale Wettbewerbskommission, die am 27. Dezember 2002 eine Entscheidung gegen Air France traf und zu dem Schluss kam, dass eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung in Bezug auf das Zielgebiet Frankreich-Senegal-Frankreich, das von dem genannten Unternehmen besetzt ist, und den Zustand der wirtschaftlichen Abhängigkeit, in dem sich bestimmte Reisebüros gegenüber dem Unternehmen befinden, vorlag. Nach Ansicht der nationalen Wettbewerbskommission bestand der mißbräuchliche Vorgang darin, dass die Gesellschaft Air France den Reisebüros einseitig einen Tarif auferlegte, dem sie sich unterwerfen mussten und den sie nicht akzeptiert hätten, wenn sie unabhängig gewesen wären.⁶¹⁶ Dieser Fall zeigt die Fragilität, in die der Vertrag lokale Unternehmen bringen kann, die nicht über

614 *Coulibaly, Abou Saib*, *Revue burkinabé de droit* 2003, S. 8 ff.

615 Das erhebliche Gewicht des Schattensektors variiert von Land zu Land zwischen 40 % und 75 % des BIP. Dort sind zwischen 50 % und 80 % der Arbeitskräfte beschäftigt; *Tchapga, Flavien*: *Concurrences* 2013, S. 13 ff.

616 *Diawara Mouhamadou*, *Forum mondial sur la concurrence*, 2005, S. 3.; *Diawara, Mouhamadou*: *Séminaire pour les autorités francophones de la concurrence* 2006 abrufbar unter: <https://accf-francophonie.org/publication/actes-du-5e-congres/>, besucht am 29.05.2020; *Thiam, Abou Abel*: in *Jeune Afrique* 2015, abrufbar unter: <http://www.jeuneafrique.com/archives-thematique/air-france-condamn-e-au->

die gleichen wirtschaftlichen Ressourcen verfügen wie Unternehmen, die sich in diesem geografischen Gebiet niederlassen, während jede Form der Intervention der UEMOA-Mitgliedstaaten in den Wettbewerbsprozess strengstens verboten ist.

b. Vorliegen und Nachweis einer marktbeherrschenden Stellung

Die Anforderungen an den Nachweis des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung sind flexibel. Dies liegt in der objektiven Definition des Marktmissbrauchs begründet. Verstöße gegen Art. 88 b UEMOAV erfordern weder den Nachweis einer wettbewerbswidrigen Absicht oder einer wettbewerbswidrigen Wirkung (**aa.**) noch den Nachweis der Kausalität zwischen dem Missbrauch und der marktbeherrschenden Stellung (**bb.**).

aa. Absicht und wettbewerbswidrige Wirkung des Missbrauchs

Gemäß Art. 22 Abs. 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA muss die Kommission eine Geldbuße verhängen, wenn sie über Beweise verfügt, dass das Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig einen Wettbewerbsverstoß begangen hat. Damit das Verhalten eines Unternehmens in marktbeherrschender Stellung als missbräuchlich im Sinne von Art. 88 b UEMOAV eingestuft werden kann, muss nicht nachgewiesen werden, dass das Unternehmen die Absicht hatte, seine Mitbewerber oder Kunden zu schädigen. Die Tatsache, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen seine Stellung derart stärkt, dass die Freiheit des Verbraucherverhaltens auf dem Markt ernsthaft beeinträchtigt wird, stellt nämlich einen Missbrauch dar, unabhängig vom Verschulden und unabhängig von den zu diesem Zweck eingesetzten Mitteln oder Verhaltensweisen.⁶¹⁷ Folglich kann ein

s-n-gal, besucht am 22.08.2015 um 17:30. Die vom senegalesischen Richter festgelegten Kriterien sind die gleichen wie die vom Mailänder Richter in der Rechtssache *Viaggiare c/ Ryanair* gewählten, um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung festzustellen, Gericht Mailand, 4. April 2013, *Viaggiare c/ Ryanair*, RG 58968/2010; in diesem Zusammenhang siehe Anmerkung 3 des Anhangs 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vom 23. Mai 2002 über Kartellverfahren innerhalb der westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion.

⁶¹⁷ Siehe EuGH, 21. Februar 1973, *Europemballage Corporation und Continental Can Company / Kommission*, Slg. 1973, S. 215.

Unternehmen nicht das Fehlen von „Feindseligkeit“ oder wettbewerbswidrigen Motiven geltend machen, um den Vorwurf des Missbrauchs zu entkräften.⁶¹⁸

Obwohl der Nachweis einer wettbewerbswidrigen Absicht nicht erforderlich ist, um einen Verstoß gegen Art. 88 b UEMOAV festzustellen, kann nicht ausgeschlossen werden, dass er bei der Beschreibung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung berücksichtigt werden kann. Der Fall *Microsoft* veranschaulicht, mit dem sich die europäische Kommission befasst hat, bestätigt, dass die Absicht bei der Charakterisierung eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durchaus berücksichtigt werden kann. In diesem Verfahren stützte sich die Behörde, um die wettbewerbswidrige Verhaltensweise zu charakterisieren, auf Beweise für die wettbewerbswidrige Absicht des Unternehmens, einschließlich einer Rede von Bill Gates im Februar 1997 über den Außendienst von Microsoft, in der er ausführte: *„Was wir derzeit versuchen, ist, unsere Kontrolle über Server zu nutzen, um neue Protokolle zu entwickeln und Sun und Oracle speziell auszuschließen, während wir mit PC- und (WISE-)Herstellern sowie anderen zusammenarbeiten. Heute weiß ich nicht, ob wir Erfolg haben werden oder nicht, aber das ist es, was wir versuchen zu tun.“*⁶¹⁹ Gleiches gilt nach Auffassung der Europäischen Kommission für wettbewerbswidrige Absichten in Fällen betrügerischer Verhaltensweisen, die dazu dienen, bestimmte Behörden irreführen. So hat die Kommission das Pharmaunternehmen AstraZeneca im Jahr 2004 mit einer Geldstrafe von 60 Mio. € belegt, weil es mehreren nationalen Patentämtern im EWR irreführende Informationen zur Verfügung gestellt hatte, die es ihm erlaubten, illegal einen erweiterten Schutz für eines seiner Flaggschiffe durch ergänzende Schutzzertifikate zu erhalten.⁶²⁰

Im Hinblick darauf, dass die Beurteilung des Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens zwangsläufig eine Bewertung der von diesem Unternehmen verfolgten Geschäftsstrategie erfordert, sind für die Feststellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung subjektive Fak-

618 Siehe EuGH, 9. September 2010, Tomra Systems ASA und andere Kommissionen, Rechtsache C-549/10 P, Digital Reports 2010, ECLI:EU:C:2012:22.

619 Kommission vom 24. Mai 2004, Sache COMP/C-3/37.792 – Microsoft, ABl. L 32, 6.2.2007, S. 23.-28.

620 Komm 2006/857/EGSache COMP/A.37.507/F3 – AstraZeneca, ABl. L 332, 30. November 2006, S. 24-25.

toren, d.h. die der betreffenden Geschäftsstrategie zugrunde liegenden Motive, heranzuziehen.⁶²¹

Hierbei ist allerdings insbesondere die Beweiskraft interner Dokumente bezüglich wettbewerbswidriger Absichten nicht unproblematisch. In allen Unternehmen, seien sie marktbeherrschend oder nicht, schreiben Vertriebsteams nachteilige Dokumente, wenn es um ihre Mitbewerber geht. In den Vereinigten Staaten stellte Richter Posner im Fall *Olympia* fest, dass dies normal und sogar wünschenswert sei.⁶²² Daher sollte nicht jedes wettbewerbsfeindliche Dokument als Beweis für wettbewerbswidrige Absichten und damit für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ausgelegt werden.⁶²³ Dies bedeutet jedoch nicht, dass solche internen Dokumente überhaupt keine Beweiskraft haben. Sofern sie präzise und konsistent sind, zumal wenn sie durch weitere Dokumente ergänzt werden, können interne Dokumente eines Unternehmens Auskunft über seine Wettbewerbsstrategie geben und sind daher geeignet, die Beschreibung und Begründung eines Szenarios der Wettbewerbsbeeinträchtigung abzu-

621 So auch EuGH, 19.04.2012, C-549/10, P, Tomra Systems ASA, ECLI: EU: C: 2012:221, Rn. 19.

622 Siehe *Olympia Equipment Leasing Company and others v Western Union Telegraph Company*, seventh circuit, 797 F. 2d 370: “We add, what has become an antitrust commonplace, that if conduct is not objectively anticompetitive the fact that it was motivated by hostility to competitors (“these turkeys”) is irrelevant... The importance of intent in such fields as tort and criminal law makes it natural to suppose that it should play an important role in antitrust law as well as, for an antitrust violation is a statutory tort. But there is an insoluble ambiguity about anticompetitive intent that is not encountered in the ordinary tort case. If A strikes B deliberately, we are entitled to infer, first, that A’s act was more dangerous than if the blow had been accidental (you are more likely to hurt someone if you are trying to hurt him than if you are trying, however, ineptly, to avoid hurting him, as in the typical accident case), and, second, that the cost of avoidance to the injurer would have been less than if the purpose the blow had been accidental; indeed, the cost of forbearing to commit an act of deliberate aggression is negative, because the act requires effort. Similar inferences would be possible in antitrust cases if the purpose of the antitrust law were to protect the prosperity or solvency (corresponding to the bodily integrity of potential tort victims) of competitors, but it is not. Competition, which is always deliberate, has never been a tort, intentional or otherwise... If firm A through lower prices or a better or more dependable product succeeds in driving competitor B out of business, society is better off, unlike the case where A and B are individuals and A kills B for B’s money. In both cases the “aggressor” seeks to transfer his victim’s wealth to himself, but in the first case we applaud the result because society as a whole benefits from the competitive process. That Western Union wanted to “flus these turkeys” tells us nothing about the lawfulness of its conduct.”

623 Siehe Petit, Nicolas: *Droit européen de la concurrence*, S. 314.

sichern. Somit kann die Absicht bzw. das Fehlen der Absicht für die Sanktionierung eines Verstoßes gegen Art. 88 b UEMOAV relevant sein.

Der Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung setzt nicht voraus, dass sich das Geschäftsverhalten wettbewerbswidrig auf den relevanten Markt ausgewirkt hat. Es reicht aus, dass das Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens geeignet war, den Wettbewerb zu beeinträchtigen. Es muss daher nur nachgewiesen werden, dass die betroffene Verhaltensweise dazu tendiert, den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben zu beschränken oder dass sie von Natur aus oder wahrscheinlich eine solche Wirkung hat.⁶²⁴

Für die damit einhergehende Vorverlagerung des Wettbewerbsschutzes gibt es gute Gründe: Erstens wäre es unangebracht abzuwarten, bis die Wettbewerbsstruktur tatsächlich beeinträchtigt ist, bevor man eine öffentliche Intervention auf dem Markt ergreift, da es in der Praxis schwierig ist, Wettbewerbsverstöße *ex post* zu beheben, insbesondere den nicht ordnungsgemäß erlangten Marktanteil rückgängig zu machen. Allein solche praktischen Schwierigkeiten rechtfertigen es, dass die Aufsichtsbehörden *ex ante*, d.h. vor dem Auftreten der Auswirkungen eines missbräuchlichen Verhaltens eingreifen können sollten. Ein solcher Eingriff soll die negativen Auswirkungen der Verhaltensweise verhindern. Das Gericht kann daher anordnen, dass das marktbeherrschende Unternehmen die fragliche Verhaltensweise beendet, die geeignet ist, den Wettbewerb auf dem Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben zu beschränken. Zweitens kann eine Verhaltensweise ohne offensichtliche wettbewerbswidrige Auswirkungen dennoch latente wettbewerbswidrige Auswirkungen haben, indem sie beispielsweise den Markteintritt neuer Marktteilnehmer verhindert. Schließlich würde die Anwendung des Art. 88 b UEMOAV vom Auftreten wettbewerbswidriger Auswirkungen abhängig gemacht, so dass die marktbeherrschenden Unternehmen sich der Haftung entziehen könnten, wenn ihr Marktanteil zurückgegangen ist. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Marktanteilsverluste des Unternehmens ohne das fragli-

624 Nach Art. 4 der Verordnung Nr. 02: *“Est incompatible avec le Marché Commun et interdit, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le Marché Commun ou dans une partie significative de celui-ci. Sont frappées de la même interdiction, les pratiques assimilables à l'exploitation abusive d'une position dominante, mises en œuvre par une ou plusieurs entreprises. Constituent une pratique assimilable à un abus de position dominante les opérations de concentration qui créent ou renforcent une position dominante, détenue par une ou plusieurs entreprises, ayant comme conséquence d'entraver de manière significative une concurrence effective à l'intérieur du Marché commun.”*

che Verhalten schneller oder bedeutender gewesen wären, da die Verhaltensweise den Eintritt oder die Expansion potenzieller oder bestehender Mitbewerber auf dem Markt behindern kann.

Damit stellt sich die Frage, wie die Eignung zur Wettbewerbsbeeinträchtigung zu bestimmen ist. Hierfür ist es jedenfalls nicht notwendig, die konkreten Auswirkungen zu bestimmen.⁶²⁵ Vielmehr werden bestimmte Geschäftspraktiken als Quasi-Vermutung der wettbewerbswidrigen Wirkung behandelt, vorbehaltlich bestimmter spezifischer formaler Merkmale: Bei Treuerabatten wird davon ausgegangen, dass sie zu einem Abschottungseffekt durch die Anhebung der Marktzutrittsschranken führen, bei Verkäufen in Verbindung mit einer Hebelwirkung wird eine Ausweitung der marktbeherrschenden Stellung, bei Kampfpreisen ein Abschottungseffekt durch die Ausschaltung konkurrierender Unternehmen angenommen usw., und zwar unabhängig vom Umfang der Verhaltensweise auf dem jeweiligen Markt.

Das Zusammenspiel solcher Annahmen wirft zwei Probleme auf. Erstens kann die Aufsichtsbehörde in einer Logik der Ex-post-Prüfung Tatsachenangaben zurückweisen, die das Vorliegen eines Missbrauchs entkräften. Der Fall *Michelin II*, mit dem sich der EuGH befassen musste, verdeutlicht dieses Problem. Die Befreiung von der Analyse der wettbewerbswidrigen Auswirkungen der betreffenden Verhaltensweisen und sogar die Unkenntnis bestimmter empirischer Daten deuteten darauf hin, dass das Unternehmen trotz der Verhaltensweisen des angeblich marktbeherrschenden Unternehmens kontinuierlich Marktanteile verloren hat. Der EuGH führt diesbezüglich aus:⁶²⁶ „Da es sich zudem um das Verhalten eines Unternehmens in beherrschender Stellung auf einem hierdurch in seiner Wettbewerbsstruktur bereits geschwächten Markt handelt, kann im Geltungsbereich des Artikels 86 jede zusätzliche Beschränkung dieser Wettbewerbsstruktur eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung darstellen.“

Zweitens besteht die Gefahr, dass diese Vermutungen von den Behörden ex ante dazu benutzt werden, um bestimmte Verhaltensweisen ohne jegliche Wahrscheinlichkeitsanalyse per se zu verbieten, unter der scheinbaren Legitimität der präventiven Intervention. Dies würde mehr als in jedem anderen Bereich des Wettbewerbsrechts den Weg für einen behördli-

625 So explizit EuG, 30.09.2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin / Kommission*, T-203/2001, Slg. 2003, S. II-04071

626 Siehe EuGH, 13. 02. 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Kommission*, Slg. 1979, S. 00461, Rn. 123.

chen Missbrauch des Art. 88 b UEMOAV ebnen. Diese Annahmen sind Gegenstand einer echten „doktrinären Schlinge“:⁶²⁷ In der Tat lehrt die empirisch ausgerichtete Wirtschaftswissenschaft, dass viele der oben genannten Verhaltensweisen oft zu Effizienzsteigerungen führen, da der Zweck der Auferlegung von Quasi-Inkompatibilitätsvermutungen darin besteht, das Risiko von Fehlern zu verringern.⁶²⁸ Der präsumtiv normative Ansatz, der auf die Analyse von Ex-post-Daten⁶²⁹ verzichtet, ist fragwürdig und lässt eine hinreichende Vorhersagegenauigkeit vermissen, die ein behördliches Eingreifen legitimieren könnte.

bb. Der Zusammenhang zwischen Missbrauch und Marktbeherrschung

Art. 88 b UEMOAV verbietet nicht die Marktbeherrschung, sondern nur deren missbräuchliche Nutzung.⁶³⁰ Der UEMOA-Vertrag stellt damit einen klaren Zusammenhang zwischen Marktbeherrschung und Missbrauch her. Ungeachtet der Tatsache, dass die Begründung einer marktbeherrschenden Stellung ein wesentliches Element für die Anwendung von Art. 88 b UEMOAV ist, ist es nicht erforderlich, einen kausalen Zusammenhang zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem Missbrauch nachzuweisen. Ein Unternehmen kann seine marktbeherrschende Stellung missbrauchen, ohne notwendigerweise die Marktmacht, die es besitzt, hierfür zu nutzen, so z.B. durch Geschäftspraktiken, die auch von nicht marktbeherrschenden Unternehmen angewandt werden könnten. Die Auslegung, dass die missbräuchliche Ausnutzung der durch eine marktbeherrschende Stellung verliehenen Wirtschaftsmacht das Mittel ist, mit dem der Missbrauch erreicht wurde, wird deshalb auch von den

627 Siehe *Petit, Nicolas*: World Competition 2009, S. 485-503.

628 *Petit, Nicolas*: Droit européen de la concurrence, S. 317.

629 Siehe Report by the European Advisors Group on Competition Policy (EAGCP), An Economic Approach to Article 82, Juli 2005; *D. Geradin* (Hrsg.), GCLC Research Papers on Article 82; *G. Nils and H. Jenkins*: Reform of Article 82: Where the Link between Dominance and Effects Breaks Down, (2005) 11 European Competition Law Review, S. 605.

630 *Dannecker, Gerhard/Fischer-Fritsch, Jutta*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 20.: „Art. 86 EWG wendet sich nicht gegen den Erwerb von Marktmacht, sondern gegen eine exzessive Ausnutzung des Wettbewerbsvorsprungs. Konsequenterweise sind daher Unternehmen dem Anwendungsbereich von Art. 86 EWGV auch nicht entzogen, wenn ihre Monopolstellung aufgrund nationaler Gesetze oder sonstiger staatlicher Einflußnahme (z.B. Beileihung) von außen entstanden ist.“

europäischen Gerichten verworfen.⁶³¹ Dies bedeutet, dass der Begriff des Missbrauchs neben Verhaltensweisen, die nur marktbeherrschenden Unternehmen zugänglich sind, wie z.B. die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Infrastrukturen, zahlreiche Geschäftspraktiken umfasst, die auch von nicht-marktbeherrschenden Unternehmen eingesetzt werden, so der Abschluss von Exklusivverträgen, die Gewährung von Rabatten usw.⁶³² Es muss also nicht der Nachweis geführt werden, dass das betreffende Unternehmen nur deshalb missbräuchlich handeln konnte, weil es eine marktbeherrschende Stellung innehatte. Damit kann sich ein Unternehmen in marktbeherrschender Stellung der Anwendung des Art. 88 b UEMOA nicht entziehen, indem es vorträgt, dass sein Verhalten auch von nicht marktbeherrschenden Unternehmen praktiziert wird oder gängige Praxis auf dem Markt ist. Der Nachweis eines Kausalzusammenhangs zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem Missbrauch ist nicht erforderlich.

Dies wirft die Frage auf, ob der Missbrauch zwingend auf dem Markt erfolgen muss, auf dem das betreffende Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Dies ist zu verneinen, denn wenn ein Kausalzusammenhang zwischen marktbeherrschender Stellung und Missbrauch nicht erforderlich ist, muss der Markt, auf dem der Missbrauch stattfindet, auch nicht derjenige sein, auf dem das Unternehmen die marktbeherrschende Stellung einnimmt. Dies war der Fall in dem europäischen AKZO-Verfahren, in dem ein marktbeherrschender Hersteller auf dem Proxyd-Markt wegen unlauterer Preisgestaltung auf dem nicht beherrschten Markt für Zusatzstoffe für Mehl sanktioniert wurde, weil das marktbeherrschende Unternehmen durch den Ausschluss eines seiner Mitbewerber vom letztgenannten Markt hoffte, es davon abzuhalten, auch am ersten Markt teilzunehmen, den es für sich selbst reservieren wollte. In ähnlicher Weise hat das EuG in der Rechtssache *British Plaster Board* entschieden, in der ein marktbeherrschender Hersteller auf dem Gipskartonmarkt tätig war, der seinen Kunden Vorteile (insbesondere Vorzugslieferungen) auf dem nicht dominierten Gipsmarkt gewährt hatte, weil der Markt sich in einer Knappheitssituation befand, im Gegenzug für exklusive Verpflichtungen. Diese

631 Siehe EuGH, Hoffmann-La Roche & Co. AG / Kommission, Rechtsache C-85/76, Slg. 1979, S. 00461, Rn. 9; siehe auch EuGH, 21. Februar 1973, Europemballage Corporation und Continental Can Company / Kommission, Slg. 1973, S. 00215, Rn. 27.

632 Siehe *Waelbroeck, Michelet/Frignani, Aldo*: in *Commentaire Jacques Mégret*, vol. 4, S. 279; *Lucas de Leyssac, Claude/ Parleani, Gilbert*: *Droit du marché*, S. 896.

Verhaltensweise wurde als missbräuchlich angesehen und als solche sanktioniert.⁶³³ In beiden Fällen wurde der Zusammenhang zwischen Missbrauch und marktbeherrschender Stellung darin gesehen, dass der Missbrauch mit der marktbeherrschenden Stellung in Verbindung gebracht wurde, weil das Verhalten Teil einer umfassenden wettbewerbswidrigen Strategie war. Es ging darum, eine bestehende marktbeherrschende Stellung durch das missbräuchliche Verhalten zu schützen oder die beherrschende Stellung zu erhöhen.

Eine ähnliche Art von Verbindung stellte der EuGH im Fall *Tetra Pak II* fest: Das betroffene Unternehmen, das bei aseptischen Produkten zur Verpackung von Flüssigkeiten marktbeherrschend war, hatte eine fragwürdige Preispolitik auf dem nicht dominierten Markt für nicht-aseptische Produkte verfolgt. Ziel war es, eine neue marktbeherrschende Stellung auf diesem zweiten Markt zu erlangen. Während der Zusammenhang zwischen dem Missbrauch und der Marktbeherrschung in diesem Fall weniger offensichtlich war, war die Annahme berechtigt, dass die Verdrängung auf dem zweiten Markt durch Gewinne finanziert wurde, die auf dem dominierten Markt erzielt wurden.

Interessant ist, dass mit dem *Tetra Pak II*-Urteil eine neue europäische Rechtsprechung entstand: Werden der Missbrauch und die marktbeherrschende Stellung nicht auf demselben Markt ausgeübt, so ist es notwendig, das Bestehen einer Verbindung festzustellen. Der EuGH⁶³⁴ führt diesbezüglich aus, „dass die Anwendung von Artikel 102 das Bestehen eines Zusammenhangs zwischen der marktbeherrschenden Stellung und dem behaupteten missbräuchlichen Verhalten voraussetzt, der normalerweise nicht vorliegt, wenn ein Verhalten auf einem Markt, der sich vom dominierten Markt unterscheidet, Auswirkungen auf denselben Markt hat. Da es sich um getrennte, aber miteinander verbundene Märkte handelt, wie im vorliegenden Fall, können nur besondere Umstände die Anwendung von Artikel 102 rechtfertigen, um auf dem verbundenen Markt befindliche, nicht marktbeherrschende Unternehmen zu leiten und Auswirkungen auf denselben Markt zu haben.“⁶³⁵ Kurz gesagt, der Begriff der Verbundenheit benennt die erforderliche Beziehung zwischen Missbrauch

633 Siehe Entscheidung der Eu-Kommission vom 5. Dezember 1988, BPB Industries plc, Slg. 1989, S. 50-72; siehe auch EuG, 1. April 1993, BPB Industries PLC und British Gypsum Ltd / Kommission, T-65/89, Slg. 1993, S. II-389.

634 EuGH, 14. November 1996, Tetra Pak II, Slg. 1996, S. I-05951.

635 Siehe auch EuG, 1. Dezember 2003, British Airways plc / Kommission, T-219/99, Slg. 2003, S. II-5917.

und Marktdominanz. Allerdings ist dieser Begriff wenig prägnant, erschöpft er sich doch in dem Erfordernis, dass der Missbrauch und die Dominanz auf der gleichen strategischen Ausrichtung beruhen müssen, weil das missbräuchliche Verhalten immer den Zweck oder die Wirkung hat, eine marktbeherrschende Stellung auszunutzen, zu erweitern, zu stärken, zu schützen oder zu festigen.

B. Gesetzliche Regelungen für die Durchsetzung der Verantwortlichkeit für Kartellrechtverstöße in der UEMOA

Im vorangegangenen Teil dieser Arbeit wurden die nach dem UEMOA-Kartellrecht verbotenen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen dargestellt, welche die Verantwortlichkeit der Normunterworfenen begründen können. Wenn ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begangen oder eine wettbewerbswidrige Vereinbarung getroffen wird, stellt sich die Frage, nach welchem Regelwerk Unternehmen, die den Verstoß begangen haben, sanktionsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Die Nichteinhaltung der Bestimmungen der Art. 88 a und b UEMOAV setzt den Normadressaten dem Risiko von Sanktionen aus. Nach dem UEMOA-Kartellrecht gibt es mehrere Formen von Sanktionen zur Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen. Sie können verwaltungs-, zivil- oder strafrechtlicher Natur sein. Diese verschiedenen Sanktionen werden in unterschiedlichen Rechtsordnungen geregelt, haben einen unterschiedlichen Umfang und werden von verschiedenen Behörden verhängt.

Der Begriff der Sanktion ist ein Begriff mit mehreren Bedeutungen. Der UEMOAV⁶³⁶ und seine Durchführungsbestimmungen⁶³⁷ definieren den Begriff der Sanktion nicht. Die Lehre vertritt teilweise die Auffassung, dass sich Sanktionen auf die Idee der Bestrafung einer schuldigen Person beziehen.⁶³⁸ Sanktion bedeute daher die Umsetzung der Rechtsnorm sowie der festgelegten und geschützten Vorrechte, die den gesamten Bereich der streitigen oder anderweitigen Anwendung des Gesetzes oder der Rechte

⁶³⁶ Siehe Art. 89 UEMOAV.

⁶³⁷ Dies sind die Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA und die Art. 22 und 23 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA über Verfahren, die auf Vereinbarungen über marktbeherrschende Stellungen und Missbräuche innerhalb der UEMOA Anwendung finden.

⁶³⁸ Siehe Cornu, *Gérard*: Vocabulaire juridique, 10e édition, S. 941.

abdeckt.⁶³⁹ Sie sei die für den Fall eines Verstoßes gegen eine Rechtsvorschrift vorgesehene Rechtsfolge. Sie verweise auf die Qualität der Rechtsnorm als Verhaltensstandard. Die Sanktion sei daher bei einem rechtswidrigen Verhalten vorgesehen. Die Sanktion sei der zentrale Bestandteil des Gesetzes, der es ermöglicht, es von anderen normativen Systemen wie Moral oder Religion zu unterscheiden. In der Praxis ist das Bestehen der Sanktion so beschaffen, dass die Einhaltung des objektiven Rechts und der subjektiven Rechte des Einzelnen gewährleistet wird. Sodann wird zwischen verwaltungs-, zivil- und strafrechtlichen Sanktionen unterschieden. Die kartellrechtlichen Sanktionen umfassen alle in den Art. 22 und 23 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vorgesehenen Geldbußen und Zwangsgelder sowie die im nationalen Recht vorgesehenen Geld- und Freiheitsstrafen. Weiterhin kann das Schadensersatzrecht zum Sanktionsrecht im weiteren Sinne gerechnet werden, denn auch dieses kann zur Normdurchsetzung eingesetzt werden (*private enforcement*).

Sanktionen sind notwendig, um die Einhaltung einer Vorschrift zu gewährleisten. In Ermangelung von Sanktionen handelt es sich bei den Verordnungen nur um Empfehlungen, deren Befolgung im Ermessen des Betroffenen liegt.⁶⁴⁰ Im Wettbewerbsrecht ist die Sanktion in ihren verschiedenen Formen ein wirtschaftspolitisches Instrument, das in eine globale Vision integriert werden muss. Die wettbewerbsrechtliche Sanktion muss die Effizienz des Wettbewerbs gewährleisten. Sie verfolgt dasselbe Ziel wie die Wettbewerbsregeln, nämlich die Wiederherstellung der ungestörten Wettbewerbsbedingungen. Durch Sanktionen will daher die Gemeinschaft das freie Spiel des Wettbewerbs bewahren und wiederherstellen.⁶⁴¹

Mit der Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen werden verschiedene Ziele verfolgt. Man unterscheidet dabei zwischen den Zielen der Repression, dem Ziel der Abschreckung und dem Ziel der Wiedergutmachung. Unter diesen Zielen fällt die Wiedergutmachung größtenteils nicht in die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörde. Diesen Bereich deckt das Zivilrecht mit der Zivilklage ab. Die übrigen Ziele, die mit Sanktionen verfolgt werden, sind auf Ahndung, Abschreckung und Gewinnabschöpfung gerichtet: Einerseits soll der Schuldige entsprechend dem begangenen Fehlverhalten bestraft (Vergeltung) und von künftigen Rechtsverstö-

639 Siehe Terré, François: Introduction générale au droit, S. 533 ; Molfessis, Nicolas / Terré, François: Introduction générale au droit, S. 710

640 Siehe Bezar, Pierre: in M.A. Frison-Roche, Dalloz 1997, Les enjeux de la pénalisation de la vie économique, S. 13.

641 Siehe Rehbinder, Manfred: Rechtssoziologie, S. 45-48.

ßen abgehalten werden (Spezialprävention). Andererseits sollen diejenigen abgeschreckt werden, die versucht sind, einen solchen Rechtsverstoß zu begehen (negative Generalprävention). Schließlich soll die Bevölkerung in ihrem Vertrauen in die Unzerbrechlichkeit des Rechts gestärkt werden (positive Generalprävention).

Im Gegensatz zu einigen Ländern der Europäischen Union, wie beispielsweise Deutschland, die neben illegalen Vereinbarungen über die Vergabe von Aufträgen keine umfassenden kriminalstrafrechtlichen Sanktionen für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen vorsehen,⁶⁴² kennt die UEMOA eine generelle strafrechtliche Verantwortlichkeit für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen nach dem Strafrecht der Mitgliedstaaten. Seit der Gründung der UEMOA wurde jedoch noch keine Strafe wegen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen verhängt, obwohl die Mitgliedstaaten entsprechende Straftatbestände kennen. Können diese Strafen nur gegen natürliche oder auch gegen juristische Personen verhängt werden?

Ursprünglich ging es beim Wettbewerbsrecht in der UEMOA nur um Zivil- und Verwaltungssachen. Die Tatsache, dass Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht immer von einer Verwaltungsbehörde (der UEMOA-Kommission) geahndet werden, bedeutet nicht, dass sich auch die UEMOA-Mitgliedstaaten auf verwaltungs- und zivilrechtliche Sanktionen beschränken. Sie kennen auch kriminalstrafrechtliche Sanktionen. Die UEMOA erkennt die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen an⁶⁴³, aber gemäß dem Grundsatz, dass die Strafgesetzgebung und die Strafprozessordnung in der Verantwortung der Mitgliedstaaten bleiben, überlässt die UEMOA Art. 5 UEMOAV den Mitgliedstaaten das Recht, strafrechtliche Maßnahmen zur Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu ergreifen. In diesem Sinne sieht die beninische Gesetzgebung die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Praktiken vor, seien es na-

642 Siehe *Dannecker, Gerhard/Müller, Nadja*: in Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Kapitel 19. Rn. 1-396, S. 1173-1334; *Tiedemann, Klaus*: in Tiedemann, Klaus, Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Rechtsgematik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik, Freiburg-Symposium, S. 279.

Heine, Günter: ZStrR 2011, S. 117.

643 Stellungnahme N°003/2000 CJUEMOA vom 27. Juni 2000, Recueil 2008, S. 244-258; Art. 88.a und b TUEMOA.

türliche oder juristische Personen.⁶⁴⁴ Nach Art. 17 des beninischen Strafgesetzbuches (CP) sind juristische Personen für Straftaten, die in ihrem Namen von ihren Organen oder Vertretern begangen werden, kriminal strafrechtlich verantwortlich. Nach Art. 18 des Strafgesetzbuches schließt die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen jedoch nicht die strafrechtliche Verantwortlichkeit natürlicher Personen aus, die Täter oder Mittäter derselben Handlungen sind und nach Art. 19 Absatz 4 sind natürliche Personen, die den Schaden nicht unmittelbar verursacht haben, die aber die Situation, die den Eintritt des Schadens ermöglicht hat, geschaffen oder dazu beigetragen haben oder die keine Maßnahmen zu seiner Vermeidung ergriffen haben, kriminal strafrechtlich haftbar, wenn nachgewiesen wird, dass sie entweder eine besondere, durch Gesetz oder Verordnung vorgesehene Pflicht zur Vorsicht oder Sicherheit offensichtlich vorsätzlich verletzt oder einen schweren Fehler begangen haben, der andere einem Risiko von besonderer Schwere aussetzt, das sie nicht ignorieren können. Artikel 74 des Gesetzes 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin sieht vor, dass das Verfahren in Übereinstimmung mit dem Gewohnheitsrecht durchgeführt wird und die für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen verantwortliche juristische Person mit einer Geldstrafe belegt wird, während natürliche Personen, die die Zuwiderhandlung begangen oder zu ihr beigetragen haben, mit einer Geldstrafe und/oder einer Freiheitsstrafe belegt werden.

Konkret geht es hier darum, einerseits die Grundlage zu untersuchen, auf der die kriminale strafrechtliche Verantwortlichkeit einer juristischen Person in der UEMOA-Region zugerechnet werden kann, und andererseits die Anwendung dieser Verantwortlichkeit auf Unternehmen zu prüfen (I). Darüber hinaus ist es wichtig, die Art der für Verstöße gegen das UEMOA-Wettbewerbsrecht verhängten Strafen zu prüfen, um festzustellen, ob auch hierfür die strafrechtlichen Garantien gelten (II). Bei der Entscheidung, ob Geldbußen im Wettbewerbsrecht strafrechtlicher Natur sind, geht es um die Auswirkungen dieser strafrechtlichen Natur auf das Verfahren, insbe-

644 Auch Frankreich kennt dasselbe Sanktionssystem wie die UEMOA und dere Benin; siehe *Jean, Martin, Folz, Christian, Raysseguier, Alexander Schaub*: Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques Anticoncurrentielles, abrufbar unter www.ladocumentationfrancaise.fr, zuletzt abgerufen am 28.11.2014; *Jean, Coulon*: La dépenalisation du droit des affaires, Rapport au Garde des Sceaux et Ministre de la Justice, Collection des rapports officiels, abrufbar unter www.ladocumentationfrancaise.fr, zuletzt abgerufen am 28.11.2014.

sondere um Rechtsgarantien wie die Unschuldsvermutung und das Recht auf Verteidigung.

I. Die Grundlage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Unternehmens, das nach dem UEMOA-Kartellrecht wettbewerbswidrige Verhaltensweisen begeht, wird zunächst durch den Vertrag und seine Durchführungsbestimmungen und zudem durch das nationale Wettbewerbsrecht der Mitgliedstaaten festgelegt. Der UEMOAV enthält zwar den allgemeinen Grundsatz, dass Kartellrechtsverstöße Straftaten darstellen. Es liegt jedoch in der Kompetenz der Mitgliedstaaten, die notwendigen legislativen Maßnahmen zu ergreifen, um Kartellrechtsverstöße unter Strafandrohung zu stellen. Die UEMOA-Mitgliedstaaten haben lediglich den Wortlaut des Vertrags übernommen. Dies wirft das Problem der Modalitäten der Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens auf, da das Unternehmen nach den Bestimmungen der Auslegungsnotiz Nr. 1 zur Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person sein kann.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen ist in der Tat ein kontrovers diskutiertes Thema. Hier geht es um Straftaten eines Kollektivs, die unter direkter Beteiligung der Organe begangen werden.⁶⁴⁵ Hier stellt sich die Frage, ob eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person begründet werden kann, die durch einen Missbrauch oder durch ihre Autorität die von ihren Mitgliedern begangenen Straftaten fördert. Obwohl es auf den ersten Blick fragwürdig erscheint, Fiktionen zu bestrafen, die keine physische Existenz haben und die von Menschen zu verantwortende Straftaten nicht steuern können, gibt es dennoch den Grundsatz, dass juristische Personen persönlich haftbar sein und bestimmten besonderen Strafen unterliegen können, weil sie in der Lage sind, Straftaten zu begehen. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ging der Gesetzgeber sogar so weit, dass er die Prinzipien der Französischen Revolution aufgab, die die Bildung bestimmter Aggregate innerhalb des Staates nicht erlaubten und er diesen Aggregaten bestimmte Rechte einräumte, die ihre Existenz und Stärke begründeten. So wurden implizit bestimmte

645 Siehe Pella, V. *Vespasien*: L'esprit de corps et les problèmes de la responsabilité pénale, Aperçu sur la criminalité collective, S. 66-67.

Körperschaften und sogar interessierte oder uneigennützige Vereinigungen anerkannt und sogar Interessenverbänden sowie gemeinnützige Vereinigungen anerkannt und ihnen das Recht eingeräumt, zu klagen und verklagt zu werden, wenn ihre Unternehmensinteressen von bestimmten Straftaten betroffen waren. Diese Verbände haben inzwischen umfangreichere Rechte als natürliche Personen. Insbesondere ist gewerkschaftliches Handeln zulässig, nicht nur im Falle eines direkten Schadens, sondern auch im Falle eines allgemeinen Schadens; kollektive Beeinträchtigungen können zu Gewerkschaftsklagen führen, die zwischen Zivilklagen und Verwaltungsklagen einzuordnen sind.⁶⁴⁶

In den UEMOA-Mitgliedstaaten hat es eine legislative Entwicklung gegeben, die dazu geführt hat, dass alle Unternehmen besondere Aktionsmöglichkeiten erhalten haben, die völlig unabhängig von denen sind, die den einzelnen Mitgliedern zustehen. Weiterhin sehen die nationalen Wettbewerbsgesetze die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen vor. Durch die Verankerung dieses Grundsatzes in der nationalen Gesetzgebung haben die UEMOA-Mitgliedstaaten die Formel „*societas delinquere non potest*“, die die Lehre und Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts⁶⁴⁷ dominierte, überwunden und sich gegen die römische Theorie der Fiktion entschieden, die heute nicht mehr als die Realität abbildend verstanden wird.⁶⁴⁸ Es ist notwendig, die Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Unternehmen (1) auf der einen Seite und die kollektiven strafrechtlichen Sanktionen gegen juristische Personen auf der anderen Seite (2) zu behandeln.

646 Siehe Pradel, Jean: Droit Pénal General, S. 405.

647 Siehe Pradel, Jean: Droit Pénal General, S. 68-69.

648 Das gesamte Strafrecht des 19. Jahrhunderts wurde von Savigny's Ideen beeinflusst, der juristische Personen nach der römischen Fiktion als künstliche Schöpfungen betrachtete, die frei von jeglicher Individualität waren, gegen die jede Repression unmöglich erschien. Nach der Fiktionstheorie ist die Verhängung einer Strafe nur gerechtfertigt, wenn der Täter einen freien Willen hat. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit könne nicht begründet werden, wo es keine Freiheit gäbe. Aus diesem Grundprinzip des Strafrechts wurde der Schluss gezogen, dass juristische Personen und andere Verbände nicht strafrechtlich haftbar gemacht werden könnten, weil sie als abstrakte Wesen keinen eigenen Willen hätten. Das Strafrecht kenne keine Fiktionen, es richte sich nur an Menschen, die allein bestraft werden könnten. Juristische Personen arbeiteten oder handelten durch ihre Vertreter; sie könnten daher nicht persönlich haftbar gemacht werden. Es wäre gegen das Gesetz und würde gegen die Gerechtigkeit und die Höchstpersönlichkeit der Strafen verstoßen, eine juristische Person oder eine andere Gesamtheit für die Handlungen ihrer Mitglieder zu bestrafen.

1. Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens

In fast allen UEMOA-Mitgliedstaaten können mittlerweile juristische Personen strafrechtlich sanktioniert werden. Tatsächlich hat die UEMOA in Anwendung des Grundsatzes der Verweisung auf Rechtsvorschriften (*principe de renvoi législatif*) im Bereich des Kartellstrafrechts den Mitgliedstaaten das Recht überlassen, strafrechtliche Sanktionen durch die nationalen Parlamente gemäß den Bestimmungen der Art. 5 und 7 UEMOAV festzulegen. Hiernach sind die Staaten verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zur Anwendung des Vertrags zu ergreifen.

Das UEMOA-Kartellrecht legt damit eine Kompetenzordnung für die Einführung von Normen fest, die dem Gesetzlichkeitsprinzip Rechnung trägt. Bisher haben von den acht Staaten, die derzeit den UEMOA-Raum bilden, alle, mit Ausnahme von Guinea-Bissau, entsprechende Strafgesetze eingeführt.

Das Kartellstrafrecht in der UEMOA basiert auf zwei Hauptquellen, nämlich dem jeweiligen nationalen Recht und dem UEMOAV. Die Einführung eines Wettbewerbsstrafrechts erklärt sich aus der Notwendigkeit, den Wettbewerb zu schützen und die Wirtschaftsteilnehmer zu disziplinieren, deren Streben nach Gewinnerzielung die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung ad absurdum führen kann. Dem Kartellrecht liegt die Erkenntnis zugrunde, dass rein formal verstandene Vertragsfreiheit nur dann das freie Verhandeln der Verträge garantieren kann, wenn gleichzeitig der Markt gegen Wettbewerbsbeschränkungen geschützt ist. Um Wettbewerbsverstöße zu bekämpfen, hat der UEMOA-Gesetzgeber die Einführung von Straftatbeständen durch die Mitgliedstaaten veranlasst, damit Wettbewerbsverstöße bestraft werden können.

Der erklärte Wille der Unterzeichnerstaaten des UEMOAV war es nämlich, einen wirksamen Wettbewerb zwischen den Unternehmen zu schaffen, indem sie versuchten, die Rechtsunsicherheit zu beseitigen, die durch ungleiche nationale Gesetze, aber auch aufgrund der Schwäche der Justizsysteme der verschiedenen Länder entstanden ist.⁶⁴⁹ Damit eine Straftat vorliegt, muss das verbotene Verhalten gesetzlich bestimmt und die Höhe der zu verhängenden Strafe festgelegt werden. Im Strafrecht gilt der Grundsatz „*nullum crimen sine lege*“, dass es keine Strafe ohne Gesetz gibt. Hieraus ergibt sich der Bestimmtheitsgrundsatz, wonach Straftaten dem Bestimmtheitsgebot unterliegen, dies gilt auch für die angedrohten Sanktionen. Eine Handlung oder Unterlassung, so nachteilig sie auch für die

649 Siehe UEMOAV-Präambel.

soziale Ordnung sein mag, darf vom Richter nur dann sanktioniert werden, wenn der Gesetzgeber in einem Gesetz das Verhalten unter Androhung von Strafe verboten hat. Von allen strafrechtlich verankerten Regeln ist der Gesetzlichkeitsgrundsatz das bedeutendste. Häufig werden drei Argumente für die strafrechtliche Gesetzmäßigkeit vorgebracht. Das erste psychologische Argument lautet, dass das Gesetz, bevor es eingreift, warnen muss, damit der Bürger im Vorhinein weiß, was verboten ist und wegen des Normverstoßes bestraft wird. Die zweite Begründung beruht auf dem staatsrechtlichen Argument des Gesellschaftsvertrages. Der Einzelne darf als Individuum, das in der Gesellschaft lebt, nicht von der Gemeinschaft belastet werden, wenn dies nicht durch Gesetz als Ausdruck des allgemeinen Konsenses bestimmt ist. Ansonsten würde er jegliche Freiheit verlieren. Schließlich legt das institutionelle Argument den Grundsatz der Gewaltenteilung fest und überträgt der gesetzgebenden Gewalt als Ausdruck des Volkswillens die ausschließliche Zuständigkeit in dieser Angelegenheit. Es ist allein der Gesetzgeber, der die Befugnis hat, strafrechtliche und verfahrensrechtliche Normen festzulegen, die hinreichend Bestimmtheit sein müssen.

Die derzeit im UEMOA-Recht vorgesehenen Kartellstraftaten sind in Art. 88 UEMOAV vorgegeben und in den nationalen Wettbewerbsgesetzen der Mitgliedstaaten im nationalen Recht umgesetzt. Diese Straftaten sind entweder vorsätzlich oder materiell. Sie setzen die Bösgläubigkeit des Täters voraus. Die Straftatbestände auf nationaler Ebene richten sich sowohl gegen die geschäftsführenden Organe als auch gegen juristische Personen selbst, entsprechend dem UEMOAV, der Unternehmen als Täter der Kartellrechtsverstöße benennt. Hier stellt sich die Frage nach der Grundlage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person (oder Unternehmen als wirtschaftliche Einheit), da das Unternehmen nach der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA eine juristische oder natürliche Person sein kann. Die Frage nach der Fähigkeit der juristischen Person, strafrechtlich verantwortlich zu sein, ist in der Lehre sehr umstritten. Aus diesem Grund wird zum einen die Frage diskutiert, ob juristische Personen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können, und zum anderen festgestellt, dass die Verneinung (a) inzwischen überholt sei, weil es Modelle der Strafverfolgung juristischer Personen gäbe, die aus den Theorien der Straftaten und der kollektiven strafrechtlichen Sanktionen der Gesellschaft (b) abgeleitet würden.

a. Juristische Personen als taugliche Täter

Die Mehrzahl der UEMOA-Mitgliedstaaten sehen in ihren nationalen Rechtsvorschriften strafrechtliche Sanktionen gegen die Täter von Kartellrechtsverstößen vor. Im Benin zum Beispiel sind die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen in Art. 8 und 9 des Gesetzes Nr. 2016-25 verboten. Sie werden ergänzt durch Art. 648 der Strafprozessordnung (CPP) der vorsieht, dass die Bestimmungen dieses Gesetzbuches auch für die Verfolgung, Ermittlung und Verhandlung von Straftaten, die von juristischen Personen begangen wurden, gelten. Das bedeutet, dass auch juristische Personen strafrechtlich verfolgt und bestraft werden können. Die nicht-physische Natur der Person hindert nicht, Träger von Rechten und Pflichten zu sein und Pflichtverstöße begehen zu können.⁶⁵⁰ Gleichwohl wird im Schrifttum teilweise die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen verneint,⁶⁵¹ teilweise aber auch bejaht.⁶⁵²

Die volle Wirksamkeit des Wettbewerbsrechts in den UEMOA-Mitgliedstaaten, insbesondere im Benin, erfordert, dass Kartellrechtsverstöße, soweit sie dem Unternehmen zugutekommen, unter Berücksichtigung der subjektiven Interessen der Opfer bestraft werden. Daher sollen die Unternehmen haftbar gemacht werden, wenn ihnen die verbotene Handlung zugute kommt. Im Folgenden sollen die beiden Positionen einander gegenübergestellt werden: die ontologische Untauglichkeit der juristischen Person, strafrechtlich sanktioniert zu werden (**aa.**) und die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen (**bb.**).

650 Siehe Siehe Ago, Roberto: Le délit international, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1939-11, vol. 68, S. 184; Kelsen, Hans: Allgemeine Staatslehre, S. 62 ff; Burckhardt, Walther: Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten, S. 10 ff.

651 Siehe Macaluso, Alain: La responsabilité pénale des personnes morales et de l'entreprise, *Éléments de droit comparé et étude des articles 100^{quater} et 100^{quinquies} CPS*, S. 57; Graven, Philippe/Junod, Charles-André: in *Mélanges Robert Patry*, S. 363.

652 Siehe Nettesheim, Martin: *Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung*, Mohr Siebeck, 2018, S. 57 ff; Bürger, Sebastian: *ZSTW* 2018, S. 704-744; Dannecker, Gerhard/Müller, Nadja: in Wabnitz/Janovsky/Schmitt, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Kapitel 19. Rn. 1-396, S. 1173-1334; Pradel, Jean/Geert Corstens/Gert Vermeulen: *Droit pénal européen*, S. 834.

aa. Zur ontologischen Untauglichkeit juristischer Personen als
Strafrechtssubjekte

Im Zusammenhang mit der Strafbarkeit juristischer Personen wird als Argument die ontologische Untauglichkeit angeführt,⁶⁵³ um eine strafrechtliche Verantwortlichkeit abzulehnen. Eine solche Verantwortlichkeit sei mit strafrechtlichen Prinzipien unvereinbar. Allerdings sind diese Prinzipien weniger starr und weniger unantastbar, als oft behauptet wird. Sie bilden keinesfalls unüberwindbare Hindernisse für die Zuweisung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit an juristische Personen. Nach der klassischen Straftheorie stößt eine Anerkennung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen auf ein gravierendes Hindernis, nämlich Erfordernis der Schuld juristischer Personen. Das Schuldprinzip gebietet, nur solche Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, die von einer Willensentscheidung abhängig sind. Außerdem muss die Willensentscheidung den an eine selbstbestimmte Entscheidung zu stellenden formalen Anforderungen genügen.⁶⁵⁴ Nach der herrschenden Lehre kommt die Selbstbestimmungsfähigkeit als Voraussetzung strafrechtlicher Schuld nur natürlichen Personen zu, weil nur natürliche Personen einen Willen und ein Gewissen haben. Daher könnten juristische Personen keine Straftaten begehen und seien nicht zurechnungsfähig.⁶⁵⁵ Zudem zeige sich, dass der Begriff der Zurechnungsfähigkeit einen moralischen Vorwurf enthält, der notwendigerweise an die natürlichen Personen geknüpft ist, weil der Straftäter bereits im Voraus wissen muss, dass er nicht allein gegen eine Norm verstößt, sondern auch Unrecht begeht.⁶⁵⁶ Da die juristische Person nicht in der Lage sei, den Schaden in dem ihr zugeschriebenen Verhalten zu erkennen, seien juristische Personen einer Strafe, deren letztendlicher Zweck es wäre, auf das Gewissen des Täters einzuwirken, nicht zugänglich.⁶⁵⁷ Die-

653 Dazu *Papakiriakou, Theodoros*: Das Griechische Verwaltungsstrafrecht in Kartellsachen, S. 279 f.

654 *Frister, Helmut*: Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 33: „Die Schuld definiert sich im Allgemeinen über ein Element des Wissens (die Fähigkeit, Unrecht seiner Tat einzusehen) und des Wollens (die Fähigkeit, frei nach dieser Einsicht zu handeln).“

655 *Macaluso, Alain*: La responsabilité pénale des personnes morales et de l'entreprise, *Éléments de droit comparé et étude des articles 100 quater et 100 quin- quises CPS*, S. 56-57.

656 *Frister, Helmut*: Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 33.

657 *Papakiriakou, Theodoros*: Das Griechische Verwaltungsstrafrecht in Kartellsachen, S. 279 f.

se drei Einwände sind klassische Argumente, die auf die *societatis*-Regel rekrutieren, d.h. auf die Unfähigkeit juristischer Personen, zu handeln, schuldig und strafempfänglich zu sein. Da Sinn und Zweck von Strafnormen aber gerade darin bestehen, mittels des von der Strafandrohung ausgehenden psychischen Zwangs Einfluss auf den Willensbildungsprozess des frei entscheidenden Normadressaten zu nehmen, so dass dieser die rechtsgutsbeeinträchtigenden Handlungen unterlässt oder rechtsgutschützende Handlungen vornimmt, wird deutlich, dass Strafvorschriften nie das willenlose soziale Unternehmen anvisieren können. Die Befürworter der Lehre von der Handlungsunfähigkeit behaupten zudem, dass die Handlung oder Unterlassung ein reines Produkt des Individuums sei, das letztlich auf einer psychischen Ursache beruht. Dem kollektiven Willen eines Verbandes fehle somit die relative Freiheit, die der individuelle Wille bei der Wahl des Zwecks genieße. Somit wäre nur der Mensch als natürliche Person handlungsfähig, nur der Mensch könne strafrechtlich zur Verantwortlichkeit gezogen werden. Dies ist die so genannte ontologische Untauglichkeit der juristischen Person. Daher stellen sich auf den ersten Blick keine Probleme der Zurechenbarkeit. Auf der Ebene der juristischen Person wird das Vorliegen einer Straftat gleichwohl anerkannt, und die juristische Person wird als Täter dieser Straftat angesehen. Nichtsdestotrotz sei die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion gegen sie, auch in modifizierter Form, nicht möglich. Folglich muss eine natürliche Person gefunden und bestraft werden, die strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann.

Im romanischen Rechtskreis findet sich jedoch auch ein Gegenmodell. So wird das Problem der Zurechenbarkeit im belgischen Recht dahingehend gelöst, dass Techniken zur Verfügung gestellt werden, die es ermöglichen, die von der juristischen Person begangene Straftat einer bestimmten natürlichen Person zuzuordnen. Dabei unterscheidet man im Allgemeinen drei Arten der Zurechnungsfähigkeit: die rechtliche, die konventionelle und die gerichtliche Zurechnungsfähigkeit. Von einer rechtlichen Zurechnung ist die Rede, wenn das Gesetz selbst bestimmt, welcher natürlichen Person die Zuwiderhandlung zur Last gelegt wird.⁶⁵⁸ Eine konventionelle

658 Somit begegnet man im Sozial- und Arbeitsrecht häufig der Formulierung "l'employeur, ses préposés ou ses mandataires"; so auch in Art. 18, § 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. Juli 1965 zur obligatorischen Haftpflichtversicherung im Bereich der Automobilmfahrzeuge. Darin wird ausdrücklich angekündigt, dass etwaige Strafen auf die Verwalter, Geschäftsführer oder Gesellschafter Anwendung finden, wenn der Vermieter des Fahrzeugs eine Gesellschaft ist.

Zurechnung liegt vor, wenn das Gesetz es Einzelpersonen gestattet, die natürliche Person zu wählen, die für die Zuwiderhandlung verantwortlich gemacht werden soll.⁶⁵⁹ Eine gerichtliche Zurechnung hingegen bevollmächtigt den Richter, den Straftäter zu bestimmen. In den meisten Fällen liegt es in der Entscheidungsbefugnis des Richters, wenn keine rechtliche oder konventionelle Zurechnung vorliegt, zu bestimmen, welche Person schuldig ist. Nach dem belgischen Kassationsgerichtshof untersucht der Sachrichter selbstständig, durch welche natürliche Personen die juristische Person gehandelt hat.⁶⁶⁰ Es lassen sich dennoch zwei Hauptmeinungen ausmachen: Einerseits wird die natürliche strafrechtlich verantwortliche Person nicht als Organ betrachtet, andererseits muss sie eine gewisse Weisungsbefugnis und gewisse Aufsichtsaufgaben innehaben. Die Identifizierung dieser natürlichen Person ist eine schwierige und mühevollen Aufgabe. Dies liegt an den oft zahlreichen Aktivitäten der Unternehmen und den langen Entscheidungswegen innerhalb desselben, aber auch an den Anforderungen, nach denen die Tatbestandsmerkmale einer strafbaren Handlung auch in der Person der natürlichen Person vorliegen müssen.⁶⁶¹ In Belgien ist, ebenso wie im französischen Recht, aber anders als im englischen Recht, die Haftung für Erfüllungsgehilfen ausgeschlossen. Es handelt sich um eine Rückkehr zum Status quo ante, nach dem nur der Täter bestraft wird, weshalb nur natürliche und keine juristischen Personen bestraft werden können.⁶⁶²

Diese Theorie, die in Afrika und besonders in der UEMOA umgesetzt wird, steht in diametralem Gegensatz zu der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen. Im Benin wird nach Art. 650 CPP sowohl die natürliche als auch die juristische Person für dieselben Handlungen bestraft.

659 So der Königliche Erlass vom 14. März 1956 in Ausführung des die Staatssicherheit auf dem Gebiet der Nuklearenergie betreffenden Gesetzes vom 4. August 1955, der bestimmt, dass "les institutions et établissements qu'il vise sont tenus (...) de désigner la personne physique pénalement responsable de ces prescriptions".

660 Geeroms, *Sofie*: Revue internationale de droit comparé 1996 S. 544.

661 Cour de cassation française, 9. Oktober 1984, Pas. 1985, I, 194; Cass. 25. April 1989, Pas. 1989, I, 884; Cour de cassation française 10. Oktober 1989, Pas., 1990, I, 167; Cour de cassation française, 23. Mai 1990, R.C.J.B., 1992, S. 562.

662 Geeroms, *Sofie*: Revue internationale de droit comparé 1996, S. 544.

bb. Eine missverständliche Untauglichkeit

Adressat der Sanktion im UEMOA-Recht ist das Unternehmen. Es ist Täter der wettbewerbswidrigen Vereinbarung oder des Marktmissbrauchs nach dem UEMOA-Kartellrecht, unabhängig davon, ob es sich bei dem Unternehmen um eine natürliche oder eine juristische Person handelt. Ein Unternehmen ist im Sinne von Anhang 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA ist eine einheitliche Organisation mit persönlichen, materiellen und immateriellen Elementen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit gegen Entgelt dauerhaft ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform, ob öffentlich oder privat, und unabhängig von ihrer Finanzierung; sie muss jedoch über Entscheidungsautonomie verfügen.⁶⁶³ Der Begriff des Unternehmens beruht somit eher auf einem funktionalen Kriterium, der Art der von der betreffenden Einheit ausgeübten Tätigkeit, als auf dem institutionellen Kriterium der Rechtsform dieser Einheit. Es soll nicht darauf ankommen, ob das Unternehmen eine natürliche oder juristische Person, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder eine Handelsgesellschaft ist oder ob sie eine Gesellschaftsform aufweist.⁶⁶⁴

Die Beschränkung des Täterkreises auf Unternehmen und Unternehmensvereinigungen hat zur Folge, dass es sich bei den Zuwiderhandlungen gegen das Wettbewerbsrecht um echte Sonderdelikte handelt. Daher muss das wettbewerbswidrige Verhalten den Unternehmen und Unternehmensvereinigungen zugerechnet werden. Die Zurechnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit knüpft grundsätzlich an das Kriterium der Gleichsetzung oder der direkten oder anthropomorphen Verantwortlichkeit an, das die juristische Person mit einer natürlichen Person oder einer Gruppe von Personen gleichsetzt, die die Straftat in materieller Hinsicht begangen und sich dadurch strafbar gemacht hat.⁶⁶⁵ Es geht in diesem Fall darum, seitens der juristischen Person das subjektive und das objektive Tatbestandsmerkmal des Verstoßes festzulegen. Diese Voraussetzung ist unabdingbar, um eine juristische Person verantwortlich machen zu können.

Die objektive Zurechnung ist eine Regel des Strafrechts. Die strafbare Handlung wird normalerweise demjenigen zugerechnet, der selbst materiell die Zuwiderhandlung begangen hat. Dies gilt auch für juristische Personen. Auch wenn eine Personenmehrheit Adressat einer strafrechtlichen

663 Anhang 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA.

664 Anhang 1 des Erlasses Nr. 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA.

665 Stanislas, Adam (ed.): La responsabilité pénale des personnes morales en Europe- Corporate criminal liability in Europe, la Charte, S. 439 ff.

Norm ist, ändert das nichts daran, dass stets ein Tun oder Unterlassen einer natürlichen Person notwendig ist. Die Frage ist, inwiefern diese natürlichen Personen für die juristischen Personen von Bedeutung sind, damit ihr Verhalten als ein Verhalten der juristischen Person bewertet werden kann, um die juristische Person auf dieser Grundlage zur Verantwortlichkeit ziehen zu können. Der Richter muss, um eine Handlung der juristischen Person zurechnen zu können, immer einen „Sprung von der natürlichen zur juristischen Person“ machen, nicht nur um die Handlung der juristischen Person zuzurechnen, sondern auch um ihr subjektive Elemente zuzuschreiben. Die Schwierigkeiten, die sich aus der Zurechenbarkeit ergeben, sind vor allem darauf zurückzuführen, dass das Strafrecht auf klassischen Begriffen wie Schuld, Verantwortlichkeit und Strafe aufgebaut ist, während sich das Gesellschaftsrecht, das Wirtschaftsrecht und das Sozialrecht in einer Zeit entwickelt haben, in der das Strafrecht und seine Schlüsselbegriffe schon längst konzipiert waren. Die juristische Person ist heute jedoch nicht mehr passives Subjekt im Strafrecht, und diese rechtlichen Gegebenheiten stehen im Widerspruch zu den traditionellen Grundsätzen des Strafrechts. Dies wirft unweigerlich Probleme auf und erfordert, dass sich das Strafrecht entsprechend den Eigenschaften der juristischen Person entwickeln kann, insbesondere im Bereich des Wettbewerbssanktionsrechts.

Der durch den Richter durchzuführende materielle Sprung in einem rechtlichen System wird in Frankreich als „Theorie der indirekten Verantwortlichkeit“ („*théorie de la responsabilité par ricochet*“) bezeichnet, in den Niederlanden als Theorie der Funktionalität („*functioneel daderschap*“) und in England als Theorie der Identifizierung („*the identification theory*“).⁶⁶⁶ Bei allen drei Theorien geht es darum, die Handlung einer natürlichen Person einer juristischen Person zuzuordnen. In Ländern, die den Grundsatz der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen nicht kennen, wie im Benin, wird der Unternehmensleiter nach der Theorie des Verbandsunrechts („*théorie de la responsabilité à l'inverse*“⁶⁶⁷) sanktioniert. Allerdings bezwecken oder bewirken die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen eine Wettbewerbsverfälschung zu Gunsten einer juristischen Person. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es interessant, nach der Verantwortlichkeit der Person zu suchen, die von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen profitiert. Dies wurde vom beninischen Gesetzgeber berück-

666 Axel, Haeusermann: Der Verband als Straftäter und Strafprozeßsubjekt, S. 34-69; Geeroms, Sofie: *Revue internationale de droit comparé* 1996, S. 540.

667 Geeroms, Sofie: *Revue internationale de droit comparé* 1996, S. 540.

sichtigt, indem er vorsieht, dass gegen die juristische Person eine öffentliche Klage erhoben werden kann (Art. 650 CPP).

Es ist daher zweifelhaft, ob heute immer noch vertreten werden kann, dass eine juristische Person kein tauglicher Täter sein kann. Das der juristischen Person durch ihren Vertreter oder ihre Organe anzulastende Wettbewerbsversäumnis sollte sanktioniert werden, da sowohl das Kartell als auch der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf den Markt erfasst werden müssen. Sie müssen daher strafrechtlich berücksichtigt werden, ohne dass ein Hinweis auf eine wettbewerbswidrige Absicht der Person erforderlich ist, solange der Wettbewerbsverstoß nicht von der Funktion losgelöst ist, auch wenn der Vertreter oder das Leitungsorgan seinen Aufgabenbereich überschreitet. Es genügt also, dass ein Kartellrechtsverstoß festgestellt wird, welcher auf das betreffende Verhalten zurückzuführen ist, um die juristische Person verantwortlich machen zu können, weil das Kartellsanktionsrecht den Schutz des Wettbewerbs gewährleistet. Sobald der Markt betroffen ist, muss der Täter strafrechtlich sanktioniert werden, auch wenn keine kriminelle Absicht vorlag. Damit stellt sich jedoch das Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Personengesellschaft, die keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt und deren Rechtspersönlichkeit mit der der natürlichen Person verschmilzt, die sie geschaffen hat.

b. Die Problematik der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Personengesellschaft nach dem UEMOA-Kartellrecht

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit einer Personengesellschaft erscheint paradox, da sie auf die Person seines Vorgesetzten zurückzuführen ist, deren Vermögen ganz oder teilweise mit dem seines Unternehmens verschmolzen ist. Viele Tätigkeiten, beispielsweise im Handwerk, Handel oder Dienstleistungsbereich, werden jedoch in den UEMOA-Mitgliedstaaten als Einzelunternehmen ausgeübt. Sie ist sogar die am weitesten verbreitete Unternehmensform, die die meisten Menschen in der Region beschäftigt. Daraus erklärt sich die Aufmerksamkeit, die ihr auf der Ebene der Behörden geschenkt wird. Der Erfolg der Einzelunternehmen besteht darin, dass sie die elementarste Form der wirtschaftlichen Tätigkeit darstellen und die völlige Unabhängigkeit des Unternehmers absichern. Außerdem weist das Einzelunternehmen besondere Merkmale in Bezug auf seine Rechtsform auf. Es ergeben sich auch viele administrative, steuerliche und soziale Vorteile. Diese Form der unternehmerischen Tätigkeit hat aber

auch erhebliche Nachteile, insbesondere in Bezug auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit, wenn eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise in die Zuständigkeit des Unternehmens der natürlichen Person übergehen kann. Aus diesem Grund ist es wichtig, sich zum einen mit dem Begriff der natürlichen Personengesellschaft zu befassen, um seinen Inhalt und seine Auswirkungen besser zu verstehen (**aa**) und zum anderen um die Mehrdeutigkeit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Einzelunternehmers zu berücksichtigen (**bb**).

aa. Der Begriff des Einzelunternehmens

Nach Anhang 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA ist das Unternehmen definiert als eine einheitliche, einem selbstständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Elemente, die von ihrer öffentlich- oder privatrechtlichen Rechtsstellung oder von ihrer Finanzierungsweise unabhängig ist, auf gewisse Dauer einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt und über Entscheidungsautonomie verfügt. Unternehmen können somit im Sinne des UEMOA-Kartellrecht auch natürliche Personen sein. In den nationalen Gesetzen der UEMOA-Mitgliedstaaten wird das Unternehmen einer natürlichen Person als Einzelunternehmen bezeichnet. Ein Einzelunternehmen liegt vor, wenn der Unternehmer als natürliche Person eine wirtschaftliche Tätigkeit direkt im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ausübt und damit die Verluste trägt und von den Gewinnen der Gesellschaft unmittelbar profitiert. Bei der Ausübung einer Tätigkeit in einem Einzelunternehmen kommt es zu einer Vermischung der Vermögenswerte des Einzelunternehmens und des Unternehmers. Diese Form des Einzelunternehmens ist stark von anderen Strukturformen zu unterscheiden, die zwar als Einmannbetrieb bezeichnet werden können, aber eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen. Die wesentlichen Merkmale eines Einzelunternehmens ergeben sich aus seiner Definition, da das Einzelunternehmen im Gegensatz zur Gesellschaftsform des Unternehmens einen einzigen Eigner hat, also alle „Anteile“ vollständig von einer einzigen natürlichen Person gehalten werden. Insofern ist der Unternehmer in seiner Entscheidungsfindung und seinem täglichen Management völlig unabhängig. Er ist keinem Leitungsorgan unterstellt oder einem solchen gegenüber rechenschaftspflich-

tig. Aber das Einzelunternehmen, das keine Rechtspersönlichkeit⁶⁶⁸ besitzt, ist identisch mit seinem Eigentümer. Der Unternehmer haftet daher auf unbestimmte Zeit für das Einzelunternehmen mit seinem persönlichen Vermögen. Seine Haftung ist daher unbeschränkt. Diese Identifizierung des Einzelunternehmens mit seinem Eigentümer bedeutet auch eine Verpflichtung, sich für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten zu qualifizieren.

Im Benin ist der Einzelunternehmer in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit ein im Handelsregister unter Regime A einzeln eingetragener Gewerbetreibender und wird allgemein als Betriebsstätte bezeichnet.⁶⁶⁹ Bei handwerklichen Tätigkeiten muss der Unternehmer ein Handwerker sein und im Handelsregister eingetragen sein. Die Hauptmerkmale eines Einzelunternehmens sind, dass der Unternehmer die Tätigkeit selbstständig ausübt, dass es von einer einzigen Person gebildet wird und dass das Vermögen der Gesellschaft und das private Vermögen des Unternehmers nicht getrennt sind. Der Vorteil eines Einzelunternehmens besteht darin, dass der Projektträger sein Geschäft auf eigene Rechnung betreibt und kein Kapital aufbauen muss. Der Nachteil ist, dass und jede das Privatvermögen des Unternehmers genutzt wird; jeder Verlust oder Konkurs wird seinem eigenen Vermögen angelastet (unbeschränkte Haftung).⁶⁷⁰

668 Siehe *Geibel, Stefan, J.*: in Cachard, Olivier/Nau, Liliane (Hrsg.): *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint: Einheitsbildung durch Gruppenbildung im Unternehmensrecht*?, *Droit privé européen: l'unité dans la diversité, Convergences en droit de l'entreprise?* Sellier european law publishers, München, 2014, S. 238.

669 Art. 11 des Gesetzes Nr. 90-005, vom 15. Mai 1990 über die Ausübung von Wettbewerbstätigkeiten in der Republik Benin.

670 Vgl. Art. 30 der *Acte Uniforme sur le Droit du Commerce Générale (AUDCG)*: „Einzelunternehmer ist eine natürliche Person, die auf einfache Weise eine zivile, gewerbliche, handwerkliche oder landwirtschaftliche Erwerbstätigkeit ausübt. Der Status des Unternehmers ermöglicht es natürlichen Personen, die eine wirtschaftliche Tätigkeit auf eigene Rechnung ausüben oder in Betracht ziehen, unter das OHADA-Recht zu fallen. Um dieser Entwicklung Rechnung zu tragen, wurde das Buch I des Einheitlichen Gesetzes über das Allgemeine Wirtschaftsrecht (AUDCG), das zunächst dem "Status des Gewerbetreibenden" gewidmet war, geändert, das nunmehr den Titel "Status des Gewerbetreibenden und des Unternehmers" trägt. Gleiches gilt für Art. 2 Absatz 2 AUDCG, der nun vorsieht, dass "natürliche Personen, die sich für den Status eines Unternehmens dieser Einheitlichen Akte entschieden haben", den gleichen Bestimmungen unterliegen und damit die Nomenklatur der dem allgemeinen Handelsrecht unterliegenden Wirtschaftsteilnehmer stören. Zu weiteren Erläuterungen zu der Frage nach dem OHADA-Recht siehe *Issa-Sayegh J.*: *L'entrepreneur, Un nouvel ac-*

Die Vor- und Nachteile des Einzelunternehmens ergeben sich aus seiner Rechtsform und aus den besonderen Steuer- und Sozialvorschriften für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in dieser Form. Die Hauptvorteile des Einzelunternehmens liegen darin, dass der Einzelunternehmer der alleinige Eigentümer des Unternehmens ist. Er muss keine Rechenschaft ablegen. Einzelunternehmern werden mehrere Verwaltungsvereinfachungen gewährt, einschließlich der Tatsache, dass bei der Gründung eines Einzelunternehmens kein Mindestkapital erforderlich ist, nur eine vereinfachte Umsatzberichterstattung vonnöten ist und die Anforderungen an die Buchhaltung geringer sind.⁶⁷¹ Da die erzielten Gewinne in die persönliche Einkommensteuererklärung des Unternehmers aufgenommen werden, werden sie, wenn sie nicht wesentlich sind, mit einem günstigeren Einkommensteuersatz als die Körperschaftsteuersätze besteuert. Auf dieser Ebene besteht auch die Möglichkeit der vereinfachten Steuererklärung. Die Tätigkeit als Einzelunternehmen bietet unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, sich für sehr vorteilhafte steuerliche Regelungen zu entscheiden, wie z.B. die Regelung für Kleinstunternehmen oder die Regelung für Kleinstunternehmen im sozialen Bereich. Im Hinblick auf die Nachteile des Einzelunternehmens kann der Unternehmer bei enormen Betriebsverlusten und -schulden sein persönliches Vermögen und der Personen, die es gelegentlich mit ihm teilen, ganz oder teilweise verlieren. Nur der Hauptwohnsitz des Auftragnehmers wird verschont, wenn er beim Hypothekenregister als pfändungsfrei erklärt wurde. Ebenso ist bei einem Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht immer noch der Unternehmer für die daraus resultierenden strafrechtlichen Folgen verantwortlich. Es stellt sich dann die Frage, ob die Regelung der strafrechtlichen Haftung des Unternehmers anstelle des Einzelunternehmens zulässig ist, auch wenn dieses die gleiche Identität besitzen.

teur économique en droit OHADA: ambiguïtés et ambivalence, Penant Nr. 878, Januar-März 2012.

671 Siehe *Geibel, Stefan, J.*: in Cachard, Olivier/Nau, Liliane (Hrsg.): *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint: Einheitsbildung durch Gruppenbildung im Unternehmensrecht?*, *Droit privé européen: l'unité dans la diversité, Convergences en droit de l'entreprise?* Sellier european law publishers, München, 2014, S. 240-241.

bb. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Einzelunternehmens

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der natürlichen Person als Einzelunternehmer beruht traditionell darauf, dass der Unternehmer, der eine Tätigkeit in Form eines Einzelunternehmens ausübt, auch sein gesamtes persönliches Eigentum einbringt.⁶⁷² In der Tat führt die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit in Form eines Einzelunternehmens aufgrund der mangelnden Rechtspersönlichkeit des Unternehmens zu einer Vermischung von beruflichem und persönlichem Eigentum des Unternehmers. Daraus ergibt sich für den Einzelunternehmer ein großes Risiko, das die Ausübung der gewerblichen Tätigkeit in individueller Form erheblich behindert.⁶⁷³ Der im UEMOA-Wettbewerbsrecht vorgesehene Status des Einzelunternehmers sieht die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Einzelunternehmers bei einem Kartellrechtsverstoß in gleicher Weise vor wie die einer juristischen Person. Während der Unternehmensleiter jedoch versuchen kann, sich hinter der Rechtspersönlichkeit des Unternehmens zu verstecken, ist es in erster Linie der Einzelunternehmer, der für seine Tätigkeit verantwortlich ist. Im Falle eines Verstoßes gegen das Kartellrecht haftet der Einzelunternehmer demnach strafrechtlich für Straftaten, die im Rahmen seiner Geschäftstätigkeit, auch durch seine Mitarbeiter, vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden. Die Übertragung von Befugnissen ist jedoch eher selten, da der Geschäftsleiter oft fast alle Befugnisse in seinen Händen hält. Damit haftet der Einzelunternehmer nicht nur unbeschränkt für Verbindlichkeiten, die im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit entstehen, sondern auch für Straftaten. Der UEMOA-Gesetzgeber bejaht den Grundsatz der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der natürlichen Person als Unternehmen oder Einzelunternehmer und ignoriert somit die Rechtspersönlichkeit von Personengesellschaften; die Eigenschaft als Rechtspersönlichkeit ist auf Kapitalgesellschaften beschränkt.

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmers bei wettbewerbswidrigem Verhalten scheint nämlich nicht mit dem vom Gesetzgeber beabsichtigten Zweck in Einklang zu stehen, ein echtes, auf den einzelnen Unternehmer zugeschnittenes Schutzsystem vorzusehen, um dessen Stellung attraktiv zu gestalten. Die Bemühungen des Gesetzgebers zur Förderung des Status des Einzelunternehmers sollten angesichts des erhebli-

672 Siehe *Kwemo, Stéphanie*: L'OHADA et le secteur informel: l'exemple du Cameroun, S. 223; *Legeais, Dominique*: Droit commercial et des affaires, S. 135.

673 *Kwemo, Stéphanie*: L'OHADA et le secteur informel: l'exemple du Cameroun, S. 223.

chen Risikos für Unternehmer nicht weiterverfolgt werden. Eine rücksichtslose oder schlecht kalkulierte Risikobereitschaft, die ein neuer Einzelunternehmer mit niedrigem Bildungsniveau durchaus haben kann, könnte ihn zu Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht veranlassen, mit der Folge der Pflicht zur Erstattung von Schadensersatz und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Die Kombination von Haftstrafen und Geldbußen gegen eine natürliche Person, die sich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen schuldig gemacht hat, ist daher eine schwere Strafe, da sie zum Verschwinden des Einzelunternehmens führen könnte, während die Umwandlung der Haftstrafe in eine Geldbuße, die der juristischen Person auferlegt wird, ein Überleben des Unternehmers ermöglicht.⁶⁷⁴ Art. 76 ff. des Gesetzes Nr. 2016-25 drohen für natürliche Personengesellschaften Freiheitsstrafen und Geldstrafen oder beide an und stellen die Verhängung in das Ermessen des Richters. Es sollte jedoch betont werden, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit des einzelnen Unternehmers im Falle der Begehung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, wenn auch schwerwiegend, so doch nachvollziehbar ist. Bei der Verfolgung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zum Nachteil der natürlichen Personengesellschaft wird daher nicht mit zweierlei Maß gemessen, denn der Unternehmer hat die Form seines Unternehmens schließlich frei gewählt.

Im Gegensatz zum Einzelunternehmen ist eines der Merkmale von Kapitalgesellschaften die „Undurchsichtigkeit der Rechtspersönlichkeit“. Folglich ist die rechtliche Existenz der Gesellschaft und die der Gesellschafter durch eine strikte Trennung mit getrennten Vermögen gekennzeichnet. Was die Funktionsweise einer Handelsgesellschaft betrifft, so gilt der Grundsatz, dass ihre Verwaltung und die Geschäftsführung notwendigerweise an Organe übertragen wird, die sich von dem durch die Gemeinschaft der Gesellschafter gebildeten beratenden Organ unterscheiden. Der UEMOA-Gesetzgeber hat jedoch die Möglichkeit geschaffen, dass der alleinige Gesellschafter der Geschäftsführer des Einzelunternehmens ist. Darüber hinaus besteht das Beratungsorgan der Handelsgesellschaft grundsätzlich aus mehreren Rechtssubjekten in Person der verschiedenen Gesellschafter. Dieses Organ ist nicht monolithisch oder reduziert sich nicht auf eine einzige Person, wie es beim Einzelunternehmen der Fall ist. Schließlich sind in den nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten die gemeinsamen Regeln für alle Handelsgesellschaften zur Regelung der ver-

674 Siehe Robert, Jacques-Henri/Matsopoulou, Haritini: *Traité de droit pénal des affaires*, S. 314.

schiedenen Aspekte des gesellschaftlichen Lebens vorgesehen, vorbehaltlich der Anpassung dieser Regeln an die Fälle, in denen das Einzelunternehmen beteiligt ist.

Die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Einzelunternehmers im Gegensatz zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person, die sich von der Person der Gesellschafter oder Geschäftsführer unterscheidet und sich selbst verantworten muss, ist anzuerkennen, da auch dann, wenn der Einzelunternehmer einem Manager oder Geschäftsführer die Verantwortung für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen überträgt, immer der Unternehmer strafrechtlich verantwortlich ist. Es ist daher notwendig, wirksame Schutzmaßnahmen vorzusehen, um den Einzelunternehmer vor einer Haftstrafe zu schützen, indem man ihm die Möglichkeit gibt, von seinem Status als Einzelunternehmer in den eines Unternehmens mit Rechtspersönlichkeit zu wechseln und damit den Empfänger der Strafe zu wechseln. Dies würde zur effizienten Umsetzung der kollektiven strafrechtlichen Verantwortlichkeit beitragen.

2. Kollektive strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens

Ist es notwendig, das Unternehmen von seinen Mitgliedern zu unterscheiden und die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf die kollektive Einheit selbst zu übertragen? Der juristischen Person wird der Status eines Rechtssubjekts zuerkannt.⁶⁷⁵ Dabei handelt es sich aber um ein soziales Überkommen, um Probleme zu lösen, die bei gemeinsamen Aktivitäten auftreten können. Es scheint jedoch, dass die spezifische strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen nach wie vor ein umstrittenes Thema ist.⁶⁷⁶ Denn einige Staaten lassen es nicht zu, dass eine juristische Person strafrechtlich zur Verantwortlichkeit gezogen wird, und stützen ihr Strafrecht weiterhin auf das Prinzip *societas delinquere non potest*. Aber die Kontroverse über die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen oder zumindest über die kollektive strafrechtliche Verantwortlichkeit in der UEMOA besteht darin, dass die Mitgliedstaaten, die in Wirklichkeit

675 Siehe *Nettesheim, Martin*: Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung, S. 57; *von Laufenberg, Christoph*: Kartellrechtliche Konzernhaftung, S. 59 ff; *Bürger, Sebastian*: ZSTW 2018, 130 (3), S. 711 ff; *Toshiaki, Kozakai*: Bulletin de psychologie 2008, S. 131-144.

676 Siehe *Adam, Stanislas* (ed.): La responsabilité pénale des personnes morales en Europe, la charte, S. 445.

keine großen Unternehmen haben, dennoch den Schritt in Richtung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen getan haben, vor allem als Reaktion auf internationale Vorschläge. Dieser externe Einfluss spiegelt sich darin wider, dass Fälle, in denen die spezifische strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen in diesen Staaten zur Anwendung kommt selten sind. Aber so beunruhigend die Entwicklung der Zahlen und die Schwere der Wirtschaftskriminalität auch sein mag, es bleibt doch schwierig, den *Actus reus* und die *Mens rea* einer juristischen Person zu identifizieren, die traditionell die Errichtung eines repressiven Sanktionensystems rechtfertigen. Die Strafrechtssysteme der UEMOA-Mitgliedstaaten sind traditionell durch den Gesetzlichkeitsgrundsatz gekennzeichnet und haben den repressiven Mechanismus durch Rechtsvorschriften auf juristische Personen ausgedehnt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten lediglich den Grundsatz der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen festgelegt haben, so dass viele, oft schwierige Fragen im Zusammenhang mit der Umsetzung ungelöst geblieben sind. Dies wirft das Problem der Kriterien für die Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen auf, eine Fiktion des Gesetzes, die sich aus dem gemeinsamen Willen der Mitglieder zusammensetzt.

Fräglich ist also, ob eine kollektive Einheit, das Unternehmen, als Handelnder angesehen werden kann. Dies wird im Zusammenhang mit dem Begriff der kollektiven strafrechtlichen Verantwortlichkeit (a) erörtert, um anschließend auf die Verhängung der Strafe gegen juristische Personen als Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in den UEMOA-Mitgliedstaaten einzugehen (b).

a. Die unterschiedlichen Auffassungen zur kollektive strafrechtlichen Verantwortlichkeit

In der Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts hatte sich die Wirtschaft nachdrücklich dafür eingesetzt, dass Straftaten in diesem Bereich eher juristischen Personen und nicht ihren Führungskräften zugerechnet werden sollten, die wegen einer Fülle von Straftaten der Strafverfolgung ausgesetzt waren.⁶⁷⁷ Diese Neuerung wurde vom UEMOAV durch die Entscheidung bestätigt, dass das Unternehmen, unabhängig von seiner Form, strafrecht-

⁶⁷⁷ Siehe Robert, Jacques-Henri/Matsopoulou, Haritini: *Traité de droit pénal des affaires*, S. 22.

lich verfolgt werden kann. Die Anhänger der Lehre der kollektiven Verantwortlichkeit⁶⁷⁸ hatten schon lange zuvor die Grundlage für eine mögliche Zurechnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit an die juristischen Person geschaffen, indem dargelegt wurde, dass ein kollektiver Wille sehr wohl die Merkmale vorweise, um der juristischen Person zugerechnet werden zu können, so dass diese einen eigenen Willen habe. Die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit einer juristischen Person als Folge einer im Kollektiv begangenen Straftat oder zugunsten des von der juristischen Person gebildeten Kollektivs verdient Aufmerksamkeit, um auf der einen Seite die Konturen dieses Modells der Zurechenbarkeit des Wettbewerbsverschuldens an das Unternehmen (aa) besser bestimmen zu können, und auf der anderen Seite, um die Zuweisung der kollektiven strafrechtlichen Verantwortlichkeit an die juristische Person, die nicht als Mensch die moralische Absicht haben kann, zu rechtfertigen, da die kollektive Kriminalität durch den kollektiven Verstand getrieben wird und somit nicht autonom ist (bb).

aa. Der kollektive Charakter der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Personen

Sobald der Grundsatz der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen anerkannt ist, ist es notwendig, die Natur dieser Verantwortlichkeit zu bestimmen. Eine unter dem Anstoß eines kollektiven Willens begangene Straftat würde im Allgemeinen zur Bestrafung aller Mitglieder des Unternehmens führen.⁶⁷⁹ Die kollektive Straftat wird als aus mehreren einzelnen Straftaten bestehend betrachtet, die von allen Mitgliedern des Vereins begangen werden, von denen jedes als Mittäter der Straftat verfolgt wird.⁶⁸⁰ Eine solche Erklärung kann heute nicht mehr überzeugen, da sie der Höchstpersönlichkeit der Strafe widerspricht. Die kollektive strafrechtliche Verantwortlichkeit ist von ganz anderer Natur. Die Gemeinschaft oder das Kollektiv ist im weitesten Sinne als eine Individualität mit eigenem Willen zu betrachten, das die Fähigkeit besitzt Straftaten zu

678 Siehe *Hafter, Ernst*: Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, S. 49.

679 Siehe *Kouassi, Adome Blaise*: in Siebe/Cornils (Hrsg.): Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, AG, Teilband 4, S. 361.

680 Siehe *Pella, V. Vespasien*: L'esprit de corps et les problèmes de la responsabilité pénale, *Aperçu sur la criminalité collective*, S. 14 ff.

begehen.⁶⁸¹ Von dem Moment an, in dem eine Gemeinschaft als eigenständige Person anerkannt wird und wenn es das Recht zur Ausübung bestimmter Handlungen erhält, muss es als eigenständig anerkannt werden, wenn es darum geht, es, entsprechend seiner Natur, zu bestrafen. Die gegen die juristische Person selbst verhängten Sanktionen stehen einer Sanktionierung nicht entgegen, die gegen die materiellen Täter der Straftat und gegen diejenigen, die zu ihrer Vorbereitung oder Durchführung beigetragen haben, verhängt werden können. Es darf also nicht mehr von einer kollektiven Verantwortlichkeit gesprochen werden, wie sie von einigen Autoren noch verstanden wird,⁶⁸² welche die Unterdrückung aller Mitglieder eines bestimmten Organs rechtfertigt. Vielmehr ist von der besonderen Verantwortung des Unternehmens oder einer Gesellschaft auszugehen, die im weitesten Sinne als überlegene Personen mit einem eigenen Willen, Vermögen, eigenen Rechten und Pflichten betrachtet wird. Das Unternehmen ist von seinen Mitgliedern zu unterscheiden.

Juristische Personen müssen je nach ihrer Natur mit Strafen belegt werden. Auf diese Weise kann eine Skala von Sonderstrafen festgelegt werden. Da diese juristischen Personen in den meisten Fällen rechtlich im Besitz ihres eigenen Vermögens sind, können sie sehr wohl mit einer Geldstrafe bestraft werden, wenn festgestellt wird, dass sie bestimmte Straftaten begangen haben, weil sie diese ihren Mitgliedern vorgeschlagen haben. In schwerwiegenderen Fällen können sie mit Sanktionen belegt werden, die den Verlust von Rechten zur Folge haben, wie z.B. die Unfähigkeit, durch Testament oder Spende unentgeltliche Zuwendung zu erhalten.⁶⁸³ Ebenso können sie für klage- oder vertragsunfähig erklärt werden und, falls das Gesetz ihnen bestimmte Sonderklagen gewährt, können solche Rechte widerrufen werden. Zudem kann ihnen der Aufenthalt im Land verboten werden und sie können weiteren Sanktionen unterworfen werden, die ihrem Ruf und Ansehen schaden. Schließlich können im Falle schwerer Straftaten, die die soziale Ordnung stören könnten und die auf Veranlassung des Kollektivs begangen werden, Sanktionen vorgesehen werden, die der Todesstrafe gleichstehen, wie beispielsweise die Auflösung und die Beschlagnahme von Gesellschaftsvermögen. Diese Strafen können zusätzlich

681 Krämer, Katharina: Individuelle und kollektive Zurechnung im Strafrecht, S. 89-91.

682 Siehe Thompson, Dennis F.: *Revue française de science politique* 2008/6 (Vol. 58), S. 933 ff.

683 Siehe Thompson, Dennis F.: *Revue française de science politique* 2008/6 (Vol. 58), S. 933 ff.

noch außerordentliche Strafen folgen, die gegen die Mitglieder und aufgelösten Mitglieder verhängt werden, die versuchen, sie in irgendeiner Form wiederzubeleben.⁶⁸⁴

Philosophisch gesehen neigt die zeitgenössische Moralphilosophie, die von der individualistischen Darstellung des Menschen geprägt ist, dazu, die Verantwortlichkeit auf den freien Willen des Handelnden zu gründen, und lehnt die Idee der Verantwortlichkeit eines Kollektivs ab: sie verweigert ihm den Status eines Subjekts.⁶⁸⁵ Wenn die Haftung jedoch auf Einzelpersonen beschränkt ist, können Opfer einer kollektiv verursachten Tat möglicherweise nicht angemessen entschädigt werden. Einige Philosophen⁶⁸⁶ sahen sich daher veranlasst, einen Begriff der kollektiven Verantwortlichkeit vorzuschlagen, der sich nicht auf die der einzelnen Mitglieder beschränkt, sondern die Absicht eines Unternehmens anerkennt und kollektives Handeln, das durch seine Absicht verursacht wurde, entsprechend zu bestrafen.

Der Wille einer Gesellschaft beschränkt sich nicht nur auf den ihrer Mitglieder, sondern wird von dem internen Entscheidungsgremium, bestehend aus dem Vorstand oder der Geschäftsführung, gebildet. Es ist daher notwendig, die Verantwortlichkeit des Unternehmens selbst außerhalb der Verantwortlichkeiten eines bestimmten Mitglieds zu verstehen.⁶⁸⁷ Durch die Berücksichtigung der moralischen Verantwortlichkeit eines Kollektivs wird in Analogie zum individuellen Handeln die kausale Konzeption der Verantwortlichkeit verteidigt, denn man muss sich für eine vorsätzlich erzeugte Handlung verantworten.

Es gibt noch ein anderes Verständnis der kollektiven Verantwortlichkeit. Um es zu skizzieren, stellen wir uns zunächst die folgende Situation vor: Ein Obdachloser lebt in extremer Armut; sein Nachbar geht jeden Morgen an seiner provisorischen Hütte vorbei, tut aber nichts, um ihm zu helfen; eines Wintermorgens erfriert der Obdachlose; sein Tod kann mit der von seinem Nachbarn nicht erhaltenen Hilfe zusammenhängen. Obwohl nicht festgestellt werden kann, von welchem Tag an seine Fahrlässigkeit relevant wurde, ist sicher, dass die wiederholte Fahrlässigkeit zusammengekommen hat und die Tragödie hätte verhindert werden können.

684 Siehe Pella, V. *Vespasien: L'esprit de corps et les problèmes de la responsabilité pénale*, Aperçu sur la criminalité collective, 1920, S. 74-75.

685 Siehe Toshiaki Kozakai: *Bulletin de psychologie* 2008, S. 132.

686 Siehe French, Peter A.: *Collective and corporate responsibility*, S. 38; Kozakai, Toshiaki: *Bulletin de psychologie* 2008, S. 132.

687 Siehe Nettesheim, Martin: *Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung*, S. 57 ff; Bürger, Sebastian: *ZSTW* 2018, 130 (3), S. 709 ff.

Der Nachbar wird daher dafür verantwortlich gemacht, dass er der gefährdeten Person niemals Hilfe geleistet hat. In dieser Situation ermöglicht die Gruppierung einer Reihe von Ereignissen, die im Laufe der Zeit nacheinander aufgetreten sind, die Vorstellung von moralischer Verantwortlichkeit, auch wenn jedes von ihnen, einzeln betrachtet, nicht allein die Zuweisung von Verantwortung rechtfertigen kann.

Wenn wir uns von der Zeit- zur Raumachse bewegen, hat die Wiederholung der Unachtsamkeit des Nachbarn den Tod des Obdachlosen verursacht. Man stelle sich nun vor, dass mehrere Menschen an dem Obdachlosen in Not vorbeikommen, ohne ihm Hilfe zu leisten, und dass er wenige Augenblicke später stirbt. Es ist nicht möglich, die Verantwortlichkeit genau einem Passanten zuzuordnen. Für sich genommen ist niemand für die Tragödie verantwortlich. Wenn man aber die Unachtsamkeit all dieser Passanten zusammenfasst, können wir ihre moralische Verantwortlichkeit kollektiv festlegen. So basiert der Begriff der kollektiven moralischen Verantwortlichkeit auf einer Analogie zwischen den diachronen und synchronen Identifikationen der einzelnen Handlungen.⁶⁸⁸

Diese Konzeptualisierung der kollektiven Verantwortlichkeit ist originell und attraktiv. Die verschiedenen Theorien der kollektiven Verantwortlichkeit entkommen jedoch nicht der Falle der kausalen Perspektive der moralischen Verantwortlichkeit und geraten unweigerlich in eine Sackgasse. Was nützt es, die moralische Verantwortlichkeit eines Kollektivs festzulegen, im Gegensatz zur Verantwortlichkeit jedes Mitglieds dieses Kollektivs? Entweder ist es per Definition unmöglich, diese kollektive Verantwortlichkeit auf ein einzelnes Mitglied zu übertragen und es gibt keine Verantwortlichkeit mehr oder das Kollektiv ist auf seine Bestandteile beschränkt, die Verantwortlichkeit des Kollektivs ist nur eine Art zu sprechen und es genügt, die Verantwortlichkeit jedes Einzelnen zu behalten. Die Lösungsvorschläge zur Berücksichtigung der moralischen Verantwortlichkeit eines Kollektivs beruhen also auf einer ersten logischen Schwierigkeit, die die kausale Konzeption der moralischen Verantwortlichkeit in Frage stellt.⁶⁸⁹

Für die Soziologie ist die kollektive Verantwortlichkeit auf bestimmte Ursachen zurückzuführen, die in Wirklichkeit nur unterschiedliche Aspekte desselben soziologischen Phänomens sind.⁶⁹⁰ Zu diesem Zweck ist der

688 Siehe *Toshiaki, Kozakaï*: Bulletin de psychologie 2008, S. 131 ff.

689 Siehe *Toshiaki, Kozakaï*: Bulletin de psychologie 2008, S. 131 ff.

690 Siehe *Pella, V. Vespasien*: L'esprit de corps et les problèmes de la responsabilité pénale, Aperçu sur la criminalité collective, S. 17-19.

Einzelne in der Komplexität des gesellschaftlichen Lebens verpflichtet, seine gesamte Tätigkeit in eine bestimmte Richtung zu lenken, um sich auf einen bestimmten Beruf zu spezialisieren und sicherzustellen, dass er mittels seiner Energie das maximale Ergebnis bringt. Eine natürliche Tendenz führe ihn dazu, sich all denen zu nähern, deren Tätigkeit auf das gleiche Ziel ausgerichtet ist, sich mit ihnen zu vereinen und ein besonderes Aggregat zu bilden, in dem die gleichen Ideen und Interessen vorherrschen und deren Verteidigung die Solidarität all derer durchsetzt, die diese Ideen teilen und die gleichen Interessen haben. Daraus lässt sich schließen, dass die der juristischen Person zustehende kollektive Verantwortlichkeit in der Aufteilung der gesellschaftlichen Tätigkeiten liegt.⁶⁹¹ Diese Aufteilung kann verschiedene Formen annehmen, da innerhalb derselben Gruppe von Arbeitnehmern eine weit verbreitete Meinung über den gesamten Umfang dieses Aggregats besteht, das, ohne rechtlichen Sanktionen unterworfen zu sein, gebildet wurde. Dieses Aggregat hat ganz besondere Eigenschaften, die nichts mit anderen sozialen Formationen des Staates zu tun haben. Es deckt sich weder mit dem territorialen noch mit dem familiären Umfeld. Jeder Berufsstand ist wie eine Gemeinde, die ihr eigenes Leben lebt.⁶⁹² Aus dieser Gemeinde sollte der kollektive Wille der juristischen Person und damit ihre Handlungs- und Kriminalitätsfähigkeit kommen. Diese Theorie der kollektiven sozialen Verantwortlichkeit kann durchaus im Wettbewerbsrecht angewendet werden, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen durchzusetzen.

Aus rechtlicher Sicht bestreiten die Befürworter der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen nicht, dass der Nachweis eines der juristischen Person zurechenbaren Willens eine Voraussetzung für ihre Verantwortlichkeit ist.⁶⁹³ Aber für sie könnte ein kollektiver Wille sehr wohl

691 Siehe *Durkheim, Emile*: De la division du travail social, S. 4.

692 Siehe *Pella, V. Vespasien*: L'esprit de corps et les problèmes de la responsabilité pénale, Aperçu sur la criminalité collective, S. 19; *Durkheim, Emile*: De la division du travail social, S. 9 ff.

693 Siehe *Dannecker, Gerhard/Müller, Nadja*: in Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Kapitel 19. Rn. 1-396, S. 1173-1334. *Dannecker, Gerhard*: in Eser, Albin/Huber, Babara (Hrsg.), Strafrechtsentwicklung in Europa, 4-Teil 3, S. 2132. ; *Dannecker, Gerhard/Müller, Nadja*: KSzW, 2015, S. 281-298; *Dannecker, Gerhard/Jutta, Fischer-Fritsch*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 408; *Macaluso, Alain*: La responsabilité pénale des personnes morales et de l'entreprise, *Éléments de droit comparé et étude des articles*

diese Eigenschaften aufweisen. In diesem Zusammenhang wurden drei Haupttheorien entwickelt.

Die erste Theorie basiert auf der Einheit des Systems und impliziert, dass die juristische Person auch ein körperliches Element hat, das mit dem des Menschen identisch ist, und daher auch willentliche Fähigkeiten besitzt, die denen des Menschen ähnlich sind. Da jeder Mensch aus einer Vielzahl von Zellen besteht, wäre die juristische Person die Summe einer Vielzahl von Menschen; die Verbindung dieser menschlichen Zellen würde dann die Entstehung eines gemeinsamen Willens ermöglichen.⁶⁹⁴ Den Befürwortern dieser Theorie ist sicherlich nicht entgangen, dass die physiologischen Organe, die den Willen des Menschen ausdrücken, Instrumente ohne Willen sind, während die Organe von Personengruppen selbst Subjekte sind, die wollen und verstehen können. Dies würde jedoch die Einheit des sozialen Organismus nicht ausschließen, da diese Organe ihren privaten Willen von dem Willen bezüglich der juristischen Person, der sie angehören, trennen können.

Eine zweite Theorie, die der ersten nahe steht, sieht im sozialen Willen das Ergebnis einer Art Fusion mehrerer individueller Willenserklärungen, wodurch ein einheitlicher Wille entsteht, der sich von dem der einzelnen Mitglieder unterscheidet.⁶⁹⁵ Tatsächlich ist eine Gruppe von Menschen sicherlich kein Wesen aus Fleisch und Blut, aber sie ist dennoch eine tatsächliche Einheit, indem eine bestimmte Anzahl von Menschen einen Teil ihres individuellen Willens dort auflöst. Dieses Wesen würde also, trotz seiner Trennung vom Individuum, eine so natürliche und reale Existenz besitzen wie jeder Mensch.⁶⁹⁶

100 quater et 100 quinques CPS, S. 58; *Adam, Stanislas* (Hrsg.): La responsabilité pénale des personnes morales en Europe – Corporate criminal liability in Europe, la Charte, S. 500; *Hafer, Ernst*: Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, S. 166; *Haeusermann, Axel*: in Albin Eser u.a (Hrsg.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, Freiburg im Breisgau 1998, S. 349-387.

694 Siehe *Adam, Stanislas* (ed.): La responsabilité pénale des personnes morales en Europe – Corporate criminal liability in Europe, S. 1-500; *Hafer, Ernst*: Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, S. 166; *Haeusermann, Axel*: in Albin Eser u.a (Hrsg.), Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht, Freiburg im Breisgau 1998, S. 349-387.

695 Siehe *Macaluso, Alain*: La responsabilité pénale des personnes morales et de l'entreprise, *Éléments de droit comparé et étude des articles 100 quater et 100 quinques CPS*, S. 58.

696 *Macaluso, Alain*: La responsabilité pénale des personnes morales et de l'entreprise, *Éléments de droit comparé et étude des articles 100 quater et 100 quin-*

Die dritte Theorie, die den oben entwickelten Theorien des Gemeinschaftsgeistes und der Arbeitsteilung sehr nahekommt, kann als Theorie der Repräsentation bezeichnet werden. Demnach würde der Wille in einem zweistufigen Prozess gebildet werden. Zuerst würde innerhalb der Gruppe ein menschlicher Wille entstehen. Dann würde dieser individuelle Wille durch das Zusammenspiel von inneren Kräften, Solidarität und Einflüssen gegenüber den anderen Willen verstärken und sich als Wille der Gruppe als Ganzes durchsetzen. Wir haben an anderer Stelle die Entwicklung von Theorien gesehen, die in ihren Prämissen vergleichbar sind, die die Zurechnung an die juristische Person aber nicht direkt auf den eigenen Willen, sondern vielmehr auf die Kenntnis von Fakten beziehen, die nur für sie selbst relevant sind. So stellt die Lehre des kollektiven Wissens, eine im amerikanischen Recht entwickelte Lehre, als Grundsatz fest, dass einer juristischen Person das zugeschrieben werden kann, was ihre Mitarbeiter kollektiv wussten und was zur Begehung einer Straftat führte, für die keiner dieser Handelnden individuell haftbar gemacht werden kann (sog. *Collective Knowledge*). Dies veranschaulicht der Fall *USA v. Bank of New England N.A.*,⁶⁹⁷ in dem die Bank wegen Nichteinhaltung ihrer Liquiditätsberichtspflichten verurteilt wurde. Tatsächlich haben die amerikanischen Gerichte entschieden, dass die Summe der Teilkenntnisse der Arbeitnehmer der juristischen Person zugerechnet werden kann.⁶⁹⁸

Darüber hinaus existieren diese Theorien, unabhängig von dem ihnen entgegengebrachten Vertrauen, nur deshalb, weil ihre Vertreter die Bedeutung eines Phänomens wahrgenommen haben, nämlich, dass juristische Personen ein Sozialverhalten haben, das sich von dem ihrer Organe oder einzelnen Mitglieder zu unterscheiden scheint und das von Dritten als Ausdruck eines einheitlichen Willens empfunden wird. Ob dieses einheitliche Wissen als Phänomen psychologischer Natur existiert oder nicht, ist in der Tat von sehr geringer Bedeutung, wenn man bedenkt, dass die juristische Person, wie es in Zivilsachen zugelassen ist, ein Verhalten ausüben kann, das Auswirkungen auf ihr soziales Umfeld hat.

quises CPS, S. 58; *Hafters, Ernst*: Die Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände, S. 47.

697 Siehe *United States v. Bank of New England, N.A.* 821 F. 2d 844 (1st Cir.), cert. Denied, 484 U.S. 943 (1987).

698 Siehe *United States v. Bank of New England, N.A.* 821 F. 2d 844 (1st Cir.), cert. Denied, 484 U.S. 943 (1987): „*The bank's knowledge is the total of what all of the employees know within the scope of their employment. So, if Employee A knows one facet of the currency reporting requirement, B knows another facet of it, and C a third facet of it, the bank knows them all.*“

Ob ein solches Verhalten kriminell ist oder nicht, ist dann eine Frage der Schuld, der Fähigkeit zur freien Willensäußerung. Folglich sind die Handlungsunfähigkeit, als Hindernis für die Anerkennung der Strafbarkeit juristischer Personen, die wettbewerbswidrige Verhaltensweisen ausüben, und die Unfähigkeit, schuldhaft zu handeln, nur zwei Aspekte desselben Einwandes, die die Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen in der UEMOA-Region nicht untergraben können.

bb. Das Fehlen einer autonomen kollektiven Kriminalität

Das Strafrecht beschränkt sich auf die Bestrafung von Personen, die die materiellen Täter der Straftat sind, ohne die unmittelbare Ursache dieser Straftaten zu berücksichtigen, welche oft in Organisationen liegt, deren Einfluss auf den Einzelnen entweder durch Vorschläge oder sogar durch konkrete Anweisungen zum Ausdruck gebracht werden kann.⁶⁹⁹ Diese Frage nach der moralischen Verantwortlichkeit rechtlicher Personen, die derjenigen des materiellen Täters der Straftat gegenübergestellt wird, wirft viele Probleme auf. Es stellt sich die Frage, wer strafrechtlich verantwortlich gemacht wird, wenn beispielsweise ein einzelnes Mitglied einer Körperschaft bestimmte Straftaten begeht, entweder auf Veranlassung des in dieser Körperschaft vorherrschenden Geistes oder aufgrund einer Anweisung der Körperschaft.

Es kann natürlich der materielle Täter der Straftat verantwortlich gemacht werden, der, unabhängig von seinem psychologischen Zustand, der Repression nicht entkommen kann und darf. Zweitens kann es sich um Personen handeln, die zur Durchführung der Straftat beigetragen haben und auf die die Strafe auf Grundlage der Mittäterschaft ausgedehnt werden kann. Aber ein großer Teil der Verantwortlichkeit, sogar der größte Teil, kann in einigen Fällen auf die Organe oder jede andere Gemeinschaft fallen, die die Verletzung des Strafrechts durch eines ihrer Mitglieder angestrebt haben.

Bei einigen Straftaten wird es daher notwendig sein, die doppelte Verantwortlichkeit zu berücksichtigen: erstens die der natürlichen Personen, die die Straftat begangen haben, und zweitens die der Gemeinschaft, auch wenn die Strafrechtswissenschaft die Bedingungen für die Umsetzung

⁶⁹⁹ Siehe Pella, *V. Vespasien: L'esprit de corps et les problèmes de la responsabilité pénale*, Aperçu sur la criminalité collective, S. 58-59.

ihrer strafrechtlichen Verantwortlichkeit noch nicht ausreichend geklärt hat. Wenn also eine Straftat unter dem Impuls des kollektiven Geistes begangen wird, reagiert die Gesellschaft in erster Linie gegen den Individualtäter dieser Straftat. Fraglich ist, ob er auf die gleiche Weise haften muss, wenn nachgewiesen wird, dass er nach dem kollektiven Willen des Unternehmens, dessen Mitglied er ist, gehandelt hat, wie wenn die Straftat auf seinen eigenen Willen zurückzuführen ist. Strafgesetze im Allgemeinen machen eine solche Unterscheidung nicht. Jeder Täter wird nur durch das Prisma seines individuellen Willens betrachtet. Im Falle der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter von Kartellrechtsverstößen ist die strafrechtlich relevante Handlung jedoch von ganz besonderer Natur. Entscheidend ist, ob die Verantwortlichkeit des Individualtäters größer oder kleiner ist, wenn seine Handlung nicht aus eigenem Willen, sondern aus dem kollektiven Willen des Unternehmens heraus erfolgt ist.⁷⁰⁰ In diesem Zusammenhang sollte jede Verwechslung zwischen Straftaten, die auf Veranlassung mehrerer Menschen, und solche, die individuell begangen werden, vermieden werden.

Die gegenwärtige Moralphilosophie neigt dazu, die kollektive Verantwortlichkeit nicht als die eines Kollektivs zu erfassen, sondern als die der Individuen, die es bilden.⁷⁰¹ Auch diejenigen, die danach streben, Verantwortlichkeit als solche zu etablieren, die sich von derjenigen einzelner Mitglieder unterscheidet, verstehen das moralische Phänomen dennoch weiterhin entsprechend der kausalen Logik des Handelns. Somit ist die kollektive Verantwortlichkeit eine Ableitung der individuellen Verantwortlichkeit. Hier ist die Situation anders, denn es gibt keinen grundlegenden Unterschied zwischen den logischen Strukturen, die den individuellen und kollektiven Verantwortlichkeiten zugrunde liegen, und zwar nicht, weil letztere sich aus ersteren ergeben, sondern weil die kausale Handlungslogik ein individualistisches Prinzip ist, das jedoch fragwürdig ist. Ob individuell oder kollektiv, moralische Verantwortlichkeit ist Teil einer anderen, einer sozialen Logik.

Es sei zunächst daran erinnert, dass die zivilrechtliche Haftung, welche unbestritten auch juristischen Personen auferlegt wird, auch ein Verschulden beinhaltet, das als eine vorsätzliche oder fahrlässige Nichteinhaltung

700 Siehe *Kohlhoff, Christian*: Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe: die Begründung eines Kartellkollektivstrafrechts im deutschen Recht S. 34 ff; *Pella, V. Vespasien*: L'esprit de corps et les problèmes de la responsabilité pénale, Aperçu sur la criminalité collective, S. 60.

701 Siehe *Kozakai, Toshiaki*: Bulletin de psychologie 2008, S. 135.

einer von der Rechtsordnung auferlegten Verpflichtung definiert werden kann.⁷⁰² Die Befürworter des *societas delinquere non potest*-Grundsatzes argumentieren im Wesentlichen damit, dass diese zivilrechtliche Verschuldensfähigkeit nicht als Grundlage einer strafrechtlichen Haftung herangezogen werden könne, weil zivilrechtswidrige Handlungen und Straftaten unterschiedlicher Natur seien, weil die Straftat die Verletzung einer Norm sei, deren Inhalt sittliche Bedeutung hat. Daher wäre die Begehung einer Straftat durch jemand anderen als einem Menschen nicht vorstellbar, denn nur der Mensch habe die psychologischen Fähigkeiten, die für die moralische Verantwortlichkeit, auf der das Strafrecht beruht, erforderlich sind. Diese angebliche Täteruntauglichkeit einer juristischen Person, die von der Regel der Schuldhaftung, also der *societas*-Regel, abweicht, muss akzeptiert werden, wenn versucht wird, auf juristische Personen die gleiche moralische Auffassung von Verschulden anzuwenden, wie sie bei natürlichen Personen vorherrscht. Aber es ist nicht unmöglich, sich eine neue oder zumindest angepasste, weniger monolithische Form der Schuld vorzustellen, die mehr von sozialen als von moralischen Überlegungen inspiriert ist.

Tatsächlich ist das klassische Modell den Menschen angepasst, der mit Vernunft und Sensibilität ausgestattet ist, denn für den Menschen liegt der Vorwurf darin, dass er die moralischen Anforderungen des Guten, die zu erfüllen ihm seine psychischen Fähigkeiten und sein freier Wille erlauben, nicht erfüllt hat.⁷⁰³ Natürlich können an juristische Personen nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden, da diese Anforderungen psychische Eigenschaften voraussetzen, die juristische Personen nicht haben. Das bedeutet jedoch nicht, dass juristische Personen nicht in der Lage wären, schuldhaft zu handeln. Schuld ist objektiv eine Residualkategorie in dem Sinne, dass mit dem Täter verbunden bleibt, wenn alle äußeren Faktoren beseitigt sind. Unter diesem Gesichtspunkt ist es wahrscheinlich, dass juristische Personen unrechtmäßig handeln, da ihr Verschulden in der Nichterfüllung wenn auch nicht moralischer, so doch sozialer Eigenschaften besteht, die die verbleibende Ursache der ihnen vorzuwerfenden Straftaten sind. Diese Eigenschaften können jedoch nur struktureller Natur sein, denn es ist die Organisation juristischer Personen, die bei der Begehung der Straftaten, für die sie verantwortlich sind, auf dem Spiel steht. Juristische Personen existieren nur insoweit, als sie eine bestimmte Organisati-

702 Siehe Macaluso, Alain: La responsabilité pénale des personnes morales et de l'entreprise, *Éléments de droit comparé et étude des articles 100 quater et 100 quinquies CPS*, S. 60.

703 Siehe Kozakaï, Toshiaki: *Bulletin de psychologie* 2008, S. 135 ff.

onsform zum Ausdruck bringen. Diese Organisation sichert letztlich ihr Imperium über die Umwelt und die Gesellschaft, in der sie Teil ist durch die Segmentierung der Tätigkeiten in der Gemeinschaft, durch die Fragmentierung ihrer Entscheidungszentren und durch die Möglichkeit, die Arbeit ihrer Mitarbeiter zu bündeln und auf ein einheitliches Ziel auszurichten. Diese Organisation, die letztlich die Erklärung und die treibende Kraft hinter ihrem Funktionieren ist, macht die juristische Person einzigartig und ermöglicht es ihr, nach außen zu agieren. Sie kann auf diese Weise scheitern, ebenso wie ein Mensch durch seine Psyche, seinen Antrieb und die Erklärung seines Verhaltens scheitern kann. Ebenso kann eine juristische Person in Übereinstimmung mit den Grundprinzipien des Schuldbegriffs positive Ziele verfolgen. Darüber hinaus wird der Begriff der sozialen Schuld im Wettbewerbsrecht zunehmend akzeptiert. Zu diesem Zweck sieht das UEMOA-Recht vor, dass bei der Festsetzung der Sanktion die Schwere der Tat, das Ausmaß des wirtschaftlichen Schadens und die Situation des sanktionierten Unternehmens zu berücksichtigen sind.⁷⁰⁴ Die auf dieser Grundlage entwickelte Rechtsprechung⁷⁰⁵ neigt sehr deutlich dazu, bei der Festsetzung der Strafe Faktoren zu berücksichtigen, die sich auf die Einstellung des Unternehmens oder die Rückfälligkeit beziehen. Es wurde festgestellt, dass ein solches Fehlverhalten im Lichte der individuellen Situation und des Verhaltens jedes Unternehmens, der Rolle, die es gespielt hat, des Einflusses, den es ausgeübt hat, sowie der bewussten, vorsätzlichen und schweren Art der Zuwiderhandlung beurteilt werden muss, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Unternehmens bei Kartellrechtsverstößen zu bestimmen.⁷⁰⁶ So ist das *Nulla poena sine culpa*-Prinzip im Kartellrecht im Hinblick auf die ordnungsgemäße Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person realisierbar.

704 Art. 22 der Verordnung Nr. 03/CM/UEMOA; siehe *David, Éric*: RTD eur. 2000, S. 511.

705 Siehe Entscheidung der EU-Kommission, 4. Juli 2000, Rechtssache Rhône-Poulenc S. A. (Frankreich) und Merck & Co. Inc. (USA), ABl. Nr. L 006 vom 10.01.2003, S. 0001 - 0089; zur Pioneer-Entscheidung *Dannecker, Gerhard/Jutta, Fischer-Fritsch*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 134 ff.

706 Siehe EuGH, Urteil vom 7. Juli 1983, Slg. 1983, S. 01825; *Dannecker, Gerhard/Jutta, Fischer-Fritsch*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, Heft 133, Carl Heymanns Verlag KG, 1989, S. 134 ff.

b. Anpassung der strafrechtlichen Sanktion an die juristische Person/das Unternehmen

Der Ausgang des Verfahrens gegen eine juristische Person, die sich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen schuldig gemacht hat, führt im Falle einer Verurteilung zur Verhängung einer Sanktion, die jedoch an die Eigenart der juristischen Person angepasst werden muss (**aa**) und vor allem nicht gegen den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit der Strafe verstoßen darf (**bb**).

aa. Individualisierung der für die juristische Person geltenden Sanktion

Wenn es um die Individualisierung der Strafe geht, geht es meist um die Behandlung oder Resozialisierung des Täters.⁷⁰⁷ Man will Sanktionen finden, die an die persönlichen Merkmale der verurteilten Person angepasst sind, damit sie Rückfälle verhindern können, aber auch damit eine gerechte Strafe verhängt wird.⁷⁰⁸ Daher sollte die Sanktion für die Ahndung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in den UEMOA-Mitgliedstaaten geeignet sein, all diesen Merkmalen Rechnung zu tragen. Dies ist es, was die UEMOA und die nationalen Gesetzgeber bei der Festlegung der Sanktionen kartellrechtlicher Verstöße leiten sollte.

In einem Strafverfahren ist das Urteil nämlich der Akt, in dem das gesamte Verfahren gipfelt, die für den Angeklagten und seinen Richter im Allgemeinen wichtigste, die am meiste erwartete Handlung. Alle zuvor nach anderen Rechtsvorschriften getroffenen Entscheidungen sind meist nur deshalb von Interesse, weil sie den Umfang der Strafe beeinflussen oder zu einem Freispruch führen und damit eine Verurteilung ausschließen. Aber was bedeutet Strafe im Kartellrecht? Die Antwort auf diese Frage ist nicht einfach. Zu diesem Zweck ist es notwendig, die Bedeutung, die ihr zukommen sollte, sowohl im Lichte des Willens des Gesetzgebers und der Lehre als auch im Lichte der Merkmale eines liberalen Strafrechts in den UEMOA-Mitgliedstaaten, die dem Rechtsstaatsprinzip verpflichtet sind, möglichst genau festzulegen. Zu diesem Zweck wird die Bestim-

707 Siehe *Gisel, Monique*: L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité du délinquant, S. 9.

708 Siehe *Gisel, Monique*: L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité du délinquant, S. 9.

mung von Art und Zweck der Strafe eine Reflexion über die Kriterien für ihre Bestimmung ermöglichen.

Die Strafe ist vor allem eine Manifestation der Staatsgewalt. Aber das allein charakterisiert sie nicht, denn es gibt viele Fälle staatlicher Einmischung in das Leben der Bürger. Daher ist es notwendig zu prüfen, was Strafe von anderen staatlichen Interventionen wie Steuern, dem Militärdienst, der Verwaltungshaft und den vom Strafgericht angeordneten Sicherungsmaßnahmen unterscheidet.⁷⁰⁹ Es ist nicht der Inhalt der Strafe, der sie von anderen Staatsakten unterscheidet. Tatsächlich ist die Beanspruchung eines Vermögensanteils bei der Einziehung von Steuern und Geldbußen üblich, die Ausübung obligatorischer Tätigkeiten betrifft sowohl Soldaten als auch Gefangene, Freiheitsentzug ist bei Verwaltungshaft, Strafen und Sicherungsmaßnahmen üblich.⁷¹⁰ Haftstrafen und Sicherungsmaßnahmen, die beiden Arten von Entscheidungen, die nach dem beninischen Strafgesetzbuch und den in den anderen UEMOA-Mitgliedstaaten geltenden Strafgesetzbüchern getroffen werden, werden für eine bestimmte Handlung, eine Verletzung dieses Gesetzes, ausgesprochen. Aber der Verstoß spielt für jeden von ihnen eine andere Rolle. Die Sicherungsmaßnahmen sind lediglich eine Gelegenheit für ihre Verkündung; ihre eigentliche Daseinsberechtigung liegt eher im Zustand des Täters, der betreut oder außer Gefecht gesetzt werden soll. Die vom Täter begangene Straftat wird als Symptom betrachtet, auf das reagiert wird. Die Haftstrafe hingegen ist nichts anderes als eine Antwort auf die Straftat. Sie beruht auf der Straftat selbst und hat vergeltenden Charakter. Die Haftstrafe unterscheidet sich von der Sicherungsmaßnahme auch dadurch, dass beide zwar von einer Straftat abhängen. Während die Sicherungsmaßnahme jedoch auf eine bloß rechtswidrige Handlung folgen kann, ist das Strafurteil Reaktion auf eine rechtswidrige und schuldhafte Handlung. Der nicht verantwortliche Täter kann behandelt oder interniert werden, je nachdem, ob er geheilt werden kann oder gefährlich ist; aber er darf nicht bestraft werden, weil er unfähig war, Schuld auf sich zu laden. Die Strafe ist Vergeltung für den Fehler, sie basiert auf dem Schuldvorwurf.⁷¹¹ Auch eine juristische Person kann schuldhaft handeln. Es gibt verschiedene Modelle für die Zuweisung des Verschuldens an die juristische Person. Um ihr strafrechtliches

709 Siehe *Gisel, Monique*: L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité du délinquant, S. 9.

710 Siehe *Bockelmann, Paul*: in Gesellschaft der Freunde Universität Heidelberg e.V. (Hrsg.): Heidelberg Jahrbücher, 1961/V, S. 25.

711 Siehe *Müller-Dietz, Heinz*: Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht, S. 88.

Fehlverhalten anzulasten, werden im Wesentlichen zwei Modelle angewendet.

Das erste Modell, das als Assimilation oder direkte bzw. anthropomorphe strafrechtliche Verantwortlichkeit bezeichnet wird, stellt die juristische Person oder das Kollektiv mit der natürlichen Person oder mit der Gruppe natürlicher Personen gleich, die die verbotene Handlung materiell begangen hat oder die Handlung, zu der sie verpflichtet gewesen wäre, unterlassen hat.⁷¹²

Das zweite Modell, das als Folgehaftung oder indirekte Haftung bezeichnet wird, beabsichtigt, der juristischen Person die Straftaten zuzuschreiben, die von ihren Führungskräften, ihren Mitarbeitern, ihren Vertretern oder von anderen natürlichen Personen begangen wurden, die in seiner Erweiterung handeln. Da die Fragen der Zurechenbarkeit und der Verschuldensfähigkeit bereits oben erörtert wurden, ist es nicht mehr erforderlich, sich hier mit ihnen erneut zu befassen. Hervorzuheben ist jedoch, dass das Modell, das uns originell erscheint und das im UEMOA-Raum beibehalten werden sollte, dasjenige ist, das sich nicht, wie das französische oder das OHADA-Modell, darauf beschränkt, auf das Verschulden einer natürlichen Person Bezug zu nehmen, um es der juristischen Person zuzuordnen, sondern die Strafbarkeit der Gemeinschaft auf ihr eigenes Verschulden zu gründen.

So ist einer der klassischen Einwände gegen die Anerkennung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen ihre angebliche Unfähigkeit, eine Strafe zu verbüßen. Das Argument, dass bestimmte Sanktionen auf juristische Personen nicht anwendbar wären, insbesondere Freiheitsstrafen, verdient jedoch kaum der Prüfung, da niemand ernsthaft argumentiert, dass auf juristische Personen immer die gleichen Sanktionen ohne Anpassung oder Diskriminierung wie auf natürliche Personen angewendet werden könnten. Das bedeutet, dass die Sanktionen an die Art, das Wesen der juristischen Personen angepasst werden müssen, da es notwendig ist, für sie eine transponierte Form der Schuld zu entwerfen. Die Unterscheidung der Sanktionen nach der Art ihres Adressaten ist dem Strafrecht nicht unbekannt. Dies spiegelt sich z.B. in der Bestrafung von Kindern und Jugendlichen wider, die nicht notwendigerweise mit den gleichen Sanktionen konfrontiert sind wie Erwachsene. Grundsätzlich ist die

712 Siehe *Adam, Stanislas*, La responsabilité pénale des personnes morales en Europe- Corporate criminal liability in Europe, S. 439-440.

vorherrschende Lehre⁷¹³ der Ansicht, dass es ausgeschlossen sei, Sanktionen gegen juristische Personen anzuwenden, da die mit ihnen angestrebten Wirkungen nur auf natürliche Personen passen. Die gleiche Argumentation gilt für Sicherungsmaßnahmen, die ebenfalls das menschliche Verhalten beeinflussen sollen. Auf diesen Einwand ist zu antworten, dass die Sensibilität für Strafen keine Voraussetzung für die Straffähigkeit ist. Daher sollte weder der symbolische Wert der Bestrafung noch ihr vergeltender Aspekt vernachlässigt werden.⁷¹⁴ Darüber hinaus ist nicht klar, weshalb juristische Personen weniger empfindlich gegen Strafen sein sollen als natürliche Personen oder weshalb sie weniger wirksam sein sollen als bei Menschen, vorausgesetzt, dass diese Strafen dem Adressaten angepasst sind. Die Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit, welche durch eine Geldstrafe hervorgerufen wird, kann auf eine juristische Person die gleiche Wirkung haben wie auf einen Menschen, ebenso wie es möglich ist, die wirtschaftliche Freiheit eines Unternehmens auf eine Weise einzuschränken, die zwar keine Haftstrafe darstellt, aber dennoch ähnliche Auswirkungen haben kann.

bb. Kein Verstoß gegen das Prinzip der Höchstpersönlichkeit

Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit der juristischen Person verstößt nicht gegen das Prinzip der Höchstpersönlichkeit. Denn die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Straftaten, die von Unternehmen, Verbänden und anderen Kollektiven begangen werden, erfolgt prinzipiell nach den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts. Insoweit liegen keine strukturellen Besonderheiten vor.⁷¹⁵

Dies ist so, weil der UEMOAV es den Unternehmen verbietet, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu ergreifen. Auslegungsnotiz 1 des Anhangs Nr. 1 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA geht davon aus, dass sich der Begriff des Unternehmens auf wirtschaftliche Einheiten bezieht, die Rechtspersönlichkeit haben können, eine solche aber nicht ha-

713 Siehe *Adam, Stanislas*, La responsabilité pénale des personnes morales en Europe- Corporate criminal liability in Europe, la Charte, Bruxelles, 2008, S. 439-440.

714 Siehe *Graven, Philippe/Junod, Charles-André*: in *Mélanges Robert Patry*, 1988, S. 362.

715 Siehe *Pfützner, Peggy*: in *Siebe/Cornils* (Hrsg.): Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung, AG, Teilband 4, S. 391.

ben müssen.⁷¹⁶ Erfasst ist jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Finanzierungsweise.⁷¹⁷ Eine derartige Einheit können auch Gruppen sein, die sich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen zusammensetzen. Dieser Unternehmensbegriff beinhaltet auch eine Zurechnung. In dieser Bedeutung geht es nicht um die Identifizierung wettbewerbswidriger Handlungen im Markt, sondern um die Frage, wer für einen Verstoß verantwortlich gemacht werden kann. Im Zentrum des Kartellsanktionenrechts der UEMOA steht damit die Idee des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit, die als handlungs- und schuldfähiges Subjekt zu begreifen ist.

Es stellt sich die Frage, ob die strafrechtliche Sanktionierung einer juristischen Person gegen das Prinzip der Höchstpersönlichkeit verstößt. Außerdem bedeutet eine Sanktionierung des Unternehmens, dass auch diejenigen natürlichen Personen betroffen sind, die zwar Teil der juristischen Person sind, aber nicht an dem Verstoß teilgenommen haben. Die verhängte Geldbuße gegen juristische Personen würde somit das Vermögen der Gemeinschaft und (mittelbar) das wirtschaftliche Eigentum aller Mitglieder, Gesellschafter oder Aktionäre betreffen. Hier stellt sich die Frage, ob es zulässig ist, die letztlich Betroffenen zu ignorieren.

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden: erstens, weil das Vermögen der juristischen Person und nicht den Anteilseignern gehört, ungeachtet der Vorteile, die andere, insbesondere die Aktionäre oder sonstige Anteilseigner, indirekt aus ihrem Anteil ziehen können.⁷¹⁸ Die mit der juristischen Person verbundenen natürlichen Personen, seien es Organe, Mitarbeiter oder Aktionäre, tragen nicht die gegen das Unternehmen verhängte Strafe, sondern erleiden lediglich indirekte Auswirkungen. Zweitens unterscheidet sich ihre Situation nicht von der sonstiger durch Strafen und Geldbußen mittelbar betroffener Individuen, z.B. der Familienmitglieder einer verurteilten Person, die finanziell und moralisch von den Ne-

716 Vgl. zum AEUV *Nettesheim, Martin*: Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung, S. 68.

717 Siehe EuGH, 10.9.2009, Sache C-280/06, *ETI u.a.*, Slg. 2009, S. I-08237 Rn 38; EuGH, 10.7.2012, Sache C-628/10 P *u.a.*, *Alliance One International u.a./Kommission*, Slg. 2012, Digital reports, ECLI:EU:C:2012:479, Rn. 42; EuGH, 8.5.2013, Sache C-508/11 P, *ENI/Kommission*, ABl. C 147 vom 25.5.2013, S. 13-14, Rn. 82.

718 Siehe *Macaluso, Alain*: La responsabilité pénale des personnes morales et de l'entreprise, *Éléments de droit comparé et étude des articles 100^{quater} et 100^{quinquies} CPS*, S. 64.

benwirkungen der gegen eine Person verhängten Strafe oder Geldbuße betroffen sind.

Letztlich bedeutet die Anerkennung der Tatsache, dass die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion gegen eine juristische Person in Wirklichkeit nicht bedeutet, dass man sich an die natürlichen Personen wendet, aus denen sie sich zusammensetzt, sondern dass die juristische Person in Wirklichkeit mehr als eine bloße Fiktion ist, die über eigenes Vermögen verfügt, die handlungsfähig und zur kollektiven Willensbildung fähig ist und daher dem Straf- und Bußgeldrecht unterworfen werden kann. Durch die Entscheidung des Gesetzgebers, gegen eine juristische Person Geldbußen anzudrohen, wird nicht der Grundsatz der Persönlichkeit der Strafe verletzt, sondern die Persönlichkeit des Sanktionsadressaten kraft Gesetzes geschaffen und anerkannt.

So ist zwar der Freiheitsentzug für die juristische Person, die sich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in der UEMOA schuldig gemacht hat, offensichtlich ausgeschlossen, dies aber aus nachvollziehbaren Gründen. Demgegenüber sehen die nationalen Wettbewerbsgesetze, insbesondere das Gesetz Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs im Benin, nach wie vor Geldbußen und die Entziehungen von Rechten vor. Diese Sanktionen können einzeln oder auch kumulativ verhängt werden, weil der Gesetzgeber diesbezüglich keine Einschränkungen vorgesehen hat. Die in den Sanktionsvorschriften vorgesehenen Rechtsverluste sind die Auflösung, das dauerhafte oder vorübergehende Verbot der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit, der dauerhafte oder vorübergehende Ausschluss von öffentlichen Aufträgen, die Beschlagnahme der bei der Straftat verwendeten oder aus der Straftat resultierenden Sachen usw.

Im Recht der UEMOA ist allein die Geldbuße als Sanktion gegen Unternehmen vorgesehen. Die Inhaftierung eines Firmenleiters, eines Geschäftsführers oder gar aller Mitglieder eines Unternehmens nach der Überzeugung, dass das Unternehmen verantwortlich ist, würde gegen den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit verstoßen. Die Höhe der Geldbuße, die Berechnungsmethode und der Sanktionsrahmen sollten der Situation des Unternehmens Rechnung tragen, d.h. der finanziellen Grundlage des Unternehmens⁷¹⁹ angepasst werden, um die angemessenen Höhe der zu bestimmen. Aus diesem Grund ist es von Bedeutung zu wissen, welcher Natur die im Kartellrecht vorgesehene Geldbuße ist.

719 Siehe Adam, Stanislas (Hrsg): La responsabilité pénale des personnes morales en Europe – Corporate criminal liability in Europe, S. 456.

II. Die „strafrechtliche Natur“ der Geldbuße im UEMOA-Kartellrecht

Ziel dieses Kapitels ist es aufzuzeigen, dass die im UEMOA-Kartellrecht vorgesehene Geldbuße einen gewissen strafrechtlichen Charakter aufweist. Die Rechtmäßigkeit einer Sanktion hängt im Wesentlichen von ihrer Fähigkeit ab, die zukünftigen Handlungen der Person, gegen die sie verhängt wird, derart positiv zu beeinflussen, dass sie die Rechtsverstöße nicht erneut begeht.⁷²⁰ Eine Sanktion ohne präventiven Mehrwert verzichtet auf die Möglichkeit, Perspektiven zu eröffnen, und stellt damit auf lange Sicht zweifellos ihre eigene Wirksamkeit in Frage. Unter diesem Gesichtspunkt sind einige der jüngsten Entwicklungen in der strafrechtlichen Debatte beunruhigend: Wenn die Sanktion nicht mehr als Verwaltungsbefugnis zur Neutralisierung von Risiken angesehen wird, sondern sie nur auf die Gefährlichkeit einer Handlung abzielt, kann man nach den Chancen zur Aufrechterhaltung einer präventiven Wirkung fragen.⁷²¹

Die Kriminalisierung des Wettbewerbsrechts ist derzeit ein Trend, so dass einige UEMOA-Mitgliedstaaten die strafrechtliche Verfolgung in den Mittelpunkt des Wettbewerbsrechts stellen. Tatsächlich sieht Art. 89 UEMOAV jedoch nur Geldbußen und Zwangsgelder für die Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen vor. Gemäß Art. 5 UEMOAV ist es Sache der Mitgliedstaaten, die Bestimmungen der Organe der Union bei Bedarf zu ergänzen. Der CJUEMOA erklärt in seinem Urteil über die Auslegung der Art. 88, 89 und 90 des Vertrags über die Wettbewerbsregeln in der Union, dass die Staaten befugt sind, strafrechtliche Maßnahmen gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu ergreifen. Damit stellt sich die Frage nach dem strafrechtlichen Charakter von Geldbußen und Zwangsgeldern bei Kartellrechtsverstößen in der UEMOA auf zwei Ebenen, der gemeinschaftlichen und der nationalen.

Die Frage nach der Rechtsnatur der Geldbuße ist zu klären, denn nach dem Wettbewerbsrecht der UEMOA gibt weder der Vertrag noch die Verordnung Auskunft darüber. Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA bestimmt lediglich, dass die Sanktion „nicht strafrechtlicher Art“ ist. Dabei sollen die Sanktionen, die gegen die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen verhängt werden, diese „bestrafen“. Dies wirft die Frage nach der Art der Sanktion auf Gemeinschaftsebene auf sowie nach den verfahrensrechtlichen Konsequenzen.

720 Siehe *Froment, Jean-Charles*: Informations sociales 2005, S. 67.

721 Siehe *Froment, Jean-Charles*: Informations sociales 2005, S. 67.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach Sanktionen für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen durch die Kommission. Es geht um den strafrechtlichen Charakter der Sanktion auf Gemeinschaftsebene (1) einerseits und der Grundlage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person nach nationalem Recht (2) andererseits.

1. Die strafrechtliche Natur der Geldbuße auf Gemeinschaftsebene

Der Verstoß gegen das UEMOA-Wettbewerbsrecht wird vor allem mit Geldbußen geahndet, die nach Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA nicht strafrechtlicher Art sind. Aus dieser Bestimmung lässt sich ableiten, dass die Sanktion im Wesentlichen verwaltungsrechtlicher Natur sind. Die Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA enthält jedoch keine Angaben zu dem verwaltungsrechtlichen Charakter der Sanktion. In den meisten Ländern bestehen jedoch seit langem verwaltungsrechtliche Sanktionen, so Steuer- und Disziplinarstrafen gegen Beamte, die als verwaltungsrechtliche Sanktionen qualifiziert werden.⁷²² Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen blieben bis 1940 eine juristische Kuriosität, da auf sie damals nur aufgrund ihrer wachsenden Bedeutung im wirtschaftlichen Bereich aufmerksam gemacht wurde. Die Kriegsvorschriften für die Versorgung wurden von einer Reihe verwaltungsrechtlicher Sanktionen begleitet. Und obwohl die Entwicklung der verwaltungsmäßigen Repression später gebremst wurde, konnte sie dadurch nicht gestoppt werden. Der Begriff der Verwaltungsstrafe setzt sich in den verschiedenen nationalen Verwaltungsgesetzen tendenziell durch, was sich in verschiedenen Rechtsordnungen zeigt, wie zum Beispiel in dem italienischen Gesetz vom 3. Mai 1967, das grundlegende Regeln für die Anwendung von Verwaltungsstrafen vorschreibt, im deutschen Ordnungswidrigkeitengesetz von 1968 oder im belgischen Gesetz von 1971, das Verwaltungsstrafen im Sozialbereich regelt.⁷²³ Schließlich erklärt der Wunsch, juristische Personen in Ländern, deren Strafrecht unter dem Sprichwort *societas delinquere non potest* stehen, direkt zu bestrafen, die Verwendung eines Systems nichtkrimineller Sanktionen. Die UEMOA-Mitgliedstaaten, die eine französische Rechtsphilosophie zugrunde legen, ziehen juristische Personen strafrecht-

722 Sarot, Marcel, J.: La sanction administrative, Rapport général du troisième colloque du 19 au 21 octobre 1972, S. 469.

723 Sarot, Marcel, J.: La sanction administrative, Rapport général du troisième colloque du 19 au 21 octobre 1972, S. 469.

lich zur Verantwortlichkeit. Dies mag daran liegen, dass die Rechtstradition in diesen Staaten durch das Prinzip *societas deliquere non potest* geprägt ist, das die Ungenauigkeit des Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA rechtfertigt, wenn es heißt, dass die von der Kommission gegen Unternehmen, die sich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen schuldig gemacht haben, verhängte Geldbuße nicht strafrechtlicher Art ist, ohne ihr jedoch positiv einen anderen Charakter zuzuschreiben.

In der Tat könnte man das Thema allgemein betrachten und sich mit Sanktionen in Verwaltungsangelegenheiten befassen, wie z.B. mit Sanktionen, die eingeführt wurden, um die Einhaltung der Vorschriften zu gewährleisten, die das Funktionieren der öffentlichen Dienstleistungen oder die Regelung von Tätigkeiten, die gesetzlich der Aufsicht der Verwaltung unterliegen, im allgemeinen Interesse ermöglichen. Die Definition einer Verwaltungssanktion würde daher von der Art der Behörde abhängen, die sie verhängt. Eine Verwaltungssanktion ist eine Sanktion, die von der Verwaltung ohne vorherige gerichtliche Intervention verhängt wird, auch wenn eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle möglich ist.⁷²⁴

So ist im niederländischen Recht eine Verwaltungssanktion eine Maßnahme gegen einen Bürger, der gegen eine Regel des öffentlichen Rechts verstößt. Die von einer Verwaltungsbehörde verhängte Sanktion besteht darin, dem Zuwiderhandelnden ein Übel in Form einer Geldbuße, des Entzugs einer Lizenz oder Ähnlichem zuzufügen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass das niederländische Recht unter den Verwaltungssanktionen keine Maßnahmen vorsieht, die infolge des Fehlverhaltens von Personen ergriffen werden, die den öffentlichen Behörden hierarchisch untergeordnet sind, sowie von Personen, die bei privaten Unternehmen beschäftigt sind, die von den öffentlichen Behörden genehmigt, aber nicht ihnen unterstellt sind. Diese Ansicht wird offenbar dadurch gerechtfertigt, dass solche Maßnahmen eine Manifestation hierarchischer Macht sind und die Disziplin einer bestimmten Gruppe sicherstellen sollen. Sobald die Maßnahmen umfangreicher werden und über diese Gruppe hinausgehen, werden sie Teil der Verwaltungssanktion.

Nach beninischem Recht kann die Sanktion von einem aktiven Verwalter oder von einem Verwaltungsgericht verhängt werden. Eine Verwaltungssanktion ist ein einseitiger Verwaltungsakt, der von einem aktiven Beamten ausgeht und dazu bestimmt ist, eine Verletzung einer von der

724 Sarot, Marcel, J.: La sanction administrative, Rapport général du troisième colloque du 19 au 21 octobre 1972, S. 470.

Verwaltung im allgemeinen Interesse auferlegten Verpflichtung zu sanktionieren. Gleichzeitig können auch die von den spezialisierten Verwaltungsgerichten ausgesprochenen nichtstrafrechtlichen Sanktionen einbezogen werden. Eine Verwaltungssanktion ist eine Maßnahme nicht strafrechtlicher Art, die von der zuständigen Verwaltungsbehörde gegen eine natürliche oder juristische Person kraft Gesetzes ergriffen wird und dazu dient, diese wegen der Nichterfüllung einer im öffentlichen Interesse festgelegten Verpflichtung zu ahnden. Der Begriff der Verwaltungssanktion hat in anderen UEMOA-Mitgliedstaaten dieselbe Bedeutung.

Nach deutschem Recht ist es angebracht, sich nicht auf Maßnahmen der Justiz- oder der aktiven Verwaltungsbehörden zu beschränken, sondern unter den Begriff der Verwaltungssanktionen auch die Sanktionen der Disziplinar-, Berufs- und sogar Straferichte zu fassen, da es sich um Entscheidungen handelt, deren Motive und Ziele mit denen übereinstimmen, die als Grundlage für Verwaltungsmaßnahmen dienen.⁷²⁵

Es muss zwischen dem Ziel der Repression, der Abschreckung und der Wiedergutmachung unterschieden werden. Unter diesen Zielen liegt die Wiedergutmachung in den meisten Fällen nicht in der Verantwortlichkeit der Behörden. Dieser Bereich der Retribution wird vom Zivilrecht abgedeckt.⁷²⁶ Daher müssen Sanktionen den Täter ahnden, Rückfälle verhindern und jeden anderen potenziellen Täter abschrecken, weil eine wie auch immer gestaltete Sanktion eine doppelte Funktion hat, nämlich erstens die Bestrafung des Schuldigen entsprechend dem begangenen Fehler und zweitens die Abschreckung des Täters sowie derjenigen, die versucht wären, eine solche Straftat zu begehen. Die Frage ist, wie dieses doppelte Ziel der Repression und der Prävention in Einklang gebracht werden kann, aber auch, wie die Schadensbehebung mit diesen Zielen koordiniert wird.

Nach einer langen Studie über die Entstehung, Stabilität und Auswirkungen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, einschließlich der Kartelle, hat sich die jüngste wirtschaftsrechtliche Literatur⁷²⁷ zu diesem Thema, insbesondere über Kartelle, hauptsächlich auf zwei Fragen konzentriert: die Bestimmung eines optimalen Systems zur Festsetzung von Geldbußen

725 Dannecker, Gerhard/Müller: KSzW 2015, S. 281-298.

726 Zur Prüfung von Sanktionen im Kartellrecht siehe *Rapport, Étienne Chantrel*, administrateur stagiaire de l'INSEE Charles de Navacelles, avocat aux barreaux de Paris et New-York, Jones Day.

727 Siehe *Canivet, Guy* (ed.): *Concurrences 2008*, S. 1-50. ; *Matsopoulou, Haritini*: *Concurrences 2008*, S. 37- 42.

und die Bewertung der aktuellen und früheren Praxis der verschiedenen Wettbewerbsbehörden. Im Hinblick auf die optimale Sanktionierung basiert die ökonomische Analyse auf der Notwendigkeit, eine rationale Person davon abzuhalten, sich an dem kriminellen Verhalten zu beteiligen. Die Geldbuße muss sich dann nach dem illegalen Gewinn und der Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung richten. Wenn der Täter risikoneutral ist, wird er durch eine Geldsanktion abgeschreckt, die höher ist als das Verhältnis von Gewinn und Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung. Darüber hinaus muss diese Geldbuße angepasst werden, um den Entscheidungsprozess potenzieller Täter stärker berücksichtigen zu können. Wenn die Sanktion nicht nur aus einer Geldbuße besteht, ist die Begründung komplexer, ohne sie aber grundlegend zu verändern, da es notwendig ist, die mögliche nicht-finanzielle Strafe auf einen gleichwertigen Geldbetrag zu reduzieren und den Betrag der vorgesehenen Geldbuße entsprechend zu verringern.

Im UEMOA-Recht, sei es auf gemeinschaftlicher oder nationaler Ebene, wird festgestellt, dass die Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweise strafrechtlicher Natur ist, wenn die Täter für sie zur Verantwortlichkeit gezogen werden. In diesem Zusammenhang werden die Strafen gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen auf Gemeinschaftsebene (a) einerseits und auf nationaler Ebene (b) andererseits analysiert.

a. Die Sanktionierung von Kartellrechtsverstößen auf Gemeinschaftsebene

Auf Gemeinschaftsebene werden wettbewerbswidrige Handlungen mit Geldbußen geahndet. Im Sinne von Art. 22. 4 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA sind die Sanktionen nicht strafrechtlicher Natur. Selbst wenn sie keinen strafrechtlichen Charakter haben, haben sie dennoch vergeltenden Charakter, da sie den Täter für das Ausmaß des begangenen Fehlers ahnden sollen. Sie zielen auch auf abschreckende Wirkung ab, weil sie die Begehung von Rechtsverstößen verhindern sollen. Im Wettbewerbsrecht hat die Geldbuße auch die Aufgabe, die öffentliche Wirtschaftsordnung wiederherzustellen.⁷²⁸ Die nach dem UEMOA-Wettbewerbsrecht verhängte Geldbuße weist somit die gleichen Merkmale wie eine strafrechtliche Sanktion. Anhand der Merkmale und Funktionen der im UEMOA-Wettbewerbsrecht vorgesehenen Geldbuße im Hinblick auf den Begriff der Strafe im Strafrecht soll entschieden werden, ob die Geld-

728 Siehe *Lemaire, Christophe/ Lescop, Denis/ Luc, Irène/ e Mouy, Nadin*: *Concurrences* 2005, S. 102-103.

bußen im UEMOA-Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung dieser Kriterien als Strafen im weiteren Sinne angesehen werden können und somit strafrechtlicher Natur sind (**aa**) und wenn ja, welche verfahrensrechtlichen Auswirkungen sich hieraus ergeben (**bb**).

aa. Zur strafrechtlichen Natur der Geldbuße

Nach Art. 22 Abs. 4 Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA sind die durch die Kommission zu verhängenden Geldbußen nicht strafrechtlicher Natur. Die Frage nach ihrer rechtlichen Einordnung stellt sich aufgrund einer fehlenden positiven Bestimmung im UEMOAV und seinen Verordnungen. Auch in Europa mangelt es an einer solchen Bestimmung, sodass der straf- oder verwaltungsrechtliche Charakter dieser Sanktionen umstritten geblieben ist.⁷²⁹ Die ausdrückliche Negation der strafrechtlichen Natur der Geldbuße, wie sie auch in der EU vorgesehen ist, verhindert, dass die Unternehmen von den klassischen Strafrechtschutzmechanismen uneingeschränkt profitieren, insbesondere soll ihnen das Gesetzlichkeitsprinzip und der *ne-bis-in-idem*-Grundsatz nicht zu Gute kommen. Diese Prinzipien hätten ein großes Hindernis für die Kommission bei der Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs sein können. Im UEMOA-Recht werden die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen in erster Linie mit einer Geldbuße bestraft, wobei die rechtliche Einordnung der Sanktionen unklar bleibt. Die Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA verneint den strafrechtlichen Charakter der vorgesehenen Geldbuße ausdrücklich, was darauf hindeutet, dass die Mitgliedstaaten nicht die Absicht hatten, der Gemeinschaft die Zuständigkeit in Strafsachen zu übertragen. Die Sanktionen haben jedoch zweifellos Ähnlichkeiten mit strafrechtlichen Sanktionen, die sich verstärken durch die Notwendigkeit, die Schwere und Dauer des Verstoßes als mildernde oder erschwerende Umstände zu berücksichtigen. Die Geldbuße ist keine kriminalstrafrechtliche Sanktion, weist aber jedenfalls vereinzelt strafrechtliche Elemente auf.⁷³⁰ Sie ist somit dem Strafrecht im weite-

729 Dannecker, Gerhard/ Fischer-Fritsch, Jutta: Das EG-Katellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 6; Pradel, Jean/ Geert, Corstens/Gert, Vermeulen: Droit pénal européen, S. 718-723; Pradel, Jean: La pénalisation du droit des affaires, Fondation pour le droit continental Colloque, S. 1-8. Dannecker, Gerhard /Müller, Nadja: KSzW 2015, S. 281-298; Lombois, Claude: Droit pénal général, S. 180.

730 Lombois, Claude: Droit pénal général, S. 180.

ren Sinne zuzuordnen, da sie auch eine bestrafende Funktion besitzt.⁷³¹ Mithin stellt die ausdrückliche Behauptung der nicht strafrechtlichen Natur der Geldbuße jenseits der fehlenden Bereitschaft, Kompetenzen im Bereich des Kriminalstrafrechts zu übertragen, eine wenig aussagekräftige Feststellung dar. Geldbußen sind jedenfalls grundsätzlich nicht zivilrechtlicher, sondern sanktionierender Natur. Tatsächlich finden sich zum einen strafrechtliche Eigenschaften, wie die Tatsache, dass die Geldbuße Zuwiderhandlungen und gerade nicht die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit sanktioniert. Zum anderen ist jedermann, der innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft gegen ein vom Recht geschütztes Interesse verstößt, Adressat ein repressives und präventives Ziel dienenden Geldbuße. Dies führt dazu, dass die vorgesehenen Geldbußen das Ziel haben, Kartellrechtsverstöße zu ahnden und zugleich präventive Wirkung zu entfalten; damit dienen sie denselben Funktionen wie strafrechtliche Sanktionen. Hinzu kommt, dass das verbotene Verhalten sowohl ausdrücklich in Normen mit gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen wie Straftatbestände geregelt wird und die Rechtsprechung die Rechtswidrigkeit und Schuld wie im Kriminalstrafrecht handhabt.⁷³² Ein Unterschied besteht jedoch insoweit, als der Richtervorbehalt des Strafrechts keine Anwendung findet, sondern Verwaltungsbehörden für die Verhängung zuständig sind. Es ist bemerkenswert, dass trotz des repressiven Zwecks der verwaltungsrechtlichen Sanktionen die Grundsätze des Strafrechts nur im begrenzten Umfang im Wettbewerbsrecht Anwendung finden sollen.

Nach Art. 88 a und b des Vertrags sind Vereinbarungen, Zusammenschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die die Einschränkung oder Beeinträchtigung des Wettbewerbs innerhalb der Union bezwecken oder bewirken, von Rechts wegen verboten; alle Verhaltensweisen eines oder mehrerer Unternehmen sind verboten, die einem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil dessen gleichkommen. Diese Bestimmungen des UEMOA-Vertrags legen klare und präzise Verbote wettbewerbswidriger Verhaltensweisen fest. Art. 22 Abs. 2 der Verord-

731 *Dannecker, Gerhard/Müller, Nadja*: in Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Kapitel 19. Rn. 1-396, S. 1173-1334.

732 *Frister, Helmut*: Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 90-91; *Lombois, Claude*: Droit pénal général, S. 180-181.

nung Nr. 03/2002/CM/UEMOA legt die Sanktion⁷³³ fest, die verhängt wird, wenn Unternehmen gegen Art. 88 a oder b des Vertrags verstoßen. Nach der Bestimmung von Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 3/2002/CM/UEMOA ist bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße neben der Schwere der Zuwiderhandlung auch deren Dauer zu berücksichtigen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im *ENGEL*-Urteil⁷³⁴ drei alternative Kriterien entwickelt, die als „*ENGEL*“-Kriterien bekannt sind und die bestimmen, ob eine von der Kommission ergriffene Maßnahme als strafrechtliche Sanktion einzustufen ist. Aus dem Urteil *Jussila gegen Finnland*⁷³⁵ geht hervor, dass, wenn keines dieser drei Kriterien ausreicht, um den kriminellen Charakter der fraglichen Maßnahme festzustellen, geprüft werden muss, ob ihre kombinierte Anwendung eine solche Schlussfolgerung trägt. Wenn man nämlich zu dem Schluss kommt, dass die Sanktion strafrechtlicher Natur ist, gelten eine Reihe von Verfahrensrechten, die für die verurteilte Person eine wertvolle Hilfe darstellen.

Das erste zu analysierende Kriterium ist die Einordnung als Straftat,⁷³⁶ die sich auf die betreffenden Rechtsvorschriften sowie auf die nationale Rechtsprechung stützt.⁷³⁷ Hier ist der Begriff „Strafe“ ein autonomer Begriff, d.h. seine Existenz hängt nicht von der Beurteilung als Straftat im nationalen Recht ab.⁷³⁸ Daher werden zwei weitere Kriterien herangezogen, um festzustellen, ob eine Maßnahme eine Strafe darstellt. Das erste dieser beiden Kriterien ist die Art des Verstoßes. Dieses Kriterium gilt als die wichtigste Determinante.⁷³⁹ Eine Straftat ist naturgemäß strafbar, wenn sie

733 Art. 22. 2 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA: *„La Commission peut, par voie de Décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes de 500.000 F CFA à 100.000.000 F CFA, ce dernier montant pouvant être porté à dix pour cent du chiffre d'affaires réalisé au cours de l'exercice social précédent par chacune des entreprises ayant participé à l'infraction ou dix pour cent des actifs de ces entreprises, lorsque, de propos délibéré ou par négligence :*
a. elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 88 (a), ou de l'article 88 (b) du Traité,
b. elles contreviennent à une charge imposée en vertu de l'article 7, paragraphe 3, alinéa (a) du présent Règlement. (...)“

734 Siehe EGMR, 8. Juni 1976, Engel et al. v. Das niederländische Reich A, Nr. 22.

735 Siehe EGMR, 23. November 2006, Jussila v. Finnland, Slg. 2006, Urteile und Entscheidungen, 2006 -XIII, Nr. 73053/01.

736 Siehe, EGMR, 21. Februar 1984, Öztürk c/ Deutschland, Reihe A Nr. 73, S. 17-21, Rn. 51.

737 Siehe, EGMR, 27. November 2007, Hamer c/ Belgium, Rn. 57 und 60.

738 Siehe Bombois, Thomas: La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence, S. 33.

739 Siehe EGMR, 23. November 2006, Jussila c/ Finlande Rn. 38.

ein repressives und präventives Ziel verfolgt und sich nicht speziell an eine bestimmte Gruppe von Personen mit einem besonderen Status richtet.⁷⁴⁰ Die Maßnahme muss daher sowohl einen präventiven als auch einen bestrafenden Zweck haben. Zweitens darf sich die Maßnahme in Bezug auf die Adressaten der Sanktion nicht an eine bestimmte Gruppe mit einem besonderen Status richten, sondern muss im Gegenteil an eine allgemeine Gruppe von Personen gerichtet sein. Es ist notwendig, einerseits den Umfang der Personengruppe, an die sich die Vorschrift richtet, und andererseits die Art der betroffenen Schutzrechte zu berücksichtigen.⁷⁴¹ Schließlich ist als letztes Kriterium das Ausmaß der Schwere der Sanktion, der sich auf zwei Aspekte bezieht, insbesondere die Art und Schwere der Sanktion, zu berücksichtigen. Diese beiden Aspekte sind im Prinzip kumulativ zu berücksichtigen.⁷⁴² Was den ersten Aspekt, die Art der Sanktion betrifft, so zielt dieser darauf ab, bestimmte Maßnahmen auszuschließen, deren Wesen eher administrativ als repressiv ist. Nur Sanktionen, deren krimineller Charakter allgemein anerkannt ist, erfüllen dieses Kriterium. Beispiele hierfür sind die Freiheitsstrafe, die als die Strafmaßnahme⁷⁴³ schlechthin gilt, und die – auch für juristische Personen geltende – Geldstrafe.⁷⁴⁴ Beide Strafen sind im UEMOA-Wettbewerbsrecht vorgesehen. Aus dieser Sicht hat die Sanktion einen strafrechtlichen Charakter im Sinne des UEMOA-Kartellrechts. Was den zweiten Aspekt, die Schwere der Sanktion, betrifft, so berücksichtigt sie die tatsächlich verhängte Sanktion, aber auch die Höhe der möglichen Höchststrafe.⁷⁴⁵ Die Schwere der Maßnahme ist subjektiv zu beurteilen,⁷⁴⁶ unter Berücksichtigung der Fähigkeiten der bestraften Person. Darüber hinaus müssen bei der Beurteilung des Schweregrads der Sanktion auch die indirekten Folgen der Sanktion für den Empfänger, insbesondere die Auswirkungen auf sein Berufsleben,⁷⁴⁷ berücksichtigt werden. Es ist jedoch zu beachten, dass in einigen Fällen

740 Siehe *Bombois, Thomas*: La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence, S. 33.

741 Siehe, EGMR, Urteil *Kurdov und Ivanoc c/ Bulgarie* vom 31. Mai 2011, § 39.

742 Siehe *Bombois, Thomas*: La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence, S. 33.

743 Siehe, EGMR, 31. Mai 2011, *Kurdov und Ivanov c/ Bulgarie*, Rn. 44.

744 Siehe, EGMR, 28. Oktober 1999, *Escoubet c/. Belgique* Rn. 36.

745 Siehe, EGMR, 9. Oktober 2003, *Ezeh und Connors c/ Royaume-Uni*, Rn. 120.

746 Siehe, EGMR, 1. Februar 2005, *Ziliberberg* Rn. 34.

747 Siehe *Koering, René/ Truche, Pierre*: in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, S. 520.

nur die Schwere der Sanktion und nicht ihre Art berücksichtigt wird.⁷⁴⁸ Wenn man die oben genannten Kriterien anwendet, die gerade im konkreten Fall der Geldbuße für den Verstoß gegen das Kartellrecht festgelegt wurden, besteht kein Zweifel, dass die Geldbuße strafrechtlicher Natur ist. Die Geldstrafe soll sowohl bestrafen als auch abschrecken.⁷⁴⁹ Dies ist der Fall bei der in Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vorgesehenen Geldbuße. Darüber hinaus richtet sich das UEMOA-Kartellrecht an ein breites Publikum. Außerdem sieht Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vor, dass die gegen Unternehmen verhängten Geldbußen sehr hoch sind. Die drei Kriterien einer Strafe, nämlich die Art der Zuwiderhandlung, die Adressaten der Zuwiderhandlung und die Schwere der Sanktion, sind damit erfüllt. Nach diesen Kriterien ist daher eine von der UEMOA-Kommission im Falle eines Verstoßes gegen das materielle Kartellrecht verhängte Geldbuße als strafrechtliche Sanktionen anzusehen. Die drei „ENGEL“-Kriterien sollten in der UEMOA bei der Festlegung der Grundlage für die Geldbuße angewandt werden. Damit wird bestätigt, dass die von der UEMOA-Kommission wegen Verstößen gegen das materielle Wettbewerbsrecht verhängte Geldbuße strafrechtlicher Natur ist.

Wurde das materielle Wettbewerbsrecht verletzt, kann die Kommission durch eine Entscheidung nach Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen eine Geldbuße in Höhe von 500.000 FCFA bis zu 100.000.000 FCFA oder über diese Höhe hinaus von bis zu zehn Prozent des von dem einzelnen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes festsetzen.⁷⁵⁰ Bei der Geldbuße handelt es sich demnach um die Sanktionierung des betroffenen Unternehmens, das

748 Siehe, EGMR, 27. Januar 2004, Kyprianou c/ Chypre, Rn. 31.

749 Siehe EuG, Urteil Akzo Nobel NV und al. c/ Kommission 30 September 2009, Rechtsache T-175/05, Slg. 2009, S. I-08237, Rn. 150.

750 Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA. Dennoch ist zu beachten, dass die Kommission im Verlauf des Verfahrens Geldbußen für Sorgfaltpflichtverletzungen der Parteien verhängen kann. Diese Sanktionen müssen sich von denen unterscheiden, welche die Kommission zur Verhinderung von wettbewerbswidrigen Praktiken verhängt. Das gilt ebenso, wenn ein Unternehmen von öffentlicher Hilfe profitiert, ungeachtet einer Entscheidung der Kommission, die diese Unterstützung untersagt. Das Unternehmen kann dann gezwungen sein, im Rahmen des Art. 24 Abs. 2 der Verordnung Nr. 04/2002 eine Geldbuße zu bezahlen, die doppelt so hoch wie die bewilligte Hilfe ist. Siehe dazu auch Art. 24 Abs. 2 der Verordnung Nr. 04 von 2002 des Ministerrates der Westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion, die sich auf staatliche Hil-

wegen seiner wettbewerbswidrigen Verhaltensweise an die Gemeinschaft die Sanktion zu bezahlen hat. Einerseits muss die Verhängung von Geldbußen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁷⁵¹ wahren. Andererseits soll außer der Schwere des Verstoßes auch die Dauer desselben berücksichtigt werden, um die Höhe der Geldbuße zu bestimmen. Aufgrund der schweren Folgen, die Geldbußen für die jeweiligen Adressaten nach sich ziehen können, soll die Wahrung der Verhältnismäßigkeit unerlässlich sein. Dieses Erfordernis ist in Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA festgelegt. Wenn also die Auswirkungen des Verstoßes gering sind, erscheint es sachgerecht, dass sich auch der Betrag der Geldbuße reduziert, da sie mit der Wirkung des Verstoßes und seiner Schwere korrelieren sollte. Die Berechnungsmethode für die Geldbußen soll sich nach der Verhältnismäßigkeitsprüfung bestimmen. Der Transparenzgrundsatz setzt voraus, dass diese Berechnungsmethode angegeben wird. Die Verhältnismäßigkeit wird dabei als die Anwendung von Mittel betrachtet, die nicht über das den Umständen entsprechende erforderliche Maß hinausgehen. Sie ist demnach ein Konzept, das angemessen auf den Sachverhalt eingehen kann.⁷⁵² Dieses Prinzip spielt eine Rolle bei der Bestimmung der Sanktionshöhe⁷⁵³ und schreibt vor, dass die Kommission bei der Sanktionierung kartellrechtlicher Verstöße die Natur des Verstoßes, den verursachten Schaden und das betroffene Unternehmen zu berücksichtigen hat.⁷⁵⁴ Gleichwohl bestehen grundlegende Bedenken gegen die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, denn dieser setzt neben der Eignung und Erforderlichkeit auch die Wirksamkeit des Mittels voraus. Gerade hieran bestehen aber Zweifel, weil es gerade im Bereich des Kartells sehr häufig zum Rückfall kommt. Dies gilt gleichermaßen für das Kriminalstrafrecht. Deshalb wird im Strafrecht nicht erwartet, dass das Gericht von der Wirksamkeit der Strafe ausgeht, sondern eine schuldangesehene Strafe verhängt, ohne Prüfung der Verhältnismäßigkeit, insbesondere ohne Feststellung der Eignung der Sanktion zur Erreichung der angestrebten Ziele. Entsprechend sollte auch bei der Verhängung von Geldbußen vorgegangen werden, indem diese in schuldangemessener Höhe verhängt

fen im Innern der Westafrikanischen Wirtschafts- und Währungsunion und auf die Anwendbarkeit des Art. 88c des Vertrags bezieht.

751 *Ngom, Mbissane*: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la réglementation juridique de la concurrence, S. 384.

752 Siehe EGMR, 24. November. 1986, *Gillow c/ Royaume Uni*, Reihe A, Nr. 109, Rn. 55.

753 Siehe EuGH, 16. November 1983, *Thyssen*, 188/82, Slg. 1983, S. 3721-3736.

754 Siehe *Pradel, Jean/ Geert, Corstens/ Gert, Vermeulen*: Droit pénal européen, S. 738.

werden. Dies spricht aber klar für eine Einordnung der Geldbuße als strafrechtliche Sanktion im weiteren Sinne.

Die Mitgliedstaaten sind daher gehalten, dem Schuldgrundsatz Rechnung zu tragen, indem sie ihre in Art. 5 UEMOAV vorgesehene Verpflichtung durch die Verhängung schuldangemessener Sanktionen erfüllen. Das Gleiche gilt nicht zuletzt für die Gemeinschaftsorgane, vor allem für die Kommission, die die strafrechtlichen Gemeinschaftssanktionen verhängt.⁷⁵⁵ Durch die Anwendung des Schuldgrundsatzes wird die Beurteilungsfreiheit der Kommission im Wettbewerbsbereich beschränkt, da die Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA anordnet, dass die Kommission bei der Festlegung der Geldbuße Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung entsprechend berücksichtigen muss.

Nachdem wir anerkannt haben, dass die auf Gemeinschaftsebene verhängten Geldbußen strafrechtlicher Natur sind, soll jetzt zu den daraus resultierenden Konsequenzen Stellung genommen werden.

bb. Konsequenzen des strafrechtlichen Charakters der Geldbußen

Der strafrechtliche Charakter der Geldbußen, die gegen die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen auf Gemeinschaftsebene verhängt werden, erfordert die Einhaltung einer Reihe von strafverfahrensrechtlichen Verfahrensregeln. Bei der Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen sind daher bestimmte Unternehmensrechte, die die Grundlage für das Sanktionsverfahren bilden müssen, zu beachten. Die Verfahrensgrundsätze, die einen fairen Prozess für Unternehmen gewährleisten, müssen nämlich von den Gemeinschaftsorganen, die das UEMOA-Kartellrecht umsetzen, garantiert werden.

Erstens muss das Verfahren, in dem die Kommission die Geldbuße verhängt, kontradiktorisch sein. Der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens ist in Kapitel II der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vorgesehen, das darauf abzielt, ein kontradiktorisches Verfahren zwischen den an dem Sanktionsverfahren der Kommission beteiligten Parteien sicherzustellen. Zu diesem Zweck sieht Art. 16 der genannten Verordnung vor, dass das kontradiktorische Verfahren durch eine Entscheidung der Kommission im Anschluss an eine Beschwerde, eine Mitteilung oder von Amts we-

755 Dannecker, Gerhard/Fischer-Fritsch, Jutta: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 354 ff.

gen im Hinblick auf den Erlass einer Entscheidung eingeleitet wird. Er verpflichtet die Kommission, das kontradiktorische Verfahren einzuleiten, indem sie jedem der Unternehmen und Unternehmensvereinigungen oder einem von ihnen benannten gemeinsamen Vertreter schriftlich die gegen sie erhobenen Einwände mitteilt. Sodann ist eine Frist festzusetzen, innerhalb derer die Unternehmen und Unternehmensvereinigungen berechtigt sind, sich zu äußern. Die Äußerung muss schriftlich und innerhalb der gesetzten Frist erfolgen. Die Unternehmen können alle Einwendungen und Tatsachen, die für ihre Verteidigung relevant sind, in ihren schriftlichen Stellungnahmen darlegen und Dokumente beifügen, die sie als relevant erachten. Darüber hinaus ist die Kommission verpflichtet, die Äußerungen der Unternehmen, gegen die Einwände erhoben werden, anzuhören und zu sammeln, bevor eine Entscheidung getroffen wird. Das Recht auf Anhörung stellt kein Recht dar, das nach dem Ermessen der Kommission ausgeübt werden kann, sondern ist eine Verpflichtung, die von der Kommission eingehalten werden muss. Auch wenn das Unternehmen dies nicht verlangt, muss es von der Kommission zu einer Anhörung einberufen werden. Dritte natürliche oder juristische Personen, die ein ausreichendes Interesse nachweisen können und dies verlangen, haben ebenfalls Anspruch auf Anhörung.⁷⁵⁶ Bei Geldbußen wegen Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht ist das Recht auf Anhörung in der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA geregelt. Wenn das Unternehmen eine Mitteilung der Beschwerdepunkte erhalten hat, hat es das Recht, eine Anhörung zu beantragen. Die Kommission ist jedoch nicht verpflichtet, einem solchen Antrag nachzukommen, da das Unternehmen ein Dritter im Untersuchungsverfahren der Kommission ist.⁷⁵⁷ Um das Recht auf Anhörung vor der Verhängung einer Sanktion zu stärken, bietet sich dem Gesetzgeber unter anderem die Möglichkeit, die Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA zu ändern, um dieses Recht zu verabsolutieren, indem er das Ermessen der Kommission über die Folgen eines Antrags auf Anhörung durch das betreffende Unternehmen aufhebt. Zweitens wird den an einem Verfahren beteiligten Unternehmen der Zugang zu den Akten gewährt, sofern dadurch nicht Geschäftsgeheimnisse anderer Unternehmen preisgegeben werden.⁷⁵⁸

756 Siehe Art. 17. 3 der Verordnung Nr. 03/2002/UEMOA.

757 Siehe *Bernardeau, Ludovic/ Christienne, Jean-Philippe*: Les amendes en droit de la concurrence, Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union, S. 517.

758 Art. 17. 8 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA.

Ebenso wird die Notwendigkeit, Geschäftsgeheimnisse und vertrauliche Informationen von Unternehmen während der Untersuchung zu schützen, bei den Verfahren zur Umsetzung der Wettbewerbsregeln berücksichtigt. Dieses Ziel rechtfertigt die Schwärzung oder Entfernung von Anhörungsprotokollen, Geschäftsgeheimnissen und andere vertrauliche Informationen, bevor eine Mitteilung an die angehörten Personen auf deren Anfrage erfolgt. Das Recht der Unternehmen, dass ihre Geschäftsgeheimnisse geschützt werden, wird jedoch durch die UEMOA-Gesetzgebung nicht ausreichend berücksichtigt. Zunächst kann festgestellt werden, dass das Recht auf Schweigen der verfolgten juristischen Person ein integraler Bestandteil der Verteidigungsrechte ist. Es beinhaltet das Recht, nicht zu seiner eigenen Bestrafung beitragen zu müssen.⁷⁵⁹ Die Tatsache, dass die juristische Person in bestimmten Fällen Dokumente vorlegen muss, auf deren Grundlage die Kommission ihre Anschuldigung begründen könnte, wird mit Blick auf das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, kritisiert. Das Prinzip „*Nemo tenetur se ipsum accusare*“ ist dem Recht auf Schweigen sehr ähnlich. Das Recht, nicht gegen sich selbst aussagen zu müssen, ist nicht als solches im UEMOA-Kartellrecht verankert, was nicht überrascht, da das Verfahren zu Unrecht mit dem Verwaltungsrecht verbunden ist, obwohl es um die Verhängung einer Sanktion mit Strafcharakter geht.

Obwohl die Kommission das verdächtige Unternehmen auffordern kann, ihr alle Informationen und Unterlagen zur Verfügung zu stellen, die erforderlich sind, um festzustellen, ob ein Verstoß gegen Art. 88 UEMOAV vorliegt, ist das Unternehmen nicht verpflichtet, Antworten zu geben, für welche die Beweiserbringungspflicht bei der Kommission liegt.⁷⁶⁰ Der Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, gegen sich selbst auszusagen, gilt auch im Kartellrecht, vorbehaltlich der Möglichkeit für die Kommission, das betreffende Unternehmen aufzufordern, Informationen zur Verfügung zu stellen, die gegen es verwendet werden können, und zwar innerhalb der Grenze, die seine Beteiligung an der Zuwiderhandlung zulässt.⁷⁶¹ Die Wahrung der Verteidigungsrechte in allen Verfahren, die zu Sanktionen, insbesondere zu Geldbußen, führen können, ist daher ein Grundprinzip

759 Siehe *Adam, Stanislas*: La responsabilité pénale des personnes morales en Europe – Corporate criminal liability in Europe, S. 454.

760 Siehe EuGH, 18. Oktober 1989, Orkem gegen Kommission, 374/87, Slg. 1989, 3283, Rn. 34, 35.

761 *Bernardeau, Ludovic/Christienne, Jean-Philippe*: Les amendes en droit de la concurrence, Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union, S. 504.

des Gemeinschaftsrechts, das auch dann beachtet werden muss, wenn es sich um eine Frage des Gemeinschaftsrechts handelt, das durch ein verwaltungsrechtliches Verfahren gelöst wird.⁷⁶² Die Wahrung der Verteidigungsrechte setzt voraus, dass der Betreffende während des verwaltungsrechtlichen Verfahrens Gelegenheit hatte, seine Ansichten über die Gegebenheiten und Relevanz der behaupteten Tatsachen und Umstände sowie über die von der Kommission aufbewahrten Unterlagen⁷⁶³ zur Unterstützung seiner Behauptung eines Verstoßes gegen Art. 88 UEMOAV darzulegen. Es obliegt dem Unternehmen, an das eine Entscheidung der Kommission über die Verhängung einer Geldbuße gerichtet wird, nachzuweisen, dass es daran gehindert wurde, seine Verteidigungsrechte wirksam auszuüben.⁷⁶⁴ In der Rechtsprechung lassen sich drei wesentliche Konsequenzen des Grundsatzes der Achtung der Verteidigungsrechte feststellen, nämlich das Recht auf Akteneinsicht, das Recht auf Anhörung und das Recht, dass innerhalb einer angemessenen Frist eine Entscheidung getroffen wird.

Damit das beschuldigte Unternehmen seinen Standpunkt darlegen kann, ist es unerlässlich, dass es Zugang zu den Informationen hat, auf die sich die Kommission stützt.⁷⁶⁵ In der Praxis umfassen die dem Unternehmen zur Verfügung zu stellenden Unterlagen, wenn es Akteneinsicht beantragt hat, sowohl Beweismittel als auch entlastende Dokumente, vorbehaltlich der Geschäftsgeheimnisse anderer Unternehmen, interner Unterlagen der Kommission und anderer vertraulicher Informationen.⁷⁶⁶ Vor dem Erlass einer Sanktion muss die betreffende natürliche oder juristische Person gehört werden, wenn sie dies beantragt hat. Zudem muss die verfahrensrechtliche Frist, verwaltungsrechtlich (vor der Kommission) oder gerichtlich (vor dem CJUEMOA), entsprechend den Umständen und der Komplexität des zu untersuchenden Falles beurteilt werden. Es ist wichtig festzustellen, dass die Kommission und der CJUEMOA nicht an eine bestimmte Frist für den Erlass ihrer Entscheidungen über Wettbewerbsrechtsverletzungen gebunden sind, wodurch es Fälle gibt, die zu lange vor

762 Siehe EuGH, 17. Februar 1979, Hoffmann La Roche v. Kommission, 85/76, Slg. 1979, S. 461.

763 Siehe EuGH, 7. Januar 2004, Aalborg Portland u.a. / Kommission, C-204/00, Slg. 2004, S. I-00123.

764 Siehe EuG, 14. Mai 1998, Weig gegen Kommission, T-317/94, Slg. 1998, S. II-1235, Rn. 195.

765 Siehe EuG, 18. Dezember 1992, Cimenteries CBR u.a. / Kommission, T-10/92, Slg. 1992, S. II-2267, Rn. 38.

766 Siehe EuGH vom 7. Januar 2004, Aalborg Portland u.a. / Kommission, Slg. 2004, S. I-00123, Rn. 68.

diesen Gemeinschaftseinrichtungen liegen und somit die Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen unwirksam machen. Dies wird unter anderem durch den Fall Unilever belegt, der seit 2009 bei der Kommission und dem CJUE-MOA anhängig und noch nicht entschieden ist.⁷⁶⁷

Die Diskussion über die Frage der angemessenen Verfahrensdauer ist auch in Europa aktuell. Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte⁷⁶⁸, muss diese Frist von dem Zeitpunkt an laufen, ab dem die Person beschuldigt wird, während der EuGH⁷⁶⁹ der Ansicht ist, dass sie nur dann gilt, wenn die erste Phase der Untersuchung übermäßig lang ist und dass dieser übermäßige Charakter die Verteidigung des verdächtigen Unternehmens ihn derart beeinträchtigt, dass die Überschreitung der angemessenen Frist vom Gericht berücksichtigt werden muss und es dem betreffenden Unternehmen die Möglichkeit geben muss, alle Unterlagen in der Untersuchungsakte einzusehen, die für seine Verurteilung relevant sein dürften. Die Nichteinhaltung des Grundsatzes der angemessenen Frist kann grundsätzlich nur dann keine Auswirkungen auf die Gültigkeit des Verfahrens haben, wenn dies nicht zu einer Verletzung der Verteidigungsrechte führt, d. h. die überlange Verjährung die Fähigkeit der betroffenen Unternehmen zur wirksamen Verteidigung nicht beeinträchtigt hat. Darüber hinaus muss eine übermäßige Verzögerung mögliche Auswirkungen auf den Ausgang des Verfahrens haben. Nur in einer solchen Situation könnte die Entscheidung über die Verhängung einer Geldbuße aufgehoben werden, weil der Grundsatz der angemessenen Frist nicht eingehalten wurde. Die UEMOA-Regelung zur Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen sagt auch nichts über die Möglichkeit, dass der Anwalt des Unternehmens bei Inspektionen anwesend sein muss und nichts über die

767 Dieses Verfahren betrifft die Fusion zwischen SIFCA, COSMIVOIRE u.a. und UNILEVER CI. In diesem Fall haben SIFCA, COSMIVOIRE, PALMI und UNILEVER CI der Kommission den Entwurf einer Vereinbarung vorgelegt und den Antrag auf Erteilung eines Negativattests oder, falls dieses nicht erteilt werden sollte, auf eine individuelle Freistellung gestellt. Nach einer Analyse des Marktes und des betreffenden Entwurfs des Abkommens erteilte die Kommission mit Entscheidung Nr. 009/2008/COM ein Negativattest für den geplanten Zusammenschluss zwischen UNILEVER-CI, SIFCA, COSMIVOIRE, PALMCI, PHCI, SHCI und SANIA. Beim EuGH wurde eine Nichtigkeitsklage gegen diese Entscheidung erhoben, aber seit 2009 hat das Gericht noch nicht über die Angelegenheit entschieden.

768 Siehe EGMR, 10. Dezember 1982, Corigliano-Urteil, Reihe A Nr. 57, Rn. 34.

769 Siehe EuGH, 21. September 2006, Technische Unie v. Kommission, C-113/04, Slg. 2006, S. I-8831, Rn. 55.

Unmöglichkeit, diese Inspektionen im Falle der Abwesenheit des Anwalts zu verschieben.⁷⁷⁰

Es ist notwendig, die Einhaltung der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts über die Rechte der Verteidigung mit der Wirksamkeit der Kontrollbefugnis der Kommission während des Untersuchungsverfahrens in Einklang zu bringen. Damit das Recht auf Unterstützung durch einen Rechtsanwalt nicht in die ordnungsgemäße Durchführung der Überprüfung durch die Kommission eingreifen kann, sollte der Zugang zu den Räumlichkeiten des Unternehmens durch von der Kommission bevollmächtigte Vertreter nicht von der Anwesenheit eines Rechtsanwalts abhängig gemacht werden, da das Unternehmen während dieser Zeit für die Untersuchung relevante Unterlagen vernichten oder verbergen könnte. Der Zeitraum, in dem die Kommission verpflichtet ist, einem Unternehmen die Kontaktaufnahme mit einem Rechtsanwalt zu gestatten, bevor es beginnt, die Bücher einzusehen und zu kopieren, die Räumlichkeiten zu versiegeln und den Geschäftsführer des Unternehmens um mündliche Erklärungen zu bitten, hängt von den besonderen Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab. Es ist davon auszugehen, dass diese Position, die die Anwesenheit eines Rechtsanwalts bei Inspektionen betrifft, der Rechtsprechung zur Anerkennung der strafrechtlichen Natur von Bußgeldern nach dem Wettbewerbsrecht nicht fremd ist. Durch seine Anwesenheit wird der Anwalt nicht nur die Rechte des Unternehmens wahrnehmen, sondern auch die notwendigen Maßnahmen ergreifen, die zur Verteidigung erforderlich sind. Darüber hinaus wird in der Rechtsprechung akzeptiert, dass die Regel der Vertraulichkeit der Korrespondenz zwischen einem Anwalt und seinem Mandanten (*legal privilege*) gilt.⁷⁷¹

Im Unionsrecht wird aus dem Recht auf ein faires Verfahren als weiterer allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts das Recht auf effektiven Rechtsschutz abgeleitet.⁷⁷² Dieser Grundsatz ist auch und insbesondere im Kartellrecht stark präsent. Es ist zu beachten, dass dieser Grundsatz auch im innerstaatlichen Recht gewährleistet sein und es der betreffenden Person

770 EuG, 27. September 2012, Koninklijke Wegenbouw Stevin gegen Kommission, Sache T-357/06, Slg. 2012, S. I-3173.

771 Siehe EuGH, 18. Mai 1982, AM & S gegen Kommission, 155/79, Slg. 1982, S. 01575, Rn. 18 bis 27.

772 Siehe EuGH, 18. Juli 2013, Schindler Holding u.a. v. Kommissionsurteil, C-501/11, EU: C :2013 :522, Rn. 33-36.

möglich sein muss, eine spätere Überprüfung vor einem zuständigen Gericht zu erreichen.⁷⁷³

Im Rahmen dieser Kontrolle beschränkt sich der CJUEMOA darauf, die Rechtmäßigkeit der von der Kommission getroffenen Entscheidung zu prüfen. Der Gerichtshof muss überprüfen, ob die Entscheidung mit den geltenden Gesetzen und Vorschriften übereinstimmt, ohne die Angemessenheit beurteilen zu müssen. Aus der ständigen Rechtsprechung auf dem Gebiet des Kartellrechts geht hervor, dass sich die Kontrolle der Nichtigkeit durch den Richter notwendigerweise darauf beschränkt, die Einhaltung der Verfahrensregeln und der Begründung sowie die sachliche Richtigkeit der Tatsachen, das Fehlen offensichtlicher Beurteilungsfehler und den Missbrauch von Befugnissen zu überprüfen.⁷⁷⁴ Wird beispielsweise der Begründungspflicht nicht nachgekommen, ist die kartellrechtliche Bußgeldentscheidung aufzuheben.⁷⁷⁵ Im Hinblick auf die ihm durch den Vertrag übertragene Befugnis der vollen Gerichtsbarkeit ist der CJUEMOA befugt, die Begründetheit, Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit der Sanktion für den nach dem Wettbewerbsrecht begangenen Verstoß zu prüfen. Bei der Prüfung der Angemessenheit der Höhe der Geldbuße kann das Gericht zusätzliche Auskünfte berücksichtigen, die in der Entscheidung nicht im Rahmen der Begründungspflicht erwähnt worden sind. In diesem Fall kann der CJUEMOA die Bewertung der Kommission durch seine eigene ersetzen und somit die Geldbuße aufheben oder herabsetzen, wenn er sie für unverhältnismäßig oder unbegründet hält, oder sie auch erhöhen. Da die Ausübung der vollen Gerichtsbarkeit keine *ex officio*-Überprüfung darstellt, ist das Verfahren vor den Gerichten der Union kontradiktorisch zu führen. Daher ist es mit Ausnahme der Gründe der öffentlichen Ordnung, die das Gericht von Amts wegen berücksichtigen muss, wie z. B. das Fehlen einer Begründung für die angefochtene Entscheidung, Sache der Kommission, die von ihr festgestellten Elemente nachzuweisen und die wesentlichen Elemente der Verletzung festzustellen. Aus diesem Grund muss der Unionsrichter im Wettbewerbsrecht sowohl rechtlich als auch tatsächlich eine umfassende Kontrolle ausüben und alle Beweise bewerten.

773 Siehe EGMR, 27. September 2011, Menarini Diagnostics gegen Italien, (Anwendung Nr. 43509/08), Rn. 59.

774 Siehe EuGH, 28. Mai 1998, Deere gegen Kommission, Urteil in der Rechtssache C-7/95, Slg. 1998, S. I-3111, Rn. 34.

775 Siehe EuG, 15. Dezember 1998, European Night Services u.a. v. Kommission T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94, EU: T:1998:198, Rn. 103-105.

Nachdem die Verfahrensfolgen des strafrechtlichen Charakters von Geldbußen im Wettbewerbsrecht dargelegt wurden, ist nun festzustellen, dass das Strafverfahren in bestimmten Punkten für Wettbewerbsverfahren ungeeignet erscheint. Aus diesem Grund sollte das Verfahren zur Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verursacher wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in der UEMOA-Region geändert werden, um die Wirksamkeit der strafrechtlichen Sanktionen im Rahmen des Wettbewerbsrechts zu verbessern. Zu diesem Zweck könnten bestimmte grundlegende Prinzipien des Strafrechts gelockert werden.

Im Mittelpunkt dieser Grundsätze steht das Gesetzlichkeitsprinzip,⁷⁷⁶ das den Gesetzgeber dazu verpflichtet, Straftaten so klar und präzise zu definieren, dass die Gefahr der Willkür ausgeschlossen ist.⁷⁷⁷ Im Bereich des Kartellrechts ist dieses Prinzip aber flexibel. Es ist nicht erforderlich, dass der Straftatbestand klar und präzise formuliert ist, sondern es reicht aus, dass er sich auf eine Verpflichtung bezieht, der der Wirtschaftsteilnehmer aufgrund von Gesetzen oder Verordnungen unterliegt.⁷⁷⁸ Diese Lockerung des Prinzips wurde in Frankreich sowohl vom Staatsrat⁷⁷⁹ als auch vom Verfassungsrat⁷⁸⁰ festgelegt.

776 Siehe EGMR, 27. September 2011, Menarini Diagnostics gegen Italien (Nr. 43509/08), Rn. 64.

Siehe Art. 16 der beninischen Verfassung vom 11. Dezember 1990; ebenso Art. 7 Abs. 2 der Afrikanische Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker von 1981; Art. 8 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789; siehe zudem Art. 7 Abs. 1 EMRK.

777 Entscheidung des Verfassungsrates Nr. 80-127 vom 20. Januar 1981, Sicherheit und Freiheit.

778 Vogel, Louis: *Revue des droits de la concurrence* Competition Law Journal 2016, S. 14.

779 Entscheidung des Staatsrates vom 7. Juli 2004, Nr. 255136, der Innen- und Sicherheitsminister gegen Benkerrou: "(...) lorsqu'il est appliqué aux sanctions administratives, le principe de légalité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les infractions soient définies par référence aux obligations auxquelles est soumise une personne en raison de l'activité qu'elle exerce, de la profession à laquelle elle appartient ou de l'institution dont elle relève."

780 Entscheidung des Verfassungsrats vom 17. Januar 1989, Nr. 88-248: "(...) appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements."

Nach beninischem⁷⁸¹ und deutschem⁷⁸² Recht kann keine Person, die rechtmäßig freigesprochen wurde, wegen derselben Handlungen erneut angeklagt oder verurteilt werden, auch wenn festgestellt wird, dass sie schuldig ist. Diese Bestimmung veranschaulicht den Grundsatz *non bis in idem*⁷⁸³, der im Allgemeinen die Erfüllung von drei Bedingungen voraussetzt, nämlich eine frühere Entscheidung, ähnliche Verhaltensweisen und denselben Angeklagten. In Wettbewerbsangelegenheiten ist der Anwendungsbereich des Grundsatzes jedoch begrenzt, als Schadensersatz neben einer strafrechtlichen Sanktion verhängt werden kann. Es handelt sich bei der Kommission nicht um ein Strafgericht, sondern um eine Verwaltungsbehörde mit gerichtlicher Funktion, die als solche bezeichnet werden kann. Sie gilt nicht zwischen verwaltungsrechtlichen und zivilrechtlichen Sanktionen, da die Kommission als Verwaltungsbehörde⁷⁸⁴ und nicht als Zivilgericht⁷⁸⁵ fungiert.

Es stellt sich nun das Problem der Wirksamkeit des Verbots von Kartellen und des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Die durch Hardcore-Kartelle verursachten Schäden für die Wirtschaft der Gemeinschaft sind von einem solchen Ausmaß, dass Maßnahmen von extremer Schwere, die allein schon abschreckend wirken können, ergriffen werden müssen. Insbesondere die Wirtschaftswissenschaftler⁷⁸⁶ befürworten eine doppelte Sanktionierung wettbewerbswidriger Praktiken. Sie fordern, dass wettbewerbsrechtliche Geldbußen durch strafrechtliche Sanktionen ergänzt werden müssen, um wirksam zu sein,⁷⁸⁷ Im Gegensatz zum europä-

781 Art. 363 des Gesetzes 2012-15 vom 30. März 2012 über die Strafprozessordnung der Republik Benin.

782 Art. 103 Abs. 3 GG für die Bundesrepublik Deutschland.

783 Siehe *Dannecker, Gerhard*: in Weiß, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsstellung Betroffener im modernisierten EU-Kartellverfahren, S. 115-117; *Henzelin, Marc*: *Revue Pénale Suisse* 2005, S. 345-346.

784 Siehe *Dannecker, Gerhard*: in Weiß, Wolfgang (Hrsg.), Die Rechtsstellung Betroffener im modernisierten EU-Kartellverfahren, S. 115-117; *Ngom, Mbissane*: *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence*, S. 383; *Dannecker, Gerhard/Müller, Nadja*: in Wabnitz/Janovsky/Schmitt, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, Kapitel 19. Rn. 1-396, S. 1173-1334.

785 Siehe CA Paris, 9. Dezember 1997, LawLex200203411JBj.

786 Siehe *Blaise, Jean-Bernard*: *Revue des droits de la concurrence*, *Competition Law Journal* 2012, S. 25.

787 Siehe *Blaise, Jean-Bernard*: *Revue des droits de la concurrence*, *Competition Law Journal* 2012, S. 25.

ischen Modell,⁷⁸⁸ verfolgt die UEMOA den wirtschaftlichen Ansatz.⁷⁸⁹ Da die Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen wie in Europa hinreichend abschreckend gestaltet werden soll, insbesondere in Westafrika, wo kleine und mittlere Unternehmen vor allen Formen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen geschützt werden müssen, da sich das Wettbewerbsrecht dort nicht nur als Instrument zur Bekämpfung von Ineffizienzen, sondern auch als Hindernis für die Entwicklung kleiner und mittlerer Unternehmen herausgebildet hat, während die Schattenwirtschaft dort besonders wichtig ist. Die Anwendung von Geldbußen, wie sie von der UEMOA-Kommission als Sanktion für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen angewandt werden, würde daher zu der Gefahr einer doppelten Bestrafung führen, sowohl auf nationaler Ebene angewandten Geldbußen, als auch auf Kriminalstrafen. Dies würde zwei unterschiedliche und unabhängige Verfahren implizieren: einerseits von der UEMOA-Kommission für Verhängung der Geldbußen und andererseits vom nationaler Strafgericht für Verhängung der Kriminalstrafen, die zur Ineffektivität des *non bis in idem*-Prinzips im Benin und in der UEMOA-Gemeinschaft führen würden. Wenn akzeptiert wird, dass juristische Personen in den Mitgliedstaaten strafrechtlich verantwortlich gemacht werden können und wenn das Unternehmen zudem von der Wettbewerbsbehörde der UEMOA verurteilt wird, kann es zu einer Häufung von Sanktionen kommen. Im Gesetz ist die Kumulierung von Sanktionen auf der Grundlage verschiedener Gesetze erlaubt.⁷⁹⁰ Darin liegt doch aber ein Verstoß gegen *ne bis in idem*-Prinzip. Da die Mitgliedstaaten der UEMOA auf der Grundlage von Art. 5 des Vertrags die erforderlichen Maßnahmen im Einklang mit ihren jeweiligen Verfassungsvorschriften getroffen haben, um ihren Verpflichtungen zur Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nachzukommen, könnte die Kumulierung von Bußgeld- und Strafsanktionen erlaubt werden, da diese Sanktionen auf zwei verschiedenen Gesetzen beruhen und unterschiedlicher Art sind. Nach dem derzeitigen Stand des beninischen Rechts ist die Kombination aus verwaltungs- und strafrechtlichen Sanktionen insofern nicht möglich, als das Handelsministerium über seine Direktion für Wettbewerb und Betrugsbekämpfung mit den Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen einen Vergleich durchführt und erst wenn die Ergeb-

788 Siehe Arnaud, André-Jean: Pour une pensée juridique européenne, S. 57; Lawrence Boy: Revue internationale de droit économique 2011, S. 263-280.

789 Siehe Drexler, Josef: RIDE 2011, S. 289.

790 Siehe Blaise, Jean-Bernard: Revue des droits de la concurrence, Competition Law Journal 2012, S. 25.

nisse des Vergleich keinen Erfolg haben, die Strafgerichte bei der Beschlagnahme das Unternehmen als juristische Person und gegebenenfalls die Unternehmensleiter wegen persönlichen Verschuldens bestrafen. Das Problem des persönlichen Charakters der Strafe wird auf dieser Ebene nicht angesprochen, da die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person in den UEMOA-Mitgliedstaaten nicht mehr diskutiert wird. Das Verschulden wäre den Geschäftsführern zuzurechnen, wenn es im persönlichen Interesse dieser begangen wurde. Mit anderen Worten, es wäre Sache des Geschäftsführers, zu entscheiden, ob er sein persönliches Interesse über das Interesse des Unternehmens stellt. Der Fehler wäre dem Unternehmen zuzurechnen, wenn in Ausübung seiner Funktion die Handlung und die Absicht des Geschäftsführers nicht von seiner Arbeit zu trennen ist. Dies würde darauf hinauslaufen, zu prüfen, ob der Geschäftsführer, indem er das Unternehmen einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise schuldig gemacht hat, ausschließlich im Interesse des Unternehmens gehandelt hat. Dies ist dann der Fall, wenn der physische Täter nicht identifiziert werden kann oder nicht strafbar ist.⁷⁹¹ Wenn die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen nur den Interessen des Unternehmens dienen, wäre es richtig, nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens zu suchen. Aus diesem Grund sind die UEMOA-Mitgliedsstaaten dazu übergegangen, juristische Personen zu bestrafen und Unternehmensleiter nur dann, wenn die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen auf sie zurückzuführen sind.

Die Verhältnismäßigkeit der Geldbußen ist wegen der schwerwiegenden Folgen, die sie für die Empfänger haben können, unerlässlich. Die Verpflichtung zur Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ist in Art. 22 Abs. 2 lit. b am Ende der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA festgelegt. Dabei werden die Schwere der Zuwiderhandlung und ihre Dauer berücksichtigt. Wenn die Auswirkungen der Zuwiderhandlung begrenzt sind, kann es daher geboten sein, dass auch die Geldbuße geringer sein sollte, da ein logischer Zusammenhang zwischen den Auswirkungen der Zuwiderhandlung und ihrer Schwere bestehen muss. Die Methode zur Berechnung der Geldbußen wird auf der Grundlage der Schuldangemessenheit und Verhältnismäßigkeitstests festgelegt und der Grundsatz der Transparenz erfordert die Angabe dieser Berechnungsmethode. Unter Verhältnismäßigkeit wird die Anwendung von Mitteln verstanden, die nicht

791 Siehe *Macaluso, Alain*: La responsabilité pénale des personnes morales et de l'entreprise, *Éléments de droit comparé et étude des articles 100^{quater} et 100^{quinquies}* CPS, S. 104.

über das unter den gegebenen Umständen erforderliche Maß hinausgehen. Die Verhältnismäßigkeit ist daher ein Begriff, der nach den Umständen des Einzelfalles die Angemessenheit hervorruft.⁷⁹² Dieser Grundsatz spielt bei der Festlegung der Höhe der zu verhängenden Sanktion eine Rolle⁷⁹³ und erfordert die Berücksichtigung der Art der Zuwiderhandlung, des verursachten Schadens und des betroffenen Unternehmens.⁷⁹⁴ Die Wirksamkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips erfordert, dass die Mitgliedstaaten diesen Grundsatz anwenden, indem sie ihren Verpflichtungen nach Art. 5 UEMOAV durch die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen nachkommen. Dasselbe gilt für die Gemeinschaftsorgane, insbesondere die Kommission, die strafrechtliche Sanktionen der Gemeinschaft verhängt.⁷⁹⁵ Die Anwendung dieses Grundsatzes schränkt die Beurteilungsfreiheit der Kommission ein, die durch die Wettbewerbsregeln große Spielräume genießt. Aber das Problem ist doch, dass das Mittel zur Erreichung des Zwecks geeignet sein muss und das ist häufig nicht der Fall, wie der Rückfall zeigt.

Im Bereich des Wettbewerbs ist die Kommission nach der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA verpflichtet, bei der Festsetzung von Geldbußen die Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung zu berücksichtigen. Auf diese Weise wird sowohl die Reaktion auf das verschuldete Unrecht als auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verwirklicht. Dieser Grundsatz hindert die Kommission nicht daran, die Höhe der Geldbußen zu erhöhen, um ihre abschreckende Wirkung zu verstärken.⁷⁹⁶ Daher sollte die Kommission jederzeit die Höhe der Geldbußen an die Bedürfnisse der Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft anpassen.⁷⁹⁷ Auch wenn der durch den Schuldgrundsatz Grenzen gesetzt sind. Dementsprechend richtet sich die Befugnis der Kommission, Geldbußen zu verhängen, nicht nach einem absoluten Automatismus.⁷⁹⁸ Vielmehr müssen Umstände und Schwere des Ver-

792 Siehe EGMR, 24. November 1986, *Gillow gegen Royaume Uni*, Reihe A, Nr. 109, Rn. 55.

793 Siehe EuGH, 16. November 1983, *Thyssen*, 188/82, Slg. 1983, S. 3721-3736.

794 Siehe *Pradel, Jean / Geert, Corstens/ Gert, Vermeulen*: *Droit pénal européen*, S. 738.

795 Siehe *Dannecker, Gerhard/Jutta, Fischer-Fritsch*: *Das EG-Katellrecht in der Bußgeldpraxis*, S. 354 ff.

796 *Dies; Pradel, Jean/ Geert, Corstens/ Gert, Vermeulen*: *Droit pénal européen*, Précis, Dalloz, 3. Auflage, 2009, S. 738.

797 EuGH, 7. Juni 1983, *SA Musique diffusion française*, 100 -103/80, Slg. 1983, S. 1825, 1906.

798 EuGH, 20. Juli 1985, *Queenberough*, 64/80, Slg. 1985, S. 1829.

stoßes miteinbezogen werden, bevor der Betrag der Geldbuße festgelegt wird.⁷⁹⁹ Dabei soll die Kommission die außergewöhnliche Situation des Unternehmens berücksichtigen, die einen anderen als den vorhergesehenen Betrag rechtfertigt. Bei der Festlegung der Höhe der Geldbuße stellt sich daher das Problem, welcher Begründung die Kommission angibt.

Tatsächlich lastet auf der Kommission in Ausübung ihrer repressiven Macht die Verpflichtung, ihre Methode für die Berechnung der Höhe der Geldstrafe offen zu legen. Diese Verpflichtung garantiert nicht nur den gerichtlichen Schutz des betroffenen Unternehmens, sondern ermöglicht es dem Gerichtshof auch, seine Rechtmäßigkeitskontrolle auszuüben.⁸⁰⁰ Bei Verhängung einer Geldbuße muss die Kommission ihre Entscheidung ausreichend begründen, damit sowohl die Betroffenen als auch der UEMOA-Gerichtshof die wesentlichen Elemente ihrer Argumentation nachvollziehen können.⁸⁰¹ Die Methode zur Bestimmung der Geldbuße soll auf der Schwere des Verstoßes basieren und dessen Charakter und Auswirkungen auf den Markt berücksichtigen. Es ist festzustellen, dass keine Maßnahme – weder des Vertrags, noch der Verordnungen – bei der Festlegung der Höhe der Geldbuße auf die Auswirkungen eines Verstoßes auf die Wirtschaft hinweist. Allerdings muss die Geldbuße diese Auswirkungen aus Effizienzgründen berücksichtigen.⁸⁰² Die erforderliche Analyse der Schwere der Straftat kann nur im Hinblick auf den in der Wirtschaft verursachten Schaden durchgeführt werden. Infolgedessen erscheint die Beschränkung der Geldstrafe auf eine Höhe von maximal 100.000.000 FCFA zu starr. Tatsächlich ist es möglich, dass die Schadenshöhe über den Betrag von 100.000.000 FCFA hinausgeht oder der zusätzliche Gewinn, der infolge der wettbewerbswidrigen Praktiken erzielt wurde, diesen Betrag überschreitet. Es ist zu betonen, dass der nationale Richter, wenn der erlittene Schaden die vorgesehenen Höchstgrenzen überschreitet, in das Strafverfahren eingreifen kann, um den Schaden vollständig auszugleichen.⁸⁰³ Es wä-

799 EuGH, 12. November 1985, Krupp Stahl, 183/83, Slg 1985, S. 3609-3626.

800 Art. 31 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA: „*La Cour de Justice de l'UEMOA apprécie la légalité des décisions prises par la Commission en vertu du présent règlement dans les conditions prévues au Protocole Additionnel N°1 relatif aux Organes de contrôle de l'Union (...)*“. ; Art. 1 des Zusatzprotokolls Nr. 1 bezüglich der Kontrollorgane der UEMOA: „*La Cour de Justice veille au respect du droit quant à l'interprétation et à l'application du Traité de l'Union.*“

801 Siehe EuGH, 15. Juli 1970, ACF Chimie et Farma, 41/69 Slg.1970, S. 661-692.

802 Champalaune, Carole: in Canivet, Guy (Hrsg.), La modernisation du droit de la concurrence, LGDJ, 2006, S. 385; Cadiet, Loïc: La Semaine Juridique 2016, S. 13.

803 Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA.

re ungerecht, wenn man die nationale Gerichtsbarkeit aufgrund des die Obergrenzen überschreitenden Schadens nicht anrufen könnte. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass die nationale Gerichtsbarkeit im Rahmen der unerlaubten Handlungen einschreiten kann.

Die Bezugnahme auf den Umsatz wirft eine Reihe von Schwierigkeiten auf. Die Annäherung dieser Obergrenzen wirft in der Tat die Frage nach einer möglichen Hierarchie auf. Wenn die Obergrenze bei 100 Millionen FCFA liegt, ist dann der Anteil von zehn Prozent des Umsatzes ein Höchstbetrag, der nicht überschritten werden darf, oder ist es möglich, eine Geldbuße in Höhe von zehn Prozent zu verhängen, selbst wenn dies die Obergrenze von 100.000.000 FCFA überschreitet? Es scheint, dass der Ausdruck „*pouvant être porté à*“ bedeutet, dass der Höchstbetrag von 1000.000.000 FCFA nicht absolut ist. Vielmehr ermöglicht er der Kommission, hierauf Bezug zu nehmen, wenn sie eine Geldbuße verhängen möchte, die über diesem Höchstbetrag liegt. Folglich handelt es sich bei den beiden Obergrenzen um ausschließliche und alternative Maßnahmen, wobei die Kommission den Grundsatz der Schuldgrundsatz zu beachten hat. Die wettbewerbswidrige Vereinbarung ist von Natur aus ein kollektiver Verstoß. Deshalb ist es wichtig, die Verantwortlichkeit jedes einzelnen an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmens zu bestimmen und es entsprechend dieser Verantwortlichkeit zu bestrafen. Diese Rolle muss in Verbindung mit der Notwendigkeit berücksichtigt werden, die Sanktion auf 10 % des Umsatzes jedes beteiligten Unternehmens zu begrenzen. Im Allgemeinen sowie auf Grundlage einer vergleichenden Analyse sind zwei Berechnungsarten festzuhalten. Die erste basiert auf der Schwere der Tat und die zweite auf dem Verhalten des jeweiligen Unternehmens.⁸⁰⁴ Im ersten Fall ist die Natur des Wettbewerbsschadens zu berücksichtigen und die Geldbuße unter den beteiligten Unternehmen im höher den von ihm verursachten Schaden aufzuteilen. Die Aufteilung geschieht auf Grundlage objektiver Kriterien, wie die Größe des Marktanteils, die Dauer der Beteiligung, die Größe des einzelnen Unternehmens und der beim Verstoß gespielten Rolle.⁸⁰⁵ So kann die Kommission einem Unternehmen, das eine führende Rolle bei der Begehung der Straftat gespielt hat, eine höhere Geldbuße auferlegen als einem Unternehmen, das das rechtswidrige Verhalten lediglich adaptiert hat. Im zweiten Fall wird die Höhe der Geldbuße unter Bezugnahme auf den im relevanten Markt erzielten Umsatz be-

804 David, Eric: RTD eur. 2000, S. 511.

805 So in Bezug auf die Entscheidung *Pioneer: Dannecker, Gerhard/ Fischer-Fritsch, Jutta*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 134 ff.

stimmt. Gemessen an der Schwere des unerlaubten Verhaltens wird jedem Unternehmen eine Geldbuße auferlegt, die einem Prozentsatz des erzielten Umsatzes entspricht. Diese Berechnungsmethode verspricht einen Vergleich der jeweiligen Verhaltensweisen der beteiligten Unternehmen. Aber in beiden Fällen ist die Dauer des Kartellrechtsverstößes zu berücksichtigen, so fordert es Art. 22 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA.

Man sollte sich in der Tat fragen, ob die Kommission bei der Bestimmung der Höhe der Geldbuße das Verhalten des Unternehmens während der Untersuchungsphase berücksichtigen muss. Mit anderen Worten bleibt es fraglich, ob die Kooperationsbereitschaft des Unternehmens oder seine Bereitschaft, das kartellrechtswidrige Verhalten spontan zu beenden, die Bestimmung des Betrags der Geldbuße beeinflussen darf. Durch das Schweigen des Gesetzgebers scheint es nötig zu sein, dass die Kommission die Kooperation des Unternehmens berücksichtigt. Im europäischen Recht ist die Berücksichtigung der Kooperation der Unternehmen in der Institution eines mildernden Programms zum Ausdruck gekommen.⁸⁰⁶ Die von der Kommission verhängte Geldbuße wird dem UEMOA-Gerichtshof vorgelegt, der diese verringern oder erhöhen kann. Diese Entscheidungen gelten im innerstaatlichen Recht als Vollstreckungstitel. In der Tat beteiligen sich die Mitgliedstaaten nach Art. 28 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA durch ihre Vertreter im Beirat an der Ausarbeitung und Verabschiedung der Sanktionen. Es wäre daher inkonsequent zu behaupten, dass die von der Kommission getroffenen Entscheidungen keine Vollstreckungstitel nach nationalem Recht sind. Wird die Geldbuße nicht freiwillig bezahlt, können die Mitgliedstaaten eine Vollstreckung mit den Organen des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet das Vermögen des betroffenen Unternehmens liegt, erzwingen.

Nachdem gezeigt werden konnte, dass Geldbußen auf Gemeinschaftsebene strafrechtlicher Natur sind, muss man sich nun mit der Repression auf nationaler Ebene befassen.

b. Die Bestrafung kartellrechtlicher Verstöße auf nationaler Ebene

Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen setzen ihre Täter auf nationaler Ebene strafrechtlichen Sanktionen aus. Wenn ein Unternehmen in den

⁸⁰⁶ Kommission der Europäischen Union, Leitlinien über den Erlass und die Ermäßigung von Geldbußen in Kartellsachen, ABl. C-45 vom 19. Februar 2002, S. 3-5.

UEMOA-Mitgliedstaaten eine wettbewerbswidrige Vereinbarung oder einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung begeht, wird es strafrechtlich verfolgt. Öffentliche Maßnahmen zur Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Praktiken auf nationaler Ebene führen zur Verurteilung von Straftätern zu einer Freiheitsstrafe oder zu einer Geldbuße oder zu beiden Strafen zusammen (aa). Wird diese Klage jedoch nicht fristgerecht erhoben, kann Verjährung eintreten (bb).

aa. Sanktionen auf nationaler Ebene gegen die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen

Im Vorfeld ist darauf hinzuweisen, dass die nationalen Gesetzgeber der UEMOA-Mitgliedstaaten in ihren Rechtsvorschriften nicht zwischen den für juristische Personen und den für natürliche Personen geltenden Sanktionen unterscheiden. Dies kann darauf zurückzuführen sein, dass die Auslegungsnotiz Nr. 1 zur Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA nicht zwischen natürlichen Personen und juristischen Personen unterscheidet. Im Benin sieht das Gesetz Nr. 2016-25, das die Verhängung von Sanktionen gegen Täter wettbewerbswidriger Praktiken vorsieht, Haft- und Geldstrafen sowie Geldbußen vor.⁸⁰⁷ Dies könnte für den zuständigen Richter eine Schwierigkeit bei der Verurteilung jeder Art von Täter sein. So stellt sich die Frage, ob Unternehmen, die sich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in einem der UEMOA-Mitgliedstaaten schuldig gemacht haben, mit einer Geldstrafe und mit einer Geldbuße oder mit beidem bestraft werden können.

Die Haftstrafe ist eine Strafe, die den Entzug der Freiheit beinhaltet und auf eine Verurteilung in einem Strafverfahren folgt. Dies unterscheidet sie von der Untersuchungshaft, die zwar eine von den Untersuchungsrichtern angeordnete Maßnahme, aber keine Strafe darstellt, da sie für Personen gilt, gegen die ermittelt wird, die als unschuldig gelten und die möglicherweise nicht verurteilt werden.⁸⁰⁸ Die Untersuchungshaft wird hauptsächlich für Ermittlungsmaßnahmen oder als Sicherheit angeordnet.⁸⁰⁹ Tatsächlich lebte das 19. Jahrhundert von der Idee, dass der Freiheitsentzug

807 Siehe Kapitel IV des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin.

808 Siehe *Pradel, Jean*: *Droit pénal général*, S. 531.

809 Art. 146 CCP Benin.

die ultimative Strafe in zivilisierten Gesellschaften sei.⁸¹⁰ Diese Sanktion wurde sowohl als Gelegenheit zur Wiedergutmachung des Menschen durch Arbeit als auch als Strafe in vollkommener Übereinstimmung mit dem neuen öffentlichen Recht angesehen, da die Freiheit ein wesentliches Gut ist. Der Entzug der Fortbewegungsfreiheit sollte die Strafe schlechthin darstellen. Die zeitgenössische Lehre⁸¹¹ hat dieser Gefängnismystik den Rücken gekehrt und glaubt nicht mehr an die Vorteile der Gefängnisstrafe. Es hat sich gezeigt, dass die Inhaftierung trotz sehr lobenswerter Bemühungen um Humanisierung des Regimes und um Resozialisierung des Täters oft nicht ihren Zweck erfüllt. Die Reintegration des Täters kann nur in der Gemeinschaft erfolgen, da das Gefängnis den Einzelnen nicht resozialisiert und manchmal sogar den Betroffenen von der Gesellschaft entkoppelt. Deshalb werden Maßnahmen ergriffen, bei denen die Hinhaftierung nur im Hintergrund fortbesteht, wie z.B. Tagesaufenthalte und bedingte Strafen, Bewährung, die es dem Einzelnen ermöglicht, in der Gesellschaft zu leben, oder die teilweise Aufhebung der Haft oder ihre Ersetzung durch eine Geldstrafe. Die UEMOA-Mitgliedstaaten haben sich bei der Ausübung ihrer Strafgerichtsbarkeit für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen für eine Freiheitsstrafe entschieden, die je nach Land zwischen 15 Tagen und maximal zwei oder drei Jahren liegt.⁸¹²

Die Frage ist, ob die Freiheitsstrafe im Hinblick auf Kartellrechtsverstöße wirksam ist. Das Thema ist von großem Interesse für das Wirtschaftsleben. Fraglich ist, ob es für das reibungslose Funktionieren des Wirtschaftslebens sinnvoll ist, die Freiheitsstrafe gegen Personengesellschaften zu verhängen. Es erscheint zweifelhaft, dass ein Unternehmen, das eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise begeht, zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wird. Sie würde das Unternehmen zum Verschwinden verurteilen. Deshalb müsste ein Weg gefunden werden, die Haftstrafe gegen ein Unternehmen in eine Geldbuße umzuwandeln.

Im Benin kann das zuständige Gericht zusätzlich zu den Geld- und Freiheitsstrafen auf Kosten der verurteilten Person die vollständige oder teilweise Veröffentlichung in einer oder mehreren von ihr benannten Zeitungen und die Veröffentlichung der Entscheidung an den von ihr angebe-

810 Siehe *Pradel, Jean*: *Droit pénal général*, S. 531.

811 *Pradel, Jean / Ancel, Marie*: R.P.D.P. 1976, S. 702 ff.

812 Näher dazu Kapitel IV des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin; siehe zur Veranschaulichung in diesem Sinne Art. 53 des Gesetzes Nr. 99-011 vom 28. Dezember 1999 über die Organisation des Wettbewerbs in Togo.

nen Orten anordnen.⁸¹³ In Togo kann sie darüber hinaus verlangen, dass der vollständige Wortlaut ihres Beschlusses in den Bericht des Geschäftsführers oder des Verwaltungsrats über die Tätigkeiten im Geschäftsjahr aufgenommen wird.⁸¹⁴ Die Nichteinhaltung dieser Maßnahmen innerhalb der vorgeschriebenen Frist stellt eine Straftat dar, die auf die gleiche Weise wie die Vortat bestraft wird.

Ein Kartellrechtsverstoß nach Art. 81 des Gesetzes Nr. 2016-25 führt neben der Freiheitsstrafe zum vorübergehenden oder dauerhaften Verbot der Ausübung des kaufmännischen Berufs und nach Art. 82 zur Schließung der Gesellschaft oder Niederlassung und die Versteigerung des Unternehmens, wenn das Berufsverbot oder die Schließung des Unternehmens mehr als zwei Jahre beträgt.

Was die Geldbuße und ihre Höhe betrifft, so entsprechen die nationalen Rechtsvorschriften den auf Gemeinschaftsebene festgelegten Obergrenzen. Einige Länder wie Burkina Faso und die Elfenbeinküste haben sich auf die in der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vorgesehenen Beträge bezogen, andere, wie beispielsweise Mali, haben ausdrücklich die gleichen Beträge in das nationale Recht aufgenommen und festgelegt, dass Verstöße, die wettbewerbswidrige Verhaltensweisen nach den Art. 4 und 5 darstellen, mit einer Geldbuße zwischen 50.000.000 CFAF und 100.000.000 CFA-Franken bestraft werden. Diese Geldbuße kann auf zehn Prozent des Umsatzes, der in dem am Tag der Entscheidung endenden letzten Geschäftsjahr erzielt wurde, erhöht werden.⁸¹⁵ Nur das Gesetz Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin schweigt zu der Frage der Geldbuße, indem sie weder die Höhe der Geldbuße und der Freiheitsstrafe noch die Überprüfung des Gemeinschaftsrechts vorsieht. Zu diesem Zweck ist der Schluss zu ziehen, dass es dem zuständigen Gericht, wenn es zur Bestrafung der Urheber wettbewerbswidriger Praktiken angerufen wird und das Gesetz keine Vorgaben enthält, freisteht, entweder die Sanktionen des ordentlichen Rechts oder die in der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vorgesehenen Sanktionen anzuwenden, wobei letztere unmittelbar in den Mitgliedstaaten anwendbar sind und rechtskräftig 1. Januar 2003. Wurden jedoch die Verstöße, die wettbewerbswidri-

813 Art. 84 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin.

814 Art. 54 des Gesetzes Nr. 99-011 vom 28. Dezember 1999 über die Organisation des Wettbewerbs in Togo.

815 Art. 22 des Gesetzes Nr. 2016-006 vom 24. Februar 2016 über die Organisation des Wettbewerbs in Mali.

ge Handlungen darstellen, nicht innerhalb fünf (05) Jahre nach Art. 25.3 der Verordnung Nr. 03 aufgedeckt, kann die Tat bereits verjährt sein. Nach art. 24. ii) läuft die Verjährungsfrist ab dem Tag, an dem die Straftat begangen wurde. Bei andauernden Straftaten läuft die Verjährungsfrist jedoch erst ab dem Tag, an dem das Vergehen beendet ist.

bb. Die Verjährung von Kartellrechtsverstößen

Die strafrechtliche Verfolgung von wettbewerbswidriger Verhaltensweisen kann ordentlich oder außerordentlich beendet werden. Die ordentliche Beendigung eines strafrechtlichen Verfahrens gegen den Täter von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen erfolgt durch eine rechtskräftige Entscheidung oder durch Verjährung. Die Rechtskraft einer Entscheidung verhindert, dass ein neuer Prozess eingeleitet und ein zweites Mal wegen derselben Tatsachen verhandelt wird, für die der Täter verurteilt oder freigesprochen wurde. Die rechtskräftige Entscheidung in Strafverfahren führt jedoch nicht zur Beendigung der Zivilklage, und die rechtskräftige Entscheidung des Zivilgerichts hindert die Staatsanwaltschaft nicht daran, den Täter wegen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen öffentlich anzuklagen.⁸¹⁶

Das Strafverfahren kann auch durch Verjährung beendet werden. Tatsächlich verjähren Straftaten nach drei Jahren, wobei der Ausgangspunkt in der Regel der Tag der Straftat ist.⁸¹⁷ Ergibt sich die Straftat jedoch aus dem Abschluss eines Vertrages oder einer noch fortdauernden Handlung, so verjährt sie gemäß Art. 24 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA ab der letzten Erfüllungshandlung des genannten Vertrages.

Eine Anklage der Staatsanwaltschaft kann nach Eintritt der Verjährung nicht mehr erhoben werden. Infolgedessen kann der Täter nicht mehr verfolgt werden. Im Benin ist die Verjährung in den Art. 7 und 8 der Strafprozessordnung geregelt. Die Verfolgungsverjährung bestimmt sich nach der angedrohten Strafe. Die Vollstreckungsverjährung tritt ein, wenn eine verurteilte Person sich der Vollstreckung der Strafe über einen gesetzlich bestimmten Zeitraum entziehen konnte.

816 Siehe *Stefani, Gaston/ Levasseur, Georges/ Bouloc, Bernard*: Procédure pénale, S. 162.

817 Art. 25 Abs. 1 der Verordnung Nr. 03/2002/UEMOA/CM; Art. 7 und 8 CPP von Benin.

Die Rechtfertigung für die Verjährung öffentlicher Maßnahmen liegt zweifellos, wie die Verjährung der Strafe, in der Idee begründet, dass es nach einer gewissen Zeit im Interesse des Rechtsfriedens und der sozialen Ruhe vorzuzugswürdig ist, die Straftat zu vergessen, als die Erinnerung wiederzubeleben. Zudem wird die Verjährung durch die psychologische Betrachtung gerechtfertigt, dass der Täter, der sich der Verfolgung oder Bestrafung entziehen konnte, in Angst und Qual leben musste, vielleicht sogar durch Reue geplagt war. Zur Rechtfertigung der Verjährung der Strafverfolgung wurde schließlich der Begriff der Fahrlässigkeit angeführt. In Wirklichkeit gibt es für die Verjährung von öffentlichen Maßnahmen einen besonderen Grund, den es bei der Verjährung von Straftaten nicht gibt: die Beweisaufnahme. Mit zunehmender Zeit seit der Tatbegehung verschwinden die Beweise oder verlieren zumindest einen Großteil ihres Wertes, insbesondere in einem sensiblen Bereich wie dem Wettbewerbs. Dies ist auch der Fall bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen. Einige Jahre nach dem Kartellrechtsverstoß wird es nämlich schwierig sein, noch Spuren und Hinweise zu finden oder nach Zeugen zu suchen; die Gefundenen werden das Meiste vergessen oder nur vage und ungenaue Erinnerungen haben. Eine zu lange nach der Begehung des Verstoßes ergriffene Maßnahme kann leicht zu einem Justizirrtum führen. Um dies zu vermeiden, ist es im Interesse des Strafrechtssystems und folglich der Gesellschaft, auf öffentliche Maßnahmen im Wettbewerbsbereich, in dem sich die tatsächlichen Gegebenheiten rasch ändern, nach einer gewissen Zeit zu verzichten.

Aus kritischer Sicht und im Lichte der Gerechtigkeit ist die Verjährung von öffentlichen Maßnahmen vollkommen gerechtfertigt. Fragwürdiger wird dies jedoch, wenn man den sozialen Nutzen und die Verteidigung der Gesellschaft vor dem Täter von Kartellrechtsverstößen betrachtet. Die Zeit kann die Gefahr, die er für die Gesellschaft darstellt, nicht verringern oder beseitigen.⁸¹⁸ Dennoch haben Art. 24 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA und die Beniner Strafprozessordnung die Verjährung als traditionelle Institution des Strafrechts beibehalten, da sie nicht auf dem besonderen Interesse des Täters, sondern auf dem sozialen Interesse, insbesondere der ordnungsgemäßen Verwaltung der Strafjustiz, beruht. Die Verjährung öffentlicher Verfahren hat zu diesem Zweck zwei Merkmale: einen allgemeinen Charakter und einen Charakter der öffentlichen Ordnung. Sie stellt zum einen eine allgemeine Form des Erlöschens

818 Siehe *Stefani, Gaston/ Levasseur, Georges/ Bouloc, Bernard*: Procédure pénale, S. 164-165.

öffentlicher Maßnahmen dar, wie z.B. der Tod des Täters, die Auflösung der Gesellschaft, eine Amnestie oder die rechtskräftige Entscheidung. Sie entfernt sogar jeden kriminellen Charakter der verfolgten Handlungen.⁸¹⁹ Zum anderen ist die Verjährungsfrist eine Frage des *ordre publics*. Daraus folgt, dass, wenn das Unternehmen, das sich wettbewerbswidrige Praktiken begangen hat, auf die Geltendmachung der Verjährungsfrist verzichten kann, und wenn das Unternehmen sich nicht darauf beruft, das Gericht muss dann die Verjährungsfrist von Amts wegen bestimmen, und dass schließlich die Verjährungsfrist in jedem Fall auch zum ersten Mal in der Berufung oder Kassation geltend gemacht werden kann.

Damit öffentliche Verfahren gegen die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in den UEMOA-Mitgliedstaaten durch Verjährung erlöschen können, ist es zunächst erforderlich, dass zwischen der Straftat und dem Tag des Beginns der Strafverfolgung ein Zeitraum von drei Jahren verstrichen ist.⁸²⁰ Dies ist die Verjährungsfrist. Diese Frist darf auch nicht unterbrochen oder ausgesetzt worden sein, da die Unterbrechung oder Aussetzung eine Verlängerung der gesetzlichen Dauer der Verjährungsfrist zur Folge hat. Die Untersuchung der Verjährungsbedingungen läuft also auf die Untersuchung der Frist, der Unterbrechung und der Aussetzung hinaus.

So kann nach den Bestimmungen des Art. 26 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA die Verjährungsfrist durch bestimmte Personen unterbrochen werden. Die Verjährungsfrist beginnt jedoch ab dem Ende jeder Unterbrechung wieder von vorne. Die Verjährungsfrist endet spätestens an dem Tag, an dem der doppelte Zeitraum der Verjährungsfrist abläuft (d.h. 6 bzw. 10 Jahre), ohne dass die Kommission ein Zwangsgeld verhängt hat. Diese Frist wird um die Zeit verlängert, in der die Verjährungsfrist gemäß Art. 27 ausgesetzt ist. Die Unterbrechung der Verjährungsfrist gilt für alle Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, die an der Zuwiderhandlung beteiligt waren.

Die Handlungen, die zur Unterbrechung der Verhängung von Sanktionen führen, sind folgende: alle Handlungen der Kommission oder eines Mitgliedstaats, die auf Ersuchen der Kommission zur Untersuchung oder

819 Siehe Urteil der Strafkammer des französischen Kassationsgerichtshofs vom 27. Oktober 1993, Bull. Nr. 320.

820 Gemäß Art. 25 Abs. 3 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA beträgt die Verjährungsfrist für die Vollstreckung von Entscheidungen, mit denen Sanktionen bei einem Verstoß gegen Art. 88 a und b des Vertrags verhängt werden, fünf Jahre.

Verfolgung des Verstoßes erfolgen, wobei die Unterbrechung der Verjährungsfrist an dem Tag in Kraft tritt, an dem die Handlung mindestens einem Unternehmen oder einer Unternehmensvereinigung, die an der Zuwiderhandlung beteiligt waren, mitgeteilt wird; schriftliche Auskunftsersuchen der Kommission oder der zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats, die auf Ersuchen der Kommission handeln, sowie Entscheidungen der Kommission, mit denen Informationen angefordert werden; schriftliche Prüfungsaufträge, die die Kommission ihren Beamten oder der zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats erteilt, sowie Entscheidungen der Kommission, die eine Überprüfung anordnen; die Einleitung eines Verfahrens durch die Kommission. Die Handlungen, die zu einer Unterbrechung der Vollstreckung von Sanktionen führen, sind die Mitteilung einer Entscheidung zur Änderung des ursprünglichen Betrags der Geldbuße, der Sanktion oder des Zwangsgelds oder die Ablehnung eines Antrags auf eine solche Änderung, sowie jede Handlung der Kommission oder eines Mitgliedstaats, die die Rückforderung der Geldbuße, der Sanktion oder des Zwangsgelds erzwingen soll.

Gemäß Art. 27 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA wird die Verjährungsfrist für das Strafverfahren ausgesetzt, solange die Entscheidung oder das Urteil Gegenstand eines Verfahrens vor dem CJUEMOA ist. Es ist wichtig zu beachten, dass Handlungen, die die Verjährungsfrist vor der Kommission unterbrechen, auch die Verjährungsfrist für Verfahren vor dem zuständigen nationalen Gericht unterbrechen. Im Benin sieht Art. 70 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 2016-25 neben den üblichen Gründen für das Erlöschen eines öffentlichen Verfahrens, nämlich der *Res judicata* und der Verjährung, ausnahmsweise eine Regelung vor, eine Art der Beendigung eines öffentlichen Verfahrens, die sich aus der Befugnis bestimmter Verwaltungen ergibt, auf das Recht zur Verfolgung eines Straftäters zu verzichten, indem sie ihn zwingt, einen Betrag zu zahlen, der als Sanktion dienen soll. Die öffentliche Klage gegen den Täter wettbewerbswidriger Praktiken ist demnach erloschen, wenn die Transaktion gelingt und das betreffende Unternehmen den Betrag der Zahlung leistet.

Wenn jedoch die öffentlichen Maßnahmen überdauern und der Täter der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise, bei dem es sich um eine juristische Person handeln kann, bestraft werden muss, erfordert dies besondere, an diese Art von Tätern angepasste Normen. Angesichts der Tatsache, dass strafrechtliche Sanktionen gegen juristische Personen nicht immer selbstverständlich waren, ist es nun notwendig, sich auf die Entwicklung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in den nationalen Rechtsvorschriften der UEMOA-Mitgliedstaaten zu konzentrieren.

2. Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen im nationalen Recht

Derzeit ist in einigen UEMOA-Mitgliedstaaten wie im Benin aus rechtlicher und kriminologischer Sicht das Prinzip „*societas delinquere non potest*“ nicht mehr in Geltung. Aus kriminologischer Sicht ist zunächst zu beobachten, dass juristische Personen durch die gegenwärtige kriminelle Dynamik eine immer wichtigere Rolle im Handlungsprozess spielen. Das Hauptmerkmal der heutigen kriminellen Dynamik ist, dass kriminelle Dynamik durch Straftaten agieren, die sowohl aus der Perspektive des Täters als auch des Opfers schwer zu individualisieren sind. Abhängig von den Theorien sprechen wir von organisierter Kriminalität, Massenkriminalität, Gruppenkriminalität oder Kollektivkriminalität.

Aus rechtlicher Sicht zeigen die Entwicklung des ausländischen Rechts und die Ergebnisse der Strafrechtsvergleichung, dass das Prinzip *societas delinquere potest, sed non puniri potest*, nur noch historische Reflexionen zu inspirieren scheint.⁸²¹ Eine solche Umkehrung der Perspektive war Anlass zahlreicher Kontroversen in der Lehre (siehe oben I).

Die Anerkennung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in der UEMOA ist nur die Folge der Tatsache, dass die Anwendung des Strafrechts zwar in die ausschließliche Zuständigkeit des Staates fällt, aber in bestimmten Bereichen mit dem Privatrecht verbunden ist. Seine Daseinsberechtigung und Logik unterscheiden sich stark von denen des Verwaltungsrechts. Während das Verwaltungsrecht geschaffen wurde, um Klagen gegen Personen, die hoheitliche Befugnisse ausüben, einem bestimmten Richter und Rechtssystem zu unterwerfen, werden die Grenzen des Strafrechts keineswegs durch den Status der betreffenden Person bestimmt, sondern durch die Art der von ihr verursachten Störung der Gesellschaft. Strafverfahren können gegen jede Privatperson, jeden Beamten oder seit der Reform der Beninischen Strafprozessordnung 2012 und des Strafgesetzbuches 2018 gegen jede juristische Person des privaten oder öf-

821 Siehe Geeroms, Sofie: RIDC 1996, S. 533 ff; dies.: RSC, 1997, S. 253 ff; *Journées Henri Capitant*: La responsabilité, aspects nouveaux, tome L, S. 681-812; *Mestre, Achille*: Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, S. 360; *H. Donnedieu De Vabres*: Traité de droit criminel et de législation pénale comparé, S. 148 ff; *Levasseur, Georges*: RDPC 1954, S. 827 ff; *Faivre, Pierre*: RSC 1958, S. 551 ff; *Chevalier, Jean-Yves*: in Les aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges offerts à Jean Paillusseau, S. 109 ff; *Ackermann, Bruni*: Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen, S. 254; *Dannecker, Gerhard*: Rev. Sc. Crim 1997, S. 274 ff.

fentlichen Rechts (öffentliche Einrichtungen, Gemeinden, usw. unter Ausschluss der Staatshaftung) eingeleitet und geführt werden.

Sehr schematisch lassen sich zwei Hauptzeiträume für die Entwicklung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in den UEMOA-Mitgliedstaaten seit ihrer Unabhängigkeit in den 1960er Jahren unterscheiden: erstens die fehlende strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person in den früheren nationalen Systemen (a) und dann die Anerkennung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person seit der Gründung der UEMOA im Jahr 1994 (b).

a. Entstehung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person im UEMOA-Mitgliedstaaten

Jeder neue Kodex soll mit dem bisherigen Recht brechen. In diesem Sinne ist die Kodifizierung einer neuen strafrechtlichen Institution fast immer eine wichtige strafrechtliche Entscheidung. Dieser Prozess der Systematisierung führt daher zu einer kontinuierlichen Hinterfragung des Inhalts und des Interesses einer Institution, die ihre Rechtsgrundlage in verschiedenen Sonderstrafrechten findet. Nach beninischem Recht legt das vom Gesetzgeber durch die Reform der Strafprozessordnung und den Erlass des Gesetzes über die Organisation des Wettbewerbs 2016-25 festgelegte System der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen die Verantwortlichkeit juristischer Personen als allgemeinen Grundsatz fest. Um die Entwicklung der Verantwortlichkeit der juristischen Person zu verfolgen, wird daher einerseits die Konzeption der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person im alten Rechtssystem, d.h. vor der Gründung der UEMOA (aa), und ihre Umwandlung in das neue System (bb) berücksichtigt.

aa. Verantwortlichkeit juristischer Personen im alten Rechtssystem

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen war keine Selbstverständlichkeit in den früheren Rechtssystemen der UEMOA-Mitgliedstaaten. Der rechtliche Rahmen der UEMOA-Mitgliedstaaten war somit aufgrund des Gesetzlichkeitsprinzips für eine strafrechtliche Haftung ungeeignet.

Selbst wenn diese Staaten einen progressiven Ansatz zur Integration von Gemeinschafts- und Völkerrecht verfolgt haben, hatten sie paradoxerweise

ihre nationalen Rechtsvorschriften nicht an ihre Gemeinschaftspflichten angepasst, da das in den UEMOA-Mitgliedstaaten geltende Strafrecht nicht die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person übernommen hat.

Im Benin entsprachen die bis 2018 geltenden Bestimmungen des Strafgesetzbuches⁸²² noch nicht den geltenden strafrechtlichen Normen des UEMOA-Rechts.⁸²³ Denn im Hinblick auf straffällige Personen hat Buch II des beninischen Strafgesetzbuches die juristische Person nicht aufgeführt. Tatsächlich hat das Zweite Buch des Beninischen Strafgesetzbuches sechzehn Artikel Personen gewidmet, die für Straftaten in Frage kommen und dabei die juristische Person nicht berücksichtigt, während wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu Straftaten erklärt wurden. Es ist zutreffend, dass Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht von gewöhnlichen Straftaten und gemeinrechtlichen Verbrechen zu unterscheiden sind, aber genauso bestraft werden müssen wie Finanzdelikte, die nicht in den UEMOA-Mitgliedstaaten vorgesehen waren, die aber gemäß der *Richtlinie Nr. 07/2002/CM/UEMOA zur Bekämpfung der Geldwäsche in den Mitgliedstaaten* besondere Gesetze zur Bestrafung der Finanzkriminalität erforderten.⁸²⁴ Das Problem ist rechtspolitischer Natur, denn es ist Aufgabe des Gesetzgebers, über die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Praktiken zu entscheiden. Die fehlende strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person im UEMOA-Raum war das Ergebnis der zweifelhaften Nähe der Politik zu den sie finanzierenden Wirtschaftskreisen. Dies stand eindeutig im Widerspruch zu den Verfassungen der Mitgliedstaaten und zum UEMOA-Vertrag, der ein integraler Bestandteil des nationalen Rechts ist, insbesondere im Benin. Das Problem lag nicht in der ausschließlichen Zuständigkeit der Union, sondern in den Beziehungen zwischen Politik und Wirtschaft, die die UEMOA-Mitgliedstaat

822 Siehe *Bouvenet, Gaston-Jean /Hutin, Paul*: Recueil annoté des textes de Droit pénal (Code Pénal-Lois-Décrets-Arrêtés généraux) applicables en Afrique Occidentale Française, S. 154.

823 Siehe *Djogbénu, Joseph*: AfriMAP et Open Society Initiative for West Africa, S. 22 ff.

824 Siehe *Richtlinie Nr. 07/2002/CM/UEMOA zur Bekämpfung der Geldwäsche in den UEMOA-Mitgliedstaaten*; Gesetz Nr. 2011-20 zur Bekämpfung der Korruption und anderer damit zusammenhängender Straftaten in der Republik Benin; Senegalesisches Gesetz Nr. 98-21 vom 26. März 1998. In diesem Sinne ist die am 4. April 2003 in Yaoundé unterzeichnete Verordnung Nr. 02/03 CEMAC/UMAC-CM am 1. Juli 2004 über Zahlungssysteme, Mittel und Vorfälle in Kraft getreten; kamerunisches Gesetz Nr. 2003/08 vom 10. Juli 2003.

ten daran hinderten, die Verantwortlichkeit juristischer Personen gemäß Art. 5 des Vertrags und Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA, die ihnen die ausschließliche Zuständigkeit in Strafsachen übertragen, zu regeln. Damit begünstigte der Rechtsrahmen der UEMOA-Mitgliedstaaten die strafrechtliche Verantwortlichkeitslosigkeit juristischer Personen,⁸²⁵ während der Trend im Wirtschaftsrecht darin besteht, Sanktionen im Allgemeinen und den Wettbewerb im Besonderen zu durch Strafnormen zu schützen.⁸²⁶ Die Mitgliedstaaten verstecken sich nämlich hinter die ausschließlichen Zuständigkeit der Union, um keine Gesetze über die strafrechtliche Haftung der juristischen Person verabschieden zu müssen. Dieses Argument ist jedoch insofern nicht stichhaltig, als ihnen einerseits Art. 5 des Vertrags und Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA die ausschließliche Zuständigkeit in Strafsachen verleiht und andererseits die Rechtsprechung des CJUEMOAs⁸²⁷ und die afrikanische Lehre dies bestätigen.⁸²⁸ Somit ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person nach dem Gemeinschaftsrecht auf nationaler Ebene unwirksam.

Die Mitgliedstaaten der Union haben die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person in ihrem nationalen Strafrecht nicht geregelt. Insofern sind die strafrechtlichen Sanktionen, mit denen die Verletzung bestimmter Rechtsnormen oder die Verletzung bestimmter Vorrechte belegt wird, im Wesentlichen Strafen. Das bedeutet, dass die Strafverfolgung auf dem Konzept der Verantwortlichkeit basiert, sie stellt die Haupttatbestandsmerkmale der Sanktionierung der Straftat dar. Die Anwendung dieser Sanktionen wird von zwei Grundprinzipien beherrscht. Zum einen das der Rechtmäßigkeit von Sanktionen, das eine wesentliche Garantie für die Rechte des Einzelnen gegen Willkür⁸²⁹ ist, wobei der Richter nicht in der Lage ist, andere als diejenigen Sanktionen zu verhängen, deren Art und Dauer oder Menge nach der Regel *nullum crimen, nulla poena sine lege* gesetzlich vorgesehen sind. Zum anderen das Persönlichkeitsprinzip, nach

825 Siehe Dikor, Alain Michel E.: Revue ERSUMA 2016, S. 488.

826 Siehe Pradel, Jean: Fondation pour le droit continental, Colloque Le Caire 2009, S. 1.

827 CJUEMOA: Stellungnahme Nr. 003/2000 vom 27. Juni 2000, Recueil 2008, S. 244-258.

828 Siehe Bakhum, Mor: Rapport final 2012, S. 85-97.

829 Siehe Terre, François / Nicolas Molfessis: Introduction générale au droit, S. 536; Frister, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 53.

dem die Sanktionen grundsätzlich nur gegen den Täter selbst verhängt werden dürfen.⁸³⁰

Die Nicht-Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen im UEMOA-Recht ist nach dem Vertrags nicht gerechtfertigt, da das konventionelle Recht Vorbehalte in Strafsachen zulässt,⁸³¹ auch wenn eine Kompetenzübertragung stattgefunden hat, die zum Verlust der Befugnis der Mitgliedstaaten, Rechtsakte im Bereich des Wettbewerbs zu erlassen, führt.⁸³² In Wirklichkeit war die juristische Person dem Strafrecht in den UEMOA-Mitgliedstaaten unter dem alten System nicht völlig fremd. In der Praxis stellten die Prozessparteien Vorladungen an juristische Personen zu und die Richter erkennen fast systematisch die zivilrechtliche Haftung juristischer Personen für Geldstrafen an, die gegen ihre Organe, Führungskräfte oder Mitarbeiter verhängt werden. Die Auswirkungen einer solchen zivilrechtlichen Haftung von Gruppen für das kriminelle Fehlverhalten anderer, die nicht ausdrücklich auf einem Gesetz beruht, sind den Auswirkungen einer strafrechtlichen Verurteilung sehr ähnlich. Diese Form der Haftung juristischer Personen in Strafsachen ist nicht zu verwechseln mit der gesetzlichen Regelung der zivilrechtlichen Haftung von Auftraggebern für die Handlungen ihrer Vertreter, wie sie in Art. 1384 des im Benin geltenden Zivilgesetzbuches vorgesehen ist. Denn trotz des Grundsatzes, dass der juristischen Person keine Strafe auferlegt wird, trägt sie letztendlich die gegen ihre Organe oder Geschäftsführer verhängten Geldstrafen und ist damit mittelbarer Adressat der Strafen.⁸³³ Die Verankerung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in den neuen nationalen Wettbewerbsgesetzen bestätigt insoweit die von der Rechtsprechung in diesen Staaten begonnene Arbeit.

830 Siehe *Terre, François / Nicolas, Molfessis*: Introduction générale au droit, S. 710.

831 Siehe *Bauchot, Bertrand*: Sanctions pénales nationales et droit international, S. 204.

832 Siehe *Mbissane, Ngom*: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 89 ff.

833 Diese gerichtliche Technik der „Haftung für Verschulden anderer“ wurde in den UEMOA-Mitgliedsländern mit dem Ziel entwickelt, das Opfer oder den Geschädigten vor der Insolvenz des Verantwortlichen oder des Organs des Unternehmens zu schützen. Im Gegenzug kann das Unternehmen jedoch eine Regressklage gegen die verurteilte Person einreichen, um die ihr entstandenen Kosten erstattet zu erhalten. Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Unternehmen anstelle des Täters so reagiert, als wäre es der Handelnde.

So verbietet der UEMOAV⁸³⁴ von Rechts wegen nicht nur wettbewerbswidrige Vereinbarungen zwischen Unternehmen, sondern auch die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung und ermächtigt die Mitgliedstaaten in Art. 7, strafrechtliche Maßnahmen zu ergreifen. Es ist jedoch zu betonen, dass diese Bestimmungen, obwohl nicht strafrechtlich relevant, gleichwohl eine quasi-strafrechtliche Relevanz haben.⁸³⁵

Die Umsetzung des Gesetzlichkeitsprinzips im UEMOA-Wettbewerbsrecht sollte in Frage gestellt werden, da Staaten wie beispielsweise Senegal, die, obwohl sie die Möglichkeit haben, Wettbewerbsvorschriften zu erlassen, ihr Vorbehaltsrecht aufgegeben haben, indem sie von strafrechtlichen Sanktionen gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen abgesehen haben. Durch Anpassung an die Verordnung Nr. 03/UEMOA/CM/2002, die wichtigste Quelle des Gemeinschaftsrechts leitet sich aus den Verträgen ab: „Die Verordnung hat eine allgemeine Tragweite. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in allen Mitgliedstaaten.“⁸³⁶, die Verordnung verhindert jedoch nicht die Umsetzung des strafrechtlichen Vorbehalts.⁸³⁷ Die Verordnung ist in der Tat in den Staaten direkt anwendbar.⁸³⁸ Die Mitgliedstaaten der UEMOA sind daher nicht verpflichtet, ihre nationale Strafgerichtsbarkeit aufzugeben, zumal das Gemeinschaftsrecht das Strafrecht nicht regeln soll. Das Strafrecht ist eine Frage der staatlichen

834 Art. 88 UEMOAV: „ (...) *sont interdits de plein droit:*

a) *les accords, associations et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union ;*
b) *toutes pratiques d'une ou de plusieurs entreprises, assimilables à un abus de position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci ;*
c) *les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions.* “

835 Siehe Dannecker, Gerhard/Müller, Nadja: KSzW 2015, S. 281 ff; Dannecker, Gerhard/Jutta, Fischer-Fritsch: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 6; Pradel, Jean: Revue Juridique Thémis 2002, S. 267.

836 Siehe Ambos, Kai: Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäische Strafrecht. Rechtshilfe, S. 453; Pradel, Jean: Droit pénal Générale, S. 153.

837 Siehe Pradel, Jean: Droit pénal Générale, S. 153; Cour de justice des Communautés européennes, 7. februar 1973, Kommission gegen Italien, aff. Nr. 39 72, Rec. S. 101.

838 Siehe Pradel, Jean: Droit pénal Générale, S. 153; EuGH, 7. Februar 1973, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Italienische Republik, Rechtsache Nr. 39/72, Slg. 1973, S. 00101.

Souveränität,⁸³⁹ da das Recht auf Bestrafung eine Angelegenheit der mitgliedstaatlichen Souveränität geblieben ist.⁸⁴⁰

Daher sollten Staaten, die sich für eine Union entschieden haben, um gemeinsame Interessen zu verfolgen, das Recht behalten, über strafrechtliche Sanktionen selbst zu entscheiden. Unter diesem Gesichtspunkt sollte die Aufteilung der materiellen Zuständigkeiten zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten den Bereich des Strafrechts nicht ausschließen und das Strafrecht sollte kein Tabubereich des Gemeinschaftsrechts bleiben. Zu diesem Zweck führt das Fehlen einer nationalen Gesetzgebung in Strafsachen dazu, dass die juristische Person, die für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen im UEMOA-Gebiet verantwortlich ist, nicht strafbar ist.

bb. Die Verankerung eines allgemeinen Grundsatzes der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in den neuen Rechtsordnungen der UEMOA

Im Benin erfolgte die Anerkennung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in der neuen Strafprozessordnung von 2012 und sodann im Strafgesetzbuch (CP)⁸⁴¹ von 2018. Der nationale Gesetzgeber hat sich nicht mehr darauf beschränkt, Sonderregeln zu erlassen, die darauf abzielen, juristische Personen wegen Wettbewerbsverstößen für verantwortlich zu erklären, sondern hat juristische Personen der Strafbarkeit generell für strafrechtlich verantwortlich erklärt.⁸⁴² Der Gedanke, dass der

839 Siehe *Frister, Helmut*: Strafrecht Allgemeiner Teil. S. 11 ff; *Pradel, Jean*: Droit pénal Générale, S. 151; *Lombois, Claude*: Droit pénal international, deuxième édition, Précis Dalloz, 1979, S. 48.

840 *Lamy (De), Bertrand*: Cahier du droit 2009, S. 596.

841 Art. 17 Abs. 1 CP: "*Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon l'un des modes de participation criminelle prévue par le présent code, des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou leurs représentants.*"

842 Siehe in diesem Zusammenhang Art. 650 CPP Benins: "*L'action publique est exercée à l'encontre de la personne morale prise en la personne de son représentant légal à l'époque des poursuites. Celui-ci représente la personne morale à tous les actes de procédure. Toutefois, lorsque des poursuites pour les mêmes faits ou pour des faits connexes, sont engagées à l'encontre du représentant légal, le président du tribunal de première instance désigne un mandataire de justice pour représenter la personne morale. La personne morale peut également être représentée par toute personne bénéficiant, conformément à la loi ou à ses statuts d'une délégation de pouvoir à cet effet. La personne*

Gesetzgeber heute den Wunsch äußert, einen allgemeinen Grundsatz der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen zu statuieren, der in das nationale Recht aufgenommen werden soll, erfordert die Prüfung von mindestens zwei grundlegenden Fragen, die die genaue Ausgestaltung eines Rechtsgrundsatzes betreffen. Konkret erfordert die Analyse auf der Grundlage der Bestimmungen des Sonderrechts einerseits eine Prüfung der erweiterten Sichtweise auf den Anwendungsbereich der neuen Verantwortlichkeit und andererseits die Eignung der Merkmale, die strafrechtliche Verantwortlichkeit abzubilden.

Die Anerkennung der Verantwortlichkeit einer juristischen Person setzt zunächst voraus, dass genau bestimmt wird, wer als Adressat strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Das beninische Strafrecht scheint dazu zu neigen, Sondergesetze zu verankern, nach denen jede juristische Person strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann.⁸⁴³ Der Wortlaut der Strafprozessordnung und des Strafgesetzbuches scheint die Möglichkeit abzulehnen, die Verantwortlichkeit juristischer Personen ihrer Art nach oder nach ihrer Tätigkeit zu definieren. Diese Art der Konturierung der neuen Verantwortlichkeit der betroffenen Personen ist insofern wichtig, als sie im Einklang mit dem Prinzip der Gleichheit, einem Grundprinzip des Strafrechts, steht. Mit der Möglichkeit, juristische Personen ebenso wie natürliche Personen strafrechtlich zu belasten, hat der beninische Gesetzgeber darauf geachtet, die Verfassungsmäßigkeit seiner Reform zu einem Zeitpunkt zu gewährleisten, in dem man das Phänomen der zunehmenden Konstitutionalisierung der Rechte und damit des Strafrechts erleben kann.⁸⁴⁴ Der Wortlaut des Art. 648 des Gesetzbuches besagt, dass die Bestimmungen des Gesetzbuches auf die Verfolgung, Ermittlung und Verhandlung von Straftaten, die von juristischen Personen begangen werden, anwendbar sind. Er steht somit im Einklang mit der allgemeinen

chargée de représenter la personne morale en application du 2ème alinéa doit faire connaître son identité à la juridiction saisie, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Il en est de même en cas de changement du représentant légal en cours de procédure.

En l'absence de toute personne habilitée à représenter la personne morale dans les conditions prévues au présent article, le président du tribunal de première Instance désigne à la requête du ministère public, du juge d'Instruction ou de la partie civile, un mandataire de justice pour la représenter. “

843 Siehe Art. 648 CPP von Benin: "Les dispositions du présent code sont applicables à la poursuite, à l'instruction et au jugement des infractions commises par les personnes morales, sous réserve des dispositions du présent titre. “

844 Näher dazu Tsimi, Ntono Germain: Archives de politique criminelle 2011, S. 231 ff.

Auffassung der in Benin geltenden Sondergesetze. So wird die Verwendung von Ausdrücken wie „jede juristische Person“ oder „juristische Personen“ in den Strafgesetzbüchern verwendet, um die Personen zu bestimmen, die strafrechtlich zur Verantwortlichkeit gezogen werden können.

In dieser Konstruktion des *rationae personae*-Feldes der neuen Verantwortlichkeit gibt es einen Grundsatz und eine Ausnahme.⁸⁴⁵ Der Grundsatz ist die Anerkennung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit jeder juristischen Person, ob privat- oder öffentlichrechtlich, ob bürgerlich-rechtliche Gesellschaft oder Handelsgesellschaft, inländisch oder ausländisch. Eine Ausnahme bildet der Ausschluss der Staatshaftung.⁸⁴⁶ Zwei Argumente können zur Rechtfertigung dieser Ausnahme genannt werden: erstens, die Zuständigkeit des Staates bei der Verhängung von Strafen. Der Staat, der zumindest im innerstaatlichen Recht das Monopol auf das Recht auf Bestrafung hat, kann sich nicht selbst bestrafen. Zweitens kann der Staat aufgrund seiner Souveränität keine strafrechtliche Verantwortlichkeit besitzen. Darüber hinaus würde ein Eingeständnis der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Staates zu einer gewissen Verzerrung des ganzen Bereichs von Verwaltungsrechtsstreitigkeiten führen, an den Strafgerichte verwiesen werden. Obwohl also über diesen Ausschluss der Staatshaftung Einstimmigkeit zu herrschen scheint, versucht der Gesetzgeber in seiner Arbeit den Umfang dieses Ausschlusses zu präzisieren. Die neue Verantwortlichkeit würde somit den Staat und seine Bestandteile, seine dezentralen Gebietskörperschaften und deren Bestandteile ausschließen. Obwohl eine solche Lösung, wie bereits erwähnt, in gewisser Weise mit dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Strafrecht übereinstimmt, können zwei Bemerkungen gemacht werden. Die erste, die mit der zukünftigen Auslegung von strafrechtlichen Vorschriften zusammenhängt, impliziert, dass es nun in den verschiedenen Analysen angebracht wäre, den Begriffen „Alle Personen, die...“, „Derjenige, welcher...“ eine breitere Bedeutung zu geben, da im Bereich des Finanzmarktes, beispielsweise wenn die Akteure ausschließlich juristische Personen sind, die strafrechtlichen Bestimmungen mit den Begriffen jede Person“ oder „diejenige“ systematisch auf juristische Personen verweisen würden. Ebenso sollte akzeptiert werden, dass auf juristische Personen die Gesetze über Beamte in einer bestimmten und allgemeinen Rechtsform Anwendung finden. Dies würde für Vorschriften gelten, die den Arbeitgeber, insbesondere auf dem Gebiet des Sozialrechts,

845 Siehe Picard, Etienne: Rev. des Soc. 1993, S. 268 ff; Desportes, Francis / Le Guehec, Francis: JCP 1992, S. 3615.

846 Art. 17 CP.

und den Eigentümer oder sogar den Versicherer im Versicherungsrecht betreffen.⁸⁴⁷ Der Richter, der über die strafrechtliche Verantwortlichkeit entscheiden soll, muss jedoch immer aufgrund des Gesetzlichkeitsprinzips prüfen, ob die fraglichen Eigenschaften bei der juristischen Person vorliegen. Sonderdelikte, die einen bestimmten Status voraussetzen, können von einer juristischen Person nicht begangen werden. Dieser Aspekt ist durchaus relevant, da viele Straftaten nur von bestimmten Personengruppen begangen werden können. Im Wirtschaftsstrafrecht ist dies beispielsweise der Fall bei der Straftat des Missbrauchs von Unternehmens Eigentum. Dies ist jedoch keine Einschränkung der Verallgemeinerung des persönlichen Umfangs der neuen Verantwortlichkeit, da die juristische Person in diesen Fällen als Komplize angesehen werden kann. Mehrere Autoren haben diesen Aspekt der Frage entwickelt und die Theorie des Anthropomorphismus hat Grenzen, die das Gesetz nicht ignoriert oder zumindest nicht vernachlässigen sollte.⁸⁴⁸

Die zweite Bemerkung ist kritischer Natur und konzentriert sich auf die Wahl des Begriffs „juristische Person“ anstelle eines anderen Namens wie Gruppierung, Struktur, Unternehmen oder wirtschaftliche Einheit im Kodifizierungsprozess. Eine solche Entscheidung bedeutet, dass nur Gemeinschaften mit Rechtspersönlichkeit strafrechtlich verantwortlich gemacht werden können. Die Rechtspersönlichkeit ist somit nicht nur zwingende Voraussetzung der Strafverfolgung, sondern Voraussetzung für die Existenz als Person.⁸⁴⁹ So würden Gruppierungen ohne Rechtspersönlichkeit wie nicht angemeldete Vereinigungen, De-facto-Gesellschaften oder auch *de facto* gegründete Unternehmen eindeutig vom Umfang der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ausgeschlossen. Dabei kann das System der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person, das die Rechtsfiktion verankert, den kriminellen Charakter oder die kriminelle Fähigkeit von

847 Siehe *Planque, Jean-Claude*: Dalloz 2003, S. 2855 ff.

848 Siehe *Planque, Jean-Claude*: Dalloz 2006, S. 1836; *Conte, Philippe*: Jcl. Pénal des affaires, V° Sociétés, Fasc. 10, Nr. 8 et 23 ; *Marechal, Jean-Yves*: Juris Data 2008, S. 10082.

849 Es ist darauf hinzuweisen, dass die juristische Person auch dann die gleichen Voraussetzungen erfüllen muss, wenn sie Opfer einer Straftat wird, um eine Klage einzureichen; siehe Art. 2 CPP Benin" (....) regelmäßig erklärte Vereinigungen, deren ausdrücklicher gesetzlicher Zweck die Verteidigung der kollektiven Interessen bestimmter Kategorien von Opfern ist. Sie können, wenn sie zu diesem Zweck ermächtigt wurden, die der zivilen Partei gewährten Rechte in Bezug auf Handlungen ausüben, die direkt oder indirekt ihr gemeinsames Interesse beeinträchtigen. »

Gemeinschaften missachten. Dies wurde in der Lehre⁸⁵⁰ in dieser Hinsicht sehr deutlich zum Ausdruck gebracht: Angesichts des Realismus des Strafrechts kann die Rechtspersönlichkeit nur eine Zuschreibung kraft Gesetzes und ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit eine rechtliche sein.

Die grundlegende Frage ist, ob das Strafrecht sich den Begriff der juristischen Person aneignen sollte, um ihm einen operativen Sinn zu geben, der speziell den Anforderungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit entspricht? Diese Frage, die eine Autonomisierung krimineller Konzepte voraussetzt, ergibt sich aus der Berücksichtigung der Theorie der kriminellen Gegebenheit, um den Eintritt der juristischen Personen in das Strafrecht zeitnah und relevant zu gestalten. Das beninische Strafrecht hat hiervon offenbar Gebrauch gemacht, indem es für den Wohnsitz einen anderen Begriff als das Zivilrecht verwendet, indem es den Straftatbestand des Hausfriedensbruchs vorgibt, oder sogar in Bezug auf Beamte, für den die Gesetzgebung eine weite Definition vorschlägt, die sich grundlegend von der des Beamtenrechts unterscheidet. So könnte man die Fälle des strafrechtlichen Betrugs begrenzen, die sich aus dem rechtlichen Zusammenhang zwischen Rechtspersönlichkeit und strafrechtlicher Verantwortlichkeit ergeben können. Eine der beliebtesten Hypothesen ist die der Fusionsabsorption.

In diesem Zusammenhang hat die Rechtsprechung⁸⁵¹ entschieden, dass die öffentliche Klage in dieser Hinsicht erloschen ist, da die fusionierte Gesellschaft durch die Fusion ihre rechtliche Existenz verliert. Zu diesem Zweck könnte die Übertragung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von der übernommenen Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft gegen den Grundsatz der Höchstpersönlichkeit der Strafe verstoßen, wonach nur die strafrechtlich verantwortliche Person unter den Folgen der Repression leiden muss. In diesem Sinne wären Konzerne versucht, das Gesetz durch betrügerische Fusionen und Übernahmen oder betrügerische Auflösungen zu umgehen.⁸⁵² Diese Theorie der kriminellen Gegebenheit wurde bereits bei der Festlegung des materiellen Umfangs der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person berücksichtigt.

850 Siehe *Conte, Philippe*: in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, S. 109.

851 Siehe Französisches Kassationsgericht, Urteil der Strafkammer vom 9. September 2009, Nr. 8-87. 312, FS-D, Juris-Data n°2009-049715. Weitere Informationen finden sich in den Kommentaren von *Renaud, Salomon* u.a.: *Droit des Sociétés* 2009, S. 213.

852 Siehe *Segonds, Marc*: *Revue Droit Pénal* 2009, S. 19-23.

Nicht weniger wichtig für den Anwendungsbereich der Bestrafung juristischer Personen ist die Bestimmung der Verstöße, für die diese Haftung beibehalten werden kann. Dabei ist jedoch klar zu unterscheiden zwischen der Art der Straftat, die sich auf eine bestimmte Form der Verletzung bezieht, und dem Bereich der Verletzung, der sich im Allgemeinen auf geschützte soziale Werte bezieht. Die Frage, ob eine Straftat einer juristischen Person zugerechnet werden kann, ist daher zu verneinen. Denn es ist schwer vorstellbar, dass eine juristische Person wegen sexueller Belästigung, Vergewaltigung oder gar Hausfriedensbruch verfolgt wird. Allerdings sind Unterstützungshandlungen zu solchen Delikten durchaus denkbar. Die Frage, ob eine juristische Person die verschiedenen strafrechtlich geschützten sozialen Werte untergraben kann, muss angesichts der Entwicklung des beninischen Rechts tendenziell bejaht werden. Nach einer Analyse der verschiedenen geltenden Gesetze scheint die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen in allen Bereichen akzeptiert zu werden. Chronologisch gesehen eröffnete sich zunächst der Bereich des Umweltstrafrechts, dann der Bereich des Wirtschaftsstrafrecht, anschließend der zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit von Personen und zuletzt der Bereich der Straftaten gegen die Sicherheit und Privatsphäre von Personen. Es ist diese qualitative Zunahme im Bereich der Straftaten, die den juristischen Personen zugeschrieben werden können, die es ermöglicht, die Bereitschaft des nationalen Gesetzgebers zu finden, die Idee der Besonderheit der neuen Haftung schrittweise aufzugeben. Im Hinblick auf Verstöße gegen das Wirtschaftsrecht erkennt Art. 46 des Gesetzes Nr. 2011-20 über die Bekämpfung der Korruption und anderer damit zusammenhängender Straftaten in der Republik Benin an, dass juristische Personen gegen die Gleichheit der Information und Behandlung von Anlegern verstoßen können, ebenso wie sie es Emittenten und Anlegern ermöglichen können, von den ihren Verpflichtungen zuwiderlaufenden Verhaltensweisen zu profitieren oder Wertpapierdienstleistungen als normalen Beruf auszuüben, ohne dazu berechtigt zu sein. Alle diese Bestimmungen zeigen im Allgemeinen, dass die Straftaten, die juristischen Personen zuzurechnen sind, sich entweder auf die Regeln über das Funktionieren der Märkte oder auf das Vertrauen beziehen, das für die Erbringung von Dienstleistungen auf Märkten unerlässlich ist. Diese beiden Kriterien rechtfertigen insbesondere die Ausweitung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen auf Straftaten wie Geldwäsche, Betrug und Untreue.

Der Bereich der Straftaten gegen natürliche Personen durch juristische Personen wurde auf den Bereich des Kinderhandels ausgedehnt. Der beni-

nische Gesetz zur Bekämpfung des Kinderhandels⁸⁵³ sieht nämlich vor, dass Kinderhandel, Kinderschmuggel, Ausbeutung von Kindern oder sogar Kinderwarnung auf juristische Personen zurückgeführt werden können. Dieses Gesetz, das die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen zu einem zusätzlichen Instrument des rechtlichen Kinderschutzes macht, scheint auch im Hinblick auf den Schutz der Menschenwürde ausbaufähig zu sein.

Was schließlich die Sicherheit von Personen betrifft, so legen die nationalen Gesetze über Cybersicherheit und Cyberkriminalität nahe, dass die Leistungen juristischer Personen im Cyberbereich die Menschenwürde, die Ehre und die Privatsphäre verletzen können.⁸⁵⁴ Diese Anerkennung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für den Schutz der Privatsphäre könnte auch die Anwendung der neuen Verantwortlichkeit auf in den verschiedenen Strafrechtssystemen der UEMOA-Mitgliedstaaten geregelten Straftaten wie Diffamierung, Beleidigung und Verletzung des Briefgeheimnisses rechtfertigen. Auf diese Weise würde es ein neues Merkmal in den traditionellen Konflikt zwischen der Pressefreiheit und ihrem Gegenstück im Bereich des Rechts auf Information der Bürger sowie der Achtung des Privatlebens und ihres Gegenstücks bei der Achtung der moralischen Freiheit, einbringen.

Die Dynamik des Gesetzgebers, die von Umweltschäden über Personenschäden bis hin zu wirtschaftlichen Schäden reicht, zeigt, dass es keinen strafrechtlichen Bereich gibt, der nicht auch durch Unternehmen beeinträchtigt sein kann. Die Grundsätze der Notwendigkeit, der Rationalität und des Pragmatismus, die das gesetzgeberische Handeln leiten, zeigen daher, dass es eine wesentliche Grundlage für die Verallgemeinerung des materiellen Bereichs der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen gibt. Eine gegenteilige Haltung des Gesetzgebers wäre völlig irrational gewesen, da die Wahl der Spezialität der juristischen Personen insofern Nachteile mit sich bringen kann, als sie zu einer völligen Ineffektivität der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in Bereichen führen würde, in denen der Gesetzgeber noch keine Gelegenheit hatte, die Verantwortlichkeit vorzusehen. Es ist daher notwendig, dass der Gesetzgeber aus Gründen der Kohärenz und Effektivität eine Erweiterung des materiellen Geltungsbereichs vornimmt. So wurde die Einrede vermieden, die die neue Haftung aufheben könnte, wonach juristische Personen nur in

853 Siehe Art. 339 ff. des Gesetzes Nr. 2015-08 über das Kindergesetzbuch in der Republik Benin.

854 Siehe *Tsimi, Ntono Germain*: Archives de politique criminelle 2011, S. 231 ff.

den ausdrücklich gesetzlich vorgesehenen Fällen strafrechtlich verantwortlich wären. Diese Vision würde in perfekter Übereinstimmung mit der Wahl einer Definition der wichtigsten Merkmale der strafrechtlichen Verantwortlichkeit stehen. Daher sollten die anderen UEMOA-Mitgliedstaaten dem Beispiel Benins folgen und in ihren nationalen Rechtsvorschriften den allgemeinen Grundsatz der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen aufnehmen. Dies wirft die Frage auf, wie die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person speziell im Kartellrecht in diesen Staaten geregelt wurde.

b. Die Geltendmachung der Strafbarkeit in den Mitgliedstaaten

Die strafrechtliche Zuständigkeit der UEMOA-Mitgliedstaaten wurde durch die allgemeine Anerkennung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen im nationalen Wettbewerbsrecht genutzt, so zum Beispiel im Benin, wo die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, seien es juristische oder natürliche Personen, im Gesetz Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs⁸⁵⁵, im Gesetz über die Organisation des Handels in Benin⁸⁵⁶ und allgemein im Strafgesetzbuch⁸⁵⁷ und in der Strafprozessordnung⁸⁵⁸ verankert ist. Andere nationale Gesetzgeber haben unter dem Einfluss der Stellungnahme des CJUEMOAs vom 27. Juni 2000, die den Mitgliedstaaten die ausschließliche Zuständigkeit in Strafsachen zuweist, fast einstimmig die Wettbewerbskriminalität durch kollektive Unternehmen anerkannt.

Die Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen jeglicher Art in das nationale Recht ist die bemerkenswerteste Neuerung des nationalen Wettbewerbsrechts, die es den Mitgliedstaaten ermöglicht, ihre ausschließliche strafrechtliche Zuständigkeit auszuüben. Diese Neuerung spiegelt sich in den Art. 88 und 89 UEMOAV wider, die in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der strafrechtlichen Verfolgung alle Handlungen für rechtswidrig erklären und verbieten, die ein Hindernis, eine Einschränkung oder eine Untergrabung des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt bezwecken oder zur Folge haben. Gleiches gilt für den Missbrauch einer marktbeherrschenden

855 Nach Art. 74 ff des Gesetz Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs.

856 Siehe Titel V des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs

857 Art. 7 CP.

858 Art. 648 CPP.

den Stellung.⁸⁵⁹ Diese allgemeine Verwirklichung des Grundsatzes der Strafbarkeit durch den gemeinschaftlichen Gesetzgeber ist zur Selbstverständlichkeit geworden. Die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts im Zuständigkeitsbereich des nationalen Gesetzgebers spiegelt sich in dem Erlass strafrechtlicher Vorschriften im Bereich des Wettbewerbs durch die nationalen Gesetzgeber wider, die es den nationalen Gesetzgebungen ermöglichen, die tatbestandsvoraussetzungen und die Sanktionen festzulegen, so dass sich die Frage nach der Zulässigkeit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen im Bereich der UEMOA nicht mehr stellt. Die Kompetenzen der Gemeinschaft waren ursprünglich strikt auf wirtschaftliche Fragen und die Gestaltung eines Gemeinsamen Marktes beschränkt. Es wurde anerkannt, dass das Strafrecht weiterhin in die Zuständigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten fiel. Denn die Gemeinschaftsgerichte haben den Grundsatz aufgestellt, dass das Strafrecht und die Strafprozessordnung weiterhin in die Zuständigkeit der Staaten fallen.⁸⁶⁰

Es wird daher anerkannt, dass das Gemeinschaftsrecht notwendigerweise dazu führt, dass die Souveränität der Staaten in Strafsachen eingeschränkt wird und dass es die Natur des nationalen Strafrechts ist, im Dienste des Gemeinschaftsrechts zu stehen und dieses zu unterstützen. Aus diesem Grund wurde die Ausübung der nationalen Sanktionsbefugnis schrittweise geregelt.⁸⁶¹

Die Pflichten des Gesetzgebers fallen in der UEMOA nicht in die Zuständigkeit des Parlaments, sondern in die Zuständigkeit der Staatschefkonferenz (*la Conférence de Chefs d'Etat*) und des Ministerrates. Im Sinne von Art. 5 UEMOAV obliegen diese Aufgaben den Organen der Union.⁸⁶² Aus diesem Grund wurde der Ministerrat beauftragt, durch Verordnungen geeignete Maßnahmen zu erlassen, um die Anwendung der in Art. 88 genannten Verbote zu erleichtern und so die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen auf Gemeinschaftsebene durchzusetzen. Diese Befugnis wird im UEMOAV anerkannt. Eine kombinierte Lesung der

859 Art. 88 UEMOAV; Art. 3 und 4 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

860 CJUEMOA: Stellungnahme Nr. 003/2000 vom 27. Juni 2000, Recueil 2008, S. 244-258; Urteil vom 11. November 1991, Französischer Gerichtshof, 203/80, Slg. 2000, S. 2595.

861 Leger, *Philippe*: in Puissochet, Jean-Pierre (Mélanges), L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui, S. 163-165; Hecker, Bernd: Europäisches Strafrecht, S. 145-146.

862 Art. 5. 19 und 22 UEMOAV.

Art. 20, 24 und 42 des Vertrags bestätigt dies.⁸⁶³ Der Ministerrat erlässt nach Art. 89 des Vertrages Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen. Er legt nach diesem Verfahren die Regeln fest, die von der Kommission bei der Ausübung ihres Auftrags nach Art. 90 zu befolgen sind, sowie die Geldbußen und Zwangsgelder, die bei Verstößen gegen die in Art. 88 genannten Verbote zu verhängen sind. Er kann auch Vorschriften erlassen, in denen die in Art. 88 genannten Verbote festgelegt werden. In diesem Zusammenhang hat der Ministerrat wettbewerbswidrige Handlungen in der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA unter Strafe gestellt und in der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA die anwendbaren Sanktionen festgelegt. In dieser Hinsicht ist der Gemeinschaftsgesetzgeber seiner Verpflichtung bei der Anwendung des strafrechtlichen Grundsatzes im UEMOA-Recht nachgekommen und es war dann Sache der Mitgliedstaaten, diesem Beispiel zu folgen. Einige haben das getan. Aus diesem Grund wird die Schuld der juristischen Person sowohl anhand der Wirksamkeit des Grundsatzes in den nationalen Wettbewerbsgesetzen (**aa**) als auch durch die direkte Folge dieses Grundsatzes (**bb**), analysiert.

aa. Die Anerkennung des Grundsatzes

Die Kriminalisierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in den nationalen Rechtsvorschriften des UEMOA-Wettbewerbsrecht ist nach dem Wortlaut des Vertrags gerechtfertigt,⁸⁶⁴ weil er Vorbehalte in Strafsachen zulässt, auch wenn der größte Teil der Lehre⁸⁶⁵ in der UEMOA der Auffassung ist, dass es eine Kompetenzübertragung gibt, die dazu führt, dass den

863 Nach Art. 20 sorgt der Ministerrat der Union für die Umsetzung der von der Versammlung der Staats- und Regierungschefs festgelegten allgemeinen Leitlinien. Art. 24 erlaubt der Kommission den Erlass von Durchführungsbestimmungen für die von ihr erlassenen Rechtsakte zu übertragen. Art. 42 sieht vor, dass der Rat Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse erlässt; er kann auch Empfehlungen und/oder Stellungnahmen abgeben. Und in Art. 89 heißt es, dass der Rat mit einer Mehrheit von zwei Dritteln (2/3) seiner Mitglieder und auf Vorschlag der Kommission, sobald dieser Vertrag in Kraft tritt, durch Verordnungen die geeigneten Bestimmungen erlässt, um die Anwendung der in Art. 88 genannten Verbote zu erleichtern.

864 Siehe *Bauchot, Bertrand*: *Sanctions pénales nationales et droit international*, S. 204.

865 *Mbissane, Ngom*: *Revue internationale de droit économique* 2011, S. 89 f; *Bakhoum Mohr*: *L'articulation du droit communautaire et des droits nationaux de la*

Mitgliedstaaten die Befugnis zum Erlass von Vorschriften im Wettbewerbsbereich entzogen wird. Die strafrechtlichen Vorbehalte ermächtigt die Staaten dazu, Straftaten vorzusehen und diese zu ahnden. Dieser den Staaten vorbehaltene Bereich ist auf mehreren Ebenen gerechtfertigt: zunächst auf der Ebene der nationalen Kulturen, die jeweils ein Recht zum Ausdruck bringen, indem sie die Musik oder die Küche der Kultur widerspiegeln, wie Hans Kelsen⁸⁶⁶ in Bezug auf die Vielfalt der Kulturen betonte. Zweitens auf der Ebene der nationalen Souveränität, was bedeutet, dass vor allem im Bereich der Justiz, insbesondere der Strafjustiz, jeder die Kontrolle im eigenen Land haben muss, denn das Strafrecht fällt nicht in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft, sondern bleibt in der Verantwortung jedes einzelnen Mitgliedstaats.⁸⁶⁷ So bestätigte der Gerichtshof der UEMOA, dass das Strafrecht weiterhin in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.⁸⁶⁸ Der Vorbehalt der nationalen Zuständigkeit ist eine zusätzliche Garantie dafür, dass das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten den Schutz ihrer strafrechtlichen Souveränität und zur Bekämpfung der Straflosigkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen bietet. Dies ist in jeder Hinsicht auch der Fall im UEMOA-Wettbewerbsrechts, das nicht nur die strafrechtliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten bestätigt, sondern auch die Kriminalisierung und Sanktionierung von Wettbewerbsverstößen vorsieht. Damit fördert sie die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Urheber wettbewerbswidriger Verhaltensweisen UEMOA-Raum. Aber aufgrund der Tatsache, dass die Staaten die Strafvorbehalte nicht genutzt haben, die strafrechtliche Verantwortungslosigkeit der Täter wettbewerbswidriger Handlungen im UEMOA-Bereich war daher nach dem alten System und auch noch mehrere Jahre nach der Einführung des UEMOA-Kartellrechts die Regel, folgte die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht so früh dem normativen Kurs der Union. Dies war 2018 im Benin und in Mali der Fall, die bis 2016 keine nationalen Gesetzesmaßnahmen ergriffen haben, um juristische Personen strafrechtlich für verantwortlich zu erklären,

concurrence dans l'Union Économique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA), S. 305 ff; *Fofana, Ramatha*: Droit communautaire de la concurrence, un nouveau chantier d'exercice, rapport du séminaire sur intégration économique et exercice du métier d'avocat, organisé par l'UIA en collaboration avec l'ordre des avocats du Bénin, 22 mars 2013, S. 3 ff. ; *Coulibaly, Abou- Saib*: Revue burkinabé de droit 2003, S. 27.

866 Siehe *Hans, Kelsen*: in Pradel, Jean: Revue Juridique Thémis 2002, S. 246.

867 Siehe *Pradel, Jean*: Revue Juridique Thémis 2002, S. 246.

868 CJUEMOA: Stellungnahme Nr. 003/2000 vom 27. Juni 2000, Recueil 2008, S. 244-258.

wenn sie sich eines wettbewerbswidrigen Verhaltens schuldig machen. Burkina Faso tat dies 2017; vorausgegangen war die Elfenbeinküste, die 2013 eine entsprechende Verordnung erlassen hat. Nur Togo brauchte sein nationales Recht nicht zu überarbeiten, da es bereits die strafrechtliche Verfolgung jedes Täters wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, einschließlich der juristischen Person, vorgesehen hat.

Nach Art. 7 des Vertrages tragen die Mitgliedstaaten durch den Erlass allgemeiner oder besonderer Maßnahmen zur Verwirklichung der Ziele der Union bei und unterlassen alle Maßnahmen, welche die Anwendung des Vertrags und der zu seiner Anwendung erlassenen Rechtsakte beeinträchtigen könnten. Mit anderen Worten sind die Staaten befugt, gemeinschaftliche oder nationale Maßnahmen zu ergreifen, sofern sie die Erreichung der Ziele der Union nicht verhindern oder behindern. Innerstaatliche Maßnahmen, insbesondere strafrechtliche Maßnahmen, sind daher zulässig, wenn sie den Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigen. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass, solange das nationale Wettbewerbsrecht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, sein Bestehen nicht in Frage gestellt werden sollte.⁸⁶⁹ Der größte Teil der Lehre behauptet, dass das nationale Recht nur dann neutralisiert wird, wenn es im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht steht.⁸⁷⁰ Der CJUEMOA zieht diese Schlussfolgerung hingegen nicht. Für ihn bedeutet die Regel in Art. 7 des Vertrags die Verpflichtung, nationale Maßnahmen umzusetzen, sobald sie mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang stehen. Diese theologische Auslegung des Gerichtshofs steht nicht im Einklang mit Art. 7 des Vertrags, der die Staaten ermächtigt, zusätzliche Maßnahmen zu ergreifen, sofern sie die Ziele des Gemeinsamen Marktes nicht beeinträchtigen. Die UEMOA-Mitgliedstaaten haben durch den Verzicht auf strafrechtliche Maßnahmen den

869 Siehe *Mbissane, Ngom*: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 90.

870 Siehe *Dannecker, Gerhard/Nadja Müller*: KSzW 2015, S. 281 ff; *Ambos, Kai*: Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäische Strafrecht. Rechtshilfe, S. 44 ff; *Frister, Helmut*: Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 11 ff; *Zimmermann, Frank*: Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union, Ein Regelungsvorschlag zur Wahrung materieller und prozessualer strafrechtlicher Garantien sowie staatlicher Strafinteressen, S. 50 ff; *Tiedemann, Klaus*: Wirtschaftsstrafrecht Besonderer Teil, § 5, Rn. 158-162, S. 119 ff; *Mbissane, Ngom*: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 90; *Bauchot, Bertrand*: Sanctions pénales nationales et droit international, S. 202; *Pradel, Jean*: Revue Juridique Thémis 2002, S. 246; *Pradel, Jean*: Droit pénal général, S. 151 ff; *Dannecker, Gerhard/Jutta, Fischer-Fritsch*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 6 ff.

Grundsatz verankert, dass die Täter von Kartellrechtsverstößen nicht strafrechtlich zur Verantwortlichkeit gezogen werden können. Dies war bisher im Senegal der Fall, wo das Gesetz 94-63 vom 22. August 1994 keine strafrechtlichen Sanktionen für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen vorsieht. Das senegalesische Recht enthält nämlich keine strafrechtlichen Bestimmungen zur Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen.⁸⁷¹ Die Aufnahme strafrechtlicher Bestimmungen zur Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in das nationale Recht, wie dies im beninischen Recht der Fall ist, setzt somit voraus, dass dem Gesetzlichkeitsprinzip Rechnung getragen wird, indem die Strafbarkeit wettbewerbswidriger Praktiken gesetzlich geregelt wird, und zwar bezüglich natürlicher und juristischer Personen.

Die Anerkennung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen durch diese Staaten ergibt sich daher aus der Tatsache, dass sie den in Art. 7 des Vertrags vorgesehenen strafrechtlichen Vorbehalt, der die Staaten zur Ausübung ihrer strafrechtlichen Zuständigkeit ermächtigt, umsetzen.⁸⁷² Dies ist kein Eingriff in die ausschließliche Zuständigkeit der Union, sondern dient der Umsetzung des Grundsatzes der staatlichen Souveränität, auf den die Theorie des vorbehaltenen Bereichs Anwendung findet. Nach dieser Theorie ist der vorbehaltene Bereich derjenige der staatlichen Aktivitäten, bei denen die Zuständigkeit des Staates nicht an das Gemeinschaftsrecht gebunden ist, sondern je nach Entwicklung variiert.⁸⁷³ Dieser Begriff ähnelt dem des Ermessensspielraums des Staates, wie er in Art. 2 Abs. 7 der Charta der Vereinten Nationen⁸⁷⁴ vorgesehen ist und

871 Siehe Art. 6 des Gesetzes Nr. 2016-25, über Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin: „Le Conseil peut engager toutes procédures et enquêtes relatifs aux pratiques anticoncurrentielles ayant pour effet ou pour objet de fausser le jeu de la concurrence sur le territoire national.“ Art. 74 desselben Gesetzes sieht vor, dass im Falle eines Gerichtsverfahrens das Verfahren des allgemeinen Rechts anwendbar ist.

872 Wenn ein Übereinkommen einen Staat zur Ausübung seiner Strafgerichtsbarkeit verpflichtet oder ermächtigt, so tut es dies, um ihn davor zu schützen, sich in die Angelegenheiten des Staates einzumischen, der möglicherweise eine subsidiäre Gerichtsbarkeit hat; in diesem Sinne *Bauchot, Bertrand*: *Sanctions pénales nationales et droit international*, S. 202.

873 *Bauchot, Bertrand*: *Sanctions pénales nationales et droit international*, S. 202.

874 Art. 2 Abs. 7 der Charta der Vereinten Nationen: "Nichts in dieser Charta ermächtigt die Vereinten Nationen, in Angelegenheiten einzugreifen, die im Wesentlichen in die innerstaatliche Zuständigkeit eines Staates fallen, oder die Mitglieder zu verpflichten, solche Angelegenheiten einem Vergleichsverfahren nach dieser Charta zu unterziehen; dieser Grundsatz berührt jedoch nicht die Anwendung der in Kapitel VII vorgesehenen Zwangsmaßnahmen.“

durch den Vertrag von Rom von 1957, geändert durch den Vertrag von Amsterdam von 1997, umgesetzt wurde, der Straftaten zur Gewährleistung des freien Wettbewerbs innerhalb der Länder des Gemeinsamen Marktes vorsieht und den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gibt, strafrechtliche Sanktionen für Verstöße vorzusehen.⁸⁷⁵ Entsprechend verbietet der UEMOAV⁸⁷⁶ systematisch nicht nur wettbewerbswidrige Vereinbarungen zwischen Unternehmen, sondern auch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und ermächtigt die Mitgliedstaaten in seinem Art. 7, entsprechende strafrechtliche Maßnahmen zu ergreifen. Diese Bestimmungen sind sowohl nach dem UEMOAV als auch nach dem EU-Recht nicht strafrechtlicher Art, wohl aber quasi-strafrechtlicher Natur.⁸⁷⁷ Art. 89 UEMOAV folgt der gleichen Logik wie Art. 83 des Vertrags von Amsterdam, der sich auf Verordnungen des Ministerrats über die Verwaltung von Geldbußen und Zwangsgeldern bezieht.⁸⁷⁸ Zwar sieht die Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA ausdrücklich vor, dass Geldbußen keinen strafrechtlichen Charakter haben. Diese Geldstrafen sind jedoch Ausdruck der Missbilligung des Verhaltens und, legt man die Engel-Kriterien des EGMR zu Grunde, strafrechtlicher Natur. Es mangelt also nicht an einer Kriminalisierung, da eine solche in den Art. 88 und 89 des UEMOAV und in den verschiedenen nationalen Rechtsvorschriften vorgesehen ist und die Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter in den Mitgliedstaaten kein Problem mehr darstellt. Die Umsetzung des Gesetzlichkeitsprinzips im UEMOAV-Wettbewerbsrecht ist daher wirksam, da Staaten wie der Benin, die, als sie die Möglichkeit hatten, im Wettbewerbsbereich Gesetze zu erlassen, ihre Kompetenz genutzt haben, indem sie strafrechtliche Sanktionen gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen gemäß der Verordnung Nr. 03/UEMOA/CM/2002 eingeführt haben. Die Verordnung ist die Hauptquelle des sekundären unionsrecht. Sie wird aus dem UEMOAV

875 Pradel, Jean: *Revue Juridique Thémis* 2002, S. 246.

876 Art. 88 UEMOAV: "(...) sont interdits de plein droit:

a) les accords, associations et pratiques concertées entre entreprises, ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union;
b) toutes pratiques d'une ou de plusieurs entreprises, assimilables à un abus de position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci;
c) les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. "

877 Siehe Dannecker, Gerhard/Müller, Nadja: *KSzW* 2015, S. 281 ff; Dannecker, Gerhard/Jutta, Fischer-Fritsch: *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, S. 6; Pradel, Jean: *Revue Juridique Thémis* 2002, S. 267.

878 Siehe Jean, Pradel/ Geert, Corstens/ Gert, Vermeulen: *Droit pénal européen, Précis*, note 65, Nr. 477 ff.

abgeleitet. Die Verordnung ist in ihrer Gesamtheit verbindlich und gilt unmittelbar in allen Mitgliedstaaten.⁸⁷⁹ Es sei darauf hingewiesen, dass die Verordnung in den Staaten unmittelbar anwendbar ist und nicht nur die Mitgliedstaaten bindet.⁸⁸⁰ Die UEMOA-Mitgliedstaaten haben daher ihre nationale Strafrechtskompetenz genutzt, zumal das Gemeinschaftsrecht nicht dazu bestimmt ist, das Strafrecht zu regeln. Sie haben auch die Strafbarkeit juristischer Personen eingeführt.

bb. Die Schuldfähigkeit von juristischen Personen

Die Schuldfähigkeit beruht auf dem Prinzip, dass keine Strafe ohne Rechtsgrundlage verhängt werden darf⁸⁸¹ und es auch keine Schuld ohne Strafe gibt. Im Kartellrecht stünde die Einführung schuldunabhängiger Sanktionen durch den Richter im Widerspruch zu der Vorstellung, dass der Richter in einem Rechtsstaat nicht willkürlich handeln darf. Die Rechtmäßigkeit von Urteilen und Strafen ist grundlegende Voraussetzung für die Sicherheit und Freiheit des Einzelnen. Der Gesetzgeber ist daher verpflichtet, Sanktionen genau festzulegen.⁸⁸² Nach dem Recht der UEMOA kann die Kommission nach Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA gegen ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung eine Geldbuße verhängen, wenn vorsätzlich oder fahrlässig gegen Art. 88a und b UEMOAV verstoßen worden ist.⁸⁸³ Art. 88a und b UEMOAV verbieten Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die die Beschränkung oder Beeinträchtigung des Wettbewerbs innerhalb der Union bezwecken

879 Siehe *Ambos, Kai*: Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäische Strafrecht. Rechtshilfe, S. 453; *Pradel, Jean*: Droit pénal Générale, S. 153.

880 *Pradel, Jean*: Droit pénal Générale, S. 153; EuGH, 7. Februar 1973, Kommission gegen Italien, Rechtssache 39/72, Slg. 1973, S. 00101.

881 Siehe *Pradel, Jean/ Geert, Corstens/ Gert, Vermeulen*: Droit pénal européen, S. 342; *Frister, Helmut*: Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 90; *Dannecker, Gerhard*: in *Stumpf, Cordula/ Kainer, Friedemann/ Baldus, Christian* (Hrsg): Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff, S. 585-586.

882 Siehe *Pradel, Jean/ Geert, Corstens/ Gert, Vermeulen*: Droit pénal européen, S. 342; *Tiedemann, Klaus*: in Tiedemann, Klaus: Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Rechtsgematik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik, Freiburg-Symposium, S. 280.

883 Das Gleiche gilt nach Art. 23 Abs. 2 der Verordnung 1/2003; siehe *Dannecker, Gerhard/Müller, Nadja*: KSzW, 2015, S. 281.

oder bewirken, sowie alle Verhaltensweisen eines oder mehrerer Unternehmen, die einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen. Nach dem Wortlaut des Art. 88a und b UEMOAV muss die Geldbuße im weitesten Sinne als strafrechtliche Sanktion verstanden werden, weil sie darauf abzielt, vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten des Täters wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu ahnden und damit ein Verhalten, das sich aus der Schuld der juristischen Person ergibt.⁸⁸⁴ Hierauf aufbauend haben die Mitgliedstaaten die Strafbarkeit juristischer Personen eingeführt. Hiernach bestimmt sich, welche Voraussetzungen vorliegen müssen. So können in den Mitgliedstaaten der UEMOA, insbesondere im Benin, juristische Personen unabhängig von ihren Organen bestraft werden.⁸⁸⁵

Das UEMOA-Recht verfolgt die gleiche Logik wie das Unionsrecht, wenn es vorsieht, dass Geldbußen und Zwangsgelder zur Ahndung von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht nicht strafrechtlicher Natur sind. Diese Frage wurde jedoch bereits oben dahingehend geklärt, dass Geldbußen nicht kriminalstrafrechtlicher Natur sind, wohl aber Strafrecht im weiteren Sinne. Die Gleichstellung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen mit verwaltungs(strafrechtlichen) Verstößen zeigt zudem, dass der deutsche Gesetzgeber keine Konsequenzen aus der aktuellen Entwicklung des Wettbewerbsrechts gezogen hat, die angesichts der schädlichen Folgen, die wettbewerbswidrige Praktiken haben können, eine wettbewerbsrechtliche

884 Siehe *Dannecker, Gerhard /Jutta, Fischer-Fritsch*: Das EG-Katellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 6ff; *Pradel, Jean*: in Fondation pour le droit continental, Colloque, Le Caire, octobre 2009, S. 2 ff; *Dannecker, Gerhard/Müller, Nadja*: KSzW 2015, S. 281.

885 Siehe Art. 650 CPP Benins, wonach ein öffentliches Verfahren gegen eine juristische Person in der Person ihres Rechtsvertreters zum Zeitpunkt des Verfahrens eingeleitet wird. Letzterer vertritt die juristische Person bei allen Verfahrenshandlungen. Wird jedoch gegen den Rechtsvertreter Klage wegen derselben oder ähnlicher Tatsachen erhoben, so bestellt der Präsident des Gerichts erster Instanz einen Rechtsvertreter zur Vertretung der juristischen Person. Die juristische Person kann sich auch durch jede Person vertreten lassen, der gemäß Gesetz oder Satzung die Befugnis dazu übertragen wurde. Die für die Vertretung der juristischen Person gemäß Abs. 2 verantwortliche Person muss das angerufene Gericht per Einschreiben mit Empfangsbestätigung über ihre Identität informieren. Gleiches gilt für den Fall einer Änderung des gesetzlichen Vertreters während des Verfahrens.

Ist keine Person zur Vertretung der juristischen Person nach Maßgabe dieses Artikels befugt, so bestellt der Präsident des Gerichts erster Instanz auf Antrag der Staatsanwaltschaft, des Untersuchungsrichters oder der Zivilpartei einen gerichtlichen Vertreter zu ihrer Vertretung.

Sanktionierung mit Kriminalstrafen nahe legen.⁸⁸⁶ Die Situation in den UEMOA-Mitgliedstaaten ist daher insofern zu begrüßen, als sie die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person vorsieht.

Nach beninischem Recht droht eine strafrechtliche Verfolgung der juristischen Person, da die in den Dakar-Verträgen vorgesehenen Sanktionen sich gegen juristische Personen richten. Diese Rechtslage schreibt die strafrechtliche Verantwortlichkeit unter Anpassung an die spezifischen Merkmale der juristischen Person vor, denn um wettbewerbswidrige Vereinbarungen und den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen zu verhindern und die Durchführung von Fusionskontrollen zwischen Unternehmen zu gewährleisten, sollte das nationale und gemeinschaftliche Recht nicht nur Strafen gegen natürliche Personen, Unternehmen und Unternehmensvereinigungen vorsehen, da sich die Wettbewerbsvorschriften gerade nicht an natürliche Personen richten, sondern an wirtschaftlich tätige Einheiten. Hinter diesem Erfordernis müssen Einschränkungen und Relativierungen zurücktreten, die einen Verzicht auf die Strafbarkeit juristischer Personen nicht rechtfertigen können. Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das innerstaatliche Strafrecht sollten nur dadurch abgemildert werden, dass vermieden wird, die *Nulla poena sine culpa*-Regel zu streng auszulegen, da eine übermäßige strafrechtliche Verantwortlichkeit ihrerseits die Freiheiten des Gemeinsamen Marktes beeinträchtigen würde.⁸⁸⁷ Schuld bedeutet nicht, dass die juristische Person strafrechtlich besonders hart und streng zur Verantwortung gezogen werden muss. Dieser Ansatz basiert nicht auf der Strafrechtslehre des Grundsatzes „*nulla poena sine culpa*“, sondern ist von dem Ziel inspiriert, das freie Spiel des Gemeinsamen Marktes zu gewährleisten. Es gibt jedoch weiterhin der Grundsatz, dass man nur wegen seines persönlichen Verschuldens – bei juristischen Personen des Verschuldens des Verbandes als Rechtspersönlichkeit – bestraft wird. Die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts verlangen weder die Einführung einer objektiven strafrechtlichen Haftung, insbesondere im Wettbewerbsrecht, noch stehen sie dieser entgegen.⁸⁸⁸ Da die Schuld der juristischen Person tatsächlich im Gemeinschaftsrecht vor-

886 Siehe Dannecker, Gerhard: in Ulrich Sieber/Gerhard Dannecker/Urs Kindhauser/Joachim Vogel/Tonio Walter (Hrsg.): Festschrift Tiedemann, S. 789-816.

887 Siehe Dannecker, Gerhard: in Stumpf, Cordula/ Kainer, Friedemann/ Baldus, Christian (Hrsg): Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff, S. 583-594; Jean, Pradel/ Geert, Corstens/ Gert, Vermeulen: Droit pénal européen, S. 689.

888 Siehe EuGH vom 10. Juli 1990, Hansen, C-326/88, Slg. 1990, S. I-2911, 2936, EuGH vom 2. Oktober 1991, Vande Venne 7/90, Slg., EuGH, Slg. 1991, S. I-4373, 4389.

gesehen ist, haben die Mitgliedstaaten diese Vorgabe lediglich bestätigt, indem sie die strafrechtliche Verurteilung einer juristischen Person akzeptierten und gesetzlich normiert haben.

III. Fazit

Am Ende dieses Teils über den Rechtsrahmen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter von Kartellrechtsverstößen können zwei Arten von Zuwiderhandlungen, welche die allgemeinen Wettbewerbsmechanismen der UEMOA beeinflussen, ausgemacht werden, auf der die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter beruhen kann: wettbewerbswidrige Vereinbarungen und der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen werden durch das UEMOA-Kartellrecht und durch die nationalen Kartellvorschriften der Mitgliedstaaten verboten und unter Sanktionandrohung gestellt. So kann die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Tätern von Kartellrechtverstößen in der UEMOA auf der Grundlage des gemeinschaftlichen oder nationalen Wettbewerbsrechts begründet und durchgesetzt werden.

Zunächst wurden die im UEMOA-Wettbewerbsrecht vorgesehenen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen aufgezeigt und näher analysiert. Die im Bereich UEMOA erlassenen Wettbewerbsregeln müssen insbesondere ermöglichen, die Entstehung privater Handelshemmnisse zwischen den Mitgliedstaaten zu vermeiden. Aus diesem Grund verbieten sowohl wettbewerbswidrige Vereinbarungen als auch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Diesbezüglich wurde festgestellt, dass das UEMOA-Kartellrecht nur das Unternehmen als Täter kartellrechtlicher Verstöße kennt. Deswegen war es nötig, den Begriff des Unternehmens zu definieren. Der Begriff des Unternehmens ist ein Instrument der Wettbewerbspolitik. Daher haben die Wettbewerbsbehörden der UEMOA eine eigenständige Definition des Unternehmens entwickelt. Danach bezieht sich der Begriff des Unternehmens auf wirtschaftliche Einheiten, die eine Rechtspersönlichkeit haben können, aber nicht haben müssen. Das UEMOA-Kartellrecht richtet sich danach an jede eine wirtschaftliche ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und ihrer Finanzierungsweise. Eine solche Einheit könnte nach Art. 88 UEMOAV auch eine Unternehmensvereinigung sein, die sich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen zusammensetzt. Dies ist für das Gebiet des Kartellrechts grundsätzlich sinnvoll, weil die Identifizierung von Marktakteuren ebenso wie die wettbewerbsrechtliche Bewertung ihrer Handlungen nicht

mit der Existenz nur eines einzigen Rechtssubjekts zusammenhängen muss⁸⁸⁹, zumal zwischen konzerntierten juristischen Personen kein Wettbewerb stattfinden muss.

Als nächstes haben wir das bestehende Sanktionssystem untersucht, um festzustellen, ob es sich mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit vereinbar ist, die sehr streng ist und durch die Achtung rechtsstaatlicher Grundsätze begrenzt ist. Das Ergebnis der Untersuchung war, dass die im UEMOA-Kartellrecht vorgesehene Geldbuße strafrechtlicher Natur ist und somit die kriminalstrafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter ergänzt. Dies bedeutet aber auch, dass der Grundsatz „*ne bis in idem*“ im Verhältnis der straf- und bußgeldrechtlichen Verantwortlichkeit Geltung beansprucht, mit der Folge, dass nur einmal bestraft bzw. geahndet werden darf.

Jetzt, da wir wissen, dass wettbewerbswidrige Verhaltensweisen dazu führen können, dass ihre Täter strafrechtlich zur Verantwortlichkeit gezogen werden und was ihre Rechtsgrundlagen sind, ist es wichtig zu wissen, wie diese Verantwortlichkeit tatsächlich durchgesetzt werden kann.

889 Vgl. *Nettesheim, Martin*: Verfassungsrecht und Unternehmenshaftung, S. 68-69.