

Einführung

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Kartellrechtsverstöße nach dem Recht der *Union Economique et Monétaire Ouest Africaine* (UEMOA) stellt eine Reaktion auf die Beeinträchtigungen des freien und fairen Wettbewerbs dar. Heute besteht international die Überzeugung, dass nicht jegliches Verhalten im Wettbewerb erlaubt ist,¹ unabhängig davon, ob der freie Wettbewerb gefährdet oder beeinträchtigt wird. Deshalb schützen zahlreiche Staaten ihre Märkte vor Beeinträchtigungen durch wettbewerbswidrige Vereinbarungen und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.² Dies gilt gleichermaßen für die Mitgliedstaaten der UEMOA, die seit dem Jahr 1994 versuchen, ihre Kartellrechtsvorschriften zu vereinheitlichen,³ um ausländische Investoren anzuziehen und das Wirtschaftswachstum zu fördern.

Die UEMOA-Gesetzgebung über die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen wirkt angesichts der engen Handelsbeziehungen, die die UEMOA -Mitgliedstaaten mit den europäischen Staaten pflegen⁴, und der entscheidenden Rolle, die der Generalsekretär der Europäischen Kommission bei der Ausarbeitung und Verabschiedung des UEMOA-Vertrags gespielt hat, die Frage auf, ob dieses

-
- 1 Siehe *Guyon, Yves*: Droit des affaires, Economica, Collection Droit Des Affaires Et Des Entreprises, Série Enseignement, Tome 1, S. 910.
 - 2 Siehe *Dannecker, Gerhard/Müller, Nadja*: in Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Kapitel 19. Rn. 1-396, S. 1173-1334.
 - 3 Der UEMOA-Vertrag trat am 10. Januar 1994 in Kraft und wurde zunächst im Jahr 1997 und anschließend am 29. Januar 2003 geändert. Die UEMOA umfasst acht Länder: Benin, Burkina Faso, Elfenbeinküste, Guinea-Bissau, Mali, Niger, Senegal und Togo. Die UEMOA vervollständigt die Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA), deren Gründungsvertrag am 14. November 1974 geschlossen wurde.
 - 4 Siehe AKP-EU Abkommen. Traditionell ist die Zusammenarbeit mit den Ländern Afrikas, der Karibik und des Pazifiks (AKP-Staaten) ein Schwerpunkt der europäischen Entwicklungspolitik. Die AKP-Gruppe umfasst 79 Staaten. Partnerschaftsabkommen zwischen dieser Gruppe und den Europäern gibt es seit 1975. In insgesamt vier Lomé-Abkommen – benannt nach der Hauptstadt von Togo, in der das erste Abkommen unterzeichnet wurde – vereinbarten die EU und ihre Mitglieder eine umfangreiche Zusammenarbeit mit den AKP-Staaten.; aufrufbar über https://www.bmz.de/de/ministerium/wege/ez_eu/eu-wege/akpstaaten/index.html, vom 20.10.2020 um 11:21.; Zur Frage der Transplantation oder der legalen Transplantation vgl. Stefan Goltzberg, *Le droit comparé, Que sais-je?*, 2018, S. 65-96.

Rechtstransplantat des europäischen Wettbewerbsrechts in den UEMOA-Raum gelungen ist⁵. In der Tat ist aufgrund des ausgehenden oder hinausgehenden Charakters des UEMOA-Wettbewerbsrechts ein Mangel an Enthusiasmus bei der Implementierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Praktiken festzustellen⁶.

A. Defizite des als Schutzsystem konzipierten UEMOA-Kartellrechts

Das UEMOA-Kartellrecht ist in seiner jetzigen Form als Schutzsystem konzipiert, das die Entwicklung kleinerer und mittlerer Unternehmen in unterentwickelten Staaten fördern soll. Das Kartellrecht hat aber ganz im Gegenteil die Entwicklung der kleinen und mittleren Unternehmen behindert, insbesondere wegen der dominanten Präsenz von Unternehmen im Bereich der Schattenwirtschaft auf dem westafrikanischen Markt.⁷ Dies ist eine Reaktion darauf, dass sich westliche Unternehmen dort niederlassen und Kartelle bilden, die den freien Wettbewerb behindern, sodass kleinere und mittlere Unternehmen aus dem Markt verdrängt werden. Daher ist es sinnvoll und geboten, dass die UEMOA-Mitgliedstaaten den freien Wettbewerb mittels strafrechtlicher Sanktionen gegen Kartellrechtsverstöße schützen. Tatsächlich hat das geltende Rechtssystem diese spezifische Entwicklung der lokalen Unternehmen nicht berücksichtigt und keine strafrechtlichen Sanktionen gegen Kartelle ausländischer Unternehmen vorgesehen. Aus diesem Grund zeigen sich in der Praxis Widersprüche bei der Bestrafung von den Kartellrechtsverstößen in den UEMOA-Mitgliedstaaten.

Diese Arbeit zur Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen wird vor dem Hintergrund der Ablehnung einer solchen Verantwortlichkeit durch die zuständigen Behörden durchgeführt – eine Ablehnung, die im Widerspruch zur Gesetzeslage des UEMOA-Wettbewerbsrechts steht, denn die nationalen Rechtsvorschriften kennen eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für wettbewerbswidrige Praktiken und die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften eine bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit. Die zuständigen nationalen Gerichte bestrafen die Täter

5 Siehe *Viaud, Pierre*: RMCUE, 1998, S. 15.; *Mor, Bakhoun*: *Revue internationale de droit économique* 2005/3, S. 319-354.

6 Nach unserem Gespräch vom 22.09.2015 mit Beamten der Handelsministerien, Händlern, Richtern und Anwälten aus Benin, Burkina-Faso und Togo.

7 *Boy, Laurence*: *Revue internationale de droit économique* 2011, N°3, S. 263.

nicht, weil sie sich ihrer Zuständigkeit als ordentliche Richter für die Anwendung und Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts mittels strafrechtlicher Sanktionen nicht bewusst sind. Die Behörden der UEMOA-Kommission gestatten den nationalen Wettbewerbsbehörden unter dem Vorwand der ausschließlichen Zuständigkeit der Union nicht, Wettbewerbsverstöße zu ahnden. Nach Auffassung der UEMOA-Kommission soll die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Kartellrechtsverstöße auf nationaler Ebene nicht verfolgt werden können, weil die Durchsetzung ausschließlich in die Zuständigkeit der Union falle.⁸

Diese ablehnende Ansicht, die auch in den Mitgliedstaaten weit verbreitet ist, erklärt das Fehlen von Entscheidungen über Kartellrechtsverstöße durch die nationalen Wettbewerbsbehörden und Gerichte, die alle ihnen vorgelegten Fälle der UEMOA-Kommission direkt weiterleiten. Der Fall *SOBEBRA* gegen Einzelhändler im Benin ist hierfür ein typisches Beispiel: Die Wettbewerbsdirektion des beninischen Handelsministeriums verwies diesen Fall 2009 unter Berufung auf die ausschließliche Zuständigkeit der Union an die UEMOA-Kommission. Bis heute ist dieser Fall nicht entschieden, obwohl das Ziel der Wettbewerbspolitik auf Gemeinschaftsebene darin besteht, eine rasche Lösung für kartellrechtliche Streitigkeiten zu gewährleisten. Darüber hinaus behindert die Nähe zwischen Wirtschaft und Politik die strafrechtliche Verfolgung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in der UEMOA.

Auch die Globalisierung, der freie Personen- und Warenverkehr und die Ansiedlung von Großunternehmen im UEMOA-Gebiet dürften sich nachteilig auf kleine und mittlere Unternehmen in den UEMOA-Mitgliedsstaaten auswirken, wenn Großunternehmen aus diesem Grund sanktionslos zu wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen greifen können. Die UEMOA-Mitgliedstaaten müssten in der Lage sein, gegen solche wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, Vereinigungen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen vorzugehen. Aus diesem Grund muss das freie Spiel des Wettbewerbs durch wirksame strafrechtliche Sanktionen geschützt werden.

8 Entsprechend unserem Gespräch mit Vertretern der *Direction de la concurrence de la Commission de l'UEMOA* vom 07.03.2017.

B. Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Bestrafung und der UEMOA für die bußgeldrechtliche Ahndung

Der UEMOA-Vertrag (UEMOAV) selbst sieht keine kriminalstrafrechtlichen Sanktionen für Kartellrechtsverstöße vor.⁹ Es liegt daher an den Mitgliedstaaten der UEMOA, strafrechtliche Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass Täter kartellrechtlicher Verstöße strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Art. 5 UEMOAV sieht vor, dass die Organe der Union bei der Ausübung der ihnen durch den Vertrag übertragenen Gesetzgebungsbefugnisse, und, soweit mit ihren Zielen vereinbar, die Annahme von Mindestanforderungen und Rahmenvorschriften fördern, welche die Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften erforderlichenfalls ergänzen müssen. Dies bedeutet, dass der UEMOA-Vertrag und seine Durchführungsbestimmungen Mindestvorgaben für die Sanktionierung von Kartellrechtsverstößen auf Unionsebene vorsehen, es aber Angelegenheit der Mitgliedstaaten ist, diese Mindestvorschriften durch nationale Strafvorschriften zu ergänzen. Deshalb sind die Mitgliedstaaten der UEMOA gemäß Art. 5 UEMOAV verpflichtet, die erforderlichen strafrechtlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die Bestrafung auf nationaler Ebene und im Einklang mit ihren Verfassungsnormen zu ermöglichen. Entsprechend kennt Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA, in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Art. 5 UEMOAV, keine kriminalstrafrechtlichen Sanktionen für Wettbewerbsverstöße. Dies ist sinnvoll, weil nur spezielle Normen auf nationaler Ebene zu einer effizienten Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen führen können. Die UEMOA-Kommission kann jedoch Bußgelder gegen die Täter verhängen.¹⁰ Damit bestehen zwei strafrechtliche Systeme nebeneinander: ein kriminalstrafrechtliches System, beruhend auf den Strafvorschriften der Mitgliedstaaten – eine Ausnahme bildet das Rechtssystem Guinea-Bissaus, das keine strafrechtliche Verantwortlichkeit für Kartellrechtsverstößen kennt¹¹ –, und ein bußgeldrechtliches, beruhend auf dem Gemeinschaftsrecht.

9 Mehr dazu in Art. 88 - 90 UEMOAV und Art. 22.4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA.

10 Nach Art. 22.4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA.

11 In diesem Sinne siehe das Gesetz Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in Benin; Gesetz Nr. 016-2017/AN über die Organisation des Wettbewerbs in Burkina Faso; Verordnung Nr. 2013-662 vom 20. September 2013 über den Wettbewerb in der Elfenbeinküste; Gesetz Nr. 2016-006/ vom 24. Februar 2016 über die Organisation des Wettbewerbs in Mali.

Obwohl es auf den ersten Blick schwer möglich erscheint, juristische Personen als bloße „Fiktionen des Rechts“ zu bestrafen, die keine physische Existenz aufweisen und gegen die keine Haftstrafen wie gegen natürliche Personen verhängt werden können, gilt heute der Grundsatz, dass juristische Personen strafrechtlich verantwortlich gemacht und mit Kriminalstrafen sanktioniert werden können.¹² Gleichwohl werden die Täter von Kartellrechtsverstößen in der Praxis im UEMOA-Rechtsraum bisher nicht bestraft, obwohl die Mitgliedstaaten die erforderlichen gesetzgeberischen Maßnahmen getroffen haben. Diese Vorschriften unterscheiden sich bezüglich der Höhe der Strafe und dem Verfahrensablauf ganz erheblich. Die fehlende Effizienz des Strafrechts in diesem Bereich beruht maßgeblich auf institutionellen Schwierigkeiten und dem Mangel an Humanressourcen, denn die Gerichte in den UEMOA-Mitgliedstaaten sind personell nicht hinreichend ausgestattet und verfügen nicht über hinreichende Kenntnisse im Wirtschafts- und insbesondere im Wettbewerbsrecht.¹³ Hierunter leidet die Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, insbesondere im derzeitigen Kontext des starken Wirtschaftswachstums durch die Globalisierung und der Konkurrenz zwischen nationalen und internationalen Märkten.¹⁴ Darüber hinaus stellt sich die Frage nach der Effektivität des UEMOA-Wettbewerbsrechts auch im Hinblick auf seine europäischen Wurzeln. Zu klären ist, ob die im UEMOA festgestellten Hindernisse für die Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit darauf zurückzuführen sind, dass das UEMOA-Wettbewerbsrecht ein Transplantat des europäischen Rechts ist. Bei der rechtlichen Implementierung der strafrechtlichen Verantwortung wurden die sozioökonomischen und kulturellen Gegebenheiten des UEMOA-Raums nicht berücksichtigt. Im Zusammenhang mit der Transplantation des europäischen Wettbewerbsrechts, wie sie in der UEMOA erfolgte, stellt sich daher unausweichlich die Frage nach Möglichkeiten einer Verbesserung der präventiven Wirkung von Strafrechtssanktionen bei Kartellrechtsverstößen in den UEMOA-Mitgliedstaaten. Daher die Frage: Ist die Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen wirksam?

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

13 Siehe *Djogbéno, Joseph: AfriMAP et Open Society Initiative for West Africa*, 2010, S. 93.

14 Siehe *Kohlhoff, Christian: Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe: Die Begründung eines Kartellkollektivstrafrechts im deutschen Recht – zugleich eine Untersuchung zur grundsätzlichen Bedeutung der kollektiven Dimension im Strafrecht*, S. 20.

Die Frage nach der Wirksamkeit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Kartellrechtsverstößen drängt sich umso mehr auf, als das UEMOA-Kartellrecht, das dem europäischen Recht nachgebildet ist¹⁵, über ein kraftvolles Sanktionsinstrument zur Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen verfügt. Denn die UEMOA-Kommission kennt ebenso wie die Europäische Union sehr hohe Geldbußen, die gegen die Täter von Kartellrechtsverstößen verhängt werden können. Diese sind, auch insoweit nach dem Vorbild der EU, nach Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/CM/UEMOA/2002 „nicht strafrechtlicher Natur“. Die Voraussetzungen für die Verhängung der Geldbußen stimmen im Wesentlichen mit denen des EU-Rechts überein. Allerdings unterscheiden sich verwaltungsrechtliche Sanktionen von Strafen insofern, als Verwaltungssanktionen im Allgemeinen keinen Vorsatz erfordern, während in Strafsachen stets die Schuld des Täters festgestellt werden muss. Nach Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA ist die Sanktion, die von einer Verwaltungsbehörde verhängt wird, verwaltungsrechtlicher Natur. Hierfür kommt es entscheidend darauf an, dass die Sanktionierung in die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde fällt.¹⁶ Im UEMOA-Kartellrecht haben verwaltungsrechtliche Sanktionen gerade wegen der behördlichen Zuständigkeit Vorrang vor strafrechtlichen Sanktionen.¹⁷

Das UEMOA-Kartellrecht zielt darauf ab, durch sehr hohe Geldbußen Kartellrechtsverstößen präventiv entgegenzutreten. Angesichts der bisherigen Ineffektivität der Verwaltungssanktionen stellt sich die Frage, ob strafrechtliche Sanktionen eingeführt werden sollten, da hiervon naturgemäß eine höhere Abschreckungswirkung als von verwaltungsrechtlichen Sanktionen erwartet wird. Entsprechend sieht die Mehrzahl der Mitgliedstaaten kriminalstrafrechtliche Kartellsanktionen vor, die grundsätzlich neben den Geldbußen des UEMOA-Vertrages anwendbar sind.

Im Gegensatz zur Europäischen Union, die sich für eine dezentralisierte Anwendung des Unions-Wettbewerbsrechts auch durch die Mitgliedstaaten (neben der Kommission) entschieden hat, gilt für die UEMOA eine zentralisierte Anwendung: Die Kommission hat die ausschließliche Zuständigkeit für die Verhängung verwaltungsrechtlicher Sanktionen gegen Kartellrechtsverstöße. Der UEMOA-Gerichtshof (CJUEMOA) bestätigte

15 Siehe *Papakiriakou, Theodoros*: Das Griechische Verwaltungsstrafrecht in Kartellsachen, S. 1.

16 *Rosenfeld, Emmanuel/Veil, Jean*: *Pouvoirs* 2009/1 N°128, S. 63; *Papakirakou, Theodoros*, Das Griechische Verwaltungsstrafrecht in Kartellsachen S. 248.

17 Vgl. *Stasiak, Frédéric*: *Droit pénal des affaires*, S. 336-349.

diese ausschließliche Zuständigkeit der UEMOA-Kommission und erklärte, dass die Mitgliedstaaten nur befugt sind, legislative Maßnahmen in anderen Bereichen zu ergreifen, wie beispielsweise auf dem Gebiet des strafrechtlichen Schutzes des Wettbewerbs. In der Nichteinhaltung einer Bestimmung des gemeinschaftlichen sekundären Rechts wird keine Straftat gesehen¹⁸, denn nach der französischen Doktrin stellt ein Handeln in Unkenntnis einer Bestimmung des sekundären Gemeinschaftsrechts, das gerade auch erfasst sein soll, keine Straftat dar.¹⁹

Somit fällt das Strafrecht sowohl in den UEMOA- als auch in den EU-Mitgliedstaaten in die ausschließliche Zuständigkeit der Nationalstaaten. Sowohl nach dem UEMOA- als auch nach dem europäischen Kartellrecht ist die von der Kommission verhängte Geldbuße verwaltungsrechtlicher Natur, da es keine strafrechtlichen Sanktionen auf Gemeinschaftsebene gibt, sondern nur solche nach nationalem Recht.²⁰ Die Art der Sanktionen richtet sich nach der Art der Institution, die sie verhängt. Ein Gericht kann nur gerichtliche Sanktionen, eine Verwaltungsbehörde nur verwaltungsrechtliche Sanktionen verhängen. Daher müssen die Mitgliedstaaten der UEMOA strafrechtliche Maßnahmen ergreifen, um die wirksame Durchsetzung der Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen durch nationale Gerichte gemäß Art. 5 des UEMOAV sicherzustellen.²¹ Es ist trotz der ausschließlichen Zuständigkeit der UEMOA-Kommission sinnvoll, sich auch über die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Verstößen gegen das UEMOA-Kartellrecht Gedanken zu machen, weil die Kommission kein Strafgericht, sondern eine gemeinschaftliche Verwaltungsbehörde ist. Folglich sind die UEMOA-Mitgliedstaaten allein für die Annahme strafrechtlicher Vorschriften zur Sanktionierung von Kartellrechtsverstößen verantwortlich. Tatsächlich hat der UEMOAV die Zuständigkeit zwischen der Union und den Mitgliedstaaten aufgeteilt, indem er den Mitgliedstaaten die aus-

18 „(...) *la méconnaissance d'une disposition du droit communautaire dérivé ne constitue pas une infraction pénale*“, siehe Pradel, Jean: Droit Pénal General, S. 154.

19 Pradel, Jean: Droit Pénal General, S. 154.

20 Siehe Frister, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 11; Pradel, Jean: Droit Pénal General, S. 154.

21 Nach Art. 5 UEMOAV: *“Dans l'exercice des pouvoirs normatifs que le présent Traité leur attribue et dans la mesure compatible avec les objectifs de celui-ci, les organes de l'Union favorisent l'édiction de prescriptions minimales et de réglementations-cadres qu'il appartient aux Etats membres de compléter en tant que de besoin, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives.*“; und nach Art. 9 Abs. 1: *“L'article 96 ne porte pas atteinte au droit des Etats membres à prendre des mesures indispensables pour prévenir les infractions à leur législation fiscale.*“

schließliche Strafgerichtsbarkeit zuspricht. Um aber die Frage über die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen zu verstehen, sollen zunächst einige grundsätzliche Begrifflichkeiten geklärt werden.

C. Zum Begriff des Wettbewerbs

Bezüglich des Begriffs des Wettbewerbs ist festzuhalten, dass Wettbewerb ein ökonomischer Begriff ist, der nicht einfach zu erklären ist. Er ist weder im nationalen noch im Gemeinschaftsrecht definiert. Auch haben weder das Gesetz Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs im Benin noch der Vertrag und das UEMOA-Sekundärrecht den Begriff des Wettbewerbs erläutert. Gleiches gilt für das europäische Recht. Der Wettbewerb kann gleichwohl definiert werden als das Bestehen von Konkurrenz zwischen Unternehmen auf demselben Markt.²² Dies kann im Vertikalverhältnis der Fall sein, so bei *SOBEBRA* und *LIBS*, die bei der Herstellung und dem Verkauf von Bier im Benin konkurrieren. Der Wettbewerb kann aber auch im Horizontalverhältnis bestehen, z.B. bei verschiedenen Verkäufern desselben Produkts. Unabhängig davon, ob der Wettbewerb rein und perfekt oder aber unvollkommen ist, spielt er eine wichtige Rolle im Rahmen der Unternehmensstrategie. Um sich von direkten Wettbewerbern abzuheben, müssen Unternehmen bestrebt sein, innovative Produkte anzubieten und gleichzeitig ihre Wirtschaftlichkeit und Gewinnspanne zu erhöhen.²³ Tatsächlich sind Regierungen aber selten bereit, eine *Laissez-faire*-Wirtschaft zu tolerieren, und versuchen daher vor allem, ihr Wirtschaftssystem auf die eine oder andere Weise zu regulieren. Im Benin beispielsweise wird die Einhaltung der Wettbewerbsregeln von der Generaldirektion für Wettbewerb des Handelsministeriums und dem Wettbewerbsrat gemäß Art. 6 des Gesetzes über die Organisation des Wettbewerbs überwacht. Auf dem UEMOA-Markt überwacht die UEMOA-Kommission durch ihre Wettbewerbsdirektion die Einhaltung der Wettbewerbsregeln.²⁴ Die beiden Behörden sind insbesondere für die Bekämpfung der

22 Siehe *Cornu, Gérard*: *Vocabulaire juridique*, S. 225-226; *Dictionnaire économique et financier*, abrufbar unter: <https://www.journaldunet.fr/business/dictionnaire-economique-et-financier/1198689-concurrence-definition-traduction/>, zuletzt abgerufen am 26.07.2018.

23 *Williams, Mark*: *Varia*, S. 51.

24 Nach Art. 26 Abs. 1 UEMOAV: “*La Commission exerce, en vue du bon fonctionnement et de l'intérêt général de l'Union, les pouvoirs propres que lui confère le présent Traité.*“ Nach Art. 90 UEMOAV: “*La Commission est chargée, sous le contrôle de la*

Kartelle und des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verantwortlich. Der Begriff des Wettbewerbs steht im Gegensatz zum Begriff des Monopols. Ein Monopol liegt vor, wenn ein Unternehmen eine so beherrschende Stellung auf dem Markt einnimmt, dass es seine Wettbewerber daran hindern kann, sich weiter zu entwickeln, und so das reibungslose Funktionieren des Wettbewerbs beeinträchtigt kann.²⁵

Während sich in sozialistischen Volkswirtschaften die Herrschaft des Staates über alle Produktionsfaktoren erstreckt, versucht die Mehrheit der kapitalistischen Staaten sicherzustellen, dass der Wettbewerbsmechanismus gefördert und erhalten wird.²⁶ Der Wettbewerb erfordert ein staatliches Engagement für den Markt, die Aufklärung der Bevölkerung über dieses Prinzip, Werbekampagnen sowie ausreichend Personal und finanzielle Ressourcen für seine Umsetzung. Dazu gehört auch die Schaffung zuständiger Behörden für die Überwachung und Sanktionierung von Zuwiderhandlungen. Diese Elemente sind für eine Wettbewerbskultur unverzichtbar. Wettbewerbspolitik setzt aber Wettbewerbsgesetze voraus, die den normativen Rahmen des Erlaubten bestimmen und einer Institution ermöglichen, Untersuchungen durchzuführen und Verstöße zu bestrafen.

Schließlich muss eine Institution geschaffen werden, die kartellrechtliche Streitigkeiten beilegt und angemessene Sanktionen gegen die Täter von Verstößen verhängt. Generell ist Wettbewerb also ein wirtschaftlicher Begriff, der von der Prämisse ausgeht, dass wirtschaftliche Ressourcen mit größtmöglicher Effizienz eingesetzt werden, damit jedes Produkt auf dem Markt mit seinen Wettbewerbern konkurrieren kann. Je mehr Konkurrenten es auf dem Markt gibt, desto besser wird die Nutzung der Ressourcen sein. Die Effizienz der einzelnen Unternehmen wird durch die Gefahr erhöht, einen Markt an einen Wettbewerber zu verlieren. Die Produktionen der Unternehmen werden neue Produkte auf den Markt bringen, in der Hoffnung, dass ihre Innovationen mit höheren Marktanteilen und Gewinnen belohnt werden. Die Verbraucher können von den vielfältigen Wahlmöglichkeiten profitieren. Klassische Ökonomen sind daher der Auffassung, dass, je näher eine Wirtschaft dem Stadium des perfekten Wettbewerbs kommt, desto wahrscheinlicher es ist, auf die niedrigsten Preise und

Cour de Justice, de l'application des règles de concurrence prescrites par les articles 88 et 89. Dans le cadre de cette mission, elle dispose du pouvoir de prendre des décisions. “

25 Siehe *Cornu, Gérard*: Vocabulaire juridique, S. 225-226; siehe auch bei Dictionnaire économique et financier, abrufbar unter: <https://www.journaldunet.fr/business/dictionnaire-economique-et-financier/1198689-concurrence-definition-traduction/>, zuletzt abgerufen am 26.07.2018.

26 Vgl. *Williams, Mark*: *Varia*, S. 51.

die breiteste Auswahl zugreifen zu können.²⁷ Doch so lobenswert diese mikroökonomische Theorie auch sein mag, der rationale Unternehmer wird sich, sofern es ihm möglich ist, bemühen, solch einen gefährlichen Wettbewerb zu vermeiden. Wenn ein Unternehmen erfolgreich ist, gewinnt es einen größeren Marktanteil und erzielt höhere Gewinne – wenn nicht, droht ihm der Bankrott. Um sich auf dem Markt zu halten, wird ein rationales Unternehmen versuchen, die Risiken des Bankrotts zu verringern, indem es sich mit seinen Mitbewerbern zu Kartellen zusammenschließt und Preisabsprachen oder ähnliche Wettbewerbsbeschränkungen trifft. Eine andere Strategie kann darin bestehen, mit anderen Unternehmen eine größere Einheit zu bilden, um größere Marktmacht zu erreichen. Dies kann aber zu einem Monopol führen.

Andernfalls kann ein Unternehmen durch sein eigenes Wachstum, allein aufgrund seiner Verdienste, eine marktbeherrschende Stellung einnehmen. *Microsoft* ist ein typisches Beispiel für dieses Phänomen. Ein solches Unternehmen kann aber durch Machtmissbrauch versuchen, die Entwicklung seiner Rivalen zu blockieren oder zu zerstören, bevor sie auf dem von ihm dominierten Markt ankommen. Ein Beleg dafür ist, dass *Microsoft* von einem US-Gericht wegen solcher Verhaltensweisen verurteilt wurde.²⁸ Das Unternehmen versuchte zu verhindern, dass die Browser-Software von *Oracle* auf das ursprüngliche Set zugreifen konnte, das die Computerhersteller in ihren Produkten vorinstalliert hatten.²⁹ *Microsoft* beherrschte nicht den Markt für Navigationssoftware, sondern den Markt für Betriebs-

27 In diesem Sinne siehe *Adam, Smith*: *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* (1770); *David, Ricardo*: *Des Principes de l'économie politique et de l'impôt* (1817); *Marshall, Alfred*: *Principes d'économie politique* (1890).

28 Siehe dazu *United States v Microsoft Corp.*, US District Court, Washington D.C. CA98-1232 <http://usvms.gpo.gov>, issued on November 5, 1999.

29 „a. *Ban on Adverse Actions for Supporting Competing Products. Microsoft shall not take or threaten any action adversely affecting any OEM (including but not limited to giving or withholding any consideration such as licensing terms; discounts; technical, marketing, and sales support; enabling programs; product information; technical information; information about future plans; developer tools or developer support; hardware certification; and permission to display trademarks or logos) based directly or indirectly, in whole or in part, on any actual or contemplated action by that OEM:*

(1) *to use, distribute, promote, license, develop, produce or sell any product or service that competes with any Microsoft product or service; or*

(2) *to exercise any of the options or alternatives provided under this Final Judgment.*

d. *Developer Relations. Microsoft shall not take or threaten any action affecting any ISV or IHV (including but not limited to giving or withholding any consideration such as licensing terms; discounts; technical, marketing, and sales support; enabling programs; product information; technical information; information about future plans; de-*

systeme. Aber das Unternehmen nutzte seine Marktmacht, um den angrenzenden Markt zu beeinflussen, insbesondere indem es Herstellern drohte, diese nicht mit Windows-Produkten zu beliefern, wenn die Navigationssoftware von *Oracle* bereits in ihren Geräten installiert worden sei. Daher genoss *Microsoft* einen Marktzugang, der dem seiner eigenen Software entsprach.

Auch wenn in theoretischen Stellungnahmen der perfekte Wettbewerb gelobt wird, existieren in Wirklichkeit solche automatisierten Märkte in unserer unvollkommenen Welt eher selten. Da ein vollkommener Wettbewerb nicht möglich ist, muss sichergestellt werden, dass Unternehmen in jeden Markt eintreten oder ihn verlassen können, um mit den Marktteilnehmern zu konkurrieren. Der Hauptzweck der meisten Wettbewerbspolitiken besteht deshalb darin, den Wettbewerbsmechanismus zu wahren und nicht einzelne Wettbewerber zu schützen. Aber Unternehmen oder Verbraucher können von einer solchen Politik profitieren. Aus diesem Grund basiert keine Wettbewerbspolitik ausschließlich auf dem Schutz des reinen und perfekten Wettbewerbs. Alle Schutzsysteme für den Wettbewerb ermöglichen aus Gründen des öffentlichen Interesses, eine puristische Wettbewerbspolitik zu überwinden und Monopole, Kartelle oder Absprachen zu errichten. Solche Ausnahmen von der allgemeinen Regel umfassen die Entwicklung neuer Produkte durch Joint Ventures, die effiziente Nutzung staatlicher Vermögenswerte oder die Belohnung von Innovationen durch die Erteilung exklusiver Patente oder Urheberrechte für einen bestimmten Zeitraum. Die nationalen Wettbewerbsgesetze sind keineswegs einheitlich. Die Staaten verfolgen weltweit durch ihre Wettbewerbsgesetze unterschiedliche politische, wirtschaftliche und soziale Ziele, die sogar durch eine protektionistische Funktion für die nationalen Industrien verfälscht werden können. Dies kann auch für andere handelspolitische Instrumente wie Antidumpingmaßnahmen gelten.

Die Unterschiede, welche in der Vergangenheit zwischen der amerikanischen und der europäischen Wettbewerbspolitik bestanden, sind heute weniger offensichtlich, sodass die meisten Beobachter mit *Richard Posner*

veloper tools or developer support; hardware certification; and permission to display trademarks or logos) based directly or indirectly, in whole or in part, on any actual or contemplated action by that ISV or IHV to –

i. use, distribute, promote or support any Microsoft product or service, or

ii. develop, use, distribute, promote or support software that runs on non Microsoft Middleware or a non-Microsoft Operating System or that competes with any Microsoft product or service, or

iii. exercise any of the options or alternatives provided under this Final Judgment.“

übereinstimmen, nach welchem das Hauptziel der Wettbewerbspolitik darin bestehe, durch einen praktikablen Wettbewerb das wirtschaftliche Wohlergehen zu fördern.³⁰ Dies führte zur Entwicklung des Wettbewerbsrechts und der Rechtsprechung. In den Vereinigten Staaten zum Beispiel wurde das Kartellrecht zunächst stark durch wirtschaftliche Entwicklungen des Typs „*Structure-Comportement-Performance*“ (SCP) oder „*Industrial Organisation*“ geprägt.³¹ Dies ist ein ökonomisches Paradigma, das darin besteht, den Wettbewerb streng an die Marktstruktur anzupassen; die Wettbewerbsbehörden müssen dabei systematisch die Verstöße gegen das Kartellrecht überwachen und sanktionieren. In der Praxis können alle Großunternehmen durch ihre Tätigkeiten eine Stärkung ihrer Marktposition hervorrufen, weshalb alle Marktmachtmissbräuche verboten werden müssen. Aus diesem Grund haben die UEMOA-Mitgliedstaaten eine Reihe von Gründungstexten verabschiedet wie den UEMOAV und seine Durchführungsverordnungen. Andernorts wurden die verschiedenen Gesetze gegen Kartellrechtsverstöße mehr oder weniger streng umgesetzt.³² Seit den 1980er Jahren ist in der Praxis eine moderatere Position der Wettbewerbspolitik gegenüber Fusionen zwischen Unternehmen zu beobachten. Diese Veränderungen werden oft im Zusammenhang mit der Entwicklung der Wirtschaftsanalyse und insbesondere dem Aufkommen von Strömungen der Chicagoer Schule³³ und ihrer Analyse der Märkte dargestellt. Alle Behördenentscheidungen beruhen nicht mehr allein auf der Marktstruktur, sondern auch auf der Input-Output-Kapazität der Unternehmen auf dem Markt und auf der wirtschaftlichen Effizienz bestimmter Unternehmenszusammenschlüsse. Dieser Ansatz wird auch in der europäischen Rechtsprechung verfolgt.³⁴ Die Wettbewerbspolitik der UEMOA verfolgt ebenfalls diese Logik.

30 Siehe *Richard, Posner: Anti-Trust*, S. IX.

31 Diese Theorie wurde von *Joe S. Bain*, *Quarterly Journal of Economics*, 65, S. 293-324, (1951) entwickelt. Siehe auch *Bernard, Jean/Torre, André: Revue d'économie industrielle*, 1991, S. 93-105.

32 Beispielsweise in der Europäischen Union und in den USA; weiterführend *Williams, Mark: Varia*, S. 5.

33 Die Chicagoer Schule ist in den 1950er Jahren entstanden, zu einer Zeit, als der Keynesianismus einstimmig akzeptiert wurde; ihr gehörte eine Gruppe mehrerer liberaler Ökonomen an, die überwiegend am Economics Department der Universität Chicago lehrten. Sie widersetzten sich der keynesianischen Theorie, die zu vielen staatlichen Interventionismen implizierte, und verteidigten Monetarismus und Liberalismus.

34 Siehe dazu *Cohen, Tanugi: Politique étrangère*, S. 35-42.

D. Zum Begriff der Verantwortlichkeit

Weiterhin muss der Begriff der Verantwortlichkeit definiert werden. Die Verantwortlichkeit kann als die Verpflichtung verstanden werden, für das eigene Handeln einzustehen oder etwas Geschehenes einzugestehen und sich dafür zu verantworten.³⁵ Es ist notwendig, zwischen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu differenzieren, die sich durch ihren Zweck unterscheiden. Das Zivilrecht weist demjenigen, der einem anderen Schaden zufügt, die Verpflichtung zu, den verursachten Schaden zu ersetzen. Hier geht es nicht darum, einen Schuldigen zu bestrafen, sondern ein Opfer zu entschädigen, indem der entstandene Schaden ersetzt wird. Es geht um gerechte und adäquate Entschädigung. Dies ist Zweck der zivilrechtlichen Haftung, die den Ersatz aller ungerechtfertigt verursachten Schäden vorsieht, unabhängig davon, ob das schädigende Verhalten eine Straftat oder straflos ist.³⁶

Anders als im Zivilrecht zielt die strafrechtliche Verantwortlichkeit darauf ab, besonders sozialschädliches Verhalten zu bestrafen. Art. 15 des beninischen Strafgesetzbuches sieht vor, dass niemand strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann, es sei denn aufgrund seiner eigenen Handlung; und Art. 19 sieht vor, dass kein Verbrechen oder Vergehen ohne Vorsatz begangen werden kann. Das Strafgesetzbuch verlangt daher für die strafrechtliche Verantwortlichkeit, sei es einer natürlichen oder juristischen Person, die Kombination aus einem sozialschädlichen Verhalten und dem Vorsatz, dieses zu begehen. Das Fehlverhalten wird durch das Strafgesetzbuch in freiheitsbegrenzender Weise festgelegt und definiert. Gleichzeitig wird auch die für die jeweilige Straftat geltende Strafe gesetzlich bestimmt. Der einzige Zweck der strafrechtlichen Verantwortlichkeit besteht darin, eine schuldige Person für ihre Straftat zu bestrafen, nicht hingegen einen für eine Person verursachten Schaden zu ersetzen.³⁷ Im Strafrecht setzt die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Täters voraus, dass ihm ein selbstbestimmtes Verhalten persönlich zugerechnet werden kann³⁸ und dass er sich für die begangene Straftat verantworten muss.³⁹ Der Täter muss bewusst ein sozialschädliches Verhalten begangen haben,

35 Siehe *Cornu, Gérard*, *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, Puf, 2014, S. 916-917.

36 *Malinveaux, Philippe*: *Droit des obligations*, S. 218; siehe auch *Bockelmann, Paul* : *Heidelberger Jahrbücher*, 1961/V, S. 25-54.

37 Siehe *Malinveaux, Philippe*, *Droit des obligations*, S. 217.

38 Siehe *Helmut, Frister*: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, S. 428.

39 Siehe *Pradel, Jean*; *Droit Pénal General*, Edition Cujas, S. 406.

das den Interessen der Allgemeinheit widerspricht. Das heißt, die Einstellung des Täters bei der Verwirklichung der Straftat wird bei der Schuldzuweisung berücksichtigt. Zum einen entspricht die Einstellung des Täters dem *élément morale de l'infraction* in der französischen Strafrechtslehre.⁴⁰ Der Ausdruck scheint unpassend zu sein, weil er den Eindruck erweckt, dass dieses moralische Element Teil der Straftat ist, also ein Tatbestandsmerkmal darstellt. Jedoch gehört es in Wahrheit der Person des Täters an. Das so genannte „moralische“ Straftatbestandsmerkmal ist daher ein Bestandteil der Verantwortlichkeit des Täters und eben kein Tatbestandsmerkmal. Dabei wird in der Alltagssprache, insbesondere im Sonderstrafrecht, von einem psychischen Tatbestandsmerkmal oder einem psychologischen Tatbestandsmerkmal gesprochen. Diese Formulierung kann als Umschreibung sicher akzeptiert werden. Aber es entspricht nicht der objektiven Definition der Straftat und daher nicht dem Begriff des Verstoßes im Kartellrecht.

Allerdings muss der Begriff der geistigen Bereitschaft des Straftäters spezifiziert werden. In der strafrechtlichen Lehre zieht man Begriffe wie Verantwortlichkeit, Zurechnung oder Schuld vor.⁴¹ Diese drei Begriffe hat *Ortolan* für Frankreich festgelegt.⁴² Die Menschen werden nicht für alle Verhaltensweisen durch das Strafgesetz mit Strafe bedroht, sondern es werden auch bestimmte verwerfliche Verhaltensweisen bestraft. Damit ein Täter strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann und die strafrechtlichen Folgen seiner Straftat auf sich nehmen muss, ist aus seinem Verhalten ein persönlicher Vorwurf (Schuld) zu ziehen oder er muss ein verwerfliches Verhalten an den Tag gelegt haben. Er muss eine Pflichtverletzung begangen oder sich sonst verwerflich verhalten haben. Dieses Fehlverhalten muss ihm zudem zuzurechnen sein. Das heißt, der Täter muss zur Tatzeit zur Selbstbestimmung fähig gewesen sein und frei gehandelt haben. Die Schuld ist daher das zentrale Konzept bei der Zurechnung strafrechtlicher Verantwortlichkeit. Die Zurechenbarkeit ist jedoch das Substrat, die Bedingung für die Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Ohne Zurechenbarkeit gibt es keine Schuld, so dass die Frage des Verstoßes, welcher Natur auch immer, unabhängig von seiner Modalität (ob vorsätzlich oder nicht) nicht gestellt werden kann, wenn der Ange-

40 Siehe *Pradel, Jean*; *Droit Pénal General*, S. 406.

41 Siehe *Ottenhof, Reynald*: *Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal*, Vol. 1, S. 18.

42 Siehe *Ortolan, Joseph-Louis-Elzéar*: *Elements de droit pénal: Pénalité, Juridiction, Procédure*, Tome 2, S. 940.

klagte bei der Begehung der Straftat nicht zur Selbstbestimmung fähig oder nicht frei war.⁴³ Dies ist die Theorie des Schuldprinzips. Sie begründet die persönliche strafrechtliche Verantwortlichkeit und schließt die strafrechtliche Zurechnung des Verhaltens anderer aus. Das Strafrecht beruht also auf dem Gedanken der Einzeltatschuld und verknüpft somit die Zurechenbarkeit nur mit einer natürlichen Person; aus diesem Grund konnten früher juristische Personen nicht bestraft werden.⁴⁴

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen im UEMOA-Kartellrecht entspricht der Entwicklung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen. Die Geschichte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zeigt, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden und juristischen Personen in Europa bis zur Französischen Revolution weit verbreitet und allgemein anerkannt war, als das individualistische Prinzip der Strafpersönlichkeit zur Abschaffung nicht nur der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für die Handlungen anderer, sondern auch der juristischen Personen und anderer Gruppierungen führte.⁴⁵ Im angelsächsischen Raum kehrte aus pragmatischen Gründen und aus Gründen der Kriminalpolitik ab Mitte des 19. Jahrhunderts die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen zunächst im Bereich der Fahrlässigkeits- sowie Unterlassungsdelikte zurück, danach im Bereich der *public welfare offences*, um schließlich auch für nichtpolitische Straftaten anerkannt zu werden. Dies wird in der Praxis vor allem mit der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität verknüpft.⁴⁶ Das Organ oder Unternehmen wird nach *Lord Justice Denning* als das Gehirn und somit als das *Alter Ego* des Verbandes betrachtet, so dass sein Handeln als das der juristischen Person selbst betrachtet wird. Somit könnte ein untergeordneter Angestellter mit niedrigerer Verantwortung der Arm der juristischen Person werden, deren strafrechtliche Verantwortlichkeit daher nicht persönlich, sondern delegationsbezogen (*vicarious liability*) ist.⁴⁷ In Kontinentaleuropa wurden in den 1920er Jahren durch im modernen Wirtschaftsrecht Ausnahmen vom Prinzip *societas delinquere non potest* gebildet.⁴⁸ Dies gilt insbesondere für die Bereiche des Steuer-, Zoll- und Wettbewerbsrechts. Die Zunahme der

43 Siehe *Pradel, Jean*: Droit Pénal General, S. 408; *Helmut Frister*: Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 31-33.

44 Siehe *Tiedemann, Klaus*: Rev. sc. crim. 1997, S. 259.

45 Siehe *Delmas-Marty, Mireille*: droit pénal des affaires, Vol. 1, S. 120.; Siehe *Tiedemann, Klaus*: Rev. sc. crim. 1997, S. 268.

46 Siehe *Tiedemann, Klaus*: Rev. sc. crim. 1997, S. 268.

47 Siehe *Tiedemann, Klaus*: Rev. sc. crim. 1997, S. 268.

48 Siehe *Tiedemann, Klaus*: Rev. sc. crim. 1997, S. 268.

Wirtschaftskriminalität seit den 1950er Jahren hat in vielen Ländern der Welt zu einer lebhaften Debatte und einer großen Reformbewegung in die gleiche Richtung geführt. Heute folgt nur noch eine Minderheit der Länder weltweit der traditionellen Position, die die Straffähigkeit nur mit natürlichen Personen verknüpft und die das strafbare Verschulden allein als persönliches sieht, das nicht juristischen Personen durch unrechtmäßige Handlungen ihrer Vertreter oder Organe zugerechnet werden kann.⁴⁹ Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter von Kartellrechtsverstößen im UEMOA-Kartellrecht ist Teil dieser historischen Entwicklung und anerkennt, dass die juristischen Personen sich auch strafrechtlich verantworten können, weil sie Straftaten begehen können.

Es ist also der Gedanke der Bestrafung, der die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden charakterisiert. Zu diesem Zweck ist die Entwicklung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, die sowohl natürliche als auch juristische Personen im UEMOA-Raum berücksichtigt, sinnvoll. Indem alle Vereinbarungen, Beschlüsse von Vereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs in der Union bezwecken oder bewirken, sowie jeder Missbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem Markt der Union oder auf einem wesentlichen Teil desselben verboten wird, sieht Art. 88 a und b UEMOAV folgerichtig vor, dass alle Unternehmen, die sich an wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen beteiligen, von den Strafgerichten der UEMOA-Mitgliedstaaten bestraft werden können. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit ist also die Verpflichtung, für eine begangene Straftat einzustehen und sich vor den nationalen Gerichten zu verantworten. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen bedeutet, dass ein Unternehmen, das sich einer kartellrechtswidrigen Absprache oder eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung schuldig gemacht hat, vor den zuständigen Gerichten für seine Straftat verantwortlich gemacht wird, indem die vorgesehenen Strafsanktionen gegen das Unternehmen verhängt werden.

49 Im Benin hat der Gesetzgeber die historischen Entwicklungen verfolgt und das Prinzip der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen eingeführt. Diese Option wurde mit der Verabschiedung des neuen Strafgesetzbuches am 4. Juni 2016 bestätigt. Siehe Buch I, Titel II, Kapitel 1, Art. 15-23.

E. Zum Begriff des Rechtstransplantats

Rechtstransplantate sind ein allgemeines, häufiges Phänomen, das auf eine lange Geschichte zurückblicken kann: Die Ursprünge finden sich im Hamurabi-Codex und den (angeblichen) griechischen Einflüssen auf das Gesetz der Zwölf Tafeln bis in die Neuzeit durch die nicht selten verzerrte Rezeption der *Lex Aquilia* in Westeuropa.⁵⁰ Die Geschichte des Rechts ist gewissermaßen die Geschichte der Ausleihen, von einem Rechtszweig zum anderen oder von einer Kultur zur anderen. Es ist nicht sicher, ob die Übernahme von Recht in ein anderes Rechtssystem ein neuartiges Phänomen ist und ob es immer häufiger vorkommt.⁵¹ Die Übernahme in ein anderes Rechtssystem kann das Ergebnis einer Entscheidung von oben (*top-down*) und von unten (*bottom-up*) sein. Ausleihen *top down* sind zahlreich. So ist das französische Zivilgesetzbuch auf die UEMOA-Mitgliedstaaten übertragen worden. Die Rezeption des römischen Rechts ist die berühmteste Rezeption. Einer Legende zufolge, die von dem Juristen Symbatios berichtet wird, wurde das Gesetz der Zwölf Tafeln von den Griechen entlehnt und dann ins Lateinische übersetzt.⁵² Einige Autoren aus der Zeit des Nationalsozialismus behaupteten sogar, dass alle guten Seiten des Dekalogs aus den neun frühen arischen Geboten entnommen seien.⁵³ Die von der Basis durchgeführten Transplantate erlangen, rein hypothetisch, weniger Bekanntheit und werden gelegentlich stillschweigend übergangen. In religiösen Rechtskulturen, die auf einem geoffenbarten Recht basieren, ist die Ausleihe noch schwieriger zu erkennen: Allein der Gedanke, dass das religiöse Recht, insbesondere wenn es auf einer Theophanie beruht, eine seiner Regeln einem anderen Recht entlehnt haben könnte, gilt bereits als verdächtig.

Für die Übernahme von Rechtstransplantaten gibt es viele Gründe: Das Transplantat kann als Signal verwendet werden. Das Empfängersystem macht einen Schritt in Richtung des Spendersystems⁵⁴, so dass das Transplantat beiden gleichzeitig Prestige verleiht. Über das Prestige hinaus zielt das Transplantat darauf ab, ein Problem effektiver zu lösen. So sieht bei-

50 Siehe Watson, Alan, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 27, N°1, 1975, S. 303-304.

51 Siehe Bobek, Michal, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, Oxford University Press, 2013, chap. I, S. 310.

52 Siehe Chitwood, Zachary, *Byzantine legal Culture and the Roman Legal Tradition (867-1056)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, S. 16-17.

53 Siehe Stefan, Goltzberg, *Le droit comparé, Que sais-je?*, 2018, chap.III, S. 66-67.

54 Siehe Likhovski, Assaf, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 10, 2009, S. 619-649.

spielsweise die ökonomische Analyse des Gesetzes die Effizienz als Hauptmotiv für die Rechtstransplantation.⁵⁵ Der Begriff Transplantat hat viele Konkurrenten. Da das Transplantat nicht automatisch erfolgt und da es die Linien verschiebt, spricht man über legale Irritationen (Legal Irritants)⁵⁶ und ganz allgemein über Zirkulation (circulation)⁵⁷, Transposition (transposition)⁵⁸, Migration (migration)⁵⁹, Ausbreitung (diffusion)⁶⁰, Übertragung (transfer)⁶¹, Übersetzung (Legal Translations)⁶², (judicial Dialogue)⁶³, Anpassung (adaptation)⁶⁴, Rezeption (réception)⁶⁵, Formante (formants)⁶⁶, Einfluss (influence)⁶⁷, aber auch von Artikulation, Fortpflanzung usw. Der Erfolg der legalen Transplantat-Metapher sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich ursprünglich um ein landwirtschaftliches Bild handelte, bevor es heute im medizinischen Bereich verwendet wurde.⁶⁸ In der Medizin ist eine Transplantation die chirurgische Verpflanzung von Gewebe, Organen oder Körperteilen. Die Transplantate können dabei sowohl von anderen Personen als auch vom Patienten selbst stammen. Nötig wird eine Transplantation bei unwiderruflichem Organ-

55 Siehe Ugo, Mattei, *International Review of Law and Economics*, vol. 14, 1994, S. 3-19.

56 Siehe Gunther, Teubner, *Modern Law Review*, vol.61, 1998, S. 11-12.

57 Siehe Edward, M., Wise, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 47, 1990, S. 1-22.; Halpérin, Jean-Louis, *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz, *Méthodes du droit*, 2009, S 434.

58 Siehe Esin Örüçü, *International Comparative Law Quarterly*, vol.51, 2002, S. 205-223.

59 Siehe Sujit, Choudhry (sous dir), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 460 pages.

60 Siehe William, Twining, *Haward International Law Journal*, vol.47, 2006, S. 507-515.

61 Siehe Günter, Frankenberg, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, 2010, S. 563-579.

62 Siehe Maximo, Langer, *Haward International Law Journal*, vol. 45, 2004, S. 1-64.

63 Siehe Francis G., Jacobs, *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003, S. 547-556.

64 Siehe David, Nelken, in D. Nelken et J. Feest (sous dir.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford et Portland (Oregon), Hart Publishing, 2001, S. 7-54.

65 Siehe Michel, Doucet / Jacques, Vanderlinden (sous dir.), *La réception des systèmes juridiques. Implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994, S. 688.

66 Siehe Rodolfo, Sacco, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 30, 1991, S. 1-34.; Watson, Alan, *The American Journal of Comparative Law*, vol.43, 1995, S. 469-476.

67 Siehe Michael Jay, *Emory Law Journal*, vol.57, 2008, S. 1402-1408.

68 Siehe Andrew Huxley, *Journal of Comparative Law*, vol. 2, 2007, S. 177-188.

versagen oder nach schweren Verletzungen.⁶⁹ In der vorliegenden Arbeit bedeutet Rechtstransplantat die Ausleihe des Rechts einer Nation oder einer Gemeinschaft durch eine andere Nation oder eine andere Gemeinschaft. Im Rahmen der UEMOA ist das Kartellrecht dem Recht der Europäischen Union entliehen.

F. Aufgaben des Wettbewerbsanktionenrechts

Das Wettbewerbsrecht ist das Regelwerk, welches das Funktionieren des Marktes regelt, indem den Unternehmen bestimmte Verhaltensweisen verboten werden.⁷⁰ Geschützt wird der freie Wettbewerb, indem Verhaltensweisen, die den wettbewerbsrechtlichen Vorgaben zuwiderlaufen, wie illegale Vereinbarungen und der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung unter Sanktionsandrohung gestellt werden. Eine Straftat gegen das Wettbewerbsrecht besteht in einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Handlung oder Unterlassung eines Unternehmens, das gegen das Wettbewerbsrecht verstößt und dessen Begehung nach dem Gesetz verfolgt und bestraft werden muss.⁷¹

Das Kartellrecht im weiteren Sinne ist die Gesamtheit aller Rechtsnormen, die auf die Erhaltung eines funktionierenden, ungehinderten und möglichst vielseitigen Wettbewerbs gerichtet sind und daher vor allem die Akkumulation und den Missbrauch von Marktmacht sowie die Koordination und Begrenzung des Wettbewerbsverhaltens unabhängiger Marktteilnehmer kontrollieren und bekämpfen. Im engeren Sinne bezeichnet Kartellrecht die Bestimmungen, betreffend Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die den Wettbewerb beschränken oder dies bezwecken (z.B. Kartelle)⁷², sowie betreffend den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Es bedarf gesetzlicher Regelungen, welche allgemeine Kartellverbote, ihre Ausnahmen und ihre Überwachung regeln. Das Wettbewerbsrecht garantiert die Freiheit des Handels und der Industrie, indem jedem Interessenten, der eine wirtschaftliche Tätigkeit seiner Wahl ausüben

69 Siehe Andreas Hofmann, 14. Februar 2017, NetDoktor, aufrubar über <https://www.netdoktor.de/therapien/transplantation/>, vom 14.10.2020 um 18 :21.

70 Siehe Cornu, Gérard: *Vocabulaire juridique*, S. 916-917; Anusheh, Rafi/Ruhs, Anna: *Großes Wörterbuch Recht, Grundwissen von A-Z*, S. 354.

71 Siehe Anusheh, Rafi/Ruhs, Anna: *Großes Wörterbuch Recht, Grundwissen von A-Z*, S. 354.

72 Siehe Anusheh, Rafi/Ruhs, Anna: *Großes Wörterbuch Recht, Grundwissen von A-Z*, S. 354.

möchte, die Möglichkeit eröffnet wird, dies ohne Einschränkungen zu tun. Garantiert wird auch ein freier Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsteilnehmern. Der Zweck des Wettbewerbsrechts besteht daher darin, einen wirksamen Wettbewerb auf dem Markt aufrechtzuerhalten.

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass das Wettbewerbsrecht zwei unterschiedliche Regelbereiche aufweist: Der erste Bereich beinhaltet Regeln, die darauf abzielen, den Wettbewerb im engeren Sinne zu schützen und sicherzustellen, dass er fair, angemessen und gemäßigt durchgeführt wird. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet das Wettbewerbsrecht den Wettbewerb als selbstverständlich und befasst sich lediglich mit der Bestrafung von Überschreitungen. Sanktioniert wird der Einsatz von Mitteln, die der Vorstellung eines fairen Wettbewerbs entgegenlaufen, so zum Beispiel Vorschriften, die den unlauteren Wettbewerb bestrafen, indem sie die Verleumdung eines Mitbewerbers oder die Umleitung der Kunden eines Mitbewerbers durch kommerzielle, nutzungswidrige Methoden und deren Verwendung verbieten. Diese Regeln gehören zu der engeren Definition des Wettbewerbs, die von einem zweiten Bereich abzugrenzen ist.⁷³

Der zweite Bereich enthält Regeln, die den reinen Wettbewerb schützen und seine Entwicklung fördern. Hier geht es um die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, insbesondere solche des UEMOA-Wettbewerbsrechts.⁷⁴ Diese Regeln verbieten nicht nur Überschreitungen, sondern auch Wettbewerbsbeschränkungen, die sich aus bestimmten Arten von Unternehmensverhalten ergeben. Dazu gehören insbesondere das Verbot von Kartellen, das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrolle).⁷⁵

Die Notwendigkeit eines allgemeinen Bewusstseins, dass Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht verwerflich und strafbar sind, muss gefördert werden und darf nicht mehr nur auf wettbewerbswidrige Verhaltensweisen beschränkt werden. Die Schaffung eines solchen Bewusstseins wird dadurch erschwert, dass der Zusammenhang zwischen der Schwere der Wettbewerbs- und Wirtschaftsbeeinträchtigung, die durch eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise verursacht wurde, mit der Schwere der strafrechtlichen Sanktion, die die Straftäter abschrecken kann, nicht direkt herge-

73 *Blaise, Jean-Bernard*: Droit des affaires: Commerçants, concurrence, distribution; 3. Auflage, LGDJ, Paris, 2002, S. 314.

74 Siehe Art. 88 a und b UEMOAV.

75 *Blaise, Jean-Bernard*: Droit des affaires: Commerçants, concurrence, distribution, S. 314.

stellt werden kann. Außerdem verfolgen die strafrechtlichen Sanktionen verschiedene Ziele. Man unterscheidet zwischen dem Ziel der Vergeltung, dem Ziel der Abschreckung und dem Ziel der Wiedergutmachung. Im Allgemeinen hat jede Sanktion eine doppelte Funktion; die erste besteht darin, den Täter im Ausmaß des begangenen Fehlers zu bestrafen. Dies wird als Vergeltungscharakter der Strafe bezeichnet. Die zweite besteht darin, diejenigen abzuschrecken, die versucht sind, eine solche Straftat zu begehen (negative Generalprävention). Im Rahmen einer Regulierungspolitik der Wettbewerbsbeziehungen wird die Wirkfähigkeit der Strafe an ihrem abschreckenden Effekt gemessen, d.h. an ihrer Fähigkeit sicherzustellen, dass die Wirtschaftsteilnehmer tatsächlich verstehen, dass es nicht in ihrem Interesse liegen kann, Kartellrechtsverstöße zu begehen, und dass sie darauf verzichten.

Die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist umso wichtiger, als sie nicht nur für die UEMOA-Mitgliedstaaten, sondern auch für alle anderen Staaten der Welt von Interesse ist. Im Benin wurde die Ausweitung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf juristische Personen erstmals 2012 in Art. 648 der Strafprozessordnung (CPP) vorgesehen. In der Folge sieht Art. 17 des Gesetzes Nr. 2018-16 über das Strafgesetzbuch die Anwendung strafrechtlicher Sanktionen auf juristische Personen vor. Somit kann neben natürlichen Personen jede juristische Person wegen Kartellrechtsverstößen mit Geld- oder Gefängnisstrafe geahndet werden, und zwar gemäß Art. 7, 8 und 9 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin. Hierin wird ein Fortschritt gesehen, da dadurch das beninische Gesetz über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen mit dem UEMOA-Wettbewerbsrecht insofern in Übereinstimmung gebracht wurde, dass die Verantwortlichkeit der Täter auf der Grundlage des neuen Strafgesetzbuches durchgesetzt werden kann.⁷⁶

76 Siehe Art. 17 CP.

In den Art. 88⁷⁷, 89⁷⁸ und 90⁷⁹ bestärkt der UEMOAV die Grundprinzipien der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen nach dem UEMOA-Kartellrecht, indem alle Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen sowie alle Verhaltensweisen, die einen Marktmissbrauch darstellen, verboten sind, sofern sie darauf abzielen oder bewirken, den Wettbewerb in der Union einzuschränken oder zu verfälschen. Dieser Fortschritt lässt jedoch die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit offen, soweit die UEMOA-Mitgliedstaaten nicht wirksam eingreifen. Die fehlende Durchsetzung in den Mitgliedstaaten hängt nicht zuletzt mit der ausschließlichen Zuständigkeit der UEMOA-Kommission zusammen. Denn nach Art. 90 UEMOAV ist allein die UEMOA-Kommission befugt, Kartellverstöße als Straftaten zu ahnden.

Die ausschließliche Zuständigkeit der Union wurde in der Stellungnahme des Gerichtshofs der UEMOA vom 27. Juni 2000 bestätigt. Nach derselben Stellungnahme haben die UEMOA-Mitgliedstaaten die ausschließliche Zuständigkeit in Strafsachen. Nach der Stellungnahme des CJUEMOA werden die nationalen Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten zu Gunsten der Gemeinschaft von Wettbewerbsstreitigkeiten freigestellt; wenn sie zur Bestrafung solcher Verstöße angehalten werden, sollen sie diese an die UEMOA-Kommission weiterleiten. Die Lehre in den UE-

77 Nach Art. 88 UEMOAV: „*Un (1) an après l'entrée en vigueur du présent Traité, 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.“*

78 Nach Art. 89 UEMOAV: „*Le Conseil, statuant à la majorité des deux tiers (2/3) de ses membres et sur proposition de la Commission, arrête dès l'entrée en vigueur du présent Traité par voie de règlements, les dispositions utiles pour faciliter l'application des interdictions énoncées à l'article 88.*

Il fixe, selon cette procédure, les règles à suivre par la Commission dans l'exercice du mandat que lui confère l'article 90 ainsi que les amendes et astreintes destinées à sanctionner les violations des interdictions énoncées dans l'article 88.

Il peut également édicter des règles précisant les interdictions énoncées dans l'article 88 ou prévoyant des exceptions limitées à ces règles afin de tenir compte de situations spécifiques.“

79 Nach Art. 90 UEMOAV : „*La Commission est chargée, sous le contrôle de la Cour de Justice, de l'application des règles de concurrence prescrites par les articles 88 et 89. Dans le cadre de cette mission, elle dispose du pouvoir de prendre des décisions.“*

MOA-Mitgliedstaaten ist dieser Meinung sehr kritisch gegenübergestanden.⁸⁰ Sie befürwortet die Annahme klarer Normen für die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der UEMOA-Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden und die Übertragung der Zuständigkeit für Streitigkeiten auf die nationalen Wettbewerbsbehörden, wie auch auf die UEMOA-Kommission.

Ursprünglich war die Beilegung von Wettbewerbsstreitigkeiten in den UEMOA-Mitgliedsstaaten ausschließlich eine Frage des Zivil- und Verwaltungsrechts.⁸¹ Nach dem UEMOA-Recht werden Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht von der UEMOA-Kommission als Verwaltungsbehörde geahndet. Dies bedeutet, dass die Kommission als Verwaltung verwaltungsrechtliche Sanktionen verhängt. Das UEMOA-Kartellrecht in seiner jetzigen Form sieht daher keine strafrechtlichen Sanktionen gegen Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen vor. Dies schließt die Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im UEMOA-Rechtsraum aus. Aber es gibt einen Paradigmenwechsel, den die UEMOA-Mitgliedstaaten offenbar nicht zu berücksichtigen scheinen.

Ein erster *Paradigmenwechsel* erfolgte in der Schweiz, zunächst vorsichtig, durch die Kartellgesetze von 1962 und 1985. Sie erkannten, dass über den Schutz des Persönlichkeitsrechts (Art. 28 ZGB) hinaus kartellrechtliche Konflikte nicht bloß als Verletzung von Individualrechten von Wettbewerbsteilnehmern zu verstehen sind, sondern es auch um die Verhinderung von schädlichen Auswirkung auf volkswirtschaftlicher oder gesellschaftlich Ebene gehen muss. Die Gewährleistung eines Gleichgewichts zwischen privatautonomer Verwirklichung des einzelnen Wirtschaftsteilnehmers und der Erhaltung der dazu notwendigen rechtlichen Rahmenbedingungen versteht sich seither auch als Aufgabe der Wirtschaftspolitik. Das Kartellrecht zielt auf den Schutz einer relativ freien Wirtschaftsordnung ab und sollte schwere Sanktionen verhängen, die abschreckend sind und eine allgemeine Prävention gewährleisten können. Mit der Totalrevision des Gesetzes im Jahr 1995 konnten die staatliche (mit neuen finanziellen Sanktionen) und die private Durchsetzung des Kartellrechts (mit Schadensersatz) als gleichberechtigte Möglichkeiten angesehen werden. Aber

80 *Bakhoum, Mor*: Revue internationale de droit économique 2005, S. 319-354; *Alasane, Kanté*: Ohadata, S. 19.; *Fofana/Ouédraogo, Ramata*: 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. 1-22.

81 Bezüglich des Rechts der Europäischen Union siehe *Günter, Heine*: ZStrR 2011, S. 117.

das zivilrechtliche Verfahren ist an seine Grenzen gestoßen. Daher setzte mit der Reform von 2003 ein zweiter Paradigmenwechsel ein, der unter Beibehaltung der zivilrechtlichen Haftung die Befugnisse des Staates bei der Umsetzung der Sanktion ausweitete, um die Abschreckungswirkung zu erhöhen.⁸²

Doch die UEMOA-Mitgliedsstaaten scheinen diesen Paradigmenwechsel nicht zu berücksichtigen. Im Bereich des Wettbewerbsrechts sollten daher strafrechtliche Sanktionen ebenso wie zivil- und verwaltungsrechtliche Sanktionen ergriffen werden.⁸³ Die UEMOA-Mitgliedsstaaten sind die Einzigen, die für die strafrechtliche Verfolgung von Verstößen gegen das Kartellrecht zuständig sind.⁸⁴ Infolgedessen müssen ihre Wettbewerbsvorschriften an die Anforderungen von Art. 5 UEMOAV angepasst werden, indem repressive Maßnahmen gegen die Täter vorgesehen werden.

G. Zur Notwendigkeit einer Überarbeitung des Wettbewerbsstrafrechts in den Mitgliedsstaaten

Dies erfordert eine Überarbeitung der Strafgesetzbücher der Mitgliedsstaaten, da die Strafgesetzbücher mancher UEMOA-Mitgliedsstaaten in Wirklichkeit nicht mit den derzeitigen Standards des Strafrechts übereinstimmen.⁸⁵ Selbst wenn es ein aktuelles Strafgesetzbuch gibt, wird der Kodex wohl nicht immer an die Bestrafung von Kartellrechtsverstößen angepasst werden. Die derzeitigen Standards im Strafrecht weltweit verlangen nämlich, dass die juristische Person genauso wie die natürliche Person strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wird und dass die Strafe an die Art der juristischen Person angepasst wird. Dies ist in den Strafgesetzen einiger Mitgliedsstaaten nicht der Fall. Im Benin beispielsweise war das bis 2019 geltende Strafgesetzbuch ein Text vom 6. Mai 1877, dessen aus der Koloni-

82 Siehe *Günter, Heine*: ZStrR 2011, S. 117.

83 Siehe *Achenbach, Hans/ Ransiek, Andreas/ Rönna, Thomas (Hrsg.)*: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, C.F. Müller 2015, S. 1972.

84 CJUEMOA: Stellungnahme Nr.003/2000 vom 27. Juni 2000, Recueil 2008, S. 244-258.

85 Im Benin beispielsweise ist das Strafgesetzbuch vom 6. Mai 1877 nach wie vor in Kraft. Seine Bestimmungen aus der Kolonialzeit stimmen aber nicht mit den aktuellen Standards des Strafrechts überein. Siehe dazu *Djogbénou, Joseph*: AfriMAP et Open Society Initiative for West Africa 2010, S. 22. Seit dem 4. Juni 2018 hat die Republik Benin ein neues Strafgesetzbuch verabschiedet, das am 28. Dezember 2018 in Kraft getreten ist.

alzeit stammende Bestimmungen nicht mit den aktuellen Standards des Strafrechts übereinstimmen, da es nicht an die Entwicklung des Strafrechts angepasst ist. Dies wirft das Problem der Wirksamkeit der Prävention und Bestrafung von Kartellrechtsverstößen in den UEMOA-Mitgliedstaaten auf. Mit anderen Worten stellt sich die Frage nach der Verhinderung und wirkamen Bestrafung von Kartellrechtsverstößen nach dem UEMOA-Kartellrecht durch die Mitgliedstaaten.

Die strafrechtliche Verfolgung kartellrechtlicher Verstöße muss aufgrund der Besonderheiten der Volkswirtschaften der UEMOA-Mitgliedstaaten ernst genommen werden. Die UEMOA-Mitgliedstaaten befinden sich in der afrikanischen Region südlich der Sahara.⁸⁶ Subsahara-Afrika gilt als eine der ärmsten Regionen der Welt und seine Entwicklung wird durch die mangelnde Diversifizierung der Produktionsstrukturen und die mangelnde Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen sowie durch die hohe Abhängigkeit der Volkswirtschaften vom Export von Rohstoffen gebremst. Aus historischer Sicht steht die Förderung des Wirtschaftswachstums, die zur Gründung der UEMOA führte, in einer langen Tradition der regionalen Integration in Westafrika.⁸⁷ Sie ist das Ergebnis der Unterstützung und des Drucks der Investoren und Entwicklungspartner. Die Unterstützung kam hauptsächlich von der Europäischen Union, deren damaliger Generalsekretär der Europäischen Kommission die Gründungsakten vorbereitet hat, die den Vertrag von Dakar von 1994 gebildet haben.⁸⁸ Druck kam auch von den *Bretton-Woods-Institutionen* im Rahmen von Strukturanpassungsprogrammen, die ursprünglich innerhalb der nationalen Grenzen konzipiert wurden; danach enthüllten diese Programme jedoch die Notwendigkeit einer Annäherung der nationalen Volkswirtschaften. Schließlich war es der Druck Frankreichs, dessen Staatskasse die Konvertierbarkeit des CFA-Franc garantiert und der mit Blick auf den Euro 1994 zur Abwertung des CFA-Franc führte.⁸⁹

Mit dem Scheitern der nationalen Wirtschaftspolitik aller UEMOA-Mitgliedstaaten in den 90er Jahren erschien die wirtschaftliche Integration durch die Gründung der UEMOA als eine Voraussetzung für die Lebensfä-

86 Die UEMOA-Mitgliedsstaaten befinden sich in der Subsahara Region in Afrika.

87 *Akanni-Honvo, Adrien*: L'UEMOA et la CEDEAO: Intégration à géométrie variable ou fusion, in: Hugon, Philippe (Hrsg.): *Les économies en développement à l'heure de la régionalisation*, S. 239.

88 *VIAUD, Pierre*: RMCUE 1998, S. 15.

89 Siehe *Claeys, Anne-Sophie / Sindzingre, Alice-Nicole*: in: Kaufmann, Pascal/ Yvars, Bernard (Hrsg.): *Intégration européenne et régionalisme dans les pays en développement*, S. 121.

higkeit der CFA-Franc-Zone und die Entwicklung ihrer Staaten. Zu diesem Zweck zielt die UEMOA gemäß Art. 4 ihres Vertrags darauf ab, die Harmonisierung der gemeinsamen Entwicklungspolitik und die wirtschaftliche Integration der Mitgliedstaaten zu fördern. Diese Ziele sollten zur Schaffung eines Gemeinsamen Marktes führen, in dem der freie Wettbewerb geschützt ist. Die Art. 88, 89 und 90 des UEMOAV definieren die Sanktionspolitik, indem sie alle Vereinbarungen oder Absprachen zwischen Unternehmen, den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sowie staatliche Beihilfen, die den Wettbewerb verfälschen können, verbieten. Sie legen dann die verhängten Sanktionen und ihre Durchsetzung fest. Die Art. 88, 89 und 90 des UEMOAV spiegeln somit das Hauptziel des UEMOA-Wettbewerbsrechts wider, nämlich die Förderung des freien Wettbewerbs durch die gemeinschaftsrechtliche Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen würden. Unter diesem Gesichtspunkt sollten die die Bestrafungen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen den Bedürfnissen der UEMOA-Wirtschaft Rechnung tragen.

Anders als z.B. in Deutschland, wo seit fast fünfzig Jahren Submissionsabsprachen verboten sind (§ 298 StGB),⁹⁰ haben die UEMOA-Mitgliedstaaten den zwingend erforderlichen strafrechtlichen Schutz des Wettbewerbs noch nicht geregelt, auch wenn sie insgesamt kartellrechtliche Normen zur Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen eingeführt haben, von denen sich die meisten auf Gemeinschaftsvorschriften beziehen, insbesondere den UEMOAV und verschiedene Verordnungen. International, vor allem von Klaus Tiedemann,⁹¹ wird die Frage gestellt, ob der Wettbewerb ein schutzwürdiges Strafrechtsgut darstellt. Diese Frage, die zu den aktuellen Grundfragen des besonderen Teils zählt, ist angesichts der Globalisierung der Wirtschaft von grundlegender Bedeutung und wird ganz überwiegend bejaht.⁹² Nach einem eher psychologischen Ansatz zur Kriminalisierung des Wirtschaftsrechts kann zwischen den Gefühlen rationaler Akteure auf einem Markt, wie etwa konkurrierender Unternehmen, seien es Täter oder Opfer von Rechtsverletzungen, und den Gefühlen von Privatpersonen, also Verbrauchern, die sich dem Trend zur Sicherheit und

90 Siehe *Kohlhoff, Christian*: Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe: Die Begründung eines Kartellkollektivstrafrechts im deutschen Recht - Zugleich eine Untersuchung zur grundsätzlichen Bedeutung der kollektiven Dimension im Strafrecht, Berlin: Duncker & Humblot, 2003, S. 20.

91 Siehe *Tiedemann, Klaus*: Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik, Freiburg-Symposium, S. 481.

92 Siehe nur *Dannecker, Gerhard*: in: Festschrift für Tiedemann, S. 793 ff.

zur Vorrangstellung der Stimme der Opfer anschließen, unterschieden werden.⁹³ Das Geschäftsleben erleichtert durch seine zunehmende Komplexität und Globalisierung die Begehung von Straftaten. Mafiagruppen werden einstimmig angeprangert. Aber die Moral der Wirtschaft ist keine Moral der guten Sitten, „Wirtschaft“ ist nicht zu verwechseln mit dem realen Geschäftsleben und erst recht nicht mit dem Wirtschaftsrecht und seinen Vorgaben. Es geht also um den Grad der Kriminalisierung der Verletzung des Wirtschaftsrechts. Außer Frage steht, dass das Wirtschaftsleben schutzbedürftig ist. Allerdings besteht die Gefahr einer rein symbolischen Bestrafung aufgrund einer Vielzahl formaler Anschuldigungen, die zur Folge hätte, dass die dadurch entstehende Unsicherheit die Allgemeinheit verunsichert.⁹⁴ Bemerkungen zu der Entkopplung von Recht und Wirtschaft und die Betonung der Qualitäten eines „Soft Laws“ im internationalen Wirtschaftsrecht sind Ausdruck davon. Es ist daher zu beachten, dass aufgrund der zunehmenden Wirtschaftskriminalität in einer Gesellschaft auch das Wettbewerbsrecht in der Lage sein sollte, strafrechtliche Schutzmechanismen zu etablieren.⁹⁵ Es handelt sich um einen makroökonomischen Schutz des Wettbewerbs durch das Strafrecht, da das UEMOA-Gesetz das allgemeine Interesse der Gemeinschaft und nicht Einzelinteressen der Individuen schützen soll. Dies bedeutet, dass der Wettbewerb in den UEMOA-Mitgliedstaaten einen stärkeren Markt- und Verbraucherschutz erfordert. Deshalb hat sich das UEMOA-Wettbewerbsrecht für den strafrechtlichen Schutz des Wettbewerbs entschieden. Entsprechend legt der UEMOAV die allgemeinen Grundsätze der Regulierung und Sanktionierung von Verstößen in den Art. 88, 89 und 90 UEMOAV fest. Das Problem besteht darin, dass Art. 89 UEMOAV der UEMOA-Kommission die ausschließliche Zuständigkeit für die Ahndung von Rechtsverstößen überträgt. Denn dies führt zu Verwirrung bei der Bestimmung der Rechtsnatur der Kartellsanktionen. Da wettbewerbsrechtliche Straftaten von einer Verwaltungsbehörde geahndet werden, scheint es, als hätte sich das UEMOA-

93 *Chaput Yves*: Revue Pouvoirs 2009, S. 88. Es sei darauf hingewiesen, dass die Probleme im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsakteuren anderer Natur sind. Dies ist kein bloßes Wortspiel. In diesem Bereich hat jedes Gerücht Konsequenzen für Investoren und Verbraucher. Es ist bekannt, dass einige Staaten eine laxe Handhabung für richtig halten. Andere rühmen sich im Gegenteil ihrer Strenge. Sie zielen nicht auf die gleichen Akteure ab.

94 *Chaput Yves*: Revue Pouvoirs 2009, S. 89.

95 Siehe *Kohlhoff, Christian*: Kartellstrafrecht und Kollektivstrafe: Die Begründung eines Kartellkollektivstrafrechts im deutschen Recht, S. 20.

Kartellrecht für Verwaltungssanktionen entschieden.⁹⁶ Daraus ergibt sich die Bedeutung der Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Täters von Kartellrechtsdelikten. Daher gilt das Interesse dieser Studie der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen.

H. Mit der Untersuchung verfolgte Ziele

Diese Studie ist bereits deshalb von Interesse, weil seit der Gründung der UEMOA noch kein Unternehmen wegen Kartellrechtsverstößen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen worden ist. Zudem ist die Androhung von Strafen gegen die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in den UEMOA-Mitgliedstaaten noch nicht bekannt, obwohl die Mitgliedstaaten strafrechtliche Maßnahmen gegen solche Praktiken eingeführt haben. Hierbei handelt es sich letztlich um ein Problem, das es nicht nur in der UEMOA gibt. Auch in der Europäischen Union und in Staaten wie Deutschland oder Österreich sieht man von illegalen Absprachen im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher und vergleichbarer privater Aufträge ab, keine strafrechtlichen Sanktionen wegen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen ab.⁹⁷ In einer Dynamik der allgemeinen Prävention und Wirksamkeit von Wettbewerbsstrafen bei Verstößen, die sich nachteilig auf die Wirtschaft im Allgemeinen auswirken, ist es jedoch dringend erforderlich, sich auf abschreckender Sanktionen hinzubewegen. Diese Studie ist außerdem insofern von Interesse, als es noch keine konkreten wissenschaftlichen Untersuchungen zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen im UEMOA-Kartellrecht gibt, obwohl viele Anzeigen über Kartellrechtsverstöße eingereicht wurden, mit denen sich die UEMOA-Kommission und der Gerichtshof befassen, über die aber noch nicht entschieden wurde. Diese Situation ist dadurch entstanden, dass die zuständigen gemeinschaftlichen Behörden in Wirklichkeit unter mangelnden Kenntnissen des Wirtschaftsstrafrechts, insbesondere des Wettbewerbsrechts, leiden. Die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen ist von besonderer Relevanz und von großem Interesse für die Mitgliedstaaten, da es auch auf nationaler Ebene schwierig ist, das Recht durchzusetzen. In der Tat ist den nationalen

96 *Bakhoun, Mor*: *Revue internationale de droit économique* 2005, S. 319-354.

97 Siehe *Dannecker, Gerhard*: in: *Festschrift für Tiedemann*, 2018, S. 910; *Tiedemann, Klaus*: *Rev. sc. crim.* 1997, S. 279.

Gerichten nicht bekannt, dass sie für die Bestrafung kartellrechtlicher Verstöße zuständig sind. Sie gehen davon aus, dass alle kartellrechtlichen Streitigkeiten eigentlich in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen. Dies hat zur Folge, dass die Täter nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, obwohl es viele Studien über die regionale Integration im UEMOA-Kartellrecht⁹⁸ und über die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der UEMOA-Kommission und den nationalen Kartellbehörden der UEMOA-Mitgliedstaaten gibt.⁹⁹

Auch in der Praxis ist die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bedeutungsvoll. Sie ist für den Gesetzgeber im Hinblick auf die Verbesserung des normativen Rahmens von Interesse und ebenso für die Wirtschaftsteilnehmer und Verbraucher, da Kartellrechtsverstöße in den UEMOA-Mitgliedstaaten begangen und häufig auch gemeldet, aber nicht wirklich bestraft werden. Die Lösungsansätze dieser Studie wollen zur Verbesserung der Durchsetzung strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen im UEMOA-Raum beitragen, um insbesondere die kleinen und mittleren Unternehmen und die Verbraucher zu schützen. Dieser Schutz ist für den Gesetzgeber ein Anliegen auf höchster Ebene und deshalb sollte er sich bemühen, Maßnahmen zum wirksamen Schutz der Wettbewerbsfreiheit in den UEMOA-Mitgliedstaaten zu ergreifen, da der freie Wettbewerb inzwischen in vielerlei Hinsicht zu einer grundlegenden Voraussetzung für die wirtschaftliche Entwicklung geworden ist.¹⁰⁰

Generell soll in dieser Arbeit gezeigt werden, dass das Transplantat der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im UEMOA-Rechtsraum bislang unwirksam geblieben ist. Die Täter, die gegen das UEMOA-Kartellrecht ver-

98 *Ngom, Mbissane*: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 582; *Fofana/Ouédraogo, Ramata*: 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. 31; *Etienne, Cerexhe /Louis, Le Hardy De Beaulieu*: Introduction à l'union économique ouest africaine, S. 157.; Conférence Des Nations Unies Sur Le Commerce Et Le Développement: Examen collégial volontaire des politiques de concurrence de L'UEMOA, du Bénin et du Sénégal, S. 185.

99 *Bakhoum, Mor* : Revue internationale de droit économique 2005, S. 319-354; *ders.*: L'articulation du droit communautaire et des droits nationaux de la concurrence dans l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), S. 425.; *Boy, Laurence*: Revue internationale de droit économique 2011, S. 2.

100 Mehr dazu bei *Ngom, Mbissane*: Revue internationale de droit économique 2011, S. 334.

stoßen, werden in der UEMOA-Region nicht wirksam zur Verantwortung gezogen, obwohl die Mehrheit der UEMOA-Mitgliedstaaten gesetzliche Maßnahmen zur Bekämpfung solcher Straftaten angenommen hat. Das übergeordnete Ziel dieser Arbeit besteht darin, eine Antwort auf die Frage nach der Wirksamkeit des strafrechtlichen Schutzes des Wettbewerbsrechts im Bereich der UEMOA zu finden und die Möglichkeiten für eine wirksame Bestrafung in diesem Bereich zu prüfen. Im Mittelpunkt wird daher der strafrechtliche Schutz des Wettbewerbs in den UEMOA-Mitgliedstaaten stehen.

Um dieses Ziel zu erreichen, werden zwei Argumentlinien herausgearbeitet: Zunächst wird eine Analyse des geltenden Wettbewerbsrechts durchgeführt. Im Rahmen dieser Analyse wird das System der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nach dem UEMOA-Wettbewerbsrecht untersucht. Zweitens soll diese Arbeit einen Beitrag zur Diskussion über die Wirksamkeit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen leisten. Es wird herausgearbeitet, welche Maßnahmen die UEMOA-Mitgliedstaaten für die wirksame Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter wegen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen ergreifen sollten, insbesondere in Bezug auf juristische Personen, da das UEMOA-Wettbewerbsrecht nur Unternehmen als Täter des Verstoßes anerkennt. Es soll gezeigt werden, dass es durchaus möglich und sinnvoll ist, gegen Unternehmen gerichtete (kartellrechtliche) Strafsanktionen einzusetzen, die in einer mit dem klassischen Strafrecht dogmatisch verträglichen Weise strukturiert werden sollten. Dies ist besonders wichtig, weil das Unternehmensstrafrecht in den UEMOA-Ländern bisher vernachlässigt wurde, obwohl es von entscheidender Bedeutung sein könnte und sollte.

1. Zum methodischen Vorgehen

Die grundlegende Schwierigkeit dieser Studie besteht darin, dass sie zwei traditionell unvereinbare Themen miteinander in Einklang zu bringen versucht. Insbesondere ist es notwendig, die wirtschaftlichen Besonderheiten des Wettbewerbsrechts mit dem wenig flexiblen, dem stritten Gesetzklichkeitsprinzip unterliegenden Strafrecht in Einklang zu bringen, denn beide Themen ergänzen sich, indem sie auf den Schutz der Freiheit und Gleichheit der Wirtschaftsteilnehmer abzielen.

Diese Studie kann nicht gelingen, ohne sich von den diesbezüglichen Abhandlungen in Deutschland und Europa inspirieren zu lassen, wo die

Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen schon Gegenstand mehrerer Studien wurde, die bestätigt haben, dass strafrechtliche Sanktionen sehr wirksam sind, um potentielle Täter von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen abzuschrecken. Diese Untersuchungen müssen herangezogen werden, weil im UEMOA-Kartellrecht bislang die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen sowohl für die nationalen Kartellbehörden als auch für die UEMOA-Kommission nach wie vor ein Tabuthema ist.

Die methodische Vorgehensweise der vorliegenden Studie ist eine Mischung aus literarischen und empirischen Recherchen. Die Literaturrecherche basiert auf der Rechtsliteratur zur Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, die aus wissenschaftlichen Arbeiten und Studienberichten über empirische Untersuchungen besteht. Es werden durch einen Vergleich von Gesetzen und der Praxis bei der Bestrafung von Kartellrechtsverstößen sowohl in der UEMOA als auch in anderen Staaten relevante Lösungen erarbeitet.

Die empirische Forschung, die im Rahmen der hier vorgelegten Untersuchung durchgeführt wurde, basiert auf Feldstudien, die aus offenen Interviews mit Beamten der Wettbewerbsdirektion der UEMOA-Kommission und Richtern des CJUEMOA¹⁰¹ sowie aus Interviews mit Beamten der nationalen Wettbewerbsdirektionen oder der unabhängigen nationalen Wettbewerbsbehörden¹⁰² der UEMOA-Mitgliedstaaten bestehen. Hauptziel der Umfragen war es, die Interdisziplinarität des UEMOA-Wettbewerbsrechts durch seine globale Vision des Schutzes der Wirtschaft zu nutzen, um deutlich zu machen, dass das Wettbewerbsrecht sowohl zivil- als auch strafrechtlich geschützt werden sollte.

J. Gang der Untersuchung

Zunächst wird in einem ersten Teil die Genese des UEMOA-Wettbewerbsrechts und die Geschichte der Umsetzung der Sanktionierung im europäischen Wettbewerbsrecht dargestellt, um die Entwicklung des Wettbewerbsrechts in den UEMOA-Mitgliedsstaaten aufzuzeigen. Zu diesem Zweck wird zunächst der rechtliche Rahmen der strafrechtlichen Verant-

101 Die UEMOA-Kartellbehörden sind die UEMOA-Kommission, der Ministerrat und der UEMOA-Gerichtshof.

102 Der UEMOAV sieht vor, dass ihrer Mitgliedstaaten eine nationale Wettbewerbsbehörde (Agences de la concurrence) aufbauen müssen.

wortlichkeit im UEMOA-Kartellrecht und anschließend die Unwirksamkeit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen behandelt.

Der sodann folgende Teil der Arbeit befasst sich mit den rechtlichen Grundlagen der Verantwortlichkeit der Täter für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen. Im Mittelpunkt stehen die normativen Bestimmungen, die Kartellrechtsverstöße verbieten, sowie der Umfang und die mit dem Sanktionssystem verfolgten Ziele, denn das Wettbewerbsrecht der UEMOA ist durch klare Verbotsnormen gekennzeichnet und zielt darauf ab, sowohl den Wettbewerb als Institution als auch die Verbraucher zu schützen. Unter diesem Gesichtspunkt wird das Strafrecht der Mitgliedstaaten überprüft, um dort die wirksame Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen zu fördern. Hierbei wird zwischen der Sanktionierung natürlicher Personen und der Sanktionierung juristischer Personen unterschieden, indem eine für jede Personengruppe passende Sanktionierung vorgeschlagen wird.

Der dritte Teil dieser Studie befasst sich mit der Frage, ob die Täter in den UEMOA-Mitgliedstaaten wirksam zur Verantwortung gezogen werden. Zu diesem Zweck wird sich die Studie auf die US-amerikanischen und europäischen Erfahrungen stützen, insbesondere in Bezug auf die Höhe der Strafen, die gegen Täter von Kartellrechtsverstößen verhängt werden, um angemessene Sanktionen für den UEMOA-Bereich vorschlagen zu können. Es wird gezeigt, dass die Nachlässigkeit, die bei der Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in den UEMOA-Mitgliedsstaaten beobachtet wird, schlecht und gefährlich für die Gesellschaft wie auch für die Wirtschaft ist. Verstöße gegen das Kartellrecht müssen strafrechtlich verfolgt und bestraft werden können. Im Hinblick auf die Gesetze Deutschlands, Frankreichs und anderer EU-Länder befasst sich die Untersuchung zunächst mit den spezifischen Tatbestandsmerkmalen von Verstößen gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen und dann mit dem Verfahren, das von den nationalen Instanzen zur Verhängung von Sanktionen gegen die Täter anzuwenden ist, sobald die Mitgliedstaaten die erforderlichen gesetzlichen Maßnahmen ergriffen haben.

Abschließend werden die Ergebnisse der Untersuchung zusammengefasst.