

Teil 3: Die ineffektive Sanktionierung von Kartellrechtsverstößen

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen nach dem UEMOA-Kartellrecht ist in der Praxis wirkungslos. Dies beruht auf mehreren Gründen:

Erstens hängt die Wirksamkeit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen nicht nur von der Effizienz ihrer Umsetzung ab, sondern auch von der verfolgten Strafrechtspolitik. Die Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen liegt gemäß dem Grundsatz der Autonomie der nationalen Institutionen und Verfahren weiterhin in der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, die ihre Grenzen darin findet, dass das von der Union angestrebte Ziel der wirtschaftlichen Integration nicht gefährdet werden darf. Zu diesem Zweck ist es möglich, zwei Kategorien der ausschließlichen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten im UEMOA-Bereich zu unterscheiden. Die erste Kategorie betrifft die den Staaten vorbehaltene Zuständigkeit in Angelegenheiten, die völlig außerhalb des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts liegen. Sie werden in dieser Arbeit nicht besprochen.

Die zweite Kategorie bezieht sich auf die bei der Gründung der Union den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Kompetenzen, die nicht auf die Union übertragen wurden. Sie werden daher von vornherein ohne jede Einmischung der Gemeinschaft, z.B. in die Strafgerichtsbarkeit, ausgeübt. Die Realität sieht jedoch anders aus, weil diese Kompetenzen den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts betreffen. Hierunter fällt im Bereich des Wettbewerbs die strafrechtliche Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen. Die Aufnahme eines Rechtsbereichs in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft führt nicht automatisch und nicht zwingend zur Aufhebung der nationalen Zuständigkeit. Aus diesem Grund werden diese Kompetenzen als „eingerahmte“ Kompetenzen betrachtet. Mit anderen Worten: Die Mitgliedstaaten üben die einbehaltenen Kompetenzen im Rahmen gemeinsamer allgemeiner Regeln aus, die von der Union festgelegt werden, damit sie sich *ex ante* vergewissern können, dass sie mit der Ausübung der Zuständigkeiten, die ihr auf ausschließlicher Grundlage übertragen wurden, vereinbar sind. Aus diesem Grund enthält der UEMOA-Gründungsvertrag keine Bestimmung, die der Union

die Zuständigkeit in Strafsachen verleiht. Die Strafvorschriften und Strafverfahren, die für die Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft gelten, fallen in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Es obliegt dann den nationalen Gesetzgebern, Sanktionen vorzusehen, und es ist Aufgabe der für Strafsachen zuständigen nationalen Gerichten, die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen durchsetzen und Strafen zu verhängen. Dies wirft das Problem auf, dass das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten Straftatbestände und Sanktionen für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen vorsieht, die es ermöglichen, die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter für den Fall der Begehung einer Straftat festzulegen. Zu diesem Zweck wird im Folgenden auf den Problemen bei der Verwirklichung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach nationalem Recht eingegangen. Angesichts der Tatsache, dass das UEMOA-Kartellrecht nur Unternehmen, seien es natürliche oder juristische Personen, bestraft und dass die nationalen Wettbewerbsgesetze alle Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen dem Strafgericht übertragen haben, wirft dies Fragen nach dem Umfang der Befugnisse des Richters in diesem Bereich sowie nach den Verfahrensregeln, die bei der Sanktionierung von Kartellrechtsverstößen zu beachten sind, auf. Hier geht es um die Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit durch das Strafgericht sowie um die Ausgestaltung des Verfahrens (A). Darüber hinaus wird es auch notwendig sein, die Hindernisse zu untersuchen, die zur gegenwärtigen Ineffektivität des Sanktionssystems führen, um mögliche Lösungen vorzuschlagen (B.).

A. Konkretisierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern kartellrechtlicher Verstößen

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit setzt voraus, dass nationale gesetzliche und institutionelle Maßnahmen ergriffen werden, um Kartellrechtsverstöße zu sanktionieren. Zu diesem Zweck verankert das Wettbewerbsrecht der UEMOA den Grundsatz der Souveränität der Strafgerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten. Letztere sind daher aufgefordert, wettbewerbswidrige Straftaten im nationalen Recht vorzusehen und zu ahnden. In diesem Sinne haben die UEMOA-Mitgliedstaaten gemäß Art. 5 UEMOAV das Gesetzlichkeitsprinzip von Straftaten und Sanktionen (I.) umgesetzt und den nationalen Strafgerichten die Zuständigkeit für die Verhängung von Sanktionen bei Kartellrechtsverstößen übertragen.

Sowohl die UEMOA-Kommission als auch die nationalen Gerichte erfüllen sich ergänzende Aufgaben zur Regulierung des Wettbewerbs im UEMOA-Rechtsraum. Diese Komplementarität wird bei der Organisation der Verteilung und Ausgestaltung ihrer Befugnisse zur Umsetzung des UEMOA-Kartellrechts nicht angemessen berücksichtigt. Darüber hinaus legt der UEMOAV nur die Verfahren für die Wettbewerbskontrolle durch die Verwaltungsbehörde der Gemeinschaft, die Kommission, fest und legt damit die Methode der legislativen Verweisung fest, wobei die Mitgliedstaaten die Sanktionen festlegen müssen. Daher erscheint es sinnvoll, über die vom nationalen Gericht angewandte Methodik nachzudenken, um die Kontrolle des Wettbewerbs und damit die Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu gewährleisten.

Die nationalen Gerichte sind nämlich dafür zuständig, die Tätern von Kartellrechtsverstößen im Einklang mit ihren jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften zu bestrafen. Da das UEMOA-Kartellrecht jedoch fester Bestandteil der Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats ist, können auch die nationalen Richter es anwenden. Darüber hinaus ist der Status der nationalen Richter als ordentlicher Richter des Gemeinschaftsrechts derzeit nicht mehr von Belang. Im Falle einer Klage wegen einer Straftat, die eine wettbewerbswidrige Vereinbarung betrifft oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist das nationale Gericht somit zuständig, da es eine zentrale Rolle bei der Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen einnimmt (II.).

I. Kompetenzen und Anforderungen des Gesetzlichkeitsprinzips bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen in den UEMOA-Mitgliedstaaten

Angesichts der Tatsache, dass Geldbußen nicht in der Lage ist, Unternehmen ausreichend abzuschrecken, erscheint das Strafrecht als die geeignete Lösung, wenn nicht gar als zwingende Maßnahme effizienter Kartellrechtssanktionierung.⁸⁹⁰ Wie Frankreich und das Vereinigte Königreich, welche die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen kennen, verhängen einige UEMOA-Mitgliedstaaten kriminalstrafrechtliche Sanktionen gegen solche Verstöße, jedoch keineswegs alle Staaten. Ein Teil der Staaten lehnt die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen ab. Die volle Wirksamkeit des Kartellrechts kann jedoch nur erreicht

890 Siehe *Cheyne, Benjamin*: *Revue Lamy de la Concurrence*, 2010.

werden, wenn wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, soweit sie einem Unternehmen zugutekommen, unter Berücksichtigung der subjektiven Interessen der Opfer bestraft werden. Die Tatsache, dass eine juristische Person auf einer rechtlichen Entscheidung des Gesetzgebers beruht, schließt nicht aus, dass ihr rechtswidriges Verhalten als eigenes zugerechnet werden kann. Sie kann Träger von Pflichten sein, denen sie nachzukommen verpflichtet ist oder die sie verletzen kann.⁸⁹¹

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen setzt entsprechende gesetzliche Grundlagen voraus, die dem Gesetzlichkeitsprinzip Rechnung tragen. Denn in Strafsachen liegt der Schwerpunkt auf dem Gesetz als Quelle des Strafrechts. Insoweit ist das Strafrecht positivistisch. Es setzt eine gesetzliche Grundlage voraus, die hinreichend bestimmt sein muss.⁸⁹² Ein effektives strafrechtliches Sanktionensystem im Kartellrecht erfordert daher gesetzliche angedrohte Strafsanktionen, die dem Gesetzlichkeitsprinzip entsprechen.

1. Kompetenzverteilung und der Gesetzlichkeitsgrundsatz auf UEMOA-Ebene

Auch wenn der UEMOA-Vertrag *a priori* nicht die strafrechtliche Verfolgung kartellrechtlicher Verstöße zu betreffen scheint, taucht im Allgemeinen der Gesetzlichkeitsgrundsatz zum einen in dem Teil des Vertrages auf, der Verbote statuiert, welche vom nationalen Gesetzgeber mit Strafe bedroht werden, sowie im Zusammenhang damit, dass das Gemeinschaftsrecht zur Unwirksamkeit des nationalen Strafrechts führen kann. Hier stellt sich die Frage nach dem Zusammenwirken von Gemeinschaftsrecht und nationalem Strafrecht.

891 Siehe *Roberto, Ago*: Le délit international, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1939-11, Paris, Sirey, 1947, Vol. 68., S. 184; *Hans, Kelsen*: Allgemeine Staatslehre, Berlin, Springer, 1925, S. 62 ff; *Burckhardt*: Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten, Berne, Paul Haupt, 1924, S. 10 ff; *Sebastian Wagner von Papp*: WuW 2009, S. 1236ff.

892 Siehe *Pradel, Jean*: Droit pénal général, S. 129.

a. Kompetenzverteilung und allgemeine Anerkennung des
Gesetzlichkeitsgrundsatzes auf UEMOA-Ebene

Die Kompetenzen und die Anerkennung des Gesetzlichkeitsgrundsatzes auch für die gemeinschaftliche Rechtsordnung basiert auf dem UEMOAV, welcher der Union die ausschließliche Zuständigkeit für die Regulierung des Wettbewerbs überträgt. Zu diesem Zweck sieht Art. 90 des Vertrags vor, dass der Rat mit einer Mehrheit von zwei Dritteln (2/3) seiner Mitglieder und auf Vorschlag der Kommission durch Verordnungen die geeigneten Bestimmungen erlässt, um die Anwendung der in Art. 88 genannten Verbote zu ermöglichen. Diese ausschließliche Zuständigkeit wurde vom UEMOA-Gerichtshof in seiner Stellungnahme vom 27. Juni 2000 zur Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den UEMOA-Mitgliedstaaten im Hinblick auf normativen Rahmen des Wettbewerbs bestätigt. Der UEMOA-Gerichtshof hat aus dem Telos und Wortlaut des Vertrags eine Reihe von Leitprinzipien abgeleitet, die bei der Suche nach dem System der Kompetenzverteilung als Orientierungshilfe dienen sollen. Die Anerkennung der ausschließlichen Zuständigkeit der UEMOA lässt sich aus rechtlicher Sicht aus der Verteilung der wettbewerbsrechtlichen Rollen gemäß den Art. 89 und 90 des Vertrags ableiten. Der CJUEMOA kombiniert somit ein materielles und ein funktionelles Kriterium, um die ausschließliche Zuständigkeit der Union zu begründen.⁸⁹³

Dieser ausschließlichen Zuständigkeit der Union steht die ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten in Strafsachen gegenüber. Beide Zuständigkeiten ergänzen sich insofern, als die Mitgliedstaaten ihre Kompetenzen auf dem Gebiet des Strafrechts nicht ohne Berücksichtigung der von der Union festgelegten Mindestvorschriften ausüben dürfen. Dies bedeutet, dass die Union einen Rahmen, d.h. allgemeine Normen, die von den Mitgliedstaaten für die Wirksamkeit der Ziele des Vertrags festzulegen sind, vorgeben kann. Bei der Wahrnehmung der Kompetenzen sind die UEMOA und die nationalen Gesetzgeber an das Gesetzlichkeitsprinzip gebunden.

⁸⁹³ Siehe *Ngom, Mbissane*: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 46.

aa. Das Verhältnis von Gemeinschafts- und nationalem Recht zueinander

Art. 88 UEMOAV sieht die allgemeine Kriminalisierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen vor, soweit diese nach dem Gemeinschaftsrecht verboten sind:

- a) *Vereinbarungen, Vereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die die Einschränkung oder Verzerrung des Wettbewerbs innerhalb der Union bezwecken oder bewirken;*
- b) *jede Verhaltensweise eines oder mehrerer Unternehmen, die einem Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben gleichkommt; (...).*⁸⁹⁴

Diese allgemeinen Verbote sind in Umsetzung des Gesetzlichkeitsprinzips im Kartellrecht der UEMOA verbindlich statuiert. Damit ist jedoch nicht entschieden, in welchem Verhältnis nationales und Gemeinschaftsrecht zueinanderstehen. Diesbezüglich gibt es zwei Ansätze: die Theorie des Rechtsdualismus und die Theorie des Rechtsmonismus.

Nach der dualistischen Theorie stellen nationales und internationales Recht unterschiedliche Rechtssysteme dar, die getrennt nebeneinander existieren. Damit das Gemeinschaftsrecht von einem nationalen Richter angewendet werden kann, muss es zunächst in innerstaatliches Recht transformiert werden; es handelt sich um die Aufnahme des Gemeinschaftsrechts durch das innerstaatliche Recht und im Falle eines Widerspruchs zwischen nationalem und Gemeinschaftsrecht. Es gilt die Regel, dass das spätere Recht als die *lex posterior* anzuwenden ist. Im Gegensatz dazu sind im Monismus die beiden Rechtssysteme ein Ganzes, eine Kombination aus nationalem und internationalem Recht. Im Konfliktfall geht das Gemeinschaftsrecht vor, weil es über dem nationalen Recht steht.⁸⁹⁵ Das Gemeinschaftsrecht, das keine Umsetzung durch nationales Recht erfordert, da es per se in Geltung und in den Mitgliedstaaten verbindlich ist, hat Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht. Die die Rechtsgeltung betreffende Regelung „*lex posterior derogat legi priori*“ findet keine Anwendung.

894 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 ;(...).*“

895 Siehe Pradel, Jean: *Droit Pénal Général*, édition Cujas, 2019, S. 151; Ambos, Kai: *Internationales Strafrecht*, S. 583 ff.

Zunächst stellt sich die Frage, welcher Lehre die UEMOA in ihrem Kartellrecht folgt. Die Union hat sich für ein „ambivalentes System“ entschieden, das Dualismus und Monismus kombiniert. Nach dem UEMOA-Kartellrecht stehen nationales Recht und Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nebeneinander; beide sind in Geltung. Der Grundsatz „*lex posterior*“ findet keine Anwendung. Dies ist eines der Elemente des rechtlichen Dualismus. Die Ambivalenz ergibt sich aus dem Verbot der Umwandlung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft in nationales Recht, da das Gemeinschaftsrecht ohnehin schon in Geltung und für die Mitgliedsstaaten verbindlich ist. Die nationalen Instanzen können und müssen das Gemeinschaftsrecht als per se für sie verbindliches und geltendes Recht anwenden. Die Möglichkeit der direkten Anwendung des Gemeinschaftsrechts der Union entspricht dem rechtlichen Monismus. Letztlich werden die beiden Rechtsordnungen als in Geltung verstanden und im Fall sich widersprechender Vorgaben dem Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang eingeräumt.

Das Wettbewerbsrecht weist die Besonderheit auf, dass jede Koexistenz zwischen nationalem und gemeinschaftlichem Recht zur Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen abgelehnt wird. Nach Ansicht des UEMOA-Gerichtshofs ist das Gemeinschaftsrecht ein zentralisierendes Recht, das jede Vereinbarung, Vereinigung oder abgestimmte Verhaltensweise oder jeden Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, die dazu führt, den Wettbewerb im Gemeinschaftsgebiet einzuschränken oder zu verzerren, in seinen Anwendungsbereich einbezieht.⁸⁹⁶ Obwohl es restriktiv erscheint, deckt das verbotene Verhalten in Art. 88 UEMOAV alle wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen ab, insbesondere Kartelle und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, und zwar auch, soweit sie durch Unternehmen begangen werden. Auch die Durchführungsbestimmungen zu Art. 88a und b des UEMOAV dürfen nur von Gemeinschaftseinrichtungen erlassen werden. Diese in Verordnungen statuierten Bestimmungen bilden ein sekundäres Wettbewerbsrecht, das einen normativen Rahmen für die Ausübung des Wettbewerbs zwischen Unternehmen in der UEMOA vorgibt. Die ausschließliche Zuständigkeit der UEMOA hat zur Folge, dass die Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen der Unternehmen ausschließlich in die Zuständigkeit der Union fällt. Die Regeln gelten auch für das Verhalten von Mitgliedstaaten, die sich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen schuldig gemacht haben, insbesondere für staatliche Beihilfen, die den Wettbewerb verfälschen können. In-

896 Näher dazu *Gavaldà, Christian/ Parléani, Gilbert*: Droit des affaires de l'Union européenne, 2. Auflage 1998, Litec, S. 215.

soweit weicht das Recht der UEMOA vom Wettbewerbsrecht der Europäischen Union ab, das eine Zusammenarbeit der Kommission mit den nationalen Wettbewerbsbehörden vorsieht.⁸⁹⁷

Trotz der ausschließlichen Zuständigkeit der UEMOA auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts unterfallen Strafsachen grundsätzlich der Souveränität der Nationalstaaten.⁸⁹⁸ Entsprechend wurden auf die UEMOA keine Kompetenzen zum Erlass von Kriminalstrafvorschriften übertragen⁸⁹⁹, auch wenn das Gemeinschaftsrecht einen starken Einfluss auf das nationale Strafrecht hat.⁹⁰⁰ Die Nationalstaaten, die sich für ein Zusammenleben entschieden haben, weil sie gemeinsame Interessen verfolgen, sollten die alleinige Kompetenz behalten, über kriminalstrafrechtliche Sanktionen zu entscheiden. Dennoch sollte die Aufteilung der materiellen Zuständigkeiten zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten den Strafrechtsbereich nicht gänzlich ausschließen und das Strafrecht nicht zu einem Tabubereich des Gemeinschaftsrechts machen.⁹⁰¹ Soweit nämlich das Strafrecht an Vorgaben des Gemeinschaftsrechts anknüpft, wirken sich Entscheidungen auf Gemeinschaftsebene sehr wohl auch auf das Strafrecht aus, insbesondere soweit die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, wettbewerbsstrafrechtliche Regelungen einzuführen.

Der UEMOAV scheint auf den ersten Blick für das Strafrecht⁹⁰² nicht von Bedeutung zu sein, da er keine Kriminalstraftaten oder -sanktionen enthält. Entsprechend sieht Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vor, dass die gemeinschaftsrechtlichen Geldbu-

897 Siehe Dannecker, Gerhard/Müller, Nadja: KSzW 2015, S. 281; Oppermann, Thomas/Classen, Dieter Claus/Nettesheim, Martin: Europarecht, S. 346 ff; Dannecker, Gerhard/Fischer-Fritsch, Jutta, Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 6 ff; Pradel, Jean, Droit pénal général, S. 154.

898 Siehe Frister, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 11 ff; Pradel, Jean: Droit pénal général, S. 151; Lombois, Claude: Droit pénal international, deuxième édition, Précis Dalloz, 1979, S. 48.

899 Siehe Lamy (de), Bertrand: Cahier du droit 2009, S. 596.

900 Siehe Boulloc, Bernard: in Levasseur, Georges: Droit pénal. Droit européen, (Mélanges), S. 103.

901 Siehe Satzger, Helmut: in Tiedemann, Klaus (Hrsg.): Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik, S. 73.

902 Der UEMOAV erlaubt es den Staaten nicht, in Strafsachen im ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Union einzugreifen. Die Kommission war in ihrem Schreiben, in dem sie um eine Stellungnahme zur Auslegung der Art. 88, 89 und 90 ersuchte, der Auffassung, dass die Staaten nur in anderen Angelegenheiten, insbesondere in Angelegenheiten des unlauteren Wettbewerbs, eingreifen können.

ßen und Zwangsgelder keinen strafrechtlichen Charakter haben.⁹⁰³ So erkennt die UEMOA-Kommission, ebenso wie die Kommission der Europäischen Union, an, dass das Strafrecht ein Gegenstand ist, der nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fällt, sondern in der Zuständigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten verbleibt.⁹⁰⁴ Der CJUEMOA bekräftigt diesen Grundsatz und sieht in ständiger Rechtsprechung das (Kriminal-)Strafrecht und die Strafprozessordnung in der alleinigen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Der Grundgedanke ist mit der traditionellen Konzeption der staatlichen Souveränität verbunden, deren Ausdruck das Recht auf Bestrafung *par excellence* ist. Die Nichteinmischung des Gemeinschaftsrechts in die Statuierung von Straftaten und Strafen entspricht dem verfassungsrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzip, das als Monopol des Gesetzgebers beim Erlass von Strafrechtsvorschriften verstanden wird.⁹⁰⁵ Diese Rechtslage ergibt sich aus dem Gemeinschaftsrecht unter Berücksichtigung der Kompetenzverteilung und des Gesetzlichkeitsprinzips in Strafsachen. Das Gesetzlichkeitsprinzip impliziert, dass nur Gesetze der Mitgliedstaaten die Strafen für jede Straftat festlegen können und dass das Recht, strafrechtliche Vorschriften zu erlassen, nur in der Hand des demokratisch unmittelbar legitimierten Gesetzgebers liegen kann. Das Gesetzlichkeitsprinzip wird insofern formal gesehen, als nur ein nationales Gesetz als Ausdruck der staatlichen Souveränität Straftaten und die dafür geltenden Strafen festlegen kann.

Als direkter Ausdruck der öffentlichen Gewalt ist das Strafrecht eng mit der Souveränität des Staates verbunden und verbleibt deshalb im nationalen Bereich, der vor Übergriffen des Gemeinschaftsrechts zu schützen ist.⁹⁰⁶ In dieser Hinsicht verdeutlicht das Gesetzlichkeitsprinzip, dass der strafrechtliche Bereich ein geschlossener Bereich des nationalen Rechts

903 Eine vergleichbare Bestimmung ist Art. 15 Abs. 4 der Verordnung Nr. 17 der Europäischen Gemeinschaft, die vorsieht, dass die Geldbußen der EU keinen strafrechtlichen Charakter haben.

904 Siehe CJUE 11. November 1981 Kassation, 203/80; CJUEMOA: Entscheidung Nr. 003/2000 vom 27. Juni 2000, Ersuchen um eine Stellungnahme der UEMOA-Kommission zur Auslegung der Art. 88, 89 und 90 UEMOAV. Im gleichen Sinne *Dannecker, Gerhard/Fischer-Fritsch, Jutta*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 6.

905 Siehe *Pradel, Jean*: *Droit pénal Général*, Cujas, 2019, S. 151 f; *Lombois, Claude*: *Droit pénal international*, S. 161 ff; *Dannecker, Gerhard*: in *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik*, Freiburg-Symposium, S. 148.

906 Siehe *Bore, Jacques*: in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André VITU*, Cujas, 1989, S. 25.

ist.⁹⁰⁷ Es handelt sich insbesondere auch um eine räumliche Eingrenzung, die den Ausschluss des Strafrechts von den auf das Gemeinschaftsorgan übertragenen Befugnissen rechtfertigt. Dieser Ausschluss ist verständlich, wenn man bedenkt, dass auf der Ebene der supranationalen Institution die Gesetzgebungsbefugnis bei den Vertretern der Regierungen liegt, die auf der Ebene des Ministerrates, dem Gesetzgebungsorgan der Union, sitzen. Das bedeutet, dass die nur mittelbar demokratisch legitimierte Exekutive auf Umwegen die legislative Funktion ausübt. Folglich ist das Strafrecht ein Gegenstand, der nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen kann, sondern aufgrund des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Gewaltenteilung, der der Nationalversammlung die Befugnis zum Erlass von Gesetzen verleiht, in der Zuständigkeit jedes Staates verbleibt.⁹⁰⁸

Um Willkür seitens der Exekutive zu vermeiden, sieht die Verfassung Benins in Art. 16 vor, dass niemand verhaftet oder angeklagt werden darf, es sei denn aufgrund eines Gesetzes, das vor den Taten, deren er beschuldigt wird, verkündet wurde. Daraus folgt, dass das Recht auf Bestrafung ein Souveränitätsmerkmal ist, dass die Staaten nur ungern aufgeben, weil es in einer gemeinsamen, aus Solidarität geborenen Organisation nicht selbstverständlich ist, dass das Wirtschaftsrecht notwendigerweise auch ein Sanktionssystem erfordert. Diese Position wird vom UEMOA-Gerichtshof vertreten, der in seinem Gutachten vom 27. Juni 2000 den Ausschluss des Wettbewerbsstrafrechts aus der Zuständigkeit der Union präzisierend feststellt und darauf hinweist, dass es im Rahmen der von den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Zuständigkeiten verblieben sei. In diesem Zusammenhang wird, ohne auf das Gesetzlichkeitsprinzip zu verweisen, festgestellt, dass die Mitgliedstaaten, kurz gesagt, weiterhin ausschließlich dafür zuständig sind, alle strafrechtlichen Maßnahmen zu ergreifen, um wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, Verstöße gegen die Regeln der Markttransparenz zu bestrafen. Der Gerichtshof hat jedoch ergänzend darauf hingewiesen, dass das Wettbewerbsstrafrecht der Staaten, die sich die Zuständigkeit in diesem Bereich vorbehalten haben, an das Gemeinschaftsrecht angepasst werden muss, um die strafbaren Handlungen zu bestimmen. Gleichwohl bleiben die Mitgliedstaaten sowohl für den Erlass von Strafgesetzen als auch für die strafrechtliche Sanktionierung zuständig.⁹⁰⁹

907 Siehe *Delmas-Marty, Mireille*: Le flou du droit, S. 15.

908 Siehe z.B. Art. 96 der Verfassung des Benins.

909 CJUEMOA: Stellungnahme Nr. 003/2000 vom 27. Juni 2000, Recueil 2008, S. 252.

Neben der ausschließlichen strafrechtlichen Zuständigkeit im Bereich des Wettbewerbsrechts behalten die Mitgliedstaaten weiterhin die Möglichkeit, wirtschaftspolizeiliche Vorschriften für alle Fragen des Wettbewerbsrechts,⁹¹⁰ d.h. Vorschriften über wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, zu erlassen. Die Rechtsliteratur hat jedoch diese allzu klare Unterscheidung zwischen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen (großes Wettbewerbsrecht) und wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen (kleines Wettbewerbsrecht) in Frage gestellt, indem sie gezeigt hat, dass vertikale Beziehungen zwischen Herstellern und Händlern zwangsläufig Auswirkungen auf horizontale Beziehungen haben.⁹¹¹ Alle Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Verbot der Verkaufsverweigerung, diskriminierender Verhaltensweisen, der Preisfestsetzung, Kopplung, illegaler Preisgestaltungen und des Verkaufs unter Selbstkosten sind abgedeckt. Generell sind diese als wettbewerbsbeschränkend bezeichneten Verhaltensweisen per se verboten, d.h. sie sind unabhängig von einer konkreten Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt generell untersagt. Dies rechtfertigt den Ausschluss der Zuständigkeit der Union in diesem Bereich. Diese Verbote scheinen sich auf die öffentliche Wirtschaftspolitik des jeweiligen Staates zu beziehen. Solange aber der Gemeinsame Markt nicht beeinträchtigt wird, besteht für die Union auch keine Notwendigkeit, rechtliche Maßnahmen zu ergreifen, um solche Verhaltensweisen zu verbieten. Solche Verbote sollen daher ausschließlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, denen es freisteht, den Inhalt ihrer Wirtschaftspolitik festzulegen.

Diese Argumentation ist jedoch aus verschiedenen Gründen nicht überzeugend: Erstens sind solche Verhaltensweisen schon per se verwerflich, weil sie die wirtschaftliche Freiheit in Frage stellen. Es ist jedoch nicht möglich, sie vom Markt zu trennen, da sie Teil des Rahmens für Vertragsabschlüsse sind. Mit anderen Worten, ist es unzutreffend, dass wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen nur den einzelnen Wirtschaftsteilnehmer betreffen, der zum Opfer wird, und nicht den ganzen Markt. Der Schaden für den Markt ist in dem Sinne offensichtlich, als einer seiner Akteure, ein potenzieller oder tatsächlicher Mitbewerber, nicht in der Lage ist, seine wirtschaftliche Tätigkeit ordnungsgemäß auszuführen und nicht auf gleicher Augenhöhe mit seinen Konkurrenten steht. Über den Schutz

910 Ngom, Mbissane: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 87 ff.

911 Siehe Riem, Fabrice: La notion de la transparence dans le droit de la concurrence, collection logiques juridiques, l'Harmattan 2002, S. 7.

des Auftragnehmers wird zugleich das Gleichgewicht des Wettbewerbs geschützt. Außerdem ist es widersprüchlich, die Einheitlichkeit der nationalen Märkte der Mitgliedstaaten innerhalb eines gemeinsamen Marktes zu bejahen und gleichzeitig den Staaten zu ermöglichen, Rechtsvorschriften zu erlassen, die nur auf ihrem nationalen Markt anwendbar sind. Dies rechtfertigt die Anerkennung der Kompetenz sowohl der UEMOA als auch der Mitgliedstaaten.

Der UEMOA-Gerichtshof hat bestätigt, dass das Strafrecht und die Strafprozessordnung grundsätzlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen. Nach Ansicht des CJUEMOA liegt eine ausschließliche Zuständigkeit vor, wenn ein bestimmter Interventionsbereichs einem Organ oder einer Organisation vorbehalten und zugeordnet wird, das bzw. die allein berechtigt ist, sie im gemeinsamen Interesse auszuüben.⁹¹² Der Begriff des globalen oder kollektiven Interesses, der der Stellungnahme des Gerichtshofs der Europäischen Union entnommen ist, gilt als Begründung für die ausschließliche Zuständigkeit, da sich hierin der Wille der Vertragsparteien zeigt, die Gemeinschaftsorgane allein mit der Verantwortung zu betrauen, ein rein gemeinschaftliches Interesse zu definieren und zu verwalten.⁹¹³ Im Zusammenhang mit der UEMOA muss diese Ansicht allerdings relativiert werden, da die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft durch die Auslegung ihrer nationalen Gerichte die Europäische Union dazu veranlassen haben, die strafrechtliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten anzuerkennen.⁹¹⁴ Dies ist bei der UEMOA nicht der Fall, in welcher auf nationaler Ebene nicht genug Gerichten gibt im Gegensatz zur Dynamik der europäischen nationalen Gerichte steht.

Das UEMOA-Kartellrecht gibt dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, die von privaten oder öffentlichen Unternehmen und von den Mitgliedstaaten begangen werden können, generell unter Strafe zu stellen.⁹¹⁵ Es handelt sich gleichwohl um einen Eingriff des Gemeinschaftsrechts in den strafrechtlichen Bereich, der in die Souveränität der Staaten fällt, weil auf Gemeinschaftsebene Geldbußen angedroht werden. Dies stellt in gewisser Weise eine Neutralisierung der traditionellen Strafbefugnisse der Staaten dar. Die Union hat die Wett-

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

913 Siehe *Valérie, Michel*, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, S. 171.

914 Siehe *Lorenzo, Salazar*: *Revue internationale de droit pénal* 2006, S. 39-51.

915 Art. 88 UEMOAV; CJUEMOA, Entscheidung Nr. 003/2000.

bewerbsverstöße zwar zum Gegenstand sanktionsbewehrter Verbote gemacht, definiert diese Sanktionsnormen aber nicht als Straftaten, sondern als Bußgeldtatbestände. Denn im Sinne von Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA über Kartellverfahren in der Union sind Geldbußen nicht strafrechtlicher Natur. Geldbußen sind aber auch nicht Sanktionen rein verwaltungsrechtlicher Natur. Im Ergebnis bedeutet dies, dass Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA den Staaten im Allgemeinen, anders als in der Europäischen Union, die Befugnis zur strafrechtlichen Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen teilweise entzogen hat, obwohl die Staaten die Bestrafung als einen grundsätzlich sensiblen Punkt ihrer Souveränität nicht auf die Union übertragen wollten.⁹¹⁶

Das UEMOA-Recht steht nicht im Widerspruch zur aktuellen Praxis auf dem afrikanischen Kontinent, insbesondere dem OHADA-Recht. Tatsächlich hat der OHADA-Vertrag eine Aufteilung der Kompetenzen zwischen der Organisation und den Nationalstaaten wie folgt vorgesehen. Die Nationalstaaten haben sich verpflichtet⁹¹⁷, strafrechtliche Sanktionen festzulegen, da das Strafrecht grundsätzlich in der nationalen Kompetenz verblieben ist.⁹¹⁸ Dies ermöglicht es, die souveränen Empfindlichkeiten der Staaten zu berücksichtigen, indem sie weiterhin die Zuständigkeit für die Sanktionierung durch ihre Gesetzbücher und Rechtsvorschriften in Strafsachen innehaben.⁹¹⁹ Die Mitgliedstaaten sind jedoch verpflichtet, die zu diesem Zweck erforderlichen Maßnahmen auch tatsächlich zu ergreifen. Insoweit kann von einer Anweisungskompetenz auf dem Gebiet des Strafrechts gesprochen werden. Der CJUEMOA bestätigte dieses Recht, als er in der Stellungnahme Nr. 003 vom 27. Juni 2000 erklärte, dass die Mitgliedstaaten befugt sind, strafrechtliche Maßnahmen gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu ergreifen. Die Mitgliedstaaten haben hiervon Gebrauch gemacht. So hat der Benin, neben der Kriminalisierung und Sanktionierung des unlauteren Wettbewerbs, Kartellrechtsverstöße auf dem Staatsgebiet des Benin unter Strafandrohung gestellt.⁹²⁰

916 Siehe *Dannecker, Gerhard/Jutta, Fischer-Fritsch*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 6.

917 Art. 5 des OHADA-Vertrags vom 17. Oktober 1993 über die Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Afrika in der am 17. Oktober 2008 in Quebec City überarbeiteten Fassung.

918 Siehe *Frister, Helmut*: Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 11 ff.

919 Siehe *Gueye, Babacar/ Nourou Tall Saidou/Kamto, Maurice*: Commentaire Traité OHADA, S. 33

920 Art. 6 und des Gesetzes Nr. 2016-25.

Die Nichteinhaltung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts stellt keine Straftat nach nationalem Strafrecht dar. Sie wird erst dann zu einer Straftat, wenn das Verhalten die öffentliche Ordnung des Staates stört, auch wenn der Verstoß in der Gemeinschaft begangen wird. Diese Verstöße werden dann von den nationalen Strafverfolgungsinstanzen verfolgt.

Die Kriminalisierung und Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen durch die nationalen Instanzen findet seine Rechtfertigung darin, dass die Union davon ausgeht, dass die Mitgliedstaaten für die strafrechtliche Verfolgung von Unternehmen verantwortlich sind, die sich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen schuldig gemacht haben und damit die öffentliche Ordnung des Staates, in dessen Hoheitsgebiet die Straftat begangen wurde, gestört haben. Die Störung der öffentlichen Ordnung in dem Mitgliedstaat ist jedoch nach dem Gemeinschaftsrecht nicht mit Geldbuße bedroht.

Daneben kann die Gemeinschaft Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht in Anwendung des UEMOA-Rechts mit Geldbußen ahnden. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen nicht gegeben, so erklärt der Gerichtshof, der für die Kontrolle des UEMOA-Rechts zuständig ist, die Geldbußen für nichtig.⁹²¹

In den nationalen Rechtsvorschriften sind die Grundsätze der Gemeinschaft zur Verfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen umgesetzt. So wird beispielsweise im Benin nach den Bestimmungen des Art. 74 des Gesetzes 2016-25 im Falle der Verfolgung von Kartellrechtsverstößen das Verfahren nach dem allgemeinen Recht durchgeführt. Es gelten die Verfahrensregeln der Strafprozessordnung. Die Täter solcher Verhaltensweisen werden zu Geldstrafen und Freiheitsstrafen verurteilt.⁹²²

bb. Die Risiken der doppelten Kompetenzen und Verfolgungszuständigkeiten

Das UEMOA-Gemeinschaftsrecht hat im UEMOA-Raum eine Verdopplung der wettbewerbsstrafrechtlichen Kompetenzen-Zuständigkeit der Gemeinschaft für das Bußgeldrecht und der Mitgliedstaaten für das Kriminal-

921 Art. 90 UEMOAV.

922 Nach Art. 74, 75, 76 des Gesetzes 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin.

strafrecht-herbeigeführt⁹²³ und zugleich die strafrechtlichen Kontrollmöglichkeiten erhöht.⁹²⁴ Die Diversifizierung der Strafgesetzgeber setzt voraus, dass neben den Staaten, die ursprünglich als einzige für den Erlass von Strafgesetzen zuständig waren, auch die Gemeinschaftsbehörden selbst Straftatbestände und Geldbußen festlegen können.⁹²⁵ Einige Vertreter in der Lehre⁹²⁶ vertreten die Auffassung, dass die traditionelle Formel, nach der das Strafrecht der Souveränität eines jeden Staates unterfällt, immer noch gelte und dass die strafrechtliche Souveränität der Staaten durch das Gemeinschaftsrecht mehr oder weniger offen beschnitten worden sei.⁹²⁷ Die Erosion des nationalen Strafrechtes durch das Gemeinschaftsrecht sei auf zwei Wegen erreicht worden, direkt und indirekt.

Einerseits habe das Gemeinschaftsrecht auf indirektem Wege den Staaten das Recht entzogen, ihre Bürger zu bestrafen.⁹²⁸ Diese Beeinträchtigung habe ihren Ursprung in der Aneignung des materiellen Gesetzlichkeitsprinzips durch den Gemeinschaftsrichter⁹²⁹ im Wege der Grundsätze

923 Der Wettbewerb findet zwischen dem nationalen Gesetzgeber, der die ursprüngliche Zuständigkeit für die Verhängung von Straftaten und Sanktionen sowie für die Festlegung der Strafrechtspolitik in seinem Hoheitsgebiet hat, und dem Gemeinschaftsgesetzgeber statt, der durch sein Sekundärrecht supranationale Normen schafft, wozu ihn der UEMOA-Vertrag gemäß den Art. 88, 89 und 90 ermächtigt.

924 Siehe *Lamy (de), Bertrand*: Cahier du droit 2009, S. 589-598.

925 *Dannecker, Gerhard/ Jansen, Oswald*: Steuerstrafrecht in Europa und den Vereinigten Staaten, S. 58 ff; *Fleischer, Romy Nicole*: Die Dynamik des Wettbewerbschutzes im US-amerikanischen, europäischen und australischen Kartellrecht, eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Sec.2 Sherman Act, Art. 102 AEUV und Sec.46 CCA 2010, S. 142 ff.

926 A.A. *M. Boscarelli*: Droit communautaire et droit pénal, S. 9; *Biancarelli, Jacques/ Maidani, Dominique*: RSC 1984, S. 260; *Bianconi, Lanfranco*: Revue du Marché Commun 1975, S. 1 ff.

927 *Giudicelli-Delage, Geneviève*: Introduction Générale, in Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges (Hrsg.): Le Droit Pénal de l'union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne, collection de l'UMR de droit comparé de Paris, Université de Paris 1 / CNRS - UMR 8103, Volume 28, 2012, S. 17.

928 *Zimmermann, Frank*: Strafgewalt Konflikte in der Europäischen Union, S. 32 ff.

929 In dem Urteil Strafverfahren gegen X verweist der EuGH nicht nur auf Art. 7, sondern auch ausdrücklich auf die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 25. Mai 1993, *Kokkinakis*, und vom 22. November 1995, *S. W. Royaume-Uni und C. R. c/Royaume-Uni* die diesen Ansatz festschreiben. (EuGH, 12. Dezember 1996, Strafverfahren gegen X, Rechtssache C-74/95 und 129/95, Slg. I-6609, S. 25); EGMR, *S. W.c. Royaume-Uni*, 22 November 1995, série A Nr. 335-B, § 35; *Beauvais Pascal*: Archives de politique criminelle 2007, S. 3-18.

der Unmittelbarkeit, des Vorrangs und der einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechtes und des Loyalitätsgrundsatzes, die ursprünglich keine strafrechtlichen Grundsätze bildeten, aber im strafrechtlichen Gebiet angelegt seien. Diese Aneignung sei im gemeinsamen Interesse gebildet worden, im Namen der gemeinschaftlichen Freiheiten und der Verhältnismäßigkeit und Nichtdiskriminierung. Daraus resultiere die Neutralisation von bestimmten nationalen strafrechtlichen Vorschriften und Sanktionen.⁹³⁰

Dies ist im UEMOA-Wettbewerbsrecht jedoch anders. Denn dem UEMOA-Gemeinschaftsgericht fällt es schwer, eine Rechtsprechung zu entwickeln, die eine Vorstellung vom Gesetzlichkeitsprinzip vermittelt.⁹³¹ Die Institutionen der UEMOA⁹³² konnten seit ihrer Gründung durch den UEMOAV im Jahr 1994 aufgrund mangelnder Praxis das Gesetzlichkeitsprinzip nicht aufgreifen und hierauf ihre Rechtsprechung stützten, wie es der europäische EuGH getan hat.

Andererseits ist auf direktem Wege das nationalstaatliche Strafrecht tangiert. Es wird durch die Einhaltung der Grundsätze der Assimilierung und der Nichtdiskriminierung beeinflusst, die den strafrechtlichen Schutz der Gemeinschaftsinteressen implizieren, wenn in denselben Bereichen entgegenstehende nationale Interessen bestehen.⁹³³ Diese Verpflichtung, welche ursprünglich aus dem prätorischen Recht stammt, bevor sie gesetzlich geregelt wurde, ist in der Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs verwurzelt, der das Recht auf Vorhersehbarkeit von Strafrechtsnormen in

930 Siehe *Giudicelli-Delage, Geneviève*: in Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges (Hrsg.): *Le Droit Pénal de l'union européenne au lendemain du Traité de Lisbonne*, collection de l'UMR de droit comparé de Paris, Université de Paris 1 / CNRS - UMR 8103, Volume 28, 2012, S. 17 ff.

931 *Bakhoun, Mor*: Rapport final 2012, S. 44.

932 Dazu gehören der Ministerrat, die Kommission und der Gerichtshof der UEMOA. Der Ministerrat erlässt nach Art. 89 UEMOAV die Verordnungen auf Vorschlag der Kommission, die für die Ausarbeitung der Verordnungsentwürfe und die Durchführung des Vertrags und des abgeleiteten Rechts unter Aufsicht des Gerichtshofs zuständig ist und die Einheitlichkeit bei der Auslegung des UEMOA-Rechts gewährleistet.

933 Auf der anderen Seite ist es auf direktem Wege das Recht, die betroffenen Staaten nicht zu bestrafen. Sie wird durch die Umsetzung der Grundsätze der Assimilation und Nichtdiskriminierung erreicht, die den strafrechtlichen Schutz der Gemeinschaftsinteressen implizieren, wenn in den gleichen Bereichen die nationalen Interessen davon profitieren.

Art. 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention verankert.⁹³⁴ In diesem Sinne soll die Straftat gesetzlich klar definiert werden, so dass der Einzelne aus dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmung und nötigenfalls mit Hilfe richterlicher Auslegung, erkennen kann, welche Handlungen und Unterlassungen eine Strafbarkeit begründen.⁹³⁵ Es handelt sich um einen Bruch mit dem legalistischen Modell, das dem nationalen Gesetzgeber die Befugnis erteilt, Strafrechtsnormen zu erlassen und dem Richter die zentrale Rolle zuweist, die Vorhersehbarkeit der strafrechtlichen Normen und Sanktionen zu gewährleisten. Der CJUEMOA und die UEMOA-Kommission scheinen diese Theorie zu unterstützen, da sie jedes Recht zur Intervention des nationalen Gesetzgebers in die Bestrafung von Kartellrechtsverstößen bestreiten. Wie bereits beobachtet, führt diese Theorie im UEMOA-Rechtsraum nicht nur zu einer Erosion des nationalen Rechts, sondern auch zu einem Anstieg supranationaler Normen. Das Strafgesetz hat im formellen Sinne im UEMOA-Raum, bezüglich der Bestrafung von Kartellrechtsverstößen, sein Monopol verloren. Dies ist der Ursprung einer gewissen „Unordnung der Quellen der Kriminalisierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen“, weil die Gemeinschaft keine umfassende Strafrechtspolitik ausgearbeitet konnte und durfte⁹³⁶, den Mitgliedstaaten aber gleichwohl vorschreibt, dass sie ihre strafrechtliche Zuständigkeit in diesem Bereich aufzugeben hätten. Daher kommt es zu einer ineffizienten Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen in der Gemeinschaft, einhergehend mit einem Ver-

934 Art. 7 EMRK „(1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. 2.Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.

(2) Dieser Art. schließt nicht aus, daß jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war.“

Dieser Artikel berührt nicht die Verhandlung und Bestrafung einer Person, die sich einer Handlung oder Unterlassung schuldig gemacht hat, die zum Zeitpunkt ihrer Begehung nach den allgemeinen von zivilisierten Nationen anerkannten Rechtsgrundsätzen strafbar war“; siehe im gleichen Sinne Art. 6 der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Volksrechte und Art. 16 der Beninischen Verfassung vom 11. Dezember 1990.

935 Beauvais, Pascal: Archives de politique criminelle 2007 S. 7.

936 De Lamy, Bertrand: Les Cahiers de droit 2009, S. 589-594.

stoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung der Mitgliedstaaten⁹³⁷ und die afrikanischen⁹³⁸ und internationalen⁹³⁹ Instrumente, die das Gesetzlichkeitsprinzip vorschreibt. Weil das UEMOA-Wettbewerbsrecht den Mitgliedstaaten die Zuständigkeit für den Erlass kartellrechtlicher Vorschriften und deren Sanktionen nimmt, trägt das UEMOA-Wettbewerbsrecht weder zur Stärkung des internen Ordre Public der Staaten bei, noch zur Schaffung eines gemeinsamen Ordre Public, sondern trägt zu einem Chaos im Bereich der strafrechtlichen Kartellrechtsnormen und -sanktionen bei. Bei der Umsetzung von Art. 5 UEMOAV und der Stellungnahme des Gerichtshofs haben die Mitgliedstaaten entgegen der Lehre der Kommission legislative Maßnahmen ergriffen, um wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu verbieten und unter Strafandrohung zu stellen.

Im europäischen Recht hat das Gemeinschaftsrecht nach herrschender Auffassung⁹⁴⁰ Vorrang vor nationalen Strafrechtsnormen. Im UEMOA-Recht herrscht die Theorie vor, dass der nationale Gesetzgeber gehindert ist, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen im Strafrecht zu verbieten und unter Strafandrohung zu stellen. Mitgliedstaaten teilen diese Auffassung zu Recht nicht, da sie zur „Lähmung der nationalen Vorschriften durch das Gemeinschaftsrecht“, zur Handlungsunfähigkeit des Gesetzgebers führt, weil Handlungen, die durch das Gemeinschaftsrecht nicht verboten sind, dem Zugriff des nationalen Gesetzgebers entzogen wären und nicht mehr verboten werden könnten.⁹⁴¹ Zutreffenderweise ist danach zu differenzieren, ob das Gemeinschaftsrecht eine abschließende Regelung treffen will (stand still-Gebot) oder ob dem nationalen Gesetzgeber weiterhin

937 Nach Art. 16 der beninischen Verfassung vom 11. Dezember 1990: „Nul ne peut être arrêté ou inculqué qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement aux faits qui lui sont reprochés (...)“. Verfassungsgericht Benins: Entscheidung DCC 11-067 vom 20. Oktober 2011; Entscheidung dcc 14-156 vom 19. August 2014 und Entscheidung dcc 14-199 vom 20. November 2014.

938 Art. 6 der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker lautet: "(...) Nul ne peut être privé de sa liberté sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminées par la loi; en particulier nul ne peut être arrêté ou détenu arbitrairement.“

939 Art. 11 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 bestimmt: "(...) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Ebenso darf keine schwerere Strafe als die zum Zeitpunkt der Begehung der strafbaren Handlung angedrohte Strafe verhängt werden.“

940 Pradel, Jean: Droit pénal général, S. 156; Lamy (de), Bertrand: Cahier du droit 2009, S. 589-598.

941 Näher dazu Pradel, Jean: Droit pénal general, S. 156-157.

möglich sein soll, eigenständige, weitergehende Verbotsregeln zu statuieren. Eine uneingeschränkte Anerkennung der soeben angesprochenen Theorie stellt die nationalen Gesetze, insbesondere im Bereich des Wettbewerbsrechts, in problematischer, nicht zu rechtfertigender Weise in Frage und hätte zur Folge, dass die Täter von Kartellrechtsverstößen generell nicht bestraft werden könnten.⁹⁴² Dies würde aber zu einer generellen Leugnung strafrechtlicher Sanktionen für Wettbewerbsverstöße führen⁹⁴³ – ein Ergebnis, das mit der staatlichen Souveränität auf dem Gebiet des Strafrechts nicht zu vereinbaren wäre.

Vielmehr ist festzustellen, dass das UEMOA-Wettbewerbsrecht eine wirksame Bestrafung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen dem nationalen Gesetzgeber belässt, der die Kompetenz für die Ausgestaltung des Kriminalstrafrechts innehat, und selbst nur das Wettbewerbsrecht regelt. So wird eine Aufteilung der Zuständigkeit zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten im Bereich der Kriminalisierung und Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen durch das nationale Recht gefördert⁹⁴⁴, selbst wenn das Gesetzlichkeitsprinzip im Gemeinschaftsrecht einen Partikularismus zulässt.

b. Der Partikularismus des Gesetzlichkeitsprinzips im Gemeinschaftsrecht

Das Gesetzlichkeitsprinzip weist im Verständnis der hier in Frage stehenden Staaten und der UEMOA insofern eine Besonderheit auf, als es in erster Linie eine Verpflichtung des Gesetzgebers statuiert⁹⁴⁵ und nicht, wie im europäischen Verständnis, ein Grundrecht der Betroffenen, das primär ein Abwehrrecht gegen den Staat ist. Hinzu kommt als weitere Besonderheit, dass es keinen Gemeinschaftsgesetzgeber *stricto sensu* gibt (aa), was

942 Bakhoun, Mor: Rapport 2012, S. 44 ff.

943 Indem der UEMOA-Gesetzgeber vorsieht, dass die in Art. 22 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vorgesehenen Strafen nicht strafrechtlicher Natur sind, schließt er Strafsachen aus der Zuständigkeit aus. Dies bedeutet, dass, entgegen einer Mindermeinung, die Gemeinschaftsbehörden keine Beschuldigungen erheben und keine strafrechtliche Sanktionen verhängen könnten (Art. 22 Abs. 4 der Verordnung 03/2002/CM/UEMOA).

944 Tiedemann, Klaus: Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, mit wichtigen rechtstexten, 3. Auflage, Vahlen, 2011, S. 120-121. Siehe ebenso Babacar Geyé/ Saidou Nourou Tall: Commentaire sous article 5 du Traité OHADA, S. 31-32.

945 Siehe Pradel, Jean: droit pénal général, Cujas 2019, S. 133.

die Frage nach der Befugnis der Union zum Erlass unmittelbar anwendbarer Strafnormen aufwirft (**bb**).

aa. Das Fehlen eines Gemeinschaftsgesetzgebers im engeren Sinne

Die Statuierung eines Straftatbestands fällt in die Zuständigkeit der Staaten. Im Gemeinschaftsrecht besteht keine formelle Gesetzgebungskompetenz.⁹⁴⁶ Das gleiche gilt auch für den UEMOA-Rechtsraum. Der Gesetzgeber ist derjenige, der das Gesetz erlässt und somit das Organ der Legislativen.⁹⁴⁷ Er zeichnet sich durch das Bemühen um „gründliche Kenntnis über die Seele des Volkes“ und durch eine Distanzierung von der politischen Macht aus. Er respektiert die Souveränität des Volkes, weil die Gesetze nicht abstrakt entstehen, sondern an die konkreten historischen Bedingungen, das Temperament der Menschen, die soziokulturellen Komponenten der Physionomie der Normadressaten angepasst werden. Diese Vorstellung beruht auf den Überlegungen Montesquieus, der die soziokulturellen Gegebenheiten als „*l'esprit de la nation*“ bezeichnet.⁹⁴⁸ Das Gesetz, gleich welcher Art, insbesondere wenn es strafrechtlicher Natur ist, soll auf das Temperament antworten und eine repressive Kriminalpolitik verfolgen. In einem Integrationsraum wie dem der UEMOA sind Normen ein Ergebnis, das durch Hinzufügen von für internationale Handlungen geeignete Regeln entsteht, durch die die nationalen, auf interne Beziehungen beschränkte Vorschriften verdrängt werden.

Im UEMOA-Rechtsraum gibt es keine absolute Verdrängung und Ersetzung des nationalen Gesetzgebers auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts, wodurch den Mitgliedstaaten die Kompetenz für die Regelung und Ausgestaltung der internationalen und nationalen Beziehungen aberkannt würde.⁹⁴⁹ Die Verträge geben im Prinzip den Institutionen Normen vor, die es ihnen ermöglichen, Normen sowie besondere Mechanismen zur Umsetzung dieser Normen zu entwickeln, die mit den von der UEMOA Gesetzen Zielen in Einklang stehen. Es handelt sich um eine supranationale Teilrechtsordnung, die auf die den Gemeinschaften zugewiesenen be-

946 Lombois, Claude: *Droit pénal international*, S. 51.

947 Cornu, Gérard: *Vocabulaire Juridique*, S. 600.

948 Lafrance ; Guy: *La figure du Législateur et l'idéal politique jacobin*, *Études françaises*, Vol. 25, Nr. 2-3, 1989, S. 90-91, abrufbar unter <http://id.erudit.org/iderudit/035786ar>.

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

grenzten Bereiche beschränkt ist.⁹⁵⁰ Wenn man das Gesetzlichkeitsprinzip in Strafsachen als Emanation des Gesetzes bewertet, das die Straftatbestände und Strafen festlegen soll, steht außer Frage, dass das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip dem Gemeinschaftsrecht fremd ist und bleiben muss. Ausgehend von der Prämisse, dass das Gemeinschaftsrecht ein Gesetz konventionellen Ursprungs ist,⁹⁵¹ wäre es angemessen, das Legalitätsprinzip im Gemeinschaftsrecht als das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung zu verstehen, die jedoch nicht wirklich ein Gesetz ist,⁹⁵² da Gemeinschaften ohne Volkslegitimation und ohne Gesetzgebungsbefugnis ein solches Gesetz nicht erlassen können. Die Existenz eines Gemeinschaftsgesetzgebers kann daher nur in einem weiteren Sinne verstanden werden, nämlich als Einrichtung, die befugt ist, eine Rechtsnorm zu formulieren oder zu erlassen. In dieser Hinsicht sieht Art. 5 UEMOAV⁹⁵³ vor, dass die Regelungsbefugnisse den Organen der Union zustehen, die den Erlass von Mindest- und Rahmenvorschriften fördern müssen und welche die Staaten nach Maßgabe ihrer jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften umsetzen müssen. In Art. 5 UEMOAV ist die Konferenz der Mitgliedstaaten gemäß Art. 19⁹⁵⁴ ermächtigt, zusätzlichen Rechtsakte zum Unionsvertrag zu erlassen, um den Vertrag zu ergänzen, ohne ihn ändern zu müssen. Der Minis-

950 *Pellet, Alain*: in M. Benlolo Carabot, U. Candaş, E. Cujo (dir.), *Union européenne et droit international*. S. 250. Es geht nämlich grundsätzlich darum, dass die Verträge den Organen sog. Betriebsvorschriften zur Verfügung stellen, die es ihnen ermöglichen, Normen auszuarbeiten und mit spezifischen Mechanismen die vorgegebenen Ziele durchzusetzen; hierbei handelt es sich um eine partielle Rechtsordnung, die sich auf die den Gemeinschaften ausschließlich zugewiesenen Bereiche beschränkt.

951 *Pellet, Alain*: *Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire*, Academy of European Law, Collected Courses of the Academy of European Law, Volume V, Book 2, S. 212.

952 *Lombos, Claude*: *Droit pénal international*, deuxième édition, Précis Dalloz, 1979, S. 151.

953 Art. 5 UEMOAV lautet: "*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.*"

954 Art. 19 UEMOAV lautet: "*La Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement prend, en tant que de besoin, des actes additionnels au Traité de l'Union. Les actes additionnels sont annexés au Traité. Ils complètent celui-ci sans toutefois le modifier. Leur respect s'impose aux organes de l'Union ainsi qu'aux autorités des Etats membres.*"

terrat erlässt gemäß Art. 22 des Vertrages⁹⁵⁵ einstimmig auf Vorschlag der Kommission alle zweckdienlichen Verordnungen oder Richtlinien. Die Organe der UEMOA, die für die Verabschiedung der Kartellrechtsvorschriften zuständig sind, verfügen nicht über die im nationalen Rechtsraum erforderliche Legitimität, um strafrechtliche Normen zu erlassen. Entsprechend enthalten die Bestimmungen des UEMOA-Wettbewerbsrechts, wie sie sich aus dem Vertrag und dem abgeleiteten Recht ergeben, keine zwingenden, sondern nur generelle Regelungen. Zu Recht schreibt Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vor, dass die im Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen Sanktionen nicht strafrechtlicher Natur sind.

Ebenso ist das UEMOA-Wettbewerbsrecht kein Recht, das durch Gerichte angewendet wird, sondern durch die Kommission umgesetzt wird, weshalb es der strengen Auslegung des Strafrechts nicht unterliegt. Tatsächlich könnte die Kommission keine strenge Auslegung im Hinblick auf das in den Verordnungen beschriebene Verfahren durchführen, wie es der nationale Richter könnte. Denn die strafrechtliche Rechtsprechung wendet in der Regel den aus der teleologischen Methode hergeleiteten Grundsatz der restriktiven Auslegung (*interprétation restrictive*) an.⁹⁵⁶ Demnach hindert das Fehlen eines Strafrechtsgesetzgebers auf Gemeinschaftsebene im engeren Sinne die wirksame Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen. Auch wenn das Gemeinschaftsrecht ein eigenes Recht ist, ist es in das nationale Recht der Mitgliedstaaten zu integrieren, wo es als übergeordnetes Recht umgesetzt wird.⁹⁵⁷ Das bedeutet also, dass die Union kein unmittelbar anwendbares Strafrecht erlassen kann, das den Mitgliedstaaten detaillierte Tatbestände und Rechtsfolgen vorschreiben könnte. Die Kompetenz hierfür liegt weiterhin in der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.⁹⁵⁸ Deshalb belässt das UEMOA-Recht im Bereich des Wettbewerbsrechts dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit, strafrechtliche Maß-

955 Nach Art. 22 UEMOAV: "*Toutes les fois que le présent Traité prévoit l'adoption d'un acte juridique du Conseil sur proposition de la Commission, le Conseil ne peut faire d'amendement à cette proposition qu'en statuant à l'unanimité de ses membres.*"

956 Pradel, Jean: *Droit pénal general*, S. 176-182.

957 Mégret, Jacques: *Revue internationale de droit comparé* 1967, S. 565-577.

958 Ambos, Kai: *Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäische Strafrecht. Rechtshilfe*, S. 576: "Die Union darf keine unmittelbar anwendbare Strafe erlassen, die zudem den Mitgliedstaaten so detailliert Tatbestand und Rechtsfolge vorgeben, dass ihnen kein Umsetzungsspielraum verbleibt."

nahmen zur Ahndung von Wettbewerbsverstößen zu ergreifen. Aber bedeutet dies auch, dass die Gemeinschaftsinstitutionen nicht in der Lage sind, (kriminal)strafrechtliche Sanktionen zu verhängen? Dies ist offensichtlich zu bejahen.

bb. Der allgemeine Charakter der Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen auf Gemeinschaftsebene

Im Allgemeinen legen die Gemeinschaftsgesetzgeber Mindestvorschriften und Rahmenverordnungen für einen bestimmten Bereich fest. Der UEMOAV ist hiervon nicht abgewichen, wenn Art. 5 vorsieht, dass die Organe der Union Rahmenvorschriften erlassen, die von den Mitgliedstaaten zu präzisieren sind. In diesem Sinne sieht Art. 88 UEMOAV die allgemeine Kriminalisierung von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen vor, die von den Mitgliedstaaten umzusetzen ist. Das Fehlen von Wettbewerbsstrafgesetzen in der UEMOA ist somit nicht zwingend durch den Vertrag vorgegeben, da dieser Vorbehalte in Strafsachen zulässt,⁹⁵⁹ auch wenn es dadurch zu einer Kompetenzübertragung auf die Gemeinschaft kommt, die dazu führt, dass den Mitgliedstaaten die Befugnis zum Erlass von Rechtsakten im Bereich des Wettbewerbs entzogen wird.⁹⁶⁰ Der strafrechtliche Vorbehalt stellt für die Staaten eine Garantie im Kampf gegen die strafrechtliche Verantwortungslosigkeit dar, da er die Ausgestaltung des Rechts entsprechend der Kultur jedes Staates ermöglicht. und die nationale Souveränität respektiert, indem er den Staaten das Monopol des Strafrechts überträgt und es aus dem Zuständigkeitsbereich der Gemeinschaft herausnimmt.⁹⁶¹ Dasselbe gilt für das UEMOA-Wettbewerbsrecht, das nicht nur die Mitgliedstaaten von ihrer Straferrichtbarkeit zu entbinden scheint, sondern auch keine Kriminalisierung oder Bestrafung von Wettbewerbsrechtsverletzungen vorsieht. Damit wird die Tatsache gefördert, dass die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen im UEMOA-Raum nicht zur Verantwortlichkeit gezogen werden. Aber in Wirklichkeit, *a fortiori*, ist der UEMOAV nicht gegen die Tatsache, dass die Staaten Maßnahmen zur Be-

959 *Bauchot, Bertrand*: Sanctions pénales nationales et droit international, S. 204.

960 *Mbissane, Ngom*: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 89 ff.

961 Siehe Stellungnahme des CJUEMOA Nr. 003 vom 27. Juni 2000; ebenso *Pradel, Jean*: Revue Juridique Thémis 2002, S. 246.

strafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen ergreifen können,⁹⁶² da er sie verpflichtet, in Übereinstimmung mit den Bestimmungen von Art. 7⁹⁶³ zur Erreichung der Ziele des Vertrags beizutragen, indem sie alle allgemeinen oder spezifischen Maßnahmen ergreifen. 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. Dies entspricht dem Prinzip des einfachen Schrankenprinzips, das die Koexistenz von zwei Wettbewerbsgesetzen, einem gemeinschaftlichen und einem nationalen, ausschließt. Diese endgültige Auslegung des Gerichtshofs steht nicht im Einklang mit Art. 7 des Vertrags, der die Staaten ermächtigt, ergänzende Maßnahmen zu ergreifen, sofern sie die Ziele des Gemeinsamen Marktes nicht behindern.

So sind die UEMOA-Mitgliedstaaten dem Geist und Zweck des Vertrages treu geblieben, indem sie auf nationaler Ebene die strafrechtliche Verantwortlichkeit für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen geregelt haben. Dies ist in Togo der Fall, wo Art. 53 des Gesetzes vom 28. Dezember 1999 die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen mit einer Geldstrafe und einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten bis zu zwei Jahren oder mit einer dieser beiden Strafen bedroht, wenn sie eine oder mehrere der in Art. 36 dieses Gesetzes vorgesehenen Straftaten begehen. In Benin sieht das Gesetz Nr. 2016-25 keinen ausdrücklichen Betrag vor, sondern ermächtigt die zuständigen Gerichte, die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen durchzusetzen.

962 Ebenso Mbissane, Ngom, *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence*, S. 90; siehe auch 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*, S. 50 ff; Tiedemann, Klaus: *Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil* § 5, Rn. 158-162; 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.

963 Art. 7 TUEMOA sieht vor : « *Les Etats membres apportent leur concours à la réalisation des objectifs de l'Union en adoptant toutes mesures générales ou particulières, propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent Traité. A cet effet, ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de faire obstacle à l'application du présent Traité et des actes pris pour son application.* »

Daneben kennt das Gemeinschaftsrecht Geldbußen, die quasi-strafrechtlicher Natur sind.⁹⁶⁴ Hier folgt das Gemeinschaftsrecht dem Vorbild der EU, die in Art. 83 des Vertrags von Amsterdam vorsah, dass mittels Verordnung des Ministerrats Geldbußen und Zwangsgelder eingeführt werden können, die von der Kommission verhängt werden und vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften kontrolliert werden.⁹⁶⁵ Art. 89 UEMOAV folgt dieser Logik des Vertrags von Amsterdam. Zwar sieht die Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA ausdrücklich vor, dass Geldbußen keinen strafrechtlichen Charakter haben. Diese Geldbußen sind jedoch Ausdruck der Missbilligung des beobachteten Verhaltens; ihre Regelung ist insofern strafrechtlicher, nicht kriminalstrafrechtlicher Art.

Es mangelt also nicht an einer generellen 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 heute kein Problem mehr darstellt.

Wenn auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts bußgeldrechtliche Sanktionen wegen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nach der Verordnung Nr. 03/UEMOA/CM/2002 verhängt werden sollen, stellt sich die Frage, ob dieses Vorgehen vom Gesetzesvorbehalt gedeckt ist. Diese Verordnung ist in ihrer Gesamtheit verbindlich und gilt unmittelbar in allen Mitgliedstaaten. Erforderlich ist allerdings, dass der Gesetzgeber nicht unklare Tatbestände normiert. Dies gilt auch dann, wenn die Zuständigkeit an eine andere Stelle delegiert wird oder wenn die anwendbaren Sanktionen und das Verfahren nicht hinreichend bestimmt geregelt ist. Gesetzgeber der Union ist der Ministerrat⁹⁶⁶, er ist eine Regierungsinstitution und das wichtigste Entscheidungsorgan der UEMOA. Damit stellt er innerhalb der Union sowohl die Exekutive als auch die Legislative dar. Dass der Rat der ausschließliche Gesetzgeber der Union ist, zeigt sich in seiner Kompetenz, Verordnungen und Richtlinien zu erlassen. Diese Rechtsakte sind im Sinne des Art. 42 UEMOAV die wichtigsten Rechtsakte der Union. Die Verordnungen sind die Hauptquelle des Gemeinschaftsrechts. Sie haben unmittelbare Wirkung und sind in all ihren Teilen verbindlich. Sie genießen gegenüber dem nationalem Recht Anwendungsvorrang.⁹⁶⁷ Weiterhin

964 Siehe *Pradel, Jean*: *Revue Juridique Thémis* 2002, S. 267.

965 Siehe *Jean, Pradel/ Geert, Corstens/ Gert, Vermeulen*: *Droit pénal européen*, note 65, Nr. 477 ff.

966 Siehe *Pescatore, Pierre*: *CDE* 1978, S. 394.

967 Siehe *Pradel, Jean*: *Droit pénal Générale*, Cujas 2019, S. 153.

kann der Rat Richtlinien erlassen, die das Instrument zur Harmonisierung und Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften sind, da sie nur hinsichtlich des Ergebnisses verbindlich sind und es den Mitgliedstaaten überlassen ist, den Rechtsakt selbst zu bestimmen.⁹⁶⁸

Bezüglich der Ausgestaltung des Strafrechts verpflichtet der Gesetzlichkeitsgrundsatz den Rat zur Erstellung eines Strafenkatalogs. Genauer gesagt treffen ihn drei Aufgaben: Erstens muss er möglichst präzise Regelungen verfassen, um die Versuchung bestimmter Richter zu neutralisieren, sie übermäßig weit oder eng zu verstehen. Zu diesem Zweck muss das verbotene Verhalten klar definiert werden. Diese Bedingung ist erfüllt, wenn der Betroffene aus dem Wortlaut der betreffenden Bestimmung und gegebenenfalls aus deren Auslegung durch die Gerichte erkennen kann, welche Handlungen und Unterlassungen eine Strafbarkeit begründen.⁹⁶⁹ Das Problem liegt in der fehlenden Bestimmtheit der vom Rat erlassenen Rechtsakte. Unklar ist vor allem die Rechtsnatur der vom Ministerrat vorgesehenen Kartellrechtsverstöße.⁹⁷⁰ Für den Bürger ist es schwierig zu erkennen, wann er gegen die Bestimmungen der Art. 3 und 4 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA verstößt, die Art. 88 des UEMOAV konkretisieren und ob er gegen eine straf-, verwaltungs- oder zivilrechtliche Norm verstößt. Denn anstatt die Verbotsregelung des Art. 88 UEMOAV zu präzisieren, werden lediglich die Kategorien der wettbewerbswidrigen Vereinbarungen und des Missbrauchs markbeherrschender Stellungen definiert, ohne zu bestimmen, inwiefern diese Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht darstellen.⁹⁷¹ Entscheidend ist aber nicht, ob eine bessere Umsetzung möglich gewesen wäre, sondern dass das Ziel erreicht wird.⁹⁷² Dies ist der Fall, wenn die Normadressaten eindeutig aus dem erlassenen Gesetz erkennen können, welche Verhaltensweisen und Unterlassungen eine Strafbarkeit begründen. Folglich wird der Rat wie auch der nationale Gesetzgeber, jedes Mal, wenn er seine Kompetenz nicht ausschöpft, in seiner

968 Siehe Ngom, Mbissane: *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence*, S. 73.

969 Siehe EGMR, 25. Mai 1993, Kokinas gegen Griechenland, Serie A, Nr. 260-A, § 52; Pradel, Jean: *Droit pénal général*, S. 134.

970 Art. 88 UEMOAV; Art. 3 und 4 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

971 In diesen Artikeln werden nämlich nicht die in Art. 88 des Vertrags vorgesehenen Verbotsregelungen präzisiert, sondern lediglich die Kategorien von Vereinbarungen, Kartellen und marktbeherrschenden Stellungen definiert, ohne zu sagen, inwiefern diese Verbote Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht darstellen.

972 Galletti, Florence: *Revue française de droit constitutionnel* 2004, S. 401.

Zielsetzung konterkariert.⁹⁷³ Das partielle Schweigen des Ministerrats bei der Ausgestaltung der Norm bedeutet daher ein Verkennen der gesetzgeberischen Kompetenz, die einer effektiven Verfolgung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen entgegensteht.

Der Ministerrat muss, wie jeder Gesetzgeber, rückwirkende Normen vermeiden.⁹⁷⁴ Das Rückwirkungsverbot ist in Art. 88 UEMOAV geregelt, der anordnet, dass die vorgesehenen Verstöße erst nach dem Inkrafttreten des Vertrages verboten sind. Der Gesetzgeber kann jedoch rückwirkend weniger strenge Normen einführen. Nur Strafschärfungen dürfen nicht rückwirkend erlassen werden.⁹⁷⁵

Schließlich muss der Gesetzgeber die Delegation auf die Exekutive minimieren. Da es im Gemeinschaftsrecht um einen Staat geht, sondern um eine Gemeinschaft von Staaten, ist eine Delegation auf die nationalen Gesetzgebungsorgane zulässig. Eine solche Delegation auf die nationalen Gesetzgeber kann in einem Schweigen des Gemeinschaftsgesetzgebers zum Ausdruck gebracht oder aber ausdrücklich angeordnet werden. Hingegen kann der Ministerrat die Rechtssetzung nicht durch sein Schweigen vornehmen. In diesem Fall verzichtet er darauf, von seiner Kompetenz Gebrauch zu machen.⁹⁷⁶ Wenn der Ministerrat auf ein anderes Gesetz oder eine Verordnung verweist, trägt er dem Gesetzlichkeitsprinzip Rechnung. Es handelt sich um das System der Referenzstrafe, das zwei Modalitäten umfasst. Einerseits kann ein Artikel innerhalb eines Rechtsaktes die beschuldigten Verhaltensweisen darstellen und ein anderer Artikel die Sanktionen zur Bestrafung der in Bezug genommenen Verstöße vorsehen (unechtes Blankettgesetz). Andererseits kann das Gesetz, das eine Verhaltensweise verbietet, auf eine Sanktionsandrohung in einem anderen Gesetz verweisen (echtes Blankettgesetz).⁹⁷⁷ Letzterer Sanktionsmechanismus erscheint im Kontext der Gemeinschaft, besonders der UEMOA, als besonders angemessen.

Auch bezüglich der Sanktionen ist der Gesetzgeber verpflichtet, sie genau zu bestimmen und in dem Gesetz vorzuschreiben, das Verbote enthält. Art. 88 UEMOAV verbietet alle Vereinbarungen von Unternehmen und jeden Missbrauch einer markbeherrschenden Stellung, die bezwe-

973 *Priet, François*: RFDC 1994, S. 67.

974 *Beauvais Pascal*: Archives de politique criminelle 2007, S. 6.

975 Verfassungsrat *von Frankreich*: Beschluss vom 11. bis 12. Oktober 1984, R.S.C., 1985, S. 341.

976 *Priet, François*: RFDC 1994, S. 67.

977 *Pradel, Jean*: Droit pénal général, S. 133-135.

cken, den Wettbewerb innerhalb der Union zu beschränken oder zu verfälschen, oder dies bewirken. Die Art. 22 und 23 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA sehen die Sanktionen zur Bestrafung der in Art. 88 UEMOAV vorgesehenen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen vor. Allerdings bestimmt Art. 22 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA nicht die Natur der vorgesehenen Sanktionen, sondern besagt nur negativ, dass sie nicht strafrechtlicher Natur sind. Genau hier stellt sich das Problem der Pflichtverletzung durch den Ministerrat. Das Schweigen über die Art der Sanktionen ermöglicht es dem Betroffenen nicht, die Modalitäten und den Umfang seiner Haftung im Falle eines Verstoßes gegen die in Art. 88 UEMOAV vorgesehenen Straftaten klar zu erkennen. Mit diesem Schweigen hat der Rat seine Befugnis zum Erlass von Normen nicht vollständig ausgeschöpft. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass das Schweigen der Verordnung so verstanden werden könnte, dass die in Art. 22 Abs. 4 vorgesehene Sanktion auch nicht verwaltungsrechtlicher Natur ist. Wie oben dargelegt, ist die in dieser Verordnung vorgesehene Sanktion tatsächlich strafrechtlicher Natur im weiteren Sinne, da sie dazu bestimmt ist, die Verhaltensweisen zu sanktionieren. Man könnte aber auch argumentieren, dass die Bestimmungen der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA dem Geist der Art. 88 und 89 UEMOAV widersprechen.

Der Grundsatz der fehlenden autonomen Strafgerichtsbarkeit der Gemeinschaft hindert den Gemeinschaftsgesetzgeber nicht daran, Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen und insbesondere die Verpflichtung vorzusehen, schwere Verstöße gegen Gemeinschaftsvorschriften⁹⁷⁸ zu ahnden. Anstatt die Festlegung strafrechtlicher Sanktionen an die Mitgliedstaaten zu delegieren, hätte der Ministerrat also Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Strafrecht der Mitgliedstaaten selbst ergreifen und die Mitgliedstaaten zur Umsetzung verpflichten können, wie dies in der OHADA⁹⁷⁹ und in Europäischer Union⁹⁸⁰ der Fall ist. Die Staaten haben im Rahmen des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue die Pflicht, alles zu tun, um die Wirksamkeit der Gemeinschaftsvorschrift

978 Dannecker, Gerhard: in Stumpf / Kainer / Baldus (Hrsg): Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht, Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration, Festschrift für Müller-Graff zum 70. Geburtstag, S. 583; Hecker, Bernd: Europäisches Strafrecht, S. 142.

979 Art. 5 des OHADA-Vertrages von 1993, S. 31-32 ; Gueye, Babacar/ Tall, Saidou, Nourou: commentaire sous article 5 du Traité OHAHDA.

980 Lombois, Claude: Droit pénal international, deuxième édition, Précis Dalloz, 1979, S. 161; Pradel, Jean: Revue Juridique Thémis 2002, S. 246.

ten zu gewährleisten.⁹⁸¹ Dies kann auch bedeuten, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen. In der Rechtssache der *Griechischer Mais*, hat der Europäische Gerichtshof dies deutlich gemacht. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Gemeinschaftsverordnungen keine spezifischen Bestimmungen enthalten, die Sanktionen bei Verstößen vorsehen oder auf nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften verweisen, so dass die Mitgliedstaaten gemäß Art. 7 UEMOAV verpflichtet sind, alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Tragweite und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.⁹⁸²

Auch wenn die Mitgliedstaaten weiterhin selbst die Sanktionen festlegen können, müssen sie insbesondere dafür Sorge tragen, dass Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht unter materiellen und verfahrensrechtlichen Bedingungen geahndet werden, die denjenigen entsprechen, die für Verstöße gegen nationales Recht von ähnlicher Art und Bedeutung gelten und die in jedem Fall gewährleisten, dass die Sanktion wirksam, verhältnismäßig und abschreckend ist.

Außerdem müssen die nationalen Behörden in Bezug auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht mit derselben Sorgfalt vorgehen, die sie bei der Umsetzung der entsprechenden nationalen Rechtsvorschriften anwenden.⁹⁸³ Das nationale Strafrecht wird dann in den Dienst der wirksamen Anwendung des Gemeinschaftsrechts gestellt werden. Zwar bleibt es grundsätzlich den Mitgliedstaaten überlassen, Art und Höhe der Sanktionen zu bestimmen, doch müssen sie unbedingt wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Die Gemeinschaftsgerichte würden also nicht zögern, nationale Sanktionen zu verhängen, die sich entweder von denen für vergleichbare Verstöße gegen das nationale Recht unterscheiden oder

981 EuGH 17. Dezember 1970 Scheer, 30/70, Slg. 1970, S. 01125; 10. Juli 1990 Hansen, C-326/88 Slg. 1990, S. I-2911; 18. Oktober 2001 Kommission gegen Irland, C-354/99, Slg. 2001, S. I-7657.

982 Art. 7 UEMOAV.

983 Dies gilt insbesondere für die Europäische Union; siehe EuGH, 21. September 1989, Kommission gegen Griechenland, 68/88, Slg. 1989, S. 2965. Siehe insbesondere Bemerkungen, Constantinesco (V.), JDI 1990, 453. Diese Verpflichtung zur Übereinstimmung der Sanktionen, die durch die Formel "ähnlich wie bei Verstößen gegen nationales Recht ähnlicher Art und Bedeutung" unterstrichen wird, ist inzwischen für den Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft im Vertrag selbst ausdrücklich vorgesehen (Art. 280 EGV).

nicht ausreichend sind, um die volle Wirkung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.⁹⁸⁴

Was das Verfahren betrifft, muss der Gesetzgeber die zuständigen Organe und die Verfahrensvorschriften bestimmen.⁹⁸⁵ Zu diesem Zweck sollten die spezifischen Verfahrensregeln auf die Beeinträchtigungen des Wettbewerbsrechts ausgerichtet sein. Hierfür sollten spezifische Verfahrensregeln erlassen werden, die den Besonderheiten des Wettbewerbsrechts Rechnung tragen. Hier können Änderungen und Ergänzungen strafverfahrensrechtlicher Regelungen geboten sein, die dem grenzüberschreitenden Charakter der Wettbewerbsverstöße Rechnung tragen.

Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das Strafverfahrensrecht der Mitgliedstaaten erfordern eine sorgfältige verfassungsrechtliche Prüfung und gegebenenfalls sogar eine vorherige Änderung der Verfassung. Da das UEMOA-Wettbewerbsrecht jedoch bislang keine Vereinheitlichung der strafrechtlichen Verfahrensnormen für die Ahndung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen vorsieht, ist es Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, solche Regeln einzuführen, da jeder Bürger das Recht hat, nicht nur zu wissen, was verboten ist und was er riskiert, wenn er sich dem Rechtsstaat widersetzt, sondern auch zu wissen, wer seine Richter sind und wie sie ihn bestrafen. Unter diesem Gesichtspunkt impliziert das Gesetzlichkeitsprinzip qualitative Bedingungen, die die Vorhersehbarkeit des Strafrechts gewährleisten.⁹⁸⁶ Hingegen gilt die Vorhersehbarkeit nicht für die verfahrensrechtlichen Vorschriften. Es ist Aufgabe der UEMOA-Mitgliedstaaten, diese rechtsstaatlichen Vorgaben zu gewährleisten, damit Verfahrensregeln existieren, denen der Bürger unterworfen wird, wenn er eine Straftat begangen hat, die eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise darstellt. Insofern gilt das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip nicht, wohl aber der allgemeine Gesetzesvorbehalt.

Die Umsetzung des Gesetzlichkeitsprinzips durch den UEMOA-Gemeinschaftsgesetzgeber im Bereich des materiellen Strafrechts ist noch keineswegs allgemein erfolgt. Auch wenn das Strafrecht im mitgliedstaatlichen Hoheitsbereich verbleiben ist,⁹⁸⁷ übt die Union in den ihr von den Verträgen zugewiesenen Zuständigkeitsbereichen eine eigene Supranatio-

984 EuGH 10. 4. 1984, Von Colson und Kamann, 14/83, Slg. 1984, S. 1891; 28. 1. 1999 Unilever, C-77/978 Juli 1999, Nunes, C-186/98, 1999 I-00431.

985 Pradel, *jean*: *Revue Juridique Thémis* 2002, S. 133-135.

986

987 CJUEMOA: Stellungnahme Nr. 003/2000 vom 27. Juni 2000, Recueil 2008, S. 244-258.; Urteil vom 11. November 1991, Französischer Kassationsgerichtshof, 203/80, Slg. 1991, S. 2595.

nale Hoheitsgewalt aus, die einen Durchgriff in den mitgliedstaatlichen Hoheitsbereich ermöglicht.⁹⁸⁸ Dies bedeutet, dass die Rechtsetzungsorgane der UEMOA sanktionsrechtliche Rechtsakte erlassen können, die gegenüber dem nationalen Recht Vorrang genießen und in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar sind. Dies wirft aber die Frage nach der Wirksamkeit des Gesetzlichkeitsprinzips auf nationaler Ebene in solchen Fällen gemeinschaftsrechtlicher Einflussnahme auf.

2. Das Gesetzlichkeitsprinzip auf nationaler Ebene

Die UEMOA setzt den Gesetzlichkeitsgrundsatz im Kartellrecht um, indem sie die Rechtswidrigkeit wettbewerbswidriger Verhaltensweisen erklärt und alle Handlungen verbietet, die eine Behinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Rahmen des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Gleiches gilt für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.⁹⁸⁹ Die damit verbundene Einmischung des Gemeinschaftsrechts in den Zuständigkeitsbereich des nationalen Gesetzgebers spiegelt sich in dem allgemeinen Verbot wettbewerbswidriger Verhaltensweisen wider, das die Mitgliedstaaten auf nationaler Ebene festlegen müssen, indem sie die zu diesem Zweck erforderlichen legislativen Maßnahmen ergreifen. Daher ist die Frage der Kriminalisierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen auf nationaler Ebene zu prüfen (a), und zwar unter Berücksichtigung der Täter, die nach dem UEMOA-Wettbewerbsrecht natürliche und Personen sein können (b).

a. Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen in den nationalen Vorschriften

Kriminalisierung ist der Akt des Gesetzgebers, der ein Verhalten unter Strafe stellt. Die Kriminalisierung wettbewerbswidriger Handlungen kann mangels kriminalstrafrechtlicher Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers nur auf nationaler Ebene erfolgen. So sieht Art. 6 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs im Benin zunächst vor, dass der nationale Wettbewerbsrat alle Verfahren und Untersuchun-

988 *Leger, Philippe*: in Puissechot, Jean-Pierre (Mélanges), *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui*, S. 163-165.

989 Art. 88 UEMOAV; Art. 3 und 4 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

gen zu wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen einleiten und durchführen kann, die zu einer Einschränkung oder Verzerrung des Wettbewerbs im Staatsgebiet führen. In Art. 7 desselben Gesetzes sind die verschiedenen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen wie wettbewerbswidrige Vereinbarungen, der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und staatliche Beihilfen aufgeführt. Die Art. 8 und 9 sehen verschiedene Arten von Verhaltensweisen vor, welche die Straftat eines rechtswidrigen Kartells oder den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen können. Da es jedem Gesetzgeber freisteht, die Gemeinschaftsnorm in die nationale Rechtsordnung umzusetzen, haben einige Gesetzgeber in den UEMOA-Mitgliedstaaten nur die Höhe der Geldbußen geregelt, während andere auf das Gemeinschaftsrecht Bezug nahmen.

Die Kompetenzen der Gemeinschaft waren ursprünglich strikt auf wirtschaftliche Fragen und die Gestaltung eines Gemeinsamen Marktes beschränkt. Das Wettbewerbsstrafrecht sollte weiterhin in die Zuständigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten fallen.⁹⁹⁰ Gleichwohl ergeben sich aus dem Gemeinschaftsrecht gewisse Einschränkungen der Souveränität der Mitgliedstaaten der UEMOA auf dem Gebiet des Strafrechts, das im Dienst des Gemeinschaftsrechts dessen Durchsetzung zu unterstützen hat. Aus diesem Grund wurde die Ausübung der nationalen Sanktionsbefugnis schrittweise von dem Gemeinschaftsrecht gesteuert.⁹⁹¹

Nach dem UEMOA-Recht üben die Staatschefs Konferenz und der Ministerrat die gesetzgebende Gewalt aus und nicht das UEMOA-Parlament. Nach Art. 20 UEMOAV sorgt der Ministerrat der Union nämlich für die Umsetzung der von der Konferenz der Staats- und Regierungschefs festgelegten allgemeinen Leitlinien. Art. 24 UEMOAV gibt dem Rat die Möglichkeit, der Kommission die Annahme von Verordnungen zur Durchführung der von ihm erlassenen Rechtsakte zu übertragen. Art. 42 UEMOAV sieht vor, dass der Rat Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen erlässt; er kann auch Empfehlungen und/oder Stellungnahmen abgeben. Und in Art. 89 heißt es, dass der Rat mit Zweidrittelmehrheit seiner Mitglieder auf Vorschlag der Kommission unmittelbar nach Inkrafttreten dieses Vertrags durch Verordnungen geeignete Vorschriften erlässt, um die Anwendung der in Art. 88 vorgesehenen Verbote zu erleichtern. Diese

990 CJUEMOA: Stellungnahme Nr. 003/2000 vom 27. Juni 2000, Recueil 2008, S. 244-258; Französischer Kassationsgerichtshof, Urteil vom 11. November 1991, 203/80, Slg. 1991, S. 2595.

991 Siehe *Leger, Philippe*: in Puissechet, Jean-Pierre (Mélanges), *L'Etat souverain dans le monde d'aujourd'hui*, S. 163-165.

Vorgaben hat die Kommission bei der Ausübung des ihr durch Art. 90 übertragenen Mandats zu befolgen sowie die Geldbußen und Zwangsgelder bei Verstößen gegen die Verbote des Art. 88 zu verhängen. Sie kann auch Vorschriften zur Präzisierung der Verbote aus Art. 88 erlassen. In diesem Zusammenhang muss der Ministerrat die verbotenen Handlungen normieren und die zu verhängenden Strafen vorsehen. Dies hat er mit den Verordnungen Nr. 02/2002/CM/UEMOA und Nr. 03/2002/CM/UEMOA getan.

Nach der Verabschiedung allgemeiner Regeln zur Kriminalisierung von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht auf Gemeinschaftsebene durch den Ministerrat war es dann Aufgabe der nationalen Gesetzgeber, spezifische strafrechtliche Vorschriften zu erlassen und die Sanktionen für solche Verstöße festzulegen. Aufgrund der Freiheit jedes Gesetzgebers hinsichtlich der Art und Weise der Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben mussten einige Gesetzgeber der UEMOA-Mitgliedstaaten die Höhe der zu verhängenden Geldbußen regeln, während andere diesbezüglich auf das Gemeinschaftsrecht verwiesen haben.

Im Folgenden werden zunächst die gesetzlichen Verbote wettbewerbswidrigen Verhaltens nach nationalem Recht dargestellt und analysiert (aa). In einem zweiten Schritt werden die gesetzlichen Regelungen der Sanktionen für Wettbewerbsverstöße untersucht (bb).

aa. Die gesetzlichen Regelungen der Kartellrechtsverstöße in den nationalen Rechtsordnungen

Aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts sind die nationalen Gesetzgeber verpflichtet, gemeinschaftsrechtliche Definitionen dieser Verhaltensweisen zu berücksichtigen, auch wenn sich die Straftat nicht auf die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen verweist. Gemeinschaftsrechtliche und nationale Verbote wettbewerbswidrigen Verhaltens haben somit einen vergleichbaren Anwendungsbereich und vergleichbare Definitionen, da das Verbot jedes Unternehmen, im Sinne der Definition der Gemeinschaft, betrifft. Wettbewerbswidrig können sowohl horizontale als auch vertikale Kartelle sein.

In Umsetzung des Gemeinschaftsrechts sieht Art. 8 des Gesetzes Nr. 2016-25 im Benin wie Art. 88a und b UEMOAV vor, dass wettbewerbswidrige Vereinbarungen alle Vereinbarungen, Zusammenschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen darstellen, die eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder be-

wirken. Rechtswidrige Vereinbarungen bedürfen daher einer rechtlich strukturierten oder konzertierten Willensvereinbarung. Die Anforderungen an den Nachweis einer solchen Vereinbarung sind nicht hoch, so dass paralleles Verhalten oder die Teilnahme an gemeinsamen Meetings ausreichen können. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ist gemäß Art. 9 des Gesetzes Nr. 2016-25 der Missbrauch einer beherrschenden Stellung auf dem nationalen Markt oder einem wesentlichen Teil davon, durch ein oder mehrere Unternehmen. Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung stellt somit eine materielle Straftat nach beninischem Wettbewerbsrecht dar. Daraus folgt, dass die Erfüllung der materiellen Tatbestandsmerkmale allein ausreicht, um sich des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Staatsgebiet schuldig zu machen. Dieser in Art. 9 des Gesetzes Nr. 2016-25 festgelegte Grundsatz verbietet nicht die beherrschende Stellung auf dem nationalen Markt an sich, sondern nur die exzessive Ausnutzung dieser Stellung.⁹⁹²

Die missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung ist durch eine Marktbeherrschung gekennzeichnet, die individuell oder kollektiv durch Marktmacht erfolgt und einen Verhaltens- oder Strukturmissbrauch darstellen kann. Nach den beninischen Rechtsvorschriften werden als Verhaltensweisen, die sowohl den Missbrauch einer beherrschenden Stellung als auch wettbewerbswidriger Vereinbarungen erfüllen, solche Verhaltensweisen genannt, die direkt oder indirekt Kauf- oder Verkaufspreise oder andere unlautere Handelsbedingungen auferlegen, die die Produktion, die Märkte oder die technische Entwicklung zum Nachteil der Verbraucher einschränken, die ungleiche Bedingungen für gleichwertige Dienstleistungen für Handelspartner anwenden und diese dadurch im Wettbewerb benachteiligen oder die den Abschluss von Verträgen davon abhängig machen, dass von den Partnern zusätzliche Dienstleistungen angenommen werden, die ihrer Natur nach oder nach dem Handelsbrauch nicht mit dem Gegenstand solcher Verträge zusammenhängen.⁹⁹³ Fusionen, die eine marktbeherrschende Stellung eines oder mehrerer Unterneh-

992 Siehe *Dannecker, Gerhard /Fischer-Fritsch, Jutta*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, Heft 133, Carl Heymanns Verlag KG, 1989, S. 21. "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."

993 Nach Art. 8 und 9 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs im Benin.

men begründen oder verstärken, gelten auch als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung.⁹⁹⁴

Die nationalen Wettbewerbsgesetze nennen nicht alle denkbaren Beispiele⁹⁹⁵ für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, die horizontale Wirtschaftsbeziehungen betreffen wie Preisvereinbarungen, Informationsaustausch, Marktaufteilungen, Boykotte und Zugangsbarrieren, oder vertikale Wirtschaftsbeziehungen wie aggressive Preisgestaltungen, Preisscheren, Verweigerung des Zugangs zu einer wesentlichen Ressource, Preisvereinbarungen, Markt- oder Zielgruppenzuordnungen, Exklusivitätsklauseln, Treuerabatte, Koppelungsgeschäfte, anormale oder diskriminierende Bedingungen.

Darüber hinaus erfordert die Straftat ein objektives und subjektives Element. Das objektive Merkmal betrifft die persönliche und entscheidende Beteiligung einer Person an einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise. Die Straftat erfordert zudem eine betrügerische Beteiligung an dieser Verhaltensweise, die Böswilligkeit erfordert. Die allgemeine Festlegung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Personen hat zur Folge, dass gegen diese, sofern alle Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, die gesetzlich vorgesehenen Strafen verhängt werden können.

bb. Die gesetzlichen Regelungen der Sanktionen bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen in den nationalen Rechtsordnungen

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, präzise Sanktionen in demselben Gesetz, in dem die verbotene Straftat normiert wird, zu regeln. Die nationalen Wettbewerbsgesetze der UEMOA-Mitgliedstaaten sehen für den Fall wettbewerbswidriger Verhaltensweisen Freiheitsstrafen, Geldstrafen und Geldbußen. Grundsätzlich können die in den nationalen Wettbewerbsgesetzen vorgesehenen Sanktionen entweder von den Nationalkommissionen, wie in Burkina Faso,⁹⁹⁶ oder durch Strafgerichte verhängt werden, wie vom be-

994 Nach Art. 10 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs im Benin.

995 Vgl. Dannecker, Gerhard /Fischer-Fritsch, Jutta: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 20 ff; Volker, Emerich: Kartellrecht, S. 24.

996 Art. 80 des Wettbewerbsgesetzes von Burkina-Faso: "*Dans l'exercice de ses missions, et conformément aux dispositions communautaires sur la concurrence, la Commission nationale de la concurrence et de la consommation est investie des pouvoirs d'in-*

ninischen Gesetzgeber in Gesetz 2016-25⁹⁹⁷ vorgesehen. Neben Freiheits- und Geldstrafen kommen auch Transaktionen und Beschlagnahmungen in Betracht.

In Togo beispielsweise wird der Täter einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise nach Art. 53 des Gesetzes vom 28. Dezember 1999 mit einer Geldbuße von 2.000.000 bis 10.000.000.000 CFA-Franken und einer Freiheitsstrafe zwischen zwei Monaten und zwei Jahren oder nur einer dieser beiden Sanktionen belegt. In Mali sieht Art. 22 des Gesetzes Nr. 2016 höhere Strafen vor: Die Begehung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen kann mit einer Geldstrafe zwischen 50.000.000 und 100.000.000 CFA-Francs bestraft werden. Diese Geldbuße kann auf zehn Prozent des Umsatzes des letzten Geschäftsjahres erhöht werden, welches am Tag der Entscheidung durch jedes der an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen endet. Das Beispiel Malis ist von besonderem Interesse, weil einerseits nur finanzielle Sanktionen vorgesehen sind und andererseits deutlich höhere Beträge als in Togo verhängt werden können. Dies spiegelt die Unterschiede bei der Wahl der Strafe wider, da einige Mitgliedstaaten Geldbußen und Freiheitsstrafen kennen, während andere Staaten nur Geldbußen vorsehen. Tatsächlich gibt es also Unterschiede in den Mitgliedstaaten bezüglich der Art und der Höhe der Strafen, obwohl alle Teil derselben Union sind und eine einheitliche Anwendung und Durchsetzung des Wettbewerbsrechts angestrebt wird. Es besteht auch die Gefahr, dass die Täter angesichts der unterschiedlichen Ausgestaltung der Strafrechtsordnungen⁹⁹⁸ auf „forum shopping“ zurückgreifen, um in den Genuss einer milderer Strafe zu kommen.

Staaten wie Mali und Togo unterscheiden nicht zwischen Sanktionen für natürliche und juristische Personen. Dies zeigt, dass die Gesetzgeber bezüglich der Sanktionen eine Gleichstellung von juristischen und natürlichen Personen anstrebten. Hingegen differenzierte die frühere Gesetzgebung der Elfenbeinküste zwischen der Bestrafung natürlicher und juristischer Personen. Das Gesetz sah vor, dass der Handelsminister, wenn die Wettbewerbskommission eine Stellungnahme abgegeben hat, dass eine rechtswidrige Vereinbarung vorlag oder eine marktbeherrschende Stellung missbraucht wurde, unverzüglich Geldstrafen gegen jede Person verhängt

vestigations, de contrôle et de sanctions. (Souligné par nous) A cet égard, tout renseignement ou toute information qu'elle juge nécessaire doit lui être fourni. “

997 Art. 75 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in Benin.

998 Siehe Dannecker, Gerhard: MSchrkrim 1991, S. 268.

werden konnten, die sich einer solchen Tat schuldig gemacht hat.⁹⁹⁹ Der Höchstbetrag dieser Geldstrafe betrug 5 % des Umsatzes vor Abzug der Steuern für ein Unternehmen und 100 Millionen für eine natürliche Person. Die Höhe der Geldbuße musste entsprechend der Schwere der Tat, der Höhe des volkswirtschaftlichen Schadens sowie der finanziellen Lage und Größe des Unternehmens festgesetzt werden. Der Minister kann die Veröffentlichung seiner Entscheidung anordnen. Zudem hat der Minister die Befugnis, Unterlassungsverfügungen zu erlassen. Im Falle einer rechtswidrigen Vereinbarung kann er durch eine begründete Entscheidung jede Person oder jedes Unternehmen, die oder das sich einer solchen Vereinbarung schuldig gemacht hat, anweisen, die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen innerhalb eines bestimmten Zeitraums einzustellen oder er kann besondere Verpflichtungen auferlegen, um den Zustand des vorherigen Wettbewerbs wiederherzustellen. Im Falle des Missbrauchs einer anerkannten marktbeherrschenden Stellung kann er von den Unternehmen oder der Unternehmensgruppe¹⁰⁰⁰ durch begründete Anordnung verlangen, dass sie innerhalb einer bestimmten Frist ihr Verhalten auf dem Markt durch das die wirtschaftliche Macht, die die Zuwiderhandlung ermöglicht hat, gebildet wurde, ändern oder beenden, auch wenn diese Verhaltensweisen Gegenstand des Verfahrens zur Kontrolle des wirtschaftlichen Zusammenschlusses waren; er kann alle Maßnahmen ergreifen, die geeignet sind, die frühere Situation wiederherzustellen oder die einen ausreichenden Wettbewerb schaffen können. Werden diese Anordnungen nicht eingehalten, kann der Minister Geldstrafen verhängen, wenn er sie nicht bereits verhängt hat. Ministerielle Entscheidungen über Geldstrafen und Verfügungen unterliegen einer Nichtigkeits- oder Aufhebungsklage vor dem Obersten Gerichtshof. Sie werden im *Journal officiel* veröffentlicht. Diese Bestimmungen sind in der 2013 neu erlassenen Wettbewerbsverordnung der Elfenbeinküste nicht mehr enthalten. Dies bedeutet einen Rückschritt in der ivoirischen Gesetzgebung, die die Bestrafung von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in diesem Staat nicht mehr vorsieht.

Die gesetzlichen Regelungen im Benin¹⁰⁰¹ und in der Elfenbeinküste¹⁰⁰² enthalten keine Bestimmungen mehr über die Höhe der für wettbewerbs-

999 Siehe Issa-Sayeg, Joseph: OHADATA 2002, S. 21.

1000 Siehe Issa-Sayeg, Joseph: OHADATA 2002, S. 21.

1001 Gesetz Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs im Benin.

1002 Verordnung Nr. 2013-662 vom 20. September 2013 über den Wettbewerb in der Elfenbeinküste.

widrige Verhaltensweisen zu verhängenden Sanktionen. Aufgrund dieses Schweigens kann argumentiert werden, dass das Gericht in einem solchen Fall die in der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vorgesehenen gemeinschaftsrechtlichen Sanktionen verhängen wird, um die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu bestrafen, da diese Verordnung unmittelbar in den Mitgliedstaaten anwendbar ist und als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage verstanden werden kann. Die Gesetzgebung von Burkina-Faso verweist ihrerseits ausdrücklich auf die Anwendung der in der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vorgesehenen Sanktionen.¹⁰⁰³

Nun stellt sich das Problem der Individualisierung der Strafen, entsprechend dem begangenen Unrecht und der Schuld eines jeden Straftäters. In Wirklichkeit gibt es aber keine rechtliche Individualisierung der Strafe. Das Gesetz kann nur Kategorien von Sanktionen vorsehen. Alles, was als rechtliche Individualisierung angesehen werden könnte, sind Umstände für eine Strafmilderung oder -schärfung aufgrund der Schwere der Tat und damit des Verantwortungsgrades.¹⁰⁰⁴ Hinzu kommen Gesichtspunkte der Schuld. Die nationalen Rechtsvorschriften sollten ausdrücklich regeln, dass die Sanktionen zu individualisieren sind und schuldangemessen sein müssen.

b. Adressaten der Strafe im nationalen Wettbewerbsrecht

Normadressaten im Wettbewerbsstrafrecht sind Unternehmen, unabhängig davon, ob es sich hierbei um natürliche oder juristische Personen handelt. Die Führung eines Unternehmens kann zwei verschiedene Formen annehmen. Es kann sich um ein Einzelunternehmen oder um eine Gesellschaft handeln.¹⁰⁰⁵ Im ersten Fall übt der Einzelunternehmer seine Tätigkeit als natürliche Person aus. Im zweiten Fall hat das Unternehmen die Form einer Handelsgesellschaft, die eine juristische Person mit Rechtspersönlichkeit ist. Aber wie ist das, wenn es sich um eine wirtschaftliche Einheit handelt, die aus mehreren juristischen Personen besteht.

1003 Art. 90 des Gesetzes Nr. 016-2017/AN über die Organisation des Wettbewerbs in Burkina Faso: *„Les ententes anticoncurrentielles, les abus de position dominante et pratiques assimilées définies aux articles 16 et 17 de la présente loi sont réprimés conformément aux dispositions communautaires relatives à la concurrence.“*

1004 Siehe Saleilles, Raymond: L'individualisation de la peine, étude de criminalité sociale, S. 198.

1005 Siehe Masset, Alain: La responsabilité pénale dans l'entreprise, guide juridique de l'entreprise, Traité théorique et pratique, S. 12.

Mit der Bestimmung des Sanktionsadressaten als Täter erfolgt ein wesentlicher Teil der Verantwortungszuschreibung für wettbewerbswidriges Verhalten. Denn strafrechtlich verantwortlich ist, wer sich strafbar gemacht hat.¹⁰⁰⁶ Strafrechtliche Verantwortlichkeit bedeutet die Verpflichtung, die strafrechtlichen Folgen einer Handlung zu tragen, d.h. die mit dieser Straftat verbundene Sanktion zu erleiden; die Sanktion hat eine repressive und eine präventive Wirkung. Damit stellt sich die Frage, wer nach dem Kartellrecht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Die logische Antwort in einem individualistisch ausgerichteten Strafrechtssystem wäre: der Mensch, also die natürliche Person. Diese Antwort erfordert jedoch zwei Klarstellungen. Zum einen wurden historisch gesehen, wie bereits ausgeführt, natürliche Personen als taugliche Adressaten einer strafrechtlichen Sanktion angesehen. Zum anderen sollte man aber auch die Gegenwart und die Zukunft in die Betrachtung einbeziehen. Neben den natürlichen Personen werden heute juristischen Personen immer mehr Rechte, wie das Recht, im Wettbewerb zu agieren und zu wirtschaften, zugesprochen. Dem muss Rechnung getragen werden, wenn eine angemessenere Form der Bestrafung erreicht werden soll. Dies gilt für das nationale Recht der UEMOA-Mitgliedstaaten, die unter Einhaltung des Unionsrechts einen besonderen und allgemeinen Grundsatz der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen als Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen akzeptieren.

In Wirklichkeit verbinden sich die Bestimmungen der Union und die des nationalen Rechts insofern, als z.B. im Benin Art. 648 der Strafprozessordnung es dem Strafrichter ermöglicht, eine natürliche wie auch eine juristische Person zu bestrafen, die der in Art. 88 UEMOAV und Art. 6 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Handels im Benin vorgesehenen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen für schuldig befunden wurde – eine Tat, die nach Art. 22 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA unter Strafe gestellt ist. Daher sollte zwischen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen (**aa**) und der strafrechtlichen Verantwortlichkeit natürlicher Personen (**bb**) unterschieden werden.

1006 Siehe *Fauconnet, Paul*: La responsabilité: étude de sociologie, S. 11; *Gephart, Werner*: Symbol und Sanktion, S. 8.

aa. Die Tauglichkeit der juristischen Person zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach dem Kartellrecht der UEMOA

Der UEMOAV, die Verordnungen Nr. 02/2002/CM/UEMOA und 03/2002/CM/UEMOA und die nationale Gesetzgebung erkennen an, dass juristische Personen sich strafbar machen und strafrechtlich verfolgt werden können. Art. 22 der Verordnung sieht vor, dass Unternehmen, die sich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen schuldig gemacht haben, mit Geldbußen geahndet werden können. In Anhang 1 der Verordnung wird in der Auslegungsnotiz 1 ein Unternehmen, das im Falle wettbewerbswidriger Verhaltensweisen strafrechtlich verantwortlich ist, definiert, als eine einheitliche Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Elemente, die eine wirtschaftliche Tätigkeit gegen Entgelt auf Dauer ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform, ob öffentlich oder privat, und von ihrer Finanzierungsweise und die über Entscheidungsautonomie verfügt. Nach den Wettbewerbsregeln der Union können Unternehmen also Zivil- oder Handelsgesellschaften oder sonstige juristische Personen sein, auch wenn sie nicht die Form einer Gesellschaft haben. Um für eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise nach dem UEMOA-Wettbewerbsrecht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden zu können, spielt es keine Rolle, um welche Form und Art von Unternehmen es sich handelt. Jede juristische Person mit Rechtspersönlichkeit kann strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wenn sie sich einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise schuldig gemacht hat. Dies bedeutet, dass de facto Gesellschaften und Joint Ventures vom Anwendungsbereich der *rationae personae* von der strafrechtlichen Haftung ausgeschlossen sind. Zu diesem Zweck hat die UEMOA einen allgemeinen Grundsatz der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen statuiert, den die Mitgliedstaaten festlegen müssen. Wenn sich jedoch mehrere Unternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen zusammenschließen und einen gemeinsamen Vertreter benennen, um die Sicherheit des Standorts zu gewährleisten, zieht das Verschulden des Vertreters die strafrechtliche Verantwortlichkeit aller juristischen Personen nach sich und nicht die des Gemeinschaftsunternehmens, das keine Rechtspersönlichkeit besitzt.¹⁰⁰⁷ Wird die Straftat von einer sich noch in Gründung befindenden juristischen Person begangen, die noch keine Rechtspersönlichkeit besitzt, kann nur die strafrechtliche Verantwortlichkeit derer, die es gründen, begründet werden. Im Falle

1007 Siehe Französisches Kassationsgericht, Strafkammer, Urteil vom 14. Dezember 1999.

einer Fusion von Unternehmen kann die neue Gesellschaft, die aus den fusionierten Unternehmen hervorgegangen ist, nicht strafrechtlich für Straftaten verantwortlich gemacht werden, die von den übernommenen Unternehmen begangen worden sind.¹⁰⁰⁸

In diesem Zusammenhang sieht Art. 648 der Strafprozessordnung im Benin bei der Regelung des Strafverfahrens vor, dass die Bestimmungen der Strafprozessordnung auf die Verfolgung, Ermittlung und Verhandlung von Straftaten, die von juristischen Personen begangen wurden, anwendbar sind. In der Tat legt die beninische Gesetzgebung in Art. 648 und 15 der Strafprozessordnung den Grundsatz der strafrechtlichen Verantwortlichkeit jeder juristischen Person, egal welcher Art, fest. Dies wirft das Problem auf, die juristischen Personen zu bestimmen, die strafrechtlich verantwortlich gemacht werden können. Um genau festzustellen, welche Gruppen straffähig sind, wenn sie eine Wettbewerbsstraftat begehen, kennt das beninische Recht umfangreiche Sondergesetze, nach denen die Strafe jeder juristischen Person auferlegt werden kann.

Das derzeit in Benin geltende Strafrecht scheint die Möglichkeit, die Strafbarkeit juristischer Personen nach ihrer Form oder Tätigkeit zu definieren, abzulehnen. Diese Art der Konturierung der neuen Verantwortlichkeit ist aus Sicht der Betroffenen zweifellos von Bedeutung, da sie mit einem Grundprinzip des Strafverfassungsrechts, nämlich der Gleichheit vor dem Strafrecht, im Einklang steht. Mit der Möglichkeit, juristische Personen der gleichen Verantwortlichkeit wie natürliche Personen zu unterwerfen, scheint der Gesetzgeber die Verfassungsmäßigkeit seiner Reform in einer Zeit, in der wir ein zunehmendes Phänomen der Konstitutionalisierung von Rechten und des Strafrechts beobachten, mit Sorge zu betrachten. So stehen Art. 648 der Strafprozessordnung und Art. 17 des Strafgesetzbuches im Einklang mit dem allgemeinen Konzept der im Benin geltenden Spezialnormen, indem die Bestimmungen des Kodex auf die Verfolgung, Ermittlung und Verhandlung von Straftaten, die von juristischen Personen begangen werden, für anwendbar erklärt werden. In der Tat verwenden die verschiedenen Sondergesetze Ausdrücke wie „jede juristische Person“ oder „juristische Personen“¹⁰⁰⁹, um diejenigen zu bestimm-

1008 Vgl. *Dannecker/Fischer-Fricht*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 22; *Geibel, Stefan J.*: Cachard, Olivier/Nau, Liliane (Hrsg.) in *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint: Einheitsbildung durch Gruppenbildung im Unternehmensrecht? Droit privé européen: l'unité dans la diversité, Convergences en droit de l'entreprise?* S. 237-243.

1009 Siehe Gesetz Nr. 90-005 vom 15. Mai 1990 zur Festlegung der Bedingungen für die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit in der Republik Benin.

men, die den Status eines Straftäters haben können. In dieser Darstellung des *rationalae personae*-Anwendungsbereichs der strafrechtlichen Verantwortlichkeit scheint es einen Grundsatz der Anerkennung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person zu geben, egal ob privatrecht- oder öffentlich-rechtlich, ob ehrenamtlich oder kommerziell, ob national oder ausländisch, sofern sie einen Kartellrechtsverstoß begangen hat.

Neben der juristischen Person selbst kann auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit ihres gesetzlichen Vertreters oder des Geschäftsführers geltend gemacht werden. Zu diesem Zweck sieht Art. 650 der Strafprozessordnung des Benin vor, dass, wenn ein Verfahren wegen derselben oder einer damit zusammenhängenden Handlung gegen den gesetzlichen Vertreter eingeleitet wird, der Vorsitzende des erstinstanzlichen Gerichts einen gerichtlichen Vertreter bestellt, der die juristische Person vertritt. Das bedeutet, dass auch bei einer Bestrafung der juristischen Person ihre Geschäftsführer strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Es stellt sich dann die Frage, inwieweit der gesetzliche Vertreter für die gleichen Handlungen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn die von ihm vertretene juristische Person bereits wegen ebendieser Handlungen strafrechtlich verfolgt wird. In einem solchen Fall liegt keine doppelte Bestrafung für dieselbe Straftat vor, da es sich um zwei verschiedene Personen handelt. Eine solche Strafverfolgung stellt keinen Verstoß gegen das *ne bis in idem*-Prinzip dar, weil die Adressaten der Strafe nicht dieselben sind, obwohl sie für die gleiche Straftat bestraft werden, auch wenn das Unternehmen und sein gesetzlicher Vertreter weder Mittäter noch Beteiligten sind.¹⁰¹⁰ Somit steht dies im Einklang mit der Verfassung Benins.

UEMOA-Mitgliedstaaten, die wie der Benin die Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten nicht ihren nationalen Wettbewerbsbehörden übertragen haben, sondern sich für kriminalstrafrechtliche Sanktionen entschieden haben, die von den Strafgerichten verhängt werden, dürfen diese Sanktionen nicht parallel zu den gemeinschaftlichen Geldbußen gegen juristische Personen verhängen. Hierin läge ein Verstoß gegen *ne bis in idem*. Jedoch sollten die Sanktionen gegen Individualtäter und juristische Personen parallel verhängt werden. Während die verwaltungsrechtliche Sanktion in der Regel von den Aktionären der verurteilten Gesellschaft (in Form einer beschränkten Dividende) oder von den Verbrauchern der be-

1010 Siehe Art. 363 und 819 des Gesetzes Nr. 2012-15 vom 30. März 2012 über die Strafprozessordnung der Republik Benin.

treffenden Ware (in Form einer Preiserhöhung) gezahlt wird, können strafrechtliche Sanktionen gegen Führungskräfte der Gesellschaft nicht auf andere Wirtschaftsteilnehmer verlagert werden und werden von den Tätern selbst bezahlt. Dies zeigt sich besonders deutlich bei Freiheitsstrafen, die höchstpersönlicher Natur sind und von dem Täter selbst verbüßt werden müssen. Dies Nichtübertragbarkeit der strafrechtlichen Sanktion gegen natürliche Personen und die hohe Abschreckung, die damit verbunden ist, erklären, warum solche Sanktionen nur gegen die Täter der schwerwiegendsten Wettbewerbsverstöße (in der Regel hard core-Kartelle) verhängt werden können. Unter diesem Gesichtspunkt sollten die juristische Person und ihr gesetzlicher Vertreter wegen derselben Handlungen kumulativ verfolgt und bestraft werden. Die beninische Gesetzgebung trägt diesem Petitum bereits Rechnung. Die Verfolgung des gesetzlichen Vertreters wegen seines persönlichen Fehlverhaltens ist zulässig wie auch die gleichzeitige Verfolgung der juristischen Person.

bb. Die Eignung des Einzelunternehmens zur strafrechtlichen Haftung nach dem UEMOA- Wettbewerbsrecht

Nunmehr soll der Frage nachgegangen werden, unter welchen Bedingungen eine natürliche Person als Straftäter und damit als Verantwortlicher für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen in den UEMOA-Mitgliedstaaten angesehen werden kann. Voraussetzung hierfür ist zum einen, dass er ein Verhalten an den Tag legt, das den Tatbestand erfüllt. Weiterhin muss der Einzelne vorsätzlich gehandelt haben und auch einsichtsfähig gewesen sein.

Bei der Ermittlung des Täters gibt es eine Vielzahl möglicher Konstellationen. Wenn nur eine Person an der Begehung einer Straftat beteiligt ist, kann in der Regel nur sie der Täter sein. Es gilt das Prinzip der persönlichen Verantwortlichkeit als goldene Regel im Strafrecht. Im Benin wird in Anwendung des Grundsatzes, dass jeder nur für seine eigene Handlung strafrechtlich verantwortlich ist,¹⁰¹¹ implizit eine kollektive Verantwortlichkeit abgelehnt – notwendigerweise aber nur die kollektive Verantwortlichkeit, bei welcher eine Person, die an der Begehung der Straftat nicht beteiligt war, entweder mit dem Täter oder sogar allein zur Verantwortung gezogen wird. Hiergegen bestehen keine Bedenken. In der Praxis ist es jedoch oft so, dass mehrere Personen auf unterschiedliche Weise an einer

1011 Nach Art. 15 CP.

Straftat beteiligt sind, insbesondere bei Gewalttaten, Wirtschaftsstraftaten etc. Man spricht hier von krimineller Beteiligung oder Gruppenkriminalität sprechen.¹⁰¹² Es gibt drei Formen dieser Beteiligung: durch gemeinsames Vorgehen, durch Nachlässigkeit und durch Beratung.

Bei der Beteiligung durch gemeinsames Handeln nehmen mehrere Personen an derselben Aktion teil, ohne dass es eine wirkliche vorherige Vereinbarung zwischen ihnen gibt. So wird beispielsweise während einer Schlägerei oder einer gefährlichen Aktivität, die von mehreren Personen betrieben wird, Verletzungen an einer Person verursacht, ohne dass bekannt ist, wer den Schlag ausgeführt hat oder wer den schwersten Schlag ausgeführt hat. Eine sehr strenge Anwendung des Grundsatzes der persönlichen Haftung würde die Unmöglichkeit der Strafverfolgung bedeuten oder die Unmöglichkeit, die Qualifikation allen zuzurechnen. Aber dem folgt die Rechtsprechung nicht. Vielmehr wird das Verhalten der Mittäter jedem Einzelnen zugerechnet.¹⁰¹³ In Fällen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen erfüllt die Unterstellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person im Wesentlichen das Kriterium der Assimilation oder der direkten oder anthropomorphen Haftung, das die juristische Person einfach mit der natürlichen Person oder Gruppe von natürlichen Personen gleichsetzt, die die verbotene Handlung physisch begangen haben oder die es unterlassen haben,¹⁰¹⁴ angesichts einer strafrechtlichen Verpflichtung zu handeln, wobei in diesem Fall die moralischen und materiellen Elemente der Straftat seitens einer juristischen Person festgestellt werden.¹⁰¹⁵

1012 Siehe *Pradel, Jean*: *Droit pénal général*, Cujas 2019, S. 370 ff.

1013 Siehe dazu die Strafabteilung des französischen Kassationsgerichtshofs, 23. März 1953, B.C., Nr. 103; 14. Dezember 1995, B.C., Nr. 566; 22. Mai 1957, B.C., Nr. 436.). Hierfür gibt es drei Gründe. Nach der Mitverschuldungstheorie ist jeder Mittäter der Komplize der anderen, so dass jeder Teilnehmer der Komplize desjenigen ist, der die schwersten Schläge ausgeübt hat. Zweitens ist es aus praktischer Sicht nicht möglich, die genaue Rolle jedes einzelnen zu bestimmen. Schließlich macht die Pluralität der Akteure das Handeln gefährlicher, so dass nicht akzeptiert werden kann, dass die Zusammenarbeit eine Ursache für Straflosigkeit ist. Siehe in diesem Zusammenhang *Pradel, Jean*: *Droit pénal général*, S. 366-367. Auch im Falle eines rücksichtslosen Verstoßes wird die Idee eines einheitlichen Geschehens verfolgt. Die Bestrafung basiert immer noch auf der Idee von kombinierten oder aufeinanderfolgenden Fehlern, wobei der kausale Zusammenhang weit verstanden wird.

1014 Siehe *Adam, Stanislas* (Hrsg.): *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe- Corporate criminal liability in Europe*, S. 439 ff.

1015 Siehe *Dannecker, Gerhard*: In Heiner Alwart (Hrsg.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, S. 26.

Im konkreten Fall des Einzelunternehmens in Person seines Inhabers, der strafrechtlich für Kartellrechtsverstöße verantwortlich ist, ist das beninische Strafrecht wie auch das der anderen UEMOA-Mitgliedstaaten stets auf Einzelpersonen ausgerichtet; der Grundsatz der individuellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit wird ebenso bekräftigt wie der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit der Strafe. Auf das Wettbewerbsstrafrecht übertragen, stellen diese Grundsätze für den Einzelunternehmer keine Schwierigkeiten dar; der Unternehmer, der seine Tätigkeit individuell ausübt, muss natürlich persönlich für Straftaten haftbar gemacht werden, die sein Unternehmen, d. h. er selbst, begangen hat. So wird ein Einzelunternehmer, ohne im Handelsregister¹⁰¹⁶ eingetragen zu sein oder eine regulierte Tätigkeit auszuüben und ohne über grundlegende Managementkenntnisse und/oder Fachkompetenz zu verfügen, persönlich strafrechtlich verfolgt. Die Zuweisung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit an die natürliche Person ist insofern berechtigt, als dass sie sich zunächst natürlich auf den tatsächlichen Täter der Straftat bezieht, der, unabhängig von seinem psychologischen Zustand, der Strafe nicht entgehen kann und darf. Zweitens, auf Personen, die zur Vollstreckung der Straftat beigetragen haben und auf die die Bestrafung auf der Grundlage der Mittäterschaft ausgedehnt werden kann.

II. Die zentrale Rolle des nationalen Richters bei der strafrechtlichen Verfolgung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen

Der nationale Richter ist von zentraler Bedeutung für die Feststellung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, da er in gewisser Weise auch der gesetzliche Richter des Gemeinschaftsrechts ist¹⁰¹⁷ und insbesondere, weil die Mitgliedstaaten gemäß

1016 Art. 37 des Gesetzes Nr. 90-005 vom 15. Mai 1990 zur Festlegung der Voraussetzungen für die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit in der Republik Benin lautet: "*Les infractions aux dispositions de la présente loi, des décrets et des arrêtés d'application sont punies d'un emprisonnement allant d'un (1) à cinq (05) ans et d'une amende de cinq cent mille (500.000) à dix millions (10.000.000) de francs CFA ou de l'une de ces deux (2) peines seulement.*"

1017 Siehe Ngom, Mbissane: *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. 280 ff; Pradel, Jean: *Droit pénal général*, Cujas, 2019, S. 306 ff; Helmut, Frister: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, C. H. Beck, 2013, S. 45 ff; Ambos, Kai: *Internationales Straf-*

dem UEMOA-Recht in Strafsachen ausschließlich zuständig sind.¹⁰¹⁸ In der Tradition der Verträge des Völker- oder Gemeinschaftsrechts wird die Anwendung des sich daraus ergebenden Rechts jedoch oft einer zu diesem Zweck geschaffenen Behörde oder einer hierfür eingerichteten Gericht übertragen. Insofern ist die Einrichtung der UEMOA-Kommission bei der Umsetzung des Wettbewerbsrechts charakteristisch für eine Übertragung der Souveränität im Bereich der Wettbewerbspolitik und des Wettbewerbsrechts, da die Justiz ein Attribut der Souveränität ist. Diese Übertragung der Souveränität erklärt auch die Integration der nationalen Wettbewerbsbehörden in die Gemeinschaftsordnung. Diese Integration kann nur verstanden werden, wenn der rechtliche Charakter der Union geklärt ist.

Der UEMOAV schafft eine autonome Rechtsordnung, die die Gerichte der Mitgliedstaaten mit der Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts, insbesondere in Zivil- und Strafsachen. Aufgrund des Charakters und der Merkmale des Gemeinschaftsrechts ist der nationale Richter der gesetzliche Richter. Zugleich musste die Integration der nationalen Wettbewerbsbehörden durch das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft erfolgen. Hierzu dient die Richtlinie 02/2002/CM/UEMOA, welche die Modalitäten der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden und der UEMOA-Kommission bei der Umsetzung des Wettbewerbsrechts festlegt.

Der nationale Richter spielt eine Schlüsselrolle bei der Durchsetzung der Bestrafung der Täter von Kartellrechtsverstößen. Er hat als Richter das nationale Strafrecht anzuwenden und hierbei das gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsrecht zu berücksichtigen, das unmittelbare Wirkung entfaltet. Er darf nicht ignorieren, dass auch die Gemeinschaft wettbewerbswidrige Verhaltensweisen kontrolliert. Die notwendige Verbindung zwischen der gemeinschaftlichen und nationalen Wettbewerbskontrolle erfordert, dass das nationale Gericht bei der Ausübung seiner Befugnisse das Bestehen der Kontrollbefugnisse der Gemeinschaft berücksichtigt.

In Ausübung seiner richterlichen Funktionen ist der nationale Richter somit für die Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nach dem UEMOA-Wettbewerbsrecht verantwortlich. Daher wird es notwendig sein, sich zunächst auf die Aufgaben des nationalen Richters bei der Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen (1) und sodann auf die Wirksamkeit dieses Eingreifens zu konzentrieren (2).

recht, Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäische Strafrecht. Rechts-hilfe, 4. Auflage, C.H. Beck, 2014, S. 567.

1018 Siehe Art. 5 und 7 EUMOAV.

1. Die Aufgaben des nationalen Richters bei der Bestrafung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen

Die Aufgaben des nationalen Richters bei der Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nach dem UEMOA-Recht ergeben sich letztlich aus dem Ziel der Vereinheitlichung des UEMOA-Rechts. Die Vereinheitlichung des UEMOA-Wettbewerbsrechts wurde dadurch erreicht, dass die nationalen Wettbewerbsgesetze der Mitgliedstaaten durch ein einziges supranationales Regelwerk ersetzt wurden. Dies bedeutet, dass den Justizbehörden der Staaten bei der Durchsetzung dieser Verordnungen eine erhebliche Rolle zukommt. Die Beteiligung der nationalen Gerichte an der Umsetzung des UEMOA-Kartellrechts ergibt sich somit aus der Verpflichtung zur Zusammenarbeit, die den Mitgliedstaaten obliegt (Art. 7 UEMOA).¹⁰¹⁹ Auf gerichtlicher Ebene ist das nationale Gericht zuständig, weil die Anwendung des Gemeinschaftsrechts den Behörden der Mitgliedstaaten übertragen wird, die wiederum von nationalen Gerichten zu kontrollieren sind. Zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts gehört auch die Anwendung des nationalen Wettbewerbsstrafrechts. Hierzu soll im Folgenden Stellung genommen werden.

a. Die Aufgaben der nationalen Gerichte

Das Gemeinschaftsrecht ist aufgrund des Ziels der Integration, das den Institutionen der Gemeinschaft zugrundeliegt, zugleich an die nationalen Rechtsordnungen gebunden.¹⁰²⁰ Das im Wesentlichen supranationale Gemeinschaftsrecht nimmt einen herausragenden Platz in den nationalen Rechtsordnungen ein, da die Supranationalität des Gemeinschaftsrechts

1019 Art. 7 UEMOA lautet: *"Les Etats membres apportent leur concours à la réalisation des objectifs de l'Union en adoptant toutes mesures générales ou particulières, propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent Traité. A cet effet, ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de faire obstacle à l'application du présent Traité et des actes pris pour son application."* ; "Die Mitgliedstaaten tragen zur Verwirklichung der Ziele der Union bei, indem sie alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art treffen, um die Erfüllung der Verpflichtungen aus diesem Vertrag sicherzustellen. Zu diesem Zweck sehen sie von allen Maßnahmen ab, die die Anwendung dieses Vertrags und der zu seiner Durchführung erlassenen Rechtsakte behindern könnten."

1020 Siehe Konombo, Roger: La place du juge national dans l'application du droit communautaire, effectivité des systèmes communautaires africains, S. 10.

bedeutet, dass es über dem Recht der Staaten steht.¹⁰²¹ Diese privilegierte Stellung im Stufenbau der Rechtsordnungen hat zur Folge, dass die traditionell wichtige Rolle des nationalen Richters in bezug auf seinen Platz im Gleichgewicht der nationalen Befugnisse abzuwägen ist.

Indem das nationale Gericht in die Wirksamkeit der Bestrafung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen eingreift, wird es als ordentliches Gericht bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts eingestuft (aa), dessen richterliche Aufgaben mit dem Gemeinschaftsrecht (bb) verbunden sind.

aa. Der nationale Richter als ordentlicher Richter des Gemeinschaftsrechts

Die Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen durch das nationale Gericht ergibt sich aus der Formel, nach der das nationale Gericht das ordentliche Gericht des Gemeinschaftsrechts ist. Diese Aussage ist aber mehr als eine bloße Formel.¹⁰²² Sie spiegelt den Einfluss des Gemeinschaftsrechts wider, der im Bereich des Wettbewerbsrechts durch die Ersetzung des nationalen Rechts durch das auf wettbewerbswidrige Verhaltensweisen anwendbare Gemeinschaftsrecht verstärkt wird. Es ist unerlässlich, die Grundlagen der Stellung des nationalen Richters als ordentlicher Richter des Gemeinschaftsrechts zu analysieren. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, warum das nationale Gericht das Gemeinschaftsrecht über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen anwendet.

Erstens verleiht das Gemeinschaftsrecht den nationalen Gerichten eine gewisse Zuständigkeit in der Gemeinschaft. Jeder nationale Richter ist zugleich Richter des Gemeinschaftsrechts, da er dieses zu berücksichtigen und anzuwenden hat. Die Zuständigkeit des nationalen Gerichts für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts ist in gewissem Sinne gesetzlicher als die des UEMOA-Gerichtshofs, dessen Zuständigkeit eine übertragene ist.¹⁰²³ In dem *Simmenthal*-Urteil hat der EuGH zu der parallelen Fragestel-

1021 Siehe Pradel, Jean /Geert, Corstens/ Gert, Vermeulen: Droit pénal européen, S. 22 f; Hecker, Bernd: Europäisches Strafrecht, S. 3 ff; Kruse, Jörn/Stockmann, Kurt/Vollmer Lotar (Hrsg): Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, S. 417.

1022 Siehe Berlin, Dominique: RTD eur 1991, S. 15.

1023 Siehe Lecourt, Robert: in Mélanges Boulouis 1991, S. 349.

lung im Unionsrecht zutreffend festgestellt, dass jedes in seiner Zuständigkeit angerufene nationale Gericht verpflichtet ist, das Gemeinschaftsrecht vollständig anzuwenden und die Rechte zu schützen, die es dem Einzelnen verleiht.¹⁰²⁴ Die unmittelbare Wirkung des Gemeinschaftsrechts betrifft auch jedes Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit als Organ eines Mitgliedstaats die Aufgabe hat, die dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte zu schützen.¹⁰²⁵ Somit steht jedem Organ eines Mitgliedstaats mit gerichtlicher Zuständigkeit auch die Zuständigkeit für das Gemeinschaftsrecht zu. Es spielt keine Rolle, ob die gerichtliche Organisation des Staates zwischen einer gerichtlichen und einer behördlichen Anordnung unterscheidet. Diese Verpflichtung gilt unabhängig davon, in welcher Instanz das Gericht tätig wird, sei es in erster Instanz, im Rechtsmittelverfahren oder in der Kassationsbeschwerde. Zu diesem Zweck müssen alle im nationalen Recht vorgesehenen Maßnahmen ergriffen werden können, um die Einhaltung der unmittelbar wirkenden Gemeinschaftsvorschriften zu gewährleisten.¹⁰²⁶

Zweitens beruht die Befugnis des nationalen Gerichts zur Ausübung gerichtlicher Zuständigkeit im Bereich des Gemeinschaftsrechts auf der Notwendigkeit, die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten. Die Behauptung dieser Allgemeingültigkeit wirft die Frage nach der Verteilung der Zuständigkeit zwischen den nationalen Gerichten auf. Das UEMOA-Kartellrecht bezieht sich auf die Zuständigkeit der nationalen Gerichte für die Entscheidung über Schadenersatz und strafrechtliche Sanktionen. Dies geht aus dem Wortlaut von Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA hervor, der vorsieht, dass die nach den Absätzen 1 und 2 verhängten Sanktionen nicht strafrechtlicher Natur sind. Die von der Kommission verhängten Sanktionen gelten unbeschadet der Einlegung von Rechtsmitteln bei den nationalen Gerichten zum Ersatz des erlittenen Schadens. Die nationalen Gerichte können von der Kommission Auskünfte verlangen, um diesen Schaden beurteilen zu können. Aus dieser Bestimmung kann daher ein Grundsatz der institutionellen und verfahrensrechtlichen Autonomie abgeleitet werden, den das UEMOA-Wettbe-

1024 Siehe EuGH vom 9. März 1978, Simmenthal, verbindliche Sache 106/77, Slg. 1978, S. 629.

1025 Siehe EuGH vom 9. März 1978, Simmenthal, verbindliche Sache 106/77, Slg. 1978, S. 629, Rn. 16.

1026 Siehe EuGH, 7. Juli 1981, Rewe, Rechtssache 158/80, Slg. 1981, S. 01805.

werksrecht im Hinblick auf die gerichtliche Organisation der Mitgliedstaaten anerkennt.¹⁰²⁷

In Europa wurde in Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung der Grundsatz der institutionellen und verfahrensrechtlichen Autonomie durch die Rechtsprechung bekräftigt¹⁰²⁸, als sie feststellte, dass es in Ermangelung einer Gemeinschaftsgesetzgebung Sache der Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats sei, die zuständigen Gerichte zu benennen und die Verfahrensvorschriften für Gerichtsverfahren festzulegen, die darauf abzielen, die Rechte zu schützen, die dem Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts zustehen.¹⁰²⁹ Nach diesem Grundsatz ist es Sache jedes Mitgliedstaats, die Zuständigkeitsregeln für die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts festzulegen, wenn nicht festgelegt ist, welche nationale Justizbehörde für die Umsetzung zuständig ist. Dieser Grundsatz der institutionellen und prozessualen Autonomie bedeutet, dass die Mitgliedstaaten, wenn Maßnahmen zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts von den Mitgliedstaaten erlassen werden müssen, die Vorschriften, die sich aus ihrem nationalen Recht und insbesondere aus ihrem Verfassungsrecht hinsichtlich der Bestimmung der zuständigen Stellen und der anzuwendenden Verfahren ergeben, beachten müssen.¹⁰³⁰ In Bezug auf ihre institutionelle Autonomie steht es den Staaten frei, in ihrem innerstaatlichen Recht die Befugnisse zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts nach eigenem Ermessen zu verteilen. Entsprechend ihrer Verfahrensautonomie setzen die zuständigen Stellen dann das Gemeinschaftsrecht gemäß den Formen und dem Verfahren des nationalen Rechts um.

Die nationalen Verfahrensvorschriften dürfen jedoch kein Hindernis für die volle Wirksamkeit der unmittelbar geltenden Gemeinschaftsbestimmungen (*effet utile*) darstellen.¹⁰³¹ Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts ist das vorlegende Gericht nämlich verpflichtet, jede Bestimmung des nationalen Rechts, die die uneingeschränkte Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen könnte, unangewendet zu lassen. Hierbei handelt es sich nicht um eine Infragestellung der internen Vorschriften oder gar um einen Verstoß gegen diese Vorschriften, sondern um die gemeinschaftsrechtliche Befugnis des nationalen Gerichts, eine natio-

1027 Siehe *Isaac Guy / Blanquet Marc*: Droit de l'Union Européenne, S. 225.

1028 Siehe EuGH, 16.12.1976, Rewe, Sache 33/76, Slg. 1976, S. 01989; EuGH, 16. Dezember 1976, Comet BV, Sache 45/76, Slg. 1976, S. 2043-2052.

1029 Siehe EuGH, 16.12.1976, Rewe, Sache 33/76, Slg. 1976, S. 01989, Rn. 5.

1030 Siehe *Isaac et Blanquet*: droit de l'Union Européenne, S. 225.

1031 Art. 7 UEMOAV.

nale Vorschrift unangewendet zu lassen, um die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten (oder zu erhalten).¹⁰³²

Innerhalb der UEMOA ist es Aufgabe der Gemeinschaftsorgane, die Regeln festzulegen, die die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts gewährleisten, insbesondere im Hinblick auf die wirksame Verfolgung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen. Daher ist ein Ordnungsrahmen für die nationalen Verfahren erforderlich. Er sollte nicht nur den Zugang zu einem Gericht in der internen Ordnung gewährleisten, sondern auch das Bestehen einer gleichwertigen nationalen Behandlung, damit es zu keinen Unterschieden bei den Rechtsbehelfen zur Durchsetzung der strafrechtlichen Haftung von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nach dem UEMOA-Recht und dem nationalen Recht kommt. Im letzteren Fall soll sichergestellt werden, dass die Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht strengeren Bedingungen als auf nationaler Ebene unterliegt.¹⁰³³ Dies wirft Fragen nach der Art der Aufgaben des nationalen Richters bei der Bestimmung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nach dem UEMOA-Recht auf.

bb. Die Aufgaben des nationalen Richters im Zusammenhang mit einer einheitlichen und dezentralen Anwendung des Gemeinschaftsrechts

Bei der Verwirklichung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen hängen Umfang und Art der dem nationalen Gericht innerhalb des Gemeinschaftssystems übertragenen Aufgaben unmittelbar von der Ausgestaltung des Gemeinschaftsrechts ab. Das nationale Gericht ist zunächst für die einheitliche Anwendung zuständig, die eine grundlegende Anforderung jeder Gemeinschaftsrechtsordnung ist.¹⁰³⁴ Von einem Teil der Lehre wird somit zu Recht die „vereinheitlichende Tugend einer gemeinsamen Rechtsordnung“ angeführt,¹⁰³⁵ während der andere Teil in der einheitlichen Anwendung einen Grundsatz sieht, der einerseits den Begriff der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz

1032 Siehe *Berlin, Dominique*: *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1991, S. 21.

1033 Siehe *Isaac Guy / Blanquet Marc*: *Droit de l'Union Européenne*, S. 245.

1034 Siehe EuGH, 21. Februar 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen, Rechtssache C-143/88 und C-92/89, Slg. 1991, S. I-415 ff, S. I-542, Rn. 26.

1035 Siehe *Lecourt, Robert*: in *Mélanges Boulouis* 1991, S. 349-361.

und andererseits die vom Vertrag angestrebte Einheit des Marktes in Bezug auf die wirtschaftliche und soziale Struktur betrifft.¹⁰³⁶

Damit verfügt der Einzelne über die rechtlichen Mittel, um am Binnenmarkt teilzunehmen. Man vermeidet das Risiko einer unterschiedlichen Auslegung der Rechtsprechung. Um die verzerrende Wirkung der Anwendung des UEMOA-Rechts durch das Prisma des nationalen Rechts zu vermeiden und gleichzeitig der Versuchung zu entgehen, den Handel umzulenken, was rechtlich zwangsläufig zu einem rechtswidrigen Fehlverhalten führt¹⁰³⁷, sollte das nationale Gericht, das sich mit wettbewerbswidrigem Verhalten befasst, in der Lage sein, die einheitliche Anwendung des UEMOA-Rechts sicherzustellen.

Die Vielfalt der Gemeinschaftsaufgaben, die das nationale Gericht zu erfüllen hat, ergibt sich jedoch ebenso aus der Vielschichtigkeit des Gemeinschaftsrechts – vielseitig vor allem durch die Vielfalt der vom Gemeinschaftsrecht abgedeckten Bereiche, die vom Handelsrecht bis zum Wettbewerbsrecht, vom Zivilrecht bis zum Verwaltungsrecht, vom Steuerrecht bis zum Zollrecht, vom Sozialversicherungsrecht bis zum Bußgeldrecht reichen, nicht zu vergessen das Völkerrecht.¹⁰³⁸ In der Praxis wird es für das nationale Gericht schwierig sein, eine Synthese zwischen den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts und den in gewisser Hinsicht hemmenden Zwängen der nationalen Verfahrens- und Justizorganisationsvorschriften zu finden, insbesondere in einem so komplexen Bereich wie dem des Wettbewerbsrechts. Das nationale Gericht muss jedoch in der Lage sein, solche Schwierigkeiten zu überwinden und den gemeinschaftlichen Verpflichtungen im Hinblick auf die wirksame Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Straftätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nachzukommen.

b. Gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen des nationalen Gerichts

Das nationale Gericht hat mehrere Verpflichtungen bei der Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen nach dem Wettbewerbsrecht der UEMOA. Da das UEMOA-Wettbewerbsrecht als einheitliches Recht zu betrachten und in den Mitgliedstaaten einheit-

1036 Siehe *Mertens de Wilmars, Josse*: in *Mélanges Boulouis* 1991, S. 402.

1037 Siehe *Lecourt, Robert*: in *Mélanges Boulouis*, 1991, S. 352-356.

1038 Siehe *Lecourt, Robert*: *L'Europe des juges*, S. 258-260; *Jacot-Guillarmod*: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Revue de droit suisse*, Band 134, S. 382.

lich anzuwenden ist, ist es zunächst Aufgabe des nationalen Gerichts, es als integralen Bestandteil der nationalen Rechtsordnung (aa) zu betrachten, um dann nach genauen Kriterien (bb) die Täter bestrafen zu können.

aa. UEMOA-Recht als ein integraler Bestandteil des nationalen Wettbewerbsrechts

Bei der Bestrafung von Kartellrechtsverstößen ist das nationale Gericht verpflichtet, die Gemeinschaftsnormen als integralen Bestandteil der nationalen Rechtsordnung zu berücksichtigen, der nicht auf das Gemeinschaftsrecht beschränkt ist. Das gesamte Gemeinschaftsrecht gilt in und für jeden UEMOA-Mitgliedstaat und ist damit Bestandteil der nationalen Rechtsordnung. Der Ausdruck, Gemeinschaftsrecht sei „integraler Bestandteil der nationalen Rechtsordnung“ ist eine Möglichkeit, die gemeinschaftlichen und nationalen Rechtsordnungen zu verbinden, um ihre Umsetzung zu harmonisieren. Die Harmonisierung hat allerdings keinen unmittelbaren Einfluss auf das Bestehen des nationalen Strafrechts, wohl aber wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit genommen, ihre eigenen Ziele zu definieren.¹⁰³⁹ Damit entsteht eine Zone der rechtlichen Symbiose, in der die Rechtsvorschriften angeglichen werden, ohne dass sie vollständig zusammengeführt werden.¹⁰⁴⁰ Die Verwendung eines harmonisierenden Systems ist im UEMOAV ausdrücklich vorgesehen. In Art. 60 UEMOAV heißt es diesbezüglich:

*Die Versammlung der Staats- und Regierungschefs legt die Leitlinien für die Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten fest. Sie nennt vorrangige Bereiche, in denen gemäß den Bestimmungen dieses Vertrags eine Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten erforderlich ist, um die Ziele der Union zu erreichen (....).*¹⁰⁴¹

1039 Siehe Konombo, Roger: La place du juge national dans l'application du droit communautaire, effectivité des systèmes communautaires africains, S. 12.

1040 Siehe Cerexhe, Etienne/De Beaulieu Lehardy, L.: L'Union Economique et Monétaire OUEST Africaine: un traité pour l'avenir, S. 93.

1041 Art. 60 UEMOAV: „La Conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernement établit les principes directeurs pour l'harmonisation des législations des Etats membres. Elle identifie les domaines prioritaires dans lesquels, conformément aux dispositions du présent Traité, un rapprochement des législations des Etats membres est nécessaire pour atteindre les objectifs de l'Union (...).“

Der vorrangige Stellenwert, der der Harmonisierung im UEMOAV eingeräumt wird, erklärt sich aus dem ihr zugrunde liegenden Grundsatz der Mindestregelung und der Komplementarität, der die Anpassung der nationalen Rechtsvorschriften an die Zwecke des Gemeinschaftsrechts voraussetzt.¹⁰⁴² So zielt die Harmonisierung darauf ab, die Kohärenz zu erreichen, die sich aus den Zielen der Gemeinschaft ergibt. Sie spiegelt sich in der strafrechtlichen Verfolgung der Täter von Kartellrechtsverstößen wider, die den Staaten eine Verpflichtung zur Umsetzung dieses Ziels auferlegt und ihnen gleichzeitig die Freiheit lässt, wie sie die Ziele erreichen.

Tatsächlich zeichnet sich das Wettbewerbsrecht der UEMOA durch seinen supranationalen Charakter aus. Gleichwohl spielt das nationale Gericht eine führende Rolle bei seiner Umsetzung. Die Supranationalität des UEMOA-Wettbewerbsrechts macht es zu einem „Recht der Nähe“, d.h. zu einem Recht, das direkt auf natürliche Personen anwendbar ist und den Rechtsgüterschutz durch nationale Gerichte ergänzt.¹⁰⁴³ Das Gemeinschaftsrecht schafft somit Rechte und Pflichten zum Vorteil und zu Lasten des Einzelnen. Einerseits verleiht die Möglichkeit nach Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA dem Einzelnen das Recht, vor den nationalen Gerichten die sich aus den Gemeinschaftsrechtsakten ergebenden Rechte geltend zu machen, und schafft andererseits die Verpflichtung für den Richter, dieses Recht unabhängig von der nationalen Gesetzgebung anzuwenden. Auf diese Weise trägt die Supranationalität dazu bei, die Wirksamkeit der Verfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu verbessern, indem sie die im Gemeinsamen Markt vorgesehenen Freiheiten zu Rechten macht, die vor nationalen Gerichten geltend gemacht werden können und daher eine der Säulen der gemeinschaftlichen Rechtsordnung darstellen.¹⁰⁴⁴ In diesem Zusammenhang ist das nationale Gericht verpflichtet, die unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts, die auf dem von der Gemeinschaft angestrebten Integrationsziel be-

1042 Siehe *Ibriga, Luc Marius/ Coulibaly, Saïb Abou/ Sanou, Dramane*: Droit Communautaire ouest africain, Presses Africaines, S. 5; *Bako, Piabié Jean-Baptiste*: Monnet Working Papers 07/2016, S. 1-50.

1043 Siehe *Rodriguez, Igleas/Gil Carlos/Kepenne, Jean-Paul*: in *Mélanges en hommage á Michel Waelbroeck*, Volume I, S. 517 ff; *Pradel, Jean*: in *Tiedemann, Klaus*: Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union, Rechtsgodmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik, S. 55 ff; *Oppermann, Thomas/ Classen, Dieter Claus/ Nettekheim, Martin*: Europarecht, S. 346 ff.

1044 Siehe *Borchardt, Klaus-Dieter*: L'ABC du droit communautaire, Documentation européenne, S. 101.

ruht¹⁰⁴⁵, zu gewährleisten. Dies war im Urteil *Van Gend und Loos*¹⁰⁴⁶ die Antwort des EuGH auf die Frage, ob das Gemeinschaftsrecht unmittelbare Auswirkungen hat, auf die sich Einzelpersonen berufen können, und ob eine Person vor dem nationalen Gericht berechtigt ist, dieses Recht gegen den Staat geltend zu machen, dessen Staatsangehöriger sie ist. Ziel des UEMOA ist es, einen Gemeinsamen Markt zu schaffen, dessen Funktionieren bei der Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen die Bürger der Union unmittelbar betrifft. Dieser Vertrag ist mehr als ein Abkommen, das nur gegenseitige Verpflichtungen zwischen den Vertragsstaaten schaffen will. Die UEMOA bildet eine neue Rechtsordnung, sie sich nicht nur an die Mitgliedstaaten, sondern auch an die Bürger richtet.

So soll das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht, ebenso wie es Belastungen für Privatpersonen schafft, auch Rechte schaffen.¹⁰⁴⁷ Daher sind die Betroffenen berechtigt, die Einhaltung dieser Rechte vor den nationalen Gerichten zu geltend zu machen, auch und insbesondere vor den nationalen Strafgerichten. Mit anderen Worten: die unmittelbar anwendbaren strafrechtlichen Bestimmungen des UEMOA-Wettbewerbsrechts verleihen dem Einzelnen Rechte, die die nationalen Gerichte wahren und gewährleisten müssen.¹⁰⁴⁸ Die unmittelbare Anwendung des Gemeinschaftsrechts bedeutet, dass der Richter den Vertrag, die Verordnungen, Richtlinien und Gemeinschaftsbeschlüsse berücksichtigen muss, wenn er diejenigen bestrafen will, die sich einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise schuldig gemacht haben. Es ist die Pflicht des Richters, diese Gesetze anzuwenden, unabhängig von den nationalen Rechtsvorschriften, die die Grundlage der Verurteilung bilden.¹⁰⁴⁹

Inwieweit das Gemeinschaftsrecht unmittelbar auf die Wirksamkeit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Ver-

1045 Dieses Ziel, das für die Europäische Union bestätigt wurde, wird auch von der UEMOA verfolgt; siehe Präambel des UEMOA.

1046 Siehe EuGH, 5. Februar 1963, *Van Gend & Loos*, Rechtssache 26/62, Slg. 1963, S. 1. Im vorliegenden Fall war es Art. 12 EG, der die Mitgliedstaaten verpflichtete, auf die Einführung neuer Zölle zu verzichten und die Zölle, die sie in ihren gegenseitigen Handelsbeziehungen anwendeten, zu erhöhen.

1047 Siehe EuGH, 5. Februar 1963, *Van Gend & Loos*, Rechtssache 26/62, Slg. 1963, S. 1.

1048 Siehe EuGH, 19. Dezember 1968, *Salgoil Société par actions Salgoil gegen Außenhandelsministerium der Italienischen Republik*, Fall 13/68, Slg. 1968, S. 680.

1049 Siehe *Lecourt, Robert: L'Europe des juges*, S. 248

haltensweisen anwendbar ist, hängt von der betreffenden Norm ab. In diesem Zusammenhang ist es wichtig, zwischen Primär- und Sekundärrecht zu unterscheiden. In der ersten Kategorie, die sich aus den Bestimmungen des UEMOA-Vertrags zusammensetzt, kann zwischen Normen mit voller und eingeschränkter unmittelbaren Anwendbarkeit unterschieden werden. Die Bestimmungen, die uneingeschränkt unmittelbar anwendbar sind, einschließlich der Vorschriften über das Verbot wettbewerbswidriger Verhaltensweisen von Unternehmen, in diesem Fall Art. 88a und b, schaffen nicht nur für die Mitgliedstaaten, sondern auch für Einzelpersonen Rechte und Pflichten.¹⁰⁵⁰ Normen mit begrenzter unmittelbaren Anwendbarkeit schaffen Rechte und Pflichten für Einzelpersonen nur gegenüber Staaten. In diesem Fall sind die Bestimmungen des Art. 88c betroffen.

Im Bereich des Sekundärrechts wird nach der Rechtsnatur des Rechtsakts unterschieden, insofern ist die UEMOA nicht innovativ. Nach Art. 43 UEMOAV sind die Vorschriften in allen Mitgliedstaaten der Union unmittelbar anwendbar und verbindlich. Eine Verordnung hat ihrer Natur nach und durch ihre Funktion im System der Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts unmittelbare Auswirkungen und ist somit in der Lage, den Bürgern Rechte zu verleihen, die die nationalen Gerichte zu schützen haben.¹⁰⁵¹ Als Ausdruck der „vollständigen Gesetzgebungsbefugnis“ ist die Gemeinschaftsverordnung nämlich das perfekte Rechtsinstrument der Union. Sie wird automatisch Teil der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten und geht gegebenenfalls den ihr zuwiderlaufenden Bestimmungen des nationalen Rechts vor (Anwendungsvorrang). Unter den gleichen Bedingungen haben Entscheidungen unmittelbare Auswirkungen auf die Adressaten, und nur auf diese. Sie schaffen Rechte und/oder Pflichten zum Nutzen oder auf Kosten ihrer Empfänger, aber auch Rechte und/oder Pflichten zum Nutzen Dritter, soweit sich diese hierauf berufen können.¹⁰⁵² Hingegen hat die Richtlinie, die in nationales Recht umgesetzt werden muss, grundsätzlich keine direkte Wirkung für die Bürger. Die direkte Anwendbarkeit der Richtlinie kann sich jedoch ergeben, wenn ein Staat eine Richtlinie nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzt hat.¹⁰⁵³ Im Falle der Nichtumsetzung der Richtlinie sowie im Falle einer fehlerhaften Umset-

1050 *Lecourt, Robert*: L'Europe des juges, S. 192.

1051 Siehe EuGH, 14. Dezember 1971, *Politi*, Rechtssache 43/71, Slg. 1971, S. 1039; *Oppermann, Thomas/ Classen, Dieter Claus/ Nettesheim, Martin*: Europarecht, S. 346 ff, *Pradel, Jean*: Droit pénal général, S. 306 ff.

1052 Siehe *Isaac et Blanquet* droit de l'Union Européenne, S. 195.

1053 Für den EuGH "erreichen seine Wirkungen in allen Fällen, in denen eine Richtlinie ordnungsgemäß umgesetzt wird, den Einzelnen durch die von dem

zung gilt die unmittelbare Anwendbarkeit als Mindestgarantie, sofern die Umsetzungsfrist abgelaufen ist und die Bestimmungen der Richtlinie hinreichend konkret sind.

Im Zusammenhang mit der Wettbewerbsregulierung in der UEMOA ist eine solche pathologische Situation entstanden, die zur unmittelbaren Anwendung der Richtlinie führt, und zwar in Bezug auf die Nichtumsetzung der Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden. Diese Nichtumsetzung steht der Wirksamkeit der Wettbewerbskontrolle im UEMOA-Bereich entgegen. Das Versäumnis der UEMOA-Mitgliedstaaten hat nämlich zur Folge, dass die Befugnisse der Kommission und der nationalen Wettbewerbsbehörden weiterhin unkoordiniert nebeneinander bestehen. Infolgedessen können Schwierigkeiten bei der Entscheidung, ob die nationalen Wettbewerbsbehörden als Entscheidungsbehörde immer an der Kontrolle des Wettbewerbs auf nationaler Ebene beteiligt sein sollten, entstehen. Ebenso werden die Verfahren für das Eingreifen dieser Behörden nicht durch eine Anpassung ihrer Befugnisse in das nationale Recht übernommen.

Die Nichtumsetzung der Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA stellt derzeit kein Problem mehr dar, da die Mitgliedstaaten ihre strafrechtliche Kompetenz ausgeübt haben, indem sie den nationalen Wettbewerbsbehörden lediglich die Befugnis zur Beratung der Regierung oder zum Umgang mit den Straftätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen überlassen haben. Nur die Strafgerichte sind befugt, Sanktionen gegen diejenigen zu verhängen, die sich in den Mitgliedstaaten wettbewerbswidriger Verhaltensweisen schuldig gemacht haben. Damit stellt sich die Frage nach den Kriterien, nach denen der Richter diese Verantwortlichkeit den Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zuweist.

betreffenden Mitgliedstaat getroffenen Durchführungsmaßnahmen, ohne dass geprüft werden muss, ob die fragliche Bestimmung die Voraussetzungen erfüllt, denen im Falle einer nicht ordnungsgemäßen Umsetzung der Richtlinie die Möglichkeit für den Einzelnen unterliegt, sich vor dem nationalen Gericht darauf zu berufen"; Urteil vom 17. Juli 1982, Felicitas, Rechtssache 270/81, Slg. 1982, S. 02771.

bb. Verpflichtung zur Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nach bestimmten Kriterien

Das Gemeinschaftsrecht, das unmittelbar in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten anwendbar ist, hat Vorrang bei Konflikten, Widersprüchen oder Unvereinbarkeiten mit dem nationalen Recht, unabhängig davon, ob es älter oder jünger ist.¹⁰⁵⁴ Das ist der Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts. Unter allen Umständen muss das Gemeinschaftsrecht Vorrang vor dem nationalen Recht haben, da sonst die Gefahr besteht, dass es nicht zur Entfaltung gebracht wird. Daraus ergibt sich ein existenzielles Erfordernis dieses Vorrangs.¹⁰⁵⁵ Dieses Prinzip wurde in der europäischen Union durch die Rechtsprechung in dem berühmten *Costa and E.N.E.L.*-Urteil festgelegt.¹⁰⁵⁶ Es ist Teil eines Systems zur Lösung von Konflikten zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Recht, unter Achtung der nationalen Rechtsgeltung und damit unter Respektierung der nationalen Souveränität. Da der Erfolg der Gemeinschaftskonstruktion von der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts abhängt, wurde dies als Voraussetzung für die Anerkennung der Vollstreckbarkeit des Gemeinschaftsrechts im gesamten Gebiet der Gemeinschaft angesehen. Diese Durchsetzbarkeit musste begründet werden. Der EuGH hat sie im *Costa- und E.N.E.L.*-Urteil aus der unmittelbaren und direkten Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts¹⁰⁵⁷ und der Übertragung von Befugnissen durch die Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaft abgeleitet, was zu einer gewissen Einschränkung des souveränen Rechts der Staaten führt.¹⁰⁵⁸ Daraus folgt, dass die Durchsetzbarkeit des Gemeinschafts-

1054 Siehe *Barav, Ami*: in A. Barav et Ch. Philip, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, S. 855.

1055 Siehe Pierre Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Presses Universitaires de Liège, S. 227.

1056 Siehe EuGH, 15. Juli 1964, Rechtssache 6/64 Slg. 1964, S. 01253.

1057 "Mit dem EWG-Vertrag wurde eine Rechtsordnung geschaffen, die mit dem Inkrafttreten des Vertrags in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten integriert ist und für sie verbindlich ist"; siehe EuGH, 15. Juli 1964, Rechtssache 6/64, Slg. 1964, S. 01253.

1058 "Durch die Gründung einer Gemeinschaft von unbegrenzter Dauer, die mit ihren eigenen Befugnissen, ihrer Persönlichkeit, ihrer Rechts- und Geschäftsfähigkeit, ihrer Fähigkeit zur internationalen Vertretung und insbesondere mit wirklichen Befugnissen ausgestattet ist, die sich aus einer Einschränkung der Zuständigkeit oder einer Übertragung von Befugnissen von Staaten auf die Gemeinschaft ergeben, haben sie ihre souveränen Rechte, wenn auch in begrenzten Bereichen, eingeschränkt..."; Die Übertragung der den Bestimmungen des

rechts im Lichte der späteren nationalen Gesetzgebung nicht von Staat zu Staat unterschiedlich sein kann. Darüber hinaus konnte der Vertrag aufgrund seiner ursprünglichen Besonderheiten nicht durch ein innerstaatliches Gesetz geändert werden, wodurch er seinen Gemeinschaftscharakter verlieren würde und wodurch die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt würde.

Dieser Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts ist in Art. 6 UEMOAV verankert, in dem es heißt, dass Rechtsakte, die von den Organen der Union zur Erreichung der Ziele dieses Vertrags nach den von ihm festgelegten Regeln und Verfahren erlassen werden, in jedem Mitgliedstaat ungeachtet anderslautender Rechtsvorschriften, ob jünger oder älter, angewandt werden.¹⁰⁵⁹ Diese Bestimmung legt den Grundsatz und die Folgen fest. Diese Bestimmung führt zu einem (Anwendungs)Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem nationalen Recht, wodurch eine Verpflichtung für das nationale Gericht entsteht, jedes damit unvereinbare nationale Recht nicht anzuwenden. Diese Regel ist im *Simmenthal*-Urteil des EuGH klar formuliert.¹⁰⁶⁰ Was die Verantwortlichkeit der Urheber wettbewerbswidriger Verhaltensweisen betrifft, so ist das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden hat, verpflichtet, die volle Wirksamkeit dieser Vorschriften zu gewährleisten, indem es gegebenenfalls in eigener Verantwortlichkeit jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt, ohne die vorherige Beseitigung dieser Bestimmungen durch eine Rechtsvorschrift oder ein anderes verfassungsmäßiges Verfahren beantragen oder abwarten zu müssen.¹⁰⁶¹ Daher ist eine nationale Rechtsvorschrift, die nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, per se nicht anunwirksamwendbar. Zweitens verpflichtet der Grundsatz des Vorrangs den nationalen Gesetzgeber, die rechtsgültige Bildung neuer na-

Vertrags entsprechenden Rechte und Pflichten durch die Staaten von ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung auf die Gemeinschaftsrechtsordnung führt zu einer endgültigen Beschränkung ihrer souveränen Rechte, gegen die ein späterer einseitiger Akt, der mit dem Konzept der Gemeinschaft unvereinbar ist, nicht durchgesetzt werden kann" ; siehe EuGH, 15. Juli 1964, Rechtssache 6/64, Slg. 1964, S. 01253.

1059 Art. 6 UEMOAV: „*les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent traité et conformément aux règles et procédures instituées par celui-ci, sont appliquées dans chaque Etat membre nonobstant toute législation contraire, antérieure ou postérieure.*“

1060 Siehe Dominique, *Carreau*: RTD eur. 1978, S. 381ff.

1061 Siehe EuGH, 9. März 1978, Staatliche Finanzverwaltung gegen S. p.A. Simmenthal, Sache 106/77, Slg. 1978, S. 00629.

tionaler Gesetzgebungsakte zu verhindern, soweit sie mit den Gemeinschaftsnormen unvereinbar sind.¹⁰⁶² Aus diesem Verbot ergibt sich, dass jedes etwas anderes bestimmende Folgegesetz als niemals wirksam erlassen gilt und das nationale Gericht es als nicht existent betrachten muss.¹⁰⁶³ Der Grundsatzes des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts hat somit sowohl Folgen für den Gesetzgeber als auch für den Richter.

Aus dem Vorrang ergibt sich, dass der Richter, vor dem die Klage erhoben wird, verpflichtet ist, das UEMOA-Wettbewerbsrecht bei der Bestrafung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen anzuwenden, wenn die geltenden nationalen Normen ihm widersprechen. Er spielt daher eine Schlüsselrolle bei der Verhängung strafrechtlicher Sanktionen gegen Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nach dem Kartellrecht der UEMOA.

2. Der nationale Richter bei der Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen

Die Analyse der im UEMOA-Wettbewerbsrecht festgelegten strafrechtlichen Haftungsregelung ermöglicht es, zwei Mechanismen zur Bestrafung von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu unterscheiden: Sanktionen, die von den Organen der Union, d.h. der UEMOA-Kommission und dem CJUEMOA, verhängt werden, sowie Sanktionen die der nationale Richter verhängt. Die Intervention des nationalen Richters bei der Bestrafung von Kartellrechtsverstößen ist insofern besonders interessant, als der Rückgriff auf den Richter derzeit schwer einzuordnen ist, da er nur ein Glied in einer Kette ist, d.h. seine Intervention kann nicht ohne einen vor- und einen nachgelagerten Teil verstanden werden.

Der nationale Richter ist Teil eines komplexen Streitbeilegungssystems.¹⁰⁶⁴ Da der heutige Prozess Teil eines pluralistischen Justizsystems ist, beschränkt sich das Gesetz der Streitbeilegung nicht auf die Beilegung von Streitigkeiten durch ein zu diesem Zweck eingerichtetes Gericht. Der Richter sollte nicht als erster, sondern als letzter Ausweg verstanden werden, der nur dann ergriffen werden sollte, wenn der Konflikt nicht anders

1062 Siehe EuGH, 9. März 1978, Staatliche Finanzverwaltung gegen S. p.A. Simmenthal, Sache 106/77, Slg.1978, S. 00629.

1063 Siehe *Barav, Ami*: RTD eur. 1985, S. 324.

1064 Siehe *Balate, Éric / Menétrey, Séverine*: Revue internationale de droit économique 2013, S. 536.

gelöst werden konnte. Die Möglichkeiten des Dialogs zwischen den Parteien müssen ausgeschöpft werden, bevor das Eingreifen des Richters erforderlich ist.¹⁰⁶⁵ Die UEMOA-Mitgliedstaaten vertreten die entgegengesetzte Position, da sie Wettbewerbsstreitigkeiten zum Nachteil der nationalen Wettbewerbsbehörden direkt dem nationalen Gericht vorlegen. Dies gilt insbesondere für den Benin, wo die Wettbewerbsbehörde nur eine im Wesentlichen beratende Funktion hat. Der Rat kann in der Tat alle Verfahren und Untersuchungen zu wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen einleiten, die dazu führen, dass der Wettbewerb im Inland eingeschränkt oder verzerrt wird. Er unterrichtet den für den Handelsminister darüber.¹⁰⁶⁶ Er kann jedoch als beratendes Organ kein Verfahren einleiten.¹⁰⁶⁷ Infolgedessen hat er keine Zuständigkeit für Rechtsstreitigkeiten. Das Eingreifen des nationalen Gerichts in die Bestrafung der Täter entspricht dem Richtervorbehalt, der nur Gerichten das Recht zur Verhängung von Kriminalstrafen zugesteht. Es geht hierbei nicht um die Funktion als Wettbewerbsgericht, sondern als Strafgericht, das auch und insbesondere dem Schutz des Täters dient und diesem ein rechtsstaatliches Verfahren garantieren soll.

Hinzu kommt, dass es sich bei der Wettbewerbsordnung um ein in Frankreich von *Antoine Pirovano* entwickeltes Konzept handelt, der zwar den „gewalttätigen“ Charakter des Wettbewerbs betont, aber nachgewiesen hat, dass er einer Ordnung unterliegt, weil der Wettbewerb als Ordnung funktioniert.¹⁰⁶⁸ Die Besonderheit dieser Ordnung besteht darin, dass sie auf Konzepten basiert, die vor allem wirtschaftlicher Natur sind, deren Ziel es ist, den als wirtschaftlich bezeichneten Missbrauch von Verstößen gegen die öffentliche Ordnung zu zensieren, ein Missbrauch, der selbst ein stark rechtlicher Begriff ist. Die Wirtschaftsordnung verzichtet nicht auf die Begriffe der normativen und regulatorischen Macht, da es darum geht, die normative und regulatorische Macht der mit der Verfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen betrauten Richter zu beurteilen.

Diese Macht wird verstärkt, wenn es sich um eine rechtliche Übersetzung wirtschaftlicher Begriffe (Wettbewerb, Markt usw.) handelt, die die logische Konsequenz der Schaffung anderer Begriffe (Sensibilitäts-

1065 Siehe *Cadiet, Loïc*: RLR 2011, S. 141.

1066 Siehe Art. 6 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin.

1067 Siehe Art. 53 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin.

1068 Siehe *Pirovano, Antoine*: in *L'Algérie en mutation*, S. 129.

schwelle, relevanter Markt usw.) ist. In diesem Sinne sind die traditionellen Eingriffsmöglichkeiten des ordentlichen Richters nützlich für die wirk-same Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter wett-bewerbswidriger Verhaltensweisen.

Dies führt einerseits zu einem Interesse an den Befugnissen des nationa-len Richters in bei der Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen (a) und andererseits an der Möglichkeit einer Vorabentscheidung des nationa-len Richters bei der Ausübung seiner Gemeinschaftskompetenz (b), da der nationale Richter bei der Anwendung von Sanktionen Schwierig-keiten bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts haben kann; dies erfordert die Möglichkeit, ein supranationales Gericht im Wege des Vorabent-scheidungsverfahrens anrufen zu können.

a. Das Amt des nationalen Richters zur Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen

Der nationale Richter ist verpflichtet, wettbewerbswidrige Verhaltenswei-sen zu verfolgen und zu bestrafen. Dieses Amt, das ihm bei der Durchset-zung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswid-riger Verhaltensweisen zugewiesen wird, weist Besonderheiten auf, die mit dem sensiblen Charakter der Angelegenheit zusammenhängen, die nicht nur Sache der Union, sondern auch der Mitgliedstaaten ist. Die strafrecht-liche Zuständigkeit des nationalen Richters für wettbewerbswidrige Hand-lungen ist nach dem Wettbewerbsrecht der UEMOA gerechtfertigt. In die-sem Zusammenhang ist das nationale Gericht unabhängig davon zustän-dig, ob es auf der Grundlage der Vorschriften des gemeinschaftlichen oder des nationalen Wettbewerbsrechts angerufen wird, da das Gemeinschafts-recht in der innerstaatlichen (Straf)Rechtsordnung Anwendung finden soll. Das Gleiche gilt für die Vorschriften zur Bekämpfung wettbewerbs-widriger Handlungen. Sie fallen in die Zuständigkeit des nationalen Ge-richts, dessen traditionelle Aufgabe die Rechtsanwendung in diesem Rechtsgebiet ist.¹⁰⁶⁹ Der nationale Richter ist somit der zuständige Richter bei der Bekämpfung von Verstößen gegen das UEMOA-Kartellrecht.

Im Allgemeinen besteht die Aufgabe des nationalen Gerichts darin, die tägliche Umsetzung des Rechts, einschließlich des Gemeinschaftsrechts si-cherzustellen. Es muss daher das nationale Recht im Rahmen des von der UEMOAV geschaffenen Rechtssystems anwenden. Der nationale Richter

1069 Siehe *Colson, Renaud*: La fonction de juger. Étude historique et positive, S. 9.

spielt daher eine grundlegende Rolle auch auf Gemeinschaftsebene, wenn es darum geht, sicherzustellen, dass die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen einerseits strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden und andererseits die Wirksamkeit des UEMOA-Wettbewerbsrechts gewährleistet wird.

Die gerichtlichen Entscheidungen erstrecken sich daher auch auf Fälle, in denen es nicht um die Durchsetzung subjektiver Rechte geht, sondern um den Einsatz von Sanktionen und Zwangsmaßnahmen.¹⁰⁷⁰ Der Einsatz des Richters damit zum Anpassungsinstrument, zu einem integralen Bestandteil einer Marktordnungsstrategie. Er würde auch zum Instrument für die gerichtliche Reaktion auf den Markt, da Vertreter von Nicht-Marktinteressen diesen Weg nutzen, um das Gleichgewicht zwischen den beteiligten Interessen wiederherzustellen.

Die gerichtliche Regulierung beschränkt sich jedoch nicht auf die strategische Nutzung der Gerichte durch Private. Der Platz, den das nationale Wettbewerbsrecht den nationalen Gerichten bei der Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Urheber wettbewerbswidriger Verhaltensweisen einräumt, ermöglicht es, die innerstaatlichen Gerichtsverfahren in den Dienst des Schutzes des gemeinschaftlichen Wettbewerbs zu stellen. Der nationale Richter erscheint in diesem Sinne nicht nur als Richter für den Schutz vor Verstößen gegen die Wettbewerbsordnung (**aa**), sondern auch als Richter für den Schutz individueller Interessen (**bb**).

aa. Der nationale Richter als zuständiger Richter bei Verstößen gegen die Wettbewerbsordnung

Indem das nationale Gericht die strafrechtliche Verantwortlichkeit den Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zuweist, schützt es die Wettbewerbsordnung, die Teil der öffentlichen Wirtschaftsordnung ist. Charakteristisch für das Wettbewerbsrecht ist, dass seine Definition und Umsetzung weitgehend und zunehmend auf der Analyse wirtschaftlicher Begriffe basiert. Um sich ausschließlich auf wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu beschränken, werden sie in der UEMOA nur insoweit erfasst, als sie den Wettbewerb auf einem Markt verhindern, einschränken oder verzerren

1070 Siehe *Gerard, Philippe/ Van de Kerchove, Ost François* (Hrsg.): in *Revue internationale de droit comparé* 1984, S. 878-879.

wollen oder können.¹⁰⁷¹ Die erste Zuständigkeit des nationalen Gerichts besteht in der Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zur Verteidigung der Wettbewerbsordnung. Die Regulierungsfunktion des Wettbewerbsrichters ist offensichtlich, denn das Wettbewerbsrecht und noch mehr das Recht gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, ist ein stark durch die Praxis bedingtes Recht. Es bedarf einer umfassenden Analyse der Sachverhalte unter dem Aspekt, den Wettbewerb auf dem Markt zu schützen. Dabei kommt angesichts der zentralen Rolle des Richters auch den verfahrensrechtlichen Vorschriften, die bei der Analyse zum Tragen kommen, zentrale Bedeutung zu.¹⁰⁷² Der Richter spielt dabei eine wichtige schöpferische Rolle, zumal der Gesetzgeber die Begriffe wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, die der Richter anwenden muss, weit gefasst hat. Konkret verankert die Entscheidung des Gerichts eine wirtschaftliche Entscheidung, die rechtliche Bedeutung erlangt.¹⁰⁷³ Diese Regulierungsbefugnis hat besondere verfahrenstechnische Auswirkungen, sowohl bei den Sanktionen, die allein der Richter verhängen kann, als auch bei der Einführung von Sonderverfahren. Diese Besonderheit des Wirtschaftsrechts und insbesondere der Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen erfordert eine neue Art der Beurteilung, die der nationale Richter durch seine schöpferische Kraft übernehmen muss, indem er über die ihm unterbreiteten Rechtsstreitigkeiten über wettbewerbswidrige Praktiken hinausgeht, um die durch ein unsoziales Verhalten erreichte öffentliche Wirtschaftsordnung zu schützen. Nach den Bestimmungen des Art. 22 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA und des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in Benin stehen sie in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Ausmaß des Schadens für die Wirtschaft.¹⁰⁷⁴ Ebenso sollen Unterlassungsklagen zur Änderung des Verhaltens einen Wettbewerbsverstoß beenden. Das Ziel, das mit der Verhängung dieser Sanktionen verfolgt wird, ist klar: der

1071 Siehe Art. 88 TEUMOA und Art. 6 bis 9 des Gesetzes 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs im Benin.

1072 Siehe *Frison-Roche Marie-Anne*: Revue Justices 1995, S. 91; *Boy, Laurence* (Hrsg.): L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, 2004, S. 688; *Farjat Gérard*: Pour un droit économique, S. 110 ff; auch *Frison-Roche, Marie-Anne*: D. 2001, S. 610; *Boy Laurence*: D. 2001, S. 3031; *Champaud, Claude*: RIDE 2002, S. 23 ; *Mohamed, Salab*: in Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, S. 38.

1073 Siehe *Gérard, Blanc*: RIDE 1997, S. 165.

1074 Siehe *Ngom, Mbissane*: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 384.

Schutz des Wettbewerbs. Dasselbe gilt für die verschiedenen im Laufe der Zeit eingeführten Verhandlungsverfahren, wie z.B. die Beilegung von Streitigkeiten, die Nichtanfechtung von Beschwerden und Verpflichtungsverfahren.¹⁰⁷⁵

Tatsächlich kommt dem nationalen Richter damit eine strategische Bedeutung zu, um die Bestrafung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu gewährleisten. Diese Zunahme der Befugnisse des nationalen Richters in Wettbewerbsstreitigkeiten, die sich von den in Europa üblichen Verfahren unterscheidet, wo der Schutz der Wettbewerbsordnung einer unabhängigen Verwaltungsbehörde mit Rechtsprechungsfunktion übertragen wird, ist eine neue Herausforderung, der sich die Mitgliedstaaten gestellt haben, indem sie sich von dem Konzept in der Europäischen Union abwenden. Dieser Ansatz der UEMOA-Mitgliedstaaten zielt sicherlich auf die Wirksamkeit der Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen ab, wobei dies vor dem zu sehen ist, dass man über keine spezialisierten Humanressourcen auf diesem Gebiet in den verschiedenen nationalen Institutionen verfügt. Die Übertragung der Zuständigkeit auf die Gerichte verdient Zustimmung, da die Bürger der UEMOA-Mitgliedstaaten, insbesondere des Benin, volles Vertrauen in ihre Gerichte haben, die weniger korrupt sind als Verwaltungsbehörden. Gerichtsurteile werden wenig hinterfragt und in der Regel befolgt. Hingegen besteht große Zurückhaltung, wenn eine belastende Verwaltungsentscheidung ergeht. Hier zögern die Bürger nicht, sich ihr zu widersetzen, denn im kollektiven Bewusstsein Benins gilt die öffentliche Verwaltung als sehr korrupt. Dem hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, indem er den Richter in den Mittelpunkt der Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen gestellt hat. Obwohl alternative Methoden der außergerichtlichen Streitbeilegung immer erfolgreicher werden und viele Streitigkeiten, auch wenn sie vor Gericht gebracht werden, vor dem Urteil im Wege des Vergleichs entschieden werden, sind die Gerichte aufgerufen, bei der Entscheidung eine Lösung zu finden, die im Interesse der Allgemeinheit steht, als das Interesse der Parteien wahrzunehmen.¹⁰⁷⁶

In einer klassischen Analyse wird vom Richter das *imperium*, die Macht, Befehle zu geben, erwartet, viel mehr als die *jurisdictio* im Sinne eines Ur-

1075 Siehe Art. 74ff des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in Benin; Deschamps, Marc Poésy, René: *Revue Internationale de droit économique* 2013, S. 571.

1076 Siehe Balate, Éric/ Menetrey, Severine: *Revue internationale de droit économique* 2013, S. 537.

teils *judicium*. Das *imperium* wird im Gegensatz zur *jurisdictio* oft zur Bezeichnung des öffentlichen Machtbereichs verwendet, der dem Schiedsrichter im Gegensatz zum staatlichen Richter entzogen ist, da er seine Zuständigkeit nicht aus einer offiziellen Amtseinsetzung, sondern aus einer Schiedsvereinbarung ableitet. Der Begriff *imperium* bezieht sich daher auf alle Befugnisse, die Teil der öffentlichen Gewalt sind, wie die Befugnis, über die Polizei zu verfügen, ein Zwangsgeld anzuordnen, usw.¹⁰⁷⁷

Es scheint jedoch, dass unter dem Einfluss des Zusammenwirkens des Handelns von Interessengruppen und insbesondere unter dem Einfluss des europäischen Gesetzgebers die *jurisdictio* Vorrang vor dem *imperium* erlangt hat. Einige mögen in diesem Vorrang eine Wiedergeburt der Richterregierung sehen. Es hat jedoch den Anschein, dass der Prozess, den wir zu analysieren versuchen, sich von diesem Spektrum befreit hat, um mit viel mehr Nuancen der *jurisdictio* den Vorrang vor dem *imperium* zu geben. Während die rekonstruktive oder heilende Funktion des Richters vorgebracht wird, erscheint es angebracht, einen anderen Weg zu beschreiten, der sich weniger mit dem einfachen scharfen Ausdruck des Richterberufs als vielmehr mit der Funktion „das Recht zu sprechen“ (*jurisdictio*) befasst.¹⁰⁷⁸

Schließlich ist der Richter nach der gleichen Logik befugt, strafrechtliche Sanktionen gegen die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen gemäß dem UEMOAV und der Stellungnahme Nr. 003 des CJUEMOAs auszusprechen, die den Mitgliedstaaten die ausschließliche strafrechtliche Zuständigkeit übertragen. Die Mitgliedstaaten tragen zur Wirksamkeit der Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter bei, indem sie dem nationalen Richter direkt die Befugnis zur Bestrafung anvertrauen. Diese neue Aufgabe des nationalen Richters ist eine Herausforderung nicht nur für ihn selbst, sondern auch für die Mitgliedstaaten, die die Richter entsprechend ausbilden müssen.

bb. Der nationale Richter als Richter für Nichtigkeits- und Zivilhaftungsklagen

Für die Entscheidung über Streitigkeiten, die sich aus wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen ergeben, nämlich Nichtigkeits- und Haftungsklagen,

1077 Siehe Cornu, *Gérard*: Vocabulaire juridique, S. 522.

1078 Siehe Balate, *Éric*/ Menetrey, *Severine*: Revue Internationale de droit économique 2013, S. 537.

ist ausschließlich der Richter zuständig.¹⁰⁷⁹ Auch wenn Art. 88 UEMOAV jede Verpflichtung, Vereinbarung oder Vertragsklausel, die sich auf eine durch ihn verbotene Verhaltensweise bezieht, für nichtig erklärt und diese den spezifischen Bestimmungen über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen unterliegen, ist allein der nationale Richter für die Durchsetzung dieser Bestimmungen zuständig. Jede Streitigkeit im Zusammenhang mit der Nichtigkeit oder der Umsetzung eines Kartells fällt in seine Zuständigkeit.

Die UEMOA-Kommission ist nicht zuständig für die Gewährung von Schadenersatz an Opfer wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, da sich die Klage auf Schadenersatz auf Art. 1382 des Zivilgesetzbuches stützt. Die ordentlichen Gerichte sind daher ausschließlich dafür zuständig, die Bestimmungen des Art. 88 UEMOAV und der Art. 8 und 9 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs im Benin anzuwenden, um die Nichtigkeit wettbewerbswidriger Praktiken oder Schadenersatz gegen die Täter wettbewerbswidriger Praktiken zu bestimmen. Die Umsetzung von Art. 1382 des Zivilgesetzbuchs setzt klassischerweise die Kombination aus Fehlverhalten, Schaden und einem Kausalzusammenhang zwischen diesen beiden voraus, wobei der Nachweis der Rechtswidrigkeit der Verhaltensweise leicht festzustellen ist, wenn die UEMOA-Kommission zuvor entschieden hat, dass der Rechtsstreit vor ihr verhandelt wird, auch wenn der ordentliche Richter wegen fehlender Rechtskraft nicht an die Entscheidungen der Kartellbehörde gebunden ist. Es trifft zwar zu, dass eine Verurteilung wettbewerbswidriger Praktiken durch die UEMOA-Kommission es den ordentlichen Gerichten ermöglicht, das Vorliegen einer rechtswidrigen Praxis nachzuweisen, doch wird der Ersatz des daraus resultierenden Schadens allein nach dem Ausmaß des dem Opfer entstandenen Schadens und nicht nach der Schwere der Wettbewerbsverstöße bemessen. Auf dieser Ebene werden individuelle Interessen durch das nationale Gericht gewährleistet, nämlich mittels Schadenersatz, der vom nationalen Richter zugesprochen wird. Als Garant für die Rechte, die Einzelpersonen aus dem Gemeinschaftsrecht zustehen, hat das nationale Gericht die Möglichkeit, Geldbußen zu verhängen, um den Schaden zu ersetzen, der durch den Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft entstanden ist.

Nach deutschem und europäischem Verständnis werden Geldbußen als strafrechtliche Sanktionen und daneben Schadenersatzzahlungen verlangt, also zwei unabhängige Sanktionen, die eine quasi-strafrechtlicher

1079 Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA.

Natur, die andere restitutiver Natur.¹⁰⁸⁰ Das Private Enforcement (Kartellverfolgung durch zivilrechtliche Sanktionen, insbesondere Schadensersatzansprüche von kartellgeschädigten Unternehmen) spielt neben der Verfolgung von Kartellen durch die Kartellbehörden im Wege des Bußgeldverfahrens (*Public Enforcement*) eine immer wichtigere Rolle. Das Private Enforcement wird insbesondere auch durch die EuGH-Rechtsprechung gefördert.¹⁰⁸¹ Der deutsche Gesetzgeber hat entsprechende unterstützende Regelungen mit der 7. GWB-Novelle ins Kartellrecht implementiert und durch die 9. GWB-Novelle, welche u. a. die EU-Schadensersatz-Richtlinie umsetzt, deutlich ausgebaut¹⁰⁸². Das deutsche Kartellrecht gewährt mit § 33a GWB dem von einem Kartellrechtsverstoß Betroffenen einen Schadensersatzanspruch. Anders als die Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung setzt der Schadensersatzanspruch ein Verschulden des Schädigers voraus. Die zivilrechtliche Regelung zum Mitverschulden (§ 254 BGB) und die Grundsätze der Vorteilsausgleichung (*Passing-On*) finden Anwendung.¹⁰⁸³

In Benin, UEMOA und Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) gelten die Gemeinschaftsgerichte, also der UEMOA-Gerichtshof und der CEDEAO-Gerichtshof, die für die Beurteilung von Beschwerden in wettbewerbswidrigen Angelegenheiten gegen Entscheidungen der UEMOA-Kommission und der regionalen Wettbewerbsbehörde der CEDEAO zuständig sind, als administrativer Natur¹⁰⁸⁴ und Staaten ist es nicht untersagt, diejenigen strafrechtlich zu bestrafen, die wettbewerbswidrige Verhaltensweisen begehen.¹⁰⁸⁵ Daher werden Geldbußen in Benin und der UEMOA als verwaltungsrechtliche Sanktionen und nicht als strafrechtliche Sanktionen verstanden. Die Verhängung von Geldbußen erscheint logisch, denn die Logik des Wettbewerbsrechts liegt in der Vorstellung, dass der Markt und nicht das Vermögen des Einzelnen

1080 Siehe Kapp, Thomas: Kartellrecht in der Unternehmenspraxis, Kapitel 8, Springer Link 2018, S. 249-262.

1081 Siehe Bien, Florian: Concurrences N° 2-2015, S. 13-16.

1082 Siehe Kapp, Thomas: Kartellrecht in der Unternehmenspraxis, Kapitel 8, Springer Link 2018, S. 249-262.

1083 Siehe Kapp, Thomas: Kartellrecht in der Unternehmenspraxis, Kapitel 8, Springer Link 2018, S. 251-252.

1084 Diawara, Mouhamadou: OCDE, Forum mondial sur la concurrence 7-8 décembre 2017, S. 6.

1085 Diawara, Mouhamadou: OCDE, Forum mondial sur la concurrence, 7-8 décembre 2017, S. 17.

vom wettbewerbswidrigen Verhalten betroffen ist¹⁰⁸⁶ und dass der Schadensersatz als ein Mittel zur Durchsetzung des Rechts gesehen ist. Wenn die Kommission jedoch wettbewerbswidrige Verhaltensweisen durch die Verhängung von Sanktionen unterbindet, gibt es von vornherein keinen zu behebenden Schaden mehr. Daher ist die Idee einer Entschädigung anderer Mitbewerber durch den Verantwortlichen der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise in mancher Hinsicht überraschend, da das Wettbewerbsrecht, das Teil der öffentlichen Wirtschaftsordnung ist,¹⁰⁸⁷ darauf abzielt, den Markt und nicht die Wettbewerber zu schützen. Gleichwohl sieht der EUGH im zivilrechtlichen Schadensersatzrecht ein Mittel, das Wettbewerbsrecht durchzusetzen (*private enforcement*)¹⁰⁸⁸.

Art. 88 UEMOAV unterscheidet nicht zwischen dem allgemeinen Interesse und dem Schutz individueller Interessen. Angesichts dieser Bestimmung ist es zweckmäßig, dass wettbewerbswidrige Verhaltensweisen dem Haftungsrecht unterliegen, da es unbestreitbar ist, dass eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise einen aus dem Kartell ausgeschlossenen Wettbewerber, einen Verbraucher oder einen Partner des Täters, insbesondere einen Wiederverkäufer, schädigen kann. Das allgemeine zivilrechtliche Haftungsrecht sieht nämlich vor, dass jeder Schaden ein Recht auf Schadensersatz begründet, sobald das Bestehen eines Schadens und eines schädigenden Ereignisses und der kausale Zusammenhang zwischen dem Schaden und dem Ereignis nachgewiesen sind. Daher würde die volle Wirksamkeit von Art. 88a und b UEMOAV und insbesondere die Wirksamkeit der darin enthaltenen Verbote in Frage gestellt, wenn eine Person keinen Anspruch auf Ersatz des ihr durch den eingeschränkten Wettbewerb oder durch Verhaltensweisen, die den Wettbewerb einschränken oder verzerren könnten, entstandenen Schadens hätte.¹⁰⁸⁹ Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA gibt diese Regel wieder, wenn er vorsieht, dass die von der Kommission verhängten Sanktionen wirksam sind, unbeschadet von Verfahren vor nationalen Gerichten auf Ersatz des erlittenen Schadens. Diese Bestimmung des UEMOA-Wettbewerbsrechts enthält eine doppelte Aussage.

1086 Siehe *Fasquelle, Daniel*: RTD com. 1998, S. 763 ff.

1087 Siehe *Malinvaud, Philippe/ Mekki, Mustapha/ Seube/ Jean-Baptiste*: Droit des obligations, S. 111; *Ngom, Mbissane*: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 388.

1088 Siehe *Bien, Florian*: Concurrences N° 2-2015, S. 13-16.

1089 Siehe EuGH, 20. September 2001, *Courage Ltd, aff. C-453/99*, Slg. 2001, S. I-06297.

Einerseits wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Täters bei Verstößen gegen das UEMOA-Kartellrecht akzeptiert. Es wird anerkannt, dass wettbewerbswidrige Verhaltensweisen jemandem persönlichen Schaden zufügen können, was einen Anspruch auf Entschädigung begründen kann. Andererseits verweist sie auf die nationalen Gerichte, um die Modalitäten der Wiedergutmachung auf Grundlage des Prinzips der institutionellen und verfahrensrechtlichen Autonomie der Staaten festzulegen. Es ist Sache der nationalen Rechtsordnung jedes Mitgliedstaats, die Gerichte zu benennen, die für Schadenersatzklagen wegen eines Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft zuständig sind, und die Verfahrensvorschriften für solche Klagen festzulegen, sofern die betreffenden Bestimmungen nicht weniger günstig sind als die für Klagen wegen eines Verstoßes gegen die nationalen Wettbewerbsregeln und dass es die genannten nationalen Bestimmungen nicht praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig machen, von dem Recht Gebrauch zu machen, Schadenersatz für Schäden zu verlangen, die durch eine verbotene Vereinbarung oder Verhaltensweise verursacht wurden.¹⁰⁹⁰ So wird der beninische Richter Art. 1382 des Zivilgesetzbuches anwenden. Es genügt, das Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes, der sich in einer nicht gerechtfertigten Verletzung einer Regel des UEMOA-Wettbewerbsrechts besteht, festzustellen, das Vorliegen eines Verstoßes nachzuweisen und zu beweisen, dass dieser Verstoß auf diesen Verstoß zurückzuführen ist, um eine Entschädigung vor diesem Gericht zu erhalten. Mit anderen Worten, die Klage auf Ersatz des durch wettbewerbswidrige Handlungen entstandenen Schadens entspricht den Merkmalen einer gewöhnlichen unerlaubten Handlung.

Da zudem das Verhältnis zwischen dem Allgemeininteresse und dem Ersatz von Schäden, die durch den Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln hervorgerufen wurden, nicht präzisiert wird, kann sich die Frage stellen, in welcher Höhe das Opfer zu entschädigenden ist. Da das Wettbewerbsrecht im Allgemeininteresse liegt, kann der Ersatz für den Schaden, den die Opfer erlitten haben, im Namen der Wiederherstellung des Wettbewerbs geopfert werden. Dieses Risiko verdeutlicht die psychosozialologischen und rechtlichen Hindernisse, die einer Entschädigung im Wege stehen. Die mittelbaren Opfer der Verhaltensweisen, in diesem Fall ausgeschlossene Wettbewerber, können keine Entschädigung verlangen, weil sie dem Kartell ohnehin nicht beitreten durften und weil die Gesetze die Denunziation verurteilen. Unmittelbare Opfer wie die Verbraucher oder Vertragspart-

1090 Siehe EuGH, 13. Juli 2006, Manfredi, Rechtssache C-295 bis 298/04, RLC 2006/9, Slg. 2006, S. I-06619.

ner haben in der Regel nicht die Mittel, um eine Entschädigung zu fordern, oder sie suchen nicht nach Gerechtigkeit, weil sie hoffen, von der wettbewerbswidrigen Vereinbarung zu profitieren. Die rechtlichen Hindernisse für den Schadensersatzanspruch sind vor allem die Schwierigkeiten, das zuständige nationale Gericht zu ermitteln und die wettbewerbswidrige Vereinbarung nachzuweisen. Hier stellt sich die Frage, ob das Gericht des Landes angerufen werden sollte, in dem die Tat begangen wurde, oder das Gericht des Landes, in dem der Schaden entstanden ist. In Ermangelung von Hinweisen geht ein Teil der Lehre davon aus, dass die Wahlmöglichkeit zu einem „forum shopping“ des Opfers führen kann, weil sich das Opfer an den Richter wenden kann, der die günstigste Entschädigung gewährleistet, und dass diese Wahl die Gefahr von Divergenzen in der Rechtsprechung verstärkt.¹⁰⁹¹ Diese Stellungnahme muss relativiert werden, da die Wahl zwischen mehreren Gerichten im Falle deliktischen Verhaltens einen wirksameren Schutz des Opfers wettbewerbswidriger Verhaltensweisen gewährleistet und, um das vermeintliche Risiko einer divergierenden Rechtsprechung zu vermeiden, es wichtig ist, dem UEMOA-Gerichtshof, nach dem Vorbild der OHADA, die Zuständigkeit zu übertragen, um eine einheitliche Auslegung und Anwendung¹⁰⁹² des UEMOAV und der Vorschriften gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu gewährleisten.

Der Schadensersatz soll die Verluste ausgleichen, die durch das wettbewerbswidrige Verhalten verursacht worden sind. Zivilrechtliche Haftungsklagen scheinen ein zusätzliches Abschreckungsmittel gegen Kartelle und den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu sein, da sie die Wahrscheinlichkeit der Verhängung einer Sanktion erhöhen.¹⁰⁹³ Die zivilrechtliche Haftung des Täters einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise trägt unbestreitbar zum Schutz subjektiver Interessen und zur Erhaltung der öffentlichen Wirtschaftsordnung bei. Sie fördert nicht nur das Ziel des Opferschutzes, sondern scheint auch ein Mittel der Selbstregulierung zu sein, indem sie geschädigte Wirtschaftsteilnehmer in wertvolle Helfer im Kampf gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen verwandelt¹⁰⁹⁴ Sie sind am besten in der Lage, die Aufsichtsbehörden auf die wettbewerbs-

1091 Siehe Ngom, Mbissane: Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence, S. 390.

1092 Nach Art. 14 OHADA-Vertrag.

1093 Siehe Robinson, James/Pimlott, Nick: Revue Lamy de la concurrence 2005, S. 179.

1094 Siehe Chagny, Murielle: RLC 2005, S. 187.

widrigen Verhaltensweisen aufmerksam zu machen, denen sie ausgesetzt sind. Auf jeden Fall kann die Höhe des Schadensersatzes eine abschreckende Wirkung entfalten.

So trägt die Ausgestaltung und Komplementarität von Straf- und Zivilverfahren, obwohl sie vollkommen unterschiedlichen Zielen dienen, zur wirksamen Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in den UEMOA-Mitgliedstaaten bei, da diese beiden Verfahren vor demselben Gericht, also dem Strafgericht geführt werden können. Dies gilt aber nicht für Deutschland, wo Schadensersatz nicht vom Strafgericht, sondern von einem Zivilgericht ausgesprochen würden. Die vom Richter verhängten rein zivilrechtlichen Sanktionen wie die Nichtigkeit eines Vertrages oder einer Vertragsklausel sowie die Gewährung von Schadenersatz, sind nämlich alle Instrumente der Marktregulierung, da ihre Wirksamkeit in hohem Maße von der Entschlossenheit und Urteilsfähigkeit abhängt, mit der der Richter sie anwendet. Auch wenn das Strafgericht eine Geldbuße verhängt, besteht sein Ziel darin, eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise zu bestrafen und abzuschreckend zu wirken, um das freie Spiel des Wettbewerbs wiederherzustellen, zu dem alle Wirtschaftsteilnehmer Zugang erhalten können; dieser korrigierende Aspekt wird noch verstärkt, wenn der Richter eine Anordnung zur Änderung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens erlässt, die so allen Mitbewerbern des Täters unmittelbar zugutekommt. So ist das große Wettbewerbsrecht, das Recht der wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, das sowohl von der UEMOA-Kommission als auch von den ordentlichen Gerichten angewendet werden kann und deren Bestimmungen den Wettbewerb auf dem Markt schützen sollen, derzeit in der UEMOA selbstverständlich. Es müssen nur noch die Regeln dieser konkurrierenden Gerichtsbarkeit zu diesem Zweck festgelegt werden.

Neben diesem „großen“ Wettbewerbsrecht hat der Gesetzgeber ein kleines Wettbewerbsrecht, das der wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen, geschaffen, das nur überindividuelle Streitigkeiten betrifft, ohne dabei Rücksicht auf die Auswirkungen dieser Verhaltensweisen auf den Wettbewerb zu nehmen. Dieses Recht der Ladeninhaber¹⁰⁹⁵ kann nur vom ordentlichen Richter ausgeübt werden. Diese scheinbar klare Unterscheidung erscheint aber bald künstlich, da sie auf einem zu großen Unterschied zwischen dem Schutz des Wettbewerbs und dem Schutz der Mitbe-

1095 Siehe *Deschamps, Marc/Poesy, Rene*: *Revue internationale de droit économique* 2013, S. 574.

werber beruht, der in Wirklichkeit unangemessen ist.¹⁰⁹⁶ Die Bedingungen für die Ausübung einer Tätigkeit auf einem Markt sind nämlich der freie Zugang zu ihm, die Wahrung der Chancengleichheit zwischen den Mitbewerbern, die Autonomie der Wirtschaftsteilnehmer, die Unsicherheit über das Verhalten der Mitbewerber und die Unmöglichkeit, sich von den Marktzwängen zu lösen. Während diese Anforderungen den Bestimmungen über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zugrunde liegen, die jedes Verhalten verbieten, das den Wettbewerb auf einem Markt verhindern, einschränken oder verzerren soll oder kann, sind sie auch bei wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen enthalten, da sie den normalen Wettbewerb verzerren. So wird sowohl durch Festpreise als auch durch Koppungsgeschäfte die Autonomie der Wettbewerber und der Weiterverkäufe verzerrt. Zugleich bestrafen die Art. 44 und 45 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen. Wenn eine strafrechtliche Sanktion verhängt wird, ist das ein Zeichen dafür, dass die öffentliche Ordnung, genauer: die Wirtschaftsordnung, verletzt wurde. Das Nichtbestehen eines Unterschieds zwischen wettbewerbsbeschränkenden und wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen besteht darin, letztere es manchmal ermöglichen, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen zu erkennen. Die zwei Arten können leicht verwechselt werden. So kann z.B. die abrupte Beendigung etablierter Geschäftsbeziehungen sowohl auf der Grundlage der Bestimmungen von Titel V des Gesetzes Nr. 2016-25 über wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen als auch auf der Grundlage der Bestimmungen von Titel III desselben Gesetzes über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen verfolgt werden. Somit bleibt die Umwandlung einer wettbewerbsbeschränkenden in eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise jedoch an die Erfüllung zweier Bedingungen geknüpft. Sie muss zunächst aus einer der in Titel V des Gesetzes Nr. 2016-25 genannten Verhaltensweisen entstammen und das reibungslose Funktionieren des Marktes erheblich beeinträchtigen. In diesem Fall kann die gleiche Verhaltensweise sowohl auf der Grundlage der Bestimmungen über wettbewerbsbeschränkende als auch über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen bewertet werden, da diese Normkonkurrenz nicht verfahrensneutral ist.

1096 Nach Pirovano, Antoine / Mohammed Salah: LPA 1990; Marty, Frédéric/ Reis, Patricia: *Revue Internationale de droit économique* 2013, S. 579-588; Riem, Fabrice: *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 2002, S. 102 ff.

Schließlich verfügt der Richter über eigene Befugnisse, was zu der Frage führt, wie er gegen eine wettbewerbswidrige Verhaltensweise vorgehen kann. Dies ist eine entscheidende Frage, denn auf der Grundlage der gegebenen Antworten könnten Mitbewerber echte Verfahrensstrategien entwickeln, die sowohl im Ermittlungsverfahren als auch im Hauptsacheverfahren zu finden sind. Im Falle einer Klage vor einem Gericht haben die Wirtschaftsteilnehmer die Möglichkeit, das Gericht auf der Grundlage von Art. 74 des Gesetzes Nr. 2016-25 anzurufen, um die Gewährung von Sicherungsmaßnahmen zu erwirken, oder die Angelegenheit in einem Schnellverfahren auf der Grundlage der Bestimmungen der Zivilprozessordnung an das Gericht zu verweisen. Es ist jedoch nicht notwendig, hier auf das Richteramt bei der Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen einzugehen, da dies Gegenstand von Kapitel 7 ist. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass der nationale Richter im Verfahren gegen Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen mit dem CJUEMOA zusammenarbeitet, insbesondere in Bezug auf Vorabentscheidungen.

b. Nationaler Richter als Schlüsselfigur bei der Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens

Das Vorabentscheidungsersuchen begründet die Zusammenarbeit zwischen den Richtern zur Gewährleistung einer einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Sie kann als Nebenverfahren angesehen werden, welches das Ausgangsverfahren unterbricht. Die Entscheidung über den Rechtsbehelf ist ein Prärogativ des nationalen Gerichts, das von Amts wegen entscheidet, ob es den Fall zurückverweist oder nicht. Weder die Parteien, über ihren Anwalt, noch die Gemeinschaftsrichter können von ihm verlangen, dass es dies tun.

Das nationale Gericht spielt daher eine zentrale Rolle, da es ausschließlich für die Einleitung von Vorabentscheidungsverfahren zuständig ist. Deshalb ist es wichtig, sich auf optionale (aa) und obligatorische Rechtsbehelfe (bb) zu konzentrieren.

aa. Fakultative Vorabentscheidungen im Bereich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit

Das UEMOA-Kartellrecht muss in allen Mitgliedstaaten einheitlich ausgelegt werden. Dies kann nur mit Hilfe des CJUEMOA erreicht werden, wes-

halb die nationalen Gerichte die Möglichkeit haben, Vorabentscheidungsersuchen an den CJUEMOA zu richten. Hierbei handelt es sich grundsätzlich um eine Entscheidung, die im Ermessen des nationalen Gerichts steht. Nur ausnahmsweise besteht eine Vorlagepflicht. Der Richter ist verpflichtet, die Vorabentscheidungsfrage zu formulieren und ihre Relevanz darzulegen.

Wenn das nationale Gericht das Gemeinschaftsgericht anruft, ist letzteres zur Beantwortung dieser Frage heute verpflichtet. Traditionell hatte sich das Gemeinschaftsgericht geweigert, über die Zulässigkeit von Vorabentscheidungsfragen zu entscheiden. Heute sind Vorabentscheidungsersuchen an bestimmte Voraussetzungen gebunden. So darf sich die Frage nach der Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht nicht auf eine künstlich geschaffene Streitigkeit beziehen.¹⁰⁹⁷ Der CJUEMOA geht noch weiter und lehnt die Antwort auf Fragen ab, die keinem objektiven Bedürfnis für den Ausgangsstreit entsprechen.¹⁰⁹⁸ Das Vorabentscheidungsverfahren unterliegt somit inzwischen genauen Regeln, in denen sich die Handlungsspielräume der nationalen Gerichte und des Gemeinschaftsgerichts widerspiegeln.

Da die Verbindung zwischen nationalen und gemeinschaftlichen Gerichten ohne ein Mindestmaß an Abstimmung und Anpassung nicht gelingen kann, wurde die Lösung in der Unterscheidung zwischen der Auslegung im Vorfeld durch das Gemeinschaftsgericht und der anschließenden Anwendung des Rechts durch das nationale Gericht gesucht. Die hierauf beruhende Zuständigkeitsverteilung zwischen diesen Gerichten erscheint in der Theorie einfach zu handhaben sein, erweist sich jedoch in der Praxis als Quelle erheblicher Schwierigkeiten. Die Trennlinie zwischen der Auslegungsfunktion und derjenigen der Anwendung variiert je nach der Genauigkeit der gestellten Frage, der Komplexität des Rechtsrahmens oder der Art der auszulegenden Norm. Hier geht es darum, zwei gegensätzliche Fallstricke zu vermeiden: Eine zu abstrakte Auslegung hätte den Nachteil, dem nationalen Gericht zu viel Handlungsspielraum zu lassen, was letztendlich das Ziel der Einheitlichkeit, das die eigentliche Daseinsberechtigung des Rechtsmittels darstellt, verfehlen könnte. Eine zu konkrete Auslegung, die die endgültige Lösung des Streits vorwegnimmt, würde wohl die Gewaltenteilung verzerren. In der Praxis tendiert der Gemeinschaftsrichter zu einer konkreten Auslegung, immer mit dem Ziel, einer effektiven

1097 Siehe EuGH, Case Fogia/Novello, 11. März 1980, 104/79, Slg. 1980, S. 745.

1098 Siehe EuGH vom 17. Mai 1994, Fall Corsia Ferries, C-18/93, Slg. 1994, S. I-1783.

Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts. Er bemüht sich zugleich um eine ausgewogene Entscheidung, um letztendlich dem Grundsatz der justiziellen Zusammenarbeit zu entsprechen, der der Logik der Vorabentscheidung innewohnt.¹⁰⁹⁹ Gleichwohl besteht ein Ungleichgewicht in der Zusammenarbeit der beiden Gerichten, das sich darin zeigt, dass die nationalen Gerichte bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts eine untergeordnete Rolle spielen.

Mit Ausnahme von Burkina Faso bieten alle UEMOA-Mitgliedstaaten den nationalen Gerichten die Möglichkeit, im Falle einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise den CJUEMOA zur Vorabentscheidung anzurufen, bevor es über die Begründetheit des ihm vorgelegten Falls entscheidet. Die Anerkennung des fakultativen Charakters der Vorabentscheidung zugunsten der nationalen Gerichte ist insofern logisch, als sie die Befugnis der nationalen Gerichte stärkt, von Amts wegen über eine Streitigkeit, die gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen betrifft, zu entscheiden, da es das ordentliche Gericht des Gemeinschaftsrechts ist. Die Gründe für diese Option des Gesetzgebers können auch darauf beruhen, dass der Einzelne im Falle einer Fehlentscheidung der Rekurs zu den obersten Gerichten zur Verfügung steht. Diese Gerichte sind jedoch nicht zuständig, die Bedeutung der Gemeinschaftsvorschriften im Sinne des Zusatzprotokolls Nr. 1 zu bestimmen, dessen Art. 12 Abs. 2 vorsieht, dass nationale Gerichte, die in letzter Instanz entscheiden, den Gerichtshof anrufen müssen. Sie müssen sich an das Gemeinschaftsgericht wenden, an dessen Entscheidung sie gebunden sind. Neben dem Ersuchen um eine Vorabentscheidung über die Auslegung, an die das in letzter Instanz urteilende nationale Gericht gebunden ist, gibt es auch das Ersuchen um eine Vorabentscheidung zur Beurteilung der Rechtsgeltung. In diesem Verfahren soll festgestellt werden, ob ein nationales Gericht, das im letzten Rechtszug entscheidet, eine Gemeinschaftsnorm mit der Begründung aufheben kann, dass sie im Gebiet eines Mitgliedstaats nicht in Geltung ist. Nach der Rechtsprechung der Gemeinschaft ist in diesem Fall das nationale Gericht, ob letztinstanzlich oder nicht, verpflichtet, den Gemeinschaftsgerichtshof anzurufen, wenn Zweifel an der Geltung einer Gemeinschaftsnorm bestehen. Mit anderen Worten: Wenn das nationale Gericht ohne Vorabentscheidung über die Geltung einer Gemeinschaftsvorschrift nicht entscheiden kann, wird ihm das Recht vorenthalten, eine Gemeinschaftsnorm für ungültig zu erklären. Dies ist dem Gemeinschaftsrichter vorbehalten.

1099 Siehe *Boulouis, Jean*: in *Mélanges Teitgen*, S. 23 ff.

Die Beurteilung der Geltung eines Gemeinschaftsrechtsakts erfolgt unter Bezugnahme auf das, was als „Corpus der Gemeinschaftsgesetzgebung“ bezeichnet wird, der hauptsächlich aus dem Primär- und Sekundärrecht besteht. Die Gültigkeit von Rechtsakten des Gemeinschaftsrechts wird auch unter Berücksichtigung der Grundsätze des Gewohnheitsrechts und des konventionellen Gemeinschaftsrechts bewertet.¹¹⁰⁰ Somit müssen die Rechtsakte, die der Gültigkeitskontrolle unterliegen, den Standards des Sekundärrechts entsprechen.¹¹⁰¹

Die Anwendung des innerstaatlichen Rechts setzt voraus, dass der nationale Richter seine Bedeutung und das damit verfolgte Ziel bestimmt. Gleiches gilt für das UEMOA-Kartellrecht, das nur umgesetzt werden kann, wenn das nationale Gericht es vollständig versteht. Im Gegensatz zum nationalen Recht fällt die Auslegung des UEMOA-Wettbewerbsrechts jedoch in die Zuständigkeit der Gemeinschaftsrichter. Daher darf das nationale Gericht bei der Entscheidung über die Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht über die Auslegung des supranationalen Gerichts hinausgehen oder diese einschränken. Somit ist die Auslegung des UEMOA-Rechts einerseits ein Vorrecht des Gemeinschaftsrichters, andererseits wird dieser vom nationalen Richter unterstützt, um die Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts zu erreichen.

bb. Obligatorische Vorabentscheidungen

Grundsätzlich ist es Sache des nationalen Gerichts, über den Gegenstand und die Zweckmäßigkeit des Vorabentscheidungsersuchens an den CJUE-MOA zu entscheiden. Es gibt jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz.

Der Vorabentscheidungspflicht unterliegen diejenigen Gerichte, deren Entscheidungen nach nationalem Recht nicht anfechtbar sind. Es handelt sich also um die obersten Gerichte im innerstaatlichen Bereich und die nationalen Gerichte, unabhängig von ihrem Rang in der Gerichtshierarchie, die als letzte Instanz entscheiden. So sieht die Verordnung Nr. 01/96/CM über die Verfahrensordnung des Gerichtshofs der UEMOA in Art. 15 § 6 Abs. 1 vor:

1100 Ebenso EuGH vom 16. Juni 1998, Fall Racke, Sache C-162/96, Slg. 1998, S. I-3655.

1101 Siehe EuGH, Beschluss vom 5. Juni 1986, Fall Wünsche, 69/85, Slg. 1986, S. 947.

*Tritt bei einem nationalen Gericht, dessen Entscheidungen nicht anfechtbar sind, ein Auslegungsproblem des Unionsvertrags (...) auf, so kann dieses Gericht, wenn es dies für notwendig hält, Fragen an das Gericht zur Vorabentscheidung verweisen.*¹¹⁰²

Abgesehen von dieser traditionellen Verpflichtung, sieht der Gesetzgeber von Burkina Faso vor, dass alle erst- und letztinstanzlich entscheidenden Gerichte im Hinblick auf die einheitliche Anwendung des Unionsrechts in allen Fällen zunächst zu einem Vorabentscheidungsersuchen an den CJUEMA verpflichtet sind, bevor sie in der Sache entscheiden. Art. 84 des Gesetzes Nr. 016-2017/AN über die Organisation des Wettbewerbs in Burkina Faso sieht vor, dass für alle anderen Klagen im Zusammenhang mit wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen die Zuständigkeit der Gerichte von der Ausarbeitung einer Vorabentscheidung vor dem Gerichtshof der Gemeinschaftsgerichte abhängig ist. Dies wirft das Problem der wirksamen strafrechtlichen Verfolgung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in Burkina Faso auf, da die Gefahr einer Verlängerung des Sanktionsverfahrens besteht, sowie alle anderen Risiken (z.B. den normalen Ablauf des wirtschaftlichen Lebens) im Zusammenhang mit der Sensibilität der Wirtschaftsangelegenheiten, zu denen das Gesetz über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen einen integralen Bestandteil bildet.

B. Beseitigung von Hindernissen für die Bestrafung von Kartellrechtsverstößen in der UEMOA

Die bisher ineffiziente Durchsetzung der Bestrafung von Verstößen gegen das UEMOA-Wettbewerbsrecht ergibt sich aus einer Reihe von Hindernissen, die beseitigt werden müssen. Diese Barrieren können in zwei Kategorien eingeteilt werden: Sie sind zum einen rechtlicher und zum anderen institutioneller Natur. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen ist in den UEMOA-Mitgliedstaaten zwar geltendes Recht, sie ist aber in der Praxis (noch) keine Selbstverständlichkeit. Denn die Anwendung der Sanktionen auf Unternehmen, die sich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen schuldig gemacht haben, wird

¹¹⁰² Art. 15 § 6 Abs. 1 der Verordnung Nr. 01/96/CM: *„Lorsqu'un problème d'interprétation du Traité de l'Union (...) se pose devant une juridiction nationale dont les décisions sont insusceptibles de recours, cette juridiction peut si elle estime nécessaire poser des questions préjudicielles à la cour.“*

durch die Ausgestaltung der geltenden Normen, weiterhin durch die Auslegung des CJUEMOA und schließlich durch die Lehre verändert.

Das erste Hindernis für die Wirksamkeit liegt im Gesetz selbst. Die nationalen Wettbewerbsgesetze sehen vor, dass eine solche Verantwortlichkeit in einem ordentlichen Rechtsverfahren erfolgen muss. Und dies ist nur möglich, wenn der von der Verwaltung versuchte Vergleich gescheitert ist. Hier stellt sich die Frage nach der Anpassungsfähigkeit des ordentlichen Strafverfahrens an die besonderen Fragen der wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen (I). Zweitens stellen die mit der Durchsetzung des UEMOA-Wettbewerbsrechts beauftragten Institutionen und die dazugehörige Wettbewerbslehre ein weiteres ebenso großes Hindernis dar (II).

I. Die Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit

Nachdem in den vorangegangenen Kapiteln dargelegt worden wurde, dass die Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in die Zuständigkeit der nationalen Gerichte in den UEMOA-Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren nationalen Rechtsordnungen fällt, ist es notwendig, näher zu untersuchen, ob eine wirksame Verfolgung und Bestrafung durchgeführt wird. Wenn im Hoheitsgebiet eines UEMOA-Mitgliedstaats ein Wettbewerbsverstoß begangen wurde, muss die Verfolgung und Bestrafung in einem besonderen Verfahren erfolgen. Dieses Verfahren zeichnet sich dadurch aus, dass das Eingreifen der Behörde und des Strafgerichts bei der Bestrafung der Straftäter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen miteinander in Einklang zu bringen ist. So tragen die für die Überwachung des Wettbewerbsrechts zuständigen nationalen Behörden durch ihre Funktion als Marktaufsicht zur wirksamen Bestrafung von Straftätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen insofern bei, als die Beamten in Ausübung ihres Amtes, unabhängig oder nicht, Verfahren einleiten und wettbewerbswidrige Handlungen verfolgen, die den Wettbewerb in dem betreffenden Hoheitsgebiet verfälschen könnten.¹¹⁰³ So tragen die nationalen Wettbewerbsbehörden in ihrer allgemeinen Aufgabe der Marktüberwachung zur Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen bei, indem sie die Aufgabe des Strafrich-

1103 Nach Art. 6 des Gesetzes Nr. 201-25 über die Organisation des Wettbewerbs in Benin; Art. 10 des Gesetzes Nr. 99-011 vom 28. Dezember 1999 über die Organisation des Wettbewerbs in Togo; Art. 8 der Verordnung 2013-662 über den Wettbewerb in Côte d'Ivoire etc.

ters ergänzen, der die Taten bestrafen und die Opfer gegebenenfalls entschädigen soll. Damit ist zwischen der von der Verwaltung durchgeführten Vorphase der Verfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen (1) und dem eigentlichen Strafverfahren (2) unterschieden.

1. Die Vorphase der strafrechtlichen Verfolgung von Kartellrechtsverstößen

Die Vorermittlungen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen führt die für den freien Wettbewerb zuständige Behörde durch, die, je nach Mitgliedsstaat, entweder dem Handelsministerium unterworfen oder aber unabhängig ist. In Staaten wie dem Benin, Mali, Niger und Togo stellen diese Behörden eine Erweiterung der allgemeinen Verwaltung dar. Sie sind keine unabhängigen Verwaltungsbehörden, die ausschließlich für die Anwendung des Kartellrechts zuständig sind. Ihre Verbundenheit mit der Verwaltung geht einher mit einer Art Erweiterung ihrer Aufgabe auf die Kontrolle der Preise auf dem Markt. Tatsächlich sind sie oft für die Überwachung der Preisvorschriften des freien Wettbewerbs im Rahmen ihrer Befugnisse nach dem Gemeinschaftsrecht, aber auch des Verbraucherschutzes zuständig. Es ist zu beachten, dass die Verfahren im Zusammenhang mit der Preiskontrolle und dem Verbraucherschutz viel weiterentwickelt sind und mehr Mittel von den nationalen Wettbewerbsbehörden beanspruchen als ihre Tätigkeit als Kartellüberwachungsbehörde. Infolgedessen werden Fälle im Zusammenhang mit unlauterem Wettbewerb regelmäßig bearbeitet, während wettbewerbswidrige Verhaltensweisen eher sehr selten aufgegriffen werden. Dieser Trend ist insbesondere bei den Wettbewerbsbehörden, die den Wettbewerbs- und den Verbraucherschutz kombinieren, regelmäßig zu beobachten, so beispielsweise im Benin und in Mali. Diese direkte Einbindung in den Staatsapparat geht einher mit einer erheblichen Einschränkung der organischen und funktionalen Unabhängigkeit. Diese Behörden verfügen nicht über die erforderliche Autonomie, um ihre Kontrolltätigkeiten unabhängig und effektiv auszuüben.

Andererseits haben Staaten wie Senegal, Burkina Faso und die Elfenbeinküste die Möglichkeit wahrgenommen, unabhängige nationale Wettbewerbsbehörden zu schaffen, die vom Verwaltungsapparat getrennt sind. Diese Möglichkeit ist grundsätzlich eine Garantie für die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde, da ihr Handeln nicht in den Aufgabenbereich der allgemeinen Verwaltung fällt. Es wird angenommen, dass damit eine höhere Unabhängigkeit garantiert wird. Zwar kann sich die Schaffung einer

unabhängigen und gut ausgestatteten nationalen Wettbewerbsbehörde grundsätzlich positiv auf die Kontrolle des freien Wettbewerbs auswirken. In der Praxis wird diese strenge strukturelle Unabhängigkeit jedoch durch eine starke Abhängigkeit von der Verwaltung begrenzt, die ihr ordnungsgemäßes Funktionieren durch die Mittelzuweisung gewährleistet. In einigen Fällen ist die Verwaltung permanent in der Behörde vertreten, wie dies bei dem Regierungsbeauftragten in der Nationalen Wettbewerbskommission (*Commission Nationale de la Concurrence – CNC*) Senegals der Fall ist. Das andere Risiko bei der Errichtung einer von der Verwaltung losgelösten Behörde ist die Isolation und deren mangelnde Transparenz. Beispielsweise ist die CNC Senegals wenig transparent. In diesem Zusammenhang ist weiterhin darauf hinzuweisen, dass die Loslösung der nationalen Wettbewerbsbehörden von der allgemeinen Verwaltung durch ihre Errichtung als unabhängige Verwaltungsbehörde keine Garantie für eine völlige Unabhängigkeit ist. Tatsächlich hat die Verwaltung trotz der behaupteten Unabhängigkeit dieser Behörden noch immer die Möglichkeit, ihr Funktionieren zu beeinträchtigen. Sie weist ihr ein Betriebsbudget, Räumlichkeiten und Personal zu. Dies ist in Senegal und der Elfenbeinküste der Fall.

Im UEMOA-Bereich spielen die nationalen Wettbewerbsbehörden eine wichtige Rolle dabei, dass die Täter von Kartellrechtsverstößen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, da sie die Vorphase zur strafrechtlichen Sanktionierung durchführen. Es ist daher wichtig, die Befugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden im Voraus darzulegen (a), um sodann das Verfahren vor den nationalen Wettbewerbsbehörden zu erörtern (b).

a. Die Befugnisse der nationalen Wettbewerbsbehörden

Die Vereinheitlichung des UEMOA-Kartellrechts wurde dadurch erreicht, dass die nationalen Kartellgesetze durch ein einheitliches Regelwerk ersetzt wurden. Die nationalen Behörden dieser Staaten spielen bei der Umsetzung dieser Verordnungen nach wie vor eine wichtige Rolle. Das Eingreifen dieser nationalen Behörden bei der Umsetzung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft ergibt sich aus der Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Zusammenarbeit mit der UEMOA. Wie bereits angesprochen, wurden in einigen Mitgliedstaaten unabhängige Behörden geschaffen, während in anderen die Wettbewerbsregulierung in die Zuständigkeit von Direktionen fällt, die entweder dem Handelsministerium (Benin) oder dem

Wirtschaftsministerium (Mali) unterstehen. Bei diesen nationalen Wettbewerbsstrukturen (*Structures Nationales de Concurrence* - SNC) handelt es sich um Verwaltungsbehörden, die einige Staaten lange vor der Gründung der UEOMA eingerichtet hatten, um den Wettbewerb auf ihrem Hoheitsgebiet zu regeln.¹¹⁰⁴ Sie verfügen über Beratungs- und Prozessführungsbefugnisse, wohingegen es in anderen Mitgliedstaaten eine von der für Rechtsstreitigkeiten zuständigen Abteilung getrennte Beratungsbehörde gibt, so beispielsweise im Benin, wo ein reines Beratungsorgan, der Nationale Wettbewerbsrat (*Conseil National de la Concurrence*), geschaffen wurde; die von dieser getrennten Wettbewerbsdirektion des Handelsministeriums ist für Rechtsstreitigkeiten zuständig. Bei der Verfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen wird entsprechend zwischen Beratungsbefugnissen (aa) und der Entscheidungsbefugnis (bb) unterschieden.

aa. Beratende Funktionen

In einigen UEMOA-Mitgliedstaaten – Benin, Côte d'Ivoire, Mali, etc. – haben die nationalen Wettbewerbsbehörden eine im Wesentlichen beratende Befugnisse. Sie spielen keine Rolle bei der Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen. Sie müssen von der Regierung bei jedem Gesetzesentwurf konsultiert werden, der unmittelbare bewirkt, dass die Ausübung eines Berufs oder der Zugang zu einem Markt mengenmäßigen Beschränkungen unterworfen wird, dass in bestimmten Bereichen ausschließliche Rechte festgelegt oder einheitliche Verhaltensweisen in Bezug auf Preise oder Verkaufsbedingungen vorgeschrieben werden.¹¹⁰⁵

1104 Im Benin ist der Nationale Wettbewerbsrat für die Verfolgung von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht zuständig. Vor seiner Einrichtung war die Direktion Wettbewerb und Betrug des Handelsministeriums für die Verfolgung und Ahndung der Wettbewerbsordnungswidrigkeiten zuständig.

1105 Gemäß Art. 4 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin: „(...), pour les biens, les produits et les services dont l'utilité peut avoir un impact social reconnu ou pour lesquels la concurrence par les prix est limitée en raison soit de la situation de monopole, soit de difficultés durables d'approvisionnement, les prix sont réglementés ou fixés par décret pris en Conseil des ministres, après avis favorable du Conseil national de la concurrence ». Selon l'article 5 « En cas de situation de crise, de survenance de circonstances exceptionnelles, d'une calamité publique ou d'une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé et nonobstant les dispositions de l'article 4, le ministre chargé du commerce peut prendre, par arrêté, des mesures temporaires contre les hausses excessives des prix. L'arrêté est pris après avis du Conseil National de la concu-

Im Benin kann der Rat nach Art. 6 des beninischen Wettbewerbsgesetzes alle Verfahren und Untersuchungen zu Kartellrechtsverstößen einleiten, die dazu führen, dass der Wettbewerb im Inland eingeschränkt oder verzerrt wird.¹¹⁰⁶ Nach dieser Bestimmung hat die nationale Wettbewerbsbehörde zu prüfen, ob das von ihr erfasste Verhalten die Beeinträchtigung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt. Zu diesem Zweck kann der Rat die Angelegenheit von sich aus oder im Namen oder Interesse der Unternehmen die gesetzlich vorgesehenen Stellen mit der Angelegenheit befassen. Er informiert den Handelsminister.¹¹⁰⁷ Das Gesetz verleiht ihm keine Befugnisse in Wettbewerbsstreitigkeiten. Er ist lediglich beratendes Organ, das der Regierung zur Verfügung steht; Strafgerichte dürfen den Rat grundsätzlich nicht zu Informationszwecken im Rahmen von Gerichtsverfahren konsultieren.

rence. » Et l'article 53 attribut au Conseil Nation le rôle de conseiller essentiel du gouvernement sur toute question intéressant la concurrence ou pouvant affecter le fonctionnement de la concurrence. Voir dans le même sens, Article 10 de la LOI N °016-2017/AN portant organisation de la concurrence au Burkina Faso selon lequel « Pour les faits susceptibles d'infractions au sens de la présente loi, la Commission nationale de la concurrence et de la consommation est saisie à l'initiative:

- de l'administration publique;*
- des organes communautaires en charge de la concurrence et de la protection des consommateurs;*
- du parlement;*
- des consommateurs et associations de consommateurs légalement reconnues;*
- des entreprises ou groupements d'entreprises légalement constitués;*
- des organisations professionnelles et syndicales;*
- des chambres consulaires;*
- des collectivités territoriales.*

La Commission nationale de la concurrence et de la consommation peut se saisir d'office des mêmes faits.

La Commission nationale de la concurrence et de la consommation est consultée par le gouvernement sur tout projet de texte législatif ou réglementaire instituant des mesures de nature à limiter la concurrence."

Art. 85 der Verordnung Nr. 07-025 vom 18. Juli 2007 über die Organisation des Wettbewerbs in Mali sieht die Einrichtung eines Nationalen Wettbewerbsrates vor, der nur beratende Funktion hat.

1106 Art. 6 des beninischen Wettbewerbsgesetzes: „*Le Conseil peut engager toute procédure et conduire des enquêtes relatives aux pratiques anticoncurrentielles ayant pour effets de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le territoire national.*“

1107 Siehe Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation von Wettbewerben in der Republik Benin.

Im Rahmen der Erfüllung seiner Aufgabe der Wettbewerbsüberwachung stehen dem Nationalen Wettbewerbsrat keine Mittel zur Verfügung, wettbewerbswidrige oder wettbewerbsbeschränkende Handlungen zu verfolgen und zu bestrafen. Er ist nicht befugt, im Rahmen seiner Zuständigkeit Unterlassungsanordnungen zu erlassen oder Geldbußen zu verhängen.¹¹⁰⁸ Denn die ihm durch das Gesetz Nr. 2016-25 zugewiesenen Zuständigkeiten weisen keine Merkmale einer Wettbewerbsbehörde mit Entscheidungsbefugnis auf. Es handelt sich vielmehr um ein Organ mit beratender Funktion im Sinne des Art. 53 des Gesetzes Nr. 2016-25, der vorsieht, dass der Rat im Wesentlichen dafür zuständig ist, die Regierung in allen Fragen zu beraten, die den Wettbewerb betreffen oder das Funktionieren des Wettbewerbs beeinträchtigen können.¹¹⁰⁹

Auch Mali hat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Zuständigkeit für die Umsetzung des Wettbewerbsrechts einer von der Verwaltung getrennten Behörde zu übertragen und gleichzeitig ein *Ad-hoc*-Organ in Form einer Beratungsbehörde zu schaffen, die nicht über eine Entscheidungsbefugnis verfügt. Der nationale Wettbewerbsrat ist im Wesentlichen für die Beratung der Regierung in allen Fragen zuständig, die den Wettbewerb betreffen oder die das Funktionieren des Wettbewerbs beeinträchtigen können.¹¹¹⁰

Sowohl im Benin als auch in Mali spiegelt die Beibehaltung der für Wettbewerbsfragen zuständigen Behörde den politischen Willen wider, keine autonome Behörde in Form einer unabhängigen Verwaltungsbehörde für die Umsetzung der Wettbewerbspolitik zu schaffen. Diese Bereitschaft hat keinen Einfluss auf die wirksame Bestrafung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, denn die Verwaltungsbehörden sind technische Behörden, deren Unterstützung für die Strafgerichte sehr entscheidend wäre, wenn sie von ihnen technische Beratung erhalten könnten. Die beninische Gesetzgebung scheint einen solchen Ansatz jedoch nicht zu unterstützen.

Es stellt sich die Frage, ob es zweckmäßig ist, eine rein beratende Behörde parallel zur Verwaltung zu schaffen, da es nach den Bestimmungen von Art. 5 UEMOAV Sache der Mitgliedstaaten ist, die von den Organen der

1108 Dagegen Stasiak, *Frédéric*: Droit pénale des affaires, LGDJ 2009, S. 329.

1109 Art. 53 des Gesetzes Nr. 2016-25: „Le Conseil est essentiellement chargé de conseiller le Gouvernement sur toute question intéressant la concurrence ou pouvant affecter le fonctionnement de la concurrence.“

1110 Siehe Verordnung Nr. 07-025 vom 18. Juli 2007 über die Organisation des Wettbewerbs in Mali, deren Art. 85 die Einrichtung des Nationalen Wettbewerbsrates, der nur beratende Funktion hat, vorsieht.

Union festgelegten Mindestvorschriften nach ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften zu ergänzen. Und Art. 7 UEMOAV verpflichtet sie, durch den Erlass allgemeiner oder besonderer Maßnahmen, die zur Erfüllung der Verpflichtungen aus diesem Vertrag erforderlich sind, zur Verwirklichung der Ziele der Union beizutragen. Im Sinne der neuen beninischen Gesetzgebung ist die Sanktion in kartellrechtlichen Angelegenheiten im Wesentlichen strafrechtlicher Natur und kann daher von der Verwaltung nicht umgesetzt werden. Man fragt sich, warum es dann gerechtfertigt ist, eine beratende Behörde zu schaffen, die die gleichen Aufgaben hat wie die Direktion Wettbewerb und Betrugsbekämpfung des Handelsministeriums und die neben der Entscheidungsbefugnis fast die gleichen Befugnisse wie der Nationale Wettbewerbsrat hat.

Darüber hinaus erfordert die Errichtung einer zuständigen Wettbewerbsbehörde zur Untersuchung, Verfolgung und Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen erhebliche Ressourcen. In den Entwicklungsländern sind die Wettbewerbsbehörden aber nicht immer mit ausreichenden Ressourcen ausgestattet. Die Frage der Ressourcenverfügbarkeit sowie die Umsetzung des Wettbewerbsrechts *stricto sensu* ist eng mit dem politischen Willen verbunden. Je mehr Staaten von den Vorzügen der Wettbewerbspolitik als Entwicklungsfaktor überzeugt sind, desto eher sind sie bereit, Gesetze zu verabschieden und ihre Kontrollbehörden mit ausreichenden Ressourcen auszustatten. Trotz empirischer Studien über die Wirkung des Wettbewerbsrechts als Entwicklungsfaktor sind die Ergebnisse in den Entwicklungsländern nicht immer sichtbar. Daher ist nicht durchgängig der Wille vorhanden, starke Behörden mit ausreichenden Handlungsmöglichkeiten aufzubauen. Es ist daher nicht verwunderlich, dass in den UEMOA-Mitgliedstaaten ein Mangel an Ressourcen für Wettbewerbsbehörden besteht.

Die nationale Wettbewerbsdirektion ist daher nicht ausreichend gerüstet, um ihrer doppelten Aufgabe gerecht zu werden, weil sie nicht über ausreichende Humanressourcen verfügt. Es gibt zu wenig Personal.¹¹¹¹ Zu-

1111 Tatsächlich hat die Abteilung für Wettbewerb und Betrugsbekämpfung nur 10 Mitarbeiter, die sich wie folgt zusammensetzen:

- 2 Kaufmännische Direktoren, darunter ein Spezialist für Wirtschaftspolitikmanagement;
- 1 Planungsingenieur;
- 2 Handelsvertreter inklusive eines Soziologen;
- 2 Verwaltungsbeamte einschließlich eines Anwalts;
- 2 Handelsprüfer;

sätzlich fehlt es an materiellen und finanziellen Ressourcen.¹¹¹² Selbst wenn der Rat Verfahren einleiten und Untersuchungen durchführen kann, ist er nicht entscheidungsbefugt. Nach Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 2016-25 muss er den Handelsminister informieren, wenn er ein Verfahren einleitet oder Ermittlungen durchführt und zu dem Schluss kommt, dass eine Straftat begangen wurde, der dann über die weitere Behandlung des Falles entscheidet.

bb. Die nationalen Wettbewerbsbehörden mit Entscheidungsbefugnissen

Die nationalen Wettbewerbsbehörden prüfen im Rahmen ihrer Aufgaben, ob die ihnen vorliegende Handlung eine Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs zum Gegenstand hat oder haben kann. Das Gesetz Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in Benin sieht nicht die Schaffung einer Wettbewerbsbehörde in Form einer unabhängigen Verwaltungsbehörde vor, die ausschließlich für die Umsetzung der Rechtsvorschriften zuständig ist. Für die Umsetzung der Wettbewerbsregeln sind die Vertreter der Verwaltung verantwortlich. Zu diesem Zweck ermächtigt Art. 56 des Gesetzes Nr. 2016-25 die Verwaltungsbeamten, Straftaten zu erfassen und geeignete Korrekturmaßnahmen vorzuschlagen. So hat der Benin im Gegensatz zu Senegal und Burkina Faso die Möglichkeit genutzt, den freien Wettbewerb auf dem Markt im Rahmen der Verwaltung zu regulieren und zu überwachen, insbesondere über eine dem Handelsministerium unterstellte Abteilung, in diesem Fall die Generaldirektion für Binnenhandel (*Direction Général du Commerce Intérieur - DGCI*). Diese Möglichkeit, die Umsetzung der Wettbewerbspolitik innerhalb der bestehenden Verwaltungsstruktur aufrechtzuerhalten, wird durch den Erlass vom 2. April 2010 über die Befugnisse, die Organisation und die Arbeitsweise der DGCI konsolidiert, der den Erlass vom 14. Juni 2007 zum gleichen Thema ersetzt. Die Direktion für Wettbewerb und Betrugsbekämpfung (*Direction de la Concurrence et de la Lutte contre la Fraude – DCLF*), die der DGCI angegliedert ist, erfüllt ihren Auftrag im Einklang

- 1 Stellvertretender Sekretär der Verwaltungsdienste.
Weitere Informationen zu den Statistiken siehe, CNUCED, Examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal, S. 169.

1112 Siehe CNUCED, Examen collégial volontaire des politiques de concurrence de l'UEMOA, du Bénin et du Sénégal, S. 169.

mit dem Aufgabenbereich der DGCI, deren allgemeine Aufgabe darin besteht, die nationale Politik in den Bereichen Binnenhandel, Wettbewerb, Preise und Betrugsbekämpfung vorzuschlagen und alle Maßnahmen zu ihrer Umsetzung zu ergreifen.

Es gibt jedoch eine konkurrierende Struktur des Rates, der DCLF, die der DGCI angegliedert ist und deren Aufgabe darin besteht, alle Maßnahmen zu initiieren und zu gewährleisten, die die uneingeschränkte Ausübung des Wettbewerbs und die Transparenz in den Handelsbeziehungen fördern können, Untersuchungen durchzuführen, um Marktstörungen im Zusammenhang mit wettbewerbswidrigen Vereinbarungen und dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung aufzudecken und regelmäßig die entsprechenden Berichte und Informationsmemoranden zu erstellen.¹¹¹³ Sie ist auch für die Vorbereitung der Arbeit des UEMOA-Wettbewerbsbeirats zuständig. Zudem ist sie befugt, Vorschläge für Geldbußen zu unterbreiten und Vergleiche zu verhandeln, die sich aus Meldungen über Wettbewerbsverstöße ergeben. Folglich hat sie mehr Befugnisse.¹¹¹⁴

Der Rat unterrichtet den Minister. Allerdings hat die DCLF im Handelsministerium mehr Macht als der Rat, einschließlich der Befugnis, Sanktio-

1113 Siehe Art. 22 des Dekrets vom 2. April 2010.

1114 Art. 18 des Dekrets vom 2. April 2010 gibt dem DCLF alle Befugnisse einer Wettbewerbsbehörde, jedoch mit Einschränkungen bei der Verhängung von Sanktionen. Der DCLF ist zuständig für:

- die Einleitung, Entwicklung und Durchsetzung von Gesetzen und Vorschriften in Bezug auf Wettbewerb und Betrug;
- die Bekämpfung von Handelsbetrug und unlauterem Wettbewerb zu gewährleisten;
- die Harmonisierung der nationalen Handelsgesetze im Bereich Wettbewerb und Betrug, mit denen des multilateralen Handelssystems und den Verträgen und Übereinkommen der regionalen und subregionalen Integrationsinstitutionen (WTO, OHADA, ECOWAS, UEMOA...);
- Untersuchungen in Bezug auf Wettbewerb und Betrug auf dem nationalen Markt in Zusammenarbeit mit den Handelsdirektionen der Ministerien;
- die Bekanntmachung der Texte zur Regulierung des Handels;
- die Leitung des Sekretariats der Nationalen Wettbewerbskommission und jeder anderen Kommission, deren Aufgabe mit Wettbewerb und Betrug zusammenhängt;
- die Beseitigung administrativer, technischer und logistischer Hindernisse, die den freien Wettbewerb auf dem nationalen Markt behindern;
- die Förderung des Zugangs zu Informationen für die Wirtschaftsakteure, um ihre Wettbewerbsfähigkeit zu verbessern;
- für den im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen der UEMOA-Kommission und den Mitgliedstaaten eingerichteten Beratenden Ausschuss für Wettbewerb als Anlaufstelle.

nen zu verhängen und gegen die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen vorzugehen. Sie kann auch beschließen, rechtliche Schritte über die Staatsanwaltschaft einzuleiten, wenn die Täter wettbewerbswidrige Verhaltensweisen begangen haben. Sie kann den Fall auch an die UEMOA-Kommission verweisen, die für die Sanktionierung der betreffenden wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen zuständig ist. Dies bedeutet, dass jede rechtliche Maßnahme zur Unterbindung wettbewerbswidriger Handlungen nach den gesetzlichen Vorschriften im Ermessen des Handelsministeriums liegt. Aber da die DCLF zuständig ist, bestehen große Zweifel, ob Maßnahmen ergriffen werden können, um gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen vorzugehen, weil ihre Beamte nicht zu akzeptieren scheinen, dass Täter von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen verfolgt werden können.

Diese Möglichkeit, Wettbewerbsstreitigkeiten der Verwaltung zuzuweisen, ist nicht neu. Die Geschichte des Begriffs des Rechtsstreits zeigt,¹¹¹⁵ dass er durch die *Cadot*-Entscheidung in Frankreich tiefgreifend verändert wurde. Dieses Urteil aus dem Jahr 1889 stellte einen Durchbruch dar, der es ermöglicht, zwei Perioden zu identifizieren. Das *Cadot*-Urteil veränderte die Konzeption des Begriffs des Rechtsstreits grundlegend, und diese Transformation ist wesentlich für das Verständnis der gegenwärtigen Skepsis z.B. gegenüber den Befugnissen der Deregulierungsbehörden. Dieser Umbruch ist nicht als bloße Bedeutungsänderung zu verstehen, sondern im Gegenteil als eine endgültige organische Identifikation der Aufgabe, Rechtsstreitigkeiten in Form von Gerichtsverfahren zu lösen. Daher ist es notwendig, diese Aufgabe der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten von der Form zu unterscheiden, in der sie erfolgt.

Unter dem alten französischen Regime lag die gesamte Macht in den Händen des Königs, wodurch die Justiz ein integraler Bestandteil der Verwaltung war.¹¹¹⁶ Der König entschied daher auch über Streitigkeiten, die sich aus seinem eigenen Handeln ergaben. Dies lässt sich vor allem aus der

1115 Siehe Conseil d'État, 13. Dezember 1889, *Cadot*, Recueil Lebon, S. 1148, concl. Jagerschmidt, 1892. 17.03, note Hauriou; Droits, Nr. 9, 1989, S. 78; *Chevallier, Jacques*: Revue française de théorie juridique 1989, S. 79-91.

1116 Siehe *Mestre, Jean-Louis*: Introduction historique au droit administratif français, PUF, 1985, S. 38. J.-L. Mestre zitiert zwei Autoren, die seine Aussage unterstützen: *P. Ourliac*, für den die Justiz im Mittelalter niemals von der Verwaltung getrennt werden kann (La juridiction ecclésiastique au Moyen Âge, *Mémoires de la Soc. Pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romans*, fasc. 34, 1977, spéc, S. 14-15) und *Gregorio, Sicard*, die behauptet, dass sich die Justiz grundsätzlich in der Macht der Herren befin-

berühmten Regel, dass alle Gerechtigkeit vom König ausgeht, folgern.¹¹¹⁷ Ab dem 16. Jahrhundert verfolgte man in der Monarchie das Ziel, dem Parlament, das sowohl gerichtliche als auch außergerichtliche Befugnisse hatte (*curia regis*)¹¹¹⁸, Verwaltungsstreitigkeiten zu entziehen. Es galt des Prinzip: „Die Verwaltung zu beurteilen, ist immer noch verwalten.“¹¹¹⁹ Der Versuch, die herrschende und die richtende Aufgabe innerhalb der Verwaltung zu trennen, wurde als wenig erfolgversprechend angesehen.¹¹²⁰ Man befürchtete eine Vermengung der Aufgaben innerhalb der Verwaltung.¹¹²¹ Verwaltungsstreitigkeiten wurden deshalb letztendlich umfassend der Verwaltung selbst zugerechnet, da die Streitigkeiten sowohl

det (Administration et justice dans l'histoire des institutions françaises, Ann. Fac. de droit de Toulouse, t. XI, S. 74-75).

1117 Siehe Livre préliminaire aux Institutes coutumières de Loysel cité von *Duguit, Léon*, in: La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789, Revue d'économie politique 1893, S. 102.

1118 Siehe *Sueur, Philippe*: Histoire du droit public français, tome II, S. 196 suiv. Ebenso *Mestre, Jean-Louis*: Introduction historique au droit administratif français, S. 182 zur den Konflikten zwischen Parlament und Verwaltung.

1119 Im Rahmen des Ancien Régime musste der Verfasser eines Textes auch der Dolmetscher sein, entsprechend dem Motto *jus est interpretari cujus est condere*. So konnte nur der König seine Verordnungen und Erlasse interpretieren. Diese Analyse wurde von *Henrion de Pansey* entwickelt, der feststellt: "En disant qu'il faut être investi de la qualité d'administrateur pour avoir le droit de statuer sur le contentieux administratif, nous n'allons pas assez loin: nous devons ajouter que ce droit n'appartient qu'aux seuls administrateurs, qu'il est dans leur domaine exclusif, et que le juge qui se permettrait de prendre connaissance de ces sortes d'affaires franchirait les bornes de ses attributions, et se rendrait coupable d'un excès de pouvoir." Näher dazu De l'autorité judiciaire en France; *T. Barrois*: père, chap. XXVII, S. 459.

1120 *Chevallier, Jacques* erwähnt die Schaffung von Kommissionen zur Trennung der Prozess- und Verwaltungsfunktionen innerhalb des Königsrates. Er nennt ein Edikt von 1777, in dem das «Comité du contentieux des finances» genannt wird, und eine Verordnung vom 9. August 1789 zur Errichtung eines «Comité du contentieux des départements». Näher dazu *Chevallier, Jacques*: L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active, S. 61.

1121 Diese Verwirrung wird in gewisser Weise durch das an die Parlamente gerichtete Verbot der Behandlung von Verwaltungsstreitigkeiten verstärkt. Siehe zahlreiche Urteile des Königsrates, die die Zuständigkeit für die Entscheidung von Streitigkeiten, die sich aus ihren Handlungen ergeben, an die Stewards übertragen. Siehe *F. Saint-Bonnet, Y. Sassier*: Histoire des institutions avant 1789, Montchrestien, 2008, 3. Auflage, Nr. 378. Siehe das Edikt von Saint-Germain von 1641, dass den Parlamenten verbietet, die Angelegenheiten von Staat und Verwaltung zur Kenntnis zu nehmen. Siehe *S. Soleil*: in Regards sur l'his-

auf zentraler als auch auf lokaler Ebene der Verwaltung unterliegen sollten. Dies galt auch für Rechtsstreitigkeiten, die der Verwaltung zugeordnet wurden. Dies ist die grundlegende Bedeutung des Prinzips: „Die Verwaltung zu beurteilen, ist immer noch verwalten.“ Die Schwierigkeiten entstanden erst durch die Klage; indem sie beurteilt werden, verlängere und verfolge man diese Klagen und man höre nicht auf, verwaltend tätig zu sein.¹¹²²

Nach der französischen Revolution im Jahr 1789 wurden die Verwaltungs- und Entscheidungsfunktionen weiterhin zusammen belassen. Trotz Schaffung des Staatsrates behielt die Verwaltung die Entscheidungsbefugnis.¹¹²³ Die Wahl einer Stelle, die sich mit Verwaltungsstreitigkeiten befasst, berührt jedoch nicht den Inhalt des Begriffs der Entscheidungsbefug-

toire de la justice administrative, G. Bigot, M. Bouvet (dir.), 2006. Die Französische Revolution hat dies nicht grundlegend verändert. Dies ist paradox angesichts der vielen Kritikpunkte an diesem System des Ancien Régime. Diese Kritik konzentrierte sich auf die organische Verwirrung, die Tatsache, dass die Stewards sowohl Richter als auch Parteien waren. Montesquieu selbst, der philosophische Inspirator der Revolutionäre, hatte dieses System angegriffen. Einige Beschwerdebücher erwähnten auch diesen Punkt. Dennoch gewährleistete das aus der Revolution hervorgegangene Regime die Unabhängigkeit der Justiz, während die umstrittenen Befugnisse der Verwalter nicht beseitigt wurden.

1122 Siehe *Thiphaine, Lecourt*: Les attributions contentieuses des corps administratifs sous la Révolution, in *Regards sur l'histoire de la justice administrative*. Troper nennt als zusätzliche Erklärung für diese Lösung, dass es die revolutionäre Konzeption der Justizfunktion gewesen sei, die die Zuordnung der Lösung von Verwaltungsstreitigkeiten zur Verwaltung selbst erklärte. Die Gerichte könnten nur dann entscheiden, wenn sie die Möglichkeit haben, durch Syllogismus vorzugehen. Damit die Gerichte in der Lage waren, Verwaltungsstreitigkeiten zu verhandeln, sollte das Verhalten der Direktoren daher Tatsachen darstellen, die mit einem Gesetz zusammenhängen können, wie z.B. ein Minderjähriger mit dem Hauptfach eines Syllogismus. In diesem Sinne sind jedoch nur bestimmte Verwaltungshandlungen Tatsachen. Siehe *M. Troper*, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, S. 172 und S. 197.

1123 Die Reform des Jahres VIII zur Einsetzung des Staatsrates (Art. 52 der Verfassung vom 22. Februar des Jahres VIII) sieht vor: Unter der Leitung der Konsuln ist ein Staatsrat für die Ausarbeitung von Gesetzen und Verordnungen der öffentlichen Verwaltung und für die Lösung von Schwierigkeiten in Verwaltungsangelegenheiten zuständig) spiegelt das Bewusstsein für die Notwendigkeit wider, Rechtsstreitigkeiten von Maßnahmen zu trennen, und dieses System wird als ein faires Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Modellen dargestellt, die den Revolutionären vorgeschlagen wurden. Aber die Trennung ist noch nicht abgeschlossen, da Art. 52 der Verfassung der Exekutive die

nis. Trotz der Verwechslung der Aufgaben wird die Entscheidungsbefugnis durchgängig nicht mit der Verwaltungsfunktion gleichgesetzt. Im Gegenteil, die Entscheidungsbefugnis der Beamten wird der richterlichen Funktion gleichgesetzt und öffnet so die Tür zur Theorie des *Minister-Richters* (*ministre-juge*).

So geht die Vermischung, die auch nach der Revolution fortbestand, mit einer funktionalen Differenzierung einher.¹¹²⁴ Der Begriff des Rechtsstreits wird verwendet, um die Zuständigkeitsfunktionen von Beamten zu benennen. Das Urteilen besteht nur in der Entscheidung über Rechtsfragen, was es ermöglicht, den Status des Richters jeder Person zuzuordnen, die über einen Streitfall entscheidet.¹¹²⁵ Es ist daher der streitige Charakter der Klage, der ausreicht, um die Zuständigkeitsfunktion des Verwalters zu definieren. So umfasst der Begriff des Streitverfahrens alle Rechtsstreitigkeiten, die auf der Verletzung eines subjektiven Rechts beruhen und die den gesamten Verwaltungsprozess umfassen; der Verwaltungsprozess umfasst nur Streitigkeiten über Rechte.¹¹²⁶ Ein Anspruch auf die Verletzung eines Rechts ist daher erforderlich. Diese Definition ermöglicht es, einen engen Zusammenhang zwischen dem Begriff Rechtsstreit und Rechtsprechung herzustellen: Die Aufgabe der Rechtsprechung besteht im Wesentlichen aus der Lösung strittiger Fragen, und Entscheidungen, die in strittigen Fällen getroffen werden, sind echte Urteile.¹¹²⁷ Diese Analyse wird von der materiellen Theorie dominiert, nach welcher die Aufgabe der Rechtsprechung im Rechtsspruch liegt. Da der Minister das Recht wie ein Richter spricht, schließt man daraus, dass er auch Richter sei.¹¹²⁸ Ein Ausdruck dieser Assimilation sind beispielsweise die Entscheidungen von Ministern, die in strittigen Angelegenheiten getroffen werden und im Rahmen ihrer Zuständigkeit den Charakter, die Kraft und die Wirkung von Urteilen ha-

endgültige Autorität in dieser Angelegenheit überträgt, und erst 1872 wird dieses Prinzip, die beibehaltene Gerechtigkeit, abgeschafft.

1124 Siehe *Chevallier, Jacques*: *Revue internationale de droit comparé* 1970, S. 780.

1125 *Chevallier, Jacques*: *Revue internationale de droit comparé* 1970, S. 171.

1126 Siehe *Sandevoir, Pierre*: *Études sur le recours de pleine juridiction: l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, S. 143. Bitte ins Deutsche übersetzen: La notion de recours contentieux est analysée avec celle naissante de recours pour abus de pouvoir, S. 139-143.

1127 Siehe *Chevallier, Jacques*: *Revue internationale de droit comparé* 1970, S. 177.

1128 Siehe *René Carré, de Malberg*: *Contribution à la théorie générale de l'État: spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, t.1, S. 796, 797 und Fußnote 24.

ben.¹¹²⁹ In Frankreich ist das *Chenantaïs*-Urteil vom 22. Mai 1813 aufschlussreich, wonach die Entscheidung des Finanzministers aufrechterhalten wird, wenn nicht der Staatsrat angerufen wird. In diesem Fall wurde Chenantaïs an den Minister zurückverwiesen, um, falls er dies wünscht, bei ihm in Bezug auf die Aspekte seiner Forderung, über die nicht entschieden werden konnte, Berufung einzulegen.¹¹³⁰ Folglich übte die Verwaltung, wenn sie zur Entscheidung bestimmter Fälle herangezogen wurde, eine gerichtliche Zuständigkeit aus und erließ daher Urteile. Dieses materielle Verständnis der Richterfunktion ermöglicht es, die Theorie des Minister-Richters zu erklären.¹¹³¹

Heute gibt es die Stellung des Minister-Richters nicht mehr. Auch wenn die Verwaltung weiterhin über Streitigkeiten entscheidet, erlässt sie keine Urteile mehr und ihre Entscheidungen können vor dem Verwaltungsrichter, der Teil der Justiz ist, angefochten werden. Um dieser Entwicklung Rechnung zu tragen, wurde die Zuständigkeit der nationalen Wettbe-

1129 Siehe *Louis-Antoine, Macarel*: Des tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative, S. 137, n° 65. Er fügt hinzu, dass, wann immer ein Minister durch einen behördlichen Akt private Rechte oder Interessen verletzt, es eine strittige Entscheidung gibt; folglich werde eine strittige Gerichtsbarkeit ausgeübt, S. 137, Nr. 66.

1130 Siehe Conseil d'État, 22 mai 1813, *Chenantaïs*, R. I, S. 446 zitiert von *Jean-François, Brissou*, Les recours administratifs en droit public français: contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel, S. 64; *Denis, Serigny*: Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil, S. 186. Dieser Autor arbeitet drei weitere Aspekte heraus, die den juristischen Charakter der damaligen Entscheidungen der Minister rechtfertigen. Es ist erstens die Notwendigkeit einer doppelten Zuständigkeitsebene; zweitens die Analyse der Auswirkungen dieser Entscheidungen, die "bis zum Ablauf der Beschwerdefrist beim Staatsrat die gleiche Festigkeit erlangen wie die Urteile der Gerichte"; schließlich die Theorie des Schuldnerstaates, nach der nur die Verwaltungsbehörde befugt ist, den Schuldnerstaat erklären zu lassen, was es ermöglicht, ihren Zuständigkeitscharakter zu begründen.

J.-F. Brissou: Les recours administratifs en droit public français: contribution à l'étude du contentieux administratif non juridictionnel, S. 66, schlägt eine endgültige Idee im Zusammenhang mit der hierarchischen Organisation der französischen Verwaltung vor, die es dem Minister ermöglicht, Streitigkeiten, die sich aus dem Handeln seiner Untergebenen ergeben, beizulegen. Dieses System "hat keine andere politische Grundlage als den Willen, der hierarchischen Macht der Minister zu dienen".

1131 Siehe *Grégoire, Bigot*: La théorie du ministre-juge: endoscopie d'une fiction juridique, S. 229-255; siehe auch *Thiphaine*, in Marc Bouvet: Regards sur l'histoire de la justice administrative, S. 347.

werbsbehörden zur Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen begründet, die der alleinigen Zuständigkeit des Gerichts unterliegen. Empirische Studien zeigen, dass fast alle nationalen Wettbewerbsbehörden von der Verwaltung unabhängig sind oder im Wesentlichen an der Untersuchung von Kartellrechtsverstößen beteiligt sind.¹¹³²

Die Zuständigkeit für die Entscheidungsfindung bedeutet nicht, dass die Wettbewerbsbehörden in einem Fall stets die volle Entscheidungsbefugnis haben. So kann eine Wettbewerbsbehörde für die Genehmigung einer Einzelfreistellung allein zuständig sein, muss aber, wenn Sanktionen verhängt werden sollen, bei einem Gericht die Sanktionierung beantragen.¹¹³³ Wenn sich die Entscheidung der nationalen Wettbewerbsbehörde als unwirksam erweist oder wenn die Behörde der Ansicht ist, dass die Tatsachen sehr schwerwiegend sind, verweist sie den Fall an den Staatsanwalt zur Verfolgung gemäß Art. 71 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 2016-25.

Der Nationale Wettbewerbsrat ist gemäß Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes 2016-25 verpflichtet, den Handelsminister über die Ergebnisse der Untersuchungen zu informieren. Die Anrufung des Strafgerichtshofs würde daher vom Willen des Handelsministers abhängen, da es nach Art. 72 letzter Absatz Sache des Handelsministers ist, die Angelegenheit an den Staatsanwalt der zuständigen Republik weiterzuleiten, der, wenn er es für angebracht hält, für die Einleitung eines öffentlichen Verfahrens zuständig ist. Die Eröffnung eines Strafverfahrens richtet sich nach der Beurteilung der

1132 Mehr als die Hälfte der Antworten gibt den Anteil der Mittel der Wettbewerbsbehörde an, der für diese Art von Tätigkeit aufgewendet wird. Dieser Anteil variiert von 20 Prozent bis 94 Prozent, wobei der Durchschnitt 40 Prozent der gesamten Ressourcen der Behörde übersteigt. Darüber hinaus berichten alle Wettbewerbsbehörden über weitere Aufgaben, wie z.B. Entscheidungen in Einzelfällen über die Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und sektorale Untersuchungen oder allgemeine Wirtschaftsstudien. Siehe OCDE, *Revue sur le droit et la politique de la concurrence* 2003, S. 33.

1133 Die Entscheidungsfindung nimmt im Durchschnitt einen größeren Anteil der Ressourcen der Wettbewerbsbehörde ein (mehr als 25 Prozent) als sektorale Untersuchungen und Wirtschaftsstudien (10 Prozent). Mehr als 85 Prozent der Wettbewerbsbehörden antworteten, dass eine ihrer Aufgaben darin besteht, auf die Stärkung des Wettbewerbs hinzuarbeiten. Der Anteil der Ressourcen, die sie für diese Aufgabe verwenden, wenn sie Teil ihrer Verantwortung ist, liegt in der Regel in der Größenordnung von 10-20 Prozent. Etwa 90 Prozent der Wettbewerbsbehörden sind befugt, bestimmte Arten von Entscheidungen in wettbewerbsrechtlichen Fällen zu treffen, und von diesen haben etwa zwei Drittel eine kollegiale Struktur, die für diese Funktion zuständig ist. Im restlichen Drittel ist der Leiter der Wettbewerbsbehörde für diese Art von Entscheidung zuständig.

Beschwerden und Anklagen durch den Staatsanwalt.¹¹³⁴ Er bewertet auch frei die Maßnahmen, die in Bezug auf das Protokoll und alle anderen Stellungnahmen zu ergreifen sind, die ihm von den Gerichtspolizeibehörden oder sogar von Beamten übermittelt werden.¹¹³⁵ Der Grundsatz der Ermessensfreiheit in Strafverfahren steht im Widerspruch zum Legalitätsprinzip, nach welchem jede strafrechtliche Handlung strafrechtlich verfolgt werden muss. Allerdings war in Frankreich und französisch beeinflussten Rechtsordnungen die Staatsanwaltschaft nicht verpflichtet, jeden Straftäter zu verfolgen, weil bei wohlwollender Würdigung der Fakten Zweifel bestehen konnten oder bei geringem Unrecht, insbesondere wenn der Täter aus zu befürwortenden Gründen gehandelt hat, die Strafverfolgung mehr Nachteile als Vorteile für die öffentliche Ordnung aufweisen kann.

b. Das Verfahren vor den nationalen Wettbewerbsbehörden

In Bezug auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen ergänzen die nationalen Wettbewerbsbehörden die Strafgerichte in der Vorphase des Verfahrens, das zur Verurteilung dieser Verhaltensweisen führt. So führen die Beamten der nationalen Kartellbehörden, in diesem Fall die vereidigten Beamten des Handelsministeriums von Benin, in ihrem Amt vorläufige Ermittlungen durch (aa) und sie sind, wenn der Verstoß festgestellt wird, befugt, mit den betreffenden Unternehmen, neben ihrer Unterlassungs- und Verweisungsbefugnis, zu verhandeln (bb).

aa. Die vorläufige Untersuchung

Nach Art. 62 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in Benin sind die vereidigten Beamten des Handelsministeriums für die Durchführung von Kontrollen, Untersuchungen und Ermittlungen zuständig, die sie als nützlich erachten, um Handlungen, die das freie Spiel des Wettbewerbs verhindern sollen, entgegenzuwirken. Darüber hinaus kann jede andere autorisierte und speziell zu diesem Zweck errichtete Stel-

1134 Art. 38 CPP Benin: *"Die Staatsanwaltschaft nimmt Beschwerden und Kündigungen entgegen und bewertet die Folgemaßnahmen, die ihnen zuteilwerden sollen."*

1135 Siehe Stefani, Gaston/Levasseur, Georges/Bouloc, Bernard: *Procédure pénale*, S. 526-527.

le Untersuchungen durchführen.¹¹³⁶ Es können zwei Arten von Untersuchungen durchgeführt werden, nämlich vereinfachte und zwanghafte Untersuchungen. Im Hinblick auf vereinfachte Untersuchungen sind die Befugnisse der Ermittler im Rahmen der Ermittlungen durch Art. 56 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs im Benin festgelegt. Diese Ermittler können ein Recht auf Zugang und Kontrolle in allen beruflich genutzten Räumlichkeiten geltendmachen, weiterhin besteht ein Inspektions- und Kontrollrecht von Produkten während des Transports.¹¹³⁷ In Bezug auf zwanghafte Untersuchungen verlangt Art. 56, dass die Ermittler von einem Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft begleitet werden. So ist insbesondere vorgesehen, dass die Ermittlungsbeamten Straftaten feststellen und geeignete Korrekturmaßnahmen vorschlagen können, ein Recht auf Zugang zu Wohnräumen haben, sofern sie von einem Gerichtsvollzieher begleitet werden (...); Dokumente beschlagnahmen oder herausverlangen können, die die Erfüllung ihrer Aufgaben in irgendeiner Weise erleichtern könnten, die Einnahmen verschiedener Abgaben, Steuern und Abgaben überprüfen können, die zur Aufdeckung von Betrug und Handelsschmuggel gezahlt wurden, sowie Proben entnehmen können.¹¹³⁸

1136 Art. 63 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin: *"Les infractions aux lois et règlements en matière de concurrence sont constatées par tout agent assermenté du ministère en charge du commerce ou par tout autre agent habilité à cet effet, en possession de sa commission de contrôle."*

1137 Siehe Art. 56 Spiegelstriche 4 und 5 des Gesetzes Nr. 2016-25; die Bestimmungen des Art. 77 des Gesetzes Nr. 016-2017/AN über die Organisation des Wettbewerbs in Burkina Faso sehen vor: *"Les enquêteurs peuvent:*

- *accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel. En ce qui concerne les visites des locaux d'habitation, les agents habilités à cet effet doivent obligatoirement se faire accompagner d'un officier de police judiciaire ou d'un représentant des autorités civiles locales. Ces visites sont effectuées conformément aux dispositions du code de procédure pénale et du code de procédure civile ;*
- *demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie ;*
- *exiger la communication des documents de toute nature, propres à faciliter l'accomplissement de leur mission entre quelques mains qu'ils se trouvent ;*
- *recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications ;*
- *demander à l'autorité dont ils dépendent de désigner un expert pour procéder à toute expertise contradictoire nécessaire ;*
- *prélever des échantillons."*

1138 Siehe Art. 56 Spiegelstriche 3, 6, 7, 8 und 9 des Gesetzes Nr. 2016-25: *"(...) constater les infractions et proposer les mesures correctives appropriées ; exercer un droit de visite dans les locaux d'habitation à condition d'être accompagnés d'un officier de police judiciaire (...) ; demander communication et procéder à la saisie éventuelle de*

Das Zugangs- und Beschlagnahmerecht beschränkt sich nicht nur auf Geschäftsräume und geschäftliche Dokumente, sondern umfasst auch private Räume und private Dokumente.¹¹³⁹ Zwangsuntersuchungen beschränken sich nicht auf wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, aber Art. 71 des Gesetzes Nr. 2016-25 verlangt, dass die nächsthöhere Behörde den Fall an den Staatsanwalt weiterleitet, wenn ihr die festgestellten Straftaten als ausreichend schwerwiegend erscheinen.¹¹⁴⁰ Es besteht die Möglichkeit, dass der Betroffene unter Berücksichtigung des Rechts auf Verteidigung einen Rechtsanwalt seiner Wahl einholen kann. Das Berufsgeheimnis kann jedoch nicht gegen die Ermittler geltend gemacht werden, wenn es um den Zugang zu Dokumenten oder Informationen geht, die sich im Besitz des Staates und anderer Behörden befinden. Das Wettbewerbsgesetz des Benin legt nicht fest, welche Maßnahmen zu ergreifen sind, wenn den Ermittlungsbeamten der Zugang zu den Räumlichkeiten oder den erforderlichen Unterlagen verweigert wird. Allerdings macht sich strafbar, wer sich in irgendeiner Weise der Ausübung der Aufgaben der in Artikel 62 bezeichneten Beamte widersetzt, da dies die wirksame Verfolgung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen verhindert.¹¹⁴¹ Kartellrechtsver-

tous documents propres à faciliter l'exercice de leur mission en quelques mains qu'ils se trouvent ; vérifier les quittances de divers droits, impôts et taxes payés afin de déceler les cas de fraude et de contrebandes commerciales ; prélever les échantillons.“

1139 Siehe Stasiak, Frédéric: Droit pénal des affaires, S. 331.

1140 Siehe Art. 71 des Gesetzes Nr. 2016-25; entsprechend sieht Art. 85 des Gesetzes Nr. 016-2017/AN über die Organisation des Wettbewerbs in Burkina Faso vor: *"Les infractions relevées en application de la présente loi font l'objet de poursuites judiciaires. L'administration compétente transmet les procès-verbaux au Procureur du Faso et lui fait connaître ses conclusions. Les dispositions du droit commun seront applicables en cas de flagrant délit. Dans les cas où l'initiative des poursuites ne provient pas de cette administration, le parquet doit l'informer immédiatement des poursuites en cours afin que celle-ci fasse connaître sa décision de transiger ou pas. Elle est tenue de se prononcer dans un délai de sept jours à compter de la date de réception de la lettre d'information ou de notification du parquet.“*

1141 Art. L. 450-1 des französischen Handelsgesetzbuches bedroht mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten und einer Geldstrafe von 7.500 Euro jeden, der sich in irgendeiner Weise der Ausübung seiner Aufgaben widersetzt, die die in Art. L. 450-1 genannten Beamten ausüben. Die einfache Weigerung, ein angefordertes Dokument auszuhändigen oder einer Ladung beizuwohnen, kann eine solche Behinderung darstellen. Näher dazu Stasiak, Frédéric: Droit pénal des affaires, S. 332-333.

stöße werden in Protokollen festgehalten, die an die nächsthöhere Behörde geschickt werden.¹¹⁴²

Die Mitgliedstaaten wenden das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft entsprechend dem Grundsatz der Verfahrensautonomie nach den im nationalen Recht geltenden Verfahren an. Es gibt keine parallelen nationalen Verfahren, die speziell auf die Umsetzung des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft ausgerichtet sind. Für die Anwendung ihres nationalen Wettbewerbsrechts und die Ausübung ihrer gemeinschaftlichen Zuständigkeit im Wettbewerbsrecht wenden die Staaten ihre jeweiligen nationalen Verfahrensmechanismen an. Tatsächlich kann das nationale Recht den Ermittlern erweiterte Untersuchungsbefugnisse einräumen. Im Benin zum Beispiel betreffen die Kontrollbefugnisse der Ermittler auch die Möglichkeit, Dokumente zu beschlagnahmen und private Räumlichkeiten der Betroffenen zu betreten. Auch in Mali wird nicht zwischen verbraucherrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Verfahren unterschieden. Jedoch verfügen nur Staaten, in denen eine nationale Wettbewerbsbehörde besteht, über spezielle und spezifische Verfahren für Wettbewerbsstreitigkeiten, beispielsweise Burkina Faso, die Elfenbeinküste und Senegal. In diesen Staaten unterliegen die Anhörungen vor den nationalen Wettbewerbskommissionen dem Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens. Es wird anerkannt, dass die Befragten das Recht haben, sich zu verteidigen und ihren Standpunkt darzulegen. Hervorzuheben ist, dass die Regierung das Recht hat, sich bei Anhörungen der Kommission zu äußern. Gemäß Art. 24 der Verordnung 96/343 ist der Regierungskommissar in jedem Fall anzuhören. Bei der Untersuchung zur Feststellung von Kartellrechtsverstößen muss der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens beachtet werden. Zu diesem Zweck müssen Beschwerden den Betroffenen und dem Regierungskommissar mitgeteilt werden, die innerhalb einer gesetzlich festgelegten Frist Einsicht in die Akte nehmen und sich dazu äußern können. Art. 65 des Gesetzes 2016-25 sieht vor, dass *„das Protokoll (...) die Art, das Datum, den Ort der Feststellung, die durchgeführten Kontrollen und die Identität der Täter anzugeben hat. Mit Ausnahme der Fälle, in denen sie gegen eine unbekannte Person erstellt werden, geben sie an, dass der Antragsgegner über Datum und Ort ihrer Protokolls informiert wurde und zur Teilnahme eingeladen wurde.“*¹¹⁴³

1142 Art. 64 des Gesetzes Nr. 2016-25: *„Les infractions (...) sont constatées aux moyen de procès-verbaux (...)“*

1143 Art. 65 des Gesetzes 2016-25: *„Les procès verbaux (...) énoncent la nature, la date, le lieu des constatations, les contrôles effectués et l'identité des contrevenants.“*

Diese Bestimmung erlaubt es dem Täter nicht, sich im vollständigen Umfang zu äußern. Er ist nur zur Teilnahme verpflichtet. Es ist zu hoffen, dass die Durchführungsverordnung dies berücksichtigt und die Ermittler verpflichtet werden, dem Täter die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben.

bb. Der Vergleich

Die nationalen Wettbewerbsbehörden oder der für den Handelsminister können mit Tätern von Kartellrechtsverstößen Kompromisse eingehen und einen Vergleich abschließen. In der Handelssprache ist der Begriff „Vergleich“ ein Begriff, der oft als gleichbedeutend mit dem Begriff der „Verhandlung“ verwendet wird. Im Zivilrecht hat der Begriff eine engere Bedeutung. Er bezieht sich auf eine privat- oder öffentlichrechtliche Vereinbarung, mit der jede der Parteien auf ihre Ansprüche und Rechte ganz oder teilweise verzichtet, um den Streit zu beenden. Beim Vergleich handelt es sich um eine Vereinbarung, die gegenseitige Zugeständnisse der Parteien vorsieht, die rechtskräftig ist und gegenseitige Verpflichtungen vorsieht. Die Richter sind bei der Beurteilung des Bestehens gegenseitiger Zugeständnisse unabhängig, wobei das Vorliegen gegenseitiger Zugeständnisse bedeutet, dass die Vereinbarungen der Parteien als Vergleich zu qualifizieren sind.¹¹⁴⁴ Bei der Erfüllung oder Nichterfüllung eines Vergleichs, der mit einem Unternehmen in finanzieller Not vereinbart wurde, kann sich der Gläubiger nicht auf die Nichterfüllung des Vergleichs durch das unter Insolvenzverwaltung gestellte Unternehmen berufen, um die mit dem Vergleich verbundene rechtskräftige Entscheidung zu umgehen, wenn das Unternehmen vor dem Datum der ersten in dem Vergleich vereinbarten Frist unter Insolvenzverwaltung gestellt wurde.¹¹⁴⁵ Die Wirkung des Vergleichs beschränkt sich auf seinen Zweck, d.h. den Verzicht auf alle Rechte, Klagen und Ansprüche. Nach dem Vergleich eingeleitete Verfahren bleiben zulässig, wenn festgestellt wird, dass sie einen anderen Zweck

A l'exception du cas où ils sont dressés contre inconnu, ils indiquent que le mis en cause a été informé de la date et du lieu de leur rédaction et que sommation lui a été faite d'y assister.“

1144 Siehe Französisches Kassationsgericht, 3. Zivilkammer, Urteil vom 28. November 2007, in der Rechtssache Nr. 06-17758.

1145 Siehe Französisches Kassationsgericht, 1. Zivilkammer, Urteil vom 10. September 2015, in der Rechtssache Nr. 14-20917, BICC Nr. 835 vom 15. Februar 2016. Siehe auch Anmerkung von *Cecile Le Gallou*, RLDC 2015, Nr. 5998.

verfolgen als das Verfahren, für welches die Parteien zuvor einen Vergleich geschlossen haben.¹¹⁴⁶

Ist eine Klage erhoben worden, so kann der Richter auf gemeinsamen Antrag der Parteien oder im Wege der Abstimmung die Zustimmung der Parteien erklären, vorausgesetzt, dass die von ihnen vereinbarten Bestimmungen nicht gegen Treu und Glauben verstoßen. Er erstellt dann, wenn die Parteien dies wünschen, ein Protokoll über ihre Erklärungen. Er kann auch, wenn die Parteien dies beantragen, ein Urteil verkünden, in dem die Bedingungen für den Vergleich festgelegt werden, den sie außerhalb des Gerichtssaals vereinbart haben. Das Interesse der gerichtlichen Feststellung liegt darin begründet, dass die Entscheidung des Richters vollstreckbar ist. Weigert sich eine der Parteien, den Vergleich zu erfüllen, oder hält sie sich nicht an den Vergleich, so kann die andere Partei sie mithilfe der Zwangsvollstreckung dazu zwingen. Das Urteil, das unter diesen Bedingungen ergeht, wird als „Zweckmäßigkeitssurteil“ bezeichnet. Hiergegen können keine Rechtsmittel geltend gemacht werden. Der Vergleich beendet den Konflikt nur vorbehaltlich seiner Umsetzung. Er kann von einer der Parteien nur dann angefochten werden, wenn diese Partei die Bedingungen des Vergleichs durch Erfüllung ihrer Verpflichtungen erfüllt hat. Stellt das Gericht fest, dass eine der Parteien die Aufgaben, zu deren Erfüllung sie sich verpflichtet hat, nicht innerhalb der vereinbarten Frist ausgeführt hat und dass sie damit die Nichterfüllung des Vergleichs signalisiert, kann Schadensersatz gefordert werden.¹¹⁴⁷

Es stellt sich jedoch die Frage nach der Art des pekuniären Vergleichs, der in den Gesetzen zur Organisation des Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten vorgesehen ist. Nach der in den UEMOA-Mitgliedstaaten und in der UEMOA-Kommission weit verbreiteten Meinung handelt es sich hierbei nicht um eine strafrechtliche Sanktion. Nach den Wettbewerbsgesetzen der UEMOA-Mitgliedstaaten erlischt durch die Intervention und endgültige Durchführung eines Vergleichs die öffentliche Maßnahme.¹¹⁴⁸ Somit hat die Durchführung des Vergleichs die Wirkung, die öffentliche

1146 Siehe Französisches Kassationsgericht, Urteil vom 02. Dezember 2009, in der Rechtssache Nr. 08-41665, BICC Nr. 722 vom 15. Mai 2010.

1147 Siehe Französisches Kassationsgericht, 1. Zivilkammer vom 12. Juli 2012, Rechtssache Nr. 09-11582, BICC Nr. 773 vom 15. Dezember 2012.

1148 Art. 72 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin; Art. 7 der Verordnung 2013-662 vom 20. September 2013 über den Wettbewerb in der Republik Côte d'Ivoire. Art. 64 des Gesetzes Nr. 94-63 über Preise, Wettbewerb und wirtschaftliche Streitigkeiten in der Republik Senegal; Art. 87 des Gesetzes Nr. 016-2017/AN über die Organisation

Maßnahme zu beenden. In diesem Fall kann das zuständige Gericht, solange das endgültige Urteil noch nicht ergangen ist, dem Antrag des Beklagten oder dem Antrag desjenigen, der sich auf den Vergleich beruft, stattgeben. In diesem Fall wird die Akte der zuständigen Verwaltung übergeben, der eine von der Justizbehörde festgelegte Frist für die Durchführung des Vergleichs eingeräumt wird. Nach dem endgültigen Abschluss des Vergleichs werden die Akten an die Justizbehörde zurückgeschickt, die dann feststellt, dass die öffentliche Klage erloschen ist. Wenn jedoch ein rechtskräftiges Urteil ergangen ist, kann der Vergleich sich nur auf Geldstrafen beziehen.¹¹⁴⁹

Grundsätzlich dürfen die in den nationalen Wettbewerbsgesetzen vorgesehenen Sanktionen von den nationalen Wettbewerbskommissionen oder dem zuständigen Richter verhängt werden.¹¹⁵⁰ Dies sind insbesondere Geldstrafen, Vergleiche und Beschlagnahmen. In der Elfenbeinküste beispielsweise hat die Wettbewerbskommission in einer Stellungnahme anerkannt, dass der Handelsminister sofortige Geldstrafen gegen jede Person, die sich einer rechtswidrigen Vereinbarung oder des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung schuldig gemacht hat, verhängen kann.¹¹⁵¹ Diese Geldstrafe beträgt bis zu 5% des Umsatzes vor Abzug der Steuern für ein Unternehmen und 100 Millionen für eine natürliche Person. Die Höhe der Geldstrafe richtet sich nach der Schwere der beanstandeten Handlungen, dem Ausmaß des wirtschaftlichen Schadens sowie der finanziellen Lage und Größe des Unternehmens. Der Minister kann die Veröffentlichung seiner Entscheidung anordnen. Schließlich ist er befugt, Anordnungen zu treffen. Im Falle einer rechtswidrigen Vereinbarung kann er durch begründeten Beschluss der Person oder dem Unternehmen anordnen, die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen innerhalb eines be-

des Wettbewerbs in Burkina Faso; Art. 25 des Gesetzes Nr. 2016-006/ vom 24. Februar 2016 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Mali; Art. 49 von Ihnen Nr. 99-011 vom 28. Dezember 1999 über die Organisation des Wettbewerbs in Togo.

1149 Siehe Art. 36 Absatz 3 der Verordnung 2013-662 vom 20. September 2013 über den Wettbewerb in der Elfenbeinküste: *"Après jugement définitif, la transaction ne peut porter que sur les transactions pécuniaires."*

1150 Art. 80 des burkinischen Wettbewerbsgesetzes : *"Dans l'exercice de ses missions, et conformément aux dispositions communautaires sur la concurrence, la Commission nationale de la concurrence et de la consommation est investie des pouvoirs d'investigations, de contrôle et de sanctions. (Souligné par nous) A cet égard, tout renseignement ou toute information qu'elle juge nécessaire doit lui être fourni."*

1151 Siehe Issa-Sayegh, Joseph: OHADATA 2004, S. 21.

stimmten Zeitraums zu beenden oder ihnen bestimmte Bedingungen auferlegen, um die vorherige Wettbewerbssituation wiederherzustellen.

Im Falle eines Missbrauchs einer anerkannten marktbeherrschenden Stellung kann die Wettbewerbskommission von dem Unternehmen oder der Unternehmensgruppe durch eine begründete Anordnung verlangen,¹¹⁵² dass sie innerhalb einer bestimmten Frist die Rechtsakte und Verhaltensweisen, durch die die Wirtschaftsmacht, die die Begehung der Zuwiderhandlung ermöglicht hat, festgestellt wurde, ändert, ergänzt oder beendet, auch wenn diese Handlungen Gegenstand des Verfahrens zur Kontrolle des wirtschaftlichen Zusammenschlusses waren; er kann alle Maßnahmen ergreifen, die geeignet sind, die frühere Situation oder einen ausreichenden Wettbewerb wiederherzustellen.

Werden diese Anordnungen nicht eingehalten, kann der Minister Bußgelder verhängen, wenn er sie nicht bereits verhängt hat. Ministerielle Entscheidungen über Geldbußen und einstweilige Verfügungen können Gegenstand einer Nichtigkeitsklage vor dem Obersten Gerichtshof sein. Sie werden im Amtsblatt veröffentlicht. Der Handelsminister ist auch befugt, mit Straftätern zu verhandeln.

Parallel zum Gerichtsverfahren sehen die nationalen Wettbewerbsgesetze somit mit dem Vergleich ein flexibles, weniger aggressives und ökonomisches Verfahren vor. Im Benin sieht Art. 71 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 2016-25 vor, dass der Bericht je nach Art und Schwere der festgestellten Straftaten zu einer Verwarnung, einem Vergleich oder einem Gerichtsverfahren führen muss.¹¹⁵³ Art. 70 Abs. 2 dieses Gesetzes definiert den Vergleich als eine Handlung, mit der der Täter anerkennt, die gegen ihn festgestellte Straftat begangen zu haben, und die Angelegenheit zur Strafverfolgung an die Verwaltung verweist.¹¹⁵⁴ Ein Vergleich führt zum Erlöschen der öffentlichen Maßnahmen, die sich aus der Befugnis einiger Gerichtsbarkeiten ergeben, und zum Verzicht auf die Verfolgung des Täters, der anstelle der Strafe einen bestimmten Geldbetrag bezahlen muss. Im Sinne des Gesetzes 2016-25 leitet die Verwaltung, wenn der Täter die in dem Vergleich enthaltenen Maßnahmen nicht einhält, nach zwei Mahnungen und einer vorübergehenden Schließung der Einrichtung die Akte

1152 Siehe Issa-Sayegh, Joseph: OHADATA 2004, S. 21.

1153 Art. 71 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 2016-25: „Suivant la nature et la gravité des infractions relevées, le procès-verbal donne lieu à avertissement, à transaction ou à poursuite judiciaire.“

1154 Art. 70 Abs. 2 Gesetz Nr. 2016-25: "Un acte par lequel le contrevenant reconnaît avoir commis l'infraction relevée à son encontre et s'en remet à l'administration quant aux poursuites judiciaires."

an den für die Durchführung der Klage zuständigen Staatsanwalt weiter.¹¹⁵⁵

Wie jede Vereinbarung unterliegt auch der Vergleich dem Grundsatz der relativen Wirkung von Verträgen, der es Dritten verbietet, sich auf den Vergleich zu berufen, an dem sie nicht beteiligt sind. Dieser Effekt nimmt einem Dritten jedoch nicht die Möglichkeit, sich auf den Verzicht auf ein in der Transaktion enthaltenes Recht zu berufen. Hat ein Berufungsgericht zu Unrecht eine Klage auf Schadensersatz eines Arbeitnehmer abgewiesen, weil er in einem mit einem früheren Arbeitgeber abgeschlossenen Vergleich ausdrücklich auf eine Klage im Zusammenhang mit seiner Kündigung verzichtet hat, ist der Klagegrund eines Verstoßes gegen die Art. 1165 und 2049 bis 2052 des Zivilgesetzbuches dennoch unwirksam, da der Insolvenzverwalter, der die Kündigungen angeordnet hat, berechtigt ist, sich auf den Verzicht seiner Rechte zu stützen.¹¹⁵⁶ Es wurde die Auffassung vertreten, dass das Recht, umfassend über die Möglichkeit informiert zu werden, vor einem Richter einen Vergleich anzufechten, der sich gegen eine Person richtet, die nicht Partei des Vergleichs war, ein Grundrecht im Hinblick auf ein faires Verfahren darstellt.¹¹⁵⁷

In den UEMOA-Mitgliedstaaten ist die Behörde ausnahmsweise ermächtigt, in der Vorphase des Verfahrens, das zur Ahndung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen führt, mit den Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen Kompromisse zu schließen, die durch das Eingreifen der Staatsanwaltschaft beendet werden. Tatsächlich ist der Vergleich eine Ursache für das Erlöschen, das sowohl bei zivilrechtlichen als auch bei öffentlichen Klagen üblich ist. Unstreitig ist, dass der Vergleich zwischen dem Opfer und dem Täter, der zweifellos die Zivilklage erlöschen lässt, nicht automatisch auch die öffentliche Klage beendet.¹¹⁵⁸ Aber kann die Beendigung der Strafverfolgung aus einem direkten Vergleich zwischen dem Staatsanwalt und dem Täter resultieren? Das ist offensichtlich nicht der Fall. Da die Klage gegen das Unternehmen ist gerichtet und die Staatsanwaltschaft sie nur verhandelt und nicht über sie verfügen kann, hat die Staatsanwalt-

1155 Art. 72 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin.

1156 Siehe Französisches Kassationsgericht, Sozial-Kammer 14. Mai 2008, BICC n°688 du 1er octobre 2008.

1157 Siehe Assemblée plénière de la cour de cassation française, Mme Kamara, conseiller rapporteur et M. de Gouttes, premier avocat général, 29 mai 2009, N° de pourvoi: 08-11422.

1158 Siehe *Stefani, Gaston/Levasseur, Georges/ Bouloc, Bernard*: Procédure pénale, S. 159.

schaft folglich auch kein Recht, mit dem Angeklagten solche Verhandlungen zu führen und das Verfahren einzustellen, indem sie ihn auffordert, einen Geldbetrag an die Staatskasse oder die Opfer zu bezahlen. Ein Vergleich führt grundsätzlich nicht zur Beendigung des Strafverfahrens. Dies ist nur möglich, wenn das Gesetz dies ausnahmsweise ausdrücklich vorsieht, beispielsweise wenn die Erhebung der Klage der Verwaltung obliegt, wie dies bei Wettbewerbsangelegenheiten der Fall ist. Durch den Vergleich erlischt die Anklage auch in Bezug auf Freiheitsstrafen, wenn dieser vor dem endgültigen Urteil zustande kommt.¹¹⁵⁹ Im Falle der Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, bei denen die juristische Person häufig der Täter der Straftaten ist, beendet der Vergleich auch das gegen der juristischen Person und die Beteiligten eingeleitete Verfahren, sofern diesem kein persönliches Verschulden zur Last gelegt werden kann.

Scheitert der Vergleich, weil die Geldbuße nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist bezahlt wird, wird das Verfahren fortgeführt und die Akte an den zuständigen Staatsanwalt übermittelt.¹¹⁶⁰

2. Das Gerichtsverfahren

Grundsätzlich bestimmt das Gesetz die strafprozessualen Regeln, obwohl weitere Einzelheiten in einem Dekret festgelegt werden können, sofern dies im Gesetz vorgesehen ist und dort die Anwendungsmodalitäten festgelegt sind. Darüber hinaus muss das Verfahrensrecht möglichst präzise sein, insbesondere, wenn Grundfreiheiten betroffen sind. Aus diesem Grund kann der Grundsatz, nach dem der Untersuchungsrichter alle der Wahrheitsfindung dienlichen Handlungen durchführt, der Vollstreckung von Handlungen, die gegen die Fortbewegungsfreiheit oder ein sonstiges Recht verstoßen, entgegenstehen. Der Grund dafür ist, dass der Richter in Übereinstimmung mit dem Gesetz handeln muss, was impliziert, dass das Gesetz die Bedingungen für die gerichtlichen oder polizeilichen Vorgehensweisen festlegt.

In gleicher Weise verweisen alle UEMOA-Mitgliedstaaten in ihren nationalen Rechtsvorschriften über die Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen auf das ordentliche, d.h. das in den nationalen Strafprozessord-

1159 Siehe Französisches Kassationsgericht, Strafkammer, 13. Dezember 1991, Dalloz 1992-228 note PENNEAU.

1160 Siehe Art. 72 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs im Benin.

nungen vorgesehene Verfahren. Die Strafverfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen wird somit auf nationaler Ebene geregelt (a), und zwar sowohl die Ermittlungen als auch das gerichtliche Verfahren, als auch die Vollstreckung der Entscheidung (b).

a. Verfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen

In der Regel geht der Strafverfolgung die Vorphase voraus, die von der Verwaltung im Falle eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht eingeleitet wird. Die in der Vorbereitungsphase gesammelten Informationen können zu der Entscheidung führen, keine Strafverfolgung einzuleiten. Die Entscheidung, ob eine Strafverfolgung eingeleitet wird, stellt die für die Entscheidung zuständige Behörde daher vor erste Fragen. Wird die Entscheidung zur Strafverfolgung getroffen (aa), so muss diese dann noch umgesetzt werden, indem die erforderlichen öffentlich-rechtliche Maßnahmen ergriffen werden. Sobald eine Strafverfolgung eingeleitet wurde, kann der Beschuldigte mit bestimmten Vorfällen konfrontiert werden, mit denen er sich befassen muss. In diesem Zusammenhang wird die Durchführung der Strafverfolgung (bb) geprüft.

aa. Die Entscheidung zur Strafverfolgung

Gemäß Art. 75 des Gesetzes Nr. 2016-25 wird die Strafvollstreckung von der Staatsanwaltschaft durchgeführt, die auch die Anklage erhoben. In diesem Zusammenhang beschließt die Staatsanwaltschaft, die Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu beantragen oder aufzuheben. Die Entscheidung, ob eine öffentliche Maßnahme eingeleitet wird, trifft die Staatsanwaltschaft als die auf diese Aufgabe spezialisierte öffentliche Behörde.¹¹⁶¹ In Ausnahmefällen kann jedoch auch ohne deren Intervention ein öffentliches Verfahren eingeleitet werden, wenn das Opfer seine Zi-

1161 Nach den Bestimmungen des Art. 1 der CPP des Benin: *"L'action publique est une prérogative appartenant à la société, déléguée au ministère public afin de faire déclarer la culpabilité et sanctionner une personne physique ou morale, auteur d'une infraction à la loi pénale.*

Elle est mise en mouvement et exercée par les représentants du ministère public. Le ministère public est l'ensemble des magistrats de carrière qui sont chargés, devant certaines juridictions, de requérir l'application de la loi et de veiller aux intérêts généraux de la société.

villklage beim Strafgericht einreicht (*quavis ex populo*). Sie kann unter keinen Umständen von dem Verdächtigen selbst eingebracht werden, wenn sich dieser rechtfertigen will.

Grundsätzlich ist es der Oberstaatsanwalt, der aufgefordert wird, die notwendigen Entscheidungen über die Strafverfolgung zu treffen. Er kann jedoch von seinen Vorgesetzten Anweisungen erhalten, die ihn jedoch weder selbst vertreten dürfen, um die öffentliche Klage einzuleiten, noch dürfen sie eine von ihm eingeleitete Klage einstellen. Wenn kann ein Staatsanwalt entgegen einer Anweisung die Klage nicht einleitet, könnte der Generalstaatsanwalt dies nicht an seiner Stelle tun; er hat nur die Möglichkeit, den Staatsanwalt durch einen anderen, disziplinierten zu ersetzen.¹¹⁶² Die Anweisungen müssen schriftlich erfolgen und in das Verfahrensprotokoll aufgenommen werden.¹¹⁶³

Der Staatsanwalt darf jedoch die Akte des Falles nicht aufbewahren, auch wenn sie in die *rationae materiae* Zuständigkeit der Strafgerichte fällt, weil sie nicht in seinem Zuständigkeitsbereich verhandelt werden kann. Die territoriale Zuständigkeit des Strafgerichtshofs setzt voraus, dass die Straftat in seinem Zuständigkeitsbereich begangen wurde oder dass einer der Beteiligten in diesem Bereich wohnt oder dort verhaftet wurde. Aus diesem Grund verlangt Art. 72 des Gesetzes Nr. 2016-25, dass die Staatsanwaltschaft den Fall an den territorial zuständigen Staatsanwalt weiterleitet, wenn er beschließt, rechtliche Schritte gegen die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen einzuleiten. Die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft orientiert sich an der des Gerichts. Der Staatsanwalt, der nicht zuständig ist, eine öffentliche Handlung vorzunehmen, kann jedoch aufgrund seiner Befugnisse als Gerichtspolizei alle dringenden Maßnahmen

L'action publique, pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi.

Cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, ou toute personne morale habilitée à cet effet, dans les conditions déterminées par le présent code. “

1162 Siehe *Stefani, Gaston/ Levasseur, Georges/ Bouloc, Bernard*: Procédure pénale, S. 520.

1163 Darüber hinaus gibt es bestimmte Bereiche, in denen die Entscheidung nicht bei der Staatsanwaltschaft, sondern bei bestimmten anderen Behörden liegt, so beispielsweise bei von einem Minderjährigen begangenen Straftaten. In diesem Fall spielt der Staatsanwalt eine Rolle bei der Vorbereitung der Entscheidung; in der Regel übermittelt er die notwendigen Informationen an die zuständige Behörde, weil er sie zuerst erhalten hat, da alle Hinweise auf die Begehung einer Straftat bei ihm zusammenlaufen. Der Fall jugendlicher Straftäter ist jedoch nicht Gegenstand dieser Untersuchung, die sich auf wettbewerbsrechtliche Straftaten von Unternehmen konzentriert.

ergreifen, die zur Verteidigung der Gesellschaft und zur Wahrheitsfindung notwendig erscheinen, indem er Feststellungen trifft und alle Maßnahmen im Rahmen der Voruntersuchung vornimmt, einschließlich des Polizeigewahrsams.

Aber nach Art. 75 des Gesetzes Nr. 2016-25 ist die Staatsanwaltschaft nicht die Einzige, die eine Entscheidung über die Verfolgung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen treffen kann. Auch der Geschädigte selbst kann solche Maßnahmen vornehmen, denn im Sinne des Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA hat die geschädigte Partei das Recht, bei den nationalen Gerichten Schadenersatz zu verlangen. Zu diesem Zweck kann sie eine Zivilklage vor dem Strafgericht einreichen. Der Geschädigte leitet damit automatisch die öffentliche Klage ein, wenn sie noch nicht von der Staatsanwaltschaft eingeleitet worden ist. Dies sollte nur dann der Fall sein, wenn eine solche Zivilklage zulässig ist, d.h. wenn sie auf den Ersatz des persönlichen, tatsächlichen und unmittelbaren Schadens abzielt, der sich aus den wettbewerbswidrigen Handlungen ergeben hat.¹¹⁶⁴ Im Bereich der Wettbewerbskriminalität kann diese Maßnahme nicht nur von Unternehmen eingeleitet werden, die Opfer der Verhaltensweise sind, sondern auch von Verbraucherverbänden, die für die Folgen des Verhaltens zuständig sind.¹¹⁶⁵ Die Rechtsprechung räumt jedoch ein, dass ein Strafverfahren eingeleitet wird, auch wenn das angerufene Strafgericht nicht für Schadenersatzklagen zuständig ist.¹¹⁶⁶ Diese

1164 Siehe in diesem Sinne Art. 2 CPP von Benin: *"L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. Toutefois, elle est exercée par:*

- toute personne ayant souffert personnellement du préjudice directement causé par l'infraction ;

- toute personne qui, bien que n'ayant pas directement subi un préjudice personnel, présente un intérêt légitime à agir."

1165 Siehe Art. 2 CPP Benins: *"L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. Toutefois, elle est exercée par: (...)*

- les associations régulièrement déclarées, ayant pour objet statutaire explicite, la défense des intérêts collectifs de certaines catégories de victimes. Elles peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à leur intérêt collectif."

1166 Siehe Französisches Kassationsgericht, Strafkammer, Urteil vom 22. Januar 1953, D. 1953.109, Rapport Patin.

Auffassung ist abzulehnen. Die öffentliche Klage kann nicht durch einen unzulässigen Antrag einer Zivilpartei in Gang gesetzt werden.¹¹⁶⁷

Im weiteren Sinne stellt die Rechtsprechung nun grundsätzlich fest, dass jedes Opfer das Recht hat, eine Zivilklage einzureichen, auch wenn es nicht beabsichtigt, das Recht auf Schadensersatz geltend zu machen; beides ist nicht unbedingt miteinander verbunden.¹¹⁶⁸ Kritisch ist jedoch anzumerken, dass die Entscheidung des Opfers nicht die Objektivität der Entscheidung der Staatsanwaltschaft aufweisen wird. Darüber hinaus verfügt das Opfer bei seiner Entscheidung in der Regel nicht über genauso umfangreiche Informationen wie die Staatsanwaltschaft; die Ergebnisse der von den Ermittlungsbeamten und der Kriminalpolizei durchgeführten Ermittlungen und Voruntersuchungen werden dem Opfer nicht mitgeteilt; es verfügt weder über die materiellen Mittel noch über die rechtlichen Befugnisse, um die Stellung des Staatsanwaltes einzunehmen. Darüber hinaus wird die Entscheidung des Opfers oft erst dann getroffen, nachdem die Staatsanwaltschaft ihm aufgrund der bei ihr eingegangenen Beschwerde mitgeteilt hat, dass sie ihrerseits nicht beabsichtigt, die Initiative zur Strafverfolgung zu ergreifen. In diesem Sinne begünstigt das nationale Wettbewerbsrecht den Staatsanwalt bei der Einleitung eines öffentlichen Verfahrens, nachdem ihm die dazu befugte Verwaltungsbehörde die Akte übermittelt hat.

Aber selbst wenn die Einleitung einer Strafverfolgung durch das Opfer im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft, die, außer im Falle eines persönlichen Verschuldens, unverantwortlich ist, um eine bestimmte Maßnahme, die früher als „*prise à partie*“¹¹⁶⁹ bezeichnet wurde, zu rechtfertigen, ist die Einleitung einer Strafverfolgung durch das Opfer eine Handlung,¹¹⁷⁰ die dessen Verantwortlichkeit mit sich bringt; sie ist ein im Gemeinschafts-

1167 Siehe Französisches Kassationsgericht, Strafkammer, Urteil vom 8. Januar 1980, Bull, n°11.

1168 Siehe Französisches Kassationsgericht, Strafkammer, Urteil vom 15. Oktober 1970, D.1970. 733, note Costa.

1169 Siehe *Stefani, Gaston/Levasseur, Georges/Bouloc, Bernard: Procédure pénale*, S. 523.

1170 Wenn die öffentliche Handlung des Opfers in böser Absicht durchgeführt wird, kann das Opfer unbeschadet der strafrechtlichen Sanktionen selbst dem Angeklagten oder einer anderen an dem Verfahren interessierten Person zu Schadenersatz verpflichtet sein, so für eine verleumderische Kündigung oder für eine solche, die auf rücksichtslose oder unzeitgemäße Weise erreicht wird. Siehe Art. 96 CPP Benin: "*Quand, après une information ouverte sur plainte avec constitution de partie civile, une décision de non-lieu a été rendue, l'inculpé et toutes personnes visées dans la plainte, et sans préjudice d'une poursuite pour dénonciation*

recht und im innerstaatlichen Recht verankertes Recht und zeigt den Willen, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu bestrafen. Diese Entscheidung, dem Opfer die Einleitung einer öffentlichen Anklage mittels einer Zivilklage zu ermöglichen, erfolgt nicht ohne Berücksichtigung der soziologischen Eigenschaften der Gemeinschaft, in der Wirtschaftsakteure institutionelle Lösungen vermeiden und relationale Lösungen bevorzugen. Angesichts der Nutzung der soziologischen Erkenntnisse durch Politik und Wirtschaft zur Verheimlichung der Wirtschaftskriminalität, insbesondere im von institutioneller Schwäche geprägten UEMOA-Wettbewerbsrecht, ist eine soziale Kontrolle nach dem Vorbild der Europäischen Union geboten, um das Risiko zu verringern, dass die Täter von Kartellrechtsverstößen nicht zur Verantwortung gezogen werden.¹¹⁷¹ Zudem sollte der Rechtsrahmen der UEMOA-Mitgliedstaaten dahingehend überprüft werden, ob er für die Erfassung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person geeignet ist. Wenn jedoch der Staatsanwalt oder eine andere Person oder Behörde die Initiative ergreift, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu verfolgen, muss die Art und Weise, wie die Entscheidung getroffen werden soll, bestimmten Kriterien entsprechen.

Um zu entscheiden, ob die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen verfolgt werden sollen, muss die Staatsanwaltschaft nach dem auf nationaler Ebene üblichen Verfahren zwei Punkte prüfen: die Rechtmäßigkeit einer möglichen Strafverfolgung und ihre Angemessenheit. Der örtlich zuständige Staatsanwalt entscheidet anhand der Angaben in der Akte, die ihm von der für Wettbewerbsstreitigkeiten zuständigen nationalen Behörde übermittelt wurden, und der ihm vorliegenden Informationen, sobald er über ausreichende Unterlagen verfügt, über die Einleitung einer Strafverfolgung.

Zu diesem Zweck muss die Staatsanwaltschaft zunächst sicherstellen, dass wahrscheinlich alle Voraussetzungen für eine mögliche Verurteilung erfüllt sind. Sie wird daher die ihr zur Kenntnis gebrachten Tatsachen, die sich aus den Unterlagen und den Vernehmungsprotokollen ergeben, eingehend prüfen müssen, um festzustellen, ob das Verhalten in den Anwendungsbereich einer bestimmten Rechtsvorschrift fällt. Um ein möglichst vollständiges Bild zu erhalten, kann der Staatsanwalt gemäß Art. 14 der

calomnieuse, peuvent par la voie civile, demander des dommages-intérêts au plaignant dans les formes ordinaires."

- 1171 Dazu Tiedemann, Klaus: Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in den USA und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 21 ff; Ulrich Immenga: Politische Instrumentalisierung des Kartellrechts?, S. 1-26.

Strafprozessordnung zusätzliche Informationen von der Kriminalpolizei anfordern.¹¹⁷² Stellt sich heraus, dass der Sachverhalt eine rechtswidrige Vereinbarung oder einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellt, muss die Staatsanwaltschaft prüfen, ob alle diese Straftatbestandsmerkmale (objektive und subjektive Merkmale) vorliegen.

Außerdem muss die Staatsanwaltschaft entscheiden, wer als Täter, Mittäter oder Gehilfe wegen der betreffenden Straftat verfolgt werden soll und, wenn das Verhalten unter Einschaltung einer juristischen Person erfolgte, wie es bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen häufig der Fall ist, ob die Strafverfolgung sowohl die natürlichen Personen als auch die juristische Person betrifft.

Dies wird aber nicht ausreichen. Die Staatsanwaltschaft wird weiterhin prüfen müssen, ob strafbefreiende Umstände vorliegen, d.h. Rechtfertigungsgründe, ein Fall der fehlenden Zurechnung oder Immunität usw. Sollte ein solcher Umstand vorliegen, müsste der Staatsanwalt die Entscheidung treffen, das Verfahren einzustellen. Allerdings verhindern diese Umstände, die auch nach dem UEMOA-Wettbewerbsrecht zur Straffreiheit führen, nicht die Strafverfolgung, da nur die Gerichte zu entscheiden befugt sind, ob die Voraussetzung einer Freistellung vorliegen. Nur wenn die Prüfung dieser verschiedenen Aspekte die Staatsanwaltschaft zu der Überzeugung führt, dass die öffentliche Klage begründet ist, erfolgt das Verfahren in rechtmäßiger und damit verfahrensrechtlich zulässiger Weise. Dann wird es notwendig sein, die Zulässigkeit der öffentlichen Maßnahmen zu bewerten. Die Staatsanwaltschaft muss die Zulässigkeit in Form einer möglichen Strafverfolgung prüfen. Dies wird praktisch erst nach einer Stellungnahme des Betroffenen in der Sache geschehen, da die Voraussetzungen für die Zulässigkeit oft von der Auslegung des Sachverhalts abhängen. Diese Prüfung wird sich zunächst auf die Zuständigkeit konzentrieren, unabhängig davon, ob es sich um eine sachliche oder eine territoriale Zuständigkeit handelt. Der Staatsanwalt muss auch überprüfen, ob kein Grund für die Beendigung der Strafverfolgung vorliegt, wie z.B. die Verjährung, die Auflösung der Gesellschaft, der Tod eines oder mehrerer Täter (wodurch die Anklage gegen den Toten fallen gelassen

1172 Art. 14 der beninischen CPP: *„La police judiciaire est chargée, sous la direction effective du procureur de la République et suivant les distinctions établies au présent titre, de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte. Lorsqu'une information est ouverte, elle exécute les délégations des juridictions d'instruction et défère à leurs réquisitions.“*

würde, aber nicht in Bezug auf die anderen Teilnehmer), eine frühere rechtskräftige Entscheidung über denselben Sachverhalt, sei es durch Verurteilung oder Freispruch, oder dass in der Zwischenzeit die Entscheidung über den Vergleich vollstreckt wurde, wodurch das öffentliche Verfahren beendet wurde. Kommt die Staatsanwaltschaft zu dem Schluss, dass die vorgeschlagene Strafverfolgung zulässig und begründet ist, prüft der Staatsanwalt, ob die Fortsetzung auch angemessen erscheint.

Die Beurteilung der Angemessenheit der Strafverfolgung liegt im Ermessen der Staatsanwaltschaft, die über das weitere Vorgehen bei Beschwerden und Anklagen gemäß Art. 38 der Strafprozessordnung entscheidet. Dieses System gilt in allen UEMOA-Mitgliedstaaten. Die Staatsanwaltschaft kann daher entscheiden, ob sie nach der Begehung eines Wettbewerbsverstoßes ein Verfahren einleitet oder nicht. Die Möglichkeit der Strafverfolgung ermöglicht die Klassifizierung, ohne vor Gericht gehen zu müssen, insbesondere wenn der Täter unbekannt ist oder wenn die Staatsanwaltschaft die Fortsetzung des Verfahrens nicht für angemessen hält. Mit der Einleitung des Verfahrens beginnt der Strafprozess. Solange keine Strafverfolgung eingeleitet wird, gibt es keinen Prozess. Beispielsweise gibt es während eines Ermittlungsverfahrens oder eines Ermittlungsverfahrens gegen den auf frischer Tat ertappten Täter noch keinen Prozess. Hier wird die Klage an ein Gericht verwiesen, das ein Untersuchungs- oder Prozessgericht sein kann. Diese Entscheidung, öffentliche Maßnahmen einzuleiten, ist eine äußerst schwerwiegende Entscheidung. Eine Person wird als potenziell schuldig dargestellt, eine Straftat begangen zu haben.

Aufgrund der Ernsthaftigkeit dieser Angelegenheit sollte diese Befugnis nicht nur irgendjemandem übertragen werden, sondern einem Richter vorbehalten bleiben, dessen alleiniges Vorrecht es wäre, als Anklagebehörde zu fungieren, also über die Anklageerhebung zu entscheiden. Diese richterliche Funktion nimmt aber der Staatsanwalt wahr. Einige Länder wenden die Zweckmäßigkeitsregel im Allgemeinen an und gestatten es der Staatsanwaltschaft, die Ermittlungs- oder Prozessgerichte zu entlassen, indem sie das Verfahren durch eine sogenannte *nolle prosequi*-Entscheidung einstellt. Das nationale Recht der UEMOA-Mitgliedstaaten nimmt die entgegengesetzte Position ein. Die Möglichkeit der Strafverfolgung ist nur für die Einleitung der Strafverfolgung relevant; sie kann während des Strafprozesses nicht mehr eingreifen, wenn die Anklage bereits erhoben wurde. Der Staatsanwalt darf aus Gründen der Zweckmäßigkeit keine Entlassungs- oder Freistellungsanträge stellen und die Untersuchungs- oder Prozessgerichte dürfen die verfolgte Person aus diesen Gründen nicht entlasten. Die Folgemaßnahmen, die nach der Einleitung öffentlicher Maß-

nahmen zu ergreifen sind, können nur aus rein rechtlichen Gründen erfolgen. Sie veranlassen den Richter dazu, über die Schuld des Angeklagten zu entscheiden, es sei denn, ihm wird unter bestimmten Umständen eine rechtliche oder gar gerichtliche Freistellung gewährt.

Es stellt sich die Frage, ob die damit dem Staatsanwalt erteilte Befugnis, die Angemessenheit der Strafverfolgung zu beurteilen, nicht zu Willkür oder Befangenheit führen kann. Bestimmte Garantien deuten darauf hin, dass bei der Beurteilung durch die Staatsanwaltschaft nur das soziale Interesse berücksichtigt wird.

Die erste Garantie ergibt sich aus der hierarchischen Kontrolle, der der Staatsanwalt unterliegt. Wenn die Entscheidung, das Verfahren einzustellen, den Interessen der Gesellschaft zuwiderläuft, ist es möglich, dass sich der Generalstaatsanwalt oder sogar der Justizminister an den Staatsanwalt wenden kann und dass er gemäß Art. 33 der Strafprozessordnung des Benin angewiesen werden kann, ein öffentliches Verfahren einzuleiten.¹¹⁷³

Eine zweite Garantie ergibt sich aus dem Recht des Opfers, ein öffentliches Verfahren einzuleiten, wenn die Staatsanwaltschaft beschlossen hat, den Fall ohne weiteres abzuweisen; dies geschieht durch die Einreichung seiner Zivilklage beim Strafgericht. Es trifft zu, dass diese Maßnahme nur in dem Maße angewendet werden kann, in dem die Straftat Einzelschäden verursacht hat, die zu Zivilklagen führen können. Der Weg des Zivilklägers ist aber nicht offen, wenn die Straftat nur einen sozialen Schaden verursacht hat. Dann kann diese Garantie nicht eingreifen.

Der Staatsanwalt wird somit vor die Alternative gestellt, entweder zu beschließen, kein Verfahren einzuleiten (Entscheidung zur Einstellung der Strafverfolgung), oder aber, Anklage zu erheben (Entscheidung zur Strafverfolgung). In letzterem Fall wird er, wenn er der Auffassung ist, dass alle Bedingungen für die Zulässigkeit und Begründetheit der Anklage erfüllt sind und dass die Strafverfolgung angemessen ist, beschließen, die Anklage zu erheben, um die Angelegenheit vor das zuständige Strafgericht zu bringen.

Um eine willkürliche Entscheidung zu vermeiden, muss der Staatsanwalt äußerst vorsichtig sein, bevor er über die zu ergreifenden Maßnahmen entscheidet. Angesichts all dieser Vorsichtsmaßnahmen, welche die Staatsanwaltschaft vor der Entscheidung über die Strafverfolgung treffen

1173 Art. 33 Abs. 5 CPP Benins: "*Le procureur général peut enjoindre au procureur de la République, suivant instructions écrites, motivées et versées au dossier, d'engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites qu'il juge opportunes.*"

muss, sieht Art. 38 CPP nur vor, dass die Staatsanwaltschaft Beschwerden und Klagen entgegennimmt und die zu ergreifenden Maßnahmen bewertet.¹¹⁷⁴ Art. 38 CCP sieht keine Frist für die Bewertung der Folgemaßnahmen zu Beschwerden und Klagen vor. Dadurch ergibt sich das Problem, wie rasch die Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen erfolgen soll, um die gestörte wirtschaftliche öffentliche Ordnung wiederherzustellen. Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen fallen nämlich in den Bereich der Wirtschaft und erfordern eine schnelle Behandlung, um das Wirtschaftsleben nicht zu neutralisieren, zumal der Fall an die Staatsanwaltschaft verwiesen wird, wenn das Vergleichsverfahren mit der Verwaltung gemäß Art. 72 des Gesetzes Nr. 2016-25 gescheitert ist. Auf dieser Ebene besteht das Problem der Angemessenheit des ordentlichen Verfahrens im Wirtschaftsbereich, zu dem das Recht wettbewerbswidriger Handlungen gehört.

Das UEMOA-Wettbewerbsrecht definiert nicht den Begriff des wettbewerbswidrigen Verhaltens. Es zählt nur die verschiedenen Formen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen auf, die auf dem Markt existieren können. Zu diesem Zweck sieht Art. 88 UEMOAV vor, dass wettbewerbswidrige Verhaltensweisen rechtswidrige Vereinbarungen und Missbräuche einer marktbeherrschenden Stellung sowie öffentliche Beihilfen umfassen, die den Wettbewerb verzerren können, indem sie bestimmte Unternehmen oder die Produktion bestimmter Waren begünstigen. In Ermangelung einer rechtlichen Definition können wettbewerbswidrige Verhaltensweisen als Verhaltensweisen definiert werden, die eine Beschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs auf einem Markt bezwecken oder bewirken. Aus dieser Definition folgt, dass wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, wenn sie vorliegen, das Funktionieren des Marktes durch ihren Zweck oder ihre Wirkung beeinträchtigen. Wenn der Markt gelähmt ist, ist auch die Wirtschaft beeinträchtigt, weil sie ihre Substanz im reibungslosen Funktionieren des Marktes findet. Deshalb ist ein schnelles Eingreifen erforderlich, um den Markt und damit die Wirtschaft wiederzubeleben. Um die Langsamkeit und Komplexität der Verfahren zu überwinden, wird das Wettbewerbsrecht oft durch originelle institutionelle Mechanismen bestimmt, die es vom allgemeinen Recht unterscheidet. Für die Umsetzung der Wettbewerbsregeln sind unabhängige Verwaltungsbehörden mit weitreichenden Vorrechten verantwortlich, da die Regeln für das Verfahren

1174 Art. 38 CPP: *„Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner.“*

vor diesen Behörden speziell sind und von den Grundsätzen des Zivil- oder Strafverfahrens abweichen.¹¹⁷⁵

Die Rechtfertigung für das Eingreifen spezifischer Wettbewerbsbehörden stützt sich auf vier Überlegungen. Erstens erfordern die ausgefeilten Theorien und Methoden des Wettbewerbsrechts und der Wirtschaft, dass ihre Umsetzung Experten übertragen wird.¹¹⁷⁶ Zweitens erfordert der geheime Charakter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen die Errichtung eines Exekutivmechanismus für die ständige Überwachung und Untersuchung von Amts wegen, der von den ordentlichen Gerichten nicht geleistet werden kann. Drittens besteht die Gestaltung einer echten Wettbewerbspolitik darin, eine Behörde mit der Aufgabe zu betrauen, Prioritäten für die Umsetzung der Wettbewerbsregeln festzulegen, was nicht von einem ordentlichen Gericht durchgeführt werden kann, das verpflichtet ist,¹¹⁷⁷ über alle Anträge, auch die trivialsten, zu entscheiden. Gegebenenfalls kann die Behörde die Ressourcen auf bestimmte vorrangige Bereiche oder Verhaltensweisen konzentrieren, insbesondere aus wirtschaftlicher Sicht.

Die UEMOA-Mitgliedstaaten waren jedoch nicht der Ansicht, dass sie ihren nationalen Verwaltungen, unabhängig von einem Ministerium oder auch diesem unterstellt, die Zuständigkeit für die Erhebung von Klagen gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen in den nationalen Rechtsvorschriften übertragen sollten. Einige Staaten wie Burkina Faso haben sogar ihre nationalen Gerichte der Aufsicht des CJEMOAs unterstellt und entschieden, dass für jede andere Klage im Zusammenhang mit wettbewerbs-

1175 Siehe *Petit, Nicolas*: Droit européen de la concurrence, S. 455.

1176 Siehe *Thatcher, Margaret*: in Geradin, D./Munoz, R./Petit, N. (Hrsg.), *Regulatory Authorities in the EC: A New Paradigm for European Governance*, S. 164-179.

1177 Siehe « demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à l'interprétation des articles 88, 89 et 90 du Traité relatifs aux règles de concurrence dans l'Union », in Cour de Justice de l'UEMOA, « Recueil de la jurisprudence de la Cour », Cour de justice, Ouagadougou, février 2002, S. 121; siehe im gleichen Sinne EuGH, 28. Juni 2005, Verbundene Rechtssachen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Dansk Rorindustri A/S und andere gegen die Artikel 101 Absatz 1 des Vertrags, Slg. 2005, S. I-05425 und "die der Kommission durch Artikel 101 Absatz 1 des Vertrags und 102 des EG-Vertrags übertragene Überwachungsaufgabe umfasst nicht nur die Aufgabe, einzelne Verstöße zu untersuchen und zu ahnden, sondern auch die Pflicht, eine allgemeine Politik zu verfolgen, die darauf abzielt, die im Vertrag festgelegten Grundsätze auf den Wettbewerb anzuwenden und das Verhalten von Unternehmen in dieser Hinsicht zu leiten".

widrigen Verhaltensweisen die Zuständigkeit der Gerichte von der Ausarbeitung einer Vorabentscheidung vor dem Gerichtshof der Gemeinschaft abhängig ist.¹¹⁷⁸ Dies verlängert die Dauer des Sanktionsverfahrens, da sich der CJUEMOA die Zeit nehmen muss, um über die Vorabfrage zu entscheiden. Andere Staaten wie Benin haben, nachdem sie wettbewerbswidrige Verhaltensweisen kriminalisiert haben, die Frage nach den Sanktionen und der nationalen Zuständigkeit in diesem Bereich schlicht unbeantwortet gelassen. Aus dem Wortlaut des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin geht weder hervor, wer die zuständige Behörde in Fragen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen ist, noch der Umfang der möglichen Sanktion, noch wird auf die Zuständigkeit der UEMOA-Kommission verwiesen, die sich mit diesen Fragen befassen muss. Die Elfenbeinküste folgte dem Beispiel Benins, indem sie aus der Wettbewerbsverordnung Nr. 2013-662 die Befugnis des Handelsministers zur Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen gestrichen hat, obwohl er gemäß Art. 17 des durch die Verordnung aufgehobenen Gesetzes 97-10 vom 6. Januar 1997 sofortige Geldstrafen gegen jede Person verhängen konnte, die sich rechtswidriger Vereinbarungen oder des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung schuldig gemacht hat. Diese Rücknahme der nationalen Rechtsvorschriften ist äußerst schädlich für die Volkswirtschaften der UEMOA-Mitgliedstaaten und erschwert die Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen im UEMOA-Gebiet.

Tatsächlich hatte die Lehre¹¹⁷⁹ bereits seit der Stellungnahme des CJUEMOA zur Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten die nicht wirksame Umsetzung des UEMOA-Wettbewerbsrechts geahnt. Angesichts der Koexistenz von nationalem und gemeinschaftlichem Wettbewerbsrecht begannen beide Seiten bereits in der Entwurfsphase der UEMOA-Wettbewerbsgesetzen sich gegenseitig zu konfrontieren, beispielsweise während der Arbeit des Workshops über den Entwurf eines gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts innerhalb der Union (*„l’atelier sur le projet de législation communautaire de la concurrence à l’in-*

1178 Art. 84 des Gesetzes 2016-16 über die Organisation des Wettbewerbs in Burkina Faso: *„Pour toute autre action entrant dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles, la compétence des tribunaux est subordonnée à la formulation d’un recours préjudiciel devant la cour de justice des instances communautaires.“*

1179 Siehe Sakho, Abdoulaye: Observations sur le projet de loi communautaire de la concurrence, Communication lors de la rencontre d’informations et d’échanges avec le Conseil national de la concurrence, S. 10.

térieur de l'Union“), der vom 10. bis 14. April 2000 am Sitz der UEMOA-Kommission in Ouagadougou stattfand.¹¹⁸⁰

Nach der ersten Ansicht, der sich Experten aus den UEMOA-Mitgliedstaaten anschließen, müssen die nationalen Rechtsvorschriften weiterhin mit dem Gemeinschaftsrecht koexistieren, insbesondere im Wettbewerbsrecht, wobei sichergestellt werden muss, dass die Bestimmungen dieser nationalen Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht übereinstimmen und dass letzteres im Falle von Konflikten Vorrang hat. Für die zweite Ansicht, die insbesondere von der Kommission vertreten wird, muss die UEMOA die ausschließliche Zuständigkeit für die Gesetzgebung im Bereich des Kartellrechts und der staatlichen Beihilfen haben, um Konflikte zwischen Normen und Verfahren zu vermeiden, da die nationalen Rechtsvorschriften nur andere Bereiche des Wettbewerbsrechts abdecken können, die in die Restzuständigkeit der Staaten fallen, wie beispielsweise den unlauteren Wettbewerb.

Als die UEMOA-Kommission den CJUEMOA in beratender Funktion auf die Meinungsverschiedenheiten zwischen ihr und Experten aus den UEMOA-Mitgliedstaaten hinwies, entschied der UEMOA-Gerichtshof in seiner Stellungnahme Nr. 003/2000 vom 27. Juni 2000 zur Auslegung der Artikel des UEMOA-Vertrags über Wettbewerbsregeln in der Union zu Gunsten der Kommission¹¹⁸¹, dass die Mitgliedstaaten keine geteilten oder konkurrierenden Zuständigkeiten in diesem Bereich ausüben können, wie es der Grundsatz der im europäischen Gemeinschaftsrecht angewandten Doppelbarriere (im Gegensatz zum Grundsatz der nach seiner Auffassung im UEMOA-Vertrag gewählten einfachen Barriere)¹¹⁸² verlangt, mit Ausnahme der formalen Anforderungen der Gemeinschaftsbehörden, welche

1180 Siehe « demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à l'interprétation des articles 88, 89 et 90 du Traité relatifs aux règles de concurrence dans l'Union », in COUR DE JUSTICE DE L'UEMOA, Recueil de la jurisprudence de la Cour, Cour de justice, Ouagadougou, Februar 2002, S. 121.

1181 Siehe CJUEMOA, Entscheidung Nr. 003/2000 vom 27. Juni 2000.

1182 Vgl. Jean-Claude Gautron, *Droit européen*, S. 176;
« La notion de concurrence, au sens communautaire, est limitée aux actions des Etats et comportements des entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres ». Aussi, « le droit communautaire de la concurrence laisse subsister des droits nationaux de la concurrence qui s'appliquent aux actions et comportements n'ayant pas d'effet sur le commerce intra-communautaire, c'est-à-dire limités aux seuls marchés nationaux. Dans les autres cas, les législations nationales sont subordonnées aux règles communautaires (EuGH, 15. Februar 1969, Walt Wilhem). En cas de conflit, le droit communautaire prévaut (EuGH, 13. Februar 1969, Bayer A.G.) » ; Joël Rideau: in Jean-Marie

die Staaten an der Ausübung dieser der Union übertragenen Zuständigkeit beteiligen.¹¹⁸³

Diese Stellungnahme des CJUEMOA wurde vom Gesetzgeber der UEMOA in den am 23. Mai 2002 erlassenen Wettbewerbsregeln grundsätzlich berücksichtigt, insbesondere in der Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten bei der Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen.¹¹⁸⁴ In der praktischen Anwendung wurde dieser Grundsatz jedoch flexibler gestaltet, da es dem UEMOA-Gesetzgeber darum ging, die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission mit der Notwendigkeit einer wirksamen Marktüberwachung durch die nationalen Wettbewerbsbehörden in Einklang zu bringen.¹¹⁸⁵ Während die Verabschiedung der materiellen Regeln den Gemeinschaftsbehörden vorbehalten ist, gibt es bei der Umsetzung der materiellen Regeln eine Aufteilung der Ermittlungsfunktionen zwischen den nationalen Wettbewerbsstrukturen und der Kommission,¹¹⁸⁶ auch wenn die Ermittlungs- und Entscheidungsfunktionen von der Kommission dominiert werden.¹¹⁸⁷ Im Rahmen der Aufteilung der Ermittlungsfunktionen zwischen den nationalen Wettbewerbsstrukturen und der Kommission kann nur die Kommission sich mit Handlungen wie staatliche Beihilfen, wettbewerbswidrigen Handlungen in Bezug auf Monopole und öffentliche Unternehmen und wettbewerbswidrigen Handlungen, die sich auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten auswirken können, befassen.¹¹⁸⁸ Ebenso muss die Kommission die nationalen Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten über die Untersuchungsverfahren gegen Unternehmen mit Sitz in ihrem Hoheitsgebiet informieren, indem sie ihnen Kopien bestimmter Doku-

Rainaud et René Cristini (Hrsg.), « Droit public de la concurrence », S. 115-143 ; *Camara, Mohamed*: IOSR-JHSS 2017, S. 08-28.

1183 Nach Ansicht des CJUEMOA sind die Mitgliedstaaten nach wie vor im Großen und Ganzen kompetent und ausschließlich für alle strafrechtlichen Maßnahmen gegen wettbewerbswidrige Praktiken, Verstöße gegen die Vorschriften zur Markttransparenz und sogar für die Organisation des Wettbewerbs zuständig".

1184 Siehe insbesondere die Hinweise auf diese Stellungnahme in den Visa der Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

1185 Siehe insbesondere die Hinweise auf diese Stellungnahme in den Visa der Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

1186 Siehe insbesondere die Hinweise auf diese Stellungnahme in den Visa der Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

1187 Nach Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

1188 Nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

mente, insbesondere der wichtigsten Unterlagen zur Feststellung von Wettbewerbsverstößen übermittelt, sowie das an Unternehmen gerichtete Auskunftersuchen und geplante Überprüfungen der betreffenden Unternehmen.¹¹⁸⁹

Diese neue Regelung für die Behandlung von Wettbewerbsstreitigkeiten in der Union birgt Schwierigkeiten, insbesondere hinsichtlich ihrer Wirksamkeit.¹¹⁹⁰ Denn eine solche Regelung könnte zu Problemen bei der Verwaltung führen, da die vollständige Übertragung der Untersuchungs- und Entscheidungsbefugnisse für acht Staaten auf nur eine Kommission die Überlastung und die Langsamkeit der Verfahren, die geographische Entfernung, die zu einem Verlust der Sicht auf die lokalen Besonderheiten führt, und die zusätzlichen Kosten für die Beilegung von Streitigkeiten fördern würde.¹¹⁹¹

Daher war es nicht erforderlich, das Gemeinschaftsrecht umzugestalten, um ein zweistufiges Verfahren einzuführen, bei dem, wie beim OHADA-System, Streitigkeiten zunächst von den nationalen Behörden (Wettbewerbskommission) und dann von den Gemeinschaftsbehörden (UEMOA-Kommission) verhandelt werden und der Gerichtshof als Berufungsgericht tätig wird, um die Entscheidung der UEMOA-Kommission aufzuheben

1189 Nach Art. 5 Abs. 3 de la directive n° 02/2002/CM/UEMOA.

1190 Siehe *Sakbo, Abdoulaye* sur le projet de loi communautaire de la concurrence: « Observations sur le projet de loi communautaire de la concurrence », contribution à la journée d'« Informations et d'échanges sur le projet de loi communautaire de la concurrence dans l'UEMOA », organisée par le Ministère des PME et du Commerce, et le Conseil National du Patronat du Sénégal, Dakar, 19. Februar 2002, document dactylographié, S. 9.

1191 *Jean-Paul Keppen* weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass "dieses System in Europa teilweise kritisiert wurde, was sich insbesondere auf die Tatsache konzentriert hat, dass die Kommission zu viel Macht hat (sie ist gleichzeitig Staatsanwalt, Richter und Jury), was zu einer zu starken Zentralisierung führen würde. Diese Kritikpunkte haben zur Entstehung der Reform beigetragen, die derzeit nach EG-Recht vorbereitet wird". Nach *Keppen, Jean-Paul*: Le rôle respectif des autorités (administratives et juridictionnelles) communautaires et nationales dans la mise en œuvre d'un droit communautaire de la concurrence: l'expérience européenne et les projets de l'UEMOA, S. 12; Hauptziel der oben genannten Reform ist die Vereinfachung und Dezentralisierung der Kartellverfahren zugunsten der nationalen Wettbewerbsstrukturen, die dann für die Entgegennahme von Anmeldungen und die Erteilung von Kartellgenehmigungen zuständig sind, wobei sich die Kommission auf Beschwerden oder von sich aus identifizierte Fälle konzentriert; ebd, S. 22- 24.

oder zu bestätigen.¹¹⁹² In diesem Zusammenhang versteht es sich, dass die nationalen Behörden die materiellen Vorschriften der UEMOA anwenden und die früheren nationalen Gesetze durch neue ersetzt werden müssen, denn seit dem Inkrafttreten des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft haben die meisten Mitgliedstaaten ihre nationalen Wettbewerbsvorschriften überprüft, um sie an die Gemeinschaftsnormen anzupassen. Aber das ist nicht ohne Grund geschehen, denn die meisten dieser Gesetze sind rückschrittlich, indem sie wettbewerbswidrige Verhaltensweisen stärker bestrafen, wie in der Elfenbeinküste, oder zu diesem Thema kein Gesetz kennen, wie der Benin.

Die Untersuchungen vor Ort, insbesondere die durchgeführten Interviews, haben gezeigt, dass Hindernisse für nationale Wettbewerbsbehörden unterschiedlicher Art bestehen. Erstens sind die nationalen Wettbewerbsbehörden nicht unabhängig, da die Regierung in fast allen UEMOA-Mitgliedstaaten, sei es in Form einer unabhängigen Verwaltungsbehörde oder in Verbindung mit der Exekutive, einen gewissen Einfluss auf ihr Funktionieren ausübt. Zweitens sind die nationalen Behörden mit Haushaltsengpässen konfrontiert, die ihre Eingriffe in den Markt einschränken. Das ihnen zugewiesene Budget ist oft sehr begrenzt. Dies gilt für alle nationalen Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten. Schließlich fehlt es in den Mitgliedstaaten mit spezifischer Zuständigkeit für Wettbewerbsstreitigkeiten an Personal. Dazu gehört auch, dass den nationalen Behörden qualifiziertes Personal in diesem Bereich zur Verfügung gestellt wird. Dies ist aber, wie sich bei den Recherchen vor Ort im Benin herausgestellt hat, keineswegs immer der Fall; dort stellt die Direktion Wettbewerb nicht hinreichend Beamten für den Wettbewerbsbereich ein.

Es liegt deshalb an den UEMOA-Mitgliedstaaten, ihrer Verantwortung gerecht zu werden, indem sie die erforderlichen Maßnahmen nach Art. 5 UEMOAV ergreifen, um sicherzustellen, dass wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, die unter das besondere Strafrecht fallen, unverzüglich geahndet werden können und zwar von Einrichtungen, die zu diesem Zweck angepasst und geschaffen wurden.

Wenn die Mitgliedstaaten es vorziehen, Wettbewerbsstreitigkeiten den nationalen Strafgerichten zu übertragen, ist dies ein vertretbares Vorgehen.

1192 Siehe *Sakho, Abdoulaye*: «Observations sur le projet de loi communautaire de la concurrence », contribution à la journée d'« Informations et d'échanges sur le projet de loi communautaire de la concurrence dans l'UEMOA », organisée par le Ministère des PME et du Commerce, et le Conseil National du Patronat du Sénégal, Dakar, 19. Februar 2002, document dactylographié, S. 10.

Es müssen dann aber geeignete Verfahren eingeführt und die Richter im Bereich des Wettbewerbsrechts geschult werden.

bb. Vollstreckung der Strafverfolgungsentscheidung

Sobald die Staatsanwaltschaft die Entscheidung über die Verfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen getroffen hat, muss sie diese umsetzen. Entscheidet sie sich für die Einstellung des Verfahrens, so ist die Durchführung in der Regel einfach. Die zuständige Verwaltungsbehörde wird die ihr übermittelte Akte ohne weitere Maßnahmen schließen. Sie muss die Akten so aufbewahren, dass sie bei Bedarf herangezogen werden können.¹¹⁹³ Dies ist umso notwendiger, als es durchaus möglich ist, dass der Staatsanwalt diese Entscheidung später revidieren oder das Opfer eine öffentliche Maßnahme einleiten wird. Darüber hinaus muss der Staatsanwalt das Opfer über die Einstellung des Verfahrens informieren.¹¹⁹⁴

Angesichts der Möglichkeit der Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft und der Einleitung öffentlicher Maßnahmen durch das Opfer stellt sich nach wie vor das Problem der Verfahrensdauer. Wenn die Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in Frage steht, sollte innerhalb kurzer Zeit eine Entscheidung herbeigeführt werden, um die öffentliche Wirtschaftsordnung zu schützen und Störungen des Wirtschaftslebens nach Möglichkeit zu vermeiden. Denn die Fortsetzung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung oder die Praktizierung von Hardcore-Kartellen fügt der Wirtschaft schweren Schaden zu.

Da Strafverfahren mit aufwändigen Ermittlungen verbunden sind und die Rechte der Betroffenen zu schützen sind, sind Strafverfahren nicht an die Erfordernisse des Geschäftslebens angepasst. Strafverfahren sind zu langsam, stigmatisierend, zu medienintensiv und zu letztlich zu teuer, und zwar insbesondere in Gesellschaften, in denen die Öffentlichkeit, wenn sie sich von Wettbewerbsfragen betroffen fühlt, die Freiheitsstrafe als Sanktion für solche Straftaten nicht akzeptiert. Wenn man die durch Kartellbildung verursachten Verantwortungsprobleme hinzunimmt, ist die strafrechtliche Lösung nicht unproblematisch. Es mangelt jedoch nicht an Lö-

1193 Siehe *Stefani, Gaston/Levasseur Georges/Bouloc, Bernard: Procédure pénale*, S. 543.

1194 Art. 38 Abs. 2 CPP Benin "En cas de classement sans suite, il informe le plaignant et son conseil le cas échéant de son droit de se constituer partie civile ainsi qu'il avisera."

sungsvorschlägen zur Behebung dieser Mängel. So könnte bereits die Einhaltung folgender Grundbedingungen ausreichen, um die strafrechtliche Lösung wieder attraktiver zu machen: zum einen die Öffentlichkeit zu sensibilisieren und über die schädlichen Folgen von Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht aufzuklären und zum anderen die Strafverfahren an die Sensibilität von Wettbewerbsangelegenheiten anzupassen.

Handelt es sich dagegen um eine Strafverfolgungsmaßnahme, sei es durch die Staatsanwaltschaft oder durch das Opfer, so muss diese eingeleitet werden. Dies wird durch den Einsatz bestimmter formeller Verfahren wie Informationen und Anklageerhebung erreicht. Das Informationsverfahren besteht darin, die Angelegenheit an einen Untersuchungsrichter zu verweisen, der den Fall im Detail untersucht, bevor er entscheidet, ob er den Verdächtigen vor ein Gericht bringt. Dieser Prozess bietet die Vorteile des Amtsermittlungsverfahrens, einschließlich Diskretion und Effizienz. Er ist in komplizierten Fällen unerlässlich, in denen es schwierig erscheint, alle Auswirkungen aufzuklären und die genauen Verantwortlichkeiten zu ermitteln. Ein solches Vorgehen ermöglicht insbesondere, die beschuldigten Personen zu schützen und gleichwohl Durchsuchungen, Beschlagnahmen und durchzuführen und Gutachten einzuholen. Für den Betroffenen selbst hat ein solches Vorgehen den Vorteil, ein Erscheinen vor Gericht zu vermeiden, wenn die zunächst erhobenen Vorwürfe letztlich unzureichend sind.

Jedoch sind Verfahren zur Gewinnung von Informationen oft schwerfällig und daher recht langwierig; die strikte Einhaltung der oft akribischen Formalitäten, denen sie unterliegen, ist gleichwohl notwendig, wenn nicht die Nichtigkeit des Verfahrens riskiert werden soll. Dennoch war das Ermittlungsverfahren im Sinne der ehemaligen Strafprozessordnung das ordentliche Verfahren für alle Straftaten. Aufgrund der Häufung von Straftaten, der Zunahme der von der Kriminalpolizei durchgeführten Ermittlungen und der unzureichenden Zahl von Untersuchungsrichtern wird dieses Verfahren derzeit nur noch in wenigen Fällen angewandt, da das Gesetz dieses Verfahren für Vergehen fakultativ anordnet.¹¹⁹⁵ Ein Vergehen ist eine Straftat mittlerer Schwere zwischen Verwaltungsstrafe und Verbrechen. Angesichts der Tatsache, dass die verschiedenen nationalen Gesetze Wettbewerbsverstöße mit sehr kurzen Freiheitsstrafen – bis zu zwei oder bis zu drei Jahren – bedrohen, handelt es sich bei den Wettbewerbsdelik-

1195 Art. 85 CPP: *"Vorbehaltlich der Bestimmungen des Artikels 71 ist die vorbereitende Untersuchung in Strafsachen obligatorisch; sofern nicht anders vorgesehen, ist sie in Delikte fakultativ."*

ten um Vergehen.¹¹⁹⁶ Die vorbereitende Untersuchung ist daher das anzuwendende Verfahren. Es ist davon auszugehen, dass der Staatsanwalt die Besonderheiten dieser Art von Straftaten berücksichtigt, um die Angelegenheit direkt vor das Gericht zu bringen und so die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Praktiken durchzusetzen.

b. Die Entscheidungsphase

Die Bestrafung der Täter wettbewerbswidriger Handlungen erfolgt, wenn der Richter über die Strafe und gegebenenfalls über den Schadensersatz entscheidet. Der Richter muss dabei ein ihm gesetzlich vorgeschriebenes Verfahren einhalten, das aber nur bedingt an den Prozessgegenstand, das wettbewerbswidrige Verhalten, angepasst ist.

Um wettbewerbswidrige Praktiken beurteilen zu können, ist es daher notwendig, dass regelmäßig das Gericht angerufen wird (**aa**); dies geschieht, wenn der Fall in öffentlichen Debatten in anklagender Weise geprüft wird und während welchen eine Untersuchung in der mündlichen Verhandlung die bereits in der Verweisungsphase gesammelten Informationen abrufen und vervollständigt; so informiert, kann das Gericht seine Entscheidung treffen; diese enthält die auf die Straftaten anwendbare Strafe (**bb**).

aa. Das Urteil gegen die Täter wettbewerbswidriger Handlungen

Nach der Verordnung Nr.03/2002/CM/UEMOA sind Entscheidungen nach Art. 22 Abs. 1 und 2 nicht strafrechtlicher Natur; daher wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter wettbewerbswidriger Praktiken bei den nationalen Strafgerichten zur Verhängung der strafrechtlichen Sanktion beantragt. Diese Phase des Strafprozesses kann auf die Ermittlungsphase folgen, es ist jedoch möglich, dass sie direkt angegangen wird, ohne dass es eine Ermittlungsphase (oder zumindest eine offizielle Untersuchung durch den Untersuchungsrichter) gegeben hat. Wenn der Fall keine besonderen Ermittlungen zur Wahrheitsfindung erfordert und das Gesetz nicht die Anwendung des Informationsverfahrens verlangt, kann der Staatsanwalt oder der Geschädigte die Angelegenheit direkt an das Gericht weiterleiten.

1196 Siehe Art. 76 CPP Bénin.

Das Gericht kann regelmäßig auf verschiedene Weise angerufen werden. Die gebräuchlichsten Verfahren sind die direkte Anrufung und Verweisungsanordnungen und -beschlüsse; daneben gibt es auch ein besonderes Verfahren, das als sofortiges Auftreten bei eklatanten Verstößen oder vermeintlich leichten Straftaten bekannt ist; auch das freiwillige Erscheinen der betreffenden Person kann in einigen Fällen ausreichend sein.¹¹⁹⁷ Ist eine Rechtssache ordnungsgemäß vor das Gericht gebracht worden, so muss das Gericht grundsätzlich über den Sachverhalt entscheiden, der den Beschuldigten vorgeworfen wird. Ist das Gericht dagegen nicht ordnungsgemäß angerufen worden, darf es keine abschließende Entscheidung treffen.

Die direkte Anrufung besteht aus der gerichtlichen Anordnung eines Gerichtsvollziehers,¹¹⁹⁸ die entweder auf Antrag des Staatsanwalts, des Klägers oder bestimmter Verwaltungen, die das Recht haben, wegen bestimmter sie betreffender Straftaten ein öffentliches Verfahren einzuleiten, erlassen wird. Enthält die Anklage jedoch Vorabinformationen, wird das Gericht durch eine Verweisungsentscheidung der Ermittlungsgerichte, durch eine Verweisungsanordnung oder ein Verweisungsurteil im Falle einer Straftat angerufen. Sobald diese Entscheidung getroffen ist, muss sie den Beteiligten von der Staatsanwaltschaft, die den Angeklagten unter Einhaltung der gleichen Fristen wie bei einer direkten Ladung vor das zuständige Gericht lädt, endgültig mitgeteilt werden. Der Leiter der Strafvollzugsanstalt wird im Fall, dass der Angeklagte informiert ist, ihn darüber informieren und das Dokument mit der Unterschrift des Gefangenen zurückschicken, so dass die Einhaltung der Fristen überprüft werden kann. Die Sache wird dann an das Gericht verwiesen. Wird eine Person auf frischer Tat ertappt und vor die Staatsanwaltschaft gebracht, so kann nach einem besonderen einfachen und schnellen Verfahren, nämlich der sofortigen

1197 Art. 393 Abs. 1 CPP : *"Le tribunal est saisi des infractions de sa compétence, soit par le renvoi qui lui en est fait par la juridiction d'instruction. Soit par la comparution volontaire des parties. Dans les conditions prévues par l'article 397 du présent code, soit par la citation délivrée directement au prévenu et aux personnes civilement responsables de l'infraction. Soit enfin en matière correctionnelle par application de la procédure de flagrant délit prévue par les articles 402 et suivants du présent code."*

1198 Art. 538 SVB: *"Angebote und Mitteilungen erfolgen, soweit das Gesetz und die Vorschriften nichts anderes vorsehen, durch Vollstreckungsbescheid eines Gerichtsvollziehers."*

Vorladung, ein Verfahren eingeleitet werden.¹¹⁹⁹ Zu diesem Zweck kann der Staatsanwalt in allen Strafsachen, wenn die verhängte Höchststrafe mindestens zwei Jahre, höchstens aber sieben Jahre beträgt, den Angeklagten unverzüglich vor Gericht bringen, wenn bei ihm der Eindruck entsteht, dass die Anklagepunkte hinreichend sind und der Fall verhandlungsfähig ist. Eine andere Form des beschleunigten Verfahrens, das so genannte „Vorladung durch Protokoll“, kann gegen jede Person, die an die Staatsanwaltschaft verwiesen wird, unabhängig von der zu verhängenden Strafe, sei es ein auf frischer Tat erappter Täter oder nach dem Polizeigewahrsam, angewandt werden.

Das Gericht wird nur angerufen, wenn das zu diesem Zweck ausgestellte Schriftstück gültig ist. Zu diesem Zweck wird das Urteil nicht nur *in rem*, sondern auch *in personam* gefällt. Die dingliche Anrufung des Gerichtshofs bedeutet, dass er über alle Tatsachen entscheiden muss, die ihm ordnungsgemäß vorgelegt wurden, und zwar nur über diese Tatsachen, unabhängig von der Art der Anrufung.¹²⁰⁰

Das Gericht kann und muss diese Tatsachen unter allen Voraussetzungen prüfen, über die Schuld des Angeklagten in jedem Fall entscheiden und die Strafe unter Berücksichtigung der Regeln über die Häufung von Straftaten (Konkurrenzregeln) verhängen. Das Gericht kann Qualifikationen anwenden, die von der Anklage oder Untersuchungsgericht nicht erwähnt wurden, sofern die Handlungen keine neuen Elemente enthalten, also dieselbe prozessuale Tat betreffen. Es kann auch die Bewertung als Gehilfe durch die als Haupttäter ersetzen.¹²⁰¹ Es darf jedoch die ihr vorliegenden Tatsachen nicht durch andere Tatsachen ersetzen oder ergänzen, die nicht in der Anklage genannt wurden¹²⁰², oder einen erschwerenden Umstand berücksichtigen, der in der Ermittlungsphase nicht erwähnt wurde. Das Gericht muss über alle Erstanträge der Staatsanwaltschaft und alle An-

1199 Art. 402 CPP: *"L'individu arrêté en flagrant délit est déféré devant le procureur de la République conformément à l'article 72 du présent code est, s'il a été placé sous mandat de dépôt, traduit sans délai à l'audience du tribunal."*

1200 Stefani, Gaston/ Levasseur, Georges/Bouloc, Bernard: Procédure pénale, S. 769; Cornu, Gérard: Vocabulaire juridique, S. 938.

1201 Französisches Kassationsgericht Strafkammer, 11. Mai 1971, Bull. Nr. 147, Gaz. Pal. 1971.2, S. 524.

1202 Französisches Kassationsgericht, Strafkammer, 12. Dezember 1972, Bull. Nr. 386; Französisches Kassationsgericht Strafkammer, Urteil vom 10. März 1977, Bull. Nr. 92; Französisches Kassationsgericht, Strafkammer, 12. März 1990, Bull. Nr. 114.

träge des Angeklagten unter Androhung der Kassation entscheiden, soweit sie sich auf die ihr vorliegenden Tatsachen beziehen.

Ebenso wird das Prozessgericht persönlich, also *in personam*, angerufen, d.h. das angerufene Gericht ist nicht nur verpflichtet, über den Sachverhalt zu urteilen, sondern auch über den Beschuldigten, und zwar nur über den konkret Beschuldigten.¹²⁰³ Im Gegensatz zu den Untersuchungsgerichten, die alle Personen, die ihnen als an dem Sachverhalt, über den die Informationen eröffnet wurden, beteiligt erscheinen, frei prüfen können, dürfen die Prozessgerichte Personen, die ihnen nicht als Beklagte genannt wurden, nicht in das Verfahren einbeziehen und keine Sanktionen gegen sie verhängen, selbst dann nicht, wenn z.B. ein Gegenstand beschlagnahmt wurde, der einen Zollbetrug verschleiert hat.¹²⁰⁴ Die Gerichte können auch nicht die Staatsanwaltschaft auffordern, das Verfahren auf andere Personen auszudehnen.

Vorbehaltlich der Überprüfung seiner Zuständigkeit kann das einmal angerufene Prozessgericht die Zuständigkeit für die Rechtssache nur durch eine begründete Entscheidung beenden. Es kann die Rechtssache nicht an dem Untersuchungsrichter zurückverweisen. Ist es der Ansicht, dass der Sachverhalt nicht ausreichend aufgeklärt ist, kann es zusätzliche Maßnahmen verlangen, z.B. ein Gutachten und gegebenenfalls zusätzliche Informationen anfordern; mit der Durchführung dieser Aufgabe wird dann eines ihrer Mitglieder betrauen. Für die Durchführung dieser Maßnahmen gelten die für die Voruntersuchung geltenden Regeln.

Häufig muss das Prozessgericht erst bestimmte vorbereitende Entscheidungen treffen, bevor es ein Urteil fällen kann. Diese vorbereitenden oder Zwischenentscheidungen entbindet es nicht von der Zuständigkeit für den Fall, der nach Durchführung der Zwischenentscheidung weiterzuverhandeln ist. Gelegentlich kann das angerufene Gericht das Verfahren nicht fortsetzen, so wenn es feststellt, dass ein Vorabentscheidungsersuchen vorliegt. In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob es zumindest einen Indikativen Termin festlegen sollte, an dem der Fall erneut vorgebracht wird. Dies ist umstritten.¹²⁰⁵ Grundsätzlich ist aber eine Aussetzung des

1203 Siehe *Stefani, Gaston/ Levasseur, Georges/Boulloc, Bernard*: Procédure pénale, S. 770; *Cornu, Gérard*: Vocabulaire juridique, S. 938.

1204 Siehe Französisches Kassationsgericht Strafkammer, 29. November 2000, Bull. Nr. 356.

1205 Bejahend in der bestätigten Fassung der Strafkammer des Französischen Kassationsgericht, 7. November 1977, D.1978, IR, S. 319; verneinend Französisches Kassationsgericht Strafkammer, 12. Mai 1976, Bull. Nr. 153, Gaz. Pal. 1976.2. S. 531.

Verfahrens auf unbestimmte Zeit nicht zulässig. Die begründete Entscheidung in der Sache befreit vielmehr das Gericht erster und zweiter Instanz von seiner Zuständigkeit. Wenn diese Entscheidung versäumt wird, ist dieser Verzicht nicht endgültig, sondern die Rechtssache kann an dasselbe Gericht zurückverwiesen werden, um ein Rechtsmittel zur Aufhebung des Urteils einzulegen, welches ein Einspruch oder ein Versäumnisurteil sein kann.

Hier stellt sich die Frage nach der Wirksamkeit des Verfahrens, um über die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu urteilen, da die Strafrichter in den UEMOA-Mitgliedstaaten ihre nationale Zuständigkeit in dieser Angelegenheit ignorieren, weil sie in einem Gespräch mit den Richtern des Gerichtshofs des UEMOA darauf hingewiesen haben, dass sie, als sie noch nicht ernannt waren, nicht wussten, dass der nationale Richter für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zuständig ist. Das nationale Gericht ist jedoch das ordentliche Gericht auch des Gemeinschaftsrechts. Diese Unkenntnis trägt dazu bei, dass die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nicht wirksam bestraft werden können. Dies gilt auch für die öffentliche Meinung, nach der für den Bereich des Kartellrechts nur die Gemeinschaftsorgane zuständig sind. Diese Verwirrung im Verständnis der Zuständigkeiten der Gemeinschaftsorgane und der nationalen Organe hat sich seit der Stellungnahme des Gerichtshofs vom 27. Juni 2000, in welcher der Union die ausschließliche Zuständigkeit auf dem Gebiet des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts übertragen wurde, noch verstärkt. Diese Stellungnahme führte offenbar zu Missverständnissen, weil in der afrikanischen Lehre Einigkeit über die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission herrscht, obwohl dies nur für einen ganz bestimmten Bereich gilt. Nach der Stellungnahme des CJUEMOA haben die Staaten die ausschließliche Zuständigkeit für die strafrechtliche Verfolgung von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen.

Die fehlende Bestrafung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen ergibt sich auch und vor allem aus der Tatsache, dass der Strafrichter sich im Bereich der Wirtschaftskriminalität nicht hinreichend auskennt. Er ignoriert häufig die Feinheiten und Besonderheiten des Geschäftslebens. Er befürchtet, die Geschäftswelt zu lähmen, oder interessiert sich nicht für sie.¹²⁰⁶ Zudem werden die Tatsachen vom Strafrichter manchmal ignoriert. Diese Ignoranz basiert teilweise auf rechtlichen Gründen wie dem Betriebsgeheimnis, dessen Verletzung zur strafrechtlichen Verfolgung führen kann. Es ist zutreffend, dass Wirtschaftsprüfer verpflichtet sind, der

1206 Siehe *Pradel, Jean*: Colloque Le Caire 2009, S. 2.

Staatsanwaltschaft alle Straftaten offenzulegen, die sie bei ihren Prüfungen von Unternehmensabschlüssen feststellen. Teilweise beruht die Unwissenheit der Behörden auf sachlichen Gründen: Fälle, in denen der Täter auf frischer Tat ertappt wird, sind äußerst selten und die Opfer reichen auch nicht häufig Klagen ein. Dies gilt auch für Opfer, die Partner, Mitbewerber, Verbraucher oder Kleinsparer sind. Auch diese Opfer reichen selten Klagen ein, entweder, weil sie die Fakten nicht kennen oder selbst Komplizen sind oder weil sie nicht an den Nutzen einer Anzeige glauben.

Im Wesentlichen erklärt sich das Unbehagen des Strafrichters bei der Bestrafung von Wirtschaftsdelikten im Allgemeinen und bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen im Besonderen daraus, dass er die Aufgabe hat, die Gesellschaft vor jeglichem Fehler oder Missbrauch zu schützen. Er ist grundsätzlich nicht für die Regulierung zuständig und befasst sich deshalb nicht mit dem Wirtschaftsleben.

Auf dem Weg von der strafrechtlichen Verfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen bis zur endgültigen Sanktionierung gibt es daher eine Vielzahl unvorhergesehener Umstände, die dies erschweren. Richter und Behörden können Handlungen vornehmen, die den Prozess verlängern, verkürzen oder sogar unterbrechen. Deshalb ist es notwendig, ein an die Sensibilität wettbewerbswidriger Verhaltensweisen angepasstes Verfahren einzuführen, um die Täter wirksam bestrafen zu können, denn Kriminalpolitik ist kein langer, ruhiger Fluss, sondern ein solcher, der von Gegen- und Wirbelströmen durchkreuzt wird, auf denen die Entscheidungsträger eher treiben als regieren.¹²⁰⁷ Das Abdriften der Entscheidungsträger ist in den nationalen Wettbewerbsgesetzen der UEMOA-Mitgliedstaaten deutlich zu erkennen. Zu diesem Zweck haben sich einige Staaten wie Benin, Senegal und die Elfenbeinküste nicht zur Höhe der angedrohten Strafen oder Geldbußen für wettbewerbswidriges Verhalten geäußert, wie andere Staaten, so Togo und Mali. Es erscheint nun angebracht, sich auf den Inhalt der Sanktion zu konzentrieren, die im Falle eines Verstoßes gegen das Kartellrecht in den UEMOA-Mitgliedstaaten verhängt werden kann.

bb. Die Strafe gegen die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen

Die strafrechtlichen Sanktionen gegen Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen sind in den einzelnen UEMOA-Mitgliedstaaten unterschiedlich ausgestaltet. Diese Diskrepanz beruht auf der Verordnung

¹²⁰⁷ Siehe Robert, *Jacques-Henri*: *Revue Pouvoirs* 2008, S. 111.

Nr. 03/2002/CM/UEMOA, nach der Entscheidungen, die nach Art. 22 Abs. 1 und 2 getroffen werden, nicht strafrechtlicher Natur sind. Damit wird in der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA zum Ausdruck gebracht, dass die Mitgliedstaaten über die Legitimität und die Mittel verfügen, strafrechtliche Maßnahmen zur Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu ergreifen. Dieser Verweis stützt sich in erster Linie auf den UEMOAV, der den Mitgliedstaaten das Recht gibt, die von den Organen der Union ergriffenen Strafmaßnahmen zu ergänzen, soweit die Mitgliedstaaten für die Festlegung von Sanktionen und Verfahrensarten zuständig sind. Zu diesem Zweck sieht Art. 5 UEMOAV vor, dass die Mitgliedstaaten die von den Organen der Union festgelegten Mindestvorschriften und Rahmenvorschriften gemäß ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Anforderungen ergänzen müssen. In den Verfassungen der Mitgliedstaaten, insbesondere in der des Benin,¹²⁰⁸ wird jedoch festgelegt, dass niemand verhaftet oder angeklagt werden darf, es sei denn, aufgrund eines Gesetz, das erlassen wurde, bevor die ihm vorgeworfenen Handlungen begangen wurden. Art. 4 des beninischen Strafgesetzbuches besagt zu diesem Zweck, dass Verstöße, Ordnungswidrigkeiten und Straftaten nicht geahndet werden dürfen, die vor ihrer Begehung nicht gesetzlich geregelt waren.¹²⁰⁹ Diese Bestimmungen legen nicht nur den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit von Straftaten und Strafen fest. Nach dieser Bestimmung muss der Gesetzgeber bei den Sanktionen sowohl präzise sein, also einen genauen zahlenmäßigen Umfang der Sanktion bestimmen, als auch die Sanktion in demselben Gesetz festlegen. Es wird jedoch anerkannt, dass der Grundsatz gewahrt bleibt, wenn der Gesetzgeber auf ein anderes Gesetz verweist. In diesem Fall spricht man über das System der Strafe durch Bezugnahme oder durch Verweis, das zwei Modalitäten umfasst, da manchmal innerhalb eines Gesetzes ein Artikel den Verstoß festlegt und ein anderer die Sanktion diesen; manchmal verweist eine Norm auf die Strafe, die gegen einen Verstoß einer anderen Norm verhängt wird (Blankettgesetz). Problematisch ist, dass letzteres zur Straflosigkeit führen kann, wenn das Gesetz, auf den Bezug genommen wird, aufgehoben wird oder wenn der Referenztext, wie in einigen UEMOA-Mitgliedstaaten, nicht in Kraft getreten ist.

Der im UEMOAV verankerte Verweis auf die Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA ist eine Aufforderung der Gemeinschaft an die

1208 Nach Art. 16 der beninischen Verfassung vom 11. Dezember 1990.

1209 Nach Art. 4 des beninischen Strafgesetzbuches: „Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'il fussent commis.“

nationalen Gesetzgeber, die Arbeit zum Aufbau eines Sanktionssystems fortzusetzen, soweit das nationale Strafrecht im Gemeinschaftssystem weiterhin davon beeinflusst wird. Da das Strafrecht in die Zuständigkeit der Staaten fällt, sollte zunächst sichergestellt werden, dass die innerstaatliche Umsetzung kein indirektes Hindernis für die Erreichung der Ziele des Vertrags darstellt. Daher wurde beschlossen, dass Sanktionen, die in keinem Verhältnis zur Art der Straftat stehen, eine Maßnahme darstellen, die dieselbe Wirkung hat wie eine verbotene mengenmäßige Beschränkung und deshalb gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen. Ein Sanktionssystem darf nicht dazu führen, dass die im Vertrag vorgesehenen Freiheiten beeinträchtigt werden, denn wenn eine Sanktion unverhältnismäßig schwerwiegend wäre, würde sie zu einem Hindernis für die durch das Gemeinschaftsrecht garantierte Freiheit.¹²¹⁰ Die Mitgliedstaaten der UEMOA sind somit verpflichtet, durch das Ergreifen von Maßnahmen zur Vervollständigung der Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, das freie Spiel des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt zu gewährleisten.

Einige UEMOA-Mitgliedstaaten wie Benin, Senegal und die Elfenbeinküste haben jedoch Art. 5 des UEMOAV, der sie dazu ermächtigt, das Gemeinschaftsrecht durch nationale Sanktionen durchzusetzen, nicht in nationales Recht umgesetzt. Sie haben in der Tat auf Strafmaßnahmen im Wettbewerbsrecht verzichtet. Dies erklärt das Fehlen strafrechtlicher Sanktionen für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen und damit zugleich die fehlende Bestrafung der Täter von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen in diesen Staaten. Die Tatsache, dass die Mitgliedstaaten die Verfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nicht abgeschlossen haben, ist ein wesentliches Hindernis für das wirksame Bestrafen der Täter. In Wirklichkeit haben die UEMOA-Mitgliedstaaten auch aufgrund der ausschließlichen Zuständigkeit der Union davon abgesehen, repressive Maßnahmen im Wettbewerbsrecht zu ergreifen. Dies hat zur Zurückhaltung der beninischen, senegalesischen und ivoirischen Gesetzgeber geführt, wodurch die Tatsache, dass die Täter von Kartellrechtsverstößen in der UEMOA nicht zur Verantwortung gezogen werden können, gefördert wurde.

In anderen Staaten wie Togo und Mali ist die Höhe der Strafe gesetzlich geregelt. Es besteht aber ein Ungleichgewicht beim Strafhöchstmaß: Art. 53 des Gesetzes 99-011 vom 28. Dezember 1999 über die Organisation des Wettbewerbs in Togo sieht vor, dass jede Person, die eine oder mehrere der in Art. 36 vorgesehenen Straftaten begeht, mit einer Geldstrafe von

1210 Vgl. EuGH Urteil vom 15. Dezember 1976, Donckerwolcke, 41/76, Slg. 1921; Slg. 25. Februar 1988, Rainer Drexl, RSC 1988, 591, obs. Bonichot.

zwei bis zehn Millionen CFA-Francs und einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten bis zwei Jahren oder nur mit einer dieser beiden Strafen belegt wird.¹²¹¹ Gemäß Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA kann die Kommission durch Entscheidung Geldbußen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen in Höhe von 500 000 bis 100 000 000 CFA-Francs verhängen, wobei dieser Betrag auf zehn Prozent des Umsatzes, den jedes der Unternehmen, das an der Verletzung beteiligt war, im vorangegangenen Geschäftsjahr erzielt hat, erhöht wird oder auf zehn Prozent des Vermögens dieser Unternehmen, wenn sie vorsätzlich oder fahrlässig gegen Art. 88 a oder b des Vertrags verstoßen haben. Der Betrag der im togoischen Recht vorgesehenen Geldbuße ist niedriger und unbedeutender als der in der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA festgelegte, da er nicht einmal die auf Gemeinschaftsebene festgelegte Schwelle erreicht, die unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einen Betrag in CFA-Francs und in Prozent vorsieht. Die nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die auch Geld- und Freiheitsstrafen vorsehen, sollten in der Lage sein, sich den Grenzen der Gemeinschaftsgeldbußen anzuschließen und diese sogar zu überschreiten, um ein Abschreckungsmittel zu schaffen und keine darunter liegende Höchstgeldstrafe vorzusehen, da die Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, wie jede strafrechtliche Sanktion, einerseits auf die Bestrafung und Abschreckung und andererseits auf Wiedergutmachung ausgerichtet ist. Daher müssen Sanktionen dem Täter ein Übel zufügen, Wiederholungen verhindern und jeden anderen potenziellen Täter abschrecken.¹²¹² Im Allgemeinen hat eine Sanktion, welcher Art sie auch immer sein mag, eine Doppelfunktion: den Täter im Verhältnis zur begangenen Straftat zu bestrafen, auch als Vergeltungscharakter der Strafe bezeichnet, und diejenigen abzuschrecken, die versucht sind, eine solche Straftat zu begehen, als negative Generalprävention der Strafe bezeichnet.¹²¹³ Im Rahmen einer Politik zur Regelung der Wettbewerbsbeziehungen wird der Nutzen der Sanktion an ihrem abschreckenden Charakter gemessen, d.h. an ihrer Fä-

1211 Nach Art. 53 des Gesetzes 99-011 vom 28. Dezember 1999: „(...) *est possible d'une amende de deux millions (2.000. 000) à dix millions (10. 000. 000) de francs CFA et d'un emprisonnement de deux (2) mois à deux (2) ans ou de l'une de ces deux peines seulement, toute personne qui commet une ou plusieurs infractions prévues à l'article 36 de la présente loi.*“

1212 Siehe Chantrel, Etienne/ de Navacelle, Charles/ Day, Jones: Sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles, Rapport, S. 8-9.

1213 Siehe Pradel, Jean: Droit pénal général, S. 497 ff; Frister, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 3.

higkeit sicherzustellen, dass die Wirtschaftsteilnehmer verstehen, dass es nicht mehr in ihrem Interesse liegt, Wettbewerbsverstöße zu begehen, sondern darauf zu verzichten. Die optimale Sanktion nach der Wirtschaftstheorie kann bestimmen, wie ein optimales System von Geldbußen aussehen sollte, so dass die aktuelle und vergangene Praxis der verschiedenen Wettbewerbsbehörden hieran gemessen werden kann.¹²¹⁴ Im Hinblick auf die optimale Sanktion basiert die wirtschaftliche Analyse auf der Notwendigkeit, eine vernünftige Person von kriminellen Verhalten abzubringen. Die Geldbuße muss dann auf dem illegalen Gewinn und der Wahrscheinlichkeit der Entdeckung basieren. Wenn der Täter risikoneutral ist, wird er lediglich durch eine Geldstrafe abgeschreckt, die höher ist als das Verhältnis des Gewinns zur Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung. Wenn die Sanktion nicht nur aus einer Geldstrafe besteht, ist die Argumentation, ohne ihren Charakter zu verändern, komplexer. Jede nicht finanzielle Strafe muss in ein Geldwert umgewandelt und der Betrag der Geldbuße entsprechend herabgesetzt werden.¹²¹⁵ Togo müsste dann sein nationales Recht überarbeiten, um den Anforderungen der Gemeinschaft gerecht zu werden und eine wirksame Bestrafung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu gewährleisten.

In Burkina Faso wenden die nationalen Gerichte bei der Berufung die in der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vorgesehenen Sanktionen gemäß Art. 90 des Gesetzes Nr. 016-2017/AN an, wonach wettbewerbswidrige Vereinbarungen, der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und ähnliche Verhaltensweisen im Sinne der Art. 16 und 17 dieses Gesetzes nach den gemeinschaftlichen Wettbewerbsvorschriften strafbar sind. Die Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA bestimmt jedoch, dass Geldbußen nicht strafrechtlicher Natur sind. Es stellt sich daher die Frage nach der Natur der vom burkinischen Richter verhängten Geldbußen. Es handelt sich nach dem Gesetzeswortlaut um eine Verwaltungsmaßnahme. Allerdings lässt das Gesetz von Burkina Faso die Strafe des Freiheitsentzuges unberücksichtigt. Folglich gibt das Gesetz Nr. 016-2017/AN dem Strafrichter keine Zuständigkeit für wettbewerbswidrige Verhaltensweisen. Infolgedessen ist die strafrechtliche Verfolgung der Täter in Burkina Faso nicht möglich.

1214 Siehe *Chantrel, Étienne/ de Navacelle, Charles/ Day, Jones*: Sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles, Rapport, S. 8-9.

1215 Siehe *Chantrel, Étienne/ de Navacelle, Charles/ Day, Jones*: Sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles, Rapport, S. 8-9.

In Mali sind gemäß Art. 22 des Gesetzes Nr. 2016-006/ vom 24. Februar 2016 über die Organisation des Wettbewerbs die in den Art. 4, 5, 6 und 7 genannten Straftaten und die Verletzung der Bestimmungen des Art. 12 mit einer Geldstrafe zwischen 50.000.000 CFA-Francs und 100.000.000.000 CFA-Francs bedroht. Diese Geldbuße kann auf zehn Prozent des Umsatzes des letzten Geschäftsjahres erhöht werden, wobei das Jahr am Tag der Entscheidung gegen jedes der an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmen endet. So hat der malische Gesetzgeber in Anbetracht seines wirtschaftlichen Umfelds, der Schwere der Straftaten, die wettbewerbswidrige Verhaltensweisen in Mali darstellen, und vor allem, um die abschreckende und vergeltende Wirkung der Strafe zu gewährleisten, nicht nur Geldbußen vorgesehen, die denen im UEMOA-Wettbewerbsrecht vorgesehenen entsprechen, sondern auch Freiheitsstrafen.

Sobald die Angelegenheit an ein Strafgericht verwiesen wurde, verhängt dieses, wenn es der Ansicht ist, dass wettbewerbswidrige Verhaltensweisen festgestellt wurden, eine oder mehrere Sanktionen gegen den oder die Täter. Im Benin sieht Art. 75 Abs. 3 des Gesetzes Nr. 2016-25 vor, dass das Gericht den Täter zu Geldstrafen und Haftstrafen verurteilt. Diese Aufgabe des Gerichts zur Verurteilung ist für den nationalen Richter nicht unproblematisch, da Art. 75 Abs. 3 des beninischen Gesetzes grundsätzlich vorsieht, dass die Tat grundsätzlich eine Verwaltungssanktion (*contravention*) darstellt. Diese Bezeichnung gibt den Grad der Sanktion an. Die Frage ist, ob die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen als eine Verwaltungssanktion im Sinne des beninischen Rechts bezeichnet werden können. Zu diesem Zweck ist zwischen Vergehen (*délit*), Verbrechen (*crime*) und den (nicht kriminellen) Verwaltungssanktionen (*contravention*) zu unterscheiden. Nach den Bestimmungen von Art. 1 des beninischen Strafgesetzbuches ist die mit polizeirechtlichen Sanktionen geahndete Tat eine (nicht-strafrechtliche) Verwaltungssanktion (*contravention*). Taten die mit einer Freiheitsstrafe von unter einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft werden, sind Vergehen (*délit*). Taten die mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und mehr bestraft werden, sind Verbrechen (*crime*).¹²¹⁶ So hat das Strafgesetzbuch eine Aufteilung der Straftaten auf der Grundlage der Strafe beschlossen, d.h. wenn die Strafe für Verbrechen vorgesehen ist, ist die Tat ein Verbrechen. Dieses System umfasst eine Reihe von Sanktionen, die für Vergehen, Verbrechen oder Verwaltungssanktionen gelten. Aus der Schwere

1216 Art. 1 CP Benins: "L'infraction que les lois punissent de peines de police est une contravention. L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit. L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive et infamante est un crime."

der Strafe die Schwere einer Straftat abzuleiten, ist unlogisch, denn eigentlich müsste sich aus der Schwere der Straftat die Strafe ergeben. Aus diesem Grund hat der beninische Gesetzgeber in der Praxis seit seiner Unabhängigkeit 1960 die Strafe je nach Schwere der Straftat festgelegt.¹²¹⁷ Eine Verwaltungssanktion ist eine Art von Straftat, die zu einer Kategorie am unteren Ende der Schwere skala gehört und in mehrere Klassen unterteilt ist, deren Bestimmung, Definition und Klassifizierung nicht durch das Gesetz, sondern durch die Verwaltungsvorschriften geregelt wird, sowie, innerhalb bestimmter Grenzen, die Festlegung der Strafe, die den Tätern auferlegt wird.¹²¹⁸ Da die Bestimmung, Definition und Klassifizierung des Schweregrads der Zuwiderhandlung in den Anwendungsbereich der Verordnung fällt, ist die Verwendung der *contravention* (bzw. *contrevenant*) im beninischen Recht missbräuchlich, wenn es sich um Taten gegen das Wettbewerbsrecht handelt, denn selbst wenn das Recht direkt auf den unlauteren Wettbewerb verweist, fällt es nicht in den beninischen Regelungs bereich und kann daher nicht als Verwaltungsstrafe eingestuft werden. Das Interesse an der Unterscheidung liegt jedoch in der Höhe der anwendbaren Sanktion, da die Sanktion eines Vergehens nicht auf eine *contavention* angewendet werden kann, noch auf ein Vergehen die Sanktion eines Verbrechens und umgekehrt.

In Burkina Faso sieht Art. 84 des Gesetzes Nr. 016-2017 vor, dass für alle anderen Klagen im Zusammenhang mit wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen die Zuständigkeit der Gerichte von der Formulierung einer Vorabentscheidung vor dem CJUEMOA abhängig ist. Diese Bestimmung stellt eindeutig den in Art. 5 UEMOAV vorgesehenen Grundsatz der Autonomie der nationalen Institutionen und Verfahren in Frage, indem sie den burkinischen nationalen Richter der Aufsicht des Gemeinschaftsrichters unterstellt. Er kann nicht mehr frei und souverän über seine Zuständigkeit entscheiden. Die Vorabentscheidung stützt sich nämlich hauptsächlich auf die Rechtsfrage (Vorabentscheidungsfrage), die vor einem anderen Gericht zu beurteilen ist, die aber nur von einem anderen Gericht als demjenigen, das sich mit der Frage befasst ist, entschieden werden kann. Das nationale Gericht muss also das Verfahren aussetzen und dem CJUEMOA als dem zuständigen Gericht vorlegen.

1217 Dies belegt das Gesetz Nr. 2011-20 über die Bekämpfung der Korruption und anderer damit zusammenhängender Straftaten in der Republik Benin. Aber dies ist nur eine besondere Norm, die nicht generell für allgemeinen Straftaten gilt.

1218 Nach Art. 1 CPP Benin.

II. Hindernisse für die Wirksamkeit des Rechtstransplantats bei der Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen

Die Hindernisse für ein wirksames Rechtstransplantat in der UEMOA sind vielfältig. Mehrere Thesen, die als „pessimistische Doktrin“ bekannt sind, haben sich stets gegen die Ausleihe von Gesetzen durch eine andere Nation ausgesprochen.¹²¹⁹ In der Tat wird die pessimistische Doktrin von Montesquieu angeführt, der die Ausleihe von Rechtsnormen verteidigte, indem er behauptete, das Recht hänge in einem solchen Maße von der Kultur ab, in der es verwurzelt ist (einschließlich klimatischer und geographischer Aspekte), dass es zumindest überraschend wäre, wenn eine Regel aus einer Kultur auf eine andere Anwendung fände.¹²²⁰ So behauptet die pessimistische Doktrin, dass eine erfolgreiche Implementation eines ein Rechtstransplantats unmöglich sei.¹²²¹ Ein Rechtstransplantat, das nur den Regeltext betreffe, wäre ohne Berücksichtigung der jeweiligen Rechtskultur bedeutungslos. Die Unmöglichkeit, eine Regel von einer Rechtskultur auf eine andere zu übertragen, ergibt sich hiernach aus der Unmöglichkeit, eine ganze Kultur zu übertragen. Die Einschränkung dieses Ansatzes besteht darin, dass er zwei Thesen verwechselt: Erstens wird Rechtsstaatlichkeit in der aufnehmenden Kultur nicht unbedingt in der gleichen Weise verstanden wie in der Ursprungskultur. Zweitens ist die Rechtsstaatlichkeit bedeutungslos, wenn die Verpflanzung einmal vorgenommen worden ist. Während der erste Gesichtspunkt sicherlich richtig ist, ist der zweite unbegründet und gilt als *non sequitur*.¹²²² Man kann die Möglichkeit oder Gelegenheit bestimmter Rechtstransplantationen leugnen oder es sogar vorziehen, über Ausleihen sprechen, aber dass eine rechtliche Transplantation unmöglich ist, kann nicht nachgewiesen werden.

Abgesehen von der „pessimistischen Doktrin“ gibt es eine „optimistische Doktrin“ zu Rechtstransplantaten. Bentham soll bereits 1782 als erster von einem Gesetzestransplantat gesprochen haben, indem er schrieb „*The productions of on country are, in course of time, transplanted to another: and the*

1219 Hier geht es um Langer, Maximo, in *Liber Amicorum in Honor of Professor Damaška*, 2016, UCLA School of Law Research Paper No. 16-03, S. 34.; *Charles de Montesquieu*: De l'esprit des lois, I, 3, 1748.; Legrand, Pierre, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, S. 111 etc.

1220 Siehe *Montesquieu*: De l'esprit des lois, I, 3.

1221 Siehe *Legrand, Pierre*: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, S. 11.; LAHAV, Pnima, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol.9, 1981, S. 21-27.

1222 Siehe *Goltzberg, Stefan*: *Le droit comparé*, Que sais-je?, 2018, S. 72-73.

*course of cultivation may, in consequence, be changed*¹²²³. Neben Bentham erkennen Alan, Watson¹²²⁴ und Frederik sowie P. Walton¹²²⁵ die Möglichkeit einer Rechtstransplantation an. 1953 eröffnete René Dekkers ein Kapitel über die Ausweitung des Gesetzes, indem er schrieb, dass das Gesetz sich transplantierte.¹²²⁶ Seit damals wird der Begriff des legalen Transplantats als ein globaler Ansatz mit großem Interesse in der modernen Rechtsvergleichung untersucht.¹²²⁷

Der UEMOA-Gesetzgeber hat ein Rechtstransplantat aus dem europäischen Wettbewerbsrecht übernommen. Aber diese Transplantation des europäischen Rechts hat sich als ineffektiv erwiesen, weil sie ohne Transformation oder Anpassung an den Kontext und die soziokulturelle und wirtschaftliche Realität der übernehmenden Mitgliedstaaten erfolgte.¹²²⁸ Der UEMOA-Gesetzgeber hätte sich z.B. von den deutschen Erfahrungen inspirieren lassen können, indem er z.B. europäisches Recht und europäische Institutionen nicht buchstabengetreu umgesetzt hätte. Von 1495 bis 1900 wandte Deutschland das *ius commune* an, das in das *gemeine Recht* umbenannt wurde. Genauer gesagt, der *Corpus iuris* wurde zusammen mit seinen mittelalterlichen Glossen transplantiert. Das mittelalterliche römische Recht war somit Gegenstand einer Rezeption, die deutsche Rechtshistoriker in *Frührezeption*, die ersten Früchte, und *Vollrezeption*, die eigentliche Rezeption, unterteilen.¹²²⁹ Wichtig bei der deutschen Rezeption des römischen Rechts war, dass die Rezeption das Ergebnis einer wohlüberlegten Entscheidung top down war, die nicht auf eine vollständige Ablösung des mittelalterlichen Rechts abzielte. Was transplantiert wurde, war nicht

1223 Siehe Huxley, Andrew. Journal of Comparative Law, vol.2, 2007, S. 177-188.

1224 Watson, Alan: Legal Transplants: An Approach to Comparative Law, University of Virginia Press, New edition, 1988, S. 106.

1225 Cairns, John W.: Georgia Journal of International and Comparative Law, vol. 41, 2013, S. 637-696.

1226 Siehe Dekkers, René: Le droit privé des peuples. Caractères, destinées, dominantes, Bruxelles, Editions de la Librairie scientifique, 1953, S. 449.

1227 Siehe Al-Bsharawy, Ammar: <https://www.researchgate.net/publication/327476915>, vom 19.10.2020.

1228 Vgl. Goltzberg, Stefan: Le droit comparé, Que sais-je ?, 2018, S. 80-81. ; Knieper, Rolf, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, Januar 2008, Bd. 72, H. 1, Rechtstransformation und Rechtsrezeption, Januar 2008, S. 97-98.

1229 Siehe Goltzberg, Stefan, Le droit comparé, Que sais-je ?, 2018, S. 80-81. ; Knieper, Rolf, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, Januar 2008, Bd. 72, H. 1, Rechtstransformation und Rechtsrezeption, Januar 2008, S. 97-98.

der Rechtskörper oder sein Skelett, sondern das, was ihn umhüllte, sein Exoskelett; das heißt, dass das *ius commune* zwar anwendbar war, aber subsidiär.¹²³⁰ Es galt das örtliche Gewohnheitsrecht, das *ius proprium* (oder *ius municipale*), und nur dort, wo dieses schwieg, wurde auf das *ius commune* zurückgegriffen. So mussten die *iura propria* nach und nach schriftlich niedergelegt werden, so dass in Ermangelung eines Textes, in dem das lokale Recht gesammelt wurde, das *ius commune* galt. So ließ sich der deutsche Gesetzgeber vom römischen Recht inspirieren, um sein Gewohnheitsrecht zu kodifizieren. Er implantierte das *ius commune* nicht uneingeschränkt, sondern nutzte es, um die Lücke in der *iura propria* zu füllen. In Deutschland wird die Metapher der medizinischen Transplantate verwendet, indem dem römischen Recht dasjenige entnommen wurde, was erforderlich war, um das Gewohnheitsrecht zu heilen oder wirksam zu machen.

Die UEMOA hat sich nicht in vergleichbarer Weise vom europäischen Recht inspirieren lassen, als sie das europäische Wettbewerbsrecht uneingeschränkt transplantierte. Denn sie berücksichtigte nicht ihren eigenen sozialen, kulturellen, geographischen, klimatischen und wirtschaftlichen Kontext. Der Gesetzgeber der UEMOA verwendete die Metapher des landwirtschaftlichen Transplantats. Ein landwirtschaftliches Transplantat ist eine Methode der vegetativen Vermehrung, die darin besteht, in das Gewebe einer Pflanze (als „Wurzelstock“ bezeichnet) eine Knospe oder ein beliebiges Fragment (als „Transplantat“ bezeichnet) einer anderen Pflanze oder derselben Pflanze einzupflanzen, so dass sie als ein einziges Individuum weiterwachsen kann und mit der ersten Pflanze einen einzigen Körper bildet.¹²³¹ Im Hinblick auf diese Definition weicht der UEMOA-Gesetzgeber zwar nicht vom europäischen Recht ab, verwendet aber die landwirtschaftliche Metapher: Es ging dem Gesetzgeber nicht darum, sein eigenes Recht besser oder effektiver zu machen, indem er sich vom europäischen Recht inspirieren ließ, sondern darum, sein Recht und das europäische Recht zu ein und dasselben Recht zu machen. Da die UEMOA und die Europäische Union nicht ein und dieselbe Person werden konnten, war die Zukunft eines solchen Transplantats bereits besiegelt. So hat sich die Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Prak-

1230 Sie Raoul van Caenegem, Cambridge University Presse, 1987, S. 67-112.; Goltzberg, Stefan, *Le droit comparé, Que sais-je ?*, 2018, S. 80-81. ; Knieper, Rolf, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, Januar 2008, Bd. 72, H. 1, *Rechtstransformation und Rechtsrezeption*, Januar 2008, S. 97-98.

1231 Siehe Dictionnaire Larousse, verfügbar unter <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/greffe/38081>, vom 19.10.2020.

tiken im UEMOA-Raum nicht deshalb als ineffektiv erwiesen, weil die Transplantation per se eine schlechte Sache war, sondern eher wegen der angewandten Methode. Aus diesem Grund sollten die Ursachen oder Gründe für die Nichtdurchsetzung strafrechtlicher Sanktionen gegen die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen im UEMOA-Raum untersucht werden, um geeignete Lösungen zu finden.

Die strafrechtliche Verfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen und damit auch der juristischen Person ist in den UEMOA-Mitgliedstaaten noch keine Selbstverständlichkeit. Dies ist jedoch keine afrikanische Besonderheit, sondern auch in Europa erkennen einige Länder die strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person nicht an.¹²³² Länder wie England, die Niederlande und Frankreich vertreten den Grundsatz der strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen, wohingegen Deutschland und Griechenland dies nicht tun. Auch in der UEMOA-Region sehen nur einige Staaten, so der Benin, die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen vor. Die geltenden nationalen Rechtsvorschriften stehen daher nicht durchgängig im Einklang mit dem Vertrag, der vorsieht, dass wettbewerbswidrige Verhaltensweisen von Unternehmen gesetzlich verboten sind, denn das UEMOA-Recht wendet sich nur an Unternehmen. Die strafrechtliche Nichtverfolgung juristischer Personen in der UEMOA ergibt sich aus den sozioökonomischen Gegebenheiten der Marktordnung. Der Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person steht in den Mitgliedstaaten ein wenig geeigneter Rechtsrahmen entgegen. Daher werden im Folgenden die rechtlichen Hindernisse (1) und die institutionellen Hindernisse für die Wirksamkeit der Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen (2) untersucht.

1. Rechtliche Hindernisse für eine wirksame Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen

Auf dem Weg von der strafrechtlichen Haftung bei wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen bis zur endgültigen Bestrafung gibt es eine Vielzahl unvorhersehbarer Hindernisse. Dies ist umso offensichtlicher, als wettbewerbswidrige Verhaltensweisen nicht nur in den Zuständigkeitsbereich der Union fallen, sondern auch in den eines jeden Mitgliedstaates. Die Besonderheit der Strafprozessordnung, das für ihre Durchführung zuständige Organ und vor allem die Schwierigkeiten bei der Ermittlung solcher Ver-

1232 Siehe *Geeroms, Sofie*: *Revue internationale de droit comparé* 1996, S. 536.

haltensweisen, die vom Gesetzgeber nicht vollständig aufgeführt werden konnten, sind Hindernisse und Fallstricke für die Praxis. Darüber hinaus haben die Richter wie auch die Behörden die Möglichkeit, Maßnahmen zu ergreifen, die den Prozess verlängern oder sogar unterbrechen. Mit anderen Worten, es gibt Probleme im Zusammenhang mit der Frage, warum ein in allen seinen Aspekten, einschließlich desjenigen der beteiligten nationalen und gemeinschaftlichen Institutionen, ergriffenes repressives Verfahren den Weg für die wirksame Bestrafung der Täter wettbewerbswidriger Praktiken erschwert.

Hindernisse für die wirksame Bestrafung finden sich sowohl auf der Ebene der Union als auch auf nationaler Ebene. Sie sind mit den geltenden Vorschriften und den für ihre Umsetzung zuständigen Institutionen eng verbunden. Aus diesem Grund liegt der Schwerpunkt der folgenden Ausführungen zum einen auf den rechtlichen Hindernissen auf Gemeinschaftsebene (a) und zum anderen auf solchen, die sich aus den nationalen Normen ergeben (b).

a. Rechtliche Hindernisse für die wirksame Bestrafung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen auf Gemeinschaftsebene

Die effiziente Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bei Kartellrechtsverstößen wird zum einen durch die Auslegung des Wettbewerbsrechts durch den UEMOA-Gerichtshof (aa) und zum anderen durch die Position der westafrikanischen Lehre in diesem Bereich (bb) behindert.

aa. Stellungnahme Nr. 003 des CJUEMOA als Hindernis für die Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit

Das erste Hindernis bildet die Stellungnahme Nr. 003 des CJUEMOA vom 27. Juni 2000 über die Auslegung der Art. 88, 89 und 90 des Vertrags. Im April 2000 gab es Meinungsverschiedenheiten zwischen der Kommission und den Sachverständigen der Mitgliedstaaten über die Auslegung der Vertragsbestimmungen in Bezug auf die Koexistenz der nationalen und gemeinschaftlichen Wettbewerbsvorschriften. Die Kommission ist der Auffassung, dass die Union nach den Art. 88, 89 und 90 des Vertrags die ausschließliche Zuständigkeit hat, in den drei unter den Vertrag fallenden Bereichen des Wettbewerbs, nämlich Kartelle, Missbrauch einer marktbe-

herrschenden Stellung und staatliche Beihilfen, Rechtsvorschriften zu erlassen, und dass die nationalen Rechtsvorschriften nur andere Bereiche des Wettbewerbs, die nicht vom Vertrag abgedeckt sind, wie beispielsweise den unlauteren Wettbewerb, regeln können. Im Gegensatz zur Kommission sind die Mitgliedstaaten der Auffassung, dass das Gemeinschaftsrecht mit dem nationalen Recht koexistieren muss, sofern die nationalen Bestimmungen mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind; im Konfliktfall hat das Gemeinschaftsrecht Vorrang. In diesem Zusammenhang hat der Präsident der UEMOA-Kommission den Gerichtshof der UEMOA mit dem Schreiben Nr. 1886/PC/DPCD/DCC/499 vom 26. Mai 2000 angerufen und ihn gebeten, über den Anwendungsbereich der Art. 88, 89 und 90 des Unionsvertrags in Bezug auf diese Divergenz zu entscheiden, damit die Kommission den Entwurf des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts abschließen könne.

Nachdem der Gerichtshof die Klage für zulässig erklärt hatte, verglich er zunächst den Wortlaut der Wettbewerbsgesetze des Vertrags von Rom mit denen des Vertrags von Dakar sowie die Reichweite des Begriffs der Zuständigkeit im institutionellen Recht der Gemeinschaft, um die rechtliche Option zu erhalten, die mit den Bestimmungen der Art. 88 a, b und c des Unionsvertrags besser vereinbar erscheint. Aus der vergleichenden Analyse geht hervor, dass nach dem Vertrag von Rom die Mitgliedstaaten der Europäischen Union dem nationalen und gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht unterliegen können, wohingegen nach dem UEMOAV es für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts ausreicht, dass die Vereinbarungen, Zusammenschlüsse oder abgestimmten Verhaltensweisen oder die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung eine Beschränkung des Wettbewerbs innerhalb der Union, d.h. des Gemeinsamen Marktes innerhalb ihrer geografischen Grenzen, bezwecken oder bewirken, unabhängig davon, ob sie den Handel zwischen Staaten beeinträchtigen oder nicht. Allein die Tatsache, dass der Wettbewerb innerhalb der Union und unabhängig vom relevanten Markt und seinen Grenzen eingeschränkt wird, stellt nach dem UEMOAV einen Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft dar.

Allerdings sind die Bestimmungen des UEMOAVs in Bezug auf die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, die einen Teil ihrer Souveränität auf die Gemeinschaft übertragen haben, nicht sehr eindeutig. Die Grundsätze in diesem Bereich leiten sich aus dem Telos und dem Wortlaut der verschiedenen Bestimmungen des Vertrags ab, in dem lediglich bestimmte Grundprinzipien hervorgehoben und konkrete Ziele für die Union festgelegt werden, insbesondere die Verwirk-

lichung der Zollunion, des Gemeinsamen Marktes, der Wirtschaftsunion in einem offenen und wettbewerbsorientierten Markt usw.

Entsprechend stellt der Gerichtshof aufgrund der exegetischen Analyse fest, dass die Union nach den Art. 88, 89 und 90 des Vertrags über die ausschließliche Zuständigkeit auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts verfügt. Die strafrechtliche Verfolgung wettbewerbswidriger Handlungen liegt jedoch weiterhin in der Zuständigkeit der Staaten, sofern sie mit dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft der Union vereinbar ist. In Staaten mit einer dualistischen Tradition setzt die Anwendbarkeit eines internationalen Vertrags voraus, dass er zunächst durch einen formalen Umsetzungsakt in ein nationales Gesetz umgewandelt wird, was als Transformationsprinzip bezeichnet wird.

Der Standpunkt der Sachverständigen der Mitgliedstaaten weicht von der Auffassung des Gerichtshofs und der Kommission ab. Sie gehen davon aus, dass die inhaltliche Zuständigkeit in Wettbewerbsfragen nicht gänzlich auf die Gemeinschaft übertragen werden sollte, sondern eine Entscheidung für eine Koexistenz nationaler und gemeinschaftlicher Kompetenzen getroffen wurde. In der Tat sind die Staaten, vertreten durch ihre Experten, einstimmig der Ansicht, dass das Gemeinschaftsrecht mit dem nationalen Recht koexistieren muss und dass im Falle eines Konflikts das Gemeinschaftsrecht Vorrang hat.

Staaten, die behaupten, dem Rechtsmonismus zugehörig zu sein, integrieren Verträge wie das Übereinkommen in die nationale Rechtsordnung, sobald sie auf internationaler Ebene in Kraft treten, ohne dass eine Umwandlung in nationales Recht erforderlich ist (sog. Adaptionsgrundsatz). Was die Kommission anbelangt, welcher der Gerichtshof in seiner Stellungnahme gefolgt ist, so ist sie der Ansicht, dass das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht der UEMOA ein zentralisierendes Recht ist, das jede Vereinbarung, jeder Zusammenschluss und jeder Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, wenn der Wettbewerb im Gemeinschaftsgebiet dadurch eingeschränkt oder verfälscht wird, in seinen Anwendungsbereich fällt. Die einzige Ausnahme muss sich aus den formellen Anforderungen der Gemeinschaftsbehörde ergeben, die die Staaten an der Ausübung dieser ihnen übertragenen Zuständigkeit beteiligen. Der Gerichtshof folgt in seiner Auslegung der Kommission und ist der Auffassung, dass die Art. 88, 89 und 90 des Vertrags eine ausschließliche Zuständigkeit der Union begründen, während die Bestimmungen des Vertrags in Bezug auf die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten nicht sehr klar sind. Gerade auf dieser Ebene liegt die Schwäche der Ansicht der Kommission und des Gerichtshofs. Denn wenn der Gerichtshof

anerkannt hätte, dass der Vertrag in Bezug auf die Zuständigkeitsverteilung wenig präzise ist, hätte er den gesellschaftspolitischen Kontext der Mitgliedstaaten stärker berücksichtigen müssen, die auf ihrer nationalen Souveränität bestehen und es ablehnen, eine Übertragung ihrer Souveränitätsrechte in Bezug auf die materielle Zuständigkeit im Wettbewerbsbereich auf die Kommission anzuerkennen.

Zudem ist die Position der Kommission kaum haltbar, zum einen, weil sie keine Zwangsbefugnis hat und die Polizei nicht direkt auffordern kann, ihre Entscheidungen durchzusetzen. Zum anderen sind es gerade die Staaten, die die Haupttäter von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht sind. Wie die meisten Entscheidungen, mit denen Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft verurteilt werden, zeigen, sind es die Mitgliedstaaten, die entweder durch öffentliche Beihilfen oder durch ihre Eingriffe in den Markt gegen ihre Neutralitätspflicht im Wettbewerbsprozess verstoßen. Wie die getroffenen und laufenden Entscheidungen zeigen, sind die Bestimmungen über staatliche Beihilfen und wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, die den Mitgliedstaaten zuzurechnen sind, am häufigsten betroffen.¹²³³ Es ist jedoch für die Staaten einfacher, den Verfügungen und Urteilen ihrer nationalen Gerichte nachzukommen, wie die tägliche Umsetzung des Bürgerlichen Rechts zeigt, als sich der Entscheidung einer gemeinschaftlichen Behörde zu beugen. Das Gleiche gilt für Prozessbeteiligte, insbesondere für diejenigen (Unternehmen), die wettbewerbswidrige Verhaltensweisen begehen,¹²³⁴ soweit es sich bei dem zugrunde liegenden Gesetz um innerstaatliches Recht handelt. Denn es ist einfacher, gegen das Gemeinschaftsrecht, dessen Sanktion ungewiss und distanziert ist, zu verstoßen, als sich der sicheren und unmittelbaren Bestrafung durch das innerstaatliche Recht zu entziehen. Dies führt dazu, dass Unternehmen, die sich wettbewerbswidrig verhalten haben, nicht zur Verantwortung gezogen werden können.

In der Praxis haben sich die UEMOA-Mitgliedstaaten sehr kritisch und zurückhaltend gegenüber der Option einer Gemeinschaftsgesetzgebung gezeigt, die über die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts entscheidet. Tatsächlich hat das Inkrafttreten des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts zu Widerständen der nationalen Wettbewerbsbehörden geführt, angeführt von der senegalesischen Behörde, die sich, nicht von der Zentralisierung der Entscheidungsbefugnisse überzeugt, weitgehend zurückgezogen und ihre Rolle bei

1233 Siehe *Bakhoun, Mor*: Rapport final, 2012, S. 44.

1234 Siehe *Lombois, Claude*: Droit pénal international, S. 102.

der Überwachung des nationalen Marktes nicht wahrgenommen, geschweige denn mit der UEMOA-Kommission effektiv zusammengearbeitet hat.¹²³⁵ Andere Staaten wie der Benin haben darauf verzichtet, die Kommission offen zu konfrontieren, sondern widersetzen sich, ebenso wie der Senegal, der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts. Sie halten es zu Recht für nicht angemessen, dass sie alle Verfahrensschritte im Vorfeld auf Kosten des Steuerzahlers durchführen und es Aufgabe der nachgelagerten UEMOA-Kommission ist, die Entscheidung zu treffen, und dass die Vorteile nicht in die öffentlichen Kassen der Staaten fließen.¹²³⁶ Infolgedessen leiten die nationalen Kommissionen wie die des Senegals¹²³⁷ keine Beschwerden über Wettbewerbsverstöße auf dem Markt an die Kommission der Union weiter. Die Ansicht der Kommission und des Gerichtshofs ist, in Anbetracht dieser Schwierigkeiten bei der Umsetzung, unwirksam. Dies erklärt das Nichteinschreiten der Kommission und des Gerichtshofs gegen Kartellrechtsverstöße. Die Tatsache, dass sich die nationalen Kommissionen weigern, mit der UEMOA-Kommission zusammenzuarbeiten, macht eine Ahndung der Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht unmöglich. Solange Beschwerden nicht weitergegeben werden, wird es schwierig bleiben, die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu verfolgen und zu ahnden.

Schließlich wurde der Widerstand der Mitgliedstaaten gegen die Auslegung des CJUEMOA nicht nur in Bezug auf den Begriff des Marktes, der nur ein einziges Hindernis zulässt, sondern auch auf die ausschließliche Zuständigkeit, die der Union bei der Umsetzung des UEMOAV gewährt wird, in den nationalen Rechtsvorschriften bestätigt, durch die jede strittige Zuständigkeit direkt den zuständigen Gerichten¹²³⁸ und nicht den nationalen Wettbewerbsbehörden übertragen wird. Die Staaten haben daher beschlossen, ihre ausschließliche Strafgerichtsbarkeit zum Nachteil der

1235 Siehe *Bakhoun Mor*: Rapport finale, 2012, S. 175 ff.

1236 Dies ergaben die Interviews mit Beamten der Direktion Wettbewerb und Betrug des Handelsministeriums der Republik Benin, das im Oktober 2015 geführt wurde.

1237 *Bakhoun Mor*: Rapport finale, 2012, S. 175 ff.

1238 Siehe in diesem Zusammenhang Art. 74 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs in der Republik Benin, Art. 82 des Gesetzes Nr. 016-2017/AN über die Organisation des Wettbewerbs in Burkina Faso, Art. 36 der Verordnung 2013-662 über den Wettbewerb in der Elfenbeinküste, Art. 27 des Gesetzes Nr. 2016-006/Dez. 24, 2016 über die Organisation des Wettbewerbs in Mali, Art. 46 des Gesetzes Nr. 99-011 vom 28. Dezember 1999 über die Organisation des Wettbewerbs in Togo.

ausschließlichen Zuständigkeit der Union auszuüben. Es sei jedoch betont, dass die Stellungnahme des CJUEMOA ohne die Unterstützung der Mehrheit der westafrikanischen Lehre keine so großen Auswirkungen hätte.

bb. Die Westafrikanische Lehre als Hindernis für die Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit

Nach der Stellungnahme des CJUEMOA, die den Mitgliedstaaten die ausschließliche Zuständigkeit für den Erlass von Normen und die Anwendung des Wettbewerbsrechts sowie die ausschließliche Zuständigkeit im Bereich des Wettbewerbsstrafrechts einräumt, haben sich viele Autoren zu diesem Thema geäußert. Nach der Mindermeinung¹²³⁹ ist es ein Fehler zu glauben, dass die Übertragung der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die Union erfolgt ist, denn diese verfüge nicht über die hierfür erforderlichen Mittel. Außerdem würde die ausschließliche Zuständigkeit zur Ineffektivität des Wettbewerbsrechts innerhalb der Union führen. Daher sei es notwendig, eine Kompetenzteilung vorzunehmen, die die Koexistenz der nationalen Rechtsvorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht ermögliche, während die Mitgliedstaaten ihre Strafgerichtsbarkeit in diesem Bereich behalten sollten. Dagegen behauptet die herrschende Lehre¹²⁴⁰, dass die ausschließliche Zuständigkeit der Union die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts fördere und so zu einer besseren regionalen Integration beitrage. Die Vertreter dieser Auffassung haben, wie damals in der

1239 Siehe *Sakho, Abdoulaye*: « Observations sur le projet de loi communautaire de la concurrence », contribution à la journée d'« Informations et d'échanges sur le projet de loi communautaire de la concurrence dans l'UEMOA », organisée par le Ministère des PME et du Commerce, et le Conseil National du Patronat du Sénégal, Dakar, 19. Februar 2002, document dactylographié, S. 9 ff; *Tskadi, Ayana, Amehia*: « De la compétence exclusive de l'Union en droit de la concurrence dans l'espace UEMOA », *Penant* 873, S. 473-510; *Bakhoun Mor*: Rapport finale, 2012, S. 29; - Ders.: *Revue internationale de droit économique* 2005, S. 319-354 etc.

1240 Siehe *Ngom, Mbissane*: *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence*, S. 582; *ders.*: *Revue internationale de droit économique* 2011, S. 333-349; *Tchapga, Flavien*: *Concurrences* 2013, S. 237-248; *Fofana-Ouedraogo, 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. 20; *Coulibaly Abou Saïb*: *Revue burkinabbe de droit* 2003, S. 27.

Europäischen Union, die Ziele der regionalen Integration vertreten. In Bezug auf die ausschließliche Strafgerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten komme es zu keiner Konkurrenz der Gerichtsbarkeiten, vielmehr ergänzten sich diese gegenseitig, weil sie für unterschiedliche Bereiche des Wettbewerbs zuständig seien. Die Ausübung der unterschiedlich geregelten Systeme müsse gemäß den verfassungsrechtlichen Vorschriften jedes Staates ausgeübt werden. Die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet des Strafrechts bleibe daher erhalten, weil es sich um das kleine Wettbewerbsrecht handele, das den strafrechtlichen Aspekt betrifft.

Erstens ist die Rechtstradition in den UEMOA-Mitgliedstaaten so, dass, wenn beispielsweise der Benin einem internationalen Vertrag beitrifft und eine Bestimmung der beninischen Verfassung als vertragswidrig befunden wird, die Verfassung zunächst gemäß dem Vertrag überarbeitet werden muss, bevor dieser in die nationale Rechtsordnung aufgenommen wird. Das Gleiche gilt für den UEMOAV, der nicht in die innerstaatliche Rechtsordnung der Mitgliedstaaten aufgenommen werden darf, wenn eine seiner Bestimmungen der Verfassung eines Staates widerspricht. Das UEMOA-Wettbewerbsrecht hat damit einen Rahmen für die Befugnis des nationalen Gesetzgebers geschaffen, Sanktionen zu verhängen, indem es wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, die von privaten oder öffentlichen Unternehmen gleichermaßen begangen werden können, generell kriminalisiert.¹²⁴¹ Es handelt sich um eine Durchdringung des Gemeinschaftsrechts in den strafrechtlichen Bereich, der in die Souveränität der Staaten fällt, indem ihnen verboten wird, wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu sanktionieren. Dies stellt eine Neutralisierung der traditionellen strafrechtlichen Zuständigkeit der Staaten dar. Die Union hat zwar die Sanktionierung festgelegt, definiert sie aber nicht als strafrechtlich. Denn Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA über das bei Wettbewerbsrechtsverstößen in der Union anzuwendende Verfahren sieht vor, dass Geldbußen keinen strafrechtlichen Charakter haben. Dieser Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA hat sie jedoch auch nicht als rein verwaltungsrechtlicher Natur qualifiziert. Dies würde bedeuten, dass Art. 22 Abs. 4 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA den Staaten im Allgemeinen, nicht wie in der Europäischen Union¹²⁴², die strafrechtliche Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen entzieht und

1241 Art. 88 UEMOAV; Stellungnahme Nr. 003/2000 des Gerichtshofs der UEMOA vom 27. Juni 2000.

1242 *Dannecker, Gerhard; Jutta, Fischer-Fritsch*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 6.

die Staaten einen grundsätzlich sensiblen Punkt ihrer Souveränität, nämlich die Bestrafung, nicht der Union überlassen wollten. Das UEMOA-Recht folgt dem gleichen Ansatz wie die derzeitige Praxis auf dem afrikanischen Kontinent, insbesondere das OHADA-Recht. Zu diesem Zweck enthält das UEMOA-Recht im Gegensatz zur OHADA-Gesetzgebung keine Regelungen, die Strafbestimmungen enthalten können. Der OHADA-Vertrag sieht nämlich eine Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen dem regionalen Verband, der die materiellen und moralischen Bestandteile jeder einheitlichen Handlung festlegt, und den Staaten vor, die sich verpflichten, strafrechtliche Sanktionen festzulegen,¹²⁴³ weil das Strafrecht grundsätzlich nationales Recht bleibt.¹²⁴⁴ Dies ermöglicht es, die souveränen Empfindlichkeiten der Staaten zu schützen, indem sie ihren Restbereich der Sanktionierung durch ihre Kodizes und Gesetze in Strafsachen wahren.¹²⁴⁵ Ebenso wie die OHADA hat die Europäische Union es im Hinblick auf die Sozialethik den Mitgliedstaaten überlassen, Straftaten und Sanktionen festzulegen.¹²⁴⁶ Der Vertrag und das Sekundärrecht der UEMOA sehen dagegen zwei parallele ausschließliche Zuständigkeiten vor, auch wenn die staatliche Zuständigkeit in gewissem Maße durch die Konformitätspflicht der Zuständigkeit der Union unterliegt.

Im Hinblick auf die genannte Residualkompetenz der Mitgliedstaaten stellt sich dann die Frage, ob es sich wirklich um ein Residuum handelt. Eine Antwort hierauf kann nicht ohne terminologische Klarstellung gegeben werden. Kompetenz bezieht sich auf die Fähigkeit, in einem bestimmten Bereich zu handeln. Die Zuständigkeit *rationae loci* in Bezug auf den Ort oder das geografische Gebiet wird häufig erwähnt, die Zuständigkeit *rationae materiae*, wenn es sich um eine bestimmte Angelegenheit handelt, usw. Der Begriff Residuum bezeichnet einen nicht verwertbaren Rest, eine

1243 Siehe Art. 5 des OHADA-Vertrags vom 17. Oktober 1993 über die Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Afrika in der am 17. Oktober 2008 in Quebec City überarbeiteten Fassung.

1244 Vgl. dazu *Frister, Helmut*: Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 11 ff.

1245 Siehe *Gueye, Babacar ; Nourou Tall, Saidou ; Kamto, Maurice*: Commentaire Traité OHADA, S. 33.

1246 Ursprünglich hatte das Gemeinschaftsrecht die strafrechtliche Dimension der Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nicht berücksichtigt und die Staaten kannten auch nicht die strafrechtliche Verantwortung der juristischen Person. Siehe dazu *Dannecker, Gerhard; Jutta, Fischer-Fritsch*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, 1989, S. 6 ff; *Dannecker, Gerhard; Müller, Nadja*: KSzW 2015, S. 281; *Salazar, Lorenzo*: Revue internationale de droit pénal 2006, S. 39-51.

Art Rückstand. Das politische Vokabular¹²⁴⁷ definiert Residualkompetenz als die Gesamtheit von Kompetenzen, die weder die Verfassung noch die Gesetze eines Bundeslandes der einen oder anderen Machtebene zuordnen. Je nach Land stehen sie entweder dem Bund, wie z.B. in Südafrika, oder den Bundesländern, wie z.B. in Deutschland, zu. Kurz gesagt, kann die Residualkompetenz als eine Standardkompetenz definiert werden, eine Kompetenz, die, weil sie nicht ausdrücklich einer Stelle zugeordnet werden kann, demjenigen überlassen bleibt, der ein Interesse daran hat, sie in der Organisationshierarchie eines Staates oder einer Gemeinschaft auszuüben. Es ist nicht einfach oder gar logisch zu glauben, dass die Strafgerichtsbarkeit angesichts ihrer Bedeutung nicht nur für die Gemeinschaft, die Mitgliedstaaten und vor allem für die Bürger als Residuum gelten kann. Darüber hinaus konnte die ausschließliche Straferichtsbarkeit der Staaten vom UEMOA-Gesetzgeber nicht in Frage gestellt werden und die Stellungnahme des CJUEMOA war in dieser Frage eindeutig, als er ausführte, dass die Strafbarkeit in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Die Straferichtsbarkeit der UEMOA-Mitgliedstaaten ist somit nicht nur eine Residualkompetenz, da sie als ausschließliche Gerichtsbarkeit der Staaten anerkannt ist und sich diese Gerichtsbarkeit auf das Gesetz über wettbewerbswidrige und -beschränkende Verhaltensweisen sowie den und unlauteren Wettbewerb erstreckt. Das bedeutet, dass den Mitgliedstaaten tatsächlich der größte Teil der Zuständigkeit im UEMOA-Wettbewerbsrecht übertragen wurde, und die kann nicht als bloße Residualkompetenz qualifiziert werden. Und schließlich sind die Schwierigkeiten bei der Unterscheidung zwischen dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, dem Machtmissbrauch und dem Missbrauch wirtschaftlicher Schwäche zu berücksichtigen, die auch staatliche Eingriffe in diesem Bereich begünstigen.

Daher ist die Auffassung, dass die ausschließliche Zuständigkeit der Union und die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten nicht konkurrieren, abzulehnen. Beide Kompetenzen konkurrieren in der Tat miteinander. Aus diesem Grund haben die Mitgliedstaaten strafrechtliche Maßnahmen ergriffen, um die nationale Verfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu gewährleisten, die nicht *ex nihilo*, sondern im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht durchgeführt werden können. Ändern-

1247 Siehe Vocabulaire politique, abrufbar unter www.vocabulairepolitique.be/competences-residuelles/, zuletzt aufgerufen am 1.12.2017.

falls stünden sie im Widerspruch zu den Gemeinschaftsnormen und müssten überarbeitet werden.¹²⁴⁸

Gleichwohl hat sich die gegenteilige Auffassung im Schrifttum weitgehend durchgesetzt. Der Nachweis der ausschließlichen Zuständigkeit der Union auf dem Gebiet des Wettbewerbs wurde durch die Durchführungsvorschriften Nr. 2 und 3 und die Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA bestätigt. So wurde diese Stellungnahme des CJUEMOAs vom UEMOA-Gesetzgeber in den am 23. Mai 2002 erlassenen Wettbewerbsregeln, insbesondere in der Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsstrukturen der Mitgliedstaaten bei der Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, grundsätzlich berücksichtigt.¹²⁴⁹ In seiner praktischen Ausgestaltung wurde dieser Grundsatz jedoch flexibel gestaltet, da es dem UEMOA-Gesetzgeber darum ging, die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission mit der Notwendigkeit einer wirksamen Marktüberwachung durch die nationalen Wettbewerbsbehörden in Einklang zu bringen.¹²⁵⁰ Während die Bestimmung der materiellen Regeln den Gemeinschaftsbehörden vorbehalten ist,¹²⁵¹ gibt es bei der Umsetzung der materiellen Regeln eine Aufteilung der Untersuchungsbefugnisse zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden und der Kommission, auch wenn die gerichtlichen Funktionen und die Entscheidungsfunktionen von der Kommission übernommen werden.¹²⁵² Im Rahmen der Aufteilung der Untersuchungsfunktionen zwischen den nationalen Wettbewerbsbehörden und der Kommission kann nur die Kommission über Verhaltensweisen wie staatliche Beihilfen, wettbewerbswidrige Handlungen bei Monopolen und öffentlichen Unternehmen und wettbewerbswidrigen Handlungen, die sich auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten auswirken können, informiert werden.¹²⁵³ Ebenso muss die Kommission die nationalen Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten über die Untersuchungsverfahren für Unternehmen mit Sitz in ihrem Hoheitsgebiet informieren, indem sie ihnen Kopien be-

1248 Siehe *Aberle, Lukas*: Sanktionsdurchgriff und wirtschaftliche Einheit im deutschen und europäischen Kartellrecht, S. 11 ff; *Frister, Helmut*: Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 11 ff.

1249 Siehe insbesondere die Hinweise auf diese Stellungnahme in der Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

1250 Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

1251 Siehe insbesondere Art. 3 und Art. 5 Abs. 1 bis 3 der Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

1252 Siehe Art. 5 Abs. 4 der Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

1253 Siehe Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

stimmter Dokumente übermittelt, insbesondere der wichtigsten Dokumente, die Verstöße feststellen, an Unternehmen gerichtete Auskunftersuchen und geplante Überprüfungen der betreffenden Unternehmen.¹²⁵⁴

So ist diese neue Regelung zur Beilegung von Wettbewerbsstreitigkeiten in der Union nicht ohne Schwierigkeiten, insbesondere im Hinblick auf ihre Wirksamkeit.¹²⁵⁵ Ein solches System führt zwangsläufig zu Problemen bei der Verwaltung, da die ausschließliche Übertragung der gerichtlichen Funktionen und der Entscheidungsfunktion für acht Staaten allein auf die Kommission zu einer Überlastung und zu Verfahrensverzögerungen, zu geografischer Entfremdung, verbunden mit einem Verlust der Sicht auf lokale Besonderheiten, und zu zusätzlichen Kosten für die Beilegung von Streitigkeiten führen wird.¹²⁵⁶ Es lässt sich feststellen, dass das Gesetz über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen nicht wirksam umgesetzt wurde.

Andere Formen von Hindernissen für die Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen sind aber auch auf nationaler Ebene beobachtet, die im Folgenden zu behandeln sind.

b. Hindernisse für die wirksame Bestrafung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen auf nationaler Ebene

Die Hindernisse auf nationaler Ebene ergeben sich zum einen aus der zentralen Rolle des Handelsministers bei der Einleitung von Strafverfahren (aa). Zum anderen sehen die nationalen Wettbewerbsgesetze kein besonderes Verfahren zur Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit vor. Sie beziehen sich alle auf das ordentliche Rechtsverfahren (bb), wenn gegen die betroffene Gesellschaft ein Rechtsstreit vorliegt. Es stellt sich die Frage, ob das Rechtsverfahren angesichts der Sensibilität und der Funkti-

1254 Siehe Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA.

1255 Siehe die Bedenken von *Sakbo, Abdoulaye* zum Entwurf eines gemeinschaftlichen Wettbewerbsgesetzes: « Observations sur le projet de loi communautaire de la concurrence », contribution à la journée d'« Informations et d'échanges sur le projet de loi communautaire de la concurrence dans l'UEMOA », organisée par le Ministère des PME et du Commerce, et le Conseil National du Patronat du Sénégal, Dakar, 19 février 2002, document dactylographié, S. 9.

1256 Siehe *Jean-Paul Keppenne*: Le rôle respectif des autorités (administratives et juridictionnelles) communautaires et nationales dans la mise en œuvre d'un droit communautaire de la concurrence: l'expérience européenne et les projets de l'UEMOA, S. 12-24.

onsweise der wirtschaftlichen oder geschäftlichen Angelegenheit, der das Wettbewerbsrecht unterliegt, hinreichend an die Bestrafung von Kartellrechtsverstößen angepasst ist. Insbesondere stellt sich die Frage, ob der ordentliche Richter diese Funktion als Wirtschaftsrichter ausübt.

aa. Der Handelsminister als Eckpfeiler der Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit

Nach Art. 72 Abs. 6 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs im Benin übermittelt der Handelsminister, wenn das Vergleichsverfahren gescheitert ist, die Akte an die Staatsanwaltschaft, die für die Verfolgung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen territorial zuständig ist. Er räumt dem Handelsminister somit einen zentralen Platz bei der Einleitung von Strafverfahren ein, wobei hier das Risiko besteht, dass der Minister unter der Kontrolle der Politik steht. Unter diesem Gesichtspunkt kann sich der Minister als ein wesentliches Hindernis für die Ahndung von Kartellrechtsverstößen erweisen, da die Gefahr einer Absprache zwischen Politik und Wirtschaft besteht. Die wirtschaftlichen und politischen Kreise der UEMOA-Gemeinschaft benutzen die afrikanischen soziologischen Eigenschaften, um die Nichtbestrafung juristischer Personen zu rechtfertigen, die sich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen schuldig gemacht haben. In der afrikanischen Soziologie, insbesondere im Benin, basiert die Konfliktlösung auf dem versöhnenden und beruhigenden Potenzial des gesprochenen Wortes.¹²⁵⁷ Um soziale Spannungen auszugleichen, ist ein effektives Mittel das „Palaver“ oder die „konstruktive Rede“. Es bzw. sie wird verwendet, um wichtige Entscheidungen zu treffen oder um Konflikte zu lösen, die in der Gesellschaft auftreten.¹²⁵⁸ Dieser funktionale Ansatz zur Lösung sozialer Konflikte verwendet eine versöhnende Logik.¹²⁵⁹ Es ist diese Logik, die wettbewerbswidrige Verhaltensweisen aus

1257 Siehe *Gbago, Barnabe, Georges*: Le Bénin et les droits de l'homme, l'Harmattan, S. 179-180.

1258 *Gbago, Barnabe, Georges*: Le Bénin et les droits de l'homme, S. 179.

1259 Um eine wichtige Entscheidung auf Gemeinde- oder Familienebene zu treffen oder Konflikte, die in der Gesellschaft in allen Bereichen auftreten, zu lösen, wird eine versöhnende Logik verwendet. In der beninischen Anthropologie ist die Konfliktlösung Teil dieser Logik des Abbaus sozialer Spannungen. Das Ziel ist die Erhaltung der sozialen Beziehungen und des Friedens. Siehe *Gbago, Barnabe, Georges*: *Gbago, Barnabe, Georges*: Le Bénin et les droits de l'homme, S. 179-180.

der institutionellen Ordnung herausnimmt, weil die Geschäftsführer der betroffenen Unternehmen es vorziehen, anstatt die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen anzuprangern, direkt mit ihnen zu diskutieren, um den Streitfall beizulegen. So haben die institutionellen Einrichtungen zur Regulierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen Schwierigkeiten, die Sanktionierung wirksam durchzusetzen, soweit der funktionale Ansatz die Verweisung der Angelegenheit an die zuständigen Behörden verhindert oder nicht zulässt.

Der funktionale Ansatz ist das Gegenstück zur Haftung im Allgemeinen und zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Besonderen. Wie in Deutschland und den Vereinigten Staaten erscheint der spezielle Fall von Unternehmen in einem solchen Kontext besonders schwierig, weil politische Kreise, die kein Interesse an einer wirksamen Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen haben, das reibungslose Funktionieren der Justiz aufgrund ihrer Nähe zu Wirtschaftskreisen behindern.¹²⁶⁰

Es gibt daher Lösungen, die sich den Institutionen entziehen und ihren eigenen Verhaltensmodellen folgen, die auf Würde und gemeinschaftlicher Solidarität basieren und Ausdruck eines Gleichgewichts der Machtverhältnisse zwischen Gruppen, Individuen und Gesellschaften sind. Hier ist eine informelle traditionelle Justiz entstanden, denn neben dem institutionellen Ansatz und dem Vorrang des Rechts lehnt die UEMOA-Gemeinschaft, ebenso wie die beninische Gesellschaft, Bräuche und funktionale Ansätze¹²⁶¹ ab, die von informellen traditionellen Gerichten unter der Aufsicht religiöser oder moralischer Behörden oder traditioneller Häuptlinge usw. umgesetzt werden. Diese Gerichte nutzen in ihrer Tätigkeit nicht die bestehenden Gesetze und Vorschriften zur Beilegung von Streitigkeiten. Sie sind vielfältig und facettenreich und unterscheiden sich je nach geografischer oder ethnischer Lage. Sie arbeiten auf der Grundlage der in der Region geltenden Bräuche oder nach religiösen Schriften. Sie sind in keiner Weise in das formelle Rechtssystem integriert.¹²⁶² Diese Methode der

1260 Siehe *Immenga, Ulrich*: Politische Instrumentalisierung des Kartellrechts? S. 1-26; *Tiedemann, Klaus*: Wirtschaftskriminalität und Wirtschaftsstrafrecht in den USA und in der Bundesrepublik Deutschland, S. 5-9.

1261 Siehe *Gbago, Barnabe, Georges*: *Gbago, Barnabe, Georges*: Le Bénin et les droits de l'homme, S. 193 ff.

1262 Siehe *Djogbenou, Joseph*: Bénin, Le Secteur de la justice et l'État de droit, Un étude d'AfriMAP et de l'Open Society Initiative for West Africa, S. 110; *Gbaguidi, Ahonagnon Noel*: « Quelques aspects de l'application du droit en République du Bénin », Bulletin de Droit et d'Information de la Cour Suprême, N° 2, 1997, S. 10 ff.

Streitbeilegung, die klare Vorteile aufweist, wird von der Wirtschaft viel stärker favorisiert als staatliche Institutionen, da sie ihnen ermöglicht, Kompromisse und wirtschaftspolitische Entscheidungen zu finden.¹²⁶³ Die Schwierigkeit, die juristischen Personen wegen Wettbewerbsrechtsverstößen zu bestrafen, hängt unter anderem damit zusammen, dass systematisch die Funktionsweise der Institutionen blockiert wird, die für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts sowohl auf Gemeinschafts- als auch auf nationaler Ebene zuständig sind. Es ist dieses soziale Umfeld, das erklärt, warum die Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen weiterhin nicht wirksam ist, obwohl der UEMOAV in seinem Art. 5 die Staaten ermächtigt, strafrechtliche Maßnahmen zu ihrer Bestrafung zu ergreifen. Dies wird durch die Stellungnahme des CJUEMOA zugunsten der ausschließlichen Zuständigkeit von Staaten in Strafsachen veranschaulicht.¹²⁶⁴ Denn selbst die für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zuständigen nationalen Behörden sind weit davon entfernt, sich eine wettbewerbsrechtliche strafrechtliche Sanktion vorzustellen, denn ihrer Ansicht nach berücksichtigt das durch das Gemeinschaftsrecht geschaffene Verwaltungssystem nicht die sozioanthropologischen Merkmale des UEMOA-Gebietes.¹²⁶⁵ Dies bedeutet, dass die Täter vor einer strafrechtlichen Verfolgung geschützt sind.¹²⁶⁶ Unabhängig von ihrer Nationalität und ihrem Status werden Unternehmen, die wettbewerbswidrige Verhaltensweisen ausüben, in der UEMOA-Region nicht strafrechtlich verfolgt und unterliegen keiner Beschränkung des geltenden Wettbewerbsrechts. Man opfert die strafrechtliche Verfolgung dem Schutz der Würde und des Rufs des betreffenden Unternehmens.

Der Einfluss der Soziologie ist somit Ausdruck des von den Akteuren geäußerten Misstrauens gegenüber dem Strafrecht. Dies gilt auch für Europa. Laut *Jean Pradel*¹²⁶⁷ plädieren die politisch liberalen oder dem Strafrecht gegenüber misstrauischen Autoren für eine Einschränkung des Strafrechts-

1263 Siehe *Dannecker, Gerhard/Müller, Nadja*: in Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, Kapitel 19. Rn. 1-396, S. 1173-1334.

1264 Siehe CJUEMOA, Stellungnahme Nr. 003/2000 vom 27. Juni 2000 zur Auslegung der Art. 88, 89 und 90 des Vertrags über die Wettbewerbsregeln in der Union.

1265 Gespräch mit dem Leiter der Abteilung Wettbewerb und Marktregulierung, Handelsminister, Republik Benin, Interview, 22.09.2015.

1266 Siehe *Pradel, Jean / Geert, Corstens/ Gert, Vermeulen*: *Droit pénal européen*, S. 156.

1267 Siehe *Pradel, Jean*: *Fondation pour le droit continental* 2009, S. 2.

systems. Erstere wollen dem Recht des Marktes zu seiner Rolle verhelfen, letztere sind der Ansicht, dass nicht-strafrechtliche Sanktionen ebenso viel Wirkung zeigen wie Strafen, mit Ausnahme bestimmter Unglücksfälle, und fragen sich, was einen Appell an das Strafrechtssystem rechtfertigen könnte, wenn in Wirklichkeit die Fakten ignoriert werden. Diese Unwissenheit basiert, wie oben dargelegt¹²⁶⁸, teilweise auf rechtlichen Gründen auch auf sachlichen Gründen beruhen.

bb. Das ordentliche Verfahren als Hindernis für die Wirksamkeit der Strafbarkeit

Das ordentliche Strafverfahren ist, wie mehrfach erwähnt, nicht wirklich an das Geschäftsleben angepasst, weil es zu langsam und zu stigmatisierend ist, zu viel Aufmerksamkeit in den Medien erregt und zu kostspielig ist und das alles in einer Gesellschaft, in der die öffentliche Meinung, wenn sie sich von Wettbewerbsfragen betroffen fühlt, die Gefängnisstrafe für solche Straftaten nicht unterstützt. Wenn wir die durch Kartelle verursachten Probleme der Verantwortlichkeit hinzufügen, erscheint die strafrechtliche Lösung umstritten. Es mangelt jedoch nicht an Lösungen zur Behebung dieser Mängel. So scheint es, dass die Einhaltung einiger Rahmenbedingungen ausreicht, um das Image der strafrechtlichen Lösung wiederherzustellen. Erstens ist es notwendig, die Öffentlichkeit bezüglich der schädlichen Folgen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zu sensibilisieren und zweitens sollten Strafverfahren an die Sensibilität des Wettbewerbs angepasst werden. Zudem versperren viele unvorhergesehene Ereignisse den Weg der strafrechtlichen Verfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen bis zu ihrer vollständigen Durchsetzung. Die Zeit, die Richter und die Politik haben ihre eigenen Handlungen, die den Prozess verlängern, verkürzen oder sogar unterbrechen.¹²⁶⁹ Aus diesem Grund wird es notwendig sein, ein an die Erfordernisse wettbewerbswidriger Verhaltensweisen angepasstes Verfahren einzuführen, um eine wirksame Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu erreichen.

Um Geschwindigkeit und Effizienz zu gewährleisten, muss die kurze Zeit berücksichtigt werden, die den Handelsgewerichten zur Verfügung steht, um Streitigkeiten zwischen Gewerbetreibenden beizulegen. So wäre es beispielsweise erforderlich, dass der Staatsanwalt, sobald er mit der An-

1268 Siehe oben S. 418- 423.

1269 Siehe Robert, *Jacques-Henri*: *Revue Pouvoirs* 2009, S. 111.

gelegenheit befasst wird, innerhalb einer gesetzlich festgelegten Frist ein öffentliches Verfahren einleitet. Ebenso sollte der strafverfolgenden Verwaltungsbehörde eine kurze Frist zur Unterrichtung der Staatsanwaltschaft eingeräumt werden und es sollten kurze Fristen festgelegt werden, innerhalb derer, wenn ein Vergleich nicht durchgeführt wurde, das Gerichtsverfahren eingeleitet werden kann, in dem die Täter bestraft werden können. Eine weitere Möglichkeit wäre die Einführung eines Verfahrens für das direkte Erscheinen vor dem Verhandlungsrichter, um das Verfahren zu beschleunigen.¹²⁷⁰

Neben den normativen Hindernissen tragen auch die mit der Umsetzung beauftragten Institutionen aufgrund vielfältiger Mängel zur Ineffektivität bei.

2. Institutionelle Hindernisse für eine wirksame Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen

Sowohl die UEMOA als auch die für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zuständigen nationalen Institutionen stellen ein Hindernis für die Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit dar. Es ist notwendig, die verschiedenen Formen der institutionellen Hindernisse sowohl auf Unionsebene (a) als auch auf nationaler Ebene (b) aufzuzeigen und mögliche Lösungen zu erarbeiten, um die Täter strafrechtlich zur Verantwortlichkeit zu ziehen.

a. Die Rolle der Gemeinschaftsorgane

Die UEMOA-Kommission und der Gerichtshof spielen eine mehr oder weniger wichtige Rolle bei der fehlenden strafrechtlichen Verfolgung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen. Die Erreichung der wirtschaftlichen Ziele der UEMOA bestimmt nämlich die weitreichende Zuständigkeit der Kommission für die Verhängung von Sanktionen im Falle eines Kartellrechtsverstößes. Sie verfügt über die weitesten Befugnisse, um wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu ahnden. Sie ist, ebenso wie die EU-Kommission in der Europäischen Union, das zentrale Organ für die Umsetzung des Wettbewerbsrechts und sorgt in ausschließlicher Zuständigkeit für die Umsetzung der im UEMOAV festgelegten Wettbewerbspolitik.

1270 Siehe *Viennot, Camille*: Archives de politique criminelle 2007, S. 117-143.

Nach Art. 90 des Dakar-Vertrags steht die Kommission unter der Aufsicht des Gerichtshofs und ist für die Anwendung der Wettbewerbsregeln der Art. 88 und 89 zuständig. Im Rahmen dieser Aufgabe hat sie die Macht, Entscheidungen zu treffen. Die Umsetzung dieser Bestimmung durch den Mechanismus der am 23. Mai 2002 erlassenen Verordnungen zur Durchführung der Art. 88 und 89 des Vertrags ändert nichts an diesem Grundsatz¹²⁷¹, der durch eine Stellungnahme des CJUEMOA bestätigt wurde. Der Gerichtshof wurde von der UEMOA-Kommission im Rahmen des Erlasses der Verordnungen zur Umsetzung der Art. 88 bis 90 des Vertrags angerufen und hat in seiner Stellungnahme zur Frage der Auslegung der Artikel im Hinblick auf die Koexistenz von Gemeinschaftsrecht und nationalem Wettbewerbsrecht erklärt, dass der Erlass und die Anwendung der Wettbewerbsregeln in die ausschließliche Zuständigkeit der Organe der Union fällt.¹²⁷² Diese Stellungnahme schließt somit jede Kumulierung und Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsbehörden aus; sie kommt zu dem Schluss, dass die Mitgliedstaaten in diesem Bereich nicht zuständig sind und deshalb nicht tätig werden dürfen.¹²⁷³ Mit der Richtlinie des Rates vom 23. Mai 2002 wird diese Auslegung des Gerichtshofs umgesetzt und die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission festgelegt, wobei die Zusammenarbeit mit den nationalen Behörden organisiert wird. Zu diesem Zweck beschränkt Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie die Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden auf eine allgemeine Aufgabe der Untersuchung und Überwachung des Gemeinsamen Marktes.

Es sei darauf hingewiesen, dass die Aufteilung des Gemeinsamen Marktes einzig über die Kompetenzverteilung im UEMOA-Wettbewerbsrecht entscheidet. Der Gemeinsame Markt berücksichtigt sowohl den innerge-

1271 Dies sind die Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen innerhalb der UMOA, Verordnung Nr. 3/2002/CM/UEMOA über Kartellverfahren innerhalb der UEMOA und Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsstrukturen der Mitgliedstaaten zur Anwendung der Art. 88, 89 und 90 des UEMOAV.

1272 CJUEMOA, Stellungnahme vom 27. Juni 2000, Recueil 2008, S. 244-258.

1273 Dies sind die Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen innerhalb der UMOA, Verordnung Nr. 3/2002/CM/UEMOA über Kartellverfahren innerhalb der UEMOA und Richtlinie Nr. 02/2002/CM/UEMOA über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsstrukturen der Mitgliedstaaten zur Anwendung der Art. 88, 89 und 90 des UEMOAV.

CJUEMOA, Stellungnahme vom 27. Juni 2000, Recueil 2008, S. 244-258.

meinschaftlichen als auch den nationalen Handel. Deshalb wird insgesamt über die Verteilung der Wettbewerbskontrollbefugnisse zwischen den nationalen Behörden und der UEMOA-Kommission entschieden. Die Kommission hat die ausschließliche Zuständigkeit für Fälle, in denen es um Verstöße gegen das Kartellrecht geht und in denen die wettbewerbswidrige Verhaltensweise Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben könnte. Die Zuständigkeit der UEMOA-Kommission unterscheidet sich jedoch von der der EU, die gleichermaßen eine ausschließliche Zuständigkeit hat, dadurch, dass die ausschließliche Zuständigkeit der EU-Kommission nach dem Gemeinschaftsrecht durch das Nebeneinander von nationaler und gemeinschaftlicher Zuständigkeit in Wettbewerbsfragen begrenzt ist. Die Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die EU-Kommission ist nämlich davon abhängig, ob die wettbewerbswidrige Verhaltensweise eine gemeinschaftliche Dimension aufweist.¹²⁷⁴ Eine solche ist gegeben, wenn die zu sanktionierende wettbewerbswidrige Handlung den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft beeinträchtigt. Wenn der Verstoß gegen das Wettbewerbsrecht (auch) eine nationale Dimension hat, sind die EU-Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden zuständig.¹²⁷⁵ Nach europäischem Recht sind die Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten das Kriterium für die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Gemeinschaftsvorschriften, während es in der UEMOA insofern anders ist, als die UEMOA-Kommission unabhängig davon zuständig ist, ob die wettbewerbswidrige Verhaltensweise auf Gemeinschafts- oder auf nationaler Ebene begangen wurde. Mit anderen Worten, da in der Europäischen Union Gemeinschaftsvorschriften und nationale Wettbewerbsregeln nebeneinander bestehen, sind erstere die einzigen, die anwendbar sind, wenn die fragliche wettbewerbswidrige Verhaltensweise allein den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Andernfalls sind beide Regelwerke nebeneinander anwendbar.¹²⁷⁶ Damit besteht eine Kompetenzverteilung zwischen der EU-Kom-

1274 Siehe *Dannecker, Gerhard / Fischer-Fritsch, Jutta*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 37; *Cherot, Jean-Yves*: in *Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, Ententes et abus de domination devant le juge de droit commun*, 1995, S. 109; *Ngom, Mbissane*: *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence*, S. 250 ff.

1275 Siehe *Dannecker, Gerhard / Fischer-Fritsch, Jutta*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 37.

1276 Siehe *Ngom, Mbissane*: *Droit et intégration économique dans l'espace UEMOA: le cas de la régulation juridique de la concurrence*, S. 250 ff.

mission und den nationalen Wettbewerbsbehörden. Anders sieht die Rechtslage in der UEMOA aus, denn dort ist die zentralisierte Zuständigkeit auf Gemeinschaftsebene verankert. Selbst wenn sich die Verletzung des Wettbewerbsrechts nur auf die nationale Ebene beschränkt, ist die Kommission zuständig. So hat sie neben der direkten Intervention bei Kartellen auf dem innergemeinschaftlichen Markt auch die Befugnis, gegen rein nationale Kartelle vorzugehen und sie zu sanktionieren.

In Wirklichkeit liegt es in der Verantwortlichkeit der Direktion Wettbewerb, die Umsetzung des Wettbewerbsrechts innerhalb der UEMOA-Kommission sicherzustellen. Die Unfähigkeit der UEMOA-Kommission, wirksames Wettbewerbsrecht im Allgemeinen durchzusetzen und die Täter von Kartellrechtsverstößen zu bestrafen, ist jedoch eklatant, was Auswirkungen auf die Bedeutung des Gerichtshofs hat, der mangels Rechtsstreitigkeiten inaktiv bleiben muss (aa). Darüber hinaus machen die Gemeinschaftsorgane die Öffentlichkeit nicht auf das Kartellstrafrecht der UEMOA aufmerksam (bb).

aa. Die Ineffizienz der UEMOA-Kommission und des Gerichtshofs bei der Bestrafung der Täter von Kartellrechtsverstößen

aaa. Das Unvermögen der UEMOA-Kommission, die vorgesehenen Sanktionen zu verhängen

Seit dem Inkrafttreten des UEMOA-Vertrags im Jahr 2003 hat die Kommission insgesamt sieben Entscheidungen zum Wettbewerbsrecht erlassen. Von diesen sieben Entscheidungen betreffen zwei Entscheidungen ein Negativattest,¹²⁷⁷ eine behandelt den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch SONAPOST¹²⁷⁸ aus Burkina Faso und fünf Entscheidungen

1277 Dies sind die Entscheidung Nr. 009/2008/COM/UEMOA vom 22. Oktober 2008, die UEMOA-Kommission erteilt SIFCA, COSMIVOIRE, PALMI und UNILEVER CI eine negative Zertifizierung und die Entscheidung Nr. 002/2005/COM/UEMOA eine negative Zertifizierung in Bezug auf Vereinbarungen zur Gründung von Joint Ventures im Zusammenhang mit der Nutzung des GAZODUC-Projekts in Westafrika und dem Verkauf von Erdgas in den Staaten Benin und Togo.

1278 Dies ist der Beschluss Nr. 003/2013/COM/UEMOA, mit dem Burkina Faso aufgefordert wird, das zugunsten von SONAPOST im Post- und Paketverkehr eingerichtete Monopol mit dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft in Einklang zu bringen.

behandeln staatliche Beihilfen¹²⁷⁹ oder die Aufhebung von Normen, die gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft verstoßen.¹²⁸⁰ Zwei Fälle von Kartellen und/oder dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung sind anhängig, aber noch nicht abgeschlossen; dies sind die Fälle von *SOTELMA-MALITEL gegen ORANGE MALI* und *SOBEBRA gegen Einzelhändler*.

Offensichtlich besteht kein Mangel an Wettbewerbsrechtsstreitigkeiten auf Kommissionsebene. Damit stellt sich die Frage nach den Gründen für die Ineffektivität des Wettbewerbsrechts auf Gemeinschaftsebene. Wie sich bisher beobachten lässt, konnte die Kommission nur in einem einzigen Fall über den Marktmissbrauch von *SONAPOST* in Burkina Faso entscheiden. Dies legt den Schluss nahe, dass es keine Rechtsstreitigkeiten über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen auf Unionsebene gibt. Dieses Fehlen von Rechtsstreitigkeiten über Kartelle und den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen sowohl auf dem Gemeinsamen Markt als auch auf einzelnen nationalen Märkten offenbart jedoch die Grenzen des institutionellen Systems, die zur faktischen Straffreiheit der Täter von Kartellrechtsverstößen in der UEMOA führt. Tatsächlich scheint die Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen ineffizient zu sein, weil das institutionelle System dafür nicht förderlich ist. Dies erfordert eine Überarbeitung der Wettbewerbsgesetze und insbesondere eine Neugestaltung des institutionellen Systems, um die Umsetzung des Wettbewerbsrechts zu erleichtern. In der Entscheidung *SONAPOST* ging es darum, dass das Unternehmen *STAF* am 12. Februar 2008 bei der Nationalen Kommission für Wettbewerb und Verbraucherfragen (*Commission Nationale de la concurrence et de la consommation -CNCC*) von Burkina Faso eine Beschwerde gegen das Unternehmen *SONAPOST* wegen wettbewerbswidriger Verhaltensweisen eingereicht hat. Die Vertreter des Unternehmens hätten unter dem Vorwand, Verstöße gegen das *SONAPOST* gewährte Postmonopol zu überwachen, im November 2007 in ihren Räumlichkeiten Briefe beschlag-

1279 Dies sind die Entscheidung Nr. 005/2005/ COM/UEMOA über das Verbot der Freistellung von importiertem Clincker, die Entscheidung Nr. 008/2010/COM/UEMOA, mit der der senegalesische Staat aufgefordert wird, die für die Einfuhr von Kraftpapierverpackungen gewährten Freistellungen aufzuheben, und die Entscheidung Nr. 002/2011/COM/UEMOA, mit der bestimmte Bestimmungen des Abkommens für das Luftfahrtunternehmen AS-KY und die Regierung von Togo entgegen dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft für anwendbar erklärt werden.

1280 Entscheidung Nr. 0792/2007/PCOM/UEMOA zur Beilegung des Streits über den Ursprung von Palmöl aus der Elfenbeinküste.

nahmt, die Kunden ihr zur Zustellung an bestimmte Orte des Landes anvertraut hatten und eine Geldstrafe von 1.537.200 CFA-Franc verhängt haben. Nach Prüfung der Beschwerde erließ die CNCC eine Entscheidung, in der sie feststellte, dass das der SONAPOST gewährte Monopol im Postverkehr mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar ist. Sie erklärte sich jedoch für nicht dafür zuständig, den Fall in der Sache weiter zu verfolgen und Zwangsmaßnahmen zu ergreifen. Anschließend übermittelte sie das Dossier am 12. Februar 2009 an die UEMOA-Kommission, die am 13. Februar 2013 den Beschluss fasste, dass das SONAPOST gewährte Monopol gegen Art. 6 Abs. 1 der Verordnung Nr. 02/2002/CM/UEMOA über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen verstößt, und den burkinischen Staat anschließend aufforderte, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um den nationalen Rahmen mit dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft in Einklang zu bringen. Diese Entscheidung beruhte auf einer Fehlinterpretation der UEMOA-Kommission über ihre von der Union übertragenen Sanktionsbefugnisse. Denn wenn die Kommission Gelegenheit hatte, einen gleichbedeutenden Fall zu behandeln, sei es für Unternehmen oder Mitgliedstaaten, hat sie es versäumt, ihr *imperium*, d.h. ihre Befugnis, Befehle zu erteilen, zu nutzen. Im UEMOAV ist der UEMOA-Kommission nicht die alleinige Befugnis erteilt festzustellen, dass das Verhalten eines Unternehmens oder eines Mitgliedstaats mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang steht, ohne die erforderlichen Konsequenzen durch die Verhängung der vorgesehenen Geldbußen zu ziehen. Die Beobachtung der Praxis der Kommission hat jedoch gezeigt, dass sie fast alle Entscheidungen mit den Worten „Die Kommission fordert auf“ abschließt. Die Realität ist, dass niemand aufgrund des Freiheitsprinzips gezwungen ist, einer Aufforderung nachzukommen. So wurde die Kommission beispielsweise in der Rechtssache SONAPOST von der CNCC von Burkina Faso angerufen, die sich zu Gunsten der Kommission für unzuständig erklärt hat, weil der Straftatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung ausschließlich in die Zuständigkeit der Union fällt. Die UEMOA-Kommission fand jedoch nach fünfjährigem Verfahren keine andere Lösung, als den burkinischen Staat aufzufordern, die marktbeherrschende Stellung von SONAPOST auf dem Markt für Brief- und Paketbeförderung zu beenden. Ein solches Vorgehen ist nicht akzeptabel. Vielmehr handelt es sich um ein Versäumnis, denn in diesem Fall hatte die UEMOA-Kommission Gelegenheit, den Schaden für die Wirtschaft und die Störung der öffentlichen Ordnung in der Union, die SONAPOST verursacht haben könnte, obwohl es sich um eine öffentliche Gesellschaft handelt, zu bewerten und die in Art. 22 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA vorgesehenen Geldbu-

ßen zu verhängen. Zur großen Überraschung der Verfahrensparteien und aller Unbeteiligter kam SONAPOST damit ohne Sanktionen davon. Angesichts dieser Situation können sich Unternehmen ein wettbewerbswidriges Verhalten leisten, da sie wissen, dass die Kommission, selbst wenn sie angerufen wird, sie lediglich auffordern wird, die Verhaltensweise ohne weitere Maßnahmen zu beenden – eine Aufforderung, auf die sie nach eigenem Ermessen reagieren können, aber nicht müssen. Dies ist ein ernsthaftes Hindernis für die Umsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen.

Die wirksame Bestrafung von Tätern wettbewerbswidriger Handlungen maßgeblich von der Schnelligkeit des Entscheidungsprozesses ab. Die Dauer des Verfahrens wird durch Fristen festgelegt, die klar, präzise und den Sanktionen zugeordnet sein müssen. Einer der Gründe für die Ineffektivität der Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen in der UEMOA ist nämlich die Langsamkeit des Verfahrens vor der Kommission. Im Falle eines Verstoßes gegen Art. 88 a oder b des UEMOAVs werden die Verfahrensfristen, soweit sie bestehen, nicht mit Sanktionen verbunden. Die Art. 22 und 23 der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA setzen keine Frist für die Einleitung von Verfahren zur Ahndung von Verstößen gegen Art. 88 a und b UEMOAV fest. In Art. 16 Abs. 1 dieser Verordnung heißt es, dass die Kommission die Frist festsetzt, innerhalb derer Unternehmen und Unternehmensvereinigungen berechtigt sind, Stellung zu nehmen, jedoch nicht die Frist, innerhalb derer die Kommission ihre Entscheidung trifft. Diese mangelnde Präzision in Bezug auf die Frist, innerhalb derer die Kommission ihre Entscheidung erlassen muss, trägt entscheidend zur Verlangsamung des Verfahrens zur Ahndung wettbewerbswidriger Handlungen bei. Dies ist ein ernsthaftes Hindernis für die Beschleunigung des Sanktionsverfahrens, da die Kommission bei der Behandlung einer Beschwerde über Verstöße gegen die Bestimmungen von Art. 88 a und b des UEMOAV ein Verfahren beliebig hinauszögern kann, obwohl es dringend notwendig wäre, eine wettbewerbswidrige Handlung durch schnelles Eingreifen mit einer Sanktion zu beenden.

Die lange Dauer kennzeichnet alle Gemeinschaftsverfahren. Im Allgemeinen gibt es eine Nachlässigkeit, die eine rasche Umsetzung des Wettbewerbsrechts nicht erleichtert. Die Nichtigkeitsklage gegen das Negativtest, das *UNILEVER-CI* und anderen erteilt wurde, ist hierfür ein perfektes

Beispiel.¹²⁸¹ Da der CJUEMOA nicht über ausreichende Beweise verfügte, um die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung zu beurteilen, erließ er am 2. März 2012 eine Zwischenentscheidung, in der er die UEMOA-Kommission aufforderte, dem Gerichtshof innerhalb von zwei Monaten alle Informationen und Unterlagen zur Verfügung zu stellen, die es ihm ermöglichen, die wirtschaftlichen Folgen der Durchführung von Zusammenschlüssen im Hinblick auf den Wettbewerb besser einzuschätzen. Andernfalls wird der Gerichtshof nach Ablauf dieser Frist von zwei Monaten die Bestellung eines von den antragstellenden Unternehmen zu bezahlenden Sachverständigen anordnen, der eine Untersuchung über den relevanten Markt der Union durchführen wird, um festzustellen, ob der Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung geführt hat. Der CJUEMOA ernannte schließlich einen Sachverständigen, weil die Kommission nicht die erforderlichen Informationen lieferte.

Was den Entscheidungsfindungsprozess der Kommission anbelangt, so ist dieser von Schwerfälligkeit gekennzeichnet, die sich unmittelbar auf die Wirksamkeit der Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen auswirkt. Wenn der beratende Ausschuss seine Stellungnahme an die Wettbewerbsdirektion übermittelt, schließt diese die Untersuchung des Falles ab und übermittelt ihren Entscheidungsentwurf der Direktion Recht (*Direction des Affaires Juridiques* - DAJ) zur Stellungnahme. Die DAJ ist eine Behörde, die dem Vorsitz der Kommission zugeordnet ist. Sie nimmt zu dem Entscheidungsentwurf Stellung und leitet die Akte an die Wettbewerbsdirektion zurück. Die Direktion Wettbewerb berücksichtigt die Bemerkungen der DAJ, bevor sie die Akte zurückschickt, die dann dem Präsidenten der Kommission zur Unterzeichnung vorgelegt werden. Nach der Unterzeichnung der Entscheidung validiert die DAJ die Entscheidung, die dann abgeschlossen wird. Dieses interne Entscheidungsverfahren, das zwischen der Wettbewerbsdirektion und der DAJ der Kommission geteilt wird, erscheint oberflächlich betrachtet einfach. Es wirft jedoch Probleme im Zusammenhang mit der Geschwindigkeit, mit der Entscheidungen getroffen werden, und dem Inhalt der Entscheidungen auf. Tatsächlich kommt es zu Verzögerungen zwischen der Übermittlung der Akte an die Rechtsabteilung zur Überprüfung und der Rückgabe der Akte an die Wettbewerbsabteilung. Da das Verfahren nicht an Fristen für die Einreichung

1281 Entscheidung Nr. 009/2008/COM/UEMOA vom 22. Oktober 2008 der UEMOA-Kommission zur Erteilung eines Negativattests für SIFCA, COSMIVOIRE, PALMI und UNILEVER CI.

von Stellungnahmen gebunden ist, kann dieser interne Prozess langwierig sein und somit den internen Entscheidungsprozess erheblich verzögern.¹²⁸² Es ist zu beachten, dass es Aufgabe der DAJ ist, die endgültige Entscheidung zu bestätigen. Dies ist eine Schwäche der Geschäftsordnung, denn die DAJ bestätigt die Entscheidung, nachdem sie vom Kommissionspräsidenten unterzeichnet wurde. Sie ist jedoch eine Direktion, die dem Vorsitzenden der Kommission angegliedert ist. Damit hat die DAJ ein Vetorecht gegen die Entscheidungen der Kommission, da es ihr obliegt, die Entscheidung zu bestätigen. Die Bestätigung der Entscheidung der Kommission durch die DAJ zeigt eine Ungereimtheit, die zur Langsamkeit des Entscheidungsprozesses der Kommission beiträgt.

Auch inhaltlich ist die Einbindung der DAJ in den Entscheidungsprozess problematisch. Die Beobachtungen der DAJ beschränken sich nämlich nicht nur auf die formelle Entscheidung, sondern betreffen auch den Inhalt. Das Recht auf Kontrolle in materiellen Fragen ermöglicht es der DAJ, eine Aufsichts- und Kontrollfunktion über die Entscheidungsentwürfe der Wettbewerbsdirektion auszuüben, obwohl sie keine besondere Kompetenz in diesem Bereich hat, da die Mitglieder der DAJ in keiner Weise Experten im Wettbewerbsrecht sind. Auch dieser Eingriff verlangsamt das Verfahren.

Es ist in der Tat wichtig festzustellen, dass die UEMOA keine autonome, von der Kommission losgelöste Behörde auf Gemeinschaftsebene hat, die für die Umsetzung ihrer Wettbewerbspolitik zuständig ist. Entsprechend der unterschiedlichen Erfahrungen bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts in der Gemeinschaft ist die für die Durchsetzung des Wettbewerbsrechts zuständige Gemeinschaftsbehörde in einer breiteren Institution, der UEMOA-Kommission, untergebracht, die über umfassende und übergreifende Kompetenzen verfügt, die alle Bereiche der Gemeinschaftsintegration betreffen. Tatsächlich ist es die Wettbewerbsdirektion, die die Umsetzung des Wettbewerbsrechts innerhalb der UEMOA-Kommission gewährleistet. Die UEMOA-Wettbewerbsdirektion ist eine Unterabteilung der Abteilung für regionale Märkte, Handel, Wettbewerb und Zusammenarbeit in der UEMOA-Kommission¹²⁸³, die für die Anwendung der Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft zuständig ist. Die Schaffung einer auto-

1282 Siehe *Bakhoun, Mor*: Rapport final, 2012, S. 22.

1283 Die UEMOA-Kommission besteht aus sieben Abteilungen: der Abteilung für Wirtschaftspolitik und interne Steuern (DPE), der Abteilung für regionale Märkte, Handel, Wettbewerb und Zusammenarbeit (DMRC), Geschäftsentwicklung, Energie, Telekommunikation und Tourismus (DDET), Ministerium

nomen Direktion für Wettbewerb innerhalb der UEMOA-Kommission ist in der Tat neu. Erst 2007 wurde die Direktion Wettbewerb eingerichtet. Zuvor wurden Wettbewerbsfragen unter der Aufsicht der Direktion Handel und Wettbewerb behandelt. Zwischen 2003, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gemeinschaftsrechts, und 2007 war die Wettbewerbsbehörde innerhalb der UEMOA-Kommission kaum sichtbar.

Auf struktureller Ebene ist die Wettbewerbsdirektion nur begrenzt unabhängig. Für eine regionale Wettbewerbsbehörde, die für Wettbewerbsstreitigkeiten im Gemeinschaftsgebiet zuständig ist, verfügt die Direktion Wettbewerb über sehr begrenztes Personal. Die Wettbewerbsdirektion besteht nur aus drei Personen, darunter ihr Direktor, die für die Umsetzung aller Befugnisse der Direktion, welche die Kontrolle des freien Wettbewerbs im gesamten Gemeinsamen Markt, einschließlich wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, die in den Mitgliedstaaten auftreten können, umfassen, verantwortlich sind. Dieses begrenzte Personal der Direktion Wettbewerb ist für die Durchführung sämtlicher Ermittlungen zuständig, nicht nur in Fällen, die den Handel innerhalb der Gemeinschaft betreffen, sondern auch für alle wettbewerbswidrigen Handlungen, deren Auswirkungen in den Mitgliedstaaten begrenzt sind.¹²⁸⁴ Es steht außer Frage, dass der Direktion Wettbewerb nicht genügend Humanressourcen zur Verfügung stehen, damit sie ihre Aufgaben erfüllt. Das Personal der Wettbewerbsdirektion ist, im Vergleich zur Wettbewerbsdirektion der Europäischen Kommission,¹²⁸⁵ für den Umfang ihres Auftrags unzureichend. Während derzeit das Personal der UEMOA-Wettbewerbsdirektion drei Mitarbeiter beschäftigt, waren es im Jahr 2016 in der Wettbewerbsdirektion der Europäischen Union rund 960 Mitarbeiter. Diese drei Mitarbeiter müssen nicht nur alle Untersuchungen zu wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, die den Handel innerhalb der Gemeinschaft beeinträchtigen durchführen, sondern auch zu allen wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen, deren Auswirkungen in den Mitgliedstaaten begrenzt sind. Dies trägt maßgeblich zur nicht wirksamen Umsetzung des UEMOA-Kartellrecht bei, da die Prü-

für kommunale Planung und Verkehr (DATC), Ministerium für Ernährungssicherheit, Landwirtschaft, Bergbau und der Umwelt (DSAME), der Abteilung für menschliche Entwicklung (DDH) und der Abteilung für administrative und finanzielle Dienstleistungen (DSAF).

1284 *Bakhoun, Mor*: Rapport final, 2012, S. 6.

1285 Zum 31. Dezember 2016 waren 960 Mitarbeiter bei der GD Wettbewerb beschäftigt. Von den 960 sind 812 Statuts Personal und 148 externe Mitarbeiter (d.h. abgeordnete nationale Experten, Auszubildende, externe Dienstleister).

fung und Bearbeitung von Beschwerden im Rahmen einer Entscheidung einen erheblichen Personalaufwand erfordert.

Hinzu kommt, dass alle Handlungen der Direktion Wettbewerb vom Präsidenten der Kommission genehmigt werden müssen. Es handelt sich um eine untergeordnete Beziehung, die die Initiativen der Direktion Wettbewerb untergräbt. Diese Unterordnung wirft das Problem der operativen Unabhängigkeit der Wettbewerbsdirektion auf. Dies ist die direkte Folge ihrer Verankerung in der institutionellen Struktur der Gemeinschaft. Die Wettbewerbsdirektion der UEMOA-Kommission hat daher nicht die Freiheit, unabhängig und flexibel zu agieren, wie es ihre Aufgabe der Überwachung des Gemeinsamen Marktes erfordert. Alle Handlungen der Direktion Wettbewerb im Zusammenhang mit Untersuchungen müssen vom Präsidenten der Kommission genehmigt werden. Denn vor jeder Untersuchung in einem Mitgliedstaat oder in einem Unternehmen muss die Kommission die Notwendigkeit der Untersuchung begründen, bevor sie die Genehmigung und die erforderlichen Mittel für die Durchführung der Ermittlung erhält. Der Präsident der Kommission genehmigt alle Handlungen der Direktion Wettbewerb. Auch Auskunftersuchen an Unternehmen und Staaten für zusätzliche Informationen müssen vom Präsidenten der Kommission unterzeichnet werden. Darüber hinaus müssen Rechtsakte, die sich auf ein anhängiges Verfahren beziehen, von der Kommission unterzeichnet werden.¹²⁸⁶ Es geht um eine Zentralisierung der Entscheidungsbefugnisse. Dies ermöglicht es, die Entscheidungsfindung in den Händen des Präsidenten der Kommission zu zentralisieren. Außerdem ist die Direktion Recht (DAJ), eine dem Vorsitz der Kommission angegliederte Behörde, in den Entscheidungsprozess einbezogen. Dieser zentralisierte institutionelle Mechanismus garantiert keine effiziente Umsetzung der Gemeinschaftsvorschriften.

Bei einer genaueren Analyse zeigt sich, dass der hohe Grad der Zentralisierung der Kompetenzen in den Händen der UEMOA-Kommission eine der zentralen Ursachen für die Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Wettbewerbsrechts im UEMOA-Bereich ist. Die Schwierigkeiten erinnern an die europäischen Erfahrungen: Zu Beginn der Umsetzung des Vertrags von Rom konnten nur sehr wenige Verfahren erfolgreich durchgeführt werden und es ergingen fast keine Entscheidungen in der Sache.¹²⁸⁷ Es war auch dort die hohe Konzentration der Kompetenzen in den Händen der

1286 *Bakhoun, Mor*: Rapport final, 2012, S. 5 ff.

1287 Siehe *Dannecker, Gerhard / Fischer-Fritsch, Jutta*: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, Heft 133, Carl Heymanns Verlag KG, 1989, S. 90 ff.

Kommission, die zu der geringen Entscheidungsrate aufgrund des schwerfälligen und langwierigen Entscheidungsverfahrens führte.¹²⁸⁸ Die Kritik hat es in der Europäischen Union ermöglicht, die Gesetzgebung der Union weiterzuentwickeln, was 2003¹²⁸⁹ zu einer Neuverteilung der Zuständigkeiten zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten für wirksame Sanktionen gegen Kartellrechtsverstöße führte. Die Mitgliedstaaten erhielten eine parallele Zuständigkeit für die Verhängung von Geldbußen wegen Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft. Die Lähmung bei der Sanktionierung von Verstößen gegen den freien Wettbewerb in der UEMOA ähnelt der europäischen Erfahrung. Es wäre ratsam, dass die Mitgliedstaaten der UEMOA dem Beispiel der Europäischen Union folgen, um die Direktion Wettbewerb funktionsfähiger zu machen. Dies würde es ermöglichen, die Anwendung des Wettbewerbsrechts in der UEMOA voranzubringen.

Das Problem im UEMOA-Bereich ist die Schwäche der Wettbewerbspolitik, wie sie von der Kommission und den lokalen Wirtschaftsakteuren betrieben wird. Die Kommission hat Schwierigkeiten, eine kohärente Politik zur Eindämmung wettbewerbswidriger Handlungen von Unternehmen zu entwickeln, während sie zugleich die Pflicht hat, den Gemeinsamen Markt durch Androhung von Sanktionen zu schützen. Zu diesem Zweck könnte sie die Staaten im allgemeinen Interesse ermutigen, strafrechtliche Maßnahmen zu ergreifen. Das Fehlen einer solchen regionalen Wettbewerbspolitik durch die Kommission wirft Zweifel an der Verantwortlichkeit der Unternehmen auf, die für wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen verantwortlich sind und transnationale Kartelle bilden, die in mehreren Ländern tätig sind. Tatsächlich fehlt dem UEMOA-Wettbewerbsrecht, das die Wirtschaftsbeziehungen regeln muss, dieser Zweck, denn der wirtschaftliche Druck würde Vorrang vor den engen Beziehungen haben, die zwischen sozialen Umständen und Rechtsnormen bestehen sollten, soweit soziale Einflüsse das Recht beeinflussen und es entstehen lassen, sowie rechtliche Einflüsse das Soziale beeinflussen.¹²⁹⁰ Allerdings wurden weder die sozialen noch die wirtschaftlichen Umstände in der UEMOA-Region berücksichtigt, da die Umsetzung staatlicher Politiken oft durch kontextuelle Beson-

1288 Dannecker, Gerhard / Fischer-Fritsch, Jutta: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis, S. 37.

1289 Siehe Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 4.1.2003, Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

1290 Siehe Terré, François: Introduction générale au droit, S. 27.

derheiten legitimiert oder außer Kraft gesetzt wird. Die Wettbewerbspolitik bildet diesbezüglich keine Ausnahme.¹²⁹¹ Im Gegenteil, sie ist aufgrund des Marktversagens gerechtfertigt, das sich definitionsgemäß auf die wirtschaftliche Interaktion bezieht, sowohl in Bezug auf ihren Zweck als auch in Bezug auf ihren Standort. Das kontextuelle Element in der Formulierung des Ziels der Wettbewerbspolitik und in der Erklärung ihrer Funktionsweise ist implizit enthalten. Die Wettbewerbspolitik ist in der Tat ein Mittel zur Erreichung des Ziels, die Verbraucherinteressen und die wirtschaftliche Effizienz zu schützen.¹²⁹² Zu diesem Zweck sanktioniert sie Verhaltensweisen, die auf die Einschränkung des Wettbewerbs abzielen, verhindert die Schaffung von Marktmacht und fördert die Entstehung und/oder Stärkung einer Wettbewerbskultur. Dies scheint in der UEMOA-Region aber nicht wirksam umgesetzt zu sein. Wie sich zeigt, ist die mangelnde Klarheit in der Verordnung Nr. 03/2002/CM/UEMOA hinsichtlich der Verfahrensverzögerungen ein wesentliches Hindernis für die wirksame Bekämpfung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen.

Die Ineffizienz der Kommission bei der Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen hat Auswirkungen auf den Gerichtshof der UEMOA, der in diesem Bereich untätig ist.

bbb. Das Unvermögen des Gerichtshofs der UEMOA

Bei der Durchsetzung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Kartellrechtsverstöße verfügt der Gerichtshof über die weitreichendsten Befugnisse. Der Umfang der Intervention des Gerichtshofs zeigt, dass es sich um ein wichtiges Organ bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts handelt. Aber es stellt sich die Frage, warum die Kommission und das Gericht bisher keine Sanktionsentscheidungen getroffen haben. Der Gerichtshof verfügt nicht über das erforderliche Fachwissen und Erfahrung in diesem Be-

1291 „Wettbewerb sind jene Marktprozesse, in denen sich Wettbewerbsfreiheit und, weil sie reziprok individuelle ökonomische Vorteile zur Folge hat, ökonomische Vorteilhaftigkeit manifestieren. Durch wettbewerbspolitische Maßnahmen sollen die Marktprozesse in die gewünschte Richtung geleitet werden. Die Wettbewerbspolitik als Wissenschaft hat die Aufgabe, die adäquaten Maßnahmen aufzuzeigen und ihnen konkreten Inhalt zu geben.“ *Hoppmann, Eric: Wirtschaftsordnung und Wettbewerb*, S. 254; *Tchapga, Flavien: Concurrences* 2013, S. 238.

1292 *Bakhum Mor: Rapport finale* 2012, S. 193-194; *Tchapga, Flavien: Concurrence* 2013, S. 238.

reich, um seine anerkannte Kompetenz in Wettbewerbsfragen wirksam auszuüben. Der Mangel an Erfahrung ist darauf zurückzuführen, dass es keine oder nur wenige Rechtsstreitigkeiten vor der Kommission gibt, was sich in den Rechtsstreitigkeiten vor dem Gerichtshof widerspiegelt,¹²⁹³ da die institutionelle Gliederung so beschaffen ist, dass der Gerichtshof nur in dem Umfang tätig werden kann, in dem die Kommission tätig ist.

Zusätzlich zu der Stellungnahme aus dem Jahr 2000 über die Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen der Kommission und den nationalen Wettbewerbsstrukturen und einem Berufungsverfahren, das Senegal gegen eine Entscheidung der Kommission Nr. 007/2010/COM/UEMOA vom 4. Juni 2010 eingereicht hat und mit der Senegal aufgefordert wurde, die Norm NS 03-072 in der Rechtssache *West African Commodities* aufzuheben, hat der Gerichtshof mit Urteil vom 09. Mai 2018 die Klage der *SUNEOR-SA-Gesellschaften* abgewiesen, unter anderem weil der Antrag in einer Klage auf Nichtigserklärung einer Entscheidung über das Wettbewerbsrecht falsch begründet war.¹²⁹⁴ Der CJUEMOA konnte angesichts dieser Situation noch keine praktische Erfahrung machen und Expertise in Wettbewerbsfragen sammeln. Obwohl der Gerichtshof der UEMOA über sehr weitreichende Befugnisse verfügt, um die Entscheidungen der Kommission zu überprüfen und ggf. zu korrigieren, braucht er bei der Anwendung der Verordnungen über wettbewerbswidrige Verhaltensweisen einen Anstoß, um Fachwissen bei der Auslegung des Wettbewerbsrechts zu erwerben.

Die Bestrafung von Tätern wettbewerbswidriger Handlungen erfordert jedoch auch, dass nationale Hindernisse beseitigt werden, um wirksam agieren zu können.

bb. Mangelnde Kenntnis des UEMOA-Kartellrechts

Der Mangel an Kenntnis über das UEMOA-Kartellrecht ist ein großes Hindernis für eine wirksame strafrechtliche Sanktionierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen. Die fehlende Effizienz ergibt sich aus der Tatsache, dass dieses Recht von den Wirtschaftsakteuren und Justizbehörden nicht wahrgenommen wird. Auf der Suche nach den Ursachen für die mangelnde Effizienz ergab eine Felduntersuchung von Dezember 2018 bis Februar

1293 *Bakhum, Mor*: Rapport, rapport finale 2012, S. 30.

1294 CJUEMOA, Urteil Nr. 002/2018 vom 09. Mai 2018, *SUNEOR-Sa u.a v/UNILEVER CI (UCI)* u.a.l.

2019 im Benin (10 Einzelunternehmen im Marché Dantopka in Cotonou), in Burkina- Faso (10 Einzelunternehmen im Grand Marché Rood kwo von Ouagadougou) und in Togo (10 Einzelunternehmen im Marché Assiganmin von Lomé) bei Unternehmen (Aktiengesellschaften wie *Théminis*, *STIS-Ali* und *STAF*), nationalen Gerichten und den UEMOA-Institutionen, dass das UEMOA-Wettbewerbsrecht nicht wirksam durchgesetzt wird, weil das Wettbewerbsrecht von der Kommission nicht ausreichend verbreitet wird.

Es ist die Kommission, die das UEMOA-Wettbewerbsrecht nicht nur öffentlich bekannt machen sollte, sondern vor allem auch die Steuerzahler dahingehend sensibilisieren sollte, dass sie für die Anwendung zuständige Behörde ist. Aufgrund der ausschließlichen Zuständigkeit der Union bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf der Grundlage der Art. 26 und 90 des UEMOA-Übereinkommens, aus der die Verantwortung der UEMOA-Kommission abgeleitet werden kann, hat sie die Wirtschafts- und Justizakteure auf das UEMOA-Wettbewerbsrecht aufmerksam zu machen, um dessen Wirksamkeit zu gewährleisten. Zu diesem Zweck sieht Art. 26 UEMOAV vor, dass die Kommission im Interesse des ordnungsgemäßen Funktionierens und des allgemeinen Interesses der Union die ihr durch diesen Vertrag übertragenen Befugnisse ausübt.¹²⁹⁵ Nach Art. 90 ist die Kommission für die Anwendung der in den Art. 88 und 89 vorgeschriebenen Wettbewerbsregeln verantwortlich. Im Rahmen dieser Aufgabe hat sie die Befugnis, Entscheidungen zu treffen.¹²⁹⁶ Es ist daher auch ihre Aufgabe, den Prozessbeteiligten verständlich zu machen, dass das UEMOA-Recht ihnen strafrechtlichen Schutz vor wettbewerbswidrigen Handlungen bietet. Die Kommission versäumt es jedoch, das Bewusstsein dafür zu schärfen, dass es bisnag im UEMOA-Bereich praktisch kaum kartellrechtliche Verfahren gibt.

Das Versäumnis der Kommission, das Bewusstsein zu schärfen, stellt eine Verletzung des Rechts auf strafrechtlichen Schutz vor wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen dar. Im Recht auf strafrechtlichen Schutz ist das Recht auf Information verankert. Wenn die Kommission nach Art. 90 UEMOAV für die Anwendung der in den Art. 88 und 89 festgelegten

1295 Art. 26 UEMOAV: „La Commission exerce, en vue du bon fonctionnement et de l'intérêt général de l'Union, les pouvoirs propres que lui confère le présent Traité.“

1296 Art. 90 UEMOAV: „La Commission est chargée 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“

Wettbewerbsregeln verantwortlich ist, hat sie damit zugleich die Befugnis, Entscheidungen zur Information und Aufklärung der Bürger zu treffen.

Vor diesem Hintergrund sollte der Gerichtshof die Bürger für die Tätigkeiten der UEMOA im Allgemeinen und das Wettbewerbsrecht im Besonderen sensibilisiert, zugleich ist er eine Kontrollinstanz der Kommission gemäß Art. 90 UEMOAV. Die Untätigkeit der Kommission bezüglich Information und Aufklärung der Bürger über das Wettbewerbsrecht der UEMOA hat den Gerichtshof veranlaßt, Symposien und Seminare an Universitäten und nationalen Gerichten in den Mitgliedstaaten zu organisieren, um das UEMOA-Wettbewerbsrecht bekannter zu machen. Diese Übernahme der Aufgaben der Kommission durch den Gerichtshof ist ein Beleg dafür, dass die Kommission ihrer Informationspflicht gegenüber den Bürgern nicht hinreichend nachgekommen ist. Ihr Scheitern ist ein Hindernis für die wirksame Bestrafung der Täter, insbesondere angesichts der hohen Alphabetenquote in der Geschäftswelt innerhalb der Union.

Die Ergebnisse der Umfrage zeigen, dass nur sehr wenige Unternehmen wissen, dass das UEMOA-Kartellrecht existiert. Große Unternehmen wie Aktiengesellschaften erfahren durch eine Klage oder durch ihre Rechtsabteilung von der Existenz des UEMOA-Wettbewerbsrechts. Öffentliche Unternehmen sind informiert, weil sie sich in staatlichem Besitz befinden. Kleine und mittlere Unternehmen sind uninformiert und Einzelunternehmen oder die im informellen Sektor Tätigen haben noch nie davon gehört. Ein konkretes Beispiel dafür ist das Einzelunternehmen „*Biscuits*“, ein burkinisches Unternehmen, das Kekse aus gelbem Mais herstellt. Die Inhaberin des Unternehmens erklärte, dass zunächst gelber Mais auf dem burkinischen Markt erhältlich war und ihr erlaubte, eine ausreichende Menge an Keksen herzustellen. Aber nach zwei Jahren des Wohlstands bemerkte sie zu ihrem Erstaunen, dass gelber Mais allmählich vom Markt verschwand. Sie reiste durch die Felder von Ouagadougou und die nähere und weitere Umgebung, um gelben Mais zu bestellen, aber der gesamte Mais war bereits vor der Ernte verkauft worden. Während ihrer Nachforschungen erfuhr sie, dass die burkinische Brauerei *BRAKINA* alle gelben Maisfelder aufgekauft hatte, da der gelbe Mais dem der Bierherstellung verwendeten Hopfen wesentlich nahekommt. Die Übernahme des gesamten auf dem Markt verfügbaren gelben Maises durch *BRAKINA* machte es *Biscuits* unmöglich, ihre Geschäfte fortzusetzen, weshalb sie aufgrund des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung und der wirtschaftlichen Macht *BRAKINA*s auf dem burkinischen Markt das Unternehmen schließen musste. Der Hauptgrund für die Schließung des Unternehmens war aber eigentlich, dass der Inhaber der Firma *Biscuits* nicht wusste, dass es ei-

nerseits ein UEMOA-Wettbewerbsrecht und andererseits einen wettbewerbsrechtlichen Rechtsmechanismus gibt, der kleine Unternehmen vor dem Missbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen schützt.

Das Recht auf Schutz ist ein Recht, dessen Wirksamkeit auch von den mit seiner Umsetzung betrauten Institutionen abhängt. Das Verschwinden von *Biscuits* kann darauf zurückzuführen sein, dass die Kommission die Information über das UEMOA-Wettbewerbsrechts versäumt hat. In den Ländern Benin, Burkina Faso und anderen UEMOA-Mitgliedstaaten gibt es viele solcher Fälle.

Was die nationalen Gerichte betrifft, so unterscheidet sich ihre Situation hinsichtlich der fehlenden Kenntnis über das Wettbewerbsrecht nicht von der der Unternehmen. Man kann zwischen denjenigen differenzieren, die mit dem UEMOA-Wettbewerbsrecht nicht vertraut sind, und denjenigen, die damit vertraut sind, aber nicht wissen, dass sie dafür zuständig sind, es anzuwenden. In der ersten Gruppe gaben die befragten Richter an, auf einem Seminar zufällig vom UEMOA-Wettbewerbsrecht gehört zu haben. In der zweiten Gruppe erklärten die befragten Richter, dass sie wissen, dass sie für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zuständig sind, aber nicht wissen, dass sie aufgrund der ausschließlichen Zuständigkeit der Union befugt sind, Verstöße gegen das UEMOA-Wettbewerbsrecht zu ahnden.

Dies steht maßgeblich damit im Zusammenhang, dass die UEMOA-Institutionen das UEMOA-Wettbewerbsrecht nicht ausreichend verbreiten. Die Beamten des CJUEMOA und die Kommission sind der Ansicht, dass das ewige Problem der UEMOA darin besteht, dass keine Informationen über ihre Tätigkeiten im Allgemeinen und die Verbreitung ihrer Normen im Besonderen verbreitet werden. Um dies zu korrigieren, begann der CJUEMOA im Oktober 2018 mit der Verbreitung des UEMOA-Rechts an den nationalen Universitäten der Mitgliedstaaten. Dieses Vorgehen, das grundsätzlich zu befürworten ist, reicht aber nicht aus, um die Richterschaft hinreichend zu informieren.

b. Hindernisse auf nationaler Ebene

Abgesehen von der zentralen Rolle der Justiz bei der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs – worauf in dieser Arbeit wegen der restriktiven Definition des Wettbewerbsrechts nicht eingegangen wurde – ist ihre Rolle bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts nicht mehr zu beweisen. Es ist die Justiz, die letztlich den Sinn und die Tragweite der gesetzlichen Regeln, insbesondere der Wettbewerbsregeln, klärt und definiert. Die Hin-

dernisse für die wirksame Bestrafung der Täter von wettbewerbswidriger Verhaltensweisen auf nationaler Ebene sind hauptsächlich der Mangel an qualifiziertem Personal (aa) und das Unbehagen der Strafrichter (bb).

aa. Der Mangel an qualifiziertem Personal

In den UEMOA-Mitgliedstaaten fehlt es an Personal mit speziellem Fachwissen im Wettbewerbsbereich. Diese Feststellung wird auch von den nationalen Wettbewerbsbehörden nicht in Frage gestellt. Im Benin beispielsweise muss die Analyse der Ressourcen der Direktion für Wettbewerb und Betrugsbekämpfung (*Direction de la Concurrence et de la Lutte contre la Fraude - DCLF*) als Regierungsstruktur, deren Aufgabe in den allgemeinen Rahmen der Tätigkeiten der Generaldirektion für Binnenhandel (*Direction Générale du Commerce Intérieur - DGCI*) fällt, innerhalb des allgemeinen Rahmens der Ressourcen der DGCI erfolgen. Die DCLF wird nämlich aus dem der DGCI von der Regierung zugewiesenen Budget finanziert. Das DCLF setzt sich aus zehn Mitarbeitern zusammen, darunter zwei kaufmännischen Administratoren, einem Spezialisten für wirtschaftspolitisches Management, einem Planungsingenieur, zwei Handelsattachés einschließlich eines Soziologen, zwei Attachés der Verwaltungsdienste, darunter ein Rechtsanwalt, zwei kaufmännischen Controllern und einem stellvertretenden Sekretär für Verwaltungsdienste. Im Jahr 2007 belief sich der Haushalt der DGCI auf 30.937.000 CFAF mit 53 Angestellten sowie weiteren materiellen Ressourcen.¹²⁹⁷ Darüber hinaus stützt sich die DGCI auf Relais in verschiedenen Abteilungen in Form der Abteilungsdirektion Industrie und Handel (*Direction Départementale de l'Industrie et du Commerce - DDIC*). Darüber hinaus sind die nationalen Wettbewerbsstrukturen mit Haushaltszwängen konfrontiert, die ihr Eingreifen in den Markt einschränken. Das ihnen zugewiesene Budget ist insgesamt so stark begrenzt, dass eine verantwortliche Arbeit nicht durchgeführt werden kann. Alle nationalen Wettbewerbsstrukturen der UEMOA-Mitgliedsländer sind mit vergleichbaren Haushaltsengpässen konfrontiert.

Abgesehen von verwaltungstechnischen Hindernissen könnten die Schwierigkeiten bei der Bestrafung von Kartellrechtsverstößen auch von den zuständigen Gerichten ausgehen.

1297 Siehe CNUCED: Rapport sur le Bénin et Sénégal 2007, S. 154.

bb. Die Schwierigkeiten des Strafrichters

Die Gerichte der UEMOA-Mitgliedstaaten sind für die Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen zuständig.¹²⁹⁸ Dies bedeutet, dass vor ihnen zivil- oder handelsrechtliche Klagen (Nichtigkeits- und Haftungsklagen) und Strafverfahren geführt werden. Diese Gerichte gehören im Benin, wo es keine Dualität der Gerichtsbarkeiten¹²⁹⁹ (auf der Ebene der materiell zuständigen Gerichte) gibt, zur gerichtlichen Ordnung. Gemäß der Stellungnahme Nr. 003/2000 des UEMOA-Gerichtshofs sind die Mitgliedstaaten ausschließlich befugt, alle strafrechtlichen Maßnahmen gegen wettbewerbswidrige Verhaltensweisen zu ergreifen. Nach Art. 72 Abs. 6 des Gesetzes Nr. 2016-25 über die Organisation des Wettbewerbs im Benin sind die Gerichte befugt, die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Handlungen nach dem Verfahren des ordentlichen Rechts festzustellen und zu sanktionieren. Dieser strafrechtliche Weg, der den Mitgliedstaaten offensteht, um gegen die Personen, die wettbewerbswidrige Verhaltensweisen begehen, zu bestrafen, hat somit zur Verabschiedung nationaler Gesetze geführt, um diese Bestrafung wirksam durchzusetzen. Dies wirft die Frage auf, ob die ordentlichen Gerichte wettbewerbswidrige Verhaltensweisen effektiv bestrafen.

Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte könnte aus mehreren Gründen ein Hindernis für die effiziente Bestrafung von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen darstellen. Erstens, weil der Strafrichter mit der Kriminalität in diesen Fällen nicht vertraut ist und die Feinheiten des Geschäftslebens nicht kennt.¹³⁰⁰

Im Wesentlichen erklärt sich das Unbehagen des Strafrichters bei der Bestrafung von Wirtschaftsdelikten im Allgemeinen und von wettbewerbswidrigem Verhalten im Besonderen daraus, dass er die Aufgabe hat, zum Schutz der Gesellschaft vor jeglichem Fehlverhalten oder Missbrauch zu bestrafen. Er ist grundsätzlich nicht auf die Regulierung von Streitigkeiten ausgerichtet und befasst sich daher nicht mit dem Wirtschaftsleben. Dies

1298 Siehe *Diawara, Mouhamadou*: Cinquième conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenues au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, Antalya, Türkei am 14. und 18. November 2005, S. 6.

1299 Die Dualität der Zuständigkeitsordnungen besteht in Frankreich in zwei getrennten Gerichten: der Verwaltungsanordnung und der gerichtlichen Anordnung, die jeweils vom Staatsrat und dem Kassationsgericht geleitet werden. Im Benin gilt für alle Gerichtsarten nur die Cour Suprême als oberstes Gericht.

1300 Siehe oben S. 421.

hätte in anderen Systemen, wie denen Deutschlands und Frankreichs, dazu geführt, dass man zur Umsetzung des Wettbewerbsrechts institutionelle Mechanismen eingeführt hätte. Für die Umsetzung der Wettbewerbsregeln in diesen Staaten sind unabhängige Verwaltungsbehörden verantwortlich, denen weitreichende Befugnisse eingeräumt sind, die der Regelungsmaterie angepasst sind und von den allgemeinen Grundsätzen des Zivil- oder Strafverfahrens abweichen.¹³⁰¹ Die Rechtfertigung für das Eingreifen spezifischer Wettbewerbsbehörden kann auf vier Überlegungen gestützt werden. Ausgefeilte Theorien und Methoden des Wettbewerbsrechts und der Wirtschaft erfordern, dass ihre Umsetzung Experten übertragen wird.¹³⁰² Zweitens erfordert der geheime Charakter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen die Einrichtung eines Durchführungsmechanismus‘ für die ständige Überwachung und Untersuchung von Amts wegen, der von den ordentlichen Gerichten nicht wahrgenommen werden kann. Drittens besteht die Gestaltung einer echten Wettbewerbspolitik darin, eine Behörde mit der Aufgabe zu betrauen, Prioritäten bei der Umsetzung der Wettbewerbsregeln festzulegen,¹³⁰³ eine Aufgabe, die nicht von einem ordentlichen Gericht wahrgenommen werden kann, das über alle Anträge zu entscheiden verpflichtet ist. Gegebenenfalls kann die Behörde die Ressourcen auf bestimmte vorrangige Bereiche oder Verhaltensweisen konzentrieren, insbesondere unter ökonomischen Gesichtspunkten. In der UEMOA haben sich solche Behörden aber nicht als effektiver erwiesen als normale Richter.

Hiergegen lässt sich einwenden, dass die Intervention des Strafrichters sowohl aus materiellen Gründen wegen der entstandenen Schäden als

1301 Siehe *Petit, Nicolas*: Droit européen de la concurrence, S. 455.

1302 Siehe *Thatcher, Magaret*: in Geradin, Damien / Munoz, Rodolphe/ and Petit, Nicolas. (éd.): Regulatory Authorities in the EC: A New Paradigm for European Governance, S. 164-179.

1303 Siehe „Antrag auf Stellungnahme der UEMOA-Kommission zur Auslegung der Art. 88, 89 und 90 des Vertrags über die Wettbewerbsregeln in der Union“, im CJUEMOA, „Recueil de la jurisprudence de la Cour“, Court of Justice, Ouagadougou, Februar 2002, S. 121; im gleichen Sinne EuGH, 28 Juni 2005, Dansk Rorindustri A/S und andere, Verbundene Sache C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P, Slg. 2005, S. I-05425: „die der Kommission durch Art. 101 Absatz 1 des Vertrags und 102 des EG-Vertrags übertragene Überwachungsaufgabe umfasst nicht nur die Aufgabe, einzelne Verstöße zu untersuchen und zu ahnden, sondern auch die Pflicht, eine allgemeine Politik zu verfolgen, die darauf abzielt, die im Vertrag festgelegten Grundsätze auf den Wettbewerb anzuwenden und das Verhalten von Unternehmen in dieser Hinsicht zu leiten.“

auch aus rechtsethischen Gründen, um dem Gewinnstreben entgegenzutreten, unerlässlich ist.¹³⁰⁴ Diese Legitimität des Kartellstrafrechts ist umso höher, als sich dieses Gesetz in ein liberales Wirtschaftssystem einfügt. Tatsächlich ist das Strafrecht mit einem liberalen System kompatibel und stärkt es sogar. Zwar sind strafrechtliche Interventionen nur bei klaren und schwerwiegenden Taten erforderlich. Das Wirtschaftsstrafrecht im Allgemeinen und strafbare wettbewerbswidrige Verhaltensweisen im Besonderen sind jedoch kein allgemeines Strafrecht. Der Bankrotteur hat nichts mit dem Dieb eines Fahrzeugs oder dem Täter einer Sexualstraftat zu tun. Es gibt einen Partikularismus des Wirtschaftsstrafrecht, dem sich der Richter stellen muss. Dieser Partikularismus ergibt sich in erster Linie aus den Quellen der Wettbewerbsdelikte, die nicht immer denen des gewöhnlichen Strafrechts entsprechen. Hervorzuheben sind folgende Aspekte: Im Recht der wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen gibt es gemeinschaftsrechtliche Regelungen der UEMOA, die Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht haben. Der UEMOA-Gerichtshof hat dies in seiner Stellungnahme vom 27. Juni 2000 entschieden. Dies ist eine Aufforderung an die Mitgliedstaaten und zugleich eine Verpflichtung, die gemeinschaftlichen Wettbewerbsverstöße zu bestrafen. Dieser Pflicht sind einige der Mitgliedstaaten auch nachgekommen. Die Kriminalisierung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen darf sich jedoch nicht auf den bloßen Erlass von Gesetzen beschränken. Die Gesetze müssen auch angewendet werden, was ohne eine effektive Strafgerichtsbarkeit nicht erreichbar ist. Auch im Wettbewerbsrecht und im allgemeinen Recht ist die Struktur eines Verstoßes nicht immer gleich. Dies gilt vor allem für das „materielle Element“ im Sinne des Unrechts, bei dem die Unterlassung eine wichtige Rolle spielt. Im Gesellschaftsrecht gibt es viele Unterlassungsverstöße. Die Rechtsprechung bejaht sogar die Möglichkeit der strafbaren Beihilfe durch Stimmenthaltung, während das beninische Strafgesetzbuch Handlungen zur Beihilfe auf ein positives Verhalten beschränkt.¹³⁰⁵

1304 Siehe Pradel, Jean: Fondation pour le droit continental 2009, S. 3–4.

1305 Art. 22 CP Benins sieht vor: *"Est complice d'un crime ou d'un délit, la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre. Est également complice la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation."* In Frankreich beispielsweise qualifizierte eine Entscheidung der Strafkammer vom 28. Mai 1990 das Mitglied einer Unternehmensleitung, das von dem Missbrauch von Unternehmenseigentum wusste und sich ihm nicht widersetzte, als Gehilfe.

Was das subjektive Element der Straftat betrifft, so versteht die Rechtsprechung sie auf repressive Weise. Es ist bekannt, dass UEMOA-Mitgliedstaaten mit französischer Rechtstradition über so genannte materielle Straftaten verfügen, bei denen von einem subjektiven Element ausgegangen wird, so dass der Angeklagte nur ohne Schuld handelt, wenn er den Nachweis für seine Unzurechnungsfähigkeit führt.¹³⁰⁶ Für Straftaten, die in der Regel Wirtschaftsdelikte sind, wird eine Art Vermutung des Wissens zugelassen, die praktisch zu den alten materiellen (schuldunabhängigen) Straftaten gehört. Zu diesem Zweck impliziert die bloße Feststellung einer Verletzung gegen das Wirtschaftsrecht Seiten des Täters die schuldhaft Absicht, die für die Begründung einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise erforderlich ist.¹³⁰⁷ All diese Besonderheiten der wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen müssen von den nationalen Gerichten berücksichtigt werden, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Täter wirksam durchzusetzen.

Darüber hinaus können verwaltungsrechtliche Sanktionen nicht durch strafrechtliche Sanktionen ersetzt werden – und umgekehrt. Die Freiheit des Gesetzgebers, strafrechtliche oder aber verwaltungsrechtliche Sanktionen festzulegen, ist nicht Ausdruck von Willkür. Im Gegenteil ist es ein Zeichen für den unwiderruflichen Unterschied zwischen Straf- und Verwaltungssanktionen, da nur strafrechtliche Sanktionen durch Freiheitsentzug oder durch die symbolische Kraft, die sie ausstrahlen, die Missbilligung der Gesellschaft in einem solchen Maße ausdrücken können – eine Missbilligung, die verwaltungsrechtliche Sanktionen nicht zum Ausdruck bringen können.¹³⁰⁸ Aus diesem Grund haben die nationalen Gesetzgeber der UEMOA-Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung ihres Hintergrunds ein strafrechtliches Sanktionssystem und kein verwaltungsrechtliches Sanktionssystem gewählt.

Das Strafrecht sollte daher umfassend verstanden werden und das Wirtschaftsrecht nicht als ein bloßes Nebenstrafrecht verstanden werden. Der freie Wettbewerb, die unternehmerische Freiheit, die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit selbst können nur im Rahmen einer angemessenen Regulierung gedeihen, ohne Werte wie Transparenz, Gleichheit oder Loyalität zu gefährden: Aufgabe des Strafrechts ist es, schwerwiegende Verhal-

1306 Tatsächlich wurde die materielle Straftat 1845 vom französischen Kassationsgericht geschaffen.

1307 Siehe beispielsweise Strafkammer des französischen Kassationsgerichts, Urteil vom 14. Januar 2004.

1308 Siehe *Rosenfeld, Emmanuel/Veil, Jean*: Pouvoirs 2009, S. 71.

tensweisen zu bestrafen, die die Gesellschaft schädigen. Das Strafrecht muss dabei ermöglichen, eine Hierarchie der Straftaten, die Höhe der Haftstrafen und die Voraussetzungen der Strafverfolgung festzulegen.¹³⁰⁹ Dies erfordert die Einschaltung des Strafgerichts, um die Sanktionen auf wettbewerbswidrige Verhaltensweisen anwenden zu können. Gesellschaften wie die Aktiengesellschaft erweisen sich auf den Märkten als Akteure, die Gutes und Schlechtes hervorbringen können. Daher muss ein ständiges Gleichgewicht zwischen wirtschaftlicher Dynamik und kluger Strafrechtspolitik gefunden werden. Der Missbrauch des Strafrechts, auch wenn er zur Befriedigung der (legitimen) Emotionen der öffentlichen Meinung begangen wird, verzerrt dieses Recht und schwächt dessen exemplarischen Charakter. Sagt man nicht seit Platon, dass ehemalige Gefangene die besten Wächter sind? Dann wird es notwendig sein, den Richter in Wettbewerbsfragen auszubilden, um ihn zur Anwendung des Sanktionsrechts gegen wettbewerbswidriges Verhalten zu befähigen und so diese Täter in den UEMOA-Mitgliedstaaten strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen.

III. Fazit

Der Grund dafür, dass die Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können, liegt auf zwei Ebenen: der nationalen und der gemeinschaftlichen.

Auf nationaler Ebene hat nur ein Teil der Mitgliedstaaten legislative Maßnahmen ergriffen, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit zu regeln. Außerdem ist die Bestrafung in Mitgliedstaaten, in denen die nationale Gesetzgebung die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen grundsätzlich anerkennt, wie beispielsweise im Benin, dies nach wie vor in der Praxis nicht umgesetzt worden. Die nationalen Rechtsvorschriften sind auch insofern unzulänglich, als sie dem Handelsminister zentrale Befugnisse einräumen. Da der Minister jedoch ein Politiker ist und die Gefahr einer Kollision zwischen Politik und Wirtschaft besteht, ist es dringend geboten, den Minister aus dem System der strafrechtlichen Verfolgung der Täter wettbewerbswidriger Verhaltensweisen herauszuhalten. Daher sollte das im Rahmen der Sanktionierung von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen auf nationaler Ebene vorgesehene ordentliche Rechtsverfahren überprüft und an die Besonderheiten des Wettbewerbsrechts angepasst werden. Darüber hinaus steht das nationale Gericht im

1309 Siehe *Coulon, Jean-Marie*: Pouvoirs 2009, S. 7.

Mittelpunkt der Bestrafung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, vor allem, weil die Bestrafung in seine Zuständigkeit fällt. Der nationale Richter muss die erforderlichen Fähigkeiten erwerben, um mit seiner Zuständigkeit ausfüllen zu können.

Was den institutionellen Rahmen anbetrifft, so ist er auf Gemeinschaftsebene unzulänglich, da die Kommission Schwierigkeiten hat, die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Tätern wettbewerbswidriger Verhaltensweisen wirksam durchzusetzen und der CJUE in diesem Bereich völlig untätig ist. Für die nationale Ebene kann der Mangel an qualifiziertem Personal in den nationalen Wettbewerbsbehörden als Haupthindernis für die fehlende Effizienz genannt werden.