

HU ISSN 1588-6735

# EUROPEAN INTEGRATION STUDIES

A Publication of the University of Miskolc

Volume 17, Number 1



MISKOLC UNIVERSITY PRESS  
2021

## **The Editorial Board of the Journal of European Integration Studies**

*A publication of the University of Miskolc (UOM)*

<u>Editor-in-Chief:</u>	<b>Prof. Csilla CSAK</b> , lawyer (UOM)
<u>Editor:</u>	<b>Andrea JÁNOSI, PhD</b> , lawyer (UOM)
<u>Secretary of the Editorial Board:</u>	<b>Adrienn Jám bor, PhD</b> , lawyer (UOM) <b>Gergely Cseh</b> , lawyer (UOM)
<u>Professional lecturers:</u>	Prof. Dr. Dr. h.c. <b>Gerhard Dannecker</b> (University of Heidelberg) Prof. Dr. <b>Judit Jacsó</b> (University of Miskolc)
<u>Language reviewer:</u>	<b>Diana Maria Nita</b>
<u>Members:</u>	<b>Anna Petrasovszky, PhD</b> , lawyer (UOM) <b>Prof. Nóra Jakab</b> , lawyer (UOM) <b>Prof. Emőd Veress</b> , lawyer (Sapientia Hungarian University of Transylvania, Cluj-Napoca) <b>Prof. Sibilla Buleca, D.Jur.Sc.</b> , lawyer (Uzhhorod National University, Ukraine) <b>Prof. György Kocziszky</b> , economist (UOM) <b>Attila Dudás PhD</b> , lawyer (University of Novi Sad, Serbia) <b>Anikó Raisz, PhD</b> , lawyer (UOM) <b>Zsófia Asztalos, PhD</b> , lawyer <b>István Bajánházy, PhD</b> , lawyer (UOM) <b>Edina Vinnai, PhD</b> , lawyer (UOM) <b>Jenő Szmodis, PhD</b> , lawyer (University of Public Service) <b>Pavel Salák, PhD</b> , lawyer (Masaryk University, Brno, Czech Republic) <b>Prof. János Ede Szilágyi</b> , lawyer (UOM) <b>Prof. Anita Paulovics</b> , lawyer (UOM) <b>Zsolt Czékman, PhD</b> , lawyer (UOM) <b>Prof. Erika Jám borné Róth</b> , lawyer (UOM) <b>Adrienn Nagy, PhD</b> , lawyer (UOM) <b>Zoltán Varga, PhD</b> , lawyer (UOM) <b>Ágnes Juhász, PhD</b> , lawyer (UOM) <b>Bence Udvarhelyi, PhD</b> , lawyer (UOM) <b>Zsófia Hornyák, PhD</b> , lawyer (UOM) <b>Miklós Nyíró, PhD</b> , philosopher (UOM) <b>Kinga Szabó-Tóth, PhD</b> , sociologist (UOM) <b>Diana Cirmaciu, PhD</b> , lawyer (University of Oradea, Romania) <b>Prof. Mariann Veresné Somosi</b> , economist (UOM) <b>Prof. Alina Badulescu</b> , economist (University of Oradea, Romania) <b>Prof. Dan-Cristian Dabija</b> , economist (Babeş-Bolyai University Cluj-Napoca, Romania) <b>Prof. Ákos Farkas</b> , lawyer (UOM) <b>Zoltán Angyal, PhD</b> , lawyer (UOM) <b>Prof. Zsuzsa Wopera</b> , lawyer (UOM)

**UNIVERSITY OF MISKOLC, FACULTY OF LAW**  
**3515 MISKOLC-EGYETEMVÁROS, HUNGARY**  
Tel.: +(36) (46) 565-111/1353  
E-mail: editor.eis@uni-miskolc.hu



Unterstützt von / Supported by



**Alexander von Humboldt**  
Stiftung / Foundation

Die vorliegende Auflage der European Integration Studies wurde im Rahmen des Humboldt-Institutspartnerschaftsprojekts *Zur Systematisierung der strafrechtlichen Verantwortung von und in Unternehmen* mit Unterstützung der Alexander von Humboldt-Stiftung herausgegeben.

This volume of European Integration Studies was published as part of the Humboldt Institute partnership project *On the systematisation of criminal responsibility by and in enterprises* with the support of the Alexander von Humboldt Foundation.



## Contents / Inhaltsverzeichnis

Vorwort / Preface .....	7
<i>Gerhard Dannecker:</i> Straf- und bußgeldrechtliche Verantwortung von Unternehmen, insbesondere im Kartell-, Datenschutz- und Bankenaufsichtsrecht, de lege lata und de lege ferenda .....	11
<i>Thomas Schröder:</i> Unternehmensverantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen – zum neuen Gesetzesentwurf in Deutschland .....	42
<i>Nadja Müller:</i> Unternehmensverantwortlichkeit im Kartellrecht.....	50
<i>Maxi Schäfer:</i> Bußgeldrecht in der europäischen Bankenaufsicht .....	64
<i>Suzan Denise Hüttemann:</i> Verbandsgeldbußen im Finanzsektor: eine Kumulation zweifelhafter Obergrenzen .....	72
<i>Csilla Csák:</i> Verantwortung von Unternehmen im Umweltschutzrecht .....	88
<i>Judit Barta:</i> The significance of executives in connection with the agreements restricting economic competition.....	94
<i>József Gula:</i> Criminal legal regulations on cartels in Hungary .....	106
<i>Judit Jacsó:</i> Straf- und bußgeldrechtliche Verantwortung von Verbänden im Geldwäschestrafrecht.....	117
<i>Ferenc Sántha:</i> Responsibility of companies in international criminal law.....	135
<i>Bence Udvarhelyi:</i> Corporate responsibility for human rights violations .....	143

<i>Andrea Jánosi:</i>	
Criminal data management – relevant sources of EU law, interoperability of EU information systems.....	156
<i>Mário Čertický:</i>	
Responsibility of the Data controllers in data protection law and the practice of the authorities in imposing administrative fine.....	167
<i>Csenge Halász:</i>	
Verantwortung von Unternehmen bei Verletzungen der Privatsphäre – Verantwortung von und in Netzwerken.....	180
<i>Martin Csirszki:</i>	
Unfair trading practices in the food supply chain – Comparing the 2019/633 EU Directive with the Hungarian regulation .....	191
<i>Tamás Prugberger – Andrea Szöllős:</i>	
Employment using information technology – Self-employment or employment .....	198

## VORWORT

Am 8. Oktober 2020 fand die Eröffnungsveranstaltung *Straf- und bußgeldrechtliche Verantwortung von Unternehmen, insbesondere im Kartell-, Datenschutz- und Bankenaufsichtsrecht, de lege lata und de lege ferenda* des von der Alexander von Humboldt-Stiftung unterstützten Institutspartnerschaftsprojektes *Zur Systematisierung der strafrechtlichen Verantwortung von und in Unternehmen* statt, die von den Universitäten Heidelberg und Miskolc organisiert wurde. Der vorliegende Band der *European Integration Studies* enthält die Publikationsversion der Beiträge.

Während Ungarn, wie die meisten Mitgliedstaaten der Europäischen Union, bereits Kriminalstrafen gegen juristische Personen kennt, sieht das deutsche Recht bislang nur Verbandsgeldbußen vor. Allerdings steht gegenwärtig die Einführung einer strafrechtlichen Verantwortung juristischer Personen in der Diskussion, in starker Anlehnung an das österreichische Verbandssanktionsgesetz. Kontrovers diskutiert werden insbesondere die rechtspolitischen, verfassungsrechtlichen sowie strafrechtsdogmatischen Fragen, die sich stellen, wenn Verbände als „wesentliche Akteure der Moderne“ strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden sollen für durch sie und aus ihnen heraus begangenes Fehlverhalten. Die hiergegen bestehenden Bedenken scheinen deutlich abzunehmen. Parallel dazu entwickelt sich ein unionsrechtliches Unternehmensbußgeldrecht, das die Mitgliedstaaten nach den Vorgaben der Europäischen Union übernehmen bzw. anwenden müssen. Aus diesem Grund wurde als Thema der Eröffnungsveranstaltung die *Straf- und bußgeldrechtliche Verantwortung von Unternehmen, insbesondere im Kartell- und Datenschutzrecht, de lege lata und de lege ferenda* ausgewählt.

Durch die Beiträge, in denen die unterschiedlichsten Facetten des Generalthemas zu Tage treten, wird deutlich, dass die bevorstehenden Gesetzes- und Rechtsänderungen im Bereich des Verbands- wie auch des Unternehmenssanktionsrechts Grundlagenprobleme aufweisen, die im Zuge des durch die Alexander von Humboldt-Stiftung geförderten dreijährigen Institutspartnerschaftsprojektes vertieft werden sollen und müssen, um den Vorgaben einer rationalen Kriminalpolitik zu entsprechen.

Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker  
Prof. Dr. Judit Jacsó





## PREFACE

On 8 October 2020, the opening event *Criminal and fine law responsibility of companies, especially in antitrust, data protection law and banking supervisory law, de lege lata and de lege ferenda* of the institute partnership project *On the systematisation of criminal responsibility by and in enterprises* supported by the Alexander von Humboldt Foundation took place, organized by the Universities of Heidelberg and Miskolc. This volume of European Integration Studies contains the published version of the contributions.

While Hungary, like most member states of the European Union, already knows criminal penalties against legal persons, German law so far only provides for (non criminal) fines against associations. However, the introduction of criminal responsibility for legal persons is currently under discussion, in analogy to the Austrian Association Sanctions Act. In particular, there is controversy about the questions of legal policy, constitutional law and the dogmatics of criminal law arising if legal persons, as “essential actors of modernity”, were to be held criminally responsible for misconduct committed by them and on behalf of them. The reservations against this development seems to be clearly diminishing. At the same time, an enterprise fine law under Union law is developing, which the member states have to adopt or apply in according to the requirements of the European Union. For this reason, the subject of the opening event was chosen to be the criminal and fine law responsibility of companies, in particular in antitrust, data protection and banking supervisory law, *de lege lata* and *de lege ferenda*.

Through the contributions, in which the most diverse facets of the general topic come to light, it becomes clear that the forthcoming legislative and legal changes in the areas of criminal liability as well as fines against enterprises pose fundamental problems that must be deepened in the course of the three-year institute partnership project funded by the Alexander von Humboldt Foundation in order to meet the requirements of a rational criminal policy.

Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker  
Prof. Dr. Judit Jacsó



**STRAF- UND BUßGELDRECHTLICHE VERANTWORTUNG  
VON UNTERNEHMEN, INSBESONDERE IM KARTELL-,  
DATENSCHUTZ- UND BANKENAUF SICHTSRECHT,  
DE LEGE LATA UND DE LEGE FERENDA**

**Criminal and administrative responsibility of enterprises, especially  
in the area of cartel law, data protection law and banking supervision**

GERHARD DANNECKER\*

**Abstract:** In the law of the European Union, liability for (administrative) fines (Geldbußen) has developed as a special sanction model for regulatory offences, first in the area of cartel law, now of data protection and banking supervisory law, too. The criminal law systems for judicial persons in the EU member states are oriented towards the EU system of enterprise liability. This leads to problems, especially with regard to the sentencing and to procedural guarantees. The emerging path of convergence despite different sanction models – responsibility of enterprises versus responsibility of judicial persons – should be continued in view of the punitive nature of the (administrative) fine.

**Keywords:** *Corporate fines, criminal liability of legal persons, antitrust fines, data protection fines, banking supervisory fines*

## 1. EINLEITUNG

Von der Strafrechtswissenschaft weitgehend unbemerkt hat sich im europäischen Kartellrecht ein Sanktionsinstrument entwickelt, das als Bußgeldrecht gegen Unternehmen umschrieben werden kann.<sup>1</sup> Im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union wird unter dem Begriff des Unternehmens nach ständiger Rechtsprechung des EuGH „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform sowie der Art ihrer Finanzierung“<sup>2</sup>, also die wirtschaftliche Einheit, verstanden, unabhängig davon, ob diese nach nationalem Recht Rechtspersönlichkeit aufweist.

---

\* Prof. Dr. Dr. h.c. Seniorprofessor, Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, Juristische Fakultät, Universität Heidelberg, Universität Miskolc.

<sup>1</sup> Eingehend dazu DANNECKER, Gerhard – SCHRÖDER, Thomas: Tatbestände mit supranationaler Schutzrichtung (Europadelikte). In: BÖSE, Martin (Hrsg.): *Europäisches Strafrecht* (EnzEuR Bd. 11). 2. Aufl., 2021, § 8 Rn. 246 ff.; DANNECKER, Gerhard – DANNECKER, Christoph: Europäische und verfassungsrechtliche Vorgaben für das materielle und formelle Unternehmensstrafrecht. *NZWiSt*, 2016, 162 ff.

<sup>2</sup> EuGH, 23. 04. 1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-2010, Rn. 21 (*Höner und Elser*); EuGH, 17. 02. 1993, verb. Rs. C-159/91 und C-160/91, Slg. 1993, I-664, Rn. 17 (*Poucet et Pistre*); EuGH, 10. 09. 2009, Rs. C-97/08 P, Slg. 2009, I-8237, Rn. 54 (*Akzo Nobel*).

Die bußgeldrechtliche Verantwortung von Unternehmen stellt einen Fremdkörper im kontinentaleuropäischen Strafrechtsdenken dar. Er entstammt dem US-amerikanischen Recht und wurde von der Europäischen Union übernommen, als diese im Jahr 1962 die bußgeldrechtliche Verantwortung von Unternehmen mit der Verordnung 17/62<sup>3</sup> eingeführt hat. Das Kartellbußgeldrecht der Europäischen Union gehört zu den klassischen Bereichen eines eigenständigen europäischen Sanktionenrechts, das die Kommission unter der Kontrolle des EuGH in effektiver Weise implementiert hat.<sup>4</sup> Zuständig für die Verhängung der unionsrechtlichen Geldbußen ist allein die Europäische Kommission; die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten können auf der Grundlage der europäischen Bußgeldregelungen keine Sanktionen verhängen. Im Rahmen der Dezentralisierung der kartellrechtlichen Rechtsanwendung, die im Jahr 2003 auf Unionsebene eingeführt wurde, können und müssen die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten nun auch – auf der Grundlage ihrer nationaler Sanktionsvorschriften – Wettbewerbsverstöße sanktionieren.

Nach der Ausweitung des unionsrechtlichen Bußgeldrechts gegen Unternehmen betrifft dieses nunmehr drei Bereiche, auf die im Folgenden näher eingegangen werden soll:

(1.) Das kartellrechtliche Unternehmensbußgeldrecht ist das am weitesten entwickelte Sanktionssystem der Europäischen Union mit strafrechtlichem Charakter.<sup>5</sup> Die Mitgliedstaaten waren aufgrund der ECN+-Richtlinie<sup>6</sup> verpflichtet, bis zum 04. 02. 2021 das unionsrechtliche Konzept der bußgeldrechtlichen Verantwortung von Unternehmen für Kartellrechtsverstöße in ihre nationalen Rechtsordnungen zu übernehmen.

<sup>3</sup> Erste DurchführungsVO zu den Art. 85 und 86 des Vertrages vom 6. 2. 1962, ABl. 13 vom 21. 2. 1962, p. 204.

<sup>4</sup> Eingehend dazu DANNECKER, Gerhard – FISCHER-FRITSCH, Jutta: Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis. 1989, passim; DANNECKER, Gerhard: Europäisches Kartellstrafrecht und internationale Tendenzen. In: SCHICK, Peter J. – HILF, Marianne: *Kartellstrafrecht. Das Spiel vom Fragen* (P. Handke). Wien, 2007, 31 ff.; zusammenfassend DANNECKER, Gerhard – DANNECKER, Christoph: Kartellsanktionsrecht. In: SOYER, Richard (Hrsg.): *Handbuch Unternehmensstrafrecht*. Wien, 2021, § 18 Rn. 18.13 ff.

<sup>5</sup> Generalanwältin KOKOTT, Juliane: Schlussanträge vom 28. 2. 2013 in der Rechtssache C-681/1 Rn. 40; Generalanwalt LÉGER, Philippe: Schlussanträge vom 3. 2. 1998 in der Rechtssache C-185/95 P – Baustahlgewerbe, EuGH Slg. 1998, I-8417 Rn. 30 Fn. 25; eingehend dazu DANNECKER – FISCHER-FRITSCH: a.a.O. 6 f.; siehe auch DANNECKER – DANNECKER (2021): a.a.O. § 8 Rn. 18.37 ff. mit weit. Nachw.; NOWAK, Carsten: In: LOEWENHEIM, Ulrich – MEESEN, Karl M. – RIESENKAMPFF, Alexander – KERSTING, Christian – MEYER-LINDEMANN, Hans Jürgen (Hrsg.): *Kartellrecht. Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht*. 4. Aufl., 2020, München. Art. 23 VerfVO Rn. 50; TIEDEMANN, Klaus: Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts. In: *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum siebzigsten Geburtstag*. 1985, 1411 und 1417.

<sup>6</sup> RL 2019/1/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 12. 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. L11/3 (14. 1. 2019).

Auf diese Weise soll das Ziel einer Harmonisierung der Kartellsanktionsrechtssysteme der Union und ihrer Mitgliedstaaten erreicht werden.

(2.) Auch das Datenschutzrecht kennt inzwischen Unternehmensgeldbußen.<sup>7</sup> Diese Sanktionssysteme hat die Europäische Union unter Rückgriff auf die Unternehmensverantwortung im Kartellbereich für den Bereich des Datenschutzrechts mit der Datenschutz-Grundverordnung<sup>8</sup> eingeführt. Diese Unternehmensgeldbußen sind ausschließlich von den zuständigen nationalen Behörden zu verhängen.

(3.) Auch für den Bereich des Bankenaufsichtsrechts existieren unionsrechtliche Bußgeldregelungen, die sich gegen juristische Personen und gegen Unternehmen richten. Zuständig für die Verhängung der Sanktionen sind die Europäische Zentralbank und die Zentralbanken der Mitgliedstaaten, je nach Zuständigkeit für die Bankenaufsicht. Diese Sanktionen gegen Unternehmen werden in der Praxis regelmäßig angewendet, wenn im Rahmen der Bankenaufsicht Rechtsverstöße festgestellt werden.

(4.) In Deutschland befand sich der Entwurf eines Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes im Gesetzgebungsprozess,<sup>9</sup> der allerdings in der laufenden Legislaturperiode nicht mehr verabschiedet wurde und deshalb der Diskontinuität unterfiel. Der Gesetzesentwurf sah die Einführung der Strafbarkeit juristischer Personen und sonstiger Verbände vor. Vorgesehen war, dass im Falle einer Straftat durch eine Leitungsperson der Verband hierfür sanktioniert werden kann. Gleichwohl wurden einzelne Elemente des Modells der Unternehmenssanktionierung aufgegriffen. Dadurch sollte die bisherige bußgeldrechtliche Verantwortung juristischer Personen und sonstiger Verbände durch ein strafrechtliches Sanktionssystem abgelöst werden, das durch Einbeziehung der Verantwortung einer Muttergesellschaft und durch die Bestimmung des Sanktionsrahmens nach dem Umsatz der wirtschaftlichen Einheit dieselbe Reichweite und Sanktionshöhe wie das unternehmensbußgeldrechtliche Modell erreichen soll. Ob dieses Gesetzesvorhaben in der neuen Legislaturperiode wieder aufgegriffen wird, ist gegenwärtig nicht abzusehen.

## 2. ENTWICKLUNG DES KARTELLBUßGELDRECHTS GEGEN UNTERNEHMEN IN DER EUROPÄISCHEN UNION

Der Wettbewerb stellt das leitende Grundprinzip der europäischen Wirtschaftsverfassung dar, die sich in Art. 4 Abs. 1 EG zum Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb bekennt. Der Wettbewerb gilt als Motor höchster ökonomischer Leistungsfähigkeit bei größtmöglicher Freiheitssicherung.<sup>10</sup> Ihm

<sup>7</sup> Dazu DANNECKER, Gerhard – SCHRÖDER, Thomas: a.a.O. § 8 Rn. 313 ff., 325 ff.

<sup>8</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. L 119 vom 4. 5. 2016, 1, berichtigt ABl. L 314 vom 22. 11. 2016, 72, ABl. L 127 vom 23. 5. 2018, 2.

<sup>9</sup> Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG), BGBl. I Nr. 151/2005.

<sup>10</sup> Näher dazu HOPPMANN, Erich: Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, *JbNSt*, 179 (1966), 286, 289 und 300.

werden vor allem wirtschaftspolitische, daneben aber auch gesellschaftspolitische Funktionen zugeschrieben. Deshalb wurde der Europäischen Kommission für diesen Bereich die Kompetenz eingeräumt (Art. 103 AEUV), Bußgeldtatbestände gegen Unternehmen einzuführen, um ein unionsrechtliches Sanktionssystem zur Durchsetzung des Kartellrechts zu schaffen. Dadurch soll der Wettbewerb als Rechtsgut geschützt werden.<sup>11</sup>

### 2.1. Entwicklung des unionsrechtlichen Bußgeldrechts gegen Unternehmen

Die Europäische Union hat von ihrer Kompetenz, für das Gebiet des Kartellrechts Bußgeldtatbestände gegen Unternehmen einzuführen, im Jahr 1962 Gebrauch gemacht und die Verordnung 17/62<sup>12</sup> eingeführt. Deren Art. 15 sah für schuldhafte – vorsätzliche und fahrlässige – Zuwiderhandlungen sowohl gegen Mitwirkungspflichten als auch gegen das Kartell- und Missbrauchsverbot der Art. 81, 82 EG die Verhängung gemeinschaftsrechtlicher Geldbußen vor. Damit stellte das EG-Kartellrecht das am weitesten entwickelte Sanktionssystem des Gemeinschaftsrechts bereit, das zunächst ausschließlich von der Kommission (nicht auch von den Mitgliedstaaten) angewendet werden konnte. Damit war eine einheitliche Rechtslage auf der Ebene der Europäischen Union gewährleistet, für deren Anwendung ausschließlich die Generaldirektion IV der Europäischen Kommission zuständig war. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union kannten eigene kartellrechtliche Sanktionssysteme, die nur auf innerstaatliche Kartellrechtsverstöße anwendbar waren; diese nationalen Sanktionssysteme wiesen erhebliche Unterschiede auf.<sup>13</sup> Diesbezüglich bestanden damals keine Harmonisierungsbestrebungen.

### 2.2. Charakteristika des europäischen Kartellbußgeldrechts

Fragt man nach den für die Geldbußen gegen Unternehmen charakteristischen Eigenschaften des europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrechts, so sind folgende Aspekte hervorzuheben:

(1.) Bußgeldentscheidungen gemäß Art. 23 Abs. 5 VO 1/2003 sind „Entscheidungen nicht strafrechtlicher Art“, doch sind auch diese Geldbußen dem Strafrecht im weiteren Sinne zuzuordnen.<sup>14</sup> Denn die Geldbußen besitzen vor allem eine repressive

<sup>11</sup> DANNECKER, Gerhard: Der strafrechtliche Schutz des Wettbewerbs: Notwendigkeit und Grenzen einer Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen. In: *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*. Köln, 2008, 789 ff.

<sup>12</sup> Erste DurchführungsVO zu den Art 85 und 86 des Vertrages vom 6. 2. 1962, ABl. 13 vom 21. 2. 1962, 204.

<sup>13</sup> Näher dazu DANNECKER, Gerhard – KÖRTEK, Jasemin: General Report. In: DANNECKER, Gerhard – JANSEN, Oswald (eds.): *Competition Law Sanctioning in the European Union*. 2004, 1 ff; WAGNER VON PAPP, Florian: Kartellstrafrecht in den USA, dem Vereinigten Königreich und Deutschland. *WuW*, 2009, 1236 ff.

<sup>14</sup> Vgl. BIERMANN, Jörg: In: IMMENGA, Ulrich – MESTMÄCKER, Ernst Joachim (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. Bd. 1, 6. Aufl., 2020, Vor Art 23 VO 1/2003 Rn. 39 mit weit. Nachw.; kritisch dazu WILS, Wouter P. J.: *World Competition*. 2005, 5 ff.

Funktion:<sup>15</sup> Die Verhängung gemäß Art. 23 Abs. 1 VO 1/2003 setzt vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten voraus, weshalb die Geldbuße eine Reaktion auf rechtswidriges Verhalten darstellt. Auf strafähnliche Maßnahmen, die repressive Zwecke verfolgen, sind unstreitig die strafrechtlichen Garantien anzuwenden.<sup>16</sup> Die Schwere der angedrohten Sanktion stellt ein weiteres Indiz für den strafrechtlichen Charakter der EU-Bußgelder dar.<sup>17</sup> Aus diesem Grund wird zwischen Kriminalstrafen und Geldbußen als strafrechtlichen Sanktionen im weiteren Sinne, vergleichbar dem deutschen, italienischen und portugiesischen Bußgeldrecht<sup>18</sup>, differenziert. Entsprechend verweist die Kommission für die Unternehmensgeldbußen auf die das Strafrecht betreffenden Grundrechte und insbesondere auf die im Strafrecht Geltung beanspruchenden Prinzipien, die in der Grundrechtecharta niedergelegt sind oder sich aus der EMRK<sup>19</sup> und den mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen ableiten lassen.<sup>20</sup>

(2.) Das europäische Kartellbußgeldrecht richtete sich von Anfang an ausschließlich gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen und nicht gegen juristische Personen und sonstige Verbände.<sup>21</sup> Das nationale Rechtsträgerprinzip, das in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ganz überwiegend gilt und zur Verneinung der Rechtsträgerschaft von Unternehmen führt, kommt im EU-Kartellrecht nicht

<sup>15</sup> Zu den Funktionen der Geldbuße siehe BIERMANN, Jörg: In: IMMENGA – MESTMÄCKER (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. Bd. 1, Vor Art 23 VO 1/2003 Rn. 22 ff.

<sup>16</sup> EuGH, 8. 7. 1999, Rs. C-199/92 P, Slg 1999, I-4384 (*Hüls*); 8.7.1999, Rs. C-199/92 P, Slg 1999, I-4631 (*Montecatini*); RIZVI, Salim: Entfesselte Bussenpraxis im Wettbewerbsrecht? *AJP/PJA*, 2010, 452 und 457 f; FEDERMANN, Bernd A.: *Kriminalstrafen im Kartellrecht*. 2006, 92; DANNECKER, Gerhard: Stellungnahme zum Zwischenbericht des Bundeskartellamts zum Expertenkreis Kartellsanktionenrecht. *NZKart*, 2015, 14 f.

<sup>17</sup> DANNECKER – FISCHER-FRITSCH: a.a.O. 352; MÖHLENKAMP, Andreas: Die europäische Bußgeldpraxis aus Unternehmenssicht in: SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.), *Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts*, 2002, 121, 125; Wegner, Carsten: Keine umfassende Begründungspflicht der Kommission für Geldbußen in Millionenhöhe? *WuW* 2001, 469, 476.

<sup>18</sup> DANNECKER – FISCHER-FRITSCH: a.a.O. 6 f.; TIEDEMANN, Klaus: Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts. In: *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum siebzigsten Geburtstag*. 1985, 1411 und 1417.

<sup>19</sup> Die Rechtsprechung bedient sich seit einem Urteil des EGMR (8. 6. 1976, 5100/71 ua, Rz 83ff [*Engel* ua] = EuGRZ 1976, 221) aus dem Jahr 1976 dreier Kriterien für die Annahme des Vorliegens einer strafrechtlichen Anklage („Engel-Kriterien“): der Zuordnung einer Vorschrift im nationalen Recht, der Natur des Vergehens sowie der Art und Schwere der Sanktion.

<sup>20</sup> Siehe Charta der Europäischen Union vom 7.12.2000 in der am 12. 12. 2007 angepassten Fassung (ABl. C 83 v. 30. 3. 2010, 389 ff); EuG 27. 9. 2006, T-43/02, Rz 74, Slg 2006 II-3435 (*Jungbunzlauer*); 8. 7. 2008, T-99/04, Rz 45, Slg 2008 II-1501 (*AC Treuhand*); SAUER, Ralf: In: SCHULTE, Lothar – JUST, Christoph: *Kartellrecht*.<sup>2</sup> Art 23 VO 1/2003 Rz 40 ff.

<sup>21</sup> Eingehend dazu SCHILDGEN, Larissa: *Rechtsfähigkeit des Unternehmens im Unionswettbewerbsrecht*. 2020, 7 ff.

zum Tragen. Dort wurde Unternehmen durch den Unionsgesetzgeber mit der Einführung der Verantwortung der Unternehmen zugleich die Eigenschaft einer Rechtsperson verliehen.<sup>22</sup>

(3.) Die für das Unternehmen handelnden natürlichen Personen können nach dem Unionsbußgeldrecht nicht für Kartellverstöße geahndet werden. Ihr Verhalten wird den Unternehmen in sehr weitgehendem Umfang zugerechnet; es ist nicht erforderlich, dass eine Leitungsperson den Rechtsverstoß begangen hat. Eine Ahndung der natürlichen Personen für Verstöße gegen das Unionskartellrecht ist nur nach nationalem Recht und dem dort geltenden Sanktionsregime möglich.

(4.) Der allgemeine Teil des europäischen Bußgeldrechts ist in weiten Teilen nicht gesetzlich geregelt. Er wurde aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen unter Rückgriff auf die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten entwickelt und kennt bis heute nur für einige Fragen, so zB. für den Irrtum und die Verjährung, spezielle Regelungen.<sup>23</sup>

(5.) Geldbußen können bei schwerwiegenden Kartellverstößen (Kartellabsprachen und Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) bis zu 10% des Gesamtumsatzes der wirtschaftlichen Einheit, der im Jahr vor der Bußgeldverhängung erzielt worden ist, verhängt werden. Die 10%-Grenze stellt nach Auffassung des EuGH eine Kappungsgrenze dar.<sup>24</sup> Dies bedeutet, dass als Ausgangspunkt der Bußgeldbemessung die 10%-Grenze überschritten werden darf. Erst nach Berücksichtigung sämtlicher Milderungsgründe darf die 10%-Grenze nicht mehr überschritten werden. Ist dies der Fall, so führt die 10%-Grenze zu einer Kappung der zu verhängenden Geldbuße bei 10% des Konzernumsatzes.

(6.) Die Kommission hat in Anlehnung an das US-amerikanische Recht Sentencing Guidelines eingeführt<sup>25</sup>, um Transparenz und Objektivität der Entscheidungen der Kommission im Bereich der Geldbußen sowohl gegenüber dem Unternehmen als auch gegenüber dem Europäischen Gerichtshof, der die Rechtskontrolle ausführt, zu erhöhen. Durch die Leitlinien wurde die Bußgeldbemessung der Europäischen Kommission auf eine neue Grundlage gestellt.

(7.) Die Kommission hat eine eigenständige Kronzeugenregelung für die Mitwirkung bei der Aufdeckung von Kartellrechtsverstößen eingeführt.<sup>26</sup> Vorbild hierfür

<sup>22</sup> DANNECKER – DANNECKER: *NZWiSt*, 2016, 162, 166; ebenso HEINICHEN, Christian: *Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge im europäischen Kartellrechts*. Baden-Baden 2011, 76 ff., 154 ff.; vgl. auch LESSENICH, Christof A.: *Unternehmensbegriff und Zurechnung*. Bonn 2000, 35 ff., 99. A.A. HENN, Florian: *Strafrechtliche Verfahrensgarantien im europäischen Kartellrecht. Implikationen und Grenzen der Strafrechtsähnlichkeit von Kartellbußgeldern*. 2018, 33. Unternehmen als „Sanktionsobjekte für Kartellbußgelder“.

<sup>23</sup> Näher dazu DANNECKER – SCHRÖDER: a.a.O. § 8 Rn. § 8 Rn. 279 ff.; STUCKENBERG, Carl-Friedrich: Allgemeiner Teil eines Europäischen Strafrechts, in: BÖSE, MARTIN (Hrsg.): *Europäisches Strafrecht* (EnzEuR Bd. 11). 2. Aufl., 2021, § 10 Rn. 1 ff.

<sup>24</sup> EuGH, 28.6.2005, verb. Rs C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-213/02 P, Slg. 2005, I-5488, Rn. 278 (*Dansk Rørindustri*); VON LAUFENBERG, Christoph: *Kartellrechtliche Konzernhaftung*. Berlin, 2018, 56.

<sup>25</sup> Siehe dazu nur DANNECKER – DANNECKER (2021): a.a.O. § 18 Rn. 18,64 ff.

<sup>26</sup> Siehe dazu nur DANNECKER – DANNECKER (2021): a.a.O. § 18 Rn. 18,67 ff.



war die „Leniency Policy“ des US-Justizministeriums.<sup>27</sup> Durch diese Mitteilung sollen größere Anreize für die Aufdeckung von Kartellen geschaffen werden; gleichzeitig soll die präventive Wirkung der Bußgelder erhöht werden, weil Unternehmen erfahrungsgemäß aufgrund der generellen Gefahr, dass ein Kartellant in der Zukunft einen „Kartellverrat“ begehen wird, von vornherein von der Beteiligung an einem Kartell zurückschrecken.<sup>28</sup> Es handelt sich also um ein an der wirksamen Aufdeckung und Verfolgung von Kartellen orientiertes Anreizsystem.<sup>29</sup>

(8.) Das Verfahren zur Verhängung der Bußgelder wird als Verwaltungsverfahren und nicht als strafrechtliches Verfahren geführt<sup>30</sup>, selbst wenn Geldbußen und damit Strafsanktionen im weiteren Sinne verhängt werden.<sup>31</sup> In diesem Verwaltungsverfahren kommen gleichwohl einzelne strafprozessuale Garantien zur Anwendung<sup>32</sup>, so insbesondere der Grundsatz „ne bis in idem“.<sup>33</sup> Hingegen soll der Grundsatz „nemo tenetur“ keine Anwendung finden.<sup>34</sup>

(9.) Die strafrechtlichen Sanktionen (im weiteren Sinne) des nationalen Rechts wegen Kartellrechtsverstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV sind von den nationalen Sanktionsinstanzen anzuwenden. Das Verfahrensrecht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union muss rechtsstaatlich ausgestaltet sein<sup>35</sup> und den unionsrechtlichen Verfassungsgarantien Rechnung tragen. Hierbei ist von einem integralen Rechtsstaatsverständnis auszugehen, nach dem sich das Rechtsstaatsprinzip nicht in

<sup>27</sup> Vgl hierzu LUTZ, Martin: Amnestie für aufklärungsbereite Kartellanten? *BB*, 2000, 677 f.

<sup>28</sup> KOM, Pressemitteilung zur Kronzeugenregelung, IP/02/274 vom 13. 2. 2002, 3.

<sup>29</sup> Schlussanträge Generalanwalt MAZÁK, Ján v. 16. 12. 2010, C-360/09, *Pfleiderer*, Rz 31; EuG 9. 9. 2011, T-12/06, Rz 105 ff und 110 (*Deltafina*).

<sup>30</sup> BIERMANN: In: IMMENGA – MESTMÄCKER (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. Bd. 1, Vor Art. 23 VO 1/2003 Rn. 214.

<sup>31</sup> EuGH, 13. 7. 1966, Rs. C-56/64 und 58/64, Slg. 1966, 299, 321 und 385 f. (*Grundig*); 15. 7. 1970, Rs. C-44/69, Slg 1970, 733 und 756 (*Buchler*); 18. 5. 1982, Rs. 155/79, Slg 1982, 1575 und 1611 (*AM&S*); jeweils noch zur VO 17/62.

<sup>32</sup> DANNECKER – DANNECKER (2021): a.a.O. § 18 Rn. 18.80.

<sup>33</sup> BIERMANN: In: IMMENGA – MESTMÄCKER (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. Bd. 1, Vor Art. 23 VO 1/2003 Rn. 242 ff; DANNECKER, Gerhard: Ne bis in idem und das Verbot straf- und kartellrechtlicher Parallelverfahren. 2021, 37 ff; DANNECKER, Gerhard: Grundstrukturen des Grundsatzes „ne bis in idem“ im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs. In: *Festschrift für Ákos Farkas zum 65. Geburtstag*. Bd. 1, 2019, 206 ff. ([https://www.mjsz.uni-miskolc.hu/files/6553/23\\_danneckergerhard\\_t%C3%B6rdelt.pdf](https://www.mjsz.uni-miskolc.hu/files/6553/23_danneckergerhard_t%C3%B6rdelt.pdf)); ESSER, Robert: Das Doppelverfolungsverbot in der Rechtsprechung des EGMR Das Doppelverfolungsverbot in der Rechtsprechung des EGMR (Art. 4 des 7. ZP EMRK). Divergenzen und Perspektiven. In: HOCHMAYR, Gudrun (Hrsg.): *Ne bis in idem in Europa*. Baden-Baden 2015, 27 ff.

<sup>34</sup> Kritisch dazu DANNECKER, Christoph: Konturierung prozessualer Gewährleistungsgehalte des nemo tenetur- Grundsatzes anhand der Rechtsprechung des EGMR. *ZStW*, 127 (2015), 370 ff.; HENN: a.a.O. 172 ff.

<sup>35</sup> Zur Geltung strafrechtlicher Fundamentalgrundsätze DANNECKER – SCHRÖDER, Thomas: a.a.O. § 8 Rn. 284 mit weit. Nachw.; HENN: a.a.O. 34.

Einzelbestimmungen erschöpft.<sup>36</sup> Rechtsstaatlichkeit ist auch als „Grundlage für [...] nicht erwähnte – unbenannte – Einzelgewährleistungen“ heranzuziehen.<sup>37</sup> Diesbezüglich weicht das Rechtsstaatsprinzip von der im anglo-amerikanischen Recht geltenden Rule of Law, die auf der Verwirklichung von Einzelgewährleistungen beruht, ab.

(10.) In den USA werden extrem hohe Sanktionen (fines) gegen Unternehmen angedroht, ohne dass zwischen Kriminalstrafen und Geldbußen als Strafen im weiteren Sinn differenziert wird. Die nach dem Gesetz vorgesehenen „fines“ enthalten ein so hohes Drohpotential, dass die Unternehmen de facto gezwungen sind, die zu verhängenden Sanktionen auszuhandeln. Demgegenüber kommt in der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten dem konsensualen Erledigungsverfahren kein vergleichbarer Stellenwert zu, weil die zu verhängenden Sanktionen schuldangemessen sein müssen. Die Geldbußen werden von den zuständigen Behörden unter der Kontrolle der Gerichte verhängt, auch wenn es zu keiner Einigung mit den Unternehmen gekommen ist. Schuldunangemessene Geldbußen werden aufgehoben und angemessene Sanktionen von der Gerichten verhängt.

### 2.3. Entwicklung des Kartellsanktionsrechts in der Europäischen Union

Der EWG-Vertrag ermächtigte in Art. 83 Abs. 2 lit. a iVm Abs. 1 EG den Rat zur Einführung von Geldbußen und Zwangsgeldern durch entsprechende Verordnungen. Hiervon machte der Rat im Zusammenhang mit der Einführung der Verordnung 17/62 Gebrauch und sah in Art. 15 dieser Verordnung Unternehmensbußgelder vor.

#### a. Einführung unionsrechtlicher Unternehmensgeldbußen durch die VO 17/62

Die Kommission verfolgte mit den Bußgeldern erklärtermaßen sowohl repressive als auch präventive Ziele<sup>38</sup>; im Vordergrund stand die negative Generalprävention iSd Abschreckung, die vor allem durch immer höhere Geldbußen erreicht werden soll.<sup>39</sup> Das einseitige Abstellen auf die Abschreckungswirkung führte vor allem bei der Bestimmung der Bußgeldhöhe häufig zu fragwürdigen Ergebnissen.<sup>40</sup> Auch die Kommission räumt der positiven Generalprävention iSd Bestätigung der Rechtsordnung eine wichtige Bedeutung bei der Verhängung von Geldbußen ein.

Ein weiteres Ziel, das die Kommission mit der Verhängung der Bußgelder von Anfang an verfolgt hat, lag in der Gewinnabschöpfung. Auf der Rechtsgrundlage des

<sup>36</sup> GRZESZICK, Bernd: In MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hrsg.): *Grundgesetz*. Kommentar, 62. Ergänzungslieferung 2011, Art. 20 Rn. 42.

<sup>37</sup> RAUE, Frank: Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein? *Archiv des öffentlichen Rechts*, 131 (2006), 79 ff., 108 mit Fn. 99 f.

<sup>38</sup> Vgl. nur EuGH, 15. 7. 1970, Rs. C-41/69, Slg 1970, 661, 703 (*Chemiefarma*); EuGH, 15. 7. 1970, C-44/69, Slg 1970, 733, 763 (*Buchler*).

<sup>39</sup> Vgl. EuGH 7. 6. 1983, Rs. 103-80, Slg 1983, 1825 ff. (*MDF Pioneer*).

<sup>40</sup> BIERMANN: In: IMMENGA – MESTMÄCKER (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. Bd. 1, Vor Art. 23 VO 1/2003 Rn. 144 f.

Art. 15 VO 17/62 entwickelte die Kommission, in Anlehnung an das US-amerikanische Sanktionssystem und die Praxis der US-amerikanischen Behörden, ein System extrem hoher Geldbußen<sup>41</sup>, auch um die Gewinne abzuschöpfen, und verhängt inzwischen sogar Geldbußen im Milliardenbereich.

### **b. Dezentralisierung der Kartellrechtsdurchsetzung durch die VO 1/2003**

Als die Europäische Union im Jahre 2003 die Verordnung 17/62 durch die neue Verordnung 1/2003 ersetzte<sup>42</sup>, verfolgte sie das Ziel, eine Dezentralisierung der Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Kartellrechts einschließlich des kartellrechtlichen Sanktionsrechts zu erreichen.<sup>43</sup> Die Notwendigkeit der Dezentralisierung war angesichts der Osterweiterung der Europäischen Union erforderlich geworden. Deshalb verzichtete man bewusst darauf, die Mitgliedstaaten zu einer Harmonisierung der Kartellsanktionen zu verpflichten, und hielt es für ausreichend, den Mitgliedstaaten die Pflicht aufzuerlegen, das eigene nationale Sanktionssystem auch auf Rechtsverstöße gegen das EG-Kartellrecht auszuweiten.<sup>44</sup>

Dieser Verzicht der Europäischen Union auf eine Harmonisierung des Kartellsanktionenrechts hatte zur Folge, dass die nationalen Sanktionssysteme der Mitgliedstaaten weiterhin erheblich voneinander abwichen. Die Unterschiede betrafen sowohl die Voraussetzungen, unter denen Verbände und natürliche Personen zur Verantwortung gezogen werden konnten, als auch die angedrohten Rechtsfolgen und die Straf- bzw. Bußgeldbemessung: Die Sanktionsvorschriften reichten von Kriminalstrafen gegen natürliche und juristische Personen (so in England) über Kriminalstrafen gegen natürliche Personen und verwaltungsstraf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionen gegen juristische Personen bis zu verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen gegen natürliche und juristische Personen bzw. reinen Verwaltungssanktionen in Griechenland. Diese Rechtslage erwies sich in der Folgezeit als unbefriedigend, da gerade der Schutz des Wettbewerbs innerhalb der Europäischen Union ein zentrales Anliegen in der Europäischen Union war, das eine stärkere Harmonisierung nahe legte. Insbesondere die Problematik der Umgehung von Bußgeldern durch Auflösung oder Veräußerung einer juristischen Person führte zu der Problematik, dass durch Rechtsnachfolgegestaltungen die Sanktionierung in den Mitgliedstaaten ins Leere laufen konnte, während auf EU-Ebene mit dem Unternehmensbußgeldrecht Fälle der Rechtsnachfolge erfasst werden konnten, ohne dass Sanktionslücken auftraten.

---

<sup>41</sup> Näher zu dieser Entwicklung BIERMANN: In: IMMENGA – MESTMÄCKER (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. Bd. 1, Vor Art. 23 VO 1/2003 Rn. 92 ff.

<sup>42</sup> ABl. vom 4. 1. 2003, L 1/1.

<sup>43</sup> DANNECKER, Gerhard: Die Sanktionierung von Verstößen gegen das gemeinschaftsrechtliche Kartellrecht nach der VO (EG) Nr. 1/2003, *wistra*, 2004, 361 ff.

<sup>44</sup> Näher dazu DANNECKER, Gerhard: Die Neuregelung der Sanktionierung von Verstößen gegen das EG-Kartellrecht nach der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln. In: *Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag*. München, 2004, 61 ff.

**c. Harmonisierung des Kartellsanktionsrechts der Mitgliedstaaten unter dem Einfluss der Europäischen Union**

Der europäische Gesetzgeber hat am 11. 12. 2018 die bis zum 4. Februar 2021 umzusetzende Richtlinie (EU) 1/2019 (sog. ECN+-Richtlinie<sup>45</sup>) erlassen. Mit Art. 1 Abs. 1 dieser Richtlinie sollte erreicht werden, „dass die nationalen Wettbewerbsbehörden über die Garantien im Hinblick auf die Unabhängigkeit, über die Ressourcen und die Befugnisse im Bereich der Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und der Verhängung von Geldbußen verfügen, die sie benötigen, um die Artikel 101 und 102 AEUV wirksam anzuwenden, sodass der Wettbewerb im Binnenmarkt nicht verfälscht wird und den Verbrauchern und Unternehmen keine Nachteile entstehen durch nationale Gesetze und Maßnahmen, die die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften durch die nationalen Wettbewerbsbehörden verhindern“.<sup>46</sup>

Zur Erreichung dieser Ziele enthält die ECN+-Richtlinie unter anderem in Erwägungsgrund 46 die Vorgabe, dass der Begriff „Unternehmen“ i.S.d. Art. 101 und 102 AEUV, der im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union anzuwenden ist, als eine wirtschaftliche Einheit zu verstehen ist, auch wenn es sich um mehrere juristische oder natürliche Personen handelt.<sup>47</sup> Nach Art. 13 Abs. 5 der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass für die Zwecke der Verhängung von Geldbußen gegen Muttergesellschaften sowie rechtliche und wirtschaftliche Nachfolger von Unternehmen der unionsrechtliche Begriff des Unternehmens angewandt wird.<sup>48</sup> Diesbezüglich besteht in den Mitgliedstaaten die Notwendigkeit, ihr Sanktionssystem unter Verzicht auf das Rechtsträgerprinzip zu ersetzen oder jedenfalls so zu erweitern, dass dieselben Ergebnisse erzielt werden wie bei den Sanktionen im Unionskartellrecht.

---

<sup>45</sup> RL 2019/1/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 12. 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. L11/3 (14. 1. 2019), dazu ACHENBACH, Hans: Die ECN+-Richtlinie (EU) 2019/1 und das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht. *wistra*, 2019, 257 ff.

<sup>46</sup> RL 2019/1/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 12. 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. L11/3 (14. 1. 2019).

<sup>47</sup> RL 2019/1/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 12. 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. L11/3 (14. 1. 2019).

<sup>48</sup> Siehe auch ACHENBACH: *wistra*, 2019, 257, 259.

In Deutschland wurden diese Vorgaben zu einem einheitlichen Modell der kartellrechtlichen Unternehmensverantwortung, unter Beibehaltung des Rechtsträgerprinzips, verbunden.<sup>49</sup> Damit ist ein eigenständiges bußgeldrechtliches „Sonderhaftungsrechtsregime“ entstanden, das dem EU-Recht angenähert, mit diesem aber nicht identisch ist. Der wesentliche Unterschied zwischen dem deutschen und dem europäischen Modell liegt darin, dass das deutsche Modell nicht vollständig auf den funktionalen Unternehmensbegriff des europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrechts verweist, sondern weiterhin die Verbandsverantwortlichkeit des § 30 OWG, die auf dem Rechtsträgerprinzip beruht, in Bezug nimmt. Sanktioniert werden können nur juristische Personen und sonstige Verbände. Dies hat zur Folge, dass im deutschen Sanktionenrecht auch weiterhin an die Individualität einer natürlichen Leitungsperson angeknüpft und die wirtschaftliche Einheit lediglich zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft bei einem entsprechenden Abhängigkeitsverhältnis angenommen wird, während Schwestergesellschaften – anders als im europäischen Recht – kein Teil des Unternehmens sind, der in die Ahndung einbezogen werden kann. Außerdem können Muttergesellschaften eigenständig – und nicht als Teil des Unternehmens – geahndet werden, auch wenn ihnen kein schuldhaftes Verhalten vorgeworfen werden kann. Auf diese Weise soll im Ergebnis das Unternehmen sanktioniert werden.

Beachtenswert – sowohl im europäischen als auch im nationalen Kontext – ist weiterhin die Änderung der Richtlinie in Bezug auf den Höchstbetrag der Geldbuße: Nach Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie soll der Höchstbetrag nunmehr „mindestens“ 10% des weltweiten Gesamtumsatzes im vorausgegangenen Geschäftsjahr betragen, so dass sowohl das bisherige Verständnis der 10%-Grenze als Kappungsgrenze als auch als Bußgeldobergrenze hinfällig zu sein scheinen.<sup>50</sup>

Praktische Bedeutung haben zudem die Regelungen zur Amtshilfe und zum gerichtlichen Bußgeldverfahren, und zwar nicht zuletzt deshalb, weil Art. 30 der Richtlinie eine Rollenverschiebung festschreibt bzw. mit sich bringt, weil die Kartellbehörden auch weiterhin Verfolgungsbehörden sein müssen.<sup>51</sup> Damit wird erreicht, dass das Europäische Kartellbußgeldrecht die nationalen Kartellsanktionssystem maßgeblich prägen und die Tendenz der nationalen Kartellbehörden, sich am Unionsrecht zu orientieren, weiter verstärken wird.

---

<sup>49</sup> Eingehend dazu DANNECKER, Gerhard: Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht im Wandel: Von der Verbands- zur Unternehmensverantwortung? In: *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*. München, 2018, 193 ff.; DANNECKER, Gerhard – MÜLLER, Nadja: Das Kartellsanktionenrecht im Lichte der 9. GWB-Novelle. *KSzW*, 2017, 125, 127 ff.; siehe auch DANNECKER, Gerhard – DANNECKER, Christoph – MÜLLER, Nadja: Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht nach der 8. GWB-Novelle: weiterer Reformbedarf? *ZWeR*, 2013, 417 ff.

<sup>50</sup> ACHENBACH: *wistra*, 2019, 257, 259.

<sup>51</sup> OST, Konrad: Die Richtlinie 1/2019: Ein Meilenstein für die Rechtsdurchsetzung im European Competition Network. *NZKart*, 2019, 69, 70.

### 3. AUSWEITUNG DES UNIONSRECHTLICHEN KARTELLBUßGELDRECHTS GEGEN UNTERNEHMEN AUF DAS SANKTIONSREGIME IM BEREICH DES DATENSCHUTZES UND DER BANKENAUF SICHT

Die Europäische Union hat das Bußgeldrecht gegen Unternehmen für zwei weitere Bereiche eingeführt: das Datenschutzrecht und das Recht der Bankenaufsicht.

#### 3.1. Bußgeldregelungen in der Datenschutzgrundverordnung in Anlehnung an das Sanktionsmodell des Europäischen Kartellrechts

Das Kartellsanktionsrecht der Europäischen Union war Vorbild für eine Bußgeldregelung gegen Unternehmen, die sich in der unionsrechtlichen Datenschutzgrundverordnung findet. Dort droht Art. 83 DSGVO in den Absätzen 4 bis 6 für nahezu jeden Verstoß gegen Verbotsvorschriften der DSGVO Geldbußen an. Dabei kann zwischen „formellen“ und „materiellen“ Verstößen unterschieden werden.<sup>52</sup> Die Höhe kann – je nach Art des Verstoßes – bis zu 10 Mio. Euro, bei Unternehmen bis zu 2% des weltweiten Jahresumsatzes, oder aber bis zu 20 Mio. Euro, bei Unternehmen bis zu 4% des weltweiten Jahresumsatzes, betragen. Nach Art. 83 Abs. 1 DSGVO müssen die Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Art. 83 Abs. 2 DSGVO nennt sodann Kriterien für die Bußgeldbemessung und regelt das Verhältnis zu den weiteren Befugnissen der Aufsichtsbehörden. Art. 83 Abs. 3 DSGVO regelt Fälle von Mehrfachverstößen.

##### a. Das Konzept der Unternehmensverantwortung des Art. 83 DSGVO

Art. 83 DSGVO sieht in Anlehnung an das Sanktionsmodell des Europäischen Kartellrechts<sup>53</sup> die bußgeldrechtliche Verantwortung von Unternehmen vor.<sup>54</sup> Hiernach können die Handlungen sämtlicher Mitarbeiter des Unternehmens diesem zugerechnet werden.<sup>55</sup> Welcher Mitarbeiter konkret gehandelt hat ist ohne Bedeutung und muss deshalb nicht nachgewiesen werden.<sup>56</sup> Grundgedanke der Unternehmensverantwortung ist, dass jedes Unternehmen verpflichtet ist, sich so zu organisieren, dass keine Rechtsverstöße vorkommen. Jedes Unternehmen muss das Tun seiner Mitarbeiter kennen und kann sich nicht darauf berufen, dass seine interne Organisation

<sup>52</sup> HOLLÄNDER, Gerrit: In: WOLFF, Heinrich Amadeus – BRINK, Stefan: *BeckOK Datenschutzrecht*. 33. Ed. 01. 08. 2020, Art. 83 DSGVO Rn. 52; BEHR, Nicolai – TANNEN, Florian: Droht das Zeitalter der Datenschutzgeldbußen? ... und was Unternehmen dagegen tun können. *CCZ*, 2020, 120, 122.

<sup>53</sup> Vgl. ALBRECHT, Jan Philipp: Das neue EU-Datenschutzrecht – von der Richtlinie zur Verordnung. *CR*, 2016, 88, 96.

<sup>54</sup> Vgl. ALBRECHT: *CR*, 2016, 88, 96.

<sup>55</sup> FAUST, Sebastian – SPITTKA, Jan – WYBITUL, Tim: Milliardenbußgelder nach der DSGVO? *ZD*, 2016, 120, 121; SCHÖNEFELD, Jana – THOMÉ, Sarah: Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung *PinG*, 2017, 126.

<sup>56</sup> EuGH, 18. 9. 2003, Rs. C-338/00 P, Slg 2003, I-9189, Rn. 98 (*Volkswagen*).

nicht fehlerfrei funktioniert hat.<sup>57</sup> Das Unternehmen wird insbesondere nicht dadurch entlastet, dass sich die Mitarbeiter nicht an die unternehmensintern aufgestellten Regeln gehalten haben.<sup>58</sup>

Die Übernahme des unionsrechtlichen Kartellsanktionsmodells in das Datenschutzrecht bedeutet, dass Bußgeldadressat das Unternehmen ist und die Konzernmuttergesellschaft und die von ihr abhängigen Gesellschaften für Verstöße der Letzteren und die hierfür verhängte Geldbuße haften. Allerdings haftet die Muttergesellschaft nicht für die Unternehmensgeldbuße, wenn sie (ausnahmsweise) nachweisen kann, dass sie keinen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der letztlich den Verstoß begehenden Tochtergesellschaft ausgeübt hat.<sup>59</sup>

Nach Erwägungsgrund 150 S. 3 DSGVO soll der kartellrechtliche Unternehmensbegriff im Sinne von Art. 101 und 102 AEUV auch im Datenschutzrecht Anwendung finden, wenn Geldbußen gegen Unternehmen verhängt werden (siehe Rn. 322).<sup>60</sup> Allerdings ist umstritten, ob im europäischen Datenschutzrecht der funktionale Unternehmensbegriff des Kartellrechts oder aber ein datenschutzrechtlicher Unternehmensbegriff zugrunde zu legen ist. So vertreten *Cornelius* und *Kroh*m die Auffassung, der Begriff des Unternehmens in Art. 83 DSGVO sei nicht als wirtschaftliche, sondern als „datenschutzrechtliche Einheit“ zu verstehen.<sup>61</sup> Von *einem* Unternehmen sei auszugehen, wenn keine Entscheidungsautonomie innerhalb des Verbundes über das „Ob“ und „Wie“ der Datenverarbeitung besteht. Gestützt wird diese Auffassung darauf, dass die Tatbestände des Kartellrechts und der DSGVO keine strukturelle Ähnlichkeit aufwiesen, denn das Kartellrecht sei durch den Gleichlauf der Adressateneigenschaft des Unternehmens – sowohl Art. 101 und 102 AEUV als auch die Sanktionsnorm des Art. 23 VO (EG) Nr. 1/2003 richten sich an Unternehmen – geprägt. In der DSGVO seien hingegen als Adressaten der Verbote in Art. 5 Abs. 2 DSGVO „die Verantwortlichen“ genannt und in Art. 83 DSGVO Unternehmen als Bußgeldadressaten; Verbots- und Sanktionsadressaten seien also nicht identisch.<sup>62</sup> Zudem spreche gegen eine Übernahme des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs, dass dieser im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Konzernprivileg stehe, das unternehmensinterne Maßnahmen vom Kartellverbot ausnimmt und unternehmensinterne Umstrukturierungen nicht der Fusionskontrolle unterfallen lässt. Dieses Privileg gilt im Datenschutzrecht unstreitig nicht.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> EuG, 30. 9. 2009, Rs. T-161/05, Slg 2009, II-3555, Rn. 55 (*Hoechst*).

<sup>58</sup> Vgl. EuGH, 18. 7. 2013, Rs. C-501/11 P, EU:C:2013:522 (*Schindler Holding*).

<sup>59</sup> EuGH, 10. 9. 2009, Rs. C-97/08 P, Slg 2009, I-08237, Rn. 60 (*Akzo Nobel*).

<sup>60</sup> Eingehend zur Genese UEBELE, Fabian: Das „Unternehmen“ im europäischen Datenschutzrecht. *EuZW*, 2018, 440, 445.

<sup>61</sup> CORNELIUS, Kai: Die „datenschutzrechtliche Einheit“ als Grundlage des bußgeldrechtlichen Unternehmensbegriffs nach der EU-DSGVO. *NZWiSt*, 2016, 421, 424 ff.; KROHM, Niclas: Die wirtschaftliche Einheit als Bußgeldadressat unter der Datenschutz-Grundverordnung? *RDV*, 2017, 221, 225.

<sup>62</sup> CORNELIUS: *NZWiSt*, 2016, 421, 424 f.; DANNECKER – DANNECKER: *NZWiSt*, 2016, 162, 168.

<sup>63</sup> CORNELIUS: *NZWiSt*, 2016, 421, 424 f.

Überwiegend wird jedoch für das Bußgeldrecht nach der DSGVO die Übernahme des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs befürwortet, da das Konzept einer „datenschutzrechtlichen Einheit“ keinen Anknüpfungspunkt in der DSGVO finde.<sup>64</sup> Hinzu komme, dass hierdurch die wirtschaftliche Realität in Konzernen nicht abgebildet werden könne. Denn eine Muttergesellschaft profitiere von der Datenverarbeitung durch die Tochtergesellschaft unabhängig davon, ob sie die Entscheidungsautonomie über die Datenverarbeitung hat. Dann sei es aber auch nicht sachgerecht, die Frage der Entscheidungsautonomie über die Datenverarbeitung zum Kriterium für die Haftung der Muttergesellschaft zu erklären. Durch das Modell einer „datenschutzrechtlichen Einheit“ würden zudem die Zwecke, an denen die Rechtsprechung die Entwicklung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs ausgerichtet hat, unterlaufen, nämlich zu verhindern, dass die Sanktionsnormen, etwa durch Einschaltung einer unterkapitalisierten Tochtergesellschaft, unterlaufen werden. Diese Gefahr bestünde aber weiterhin, fragte man einzig nach den Entscheidungsbefugnissen hinsichtlich der Datenverarbeitung.<sup>65</sup> Schließlich spiegele Erwägungsgrund 150 S. 3 der DSGVO den erklärten Willen des Ordnungsgebers wider, den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff zur Anwendung zu bringen. Dies belege auch die Genese<sup>66</sup> dieses Hinweises, die zeige, dass bewusst neben den in Art. 4 Nr. 18 DSGVO legaldefinierten engen Unternehmensbegriff ein weiterer gestellt werden sollte.<sup>67</sup>

Auch wenn Erwägungsgründe, im Gegensatz zum verfügenden Teil der Rechtsakte der Union, als solche nicht verbindlich sind, sind sie doch wichtige Auslegungshilfen.<sup>68</sup> Dem Ordnungsgeber ist es nicht allein darum gegangen, durch den Verweis in S. 3 des Erwägungsgrundes 150 eine Abgrenzung wirtschaftlicher von nicht-wirtschaftlicher Tätigkeit anzuordnen.<sup>69</sup> Die Erforderlichkeit dieser Abgrenzung ergibt sich bereits aus der Definition des Art. 4 Nr. 18 DSGVO, die gerade die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit verlangt. Die Auslegung des Unternehmensbegriffs in Art. 83 DSGVO im Sinne der wirtschaftlichen Einheit wird schließlich durch das in Art. 83 Abs. 1 DSGVO normierte übergeordnete Ziel bedingt, dass die Geldbußen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen. Ohne die Haftung der Muttergesellschaft wäre dieser jedoch ein weitgehend sanktionsfreier Umgang mit dem Datenschutz möglich, obwohl sie das Verhalten ihrer Tochtergesellschaften steuern kann.<sup>70</sup> Der funktionale Unternehmensbegriff ermöglicht schließlich, die Fälle der Rechtsnachfolge zu erfassen und nachträgliche gesellschaftsrechtliche Gestaltungen, die zu einer Ahnungslücke führen können, zu

<sup>64</sup> Eingehend dazu UEBELE: *EuZW*, 2018, 440, 443 ff.

<sup>65</sup> UEBELE: *EuZW*, 2018, 440, 444.

<sup>66</sup> Eingehend dazu UEBELE: *EuZW*, 2018, 440, 445.

<sup>67</sup> Zum Gesetzgebungsverfahren allgemein ALBRECHT, Jan Philipp – JOTZO, Florian: *Das neue Datenschutzrecht der EU*. 2017, Teil 1 Rn. 11–17.

<sup>68</sup> EuGH, 19. 11. 2009, Rs. C-407/07, Slg 2009, I-10923 = BeckRS 2010, 90215 Rn. 42 (*Sturgeon*).

<sup>69</sup> So aber FAUST – SPITKA – WYBITUL: *ZD*, 2016, 120, 124.

<sup>70</sup> NEMITZ, Paul: In: EHMANN, Eugen – SELMAYR, Martin: *Datenschutz-Grundverordnung: DS-GVO*. München, 2. Aufl., 2018, Art. 83 Rn. 43.



vermeiden. Versteht man „Unternehmen“ in Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit, so hat das zur Folge, dass neben der Muttergesellschaft jede der Untereinheiten bebußt werden kann, die an dem Verstoß beteiligt war. Der gesamte Konzernumsatz steckt den Bußgeldrahmen ab.

Dieser Auffassung hat sich das Landgericht Bonn<sup>71</sup> in seinem Urteil vom 11. 11. 2020 – 29 OWi 1/20 angeschlossen, das darlegt, dass für die Ordnungswidrigkeitenatbestände in Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO die Grundsätze des supranationalen Kartellrechts entsprechend anzuwenden sind und die Vorschrift des § 30 Abs. 1 OWiG und das deutsche Rechtsträgerprinzip keine Anwendung finden.

Demgegenüber bejahte das Landgericht Berlin in seinem Beschluss vom 18. 02. 2021 die Anwendbarkeit von § 30 OWiG und damit das Erfordernis eines schuldhaften Fehlverhaltens einer Führungskraft.<sup>72</sup> Ein expliziter Ausschluss der Verweisung auf § 30 OWiG im Rahmen von Datenschutzverstößen sei entgegen der ersten Fassung des Referentenentwurfs des BDSG gerade nicht in das aktuell geltende BDSG mit aufgenommen worden. Nur eine natürliche Person könne eine Ordnungswidrigkeit vorwerfbar begehen; einer juristischen Person könne hingegen lediglich das Handeln ihrer Organmitglieder oder Repräsentanten zugerechnet werden. In der Folge hob das LG Berlin den Bußgeldbescheid der Aufsichtsbehörde auf.

Während das Urteil des LG Bonn rechtskräftig geworden ist, legte die Staatsanwaltschaft Berlin Beschwerde ein, so dass sich das Kammergericht Berlin dieser Streitfrage annehmen wird. Die Auffassung des Landgerichts Berlin würde dazu führen, dass der Aufwand zur Sachverhaltsermittlung für die Aufsichtsbehörden deutlich steigen würde und wohl häufig ein konkreter Verstoß einer individualisierten Führungskraft nicht nachweisbar sein wird.<sup>73</sup>

Ebenso wie das Landgericht Berlin entschied das österreichische Bundesverwaltungsgericht zwei kurz aufeinander folgenden Entscheidungen.<sup>74</sup> Das Gericht sah sich durch das europarechtliche Effektivitätsgebot nicht gehindert, eine unmittelbare Unternehmenshaftung sui generis DS-GVO abzulehnen. Vielmehr hat es unter Hinweis auf die durch Art. 83 Abs. 8 DS-GVO verbürgte Gewährleistung nationaler Verfahrensgarantien eine „ausreichende Bestimmtheit der natürlichen Person, deren

<sup>71</sup> LG Bonn Ur. v. 11. 11. 2020 BeckRS 2020, 35663 Rn. 70; dazu VENN, Nikolai – WYBITUL, Tim: *Die bußgeldrechtliche Haftung von Unternehmen nach Art. 83 DS-GVO* (zugl. Anm. zu LG Bonn Ur. v. 11. 11. 2020 – 29 OWi 1/20), NStZ 2021, 204 ff.

<sup>72</sup> Landgericht Berlin, Beschluss v. 18. 02. 2021 – 526 OWi LG 212 Js-OWi 1/20.

<sup>73</sup> Näher zu diesen beiden Urteilen VON WALTER, Axel: *EU-Verbandsanktionen durch die DSGVO? LG Bonn und LG Berlin unvereinbar. Datenschutz-Berater*, 2021, 98 ff.

<sup>74</sup> Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts der Republik Österreich v. 19. 8. 2019, Az. W211 2208885-1, [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bvvg/BVWGT\\_20190819\\_W211\\_2217629\\_1\\_00/BVWGT\\_20190819\\_W211\\_2217629\\_1\\_00.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bvvg/BVWGT_20190819_W211_2217629_1_00/BVWGT_20190819_W211_2217629_1_00.pdf); Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts der Republik Österreich vom 26. 11. 2020, Az: W258 2227269-1/14E, [https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bvvg/BVWGT\\_20201126\\_W258\\_2227269\\_1\\_00/BVWGT\\_20201126\\_W258\\_2227269\\_1\\_00.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bvvg/BVWGT_20201126_W258_2227269_1_00/BVWGT_20201126_W258_2227269_1_00.pdf).

Verhalten der juristischen Person zugerechnet werden soll“, gefordert.<sup>75</sup> Die Tat müsse entsprechend den Vorgaben des österreichischen Rechts hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau umschrieben sein, dass die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird.<sup>76</sup>

Letztlich wird der EuGH im Rahmen eines Vorlageverfahrens über die unmittelbare Anwendbarkeit der Datenschutzgrundverordnung und damit über das unionsrechtliche Unternehmensbußgeldrecht entscheiden müssen.

### **b. Allgemeiner Teil, insbesondere Verschuldenserfordernis**

Die Anerkennung eines Unternehmensbußgeldrechts auf dem Gebiet des Datenschutzrechts hat zur Folge, dass die Vorschriften des Allgemeinen Teils der nationalen Sanktionsrechtsordnungen nicht auf die unionsrechtlichen Geldbußen angewendet werden dürfen<sup>77</sup>, sondern die ungeschriebenen Regeln des Allgemeinen Teils des Kartellordnungswidrigkeitenrechts, das für die bußgeldrechtliche Verantwortung nach Art. 83 DSGVO Pate stand, heranzuziehen sind.<sup>78</sup> Diesbezüglich stellt sich die Rechtslage in Deutschland bei der Sanktionierung von Rechtsverstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV auf der Grundlage des § 81 GWB anders dar, weil hier nicht Bußgeldvorschriften der EU, sondern des nationalen Rechts – § 81 GWB iVm § 30 OWiG – zur Anwendung kommen.

### **c. Unternehmensbezogener Bußgeldrahmen und verantwortungsbezogene Bußgeldbemessung**

Während der Gesamtjahresumsatz bei Art. 23 VO (EG) Nr. 1/2003 von 10% des Gesamtjahresumsatzes lediglich als eine Kappungsgrenze verstanden wird, ist für Art. 83 DSGVO von einer Bußgeldobergrenze von bis zu 2 bzw 4% des Gesamtjahresumsatzes auszugehen.<sup>79</sup> Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Regelungen: Während es in Art. 23 Abs. 2 UAbs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 heißt, dass „die Geldbuße [...] 10% [des Gesamtjahresumsatzes] nicht übersteigen“ darf, so dass ein Übersteigen der Grenze zwar rechnerisch möglich, an dieser Grenze der Betrag aber zu kappen ist, sieht Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO vor, dass Geldbußen „von bis zu 2 Prozent [bzw. 4 Prozent des Gesamtjahresumsatzes] verhängt“ werden. Diese Rege

---

<sup>75</sup> Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts der Republik Österreich v. 19. 8. 2019, Az.: W211 2217629-1.

<sup>76</sup> Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts der Republik Österreich vom 26. 11. 2020, Geschäftszahl: W258 2227269-1/14E.

<sup>77</sup> So aber BERGT, Matthias: Datenschutz und Datensicherheit. *DuD*, 2017, 555, 558.

<sup>78</sup> Dazu BAUER, Raphaela: *Der Allgemeine Teil des Kartellbußenrechts*. Wien 2020, 149 ff.

<sup>79</sup> UEBELE: *EuZW*, 2018, 440, 446; a.A. GRÜNWARD, Andreas – HACKL, Jens: Das neue umsatzbezogene Sanktionsregime der DS-GVO. *ZD*, 2017, 556, 557, 559 f.

lung steckt einen bestimmten Bußgeldrahmen mit fester Obergrenze ab, innerhalb dessen die Geldbuße von vornherein zu bestimmen ist.<sup>80</sup>

Im Rahmen der Bußgeldbemessung ist nach dem Erwägungsgrund 150 zur DSGVO der funktionale Unternehmensbegriff des europäischen Kartellrechts in Art. 101 und 102 AEUV zugrunde zu legen. Daher kommt es bei der Bestimmung der Obergrenze einer möglichen Geldbuße auf den Gesamtumsatz des betroffenen Konzerns als Unternehmen im funktionalen Sinne an. Allerdings kann der Gesamtumsatz allenfalls einen gewissen Bezug zur Leistungsfähigkeit aufweisen. Unrecht und Schuld der Tat spiegeln sich darin in keiner Weise wider.

Art. 83 Abs. 2 DSGVO sieht für die Bemessung der Geldbuße einen Katalog von Zumessungskriterien vor. Als zu berücksichtigende Faktoren werden Art, Schwere und Dauer des Verstoßes, Vorsatz oder Fahrlässigkeit, Wiederholungsfall, Zusammenarbeit mit den Behörden erwähnt. Ferner werden die Ermittlung und Aufklärung der Zuwiderhandlung sowie datenschutzspezifische Faktoren wie die Art der betroffenen (persönlichen) Daten oder die Einhaltung von bestimmten Verhaltensregeln bzw. Zertifizierungsverfahren genannt. Hingegen wird auf den erzielten Umsatz als Bußgeldbemessungskriterium nicht verwiesen.

Das Landgericht Bonn<sup>81</sup> führt bezüglich der Bußgeldbemessung aus: Die Höhe des Umsatzes sei für die Unternehmensgröße und damit für die Ahndungsempfindlichkeit ein geeigneter Indikator. Es dürfe jedoch nicht aus dem Blick geraten, dass die DSGVO in Art. 83 Abs. 2 S. 2 in erster Linie tatbezogene Gesichtspunkte für die Bemessung aufführt. Eine Bemessung des Bußgeldes durch Ermittlung eines sich nach dem Umsatz richtenden Grundwertes für das Bußgeld, welcher je nach Schwere des Datenschutzverstoßes mit einem Faktor multipliziert wird, sei problematisch. Eine solche Bemessungsmethode versage bei schweren Datenschutzverstößen umsatzschwacher Unternehmen und leichten Datenschutzverstößen umsatzstarker Unternehmen. Die Bemessung innerhalb dieses Rahmens richte sich nach Art. 83 Abs. 1 DSGVO. Das Bußgeld müsse danach wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

Das Gericht verweist sodann auf die Kriterien aus Art. 83 Abs. 2 S. 2 DSGVO. Der Umsatz werde darin nicht genannt. Dies bedeute jedoch nicht, dass dieser für die Bemessung keine Bedeutung habe. Er spiele im Rahmen der Ahndungsempfindlichkeit eine Rolle, die von der Größe des Unternehmens abhängt. Dafür sei wiederum der Umsatz des Unternehmens maßgeblich. Zusätzlich könne der Gewinn berücksichtigt werden. Zu beachten sei jedoch, dass der Umsatz nur eines der Kriterien sei. Art. 83 Abs. 2 DSGVO nenne tatbezogene Umstände. Eine Bemessungsformel, ähnlich der Berechnung von Tagessätzen im Strafgesetzbuch, sei dagegen nicht vorgesehen. Eine solche Formel könne lediglich eine erste Annäherung sein. Die Kriterien aus Art. 83 Abs. 2 DSGVO würden gegenüber dem Umsatzkriterium überwiegen, je weiter die Bewertung in die eine oder andere Richtung ausschlage. Bei ge-

<sup>80</sup> UEBELE: *EuZW*, 2018, 440, 446; PAAL, Boris – PAULY, Daniel A. – FRENZEL, Eike Michael: *Datenschutz-Grundverordnung*. 2. Aufl., 2018, Art. 83 Rn. 18.

<sup>81</sup> LG Bonn, Urteil vom 11. 11. 2020 – 29 OWi 1/20 = BeckRS 2020, 35663.

ringen Verstößen umsatzstarker Unternehmen müsse das Kriterium der Verhältnismäßigkeit bedacht werden. Danach müsse das Bußgeld zwar spürbar, aber nicht unangemessen hoch sein. Hier seien sämtliche mildernde Umstände zu berücksichtigen. Im konkreten Fall führte dies zu einer deutlichen Herabsetzung der Geldbuße von 4,9 Mio. Euro auf 900 000 Euro.

Die Entscheidung des Landgerichts Bonn, die den Schwerpunkt auf das Unrecht legt und die Verhältnismäßigkeit zum Maßstab wählt – richtiger wäre es gewesen, auf die Schuld abzustellen, denn sowohl für Strafen als auch für Geldbußen ist der Maßstab nicht die Verhältnismäßigkeit, sondern die Schuldangemessenheit der Sanktion – vermeidet die Problematik, dass der Umsatz ohne hinreichende Aussagekraft für die Leistungsfähigkeit ist. Wenn ein Unternehmen ein Produkt veräußert, ist der Umsatz deutlich höher, als wenn es nur eine Lizenz für die Herstellung eines Produkts, das vom Produzenten direkt an den Abnehmer veräußert wird, erhebt. Am Gewinn des Unternehmens und seiner Leistungsfähigkeit muss sich trotz des unterschiedlichen Umsatzes nichts ändern. Daher ist es richtig, auf das Unrecht und die Schuld der Tat abzustellen. Dadurch relativieren sich die zunächst gravierend erscheinenden Unterschiede zwischen der Sanktionierung des Rechtsträgers und des Unternehmens.

Allerdings trägt das von der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder („DSK“) am 14. 10. 2019 veröffentlichte Konzept zur Bemessung der Geldbußen gem. Art. 83 DSGVO („Konzept zur Bußgeldbemessung“)<sup>82</sup> diesen Anforderungen nicht Rechnung. Nach diesem Konzept soll die Ermittlung einer Geldbuße wie folgt erfolgen:<sup>83</sup> Zunächst wird das betroffene Unternehmen einer Größenklasse zugeordnet (1), sodann der mittlere Jahresumsatz der jeweiligen Untergruppe der Größenklasse bestimmt (2) und ein wirtschaftlicher Grundwert ermittelt (3); dieser Grundwert wird mittels eines schwereabhängigen Faktors multipliziert (4) und abschließend der so ermittelte Wert anhand täterbezogener und sonstiger noch zu berücksichtigender Umstände angepasst (5). Dieses vorläufige Konzept verliert seine Gültigkeit, sobald der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) seine abschließenden Leitlinien zur Methodik der Festsetzung von Geldbußen erlassen hat.

#### **d. Opportunitätsprinzip**

Nach § 47 OWiG gilt im deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht das Opportunitätsprinzip, das die Verfolgung einer Ordnungswidrigkeit in das Ermessen der Behörde stellt; auch das Gericht kann das Verfahren einstellen. § 41 Abs. 2 BDSG n.F. erklärt das OWiG nahezu vollständig für anwendbar, insbesondere auch das Opportunitätsprinzip. Art. 83 Abs. 2 S. 1 DSGVO sieht jedoch vor, dass bei Verstößen eine Ahndung mittels Geldbuße verpflichtend ist und Maßnahmen zur Abstellung des Verstoßes nach

<sup>82</sup> [https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/ah/20191016\\_bu%C3%9Fgeldkonzept.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/ah/20191016_bu%C3%9Fgeldkonzept.pdf) (Konzept zur Bußgeldbemessung); zuletzt abgerufen am 26. 6. 2020.

<sup>83</sup> Siehe dazu BEHR, Nicolai – TANNEN, Florian: Droht das Zeitalter der Datenschutzgeldbußen? ... und was Unternehmen dagegen tun können. *CCZ*, 2020, 120, 122 ff.

Art. 58 Abs. 2 DSGVO vorgehen. Ein Absehen von einer Geldbuße kommt nur in Betracht, wenn die Bebußung einer natürlichen Person in Frage steht, die für diese eine unverhältnismäßige Belastung darstellen würde, oder wenn der Verstoß geringfügig ist, was letztlich dem unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht.<sup>84</sup> Insoweit hat das EU-Recht Vorrang vor dem nationalen Recht.

#### e. Verjährung

Im Gesetzgebungsprozess wurde die Verjährung auf EU-Ebene nicht geregelt. Diesbezüglich soll es möglich sein, hilfsweise auf das nationale Recht zurückzugreifen,<sup>85</sup> solange dieses die abschreckende Wirkung des Art. 83 DSGVO nicht gefährde.<sup>86</sup> Dabei habe man sich an den unionsrechtlichen Regelungen der VO 2988/74 und der Art. 25, 26 KartellverfahrensVO zu orientieren.<sup>87</sup> Dies widerspricht jedoch der Rechtsprechung des EuGH, der in Bezug auf die Kartellordnungswidrigkeiten dargelegt hat, dass es sich bei der Verjährung um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handelt, der jedoch einer gesetzlichen Regelung bedürfe.

### 3.2. Durch die Europäische Zentralbank und (subsidiär) durch nationale Zentralbanken zu verhängende unionsrechtliche Geldbußen gegen juristische Personen und gegen Unternehmen

Die Kompetenzen der Europäischen Union zur Festsetzung von Geldbußen gegen Unternehmen umfassen gemäß Art. 132 Abs. 3 AEUV auch die Verhängung von Sanktionen im Rahmen der Bankenaufsicht. Zuständig hierfür sind die Europäische Zentralbank bzw. die nationalen Zentralbanken der Mitgliedstaaten.

#### a. Verordnung (EG) Nr. 2532/98 des Rates vom 23.11.1998 über das Recht der Europäischen Zentralbank, Sanktionen zu verhängen

Auf der Grundlage des Art. 132 Abs. 3 AEUV wurde die „Verordnung (EG) Nr. 2532/98 des Rates vom 23.11.1998 über das Recht der Europäischen Zentralbank, Sanktionen zu verhängen“<sup>88</sup>, erlassen. Darin sind Unternehmensgeldbußen vorgese-

<sup>84</sup> SCHREIBAUER, Marcus – SPITTKA, Jan: In: WYBITUL, Tim: *EU-Datenschutz-Grundverordnung*. 2017, Art. 83 Rn. 13; BERGT, Matthias: In: KÜHLING, Jürgen – BUCHNER, Benedikt: *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO/BDSG*. 3. Aufl., 2020, Art. 83 Rn. 32.

<sup>85</sup> BECKER, Thomas: In: PLATH, Kai Uwe (Hrsg.): *DSGVO/BDSG*. 3. Aufl., 2018, Art. 83 Rn. 3; BERGT: In: KÜHLING – BUCHNER: *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO/BDSG*. Art. 83 Rn. 113; kritisch HOLLÄNDER, Gerrit: In: *Bec-kOK, DatenschutzR*. 33. Ed. 01. 08. 2020, Art. 83 DSGVO Rn. 29.

<sup>86</sup> So BERGT: *DuD*, 9/2017, 555, 560.

<sup>87</sup> BERGT: In: KÜHLING – BUCHNER: *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO/BDSG*. Art. 83 Rn. 11.

<sup>88</sup> VO (EG) 2532 vom 23. 11. 1998, ABl. EU L 318 vom 27. 11. 1998, S. 4 ff.

hen, wenn die sich aus den Verordnungen und Beschlüssen der europäischen Zentralbank ergebenden Verpflichtungen nicht eingehalten werden. Zur Sicherstellung der Anwendung der Aufsichtsregeln und – beschlüsse sollen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen verhängt werden. Diese Verordnung enthält neben Begriffsbestimmungen, unter anderem zu Unternehmen, die Regelung der Verfahrensinitiative, die bei dem EZB-Direktorium und den nationalen Zentralbanken liegt, sowie die Obergrenzen für Geldbußen und Strafgelder und die grundlegenden Verfahrensregeln.

Nach Art. 1 Ziff. 3 sind Unternehmen „natürliche oder juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts innerhalb eines teilnehmenden Mitgliedstaats, (...) die Verpflichtungen unterliegen, die sich aus Verpflichtungen und Entscheidungen der EZB ergeben, einschließlich der Zweigstellen oder sonstigen ständigen Niederlassungen, die Unternehmen, die ihre Hauptverwaltung oder ihren juristischen Sitz außerhalb eines teilnehmenden Mitgliedstaats haben, in einem teilnehmenden Mitgliedstaat unterhalten“. Die Obergrenze der Geldbußen liegt nach Art. 2 Abs. 1 lit. a) der Verordnung bei 500 000 Euro.

**b. VO (EG) Nr. 2157/1999 der Europäischen Zentralbank vom 23. 9. 1999 über das Recht der Europäischen Zentralbank, Sanktionen zu verhängen**

Zur Ausführung und Konkretisierung der Rats-VO (EG) Nr. 2532/98 hat der EZB-Rat dann die VO (EG) Nr. 2157/1999 der Europäischen Zentralbank vom 23. 9. 1999 über das Recht der Europäischen Zentralbank, Sanktionen zu verhängen, erlassen.<sup>89</sup>

**c. Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 – besondere Aufgaben der Europäischen Zentralbank im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute**

Mit der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 – besondere Aufgaben der Europäischen Zentralbank im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute<sup>90</sup> – wurde ein einheitlicher Aufsichtsmechanismus (erste Säule) zur Überwachung von Banken im Euro-Währungsgebiet und in den übrigen teilnehmenden EU-Ländern eingerichtet, bestehend aus der EZB und den nationalen Aufsichtsbehörden. Die EZB überwacht bedeutende Banken unmittelbar. Sie ist unter anderem befugt, aufsichtliche Überprüfungen, Prüfungen vor Ort und Untersuchungen durchzuführen und Verwaltungsanktionen bei Verstößen gegen das EU-Recht über Kreditinstitute, Finanzholdingesell

<sup>89</sup> ABl. 1999 L 264/21, geändert durch VO (EG) Nummer 985/2001, ABL 2001 L 137/24 sowie durch VO (EG) Nr. 469/2014, ABl. 2014 L 143/51.

<sup>90</sup> SSM-Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 (Einheitlicher Aufsichtsmechanismus) – Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 des Rates vom 15. Oktober 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank (Einheitlicher Aufsichtsmechanismus), ABl. (EU) L 287 vom 29. 10. 2013, S. 63; zuletzt geändert durch die Berichtigung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 vom 19. 08. 2015, ABl. L 218/82).

schaften und gemischte Finanzholdinggesellschaften auf der Grundlage des Art. 18 dieser Verordnung zu verhängen.

Normadressaten sind Kreditinstitute, Finanzholdinggesellschaften oder Gemischte Finanzholdinggesellschaften, die gegen eine Anforderung aus direkt anwendbaren Rechtsakten der Union verstoßen. Kreditinstitut ist „ein Unternehmen, dessen Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren“. Eine „Finanzholding-Gesellschaft“ ist ein Unternehmen, dessen Tochterunternehmen ausschließlich oder hauptsächlich Finanzinstitute oder -unternehmen sind, wobei mindestens eines dieser Tochterunternehmen ein Kreditinstitut oder eine Wertpapierfirma ist.<sup>91</sup> Mit der Regulierung von Finanzholding-Gesellschaften wird das Ziel verfolgt, Unternehmensgruppen, zu denen Kreditinstitute und Wertpapierunternehmen gehören, die aber nicht das Mutterunternehmen der Unternehmensgruppe sind, zu beaufsichtigen. Eine „Gemischte Finanzholdinggesellschaft“ ist ein nicht der Aufsicht unterliegendes Mutterunternehmen, das zusammen mit seinen Tochterunternehmen, von denen mindestens eines ein beaufsichtigtes Unternehmen mit Sitz in der Gemeinschaft ist, und anderen Unternehmen ein Finanzkonglomerat bildet. Diese Unternehmen sind Sanktionsadressaten der unionsrechtlichen Bußgeldvorschriften, die durch die EZB zu verhängen sind.

Bei Verstößen gegen nationale Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit dem einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) sind die nationalen Behörden weiterhin für die Verhängung der Verwaltungssanktionen zuständig; sie sollten solche Sanktionen aber nur gegen direkt von der EZB beaufsichtigte Kreditinstitute verhängen, wenn die EZB sie dazu auffordert, zu diesem Zweck ein Verfahren einzuleiten.

**d. Verordnung (EU) 2017/2094 der Europäischen Zentralbank vom 3. 11. 2017 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 795/2014 zu den Anforderungen an die Überwachung systemrelevanter Zahlungsverkehrssysteme (EZB/2017/32)**

Als Beispiel einer Sanktionsregelung kann Art. 23 der Verordnung (EU) 2017/2094 der Europäischen Zentralbank vom 3.11.2017 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 795/2014 zu den Anforderungen an die Überwachung systemrelevanter Zahlungsverkehrssysteme (EZB/2017/32) ABl. L 299/11 vom 16. 11. 2017, genannt werden: Diese Sanktionsregelung lautet: „Im Fall eines Verstoßes gegen diese Verordnung kann die EZB Sanktionen verhängen. Solche Sanktionen ergehen im Einklang mit der Verordnung (EG) Nr. 2532/98 des Rates und der Verordnung (EG) Nr. 2157/99 der Europäischen Zentralbank (EZB/1999/4). Die EZB erlässt einen Beschluss zur Methodik zur Berechnung der Höhe der Sanktionen.“

---

<sup>91</sup> Art. 4 Abs. 1 Nr. 20 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012.

Die Grundsätze und das Verfahren für die Verhängung von Verwaltungsgeldbußen bei Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Recht der Union gemäß Art. 18 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 sind in der Verordnung (EU) Nr. 1024/2013 und in der Verordnung (EU) Nr. 468/2014 (EZB/2014/17) der Europäischen Zentralbank<sup>92</sup> festgelegt.

Gegen den Beschluss über die Auferlegung eines Bußgeldes können vor dem Gerichtshof der Europäischen Union Rechtsmittel eingelegt werden. Dabei sind die in Art. 263 AEUV genannten Bedingungen und Fristen einzuhalten.

Bei Verstößen gegen nationale Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit dem einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM) sind die *nationalen Behörden* weiterhin für die Verhängung der Verwaltungssanktionen zuständig; sie sollten solche Sanktionen aber nur gegen direkt von der EZB beaufsichtigte Kreditinstitute verhängen, wenn die EZB sie dazu auffordert, zu diesem Zweck ein Verfahren einzuleiten.

#### **4. AUSSTRAHLUNG DER BUßGELDRECHTLICHEN UNTERNEHMENSVERANTWORTUNG AUF DEN ENTWURF EINES VERBANDSSANKTIONENGESETZES IN DEUTSCHLAND**

Die Strafbarkeit juristischer Personen ist in Deutschland ein Reizthema, das von begeisterten Anhängern dieser Idee gefordert und von vehementen Gegnern aber heftig abgelehnt wird.<sup>93</sup> Die große Mehrzahl der EU-Mitgliedstaaten kennt inzwischen eine Verbandsstrafbarkeit.<sup>94</sup> Es besteht jedoch keine auch nur annähernd einheitliche Gesetzeslage in den Mitgliedstaaten. Jeder Mitgliedstaat bestimmt in eigener Verantwortung, ob und unter welchen Voraussetzungen Kriminalstrafen gegen Verbände verhängt werden können. Diese Entwicklung beruht im Wesentlichen auf Vorgaben der Europäischen Union, die in zahlreichen Rechtsakten die Mitgliedstaaten verpflichtet hat, strafrechtliche Sanktionen – Kriminalstrafen oder Geldbußen – gegen juristische Personen und Personenverbände einzuführen, um sie für Straftaten aus dem Unternehmen heraus oder für Straftaten, die im Interesse des Unternehmens begangen werden, verantwortlich zu machen. Die verhängten Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> Verordnung (EU) Nr. 468/2014 der Europäischen Zentralbank vom 16. April 2014 zur Einrichtung eines Rahmenwerks für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Zentralbank und den nationalen zuständigen Behörden und den nationalen benannten Behörden innerhalb des einheitlichen Aufsichtsmechanismus (SSM-Rahmenverordnung) (EZB/2014/17).

<sup>93</sup> Zusammenfassend dazu ROGALL, Klaus: In: MITSCH, Wolfgang (Hrsg.): *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*. 5. Aufl., 2018, § 30 Rn. 9 ff., 13.

<sup>94</sup> Siehe dazu den Überblick bei TIEDEMANN, Klaus: *Wirtschaftsstrafrecht*. München, 5. Aufl., 2017, Rn. 446 ff.

<sup>95</sup> Näher dazu DANNECKER, Gerhard: Strafe oder bloße Ordnungswidrigkeit – europäische Vorgaben und Entwicklungen. In: LEITNER, Roman – BRANDL, Rainer (Hrsg.): *Finanzstrafrecht 2016*. Wien, 2017, 125 ff.



#### 4.1. Der Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes

In Deutschland steht die Einführung einer strafrechtlichen Verantwortung juristischer Personen und sonstiger Verbände in Anlehnung an das österreichische Verbandsverantwortungsgesetz im Gesetzgebungsverfahren in der Diskussion. Das in dem Gesetzesentwurf<sup>96</sup> vorgesehene System geht von einer Verantwortlichkeit des Verbandes, nicht des Unternehmens, aus, wenn eine Leitungsperson des Rechtsträgers Verband eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat. Mutter- und Schwestergesellschaften können nur verantwortlich gemacht werden, wenn sie sich an dem Rechtsverstoß über ihre Leitungspersonen beteiligt haben. Sie können dann eigenständig bestraft werden.

#### 4.2. Übernahme von Elementen aus dem Unternehmensbußgeldrecht in das Verbandssanktionengesetz

Trotz Beibehaltung des Rechtsträgerprinzips, finden sich im Verbandssanktionengesetz Elemente, die dem Unternehmensbußgeldrecht entnommen sind:

Obwohl Täter der Verbandstat der Rechtsträger, in der Regel eine juristische Person, ist, bestimmt sich der Strafraum nicht nach dem Umsatz der zu bestrafenden juristischen Person, sondern nach dem Umsatz des Unternehmens im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit, wenn es sich um eine einem Konzern angehörende juristische Person handelt.

Außerdem ist vorgesehen, dass gegen eine Muttergesellschaft, die auf ihre Tochtergesellschaften beherrschenden Einfluss ausgeübt hat, eine Geldbuße auch dann verhängt werden kann, wenn gegen die Muttergesellschaft kein Schuldvorwurf im Hinblick auf die begangene Straftat gemacht werden kann.

In beiden Bereichen – Bestimmung der Bußgeldhöhe nach dem Umsatz der wirtschaftlichen Einheit und Verantwortung der Einfluss ausübenden Muttergesellschaft, unabhängig vom Vorliegen schuldhaften Verhaltens – spiegelt sich der Einfluss des europäischen Kartellsanktionenrechts wider – ein Rechtsgebiet, das sich ganz eigenständig und losgelöst vom Strafrecht in den Mitgliedstaaten entwickelt hat. Die dadurch entstehenden Spannungen im deutschen Verbandssanktionengesetz – Normadressaten sind hier die Rechtsträger, für den Sanktionsrahmen bestimmend ist der Umsatz der wirtschaftlichen Einheit – ist nur dann mit den strafrechtlichen Grundprinzipien, dem Schuldgrundsatz und der schuldangemessenen Bestrafung zu vereinbaren, wenn der Bußgeldrahmen auch nur als Rahmen verstanden wird, die konkret zu verhängende Strafe aber gleichwohl nach dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat und der Leistungsfähigkeit des Normadressaten bestimmt wird.

---

<sup>96</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft, BundestagsDrucks. 19/23568.

## 5. NOTWENDIGKEIT EINER ANGLEICHUNG DER MITGLIEDSTAATLICHEN SANKTIONSSYSTEME AN DAS UNIONSRECHTLICHE BUßGELDRECHTS GEGEN UNTERNEHMEN

Während die Mitgliedstaaten vorrangig strafrechtliche Sanktionen gegen Individuen vorsehen und nur ergänzend Sanktionen gegen juristische Personen und sonstige Verbände (Rechtsträgerprinzip) kennen, sieht das Bußgeldrecht der Europäischen Union ausschließlich Bußgelder gegen Unternehmen vor. Angesichts der Strafrechtsähnlichkeit der Bußgelder<sup>97</sup> ist eine Annäherung der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der Unternehmensbußgelder und der Verbandsstrafen wie auch der Höhe der straf- und bußgeldrechtlichen Sanktionen bei gleichem Unrecht und Schwere der Tat und gleicher Leistungsfähigkeit geboten. Der deutsche Gesetzgeber will diesen Schritt mit dem Entwurf des Verbandssanktionengesetz gehen.

### 5.1. Vereinheitlichung der Sanktionsbemessung bei Unternehmensgeldbußen und Verbandsstrafen

Um aber tatsächlich eine weitgehende Harmonisierung auch auf der Rechtsfolgen- seite zu erreichen, bedarf es über die Vereinheitlichung des Sanktionsrahmens hin- aus der Einführung von Sentencing Guidelines auch im Verbandsstrafrecht; für die Ausgestaltung kann auf die langjährigen Erfahrungen im Kartellrecht zurückgegrif- fen werden. Dort wurden zum 1. 9. 2006 Bußgeldleitlinien erlassen, die der Fortent- wicklung und Verfeinerung der Bußgeldpolitik der Kommission dienten. Der Grund- betrag der Geldbuße richtet sich nach Schwere und Dauer der Zuwiderhandlung. Be- zugsgröße ist dabei der Umsatz, der mit der Zuwiderhandlung in einem direkten oder indirekten Zusammenhang steht (tatbezogener Umsatz). Der Grundbetrag hat zwei Bestandteile: einen variablen Betrag, der sich aus der Anwendung eines Prozentsat- zes von bis zu 30% auf den tatbezogenen Umsatz sowie der Multiplikation mit der Dauer der eigenen Tatbeteiligung errechnet, sowie einem davon unabhängigen Be- trag von bis zu 25% des tatbezogenen Umsatzes, der auch bei ganz kurzen Zuwider- handlungen zur Anwendung kommt und als sog. Eintrittsgebühr bezeichnet wird (Z 7). Bezüglich der Dauer wird ein Faktor in Höhe von 100% pro Jahr angenom- men, wobei jedoch zeitliche Abstufungen vorgenommen werden. In einem zweiten Schritt wird der so ermittelte Grundbetrag bei Vorliegen erschwerender oder mil- dernder Umstände angepasst.<sup>98</sup> Allerdings ist hierbei die 10%-Obergrenze nach Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 zu beachten, nach der eine zu verhängende Geldbuße gekappt werden kann.<sup>99</sup> Hingegen haben sich die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland und Österreich dafür ausgesprochen, die 10%-Grenze als Sanktions- obergrenze zu verstehen und anzuwenden.

<sup>97</sup> So HENN: a.a.O. 32.

<sup>98</sup> BIERMANN: In: IMMENGA – MESTMÄCKER (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. Bd. 1, Art 23 VO 1/2003 Rn. 94 ff.

<sup>99</sup> BIERMANN: In: IMMENGA – MESTMÄCKER (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. Bd. 1, Art 23 VO 1/2003 Rn. 151 ff.

Die unionsrechtlichen Leitlinien enthalten Öffnungsklauseln, durch die es sich die Kommission vorbehält, beispielsweise von dem eigentlich aufgestellten Rahmen des für die Berechnung der Geldbuße maßgeblichen Ausgangsbetrags von 30% des mit dem von der Zuwiderhandlung betroffenen Produkts erzielten Umsatzes abzuweichen oder die Geldbuße um einen sog. „Abschreckungsaufschlag“ zu erhöhen.<sup>100</sup> Nichtsdestotrotz enthalten die Leitlinien eine Selbstbeschränkung des Ermessens der Kommission, die im Regelfall die darin aufgeführten Kriterien beachten muss. Insofern erfordern Abweichungen im Einzelfall eine besondere Begründung, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung trägt. Aufgrund der vielen offenen Bewertungsfaktoren der Leitlinien 2006 kommt der Kommission bei der Bußgeldbemessung weiterhin ein erheblicher Ermessensspielraum zu, so dass die Leitlinien kein berechtigtes Vertrauen bezüglich der Höhe des Grundbetrags, der Aufschläge und der Endbeträge schaffen.<sup>101</sup>

In der 10. deutschen GWB-Novelle werden die bisherigen Kriterien für die Bußgeldbemessung konkretisiert, indem ein nicht abschließender Kriterienkatalog von bisher schon genutzten Zumessungskriterien kodifiziert wird. Der Gesetzgeber verfolgt damit das Ziel, die Rechtssicherheit bei der Ausfüllung des weiten Bußgeldrahmens zu erhöhen und die kartellbehördliche und gerichtliche Bußgeldbemessung zu harmonisieren – bislang hielt die höchstrichterliche Rechtsprechung die kartellrechtlichen Bußgeldbemessungsrichtlinien für die Rechtsprechung für nicht verbindlich.

Das bislang in der sog. Bonusregelung des Bundeskartellamtes enthaltene Kronzeugenprogramm ist nunmehr – ohne wesentliche Änderungen inhaltlicher Natur – gesetzlich verbindlich geregelt. Ungelöst geblieben ist allerdings die Schiefelage zwischen kartellbehördlichen und staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren in Kartellfällen: Während für kartellbehördliche Verfahren ein Kronzeugenprogramm zur Verfügung steht, existiert ein solches für ein von der Staatsanwaltschaft geführtes Strafverfahren nicht. Sofern ein Kartellverstoß zugleich ein strafbares Verhalten darstellt, wie dies beim Ausschreibungsbetrug der Fall ist, kann die Kartellbehörde das Verfahren an die Staatsanwaltschaft abgeben, mit der Folge, dass in dem Strafverfahren ein Kronzeugenantrag nur noch im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden kann.

## **5.2. Vorgaben des Grundsatzes „ne bis in idem“ und des Doppelverfolgungsverbots vor erstmaliger Sanktionierung in Bezug auf Geldbußen und Kriminalstrafen**

Geldstrafen sind subsidiär zu Kriminalstrafen, denn die Kriminalstrafe ist das schärfste Sanktionsmittel, das dem Staat zur Verfügung steht, um auf begangenes

<sup>100</sup> Eingehend dazu BIERMANN: In: IMMENGA – MESTMÄCKER (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. Bd. 1, Art 23 VO 1/2003 Rn. 220 ff. mit weit. Nachw.

<sup>101</sup> EuG 15.3.2006, T-15/02, Rn. 252, Slg 2006, II-497 (BASF); siehe dazu auch WAGNER-VON PAPP, Florian: Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa: The dangers of abandoning the “struggle for competition law“, *Common Market Law Review*, 2012, 929 ff.

Unrecht zu reagieren. Einer doppelten Bestrafung derselben Tat steht der Grundsatz „ne bis in idem“ entgegen, der sich zum einen aus Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK und aus Art. 50 Grundrechtecharta entnehmen lässt und der zum anderen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union anerkannt ist.<sup>102</sup> Außerdem steht das Verbot der Parallelverfolgung, das sich insbesondere aus dem Rechtsstaatsprinzip (Waffengleichheit) ergibt, bereits vor einer erstmaligen rechtskräftigen Sanktionierung der parallelen Ermittlung durch die Wettbewerbsbehörde und die Staatsanwaltschaft entgegen.<sup>103</sup> Zu solchen Ermittlungen kommt es insbesondere, wenn dieselbe Tat im prozessualen Sinn sowohl straf- als auch bußgeldbewehrt ist, so z. B. bei Submissionsabsprachen, bei denen die an der Preisabsprache beteiligten juristischen Personen mit einer Kartellgeldbuße und zudem wegen der in Umsetzung der Kartellabsprache abgegebenen Angebote im Rahmen einer Ausschreibung mit einer Verbandsstrafe belegt werden können. In solchen Fällen ist den staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen Vorrang vor wettbewerblichen Ermittlungen einzuräumen.<sup>104</sup>

### 5.3. Anforderungen an ein rechtsstaatliches Sanktionsverfahren

Die unionsrechtlichen Geldbußen gegen Unternehmen werden in einem Verwaltungsverfahren verhängt. Hierbei sind die rechtsstaatlichen Garantien, die für kriminalstrafrechtliche und strafrechtliche Sanktionen im weiteren Sinne wie Geldbußen Geltung beanspruchen, zu berücksichtigen. Allerdings war der EuGH bei der Anerkennung solcher Garantien im Zusammenhang mit Geldbußen speziell gegen Unternehmen zurückhaltend, hat allerdings in der Rechtssache „Menarini Diagnostics“ entschieden, dass (italienische) Kartellbußen als strafrechtliche Anklage im Sinne der Konvention zu bewerten seien.<sup>105</sup> Dies gilt gleichermaßen für den deutschen Gesetzgeber, der sich diesbezüglich am EU-Recht orientiert, wie ein Blick auf die zehnte Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zeigt.<sup>106</sup> Dieses Gesetz bringt einschneidende Veränderungen der deutschen Rechtslage im Bereich der Mitwirkungs- und Offenlegungspflichten Betroffener mit sich, die unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich sind:

Der Betroffene eines Kartellbußgeldverfahrens hat nur noch ein sehr eingeschränktes Schweigerecht inne. In diesem Punkt wird die sog. *Orkem*-Rechtsprechung des EuGH<sup>107</sup> kodifiziert: Hiernach darf der Betroffene zwar nicht zu einem

<sup>102</sup> Eingehend dazu DANNECKER, Gerhard: *Ne bis in idem und das Verbot straf- und kartellrechtlicher Parallelverfahren*. Wien, 2021, 19, 21 ff., 105 f.

<sup>103</sup> DANNECKER (2021): a.a.O. 75 ff., 107.

<sup>104</sup> Eingehend dazu DANNECKER (2021): 97 ff., 108.

<sup>105</sup> EuGH, 27. 09. 2011, Rs. C-43509/08, Rn. 44.

<sup>106</sup> „Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen“ („GWB-Digitalisierungsgesetz“); dazu BIEN, Florian et al. (Hrsg.): *Die 10. GWB-Novelle: Das neue Kartellrecht*. München, 2021.

<sup>107</sup> EuGH, 18.05.1989, Rs. C-374/87, Slg. 1989, 3283.

Geständnis einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 bzw. 102 AEUV gezwungen werden, allgemeine Fragen zu Umständen einer Zuwiderhandlung, aus denen im Wege eines Indizienbeweises auf die Zuwiderhandlung geschlossen werden kann, sind aber zulässig. Damit geht eine Senkung des bislang geltenden deutschen Schutzniveaus auf das niedrigere EU-Schutzniveau einher.

Das Gesetz konkretisiert die Kriterien für die Bußgeldbemessung und schafft damit gesetzlich bestimmtere Maßstäbe. Damit ist ein nicht abschließender Kriterienkatalog von bisher schon genutzten Zumessungskriterien kodifiziert. Der Gesetzgeber strebt damit ein Mehr an Rechtssicherheit bei der Ausfüllung des weiten Bußgeldrahmens an sowie eine Harmonisierung der kartellbehördlichen und gerichtlichen Bußgeldbemessung. Bisher haben die Gerichte die behördlichen Sentencing Guidelines als nur für die Verwaltungsbehörde verbindlich angesehen und die Bußgeldbemessung losgelöst von diesen Vorgaben nach eigenen Kriterien vorgenommen.

## 6. FAZIT

Die Entwicklung des unionsrechtlichen Unternehmensbußgeldrechts und der nationalen Verbandsstrafen aufeinander zu ist eine durchaus erfreuliche Entwicklung, die aber noch eine Reihe von Problemen, insbesondere bezüglich der Sanktionsbemessung und der Verfahrensgarantien, mit sich bringt. Der sich abzeichnende Weg der Konvergenz trotz unterschiedlicher Sanktionsmodelle – Unternehmens- versus Verbandsverantwortlichkeitsmodell – sollte angesichts der Strafähnlichkeit der Geldbuße fortgesetzt werden. Hierbei ist es unverzichtbar, den rechtsstaatlichen Anforderungen an das materielle Sanktionsrecht als auch an das Verfahrensrecht zu entsprechen und die verantwortlichen Unternehmen als „corporate citizens“ anzuerkennen.<sup>108</sup>

## LITERATURVERZEICHNIS

- [1] ACHENBACH, Hans: Die ECN+-Richtlinie (EU) 2019/1 und das deutsche Kartellordnungswidrigkeitenrecht. *wistra*, 2019, 257 ff.
- [2] ALBRECHT, Jan Philipp: Das neue EU-Datenschutzrecht – von der Richtlinie zur Verordnung. *CR*, 2016, 88 ff.
- [3] ALBRECHT, Jan Philipp – JOTZO, Florian: *Das neue Datenschutzrecht der EU*. 2017.
- [4] BAUER, Raphaela: *Der Allgemeine Teil des Kartellbußenrechts*. Wien, 2020.
- [5] BEHR, Nicolai – TANNEN, Florian: Droht das Zeitalter der Datenschutzgeldbußen? ... und was Unternehmen dagegen tun können. *CCZ*, 2020, 120 ff.

---

<sup>108</sup> Eingehend dazu DANNECKER, Gerhard – SCHRÖDER, Thomas: Overcoming the current system of corporate criminal law – sanctioning corporate citizens. Crime prevention within the limits of rule the of law. In: POHLMANN, Markus – DANNECKER, Gerhard – VALARINI, Elizangela (eds.): *Bribery, Fraud, Cheating. How to Explain and to Avoid Organizational Wrongdoing*, 2020, 285 ff.

- 
- [6] BERGT, Matthias: Datenschutz und Datensicherheit. *DuD*, 2017, 555.
- [7] BIEN, Florian et al. (Hrsg.): *Die 10. GWB-Novelle: Das neue Kartellrecht*. München 2021.
- [8] CORNELIUS, Kai: Die „datenschutzrechtliche Einheit“ als Grundlage des bußgeldrechtlichen Unternehmensbegriffs nach der EU-DSGVO. *NZWiSt* 2016, 421.
- [9] DANNECKER, Christoph: Konturierung prozessualer Gewährleistungsgehalte des nemo tenetur- Grundsatzes anhand der Rechtsprechung des EGMR. *ZStW*, 127 (2015), 370 ff.
- [10] DANNECKER, Gerhard: Die Sanktionierung von Verstößen gegen das gemeinschaftsrechtliche Kartellrecht nach der VO (EG) Nr. 1/2003, *wistra*, 2004, 361 ff.
- [11] DANNECKER, Gerhard: Die Neuregelung der Sanktionierung von Verstößen gegen das EG-Kartellrecht nach der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln. In: *Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag*. München, 2004, 61 ff.
- [12] DANNECKER, Gerhard: Der strafrechtliche Schutz des Wettbewerbs: Notwendigkeit und Grenzen einer Kriminalisierung von Kartellrechtsverstößen. In: *Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*. Köln, 2008, 789 ff.
- [13] DANNECKER, Gerhard: Stellungnahme zum Zwischenbericht des Bundeskartellamts zum Expertenkreis Kartellsanktionenrecht. *NZKart*, 2015, p. 14.
- [14] DANNECKER, Gerhard: Strafe oder bloße Ordnungswidrigkeit – europäische Vorgaben und Entwicklungen. In: LEITNER, Roman – BRANDL, Rainer (Hrsg.): *Finanzstrafrecht 2016*. Wien, 2017, 125 ff.
- [15] DANNECKER, Gerhard: Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht im Wandel: Von der Verbands- zur Unternehmensverantwortung? In: *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*. München, 2018, 193 ff.
- [16] DANNECKER, Gerhard: Grundstrukturen des Grundsatzes „ne bis in idem“ im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs. In: *Festschrift für Ákos Farkas zum 65. Geburtstag*. Bd. 1, 2019, 206 ff. ([https://www.mjsz.uni-miskolc.hu/files/6553/23\\_danneckergerhard\\_t%C3%B3rdelt.pdf](https://www.mjsz.uni-miskolc.hu/files/6553/23_danneckergerhard_t%C3%B3rdelt.pdf)).
- [17] DANNECKER, Gerhard: *Ne bis in idem und das Verbot straf- und kartellrechtlicher Parallelverfahren*. Wien, 2021.
- [18] DANNECKER, Gerhard – DANNECKER, Christoph: Europäische und verfassungsrechtliche Vorgaben für das materielle und formelle Unternehmensstrafrecht. *NZWiSt*, 2016, 162 ff.

- 
- [19] DANNECKER, Gerhard – DANNECKER, Christoph: Kartellsanktionsrecht. In: SOYER, Richard (Hrsg.): *Handbuch Unternehmensstrafrecht*. Wien, 2021.
- [20] DANNECKER, Gerhard – FISCHER-FRITSCH, Jutta: *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*. 1989.
- [21] DANNECKER, Gerhard – KÖRTEK, Jasemin: General Report. In: DANNECKER, Gerhard – JANSEN, Oswald (eds.): *Competition Law Sanctioning in the European Union*. 2004, 1 ff.
- [22] DANNECKER, Gerhard – MÜLLER, Nadja: Das Kartellsanktionenrecht im Lichte der 9. GWB-Novelle. *KSzW*, 2017, 125 ff.
- [23] DANNECKER, Gerhard – DANNECKER, Christoph – MÜLLER, Nadja: Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht nach der 8. GWB-Novelle: weiterer Reformbedarf? *ZWeR*, 2013, 417 ff.
- [24] DANNECKER, Gerhard – SCHRÖDER, Thomas: Tatbestände mit supranationaler Schutzrichtung (Europadelikte). In: BÖSE, Martin (Hrsg.): *Europäisches Strafrecht* (EnzEuR Bd. 11). 2. Aufl., 2021.
- [25] DANNECKER, Gerhard – SCHRÖDER, Thomas: Overcoming the current system of corporate criminal law – sanctioning corporate citizens. Crime prevention within the limits of rule the of law. In: POHLMANN, Markus – DANNECKER, Gerhard – VALARINI, Elizangela (eds.): *Bribery, Fraud, Cheating. How to Explain and to Avoid Organizational Wrongdoing*. 2020, 285 ff.
- [26] EHMANN, Eugen – SELMAYR, Martin: *Datenschutz-Grundverordnung: DSGVO*. Münchenm, 2. Aufl., 2018.
- [27] ESSER, Robert: Das Doppelverfolgungsverbot in der Rechtsprechung des EGMR Das Doppelverfolgungsverbot in der Rechtsprechung des EGMR (Art. 4 des 7. ZP EMRK). Divergenzen und Perspektiven. In: HOCHMAYR, Gudrun (Hrsg.): *Ne bis in idem in Europa*. Baden-Baden, 2015, 27 ff.
- [28] FEDERMANN, Bernd A.: *Kriminalstrafen im Kartellrecht*. 2006.
- [29] FAUST, Sebastian – SPITTKA, Jan – WYBITUL, Tim: Milliardenbußgelder nach der DS-GVO? *ZD*, 2016, 120.
- [30] GRÜNWALD, Andreas – HACKL, Jens: Das neue umsatzbezogene Sanktionsregime der DS-GVO. *ZD*, 2017, 556 ff.
- [31] HEINICHEN, Christian: *Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge im europäischen Kartellrecht*. Baden-Baden, 2011.
- [32] HENN, Florian: *Strafrechtliche Verfahrensgarantien im europäischen Kartellrecht. Implikationen und Grenzen der Strafrechtsähnlichkeit von Kartellbußgeldern*. 2018, 33.

- 
- [33] HOPPMANN, Erich: Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, *JbNSt*, 179 (1966), 286, 289 und 300.
- [34] IMMENGA, Ulrich – MESTMÄCKER, Ernst Joachim (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. Bd. 1, 6. Aufl. 2020.
- [35] KROHM, Niclas: Die wirtschaftliche Einheit als Bußgeldadressat unter der Datenschutz-Grundverordnung? *RDV*, 2017, 221.
- [36] KÜHLING, Jürgen – BUCHNER, Benedikt: *Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO/BDSG*. 3. Aufl., 2020.
- [37] VON LAUFENBERG, Christoph: *Kartellrechtliche Konzernhaftung*, Berlin 2018.
- [38] LESSENICH, Christof A.: *Unternehmensbegriff und Zurechnung*. Bonn 2000.
- [39] LOEWENHEIM, Ulrich – MEESEN, Karl M. – RIESENKAMPFF, Alexander – KERSTING, Christian – MEYER-LINDEMANN, Hans Jürgen (Hrsg.): *Kartellrecht. Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht*. 4. Aufl., 2020, München.
- [40] LUTZ, Martin: Amnestie für aufklärungsbereite Kartellanten?, *BB*, 2000, 677 ff.
- [41] MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter (Hrsg.): *Grundgesetz. Kommentar, 62. Ergänzungslieferung*. 2011.
- [42] MITSCH, Wolfgang (Hrsg.): *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*. 5. Aufl., 2018.
- [43] MÖHLENKAMP, Andreas: Die europäische Bußgeldpraxis aus Unternehmenssicht in: SCHWARZE, Jürgen (Hrsg.): *Instrumente zur Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts*. 2002.
- [44] OST, Konrad: Die Richtlinie 1/2019: Ein Meilenstein für die Rechtsdurchsetzung im European Competition Network. *NZKart*, 2019, 69.
- [45] PAAL, Boris – PAULY, Daniel A. – FRENZEL, Eike Michael: *Datenschutz-Grundverordnung*. 2. Aufl., 2018.
- [46] PLATH, Kai Uwe (Hrsg.): *DSGVO/BDSG*. 3. Aufl., 2018.
- [47] RAUE, Frank: Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein? *Archiv des öffentlichen Rechts*, 131 (2006), 79 ff.
- [48] RIZVI, Salim: Entfesselte Bussenpraxis im Wettbewerbsrecht? *AJP/PJA*, 2010, 452.
- [49] SCHILDGEN, Larissa: *Rechtsfähigkeit des Unternehmens im Unionswettbewerbsrecht*. 2020, 7 ff.
- [50] SCHÖNEFELD, Jana – THOMÉ, Sarah: Auswirkungen der Datenschutz-Grundverordnung. *PinG*, 2017, 126.
- [51] SCHULTE, Lothar – JUST, Christoph: *Kartellrecht*. Art. 23 VO 1/2003 Rz 40 ff.



- 
- [52] STUCKENBERG, Carl-Friedrich: § 10 Allgemeiner Teil eines Europäischen Strafrechts. In: BÖSE, MARTIN (Hrsg.): *Europäisches Strafrecht* (EnzEuR Bd. 11). 2. Aufl., 2021.
- [53] TIEDEMANN, Klaus: Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts. In: *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum siebzigsten Geburtstag*. 1985.
- [54] TIEDEMANN, Klaus: *Wirtschaftsstrafrecht*. München, 5. Aufl., 2017.
- [55] UEBELE, Fabian: Das „Unternehmen“ im europäischen Datenschutzrecht. *EuZW*, 2018, 440.
- [56] VENN, Nikolai – WYBITUL, Tim: Die bußgeldrechtliche Haftung von Unternehmen nach Art. 83 DS-GVO (zugl. Anm. zu LG Bonn Urt. v. 11. 11. 2020 – 29 OWi 1/20). *NStZ*, 2021, 204 ff.
- [57] WAGNER VON PAPP, Florian: Kartellstrafrecht in den USA, dem Vereinigten Königreich und Deutschland. *WuW*, 2009, 1236 ff.
- [58] WAGNER-VON PAPP, Florian: Best and even better practices in commitment procedures after Alrosa: The dangers of abandoning the “struggle for competition law”. *Common Market Law Review*, 2012, 929 ff.
- [59] WEGNER, Carsten: Keine umfassende Begründungspflicht der Kommission für Geldbußen in Millionenhöhe? *WuW*, 2001, 469, 476.
- [60] WILS, Wouter P. J.: *World Competition*. 2005.
- [61] WOLFF, Heinrich Amadeus – BRINK, Stefan (Hrsg.): *BeckOK Datenschutzrecht*. 33. Ed. 1. 8. 2020.
- [62] WYBITUL, TIM: EU-Datenschutz-Grundverordnung. 2017.

## UNTERNEHMENSVERANTWORTLICHKEIT FÜR MENSCHEN- RECHTSVERLETZUNGEN – ZUM NEUEN GESETZESENTWURF IN DEUTSCHLAND

### Corporate Responsibility for Human Right Violations – Introducing a new draft law in Germany

THOMAS SCHRÖDER\*

**Abstract:** The global responsibility of companies for human rights violations is moving into the focus of legislation in Europe. This development can be attributed not only to an increased social sensitivity in western countries, but also to the current discussion under international law. The draft law currently under discussion in Germany is limited to an obligation for larger companies to show more effort; criminal sanctions are no longer on the agenda. This article traces the current discussion and also addresses an announced EU initiative.

**Keywords:** *corporate social responsibility, human rights, supply chain, self-regulation, externalisation society*

#### 1. FREIWILLIGE SELBSTREGULIERUNG UND STAATLICHE VORGABEN ZUM SCHUTZ VON MENSCHENRECHTEN IN DER WERTSCHÖPFUNGSKETTE

Die Frage, ob und wie Unternehmen dafür verantwortlich und haftbar sein könnten, wenn entlang ihrer Lieferketten Menschenrechtsverletzungen begangen werden, ist nicht nur ein Rechtsproblem<sup>1</sup>, sondern natürlich auch ein politisches, wirtschaftliches und gesellschaftliches. Nur hartgesottene Marktapologeten können leugnen, dass die gewaltige Gestaltungsmacht der politischen und wirtschaftlichen Akteure

---

\* Prof. Dr. jur., Professur für Strafrecht und Strafverfahrensrecht, Hochschule für Polizei Baden-Württemberg. Der Verf. dankt Frau stud. jur. Diana Maria Nita für die sehr hilfreiche Mitarbeit bei der Aktualisierung des Manuskripts.

<sup>1</sup> Dazu HÜBNER, Leonhard: Bausteine eines künftigen Lieferkettengesetzes. *NZG*, 2020, 1411 ff.; MONNHEIMER, Maria – NEDELCO, Philipp: Wirtschaft und Menschenrechte – Kommt ein Sorgfaltspflichtengesetz? *ZRP*, 2020, 205 ff.; RUDKOWSKI, Lena: Nachhaltigkeit in den internationalen Lieferketten als Haftungsrisiko für deutsche Unternehmen. *CCZ*, 2020, 352 ff.; THOMALE, Christ – MURKO, Marina: Unternehmerische Haftung für Menschenrechtsverletzungen in transnationalen Lieferketten. *EuZA*, 2021, 40 ff.; zur Haftung für verletzte Selbstverpflichtungen eines Konzerns nach englischem Recht AS-MUSSEN, Sven – WAGNER, Gerhard: Menschenrechtsklagen vor englischen Gerichten: Von Yachten zu Konzernen. *ZEuP*, 2020, 979; zur verfassungsrechtlichen Perspektive der rechtlichen Verantwortung für globale Lieferketten SCHMAHL, Stefanie: Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt im Ausland. *NJW*, 2020, 2221, 2224.

des Westens den Menschen in weniger entwickelten Ländern nicht nur den Fortschritt bescheren kann. Vielmehr kann sie zu nach wie vor postkolonial anmutenden Ausbeutungsverhältnissen führen – von den Umweltschäden ganz zu schweigen.<sup>2</sup> Da die Globalisierung ein Bedürfnis nach neuen Normen erzeugt, das Völkerrecht dennoch nur langsam – und in wichtigen Bereichen nicht hinreichend – entsteht<sup>3</sup>, dienen freiwillige Nachhaltigkeits-Engagements von Unternehmen dem Zweck, diese „governance gaps“ zu schließen. Unternehmen sollen durch „Corporate Social Responsibility“<sup>4</sup> Verantwortung für das Gemeinwohl übernehmen und dabei den Nationalstaaten durch die Steuerung transnationaler Prozesse mit Hilfe von nachhaltigkeitsorientiertem Handeln unter die Arme greifen. In europäischen Staaten wird allerdings auch zunehmend der nationale Gesetzgeber aktiv: Eine unternehmerische Sorgfaltspflicht für Menschenrechte ist etwa bereits in Frankreich, Großbritannien und in den Niederlanden gesetzlich verankert. Auch in der Schweiz erreichte die im November 2020 erfolgte Abstimmung für die „Konzernverantwortungsinitiative“ eine Volksmehrheit, scheiterte jedoch am erforderlichen Ständemehr.<sup>5</sup>

In Deutschland sind inzwischen nicht nur die üblichen Gegner einer der Wirtschaft großzügig gewährten Möglichkeit zur Selbstregulierung<sup>6</sup>, sondern gleich zwei Bundesminister der Auffassung, dass der Gesetzgeber handeln muss.<sup>7</sup> Sie trauen den Stellungnahmen von Wirtschaftsverbänden, die deutsche Wirtschaft transportiere von sich aus schon hinreichend umwelt- und menschenrechtsfreundliche Werte in

<sup>2</sup> Dazu grundlegend LESSENICH, Stephan: *Neben uns die Sintflut. Die Externalisierungsgesellschaft und ihr Preis*. München, 2016.

<sup>3</sup> Vgl. MENG, Werner: *Völkerrecht als wirtschaftlicher Ordnungsfaktor und entwicklungspolitisches Steuerungsinstrument*. In: MENG, Werner – MAGNUS, Ulrich – SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine – COTTIER, Thomas – STOLL, Peter-Tobias – EPINEY, Astrid: *Das internationale Recht im Nord-Süd-Verhältnis*. Heidelberg, Müller, 2005, S. 1 ff.; MONIEN, Johanna: *Prinzipien als Wegbereiter eines globalen Umweltrechts?* Baden-Baden, 2014, S. 155 ff.

<sup>4</sup> Zu diesem Begriff SPIEBHOFER, Birgit: *Wirtschaft und Menschenrechte – rechtliche Aspekte der Corporate Social Responsibility*, *NJW*, 2014, 2473 ff.

<sup>5</sup> Vgl. ASMUSSEN, Sven: *Haftung für CSR*. Tübingen, 2020, S. 3 ff.; KUHLEN, Beatrix: *Corporate Social Responsibility (CSR). Die ethische Verantwortung von Unternehmen für Ökologie, Ökonomie und Soziales*. Baden-Baden, 2005; SCHIRMER, Jan-Erik: *Nachhaltigkeit in den Privatrechten Europas*. *ZEuP*, 2021, 35 ff. Ergebnisse einsehbar unter: <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20201129/can636.html> (abgerufen: 18. Juni 2021).

<sup>6</sup> Zu rechtlichen Regulierungsstrategien, insbesondere zur Unterscheidung von imperativstaatlicher Regulierung, regulierter Selbstregulierung und staatlich flankierter gesellschaftlicher Regulierung vgl. statt vieler EIFERT, Martin: *Regulierungsstrategien*. In: HOFMANN-RIEM, Wolfgang – SCHMIDT-ARMANN, Eberhard – VOBKUHLE, Andreas (Hrsg.): *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. Bd. 1., München, Beck, 2. Aufl., 2012, 19 Rn. 1 ff.

<sup>7</sup> Zur von zivilgesellschaftlichen Gruppen bereits geäußerten Kritik an den Selbstregulierungsmaßnahmen der Wirtschaft vgl. „Kein Mut zu mehr Verbindlichkeit – Kommentar deutscher Nichtregierungsorganisationen zum Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte der Bundesregierung“, Überarbeitete Fassung vom 6. 2. 2017, abrufbar unter <https://germanwatch.org/sites/default/files/publication/17288.pdf> (alle Internet-Links dieses Beitrags wurden zuletzt am 2. 2. 2021 abgerufen).

die Welt, nicht mehr hinreichend über den Weg. Der Grund: Der von der letzten Bundesregierung im Jahr 2016 ins Leben gerufene „Nationale Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte“ war in der Wirtschaft nur auf wenig Resonanz gestoßen. Zudem erfüllte nur knapp ein Fünftel der zur Auskunft bereiten Unternehmen die eingeforderten Standards.<sup>8</sup>

Jedenfalls die beiden Minister wollten daher deutsche Unternehmen dazu verpflichten, einen Mindeststandard an Menschenrechts-Compliance auch im Ausland zu wahren. Sie können sich dafür auch auf einen Passus aus dem Koalitionsvertrag der gegenwärtigen Bundesregierung stützen.<sup>9</sup>

## 2. VÖLKERRECHTLICHE VORGABEN

Es muss allerdings angemerkt werden, dass es sich keineswegs um eine großzügige Geste der Ersten Welt gegenüber ihren verlängerten Werkbänken handelt. Vielmehr könnte der nationale Gesetzgeber damit zwingenden völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommen. Zwar gehört die Frage der territorialen Reichweite menschenrechtlicher Verpflichtungen zu den völkerrechtlich und menschenrechtsdogmatisch umstrittensten und kompliziertesten Fragen. Es finden sich in diesem Kontext allerdings immer mehr Autoren, die anzuerkennen bereit sind, dass eine menschenrechtliche Schutzpflicht der Bundesrepublik Deutschland dafür bestehe, das Verhalten deutscher Unternehmen so zu regeln, dass sie nicht zu Menschenrechtsverletzungen beitragen.<sup>10</sup> Ebenso wenig soll es Unternehmen freigestellt sein dürfen, durch ihr Verhalten die menschenrechtliche Situation von Personen, die von ihren Tätigkeiten direkt und im Rahmen der Geschäftsbeziehungen betroffen sind, zu verschlechtern. Eine Möglichkeit der Erfüllung dieser Schutzpflicht besteht in der gesetzlichen Festlegung einer menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht für Unternehmen. Dabei bedarf es grundsätzlich keiner ausdrücklichen völkerrechtlichen Erlaubnisnorm, um eine gesetzliche Regelung unternehmerischen Handelns mit Auslandsbezug zu rechtfertigen, wenn ein anerkannter Anknüpfungspunkt besteht.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Vgl. den Abschlussbericht zum Monitoring des Umsetzungsstandes der im Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte 2016–2020 beschriebenen menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht von Unternehmen vom 13. 10. 2020, S. 5 ff., abrufbar unter <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2405080/23e76da338f1a1c06b1306c8f5f74615/201013-nap-monitoring-abschlussbericht-data.pdf>.

<sup>9</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode vom 12. 3. 2018, Rn. 7380 ff., abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/656734/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf>.

<sup>10</sup> Dazu KLINGER, Remo – KRAJEWSKI, Markus – KREBS, David – HARTMANN, Constantin: *Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht*. Gutachten erstellt im Auftrag von Amnesty International, Brot für die Welt – Evangelischer Entwicklungsdienst, Germanwatch e.V. und Oxfam Deutschland e.V. aus dem März 2016, S. 11 ff. m.w.N., abrufbar unter <https://www.oxfam.de/system/files/gutachten-sorgfaltspflichten-oxfam.pdf>.

<sup>11</sup> KLINGER – KRAJEWSKI – KREBS – HARTMANN: a.a.O. S. 18.

### 3. ANFÄNGE DES GESETZGEBUNGSVERFAHRENS

Der erste, inoffizielle Referentenentwurf für das Entwicklungshilfeministerium entstand im Februar 2019.<sup>12</sup> Er fußte auf einem Gutachten zur „Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht“, das mehrere NGOs im Jahr 2016 in Auftrag gegeben hatten.<sup>13</sup> Zum Schutz sowohl der international anerkannten Menschenrechte als auch der Umwelt in globalen Wertschöpfungsketten legt dieser Entwurf großen wie auch bestimmten kleinen Unternehmen verschiedene Sorgfaltspflichten auf, so etwa Risikoanalysen, Business-Partner-Due-Diligence, Abhilfemaßnahmen, die Etablierung eines Compliance-Beauftragten sowie den Schutz von Whistleblowern.<sup>14</sup> Auf Sanktionsebene sollten Unternehmen gegenüber Betroffenen zivilrechtlich haften, zusätzlich waren Aufsichtsbefugnisse, Geldbußen sowie der Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge vorgesehen. Vorsätzlich wahrheitswidrige Angaben des Compliance-Beauftragten sollten eine Straftat darstellen. Führten diese Falschangaben zur Schädigung anderer Menschen, sollten der Compliance-Beauftragte sowie die Geschäftsleitung sogar für ein Verbrechen verantwortlich sein.<sup>15</sup>

### 4. DAS „LIEFERKETTENGESETZ“ VOM 11. JUNI 2021

Das sog. „Lieferkettengesetz“ wurde am 11. Juni 2021 vom deutschen Bundestag verabschiedet.<sup>16</sup> Die bereits genannten Sorgfaltspflichten ergeben sich aus Leitprinzipien der VN sowie der OECD. Das Gesetz gilt nur für in Deutschland ansässige Unternehmen mit mehr als 3000 Mitarbeitern; ab dem Jahr 2024 zudem auch für Betriebe mit mehr als 1000 Mitarbeitern, § 1. Das Gesetz soll keine Erfolgs-, sondern nur eine Bemühungspflicht begründen. Die notwendigen Abhilfemaßnahmen müssen angemessen sein, die (bevorstehende) Verletzung zu verhindern/beenden oder zumindest zu minimieren, § 7. *„Je näher das Unternehmen der drohenden oder bereits eingetretenen Verletzung steht und je mehr es dazu beiträgt, desto größer müssen seine Anstrengungen sein, die Verletzung zu beenden.“*<sup>17</sup> Verstöße werden mit Geldbußen von bis zu zwei Prozent des jährlichen Umsatzes geahndet, § 24 Abs. 3. Eine zivilrechtliche Haftung bei Verstößen der Pflichten aus dem Liefergesetz besteht nicht. Jedoch bleibt eine sonstige zivilrechtliche Haftung unberührt. Strafrechtliche Sanktionen sind nicht vorgesehen.

Das Lieferkettengesetz tritt ab dem 1. Januar 2023 in Kraft.

<sup>12</sup> Gestaltungsmöglichkeiten eines Mantelgesetzes zur nachhaltigen Gestaltung globaler Wertschöpfungsketten und zur Änderung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften (Nachhaltige Wertschöpfungskettengesetz – NaWKG) einschließlich eines Stammgesetzes zur Regelung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten in globalen Wertschöpfungsketten (Sorgfaltspflichtengesetz – SorgfaltspflichtenG), gemeinsam: RefE-SorgfaltspflichtenG, Stand: 1. 2. 2019.

<sup>13</sup> Vgl. Fn. 11.

<sup>14</sup> RefE-SorgfaltspflichtenG, S. 4 ff.

<sup>15</sup> RefE-SorgfaltspflichtenG, S. 11 f. (§§ 13 f.).

<sup>16</sup> BT-Drs. 19/30505.

<sup>17</sup> BT-Drs. 19/30505, S. 48.

## 5. BEWERTUNG DES „LIEFERKETTENGESETZES“

Wie ist dieses neue Gesetz zu bewerten? Vielen Organisationen geht das Lieferkettengesetz nicht weit genug, und es wird als „*ein von Industrieinteressen weichgespülter Minimalkonsens*“<sup>18</sup> bezeichnet. Die Kritik ist vor allem deshalb groß, da das Gesetz eine erheblich abgeschwächte Variante des von den beiden ein Lieferkettengesetz befürwortenden Ministerien entworfenen „Eckpunktepapiers“<sup>19</sup> darstellt. Bereits in diesem Eckpunktepapier wurden die Anforderungen gegenüber dem Vorschlag aus dem Jahr 2019 abgemildert. Er sollte für in Deutschland ansässige Unternehmen bereits bei mehr als 500 Mitarbeitern anwendbar sein. Zudem war darin eine zivilrechtliche Haftung für Schäden, die bei sorgfaltspflichtgemäßem Verhalten vorhersehbar und vermeidbar gewesen wären, vorgesehen.

Ich meine, dass das Zurückdrängen der westlichen<sup>20</sup> Externalisierungsgesellschaft, also einer Gesellschaft, die die negativen Folgen ihres Wirtschaftens auf andere Erdteile auslagert, eine Verantwortlichkeit auch der wirkungsmächtigsten privaten Akteure nötig macht. Menschenrechte zu gewährleisten kann nicht allein staatlichen Akteuren auferlegt bleiben. Die Kritik von Wirtschaftsverbänden, es dürften Unternehmen nicht Pflichten auferlegt werden, die selbst die Bundesregierung in Vereinbarungen mit anderen Staaten nicht durchzusetzen vermag, verkennt daher den normativen Paradigmenwechsel, der im Gesetzesvorhaben liegt: Das einfache nationale Recht verpflichtet die Unternehmen darauf, mit den ihnen eigenen Möglichkeiten Menschenrechte zu effektivieren und setzt sie zu diesem Zweck auch dem Instrument des „private enforcement“ aus.<sup>21</sup> Die Straftatbestände aus dem ersten Entwurf wurden zu Recht gestrichen, zumal sie recht krude ausgestaltet waren. In ordnungswidrigkeitenrechtlicher Hinsicht ist das Gesetz durch die vorgesehene Bebußung von Individualpersonen und – über § 30 OWiG<sup>22</sup> – der juristischen Person recht konservativ ausgestaltet.

<sup>18</sup> Pressemitteilung des Deutsche Umwelthilfe e.V. vom 10. 06. 2021, abrufbar unter <https://www.duh.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/lieferkettengesetz-im-bundestag-enttauschend-fuer-umwelt-und-klimaschutz/> (zuletzt besucht: 28. 07. 2021).

<sup>19</sup> Entwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales sowie des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung für Eckpunkte eines Bundesgesetzes über die Stärkung der unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in globalen Wertschöpfungsketten (Sorgfaltspflichtengesetz) vom 10. 3. 2020.

<sup>20</sup> Lessenich: a. a. O.

<sup>21</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht erkennt mittlerweile an, dass je nach Umständen, insbesondere im Hinblick auf eine staatsähnlich dominante Position von Unternehmen, die Grundrechtsbindung Privater derjenigen des Staates im Ergebnis nahe-oder sogar gleichkommen kann; vgl. BVerfG, NJW, 2020, 300 (307) – „Recht auf Vergessen I“.

<sup>22</sup> Zur Frage, ob nach deutschem Ordnungswidrigkeitenrecht bereits heute Konzernmuttergesellschaften und deren Führungspersonal für Rechtsverstöße ausländischer Tochtergesellschaften zur Verantwortung gezogen werden können vgl. ROGALL, Klaus: In: MITSCH, Wolfgang (Hrsg.): *Karlsruher Kommentar zum OWiG*. 5. Aufl., 2018, § 30 Rn. 87; § 130 Rn. 27 ff.

Insgesamt ist das Gesetz zwar ein Schritt in die richtige Richtung, um Menschenrechtsverletzungen zu verhindern. Jedoch sollte das Gesetz erweitert werden, vor allem in Bezug auch auf umweltbezogene Sorgfaltspflichten. Das Gesetz hätte zudem davon profitiert, bereits bestehende Leitbilder der Stufenverantwortlichkeit stärker zu evaluieren und eventuell einzubeziehen. Bekannt ist die hier erörterte Problematik etwa im Deliktsrecht auf dem Gebiet des Produkthaftungsrechts<sup>23</sup> oder im Lebensmittelrecht unter dem Schlagwort der „Kettenverantwortung“<sup>24</sup>.

## 6. KURZER AUSBLICK – MÖGLICHES EINSCHREITEN DER EUROPÄISCHEN UNION

Vermehrt wird eine einheitliche Regelung der Standards durch die Europäische Union gefordert, was durchaus wünschenswert wäre.<sup>25</sup> EU-Justizkommissar Didier Reynders hat für dieses Jahr (2021) bereits eine Gesetzesinitiative zu verbindlichen Sorgfaltspflichten für Unternehmen entlang ihrer Lieferketten angekündigt. Das Regelwerk werde klare Durchsetzungsmechanismen und ein Sanktionssystem enthalten.<sup>26</sup> Das europäische Gesetzgebungsverfahren steht jedoch noch am Anfang. Wenn es zu einer Regelung durch die EU kommt, müsste eine Harmonisierung der Standards in den einzelnen europäischen Mitgliedstaaten zudem noch erfolgen.

## LITERATURVERZEICHNIS

- [1] Amnesty International Deutschland / Brot für die Welt / Forum Menschenrechte / CorA-Netzwerk / Germanwatch / Misereor / Venro: *Kein Mut zu mehr Verbindlichkeit – Kommentar deutscher Nichtregierungsorganisationen zum Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte der Bundesregierung*. Überarbeitete Fassung vom 6. 2. 2017, abrufbar unter <http://germanwatch.org/de/download/17288.pdf> (zuletzt abgerufen am 2. 2. 2021).
- [2] ASMUSSEN, Sven: *Haftung für CSR*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2020. <https://doi.org/10.1628/978-3-16-158969-0>

<sup>23</sup> FLEISCHER, Holger – KORCH, Stefan: Zur deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit von Auftraggebern in der Lieferkette. *ZIP*, 2019, 2181 ff.

<sup>24</sup> DANNECKER, Gerhard: Stufenverantwortung – wer haftet wofür? – Verantwortlichkeit in der Lebensmittelkette (from farm to fork) – nach der Basisverordnung für Lebensmittelrecht. *Zeitschrift für Lebensmittelrecht*, 2002, S. 19 ff.

<sup>25</sup> So auch in der Pressemitteilung des Deutsche Umwelthilfe e.V. vom 10. 06. 2021, abrufbar unter <https://www.duh.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/lieferketten-gesetz-im-bundestag-enttaeuschend-fuer-umwelt-und-klimaschutz/> (zuletzt besucht: 28. 07. 2021).

<sup>26</sup> Globale Lieferketten: EU will Sorgfaltspflicht von Unternehmen gesetzlich verankern. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 6. 10. 2020, abrufbar unter [https://ec.europa.eu/germany/news/20201006-globale-lieferketten\\_de](https://ec.europa.eu/germany/news/20201006-globale-lieferketten_de).

- 
- [3] ASMUSSEN, Sven – WAGNER Gerhard: Menschenrechtsklagen vor englischen Gerichten: Von Yachten zu Konzernen. *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2020, 979–998.
- [4] Auswärtiges Amt: *Abschlussbericht zum Monitoring des Umsetzungsstandes der im Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte 2016–2020 beschriebenen menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht von Unternehmen*. 13. 10. 2020, abrufbar unter <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2405080/23e76da338f1a1c06b1306c8f5f74615/201013-nap-monitoring-abschlussbericht-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 2. 2. 2021).
- [5] DANNECKER Gerhard: Stufenverantwortung – wer haftet wofür? – Verantwortlichkeit in der Lebens-mittelkette (from farm to fork) – nach der Basisverordnung für Lebensmittelrecht. *Zeitschrift für Lebensmittelrecht (ZLR)*, 2002, 19–34.
- [6] Deutsche Umwelthilfe e.V.: Pressemitteilung vom 10. 06. 2021, abrufbar unter <https://www.duh.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/lieferkettengesetz-im-bundestag-enttaeuschend-fuer-umwelt-und-klimaschutz/> (zuletzt besucht: 28. 07. 2021).
- [7] EIFERT Martin: *Regulierungsstrategien*. In: HOFMANN-RIEM, Wolfgang – SCHMIDT-ABMANN, Eberhard – VOBKUHLE, Andreas (Hrsg.): *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. Bd. 1. München, Beck, 2. Aufl., 2012.
- [8] FLEISCHER, Holger – KORCH, Stefan: Zur deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit von Auftraggebern in der Lieferkette. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 2019, 2181–2191.
- [9] HÜBNER, Leonhard: Bausteine eines künftigen Lieferkettengesetzes. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 2020, 1411–1416.
- [10] KLINGER, Remo – KRAJEWSKI, Markus – KREBS, David – HARTMANN, Constantin: *Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht*. Gutachten erstellt im Auftrag von Amnesty International, Brot für die Welt – Evangelischer Entwicklungsdienst, Germanwatch e.V. und Oxfam Deutschland e.V. aus dem März 2016, abrufbar unter <https://www.oxfam.de/system/files/gutachten-sorgfaltspflichten-oxfam.pdf> (zuletzt abgerufen am 2. 2. 2021).
- [11] KUHLEN, Beatrix: *Corporate Social Responsibility (CSR): die ethische Verantwortung von Unternehmen für Ökologie, Ökonomie und Soziales*. Baden-Baden, Deutscher Wissenschaftsverlag, 2005.
- [12] LESSENICH, Stephan: *Neben uns die Sintflut. Die Externalisierungsgesellschaft und ihr Preis*. München, Hanser Berlin, 2016.
- [13] MENG, Werner: Völkerrecht als wirtschaftlicher Ordnungsfaktor und entwicklungspolitisches Steuerungsinstrument. In: MENG, Werner – MAGNUS,



- Ulrich – SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine – COTTIER, Thomas – STOLL, Peter-Tobias – EPINEY, Astrid: *Das internationale Recht im Nord-Süd-Verhältnis*. Heidelberg, Müller, 2005.
- [14] MONIEN, Johanna: *Prinzipien als Wegbereiter eines globalen Umweltrechts?* Baden-Baden, Nomos, 2014. <https://doi.org/10.5771/9783845250755>
- [15] MONNHEIMER, Maria – NEDELICU, Philip: Wirtschaft und Menschenrechte – Kommt ein Sorgfaltspflichtengesetz?. *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 2020, 205–209.
- [16] ROGALL, Klaus: § 30 OWiG. In: MITSCH, Wolfgang (Hrsg.): *Karlsruher Kommentar zum OWiG*. München, Beck, 5. Aufl., 2018.
- [17] RUDKOWSKI, Lena: Nachhaltigkeit in den internationalen Lieferketten als Haftungsrisiko für deutsche Unternehmen. *Corporate Compliance (CCZ)*, 2020, 352–355.
- [18] SCHIRMER, Jan-Erik: Nachhaltigkeit in den Privatrechten Europas. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2021, 35–63.
- [19] SCHMAHL Stefanie: Grundrechtsbindung der deutschen Staatsgewalt im Ausland. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2020, 2221–2224.
- [20] SPIEBHOFER, Birgit: Wirtschaft und Menschenrechte – rechtliche Aspekte der Corporate Social Responsibility. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2014, 2473–2479.
- [21] THOMALE, Christ – MURKO, Marina: Unternehmerische Haftung für Menschenrechtsverletzungen in transnationalen Lieferketten. *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA)*, 2021, 40–59.

## UNTERNEHMENSVERANTWORTLICHKEIT IM KARTELLRECHT

### Corporate responsibility in antitrust law

NADJA MÜLLER\*

**Abstract:** The functional concept of a corporate responsibility in European antitrust law, which is independent of a company's legal form, is increasingly gaining acceptance not only at the European level but also at the national level; it allows corporate sanctioning in line with the economic and socio-political role of companies in today's world.

**Keywords:** *corporate responsibility, antitrust law, economic unit, sanctioning model, role model*

#### 1. EINLEITUNG

Dem europäischen Kartellsanktionenrecht liegt ein eigenständiger funktionaler Unternehmensbegriff zugrunde, der eine effektive Durchsetzung des Wettbewerbsrechts sicherstellen soll und Ausgangspunkt einer Entwicklung darstellt, die sich nach dem Willen des europäischen Normgebers auch in den nationalen Rechtsordnungen niederschlagen soll. Ein Anfang wurde dabei im deutschen Recht im Rahmen der 9. GWB-Novelle gemacht, wobei das deutsche Kartellsanktionenrecht einen eigenen Weg der Sanktionierung geht und den europäischen Unternehmensbegriff nicht vollständig übernimmt. Ob dies der Schlusspunkt der Entwicklung sein wird, bleibt abzuwarten, ist aber zu bezweifeln.

#### 2. AUSGANGSPUNKT: FUNKTIONALER UNTERNEHMENSBEGRIFF

Ausgangspunkt der Bußgeldverantwortung im europäischen Kartellrecht ist nach der Konzeption der Art. 101 und 102 AEUV iVm Art. 23 VO 1/2003 das Unternehmen bzw. die Unternehmensvereinigung. Nachdem die europäische Kommission und die Gerichte zunächst – angelehnt an den Begriff der juristischen Person im nationalen Recht – von einem materiell-institutionellen Unternehmensbegriff ausgingen<sup>1</sup>, entwickelte der EuGH in Abgrenzung dazu einen unionsrechtlich autonomen Unternehmensbegriff<sup>2</sup>, dem eine wirtschaftliche statt rechtliche und eine mehr funktionale

---

\* Rechtsanwältin und Habilitandin am Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker, Universität Heidelberg.

<sup>1</sup> EuGH, 13. 07. 1962, verb. Rs. 17/61 und 20/61, Slg. 1962, 659, 687 (*Klöckner Werke und Hoesch AG*); so auch 13. 07. 1962, Rs. 19/61, Slg. 1962, 675, 750 (*Mannesmann*).

<sup>2</sup> Schlussanträge GA *BOT* vom 26. 20. 2010, Rs. C-201/09 P u. C-216/09 P, Rn. 175 (*Arcelor Mittal*).

statt formale Unternehmenskonzeption zugrunde liegt. Danach gilt, dass „im Rahmen des Wettbewerbsrechts [...] der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“, umfasst.<sup>3</sup>

### 3. DAS KONZEPT DER WIRTSCHAFTLICHEN EINHEIT

Kommission und Gerichte betrachten also die selbstständige Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit als maßgebliche Voraussetzung für die Bejahung der Unternehmenseigenschaft. Daher kommt es entscheidend auf die tatsächliche Möglichkeit der Beeinflussung der Wettbewerbsbedingungen am Markt an. Der Unternehmensbegriff wird außerdem rechtsformunabhängig gebildet, was bedeutet, dass ein Unternehmen – sprich: die wirtschaftlich tätige Einheit – rechtlich aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen bestehen kann.<sup>4</sup> Verstößt eine solche wirtschaftliche Einheit gegen die Wettbewerbsregeln, hat sie nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit für diese Zuwiderhandlung einzustehen.<sup>5</sup> Generalanwältin Kokott hat im Jahr 2007 in Sachen ETI den Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit wie folgt erläutert: „Aus dem Sanktionscharakter der von Wettbewerbsbehörden zur Ahndung von Kartellvergehen verhängten Maßnahmen — insbesondere Geldbußen — folgt, dass es sich um einen dem Strafrecht zumindest verwandten Bereich handelt. Maßgeblich für die Zurechnung von Kartellvergehen ist deshalb der Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit, der seinerseits im Rechtsstaatsprinzip und im Schuldprinzip verankert ist. Persönliche Verantwortlichkeit bedeutet, dass ein Kartellvergehen grundsätzlich derjenigen natürlichen oder juristischen Person zuzurechnen ist, die das an dem Kartell beteiligte Unternehmen betreibt; mit anderen Worten haftet der Rechtsträger dieses Unternehmens. Durch die Orientierung an der persönlichen Verantwortlichkeit wird in der Regel zugleich ein Beitrag zur effektiven Durchsetzung der Wettbewerbsregeln geleistet, hat doch der Betreiber eines Unternehmens auch den maßgeblichen Einfluss auf dessen Marktverhalten; dieses Verhalten soll er unter dem Eindruck der verhängten Sanktionen neu ausrichten, damit das Unternehmen sich künftig wettbewerbskonform verhält. Gleichzeitig hat die Sanktion eine generalpräventive Wirkung, indem sie auch andere Wirtschaftsteilnehmer von der Begehung von Kartellvergehen abschreckt.“<sup>6</sup>

<sup>3</sup> EuGH, 23.04.1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 Rn. 21 (*Höfner und Elser*); DANNECKER Christoph – DANNECKER Gerhard: Europäische und verfassungsrechtliche Vorgaben für das materielle und formelle Unternehmensstrafrecht. *NZWiSt*, 2016, 162, 167.

<sup>4</sup> EuGH, 20. 01. 2011, Rs. C-90/09 P, www.curia.eu, Rn. 35 (*General Química u. a.*).

<sup>5</sup> Siehe nur EuGH, 10. 04. 2014, Rs. C-231/11 bis C-233/11 P, www.curia.eu, Rn. 42-44 (*Siemens Österreich*); 29. 03. 2011, Rs. C.201/09 P u. C-216/09 P, www.curia.eu, Rn. 95 (*ArcelorMittal Luxembourg*).

<sup>6</sup> Schlussanträge GA Kokott vom 03. 07. 2007, Rs. C-280/06, Slg. 2007, I-10893 Rn. 71f. (*ETI*); Hervorhebungen durch die Verfasserin; s.a. EuGH, 27. 04. 2017, Rs. C-516/15 P, www.curia.eu, Rn. 52 (*Akzo Nobel*); 29. 03. 2011, Rs. C-201/09 P und C-216/09 P, www.curia.eu, Rn. 95 (*ArcelorMittal Luxembourg*).

Das Abstellen auf die wirtschaftliche Einheit führt dabei einerseits dazu, dass wettbewerbswidrige Absprachen bzw. Fusionen und Umstrukturierungen innerhalb dieser Einheit aus dem Wettbewerbsrecht auszunehmen sind, da sie nicht „nach außen“ wirken und somit keine nachteilige Beeinflussung des Marktgeschehens bewirken (sog. Konzernprivileg).<sup>7</sup>

Andererseits kommt der wirtschaftliche Unternehmensbegriff insbesondere bei der Ahndung von Kartellverstößen eines Konzerns zum Tragen, wenn also die wirtschaftliche Einheit aus mehreren Rechtsträgern besteht. In solchen Fällen geht der EuGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass einer Muttergesellschaft das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft zugerechnet werden kann, und zwar insbesondere dann, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht selbstständig bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt. Dies wird dann angenommen, wenn wirtschaftliche, organisatorische und rechtliche Beziehungen zwischen den beiden Rechtssubjekten bestehen und darüber eine Einflussnahme der Mutter- auf die Tochtergesellschaft stattfindet (sog. Konzept des bestimmenden Einflusses).<sup>8</sup>

Hält die Muttergesellschaft (nahezu) das gesamte Kapital der kartellrechtswidrig handelnden Tochtergesellschaft, besteht laut Kommission und den Gerichten eine widerlegliche Vermutung dafür, dass die Muttergesellschaft tatsächlich einen bestimmenden Einfluss auf ihre Tochtergesellschaft ausübt. In einem solchen Fall kann die Kommission demnach die Muttergesellschaft für das Verhalten der Tochtergesellschaft zur Verantwortung ziehen, ohne zusätzliche Beweise für eine tatsächliche Einflussnahme vorbringen zu müssen.<sup>9</sup>

Bei fehlender Autonomie und Weisungsabhängigkeit kann eine wirtschaftliche Einheit auch zwischen gleichgeordneten Konzerngesellschaften bzw. Schwestergesellschaften angenommen werden.<sup>10</sup> Eine wirtschaftliche Einheit kann darüber hinaus zwischen Mutter-, Tochter- und Enkelgesellschaft angenommen werden, wenn

---

<sup>7</sup> KERSTING, Christian: Die Rechtsprechung des EuGH zur Bußgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit. *WuW*, 2014, 1156, 1158.

<sup>8</sup> DANNECKER, Gerhard – MÜLLER, Nadja: Kartellstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht. In: WABNITZ, Heinz-Bernd – JANOVSKEY, Thomas – SCHMITT, Lothar (Hrsg.): *Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*. 5. Aufl., 2020, Kap. 19 Rn. 230 f.; EuGH, 28. 06. 2005, Rs. C-189/02 P u.a., [www.curia.eu](http://www.curia.eu), Rn. 119 f. (*Dansk Rørindustri*); EuG, 12. 07. 2018, Rs. T-419/14, *EuZW*, 2018, 858, 869 Rn. 143 (*Goldman Sachs Inc.*); EuGH, 27. 04. 2017, Rs. C-516/15 P, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), Rn. 52 (*Akzo Nobel*).

<sup>9</sup> DANNECKER – MÜLLER (2020): a.a.O., Kap. 19 Rn. 230; EuGH, 8.5.2013, Rs. C-508/11 P, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), Rn. 67 (*ENI SpA*); EuG, 13. 7. 2011, Rs. T-138/07, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), Rn. 73 (*Schindler Holding*); EuGH, 14. 07. 1972, Rs. 48/69, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), Rn. 131 bis 133 (*Imperial Chemical Industries*); 25. 10. 1983, Rs. C-107/82, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), Rn. 49 bis 53 (*AEG-Telefunken*); 17. 09. 2015, Rs. C-597/13 P, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), Rn. 35 (*Total*).

<sup>10</sup> EuGH, 02. 10. 2003, Rs. C-196/99, Slg. 2003, I-11005 Rn. 96 ff. (*Aristain*); EuG, 27. 11. 2014, Rs. T-517/09, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), Rn. 59 (*Alstom/Kommission*).

eine Muttergesellschaft beispielsweise (nahezu) 100% des Kapitals der Tochtergesellschaft hält, die wiederum Alleingesellschafterin der Enkelgesellschaft ist.<sup>11</sup>

Um zu verhindern, dass sich Unternehmen durch Umwandlungen, Umstrukturierungen oder Liquidation der Bebußung entziehen, wird auf die wirtschaftliche Einheit auch in Fällen der Rechtsnachfolge zurückgegriffen.<sup>12</sup> Ein solcher Rückgriff im Rahmen der Rechtsnachfolge ist nach Auffassung des EuGH in Sachen *Modelo Continente Hipermercados* selbst dann möglich, wenn noch kein Bußgeldverfahren eröffnet bzw. noch keine Geldbuße festgesetzt oder gar rechtskräftig geworden ist. Im fraglichen Fall ging der Gerichtshof davon aus, dass die bußgeldrechtliche Zahlungspflicht schon als ungewisse Verbindlichkeit auf den Rechtsnachfolger übergeht.<sup>13</sup>

#### 4. BÜSGELDRECHTLICHE VERANTWORTUNG UND HAFTUNG IN DER WIRTSCHAFTLICHEN EINHEIT

Das Konzept der wirtschaftlichen Einheit vermeidet damit im Ergebnis infolge seines rechtsformunabhängigen Charakters Zurechnungsprobleme zwischen den Rechtsträgern im Konzern: Wird ein Kartellrechtsverstoß aus der wirtschaftlichen Einheit heraus begangen, ist sie dafür persönlich verantwortlich. Allerdings stößt das Konzept naturgemäß dort an seine Grenzen, wo aus rechtlichen Gründen nur auf eine juristische Person zugegriffen werden kann, so bei der Zustellung (die wirtschaftliche Einheit hat keinen „Briefkasten“) oder Vollstreckung eines Bußgeldbescheids.<sup>14</sup>

Das bedeutet, dass die Kommission im Rahmen des Kartellordnungswidrigkeitenverfahrens zwar zunächst die aus mehreren Rechtsträgern bestehende wirtschaftliche Einheit als Verantwortliche für den Kartellverstoß ahnden kann, aber sich spätestens, wenn es um die praktische Versendung der Bußgeldbescheide geht, darauf festlegen muss, welchen Rechtsträgern aus der wirtschaftlichen Einheit sie diese Bescheide zustellen will, bzw. wer das festgesetzte Bußgeld letztlich bezahlen muss.<sup>15</sup>

In der Praxis geht die Kommission hier zwei verschiedene Wege: Zunächst kann sie, unter Berücksichtigung des Schuldgrundsatzes, nach dem Grundsatz der persönlichen Verantwortlichkeit „maßgeschneiderte Bußgelder“ gegen alle, gegen mehrere

<sup>11</sup> DANNECKER – MÜLLER (2020): a.a.O., Kap. 19 Rn. 234; KERSTING, Christian: Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern. *Der Konzern*, 2011, 445 f.; EuGH, 08. 05. 2013, Rs. C-90/09 P, Slg. 2011, I-1, Rn. 86 ff. (*General Química*); Siehe KOM, 11. 06. 2008, COMP/38.695 Rz. 396 (*Natriumchlorat*), wo eine Kapitalbeteiligung von 97% als ausreichend betrachtet wurde.

<sup>12</sup> Siehe nur Schlussanträge GA KOKOTT, v. 03. 07. 2007, Rs. C 280/06, Slg. 2007, I 10893, Rn. 71 ff. (*ETI u. a.*).

<sup>13</sup> DANNECKER – MÜLLER (2020): a.a.O., Kap. 19 Rn. 237; EuGH, 05.03.2015, Rs. C-343/13, www.curia.eu, Rz. 24 ff. (*Modelo Continente Hipermercados*).

<sup>14</sup> EuGH, 27. 04. 2017, Rs. C-516/15 P, www.curia.eu, Rn. 50 (*Akzo Nobel*); DANNECKER – DANNECKER: *NZWiSt*, 2016, 162, 168.

<sup>15</sup> Siehe nur KOMM, 08. 07. 2009, COMP/39.401, ABl. 2009 C 248 Rn. 270 ff. (*E.ON/GDF*); EuGH, 27. 04. 2017, Rs. C-516/15 P, www.curia.eu, Rn. 48 ff. (*Akzo Nobel*).

oder gegen nur einen beteiligten Rechtsträger verhängen (strafrechtliche Verantwortung im weiteren Sinne).<sup>16</sup> Welchen oder wie viele Rechtsträger aus der wirtschaftlichen Einheit die Kommission dabei als Bußgeldschuldner auswählt, liegt in ihrem Ermessen.<sup>17</sup>

Daneben kann die Kommission nach Art. 23 Abs. 2 VO 1/2003 ein Gesamtbußgeld verhängen, für welches mehrere Gesellschaften gesamtschuldnerisch haften.<sup>18</sup> Dies ist mittlerweile die Regel. Die Gesamtschuld ist dabei zwar autonom unionsrechtlich zu verstehen, es handelt sich jedoch – im Gegensatz zu erstgenannten Vorgehensweise, für die strafrechtliche Garantien gelten müssen – um einen haftungsrechtlichen Ansatz. Auch hier kommt der Kommission ein Auswahlermessen zu.<sup>19</sup> Es steht ihr also frei, ob sie die unmittelbar tatbeteiligte Gesellschaft oder (auch) andere Rechtsträger mit einer Geldbuße belegt.<sup>20</sup> Nach Auffassung des EuGH hat die Kommission dabei nur die Haftungsanteile im Außenverhältnis zu bestimmen; die Festlegung, nach welchen Kriterien die Gesamtschuldner im Innenverhältnis haften, obliegt den nationalen Gerichten.<sup>21</sup>

Der europäische Unternehmensbegriff macht es auch möglich, Veränderungen des Unternehmens (Umstrukturierungen, Firmenumbenennung, Veräußerungen von Geschäftsbereichen etc.) als für den vom Unternehmen begangenen Rechtsverstoß unbeachtlich zu betrachten. Solange die wirtschaftliche Einheit, die die Zuwiderhandlung begangen hat, existiert, kann auf deren Rechtsträger als Bußgeldadressaten zugegriffen werden, mögen sie zwischenzeitlich auch umbenannt worden sein oder ihre Geschäftstätigkeit verändert haben.

Wenn eine Gesellschaft, die zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung Teil der wirtschaftlichen Einheit war, nach der Zuwiderhandlung veräußert wird, kann der Erwerber grundsätzlich zunächst nicht für die Zuwiderhandlung haftbar gemacht werden, selbst wenn er von dem Kartellverstoß Kenntnis hatte und nun mit der erworbenen Gesellschaft eine wirtschaftliche Einheit bildet. Voraussetzung für eine Haftung der Rechtsträger des erwerbenden Unternehmens ist, dass sie selbst einen

---

<sup>16</sup> Siehe nur KOMM, 30.03.1983, ABl. L 317, S. 1 ff. (*Gußeisen- und Gußstahlwalzen*); DANNECKER Gerhard – FISCHER-FRITSCH, Jutta: *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*. 1989, 264 ff. m.w.N.

<sup>17</sup> Meist wurde in diesen Fällen lediglich die Muttergesellschaft bebußt, siehe DANNECKER-FISCHER-FRITSCH (1989): 264 ff. m.w.N.

<sup>18</sup> Siehe EuGH, 10. 04. 2014, Rs. C-231/11 P, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), Rn. 58 (*Siemens AG Österreich*).

<sup>19</sup> BIEBER, Thomas: *Die gesamtschuldnerische Haftung für die Zahlung von Kartellbussen im EU-Recht*. 2014, 69 f. m.w.N.

<sup>20</sup> SAUER, Ralf: In: SCHULTE Josef L. – JUST Christoph (Hrsg.): *Kartellrecht*. Art. 23 VO 1/2003, Rn. 8 m.w.N.; siehe nur EuG, Rs. T-71/03 u.a., Slg. 2005, II-10, Rn. 387 (*Tokai Carbon*); 17.05.2011, Rs. T-299/08, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), Rn. 60 ff. (*Elf Aquitaine*).

<sup>21</sup> EuGH, 10. 04. 2014, Rs. C-231/11 P, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), Rn. 39 ff. (*Siemens AG Österreich*); 14. 04. 2014, Rs. C-247/11 P, Slg. 2011, II-633, Rn. 122 ff. (*Areva SA*); DE BRONETT, Georg: *Gesamtschuldnerische Geldbußen nach EU-Kartellrecht für Personen, die wettbewerbswidrig handelnden „wirtschaftlichen Einheiten“ angehören*. EWS, 2015, 123, 128.

Rechtsverstoß begeht, etwa, weil der erworbene Rechtsträger die Zuwiderhandlung fortsetzt.<sup>22</sup>

Über die Kriterien der Kontinuität und Identität kann ausnahmsweise auch das einen Rechtsträger erwerbende Unternehmen, das selbst nicht am Kartellverstoß beteiligt war, dafür in Haftung genommen werden, wenn ansonsten in der wirtschaftlichen Einheit, die den Kartellverstoß begangen hat, kein Rechtsträger mehr vorhanden ist, gegen den die Geldbuße verhängt werden könnte und der erworbene Rechtsträger im Wesentlichen in dem neuen Unternehmen weiterexistiert. Vermieden werden soll damit, dass ein Rechtsträger in einem anderen Unternehmen aufgeht, um seiner Haftung zu entgehen und zugleich kein Bußgeldadressat existiert, der für die Geldbuße aufkommen könnte.<sup>23</sup>

Kritisiert wird an diesem Konzept der wirtschaftlichen Einheit vor allem die Weite des Unternehmensbegriffs und insbesondere die 100%-Vermutung.<sup>24</sup> Gegen Letztere wird eingewandt, dass sie der Unschuldsvermutung aus Art. 6 EMRK und Art. 48 Abs. 1 GRC zuwiderlaufe.<sup>25</sup> Dieses Spannungsverhältnis erkennt zwar auch der Gerichtshof, er geht jedoch davon aus, dass die Vermutung sowohl dem effet utile als auch den rechtsstaatlichen Anforderungen genügt, weil die Vermutung zwar uU schwer, aber nicht unwiderleglich sei.<sup>26</sup>

Ebenfalls aus Effektivitätsgründen erweiterte der EuGH unlängst in einer bahnbrechenden Entscheidung den Anwendungsbereich des Unternehmensbegriffs auf Art. 11 der Richtlinie 2014/104/EU.<sup>27</sup> In Sachen *Sanska Industrial Solutions* hatte der Gerichtshof – entgegen der ursprünglichen Intention des Richtliniengebers – festgestellt, dass „*der Begriff ‚Unternehmen‘ im Sinne des Art. 101 AEUV, der einen autonomen Begriff des Unionsrechts darstellt, im Zusammenhang mit der Verhängung von Geldbußen durch die Kommission nach Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr.*

<sup>22</sup> BIERMANN Jörg: In: IMMENGA, Ulrich – MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. 6. Aufl., 2019, Vor Art. 23 VO 1/2003 Rn. 114 f.

<sup>23</sup> BIERMANN (2019): Vor Art. 23 VO 1/2003 Rn. 116 ff.; ZIMMER, Daniel: In: IMMENGA, Ulrich – MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. 6. Aufl., 2019, AEUV Art. 101 Abs. 1 Rn. 43.

<sup>24</sup> Siehe nur THOMAS, Stefan: Die wirtschaftliche Einheit im EU-Kartellbußgeldrecht. *KSzW*, 2011, 10 ff.; VOET VAN VORMIZEELE, Philipp: Die EG-kartellrechtliche Haftungszurechnung im Konzern im Widerstreit zu den nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen. *WuW*, 2010, 1008, 1009 ff.

<sup>25</sup> Siehe nur BECHTOLD, Rainer – BOSCH, Wolfgang: Der Zweck heiligt nicht alle Mittel. *ZWeR*, 2011, 160, 166 ff.

<sup>26</sup> EuGH, 18. 07. 2013, Rs. C-501/11 P, www.curia.eu, Rn. 108 f. (*Schindler*); EuG, 17. 05. 2011, Rs. T-299/08, www.curia.eu, Rn. 60 (*Elf Aquitaine*); KERSTING, Christian: *WuW*, 2014, 1156, 1163.

<sup>27</sup> Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. 11. 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union.

1/2003 keine andere Bedeutung als bei Schadensersatzansprüchen wegen des Verstößes gegen die Wettbewerbsregeln der Union haben kann“.<sup>28</sup>

Darüber hinaus zeigt sich im europäischen Recht auch außerhalb des Kartellrechts die Tendenz zur Orientierung am kartellrechtlichen Unternehmensbegriff.<sup>29</sup>

## 5. PARALLELENTWICKLUNG IM DEUTSCHEN KARTELLBUßGELDRECHT – VOM VERBANDSBUßGELDREGIME ZUR UNTERNEHMENSBEZOGENEN SANKTION DURCH DIE 9. GWB-NOVELLE

### 5.1. Vorbildcharakter des europäischen Unternehmenssanktionsregimes

Trotz der teils noch offenen Fragen ist dieses europäische Sanktionsmodell infolge seiner Effektivität auch Vorbild für das Bußgeldregime, das mit der 9. GWB-Novelle in das deutsche Recht eingeführt wurde. Ziel des Gesetzgebers des Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 1. 6. 2017, das am 9. 6. 2017 in Kraft getreten ist<sup>30</sup>, war es nämlich ausweislich der Gesetzesmaterialien, eine „unternehmensbezogene Sanktion“ einzuführen, um Kartellrechtsverstöße nach nationalem Recht ebenso effektiv und nachhaltig verfolgen zu können wie die EU-Kommission.<sup>31</sup>

### 5.2. Unternehmensbezogene Sanktion auf eigenständigem nationalen Weg

Durch die im Rahmen der Novellierung neu in das GWB aufgenommenen Regelungen der § 81 Abs. 3a bis 3e GWB ist es zu einer Erstreckung der bußgeldrechtlichen Verantwortung auf beherrschende Muttergesellschaften und Rechtsnachfolgesellschaften und damit zu einer Ausweitung der bußgeldrechtlichen Verantwortung gekommen, mit der der Gesetzgeber zwar die Ergebnisse des europäischen Unternehmensbußgeldrechts erreichen wollte, allerdings auf einem eigenständigen nationalen Weg. Damit hat der nationale Gesetzgeber das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip für das Kartellordnungswidrigkeitenrecht aufgeben und – vergleichbar dem europäischen Sanktionsregime – ein Unternehmenssanktionsrecht eingeführt, bei dem es für die Verhängung einer Geldbuße ausreicht, dass die juristische Person oder Personenvereinigung zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung der wirtschaftlichen Einheit angehört hat, der auch der Rechtsträger angehörte, dessen Leitungsperson die Zuwiderhandlung begangen hat.<sup>32</sup> Mit § 81

<sup>28</sup> EuGH, 14. 03. 2019, Rs. C-724/17, www.curia.eu, Rn. 47 (*Sanska Industrial Solutions*).

<sup>29</sup> V. BUSEKIST, Konstantin – FERDERMANN, Bernd – MÜLLER Nadja: Konzernverantwortung und Konzernhaftung. *ZRFC*, 2020, 263, 270 m.w.N.

<sup>30</sup> BGBl. I 2017, 1416 ff.; JUNGBLUTH, Armin: Die 9. GWB-Novelle – Digitalisierung, Schließung der Wurstlücke, Kartellschadensersatz und anderes mehr... *NZKart*, 2017, 257.

<sup>31</sup> DANNECKER Gerhard – MÜLLER Nadja: Das Kartellsanktionenrecht im Lichte der 9. GWB-Novelle. *KSzW* 2017, 125; MÄGER Thorsten – VON SCHREITTER Florian: Kartellordnungswidrigkeitenrecht nach der 9. GWB-Novelle. *NZKart*, 2017, 264, 265; JUNGBLUTH: *NZKart*, 2017, 257 f.

<sup>32</sup> BT-Drucks. 18/10207, S. 88 f.



Abs. 3a GWB sollte eine Regelung geschaffen werden, bei der sich schon auf der Verantwortungsebene die Frage stellt, welche Rechtsträger als Teil der wirtschaftlichen Einheit „Täter des Kartellverstoßes“ waren und deshalb zu ahnden sind.<sup>33</sup>

### 5.3. Kritische Haltung der Literatur am eigenständigen deutschen Sanktionsregime

Die herrschende Literatur geht dagegen von einer Fortgeltung des Trennungsprinzips aus und lehnt entsprechend die Einführung einer einheitlichen Unternehmensverantwortlichkeit ab: Auch wenn es nach dem Gesetz ausreiche, dass die juristische Person oder Personenvereinigung zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung der wirtschaftlichen Einheit angehört hat, der auch der Rechtsträger angehörte, dessen Leitungsperson die Zuwiderhandlung begangen hat, verbleibe es infolge der Rückbindung des § 81 GWB an § 30 OWiG bei der Verantwortung juristischer Personen und Verbände.<sup>34</sup> Das Rechtsträgerprinzip bleibe also erhalten, wodurch es zu einer unglücklichen Vermengung von abgeleiteter und originärer Verantwortung komme, die verfassungsrechtlich bedenklich sei.<sup>35</sup>

In der Konsequenz hieraus folgt eine Unvereinbarkeit mit dem Schuldgrundsatz dahingehend, dass gegen die Muttergesellschaft, die einen bestimmenden Einfluss auf die kartellrechtswidrig handelnde Tochtergesellschaft ausgeübt hat, eine Geldbuße verhängt werden kann, obschon sich keine Leitungsperson der Muttergesellschaft selbst vorwerfbar verhalten hat. So aber werde eine am Kartellverstoß unbeteiligte juristische Personen sanktioniert<sup>36</sup>, was auf eine „Konzernzustandshaftung“ im Sinne einer kartellrechtlichen „Sippenhaft“ der Konzernobergesellschaften<sup>37</sup> hinauslaufe, die verschuldensunabhängig eintrete.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> Vgl. MEYER-LINDEMANN, Hans Jürgen: In: KERSTING, Christian – PODSZUN, Rupprecht (Hrsg.): Die 9. GWB-Novelle, 2017, 391 Rz. 56; s.a. DANNECKER, Gerhard: Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht im Wandel: Von der Verbands- zur Unternehmensverantwortung? In: *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*. 2018, 193, 198 f.

<sup>34</sup> DANNECKER – MÜLLER: *KSzW*, 2017, 125, 127 f.; WECK, Thomas: Sanktionen für Unternehmen: Theorie und Praxis. *wistra*, 2017, 169, 170.

<sup>35</sup> DANNECKER (2018): a.a.O. 193, 199; TIMMERBEIL, Sven – BLOME, Max-Niklas: Steter Tropfen höhlt den Stein – Die „wirtschaftliche Einheit“ im deutschen Kartellrecht nach der 9. GWB-Novelle. *BB*, 2017, 1544, 1547.

<sup>36</sup> MEYER-LINDEMANN (2017): a.a.O. 394 Rz. 67.

<sup>37</sup> BRETTEL, Hauke – THOMAS, Stefan: Der Vorschlag einer bußgeldrechtlichen „Konzernhaftung“ nach § 81 Abs. 3a RefE 9. GWB-Novelle. *WuW*, 2016, 336, 337.

<sup>38</sup> DANNECKER – MÜLLER: *KSzW*, 2017, 125, 128; DANNECKER (2018): a.a.O., 193, 199 f.; HARNOS, Rafael: Harmonisierung des Kartellbußgeldrechts qua *effet utile*? *ZWeR*, 2016, 284, 304; MEYER-LINDEMANN (2017): 394 Rz. 67.

#### 5.4. Vermeidung von Friktionen nur bei Interpretation als Unternehmenssanktionsregime unter Loslösung vom Trennungsprinzip

Die Neukonzeptionierung des kartellrechtlichen Bußgeldregimes ist somit unterschiedlich interpretierbar und kann dem Vorwurf der Verfassungswidrigkeit nur dann entgehen, wenn man sie als eigenständige Ergänzung unter Beibehaltung der Verbandsverantwortlichkeit oder als Verbindung zweier Sanktionsmodelle zu einem einheitlichen, neuen Unternehmensverantwortungsmodell in Annäherung an das Unionsrecht betrachtet. Nur auf diese Weise lassen sich verfassungsrechtliche Friktionen vermeiden, da so das Unternehmen Sanktionsadressat ist, auf den der Schuldgrundsatz in Form des europäischen Grundsatzes der „persönlichen“ Verantwortlichkeit Anwendung findet.<sup>39</sup> Da nur das einheitliche Unternehmensverantwortungsmodell dem Schuldgrundsatz Rechnung trägt, ist eine entsprechende Interpretation im Wege der normerhaltenden verfassungskonformen Auslegung geboten.<sup>40</sup> Maßgebend ist demnach die Verantwortung des Unternehmens als wirtschaftliche Tätigkeiten ausübende Einheit, „*unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung*“<sup>41,42</sup> Die Ordnungswidrigkeit der Leitungsperson löst entsprechend die Verantwortlichkeit des Unternehmens aus, die es wiederum rechtfertigt, hierfür die Rechtsträger in Anspruch zu nehmen, wie es auch im europäischen Kartellordnungswidrigkeitenrecht der Fall ist.<sup>43</sup>

#### 5.5. Bewusstes Abweichen des deutschen Bußgeldregimes vom europäischen Modell

An anderer Stelle weicht das deutsche Bußgeldregime jedoch bewusst vom EU-Recht ab und vermeidet damit die Probleme, die von der im europäischen Recht umstrittenen Vermutungsregel ausgehen. Laut Gesetzesbegründung zur 9. GWB-Novelle sind für den Nachweis des bestimmenden Einflusses von Mutter- und Tochtergesellschaft die Maßstäbe des deutschen Rechts maßgeblich; es bedürfe somit beweismäßig der vollen trichterlichen Überzeugung, die unter Heranziehung von Erfahrungssätzen gebildet werden könne, wobei in Fällen, in denen eine deutliche Mehrheit der Anteile gehalten wird, eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spreche, dass die Geschäftspolitik der betreffenden Gesellschaft tatsächlich durch die Mehrheitsanteilseignerin bestimmt wird.<sup>44</sup> Die Abkehr von dieser Vermutungsregel ist in

<sup>39</sup> Eingehend DANNECKER – MÜLLER: *KSzW*, 2017, 125, 128 ff.; DANNECKER (2018): a.a.O., 193, 200.

<sup>40</sup> Dazu DANNECKER, Gerhard: In: *Leipziger Kommentar*. 12. Aufl., 2007, § 1 Rn. 374 ff.

<sup>41</sup> So EuGH, 23.04.1991, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 Rz. 21 (*Höfner und Elser*).

<sup>42</sup> Siehe nur EuGH, 11. 12. 1997, Rs. C-55/96, Slg. 1997, I-7119 Rz. 21 (*Job Centre*); EuG, 13. 12. 2006, Rs. T-217/03 und T 245/03, Slg. 2006, II-4987 Rz. 52 (*FNCBV*); s.a. OST, Konrad – KALLFASS, Gunnar – ROESEN, Katrin: Einführung einer Unternehmensverantwortlichkeit im deutschen Kartellsanktionenrecht – Anmerkungen zum Entwurf der 9. GWB-Novelle. *NZKart*, 2016, 447, 457.

<sup>43</sup> DANNECKER (2018): a.a.O., 193, 198 ff.

<sup>44</sup> BT-Drucks. 18/10207, 90.

Bezug auf die hier im europäischen Recht zu Recht geltend gemachten Bedenken durchaus zu begrüßen, wobei in der Literatur teils ein Gleichlauf in der Praxis mit dem europäischen Recht befürchtet wird.<sup>45</sup> Darüber hinaus soll nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers auch zwischen Schwestergesellschaften eine wirtschaftliche Einheit nicht angenommen werden.<sup>46</sup>

### 5.6. Berechtigte Kritik am deutschen „Sonderweg“

Tatsächlich kritisch zu betrachten an der Neukonzeptionierung im Rahmen der 9. GWB-Novelle ist zunächst die Einführung einer sog. Ausfallhaftung für die Übergangszeit in § 81a GWB, die verhindern soll, dass ein Bußgeld nicht festgesetzt oder vollstreckt werden kann, weil nach der Bekanntgabe der Einleitung des Bußgeldverfahrens der betroffene Rechtsträger erlischt oder Vermögen verschoben wird.<sup>47</sup> Rechtsgrund für die Anordnung einer Ausfallhaftung ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers *„nicht die Kartellordnungswidrigkeit, sondern vielmehr ein der Tat nachgelagertes Ereignis, namentlich das nach Einleitung des Bußgeldverfahrens veranlasste Erlöschen einer nach § 30 OWiG verantwortlichen Gesellschaft oder eine anderweitige Verschiebung von Vermögen, die zur Folge hat, dass das Bußgeld nicht festgesetzt oder vollstreckt werden kann, also das Vermögen des Bußgeldverantwortlichen sich verringert. Ein ordnungswidrigkeitenrechtlicher Vorwurf gegen das Unternehmen ist damit, anders als bei der Neuregelung nach § 81 Abs. 3a bis Abs. 3c, nicht verbunden.“*<sup>48</sup> Zutreffend wird an dieser Regelung kritisiert, dass – obschon es sich nach dem Willen des Gesetzgebers hierbei um eine zivilrechtliche Haftung handeln soll<sup>49</sup> – ebenfalls an das Konzept der wirtschaftlichen Einheit angeknüpft wird, so dass sich die Frage stellt, ob es sich bei der „Ausfallhaftung“ tatsächlich um ein haftungsrechtliches Instrument oder nicht tatsächlich doch um eine Sanktion handelt, auf die das strafrechtliche Rückwirkungsverbot Anwendung findet.<sup>50</sup> Letzteres dürfte zu bejahen sein.<sup>51</sup>

<sup>45</sup> Eingehend DANNECKER – MÜLLER: *KSzW*, 2017, 125, 130; DANNECKER (2018): a.a.O., 193, 201; TIMMERBEIL – BLOME: *BB*, 2017, 1544, 1546; siehe auch MEYER-LINDEMANN (2017): 392 f. Rz. 61 f., der die ausdrückliche Ablehnung der Vermutungswirkung im Gesetzesentwurf als *„hohle Pflichtübung“* sieht; kritisch auch HAUS, Florian C.: Neue Bußgeldhaftung für Konzerne: Die Ahndung von Kartellverstößen nach der 9. GWB-Novelle. *Der Konzern*, 2017, 381, 384 f.

<sup>46</sup> BT-Drucks. 18/10207, 89.

<sup>47</sup> *NZKart-Beilage*, 2017, 2, 35.

<sup>48</sup> BT-Drucks. 18/10207, 95.

<sup>49</sup> BT-Drucks. 18/10207, 95.

<sup>50</sup> Siehe auch MEYER-LINDEMANN (2017): 406 f. Rz. 103 f.

<sup>51</sup> Eingehend dazu DANNECKER – MÜLLER: *KSzW*, 2017, 125, 134 ff; HAUS: *Der Konzern*, 2017, 381, 388; von einer „Um-Etikettierung“ durch den Gesetzgeber sprechen auch MÄGER – V. SCHREITTER: *NZKart*, 2017, 264, 277; vgl. auch *dies.*: RefE zur 9. GWB-Novelle: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Ausweitung einer bußgeldrechtlichen Konzernhaftung. *DB*, 2016, 2159, 2164.

Ebenfalls kritisch zu sehen ist die mit der 9. GWB-Novelle eingeführte Erweiterung der Auskunftspflicht in § 81b GWB (vormals § 81a a.F. GWB) mit Blick auf den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit. Nach der Gesetzesbegründung soll die Erweiterung der Auskunftspflicht in § 81b Abs. 1 Nr. 3 GWB eine effektive Aufklärung der Unternehmensstruktur und der dahinterstehenden Unternehmensträger gewährleisten. Da nunmehr neben den nach § 30 OWiG verantwortlichen Rechtsträgern auch diejenigen eruiert werden müssten, die bestimmenden Einfluss im Unternehmen ausgeübt haben, müssten diese über die Auskunftspflicht identifizierbar gemacht werden.<sup>52</sup> Insofern geht die Erzwingung von Auskünften über die des vormaligen § 81a GWB a.F. hinaus, da diese lediglich Informationen zur Umsatz- und damit zur Sanktionshöhe verlangten, welche man als „außerhalb des engeren Kerns des sachlichen Schutzbereichs des *nemo tenetur*-Grundsatzes“ betrachten konnte.<sup>53</sup> Die Auskunftspflicht der Vorgängerregelung betraf daher nicht das „Tatwissen“ des beschuldigten Unternehmens, so dass ein Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit wohl noch nicht zwingend anzunehmen war, obschon bereits § 81a GWB a.F. wegen seiner staatlich erzwungenen Auskunftspflicht bezüglich u.U. sensiblen Unternehmensinformationen kritisch betrachtet wurde.<sup>54</sup> Da die Erweiterung der Auskunftspflicht im Rahmen der Neuregelung aber explizit auch die Informationserlangung über die wirtschaftliche Einheit – also den Täter des Kartellverstoßes – bezweckt, ist ihre Vereinbarkeit mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz fraglich.<sup>55</sup> Die anstehende 10. GWB-Novelle geht nun noch einen Schritt weiter und sieht noch weitergehende Ausnahmen vom Auskunftsverweigerungsrecht i.S.d. § 55 StPO für natürliche Personen vor. So soll eine Auskunft dann nicht mehr verweigert werden können, wenn die Auskunft nur die Gefahr der Verfolgung im Kartellverfahren begründet und die Kartellbehörde der natürlichen Person im Rahmen ihres Ermessens eine Nichtverfolgungszusage erteilt hat. An dieser Nichtverfolgungszusage kritisch zu sehen ist jedoch, dass sie mangels gesetzlicher Regelung weder bindend sein dürfte noch die natürliche Person vor einer Verfolgung wegen anderer Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten schützt.<sup>56</sup>

### 5.7. Harmonisierung nach der ECN+-Richtlinie

Unbenommen der teils am europäischen Unternehmensbegriff geübten Kritik macht die ECN+-Richtlinie aus dem Jahr 2018 nunmehr überdeutlich, dass es auch auf nationaler Ebene Geldbußen für Unternehmen und Unternehmensvereinigungen i.S.d.

<sup>52</sup> BT-Drucks. 18/10207, 98.

<sup>53</sup> Eingehend dazu DANNECKER, Christoph: Der *nemo tenetur*-Grundsatz – prozessuale Fundierung und Geltung für juristische Personen. *ZStW* 127 (2015), 307 ff.

<sup>54</sup> DANNECKER, Gerhard – DANNECKER, Christoph – MÜLLER, Nadja: Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht nach der 8. GWB-Novelle: weiterer Reformbedarf? *ZWeR*, 2013, 417, 437.

<sup>55</sup> Eingehend DANNECKER – MÜLLER: *KSzW*, 2017, 125, 137 f; DANNECKER (2018): a.a.O., 193, 206.

<sup>56</sup> Näher dazu KLUMPP, Ulrich: Änderungen im Bußgeldrecht und -verfahren nach der 10. GWB-Novelle. *NZKart*, 2020, 9, 12 f.

europäischen Kartellrechts geben muss. So heißt es in Art. 13 Abs. 5 „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die Zwecke der Verhängung von Geldbußen gegen Muttergesellschaften sowie rechtliche und wirtschaftliche Nachfolger von Unternehmen der Begriff des Unternehmens angewandt wird“.<sup>57</sup> Vor diesem Hintergrund scheint die Neukonzeptionierung des kartellrechtlichen Bußgeldregimes im Rahmen der 9. GWB-Novelle im Ansatz richtig.

## 6. ERGEBNIS

Denn trotz einigen berechtigten Kritikpunkten am Konzept der Kommission und der Europäischen Gerichte ist die Entwicklung und die damit verbundene Ausdehnung des funktionalen Unternehmensbegriffes insgesamt zu begrüßen: Sie wird der wirtschaftlichen Realität und der gesellschaftspolitischen Rolle von Unternehmen als „global player“ gerecht.<sup>58</sup>

Insofern ist es als Schritt in die richtige Richtung zu werten, dass sich der deutsche Gesetzgeber vor dem Hintergrund des europäischen Harmonisierungsdrucks dazu entschlossen hat, eine Unternehmenssanktion im Rahmen der 9. GWB-Novelle einzuführen.<sup>59</sup> Abzuwarten bleibt letztlich, ob das Konzept auf lange Sicht weitreichend genug ist, oder ob nicht die Verabschiedung vom Rechtsträgerprinzip – jedenfalls für das deutsche Kartellrecht – die konsequentere Alternative wäre.<sup>60</sup>

## LITERATURVERZEICHNIS

- [1] BIEBER, Thomas: *Die gesamtschuldnerische Haftung für die Zahlung von Kartellbussen im EU-Recht*. 2014.
- [2] BECHTOLD, Rainer – BOSCH, Wolfgang: Der Zweck heiligt nicht alle Mittel. *ZWeR*, 2011, 160–168.
- [3] BIERMANN, Jörg: In: IMMENGA, Ulrich – MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*. 6. Aufl., 2019.
- [4] BRETTEL, Hauke – THOMAS, Stefan: Der Vorschlag einer bußgeldrechtlichen „Konzernhaftung“ nach § 81 Abs. 3a RefE 9. GWB-Novelle. *WuW*, 2016, 336–340.

---

<sup>57</sup> Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABIEU v. 14. 01. 2019, L11/3.

<sup>58</sup> ORTMANN, Günther: Für ein Unternehmensstrafrecht: Sechs Thesen, sieben Fragen, eine Nachbemerkung. *NZWiSt*, 2017, 241, 249.

<sup>59</sup> S.a. DANNECKER – MÜLLER: *KSzW*, 2017, 125, 130; a.A. BRETTEL – THOMAS: *WuW*, 2016, 336, 338, die die Bebußung der Muttergesellschaft wegen des Fehlens eines spezifischen Verhaltensbezuges als präventionspolitisch verfehlt ansehen.

<sup>60</sup> Siehe dazu auch V. BUSEKIST – FEDERMANN – MÜLLER: *ZRFC*, 2020, 263 ff.

- 
- [5] DANNECKER, Christoph: Der nemo tenetur-Grundsatz – prozessuale Fundierung und Geltung für juristische Personen. *ZStW*, 127 (2015), 370–409.
- [6] DANNECKER, Gerhard: Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht im Wandel: Von der Verbands- zur Unternehmensverantwortung? In: *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*. 2018, 193–208.
- [7] DANNECKER, Gerhard: In: *Leipziger Kommentar*. 12. Aufl., 2007.
- [8] DANNECKER, Christoph – DANNECKER, Gerhard: Europäische und verfassungsrechtliche Vorgaben für das materielle und formelle Unternehmensstrafrecht. *NZWiSt*, 2016, 162–177.
- [9] DANNECKER, Gerhard – FISCHER-FRITSCH, Jutta: *Das EG-Kartellrecht in der Bussgeldpraxis*. 1989.
- [10] DANNECKER, Gerhard – DANNECKER, Christoph – MÜLLER, Nadja: Das Kartellordnungswidrigkeitenrecht nach der 8. GWB-Novelle: weiterer Reformbedarf? *ZWeR*, 2013, 417–447.
- [11] DANNECKER, Gerhard – MÜLLER, Nadja: Kartellstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht. In: WABNITZ, Heinz-Bernd – JANOVSKY, Thomas – SCHMITT, Lothar (Hrsg.): *Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*. 5. Aufl., 2020, Kap. 19.
- [12] DANNECKER, Gerhard – MÜLLER, Nadja: Das Kartellsanktionenrecht im Lichte der 9. GWB-Novelle. *KSzW*, 2017, 125–140.
- [13] DE BRONETT, Georg: Gesamtschuldnerische Geldbußen nach EU-Kartellrecht für Personen, die wettbewerbswidrig handelnden „wirtschaftlichen Einheiten“ angehören. *EWS*, 2015, 123.
- [14] HARNOS, Rafael: Harmonisierung des Kartellbußgeldrechts qua effet utile? *ZWeR*, 2016, 284–307.
- [15] HAUS, Florian C.: Neue Bußgeldhaftung für Konzerne: Die Ahndung von Kartellverstößen nach der 9. GWB-Novelle. *Der Konzern*, 2017, 381–388.
- [16] JUNGBLUTH, Armin: Die 9. GWB-Novelle – Digitalisierung, Schließung der Wurststücke, Kartellschadensersatz und anderes mehr... *NZKart*, 2017, 257–258.
- [17] KERSTING, Christian: Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern. *Der Konzern*, 2011, 445–510.
- [18] KERSTING, Christian: Die Rechtsprechung des EuGH zur Bußgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit. *WuW*, 2014, 1156–1173.
- [19] KLUMPP, Ulrich: Änderungen im Bußgeldrecht und -verfahren nach der 10. GWB-Novelle. *NZKart*, 2020, 9–14.

- 
- [20] MÄGER, Thorsten – VON SCHREITTER, Florian: RefE zur 9. GWB-Novelle: Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Ausweitung einer bußgeldrechtlichen Konzernhaftung. *DB*, 2016, 2159–2164.
- [21] MÄGER, Thorsten – VON SCHREITTER, Florian: Kartellordnungswidrigkeitenrecht nach der 9. GWB-Novelle. *NZKart*, 2017, 264–278.
- [22] MEYER-LINDEMANN, Hans Jürgen: Das neue Bußgeldrecht. In: KERSTING, Christian – PODSZUN, Rupprecht (Hrsg.): *Die 9. GWB-Novelle*. 2017, 371–412.
- [23] ORTMANN Günther: Für ein Unternehmensstrafrecht: Sechs Thesen, sieben Fragen, eine Nachbemerkung. *NZWiSt*, 2017, 241–251.
- [24] OST, Konrad – KALLFASS Gunnar – ROESEN Katrin: Einführung einer Unternehmensverantwortlichkeit im deutschen Kartellsanktionenrecht – Anmerkungen zum Entwurf der 9. GWB-Novelle. *NZKart*, 2016, 447–458.
- [25] SAUER, Ralf: In: SCHULTE, Josef, L. – JUST, Christoph (Hrsg.): *Kartellrecht*. 2. Aufl., 2016.
- [26] THOMAS, Stefan: Die wirtschaftliche Einheit im EU-Kartellbußgeldrecht. *KSzW*, 2011, 10–14.
- [27] WECK, Thomas: Sanktionen für Unternehmen: Theorie und Praxis. *wistra*, 2017, 169–173.
- [28] TIMMERBEIL, Sven – BLOME, Max-Niklas: Steter Tropfen höhlt den Stein – Die “wirtschaftliche Einheit” im deutschen Kartellrecht nach der 9. GWB-Novelle. *BB*, 2017, 1544–1550.
- [29] VOET VAN VORMIZEELE, Philipp: Die EG-kartellrechtliche Haftungszurechnung im Konzern im Widerstreit zu den nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen. *WuW*, 2010, 1008–1019.
- [30] V. BUSEKIST, Konstantin – FEDERMANN, Bernd – MÜLLER, Nadja: Konzernverantwortung und Konzernhaftung. *ZRFC*, 2020, 263–270.
- [31] ZIMMER, Daniel: In: IMMENGA, Ulrich – MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. 6. Aufl., 2019.

## BÜßGELDRECHT IN DER EUROPÄISCHEN BANKENAUF SICHT

### Fine law in european banking supervision

MAXI SCHÄFER\*

**Abstract:** The imposition of sanctions within the framework of European banking supervision is essentially intended to ensure that the European Union's policy in the banking sector is implemented effectively to ensure financial stability within the Euro area. The law on fines under banking supervisory derives its authorization from the European Banking Union created in 2014 in general and the so-called Single Supervisory Mechanism (SSM) in particular. In terms of banking supervision, the supervisory sanctions regime of the EU addresses credit institutions as legal entities. This article demonstrates how corporate groups, being a combination of several legal entities, are nevertheless subject to supervision of the ECB and the national supervisory authorities, and therefore subject to sanctions. For this purpose, in addition to the division of responsibilities between the ECB and national supervisory authorities, this article also deals with the supervisory sanction regime set out in Art. 18 SSM-VO and its norm and sanctions addressees.

**Keywords:** *Banking Union, Single Supervisory Mechanism, ECB, corporate groups, Sanctions in European Banking Supervision*

### 1. EINLEITUNG

Hintergrund für die Schaffung einer europäischen Bankenunion war die globale Finanzkrise, die im Jahr 2007 weltweit das Vertrauen in die Kapitalmärkte erschüttert hatte.<sup>1</sup> Den neuen Herausforderungen, die sich infolge der Finanzmarktkrise für Wirtschaft und Politik stellten, versuchte die Europäische Kommission dadurch zu begegnen, die bis zu diesem Zeitpunkt nur dürftige unionsrechtliche Regulationsdichte auf den Finanzmärkten der Mitgliedsstaaten zu erhöhen, um auf diese Weise die Integrität der europäischen Finanzmärkte wiederherzustellen.<sup>2</sup> In diesem Kontext muss auch die aktuelle Ausgestaltung des aufsichtsbezogenen Sanktionsregimes der

---

\* Akademische Mitarbeiterin, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschafts- und Steuerrecht, Abteilung Rechtswissenschaft, Universität Mannheim.

<sup>1</sup> Vgl. ZAGOURAS Georgios: Verwaltungssanktionen der Europäischen Zentralbank: Bußgelder, Kompetenzen, Bemessungsmaßstäbe. *WM*, 2017, 558.

<sup>2</sup> Vgl. BECKER Ralf – RODDE Anja: Auswirkungen europäischer Rechtsakte auf das Kapitalmarktsanktionsrecht – Neuerungen durch das Finanzmarktnovellierungsgesetz. *ZBB*, 2016, 11; VEIL, Rüdiger: Sanktionsrisiken für Emittenten und Geschäftsleiter im Kapitalmarktrecht. *ZGR*, 2016, 305, 306.



europäischen Bankenaufsicht gesehen werden. Auch diese geht im Wesentlichen auf die Lehren zurück, die man – insbesondere auch rechtspolitisch – aus der weltweiten Finanzmarktkrise gezogen hatte.<sup>3</sup>

Vor der globalen Finanzkrise bestanden für die Bankenaufsicht innerhalb der europäischen Union keine einheitlichen Vorgaben. Die Ausgestaltung und Durchführung der Bankenaufsicht lag überwiegend im Ermessen der Mitgliedstaaten.<sup>4</sup> Dies hatte zur Folge, dass die Überwachungsstandards für die in der europäischen Union ansässigen Banken je nach Mitgliedstaat erheblich divergierten. Besonders problematisch war dabei der Umstand, dass keine Mindestvorgaben für die staatliche Überwachung existierten und von einem einheitlichen (hohen) Niveau der Aufsichtsstandards folglich nicht die Rede sein konnte. Vielmehr erwies sich die Überwachung durch die nationalen Aufsichtsbehörden mitunter als höchst defizitär.<sup>5</sup> Dass insbesondere der Bankensektor durch die globale Finanzkrise überaus schwer betroffen wurde, war das Ergebnis dieser unzureichenden Aufsichtspraxis, die auf das Fehlen einheitlicher Vorgaben zurückgeführt werden konnte.<sup>6</sup> Die Erkenntnis, dass die mannigfaltige Ausgestaltung der Bankenaufsicht in den Mitgliedstaaten dem innereuropäischen Bankensystem nicht die notwendige Stabilität bieten konnte, machte eine einheitliche europäische Antwort für die Beaufsichtigung der Banken im Euroraum unausweichlich. Sieben Jahre später wurde diese Antwort durch den sog. „einheitlichen Aufsichtsmechanismus“ (SSM) gegeben, dem man auf Grundlage der SSM-VO<sup>7</sup> errichtete. Er stellt die erste von drei Säulen<sup>8</sup> der europäischen Bankenunion<sup>9</sup> dar, die im Mai 2014 geschaffen wurde. Im Ergebnis wurde die Bankenaufsicht durch den SSM nunmehr von der nationalen auf die europäische Ebene verlagert, um „die Verantwortung über die Schlüsselindustrie Bankwesen von den Mitgliedstaaten auf ein europäisches Niveau zu heben“.<sup>10</sup>

<sup>3</sup> Vgl. ZAGOURAS, *WM*, 2017, 558.

<sup>4</sup> Vgl. DINOVI Stanjo: Europäische Bankenaufsicht im Wandel. *EuR*, 2013, 593.

<sup>5</sup> Vgl. DINOVI, *EuR*, 2013, 593.

<sup>6</sup> DINOVI, *EuR*, 2013, 593.

<sup>7</sup> VO (EU) 1024/2013 v. 15. 10. 2014 DES RATES v. 15. 10. 2013 zur Übertragung besonderer Aufgaben im Zusammenhang mit der Aufsicht über Kreditinstitute auf die Europäische Zentralbank (Einheitlicher Aufsichtsmechanismus), ABl. EU L 287 v. 29. 10. 2013, zuletzt geändert durch die Berichtigung der Verordnung (EU) 1024/2013 v. 19. 8. 2015, ABl. EU L 218/82 (SSM-VO).

<sup>8</sup> Daneben gibt es als zweite Säule noch den einheitlichen Abwicklungsmechanismus und als dritte Säule das gemeinsame europäische Einlagensicherungssystem; vgl. ZAGOURAS, *WM*, 2017, 558; ferner TUSCH Sebastian – HERZ Benjamin: Die Entwicklung des europäischen Bankaufsichtsrechts in den Jahren 2014/2015. *EuZW*, 2015, 814.

<sup>9</sup> Vgl. zur europäischen Bankenunion BRESCIA-MORRA, Concetta: From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union – The Role of the ECB and the EBA. *LUISS Working Paper*, 2/2014, S. 2 ff.; TRÖGER Tobias: Der Einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM) – Allheilmittel oder quacksalberische Bankenregulierung. *ZBB*, 2013, 373 ff.

<sup>10</sup> ZAGOURAS: In: SCHIMANSKY Herbert – BUNTE Hermann-Josef – LWOWSKI Hans-Jürgen (Hrsg.): *Bankrechts-Handbuch*. C.H. Beck, 5. Aufl., 2017. § 124 b Rn. 4; vgl. Zu den Zielen der Bankenunion aus PETERS Kerstin: Die geplante europäische Bankenunion –

## 2. ZIELE UND ZUSTÄNDIGKEITSAUFTEILUNG IM EINHEITLICHEN AUFSICHTSMECHANISMUS (SSM)

Die mit dem SSM verfolgten Ziele sind aufgrund der Auswirkungen und Ursachen der globalen Finanzkrise bereits vorgezeichnet<sup>11</sup>: durch die Schaffung einheitlicher Aufsichtsregelungen und Aufsichtsstandards soll die Finanzstabilität innerhalb des Euroraums gewährleistet werden.<sup>12</sup> Die einheitliche Durchsetzung des europäischen Regelwerks für Finanzdienstleistungen soll ferner sicherstellen, dass die Politik der Union hinsichtlich der Beaufsichtigung von Kreditinstituten kohärent und wirksam umgesetzt wird.<sup>13</sup>

Der SSM setzt sich aus der europäischen Zentralbank (EZB) und den nationalen Aufsichtsbehörden zusammen.<sup>14</sup> Die nationalen Aufsichtsbehörden sind die Aufsichtsbehörden der Euro-Länder, aber auch Drittstaaten können freiwillig am einheitlichen Aufsichtsmechanismus teilnehmen.<sup>15</sup> Die Zuständigkeit für die Überwachung der in den Anwendungsbereich der SSM-VO einbezogenen Kreditinstitute wird zwischen der EZB und den nationalen Behörden aufgeteilt. Im Zuge der SSM-VO wurde damit nicht nur ein einheitlicher Rechtsrahmen für den Bankensektor im Euroraum geschaffen, sondern zugleich auch ein administrativer Unterbau für die Durchsetzung der vorgeschriebenen Überwachungsstandards kreiert.<sup>16</sup> Dabei kommt der EZB eine zentrale Rolle zu. Denn die Verantwortung, dass der SSM das Ziel einer einheitlichen Überwachung der Kreditinstitute erreicht, obliegt nach Maßgabe der SSM-VO allein der EZB.<sup>17</sup> Die EZB agiert damit als zentrale Bankenaufsichtsbehörde im Euroraum, welche an der Spitze des einheitlichen Aufsichtsmechanismus steht.<sup>18</sup> Ihrer unmittelbaren Aufsicht unterstehen die bedeutendsten Kreditinstitute innerhalb der Europäischen Union, wobei sich die Kriterien, anhand derer ermittelt wird, ob ein Kreditinstitut als „bedeutend“ einzustufen ist, insbesondere aus Art. 6 SSM-VO ergeben.<sup>19</sup> Maßgeblich sind etwa die Größe, die Relevanz des Kreditinstituts für die Wirtschaft der Union oder eines teilnehmenden Mitgliedstaats sowie die Bedeutung dessen grenzüberschreitender Tätigkeiten (vgl. Art. 6 Abs. 4 SSM-VO).

---

eine kritische Würdigung. *WM*, 2014, 396, 398; LEHMANN Matthias – MANGLER-NESTLER Cornelia: Einheitlicher Europäischer Aufsichtsmechanismus: Bankenaufsicht durch die EZB. *ZBB*, 2014, 2 ff.

<sup>11</sup> Vgl. ErwGr. 4 SSM-VO.

<sup>12</sup> Vgl. ErwGr. 5 SSM-VO.

<sup>13</sup> Vgl. ErwGr. 12 SSM-VO.

<sup>14</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 SSM-VO.

<sup>15</sup> ZAGOURAS, *WM*, 2017, 558 (559).

<sup>16</sup> ZAGOURAS: In: SCHIMANSKY – BUNTE – LWOWSKI: *Bankrechts-Handbuch*. § 124 b Rn. 6.

<sup>17</sup> Art. 6 Abs. 1 SSM-VO.

<sup>18</sup> Vgl. auch Meldung der beck-aktuell Redaktion v. 4. 11. 2014, becklink 1035459.

<sup>19</sup> ZAGOURAS, *WM*, 2017, 558; zum Kriterium der „bedeutenden“ Institute nach Art. 6 Abs. 3 SSM-VO vgl. auch LEHMANN – MANGER-NESTLER, *ZBB*, 2014, 2, 13; vgl. auch TUSCH – HERZ, *EuZW*, 2015, 814, 815; derzeit unterstehen der unmittelbaren Aufsicht der EZB die etwa 119 bedeutendsten Kreditinstitute des Euroraums, vgl. EZB, list of significant supervised entities, Stand: 1. 3. 2019.

Für alle anderen (weniger bedeutenden) Kreditinstitute bleiben zwar die nationalen Aufsichtsbehörden zuständig. Diese unterstehen jedoch wiederum der Aufsicht der EZB. Zur Sicherstellung der einheitlichen Aufsichtsstandards kann die EZB etwa Verordnungen, Leitlinien und allgemeine Weisungen erteilen.<sup>20</sup> Damit nimmt die EZB zumindest auch mittelbar Einfluss auf die Beaufsichtigung weniger bedeutender Kreditinstitute. Erscheint die einheitliche Anwendung der hohen Aufsichtsstandards dennoch gefährdet, kann die EZB auch von ihrem Selbsteintrittsrecht nach Art. 6 Abs. 5 lit. b SSM-VO Gebrauch machen und die Aufsicht über ein weniger bedeutendes Kreditinstitut im Sinne der SSM-VO an sich ziehen.<sup>21</sup>

### 3. AUFSICHTSBEZOGENES SANKTIONSRÉGIME DES ART. 18 SSM-VO

Um ihren durch die SSM-VO übertragenen Aufgaben und Verpflichtungen nachkommen und die Einhaltung bankenrechtlicher Bestimmungen mit Nachdruck durchsetzen zu können, sieht Art. 18 SSM-VO ein eigenes aufsichtsbezogenes Bußgeldregime vor.<sup>22</sup>

#### 3.1. Bußgeldkompetenz

Art. 18 Abs. 1 SSM-VO ermächtigt die EZB, bei Verstößen von bedeutenden Kreditinstituten gegen die Anforderungen bußgeldbewehrter unmittelbar anwendbarer Unionsrechtsakte (Verwaltungs-)Geldbußen zu verhängen.<sup>23</sup> Unbeschadet hiervon kommt der EZB ebenso eine Bußgeldkompetenz zu, um die Einhaltung ihrer eigenen Verordnungen und Beschlüsse sicherzustellen. Insoweit recurriert Art. 18 Abs. 7 SSM-VO auf die VO (EG) Nr. 2532/98<sup>24</sup>, die auf Grundlage von Art. 132 Abs. 3 AEUV erlassen wurde. Geldbußen für Verstöße gegen Verordnungen und Beschlüsse der EZB werden von der EZB dabei gleichermaßen gegen bedeutende und weniger bedeutende Kreditinstitute ausgesprochen.<sup>25</sup>

Demgegenüber verhängen die nationalen Behörden Geldbußen bei Verstößen weniger bedeutender Kreditinstitute gegen Unionsrecht.<sup>26</sup> Ferner obliegt ihnen die Bußgeldkompetenz, wenn ein – bedeutendes oder weniger bedeutendes – Kreditinstitut gegen nationale Rechtsvorschriften verstößt, mit denen Unionsrecht umgesetzt wird.<sup>27</sup> Dies betrifft insbesondere Verstöße gegen richtlinienumsetzendes Recht.<sup>28</sup>

<sup>20</sup> TUSCH – HERZ, *EuZW*, 2015, 814, 815; CEYSSENS Jan: Teufelskreis zwischen Banken und Staatsfinanzen – Der neue Europäische Bankaufsichtsmechanismus. *NJW*, 2013, 3704, 3707.

<sup>21</sup> CEYSSENS, *NJW*, 2013, 3704, 3707.

<sup>22</sup> Siehe auch ZAGOURAS, *WM*, 2017, 558, 561.

<sup>23</sup> Vgl. dazu auch TUSCH – HERZ, *EuZW*, 2015, 814, 815 m.w.N.

<sup>24</sup> VO (EG) 2532/98 v. 23. 11. 1998, ABl. EU L 318 v. 27. 11. 1998, S. 4 ff.

<sup>25</sup> ZAGOURAS, *WM*, 2017, 558, 563.

<sup>26</sup> Vgl. TUSCH – HERZ, *EuZW*, 2015, 814, 815.

<sup>27</sup> Art. 18 Abs. 5 SSM-VO.

<sup>28</sup> Vgl. ZAGOURAS, *WM*, 2017, 558, 563.

Zwar kann demnach eine weitreichende Bußgeldkompetenz der nationalen Aufsichtsbehörden konstatiert werden. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass die EZB von den Behörden verlangen kann ein Verfahren einzuleiten, wenn dies für die Zwecke der Wahrnehmung der ihr durch die SSM-VO übertragenen Aufgaben geboten ist.<sup>29</sup> Rechtsverletzungen durch natürliche Personen, sowie Verstöße gegen rein nationales Recht werden stets von den nationalen Aufsichtsbehörden sanktioniert.<sup>30</sup>

### 3.2. Bußgeldhöhe

Die Sanktionen müssen gemäß Art. 18 Abs. 3 SSM-VO wirksam, abschreckend und verhältnismäßig sein. Für die Bestimmung der Höhe der Geldbuße kann dabei alternativ auf zwei unterschiedliche Bezugsgrößen zurückgegriffen werden. Einerseits kann die Sanktion auf einen Betrag bis zur zweifachen Höhe der aus dem Verstoß resultierenden Gewinne bzw. vermiedenen Verluste festgesetzt werden.<sup>31</sup> Andererseits kann zur Bemessung der Bußgeldhöhe auch der Umsatz des delinquenten Kreditinstituts herangezogen werden. Die Geldbuße darf dann 10% des Gesamtumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr nicht überschreiten.<sup>32</sup> Da Voraussetzung für eine Bußgeldbemessung anhand der durch den Verstoß kausal bedingten Gewinne bzw. vermiedenen Verluste ist, dass sich diese überhaupt beziffern lassen<sup>33</sup> – was jedoch selten der Fall sein dürfte<sup>34</sup> – wird die Höhe der Geldbuße regelmäßig am Gesamtumsatz des vorangegangenen Geschäftsjahres bemessen.

Auch im Bußgeldrecht der Bankenaufsicht kommt daher die umsatzbezogene Bußgeldbemessung zum Tragen, die bereits aus dem Kartellbußgeldrecht bekannt ist.<sup>35</sup> Anders als im Kartellbußgeldrecht wird allerdings der Umsatz des verstoßenden Kreditinstituts<sup>36</sup> und nicht des Unternehmens<sup>37</sup>, also der jeweiligen rechtlichen anstelle der wirtschaftlichen Einheit, zu Grunde gelegt. Während im Unionskartellrecht in Anwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs<sup>38</sup> der Konzernumsatz

<sup>29</sup> ZAGOURAS, *WM*, 2017, 558, 563.

<sup>30</sup> ZAGOURAS, *WM*, 2017, 558, 563.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 1 SSM-VO.

<sup>32</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 1 SSM-VO.

<sup>33</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 1 SSM-VO.

<sup>34</sup> Ähnlich wohl ZAGOURAS, *WM*, 2017, 558, 562.

<sup>35</sup> Vgl. Art. 23 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 v. 16. 12. 2002 Abl. L 001 v. 4. 1. 2003, S. 0001 – 0025.

<sup>36</sup> Vgl. Art. 18 Abs. 1 SSM-VO, der auf die juristische Person abstellt.

<sup>37</sup> In Art. 23 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1/2003 (Fn. 37), wird explizit auf den *Unternehmensumsatz* rekurriert.

<sup>38</sup> Das Unternehmen definiert sich nach dem funktionalen Unternehmensbegriff in ständiger Rechtsprechung des EuGH als „jede wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von Rechtsform und Art der Finanzierung“; vgl. EuGH 23. 4. 1991, Rs. C-41/90 Rn. 21, Slg. 1991, I-2010 (*Höfner und Elser*); EuGH 28. 6. 2005, Rs. C-189/02, Slg. 2005, I-5425, Rn. 112 (*Dansk Rørindustri*); EuGH 11. 7. 2006, Rs. C-205/03 P, Slg. 2006, Rn. 25 (*FENIN*); EuGH 10. 9. 2009, Rs. C-97/08, Slg. 2009, I-8237, Rn. 54 (*Akzo Nobel*);

zur Bemessung der Bußgeldhöhe herangezogen werden kann, ist im Bußgeldrecht des Bankenaufsichtsrechts zunächst ausschließlich der Umsatz der juristischen Person maßgeblich, die nach dem jeweiligen nationalen Recht des Mitgliedstaats, in dem sie gegründet wurde, zu beurteilen ist. Dennoch wird über Art. 18 Abs. 2 SSM-VO erreicht, dass für die Höhe der Verwaltungssanktion der Konzernumsatz maßgeblich ist, wenn es sich bei dem verstoßenden Kreditinstitut um eine konzernierte Gesellschaft handelt. So kann die Geldbuße nach Art. 18 Abs. 1 SSM-VO bis zu 10% des jährlichen Gesamtumsatzes im Sinne des einschlägigen Unionsrechts einer juristischen Person betragen, wobei für die Bemessung der Geldbuße gegenüber einem Tochterunternehmen gemäß Art. 18 Abs. 2 SSM-VO stets derjenige Umsatz maßgeblich ist, der im konsolidierten Abschluss der an der Spitze stehenden Muttergesellschaft ausgewiesen ist. Im Ergebnis folgt die Bemessung der Geldbußen im Bankenaufsichtsrecht der Union also grundsätzlich den gleichen Gesetzmäßigkeiten, die sich im Kartellbußgeldrecht auf Basis des europäischen Unternehmensbegriffs herausgebildet haben.

### 3.3. Norm- und Sanktionsadressaten

Taugliche Sanktionsadressaten bankenaufsichtsrechtlicher Verwaltungsgeldbußen sind nach Maßgabe der SSM-VO zunächst Kreditinstitute. Diese sind in Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012<sup>39</sup> legaldefiniert als „Unternehmen, [deren] Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen, und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren“. In die bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit werden aber auch (gemischte) Finanzholdinggesellschaften einbezogen. Unter dem Begriff der „gemischten Finanzholdinggesellschaft“<sup>40</sup> ist gemäß Art. 2 Nr. 15 der Richtlinie 2002/87/EG vom 16. 12. 2002<sup>41</sup> „ein nicht der Aufsicht unterliegendes Mutterunternehmen, das zusammen mit seinen Tochterunternehmen,

---

EuGH 20. 1. 2011, Rs. 90/09, Slg. 2011, I-1, Rn. 34 (*General Química*); EuGH 14. 3. 2019, Rs. C-724/17, Rn. 36 (*Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy ua*).

<sup>39</sup> VO (EU) 575/2013 v. 23. 6. 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) 646/2012, ABl. EU L 176/1 v. 27. 6. 2013.

<sup>40</sup>Zum Begriff der Finanzholdinggesellschaft vgl. Art. 4 Nr. 20 VO (EU) 575/2013 des europäischen Parlaments und des Rates v. 23.06.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) 646/2012, ABl. EU L 176/1 v. 27.06.2013.

<sup>41</sup> RL 2002/87/EG des europäischen Parlaments und des Rates v. 16. 12. 2002 über die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats und zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG, 79/267/EWG, 92/49/EWG, 92/96/EWG, 93/6/EWG und 93/22/EWG des Rates und der Richtlinien 98/78/EG und 2000/12/EG des europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EU L 35/1 v. 11. 2. 2003, S. 1.

von denen mindestens eines ein beaufsichtigtes Unternehmen mit Sitz in der Gemeinschaft ist, und anderen Unternehmen ein Finanzkonglomerat bildet“ zu verstehen. Als „Mutterunternehmen“ sind solche Unternehmen zu qualifizieren, die nach Ansicht der Behörde de facto einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen ausüben, vgl. Art. 2 Nr. 9 der RL 2002/87/EG. In Anlehnung an das europäische Kartellordnungswidrigkeitenrecht wird somit das Kriterium der „bestimmenden Einflussnahme“<sup>42</sup> fruchtbar gemacht, um im Falle eines Konzerns auch die Konzernspitze mit einem Bußgeld belegen zu können. Sinn der Einbeziehung der Finanzholdinggesellschaften ist es letztlich, auch die Unternehmensgruppe der bankenrechtlichen Aufsicht zu unterwerfen.

Während dieses Ergebnis im europäischen Kartellbußgeldrecht bereits durch den Rückgriff auf den funktionalen Unternehmensbegriff erreicht wird, muss sich das Bankenaufsichtsrecht damit behelfen, (auch) Finanzholdinggesellschaften dem Anwendungsbereich der sanktionsbewehrten bankenaufsichtsrechtlichen Bestimmungen der SSM-VO zu unterwerfen. Dies ist eine Folge des Umstands, dass im Sanktionsregime des Bankenaufsichtsrechts jeweils nur die rechtliche Einheit adressiert und somit auf die juristischen Personen des nationalen Rechts abgestellt wird.

#### 4. ZUSAMMENFASSUNG

Im Zuge der Einrichtung des SSM wurde nicht nur ein einheitlicher Rechtsrahmen zur Überwachung des Bankensektors geschaffen, sondern gleichsam ein administrativer Unterbau zur Wahrnehmung der bankenrechtlichen Aufsicht festgelegt.<sup>43</sup> Die EZB übernimmt insoweit die Rolle einer zentralen Bankenaufsichtsbehörde innerhalb der europäischen Union, der die nationalen Aufsichtsbehörden unterstehen.

Norm- und Sanktionsadressaten der bankenaufsichtsrechtlichen Bestimmungen der SSM-VO sind juristische Personen und damit im Gegensatz zum europäischen Wettbewerbsrecht nicht Unternehmen im Sinne der wirtschaftlichen Einheit. Damit wurde die rechtliche anstelle der wirtschaftlichen Einheit zum Ausgangspunkt der Sanktionierung gemacht, weshalb der Konzern als solcher grundsätzlich nicht in die bankenaufsichtsrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit einbezogen ist. Dennoch ermöglicht der Begriff der Finanzholdinggesellschaften, Muttergesellschaften in die Bußgeldverantwortlichkeit im Bankenaufsichtsrecht miteinzubeziehen. Ebenso wie im europäischen Wettbewerbsrecht kommt dabei das Kriterium der beherrschenden Einflussnahme zum Tragen.

Ähnliches lässt sich hinsichtlich der Bemessung der Bußgeldhöhe konstatieren. Zwar ist für die Bestimmung der Sanktionshöhe im europäischen Bankenaufsichtsrecht nicht der Unternehmensumsatz maßgeblich, sondern derjenige der juristischen

<sup>42</sup> Vgl. dazu grundlegend EuGH 14. 7. 1972, Rs. 48/69, Slg. 1972, 619, Rn. 132 – 141 (*Imperial Chemical Industries*); EuGH 10. 9. 2009, Rs. C-97/08, Slg. 2009, I-8237, Rn. 58 – 61 (*Akzo Nobel*); EuGH 20. 1. 2011, C-90/09 P, Rn. 39 – 40 (*General Química*); EuGH 29. 3. 2011, Rs. C-201/09 P, C-216/09 P, Rn. 96 – (*ArcelorMittal*); EuGH 29. 9. 2011, Rs. C-521/09 P, Rn. 54 – 60 (*Elf Aquitaine*).

<sup>43</sup> ZAGOURAS: In: SCHIMANSKY – BUNTE – LWOWSKI: *Bankrechts-Handbuch*. § 124 b Rn. 6.

Person, wie sie nach Maßgabe der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gegründet wurde. Bei konzernierten Kreditinstituten ist aber dennoch der Konzernumsatz maßgeblich. Denn in diesem Fall wird stets der konsolidierte Jahresabschluss der Muttergesellschaft als Grundlage der Berechnung verwendet.

Die Ausgestaltung des Bußgeldrechts in der europäischen Bankenaufsicht erlaubt daher im Ergebnis auch die Unternehmensgruppe zu beaufsichtigen und die Konzernspitze mit einer hohen, konzernumsatzabhängigen Geldbuße zu belegen.

### Literaturverzeichnis

- [1] BECKER, Ralf – RODDE, Anja: Auswirkungen europäischer Rechtsakte auf das Kapitalmarktsanktionsrecht – Neuerungen durch das Finanzmarktnovellierungsgesetz. *ZBB*, 2016, 11 ff.
- [2] BRESCIA-MORRA, Concetta: From the Single Supervisory Mechanism to the Banking Union – The Role of the ECB and the EBA. *LUISS Working Paper*, 2/2014.
- [3] CEYSSENS, Jan: Teufelskreis zwischen Banken und Staatsfinanzen – Der neue Europäische Bankaufsichtsmechanismus. *NJW*, 2013, 3704 ff.
- [4] DINOV, Stanyo: Europäische Bankenaufsicht im Wandel. *EuR*, 2013, 593 ff.
- [5] LEHMANN, Matthias – MANGLER-NESTLER, Cornelia: Einheitlicher Europäischer Aufsichtsmechanismus: Bankenaufsicht durch die EZB. *ZBB*, 2014, 2 ff.
- [6] PETERS, Kerstin: Die geplante europäische Bankenunion – eine kritische Würdigung. *WM*, 2014, 396
- [7] SCHIMANSKY, Herbert – BUNTE, Hermann-Josef – LWOWSKI, Hans-Jürgen (Hrsg.): *Bankrechts-Handbuch*. 5. Aufl., München, 2017.
- [8] TRÖGER, Tobias: Der Einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM) – Allheilmittel oder quacksalberische Bankenregulierung. *ZBB*, 2013, 373 ff.
- [9] TUSCH, Sebastian – HERZ, Benjamin: Die Entwicklung des europäischen Bankaufsichtsrechts in den Jahren 2014/2015. *EuZW*, 2015, 814 ff.
- [10] VEIL, Rüdiger: Sanktionsrisiken für Emittenten und Geschäftsleiter im Kapitalmarktrecht. *ZGR*, 2016, 305 ff.
- [11] ZAGOURAS, Georgios: Verwaltungssanktionen der Europäischen Zentralbank: Bußgelder, Kompetenzen, Bemessungsmaßstäbe. *WM*, 2017, 558 ff.

## VERBANDSGELDBÜßEN IM FINANZSEKTOR: EINE KUMULATION ZWEIFELHAFTER OBERGRENZEN

### **Pecuniary sanctions against corporations in the financial sector: a compounding of dubious upper limits**

SUZAN DENISE HÜTTEMANN\*

**Abstract:** This contribution covers the methods by which the maximum amount of pecuniary sanctions against corporations in the financial sector is determined. The alternative recourse to absolute, turnover-based and profit-based upper limits combines problematic regulatory developments of recent times. This contribution advocates for a systematic approach that differentiates strictly between the confiscatory and the sanctioning part; the upper limit of the sanctioning part should be determined by the abstract gravity of the violation.

**Keywords:** *Financial sector, corporate sanctions, German Securities Trading Act, multiplicative pecuniary sanctions, guilt principle*

#### 1. EINLEITUNG

Der folgende Beitrag befasst sich mit Verbandsgeldbußen im Finanzsektor. Im Zentrum wird dabei die Methode der Obergrenzenbestimmung stehen, die zahlreiche verfassungsrechtliche, europarechtliche, aber auch systematische Fragen aufwirft. Diese werden anhand der Regelungen des Wertpapierhandelsgesetzes illustriert, nur gelegentlich sollen auch andere Gesetze wie etwa das Kreditwesengesetz oder das Sanierungs- und Abwicklungsgesetz berücksichtigt werden.

Das WpHG sanktioniert verschiedenste Verstöße in den §§ 120, 127 und 130 als Ordnungswidrigkeiten. Insgesamt handelt es sich um ein sehr komplexes Regelungsgefüge mit etwa 400 verschiedenen Bußgeldtatbeständen.<sup>1</sup> Daneben finden sich zahlreiche Straftatbestände in § 119 WpHG, die ebenfalls Anknüpfungstat einer Verbandsgeldbuße darstellen können.<sup>2</sup> Die folgende Darstellung soll sich bewusst auf

---

\* Die Autorin ist Inhaberin der Juniorprofessur für Strafrecht an der Universität Mannheim.

<sup>1</sup> Vgl. SZESNY, André M. – KUTHE, Thorsten (Hrsg.): *Kapitalmarkt Compliance*. Heidelberg, 2. Aufl., 2018, 30. Kapitel, Rn. 39.

<sup>2</sup> Die Obergrenzen der Ordnungswidrigkeitentatbestände gelten für diese nicht direkt. Umstr. ist allerdings, welche Obergrenzen für diese gelten sollen bzw. wie sich diese bei Zusammentreffen mit Ordnungswidrigkeiten nach § 17 Abs. 2 OWiG bestimmen sollen, vgl. dazu ACHENBACH, Hans: Neue Sanktionen im Finanzmarktrecht – alte und neue Zweifelsfragen. In: *wistra*, 2018, 13, 21 einerseits, ders.: Das Höchstmaß der Verbandsgeldbuße wegen Kapitalmarkt-Straftaten. In: *WM*, 2018, 1337, 1339 f. andererseits.



einige wenige, besonders interessant erscheinende, Aspekte systematischer Natur beschränken.

In den vergangenen Jahren kam es im Finanzmarktrecht zu einer grundlegenden Umgestaltung des Ordnungswidrigkeitenregimes, welche zum Teil, aber nicht vollständig, europarechtlich determiniert war. Die wesentlichen Neuerungen wurden im Zuge des Ersten und Zweiten Finanzmarktregulierungsgesetzes von 2016 bzw. 2017 eingeführt. Erste Änderungen vergleichbarer Art fanden sich aber bereits 2015 mit dem Gesetz zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie.<sup>3</sup> Die im Zuge dessen eingeführten Neuerungen spiegeln dabei nicht etwa nur einen Trend im Bereich der Finanzmarktregulierung wider, sondern sind bezeichnend für eine generelle Tendenz, die sich auch in vergleichbaren Regelungen in so unterschiedlichen Rechtsbereichen wie dem Datenschutzrecht<sup>4</sup>, dem Energiewirtschaftsrecht<sup>5</sup> oder auch dem Geldwäschegesetz<sup>6</sup> niederschlägt. Besondere systematische Probleme bereiten hierbei die Parameter für die Bestimmung der Bußgeldrahmenobergrenze sowie die Verortung der abschöpfenden Funktion von Geldbußen. Bei der Verletzung von Offenlegungspflichten kapitalmarktorientierter Kapitalgesellschaften finden sich vergleichbare Regelungsmechanismen über den Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts hinaus<sup>7</sup> auch im Bereich der Ordnungsmittel, nämlich bei Ordnungsgeldverfahren bei Verletzung von Offenlegungspflichten kapitalmarktorientierter Kapitalgesellschaften.<sup>8</sup>

## 2. GELDBÜßEN GEGEN NATÜRLICHE PERSONEN NACH DEM WPHG

Um die Problematik zu erörtern, soll zunächst der Prototyp einer Geldbuße nach dem WpHG dargestellt werden: Für natürliche Personen findet sich für die verschiedenen Arten von Ordnungswidrigkeiten in § 120 Abs. 17–22a WpHG regelmäßig eine betragsmäßige Obergrenze. Diese soll nach § 120 Abs. 25 WpHG in Abweichung von

<sup>3</sup> Vgl. die durch Art. 1 Nr. 30 lit. c des Gesetzes zur Umsetzung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie vorgenommene Änderung des § 39 WpHG a.F.

<sup>4</sup> Vgl. Art. 83 Abs. 4–6 DSGVO.

<sup>5</sup> Vgl. § 95 Abs. 2 EnWG, dessen mehrerlösorientierte Obergrenze bereits 2005 eingeführt wurde und nicht europarechtlich determiniert ist, sondern eine Orientierung an § 81 Abs. 2 GWB darstellte, vgl. BT-Drs. 15/3917, S. 74.

<sup>6</sup> Vgl. § 56 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GwG.

<sup>7</sup> Vgl. § 334 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB.

<sup>8</sup> Vgl. § 335 Abs. 1a HGB, welcher der Umsetzung von Art. 28b und 28c der Transparenzrichtlinie in der Fassung der Richtlinie 2013/50/EU dienen soll, vgl. BT-Drs. 58/5010, S. 57. Nach dem Bundesverfassungsgericht ist der strenge Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG auch auf das Ordnungsgeld anzuwenden, da es auch eine repressive Sanktionswirkung habe, vgl. BVerfG DStR 2014, 540, 541; die Höchstmaßbestimmung war in der Entscheidung jedoch nicht von Bedeutung; vgl. zur Wirkung auch DANNECKER, Gerhard – KERN, Ursula: In: STAUB, Hermann (Begr.): *Handelsgesetzbuch*. Bd. 7/2, 5. Aufl., Berlin, 2012, § 335 Rn. 12.

den allgemeinen Regeln (§ 17 Abs. 2 OWiG) bei den meisten Verstößen für vorsätzliche und fahrlässige Begehung gleichermaßen gelten.<sup>9</sup> Zudem findet sich darüber hinaus regelmäßig, wenn auch nicht immer, eine alternative Höchstmaßbestimmung, nämlich eine relative Obergrenze, bei welcher der aus dem Verstoß gezogene wirtschaftliche Vorteil mit einem bestimmten Faktor multipliziert wird. Maßgeblich ist dann als Obergrenze das jeweils höhere Maß.

### 3. VERBANDSGELDBÜßEN NACH DEM WPHG

#### 3.1. Betragsmäßige Obergrenzen

Für juristische Personen und Personenvereinigungen kann eine Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG in Anknüpfung an eine entsprechende Ordnungswidrigkeit einer Leitungsperson festgesetzt werden.<sup>10</sup> Hierfür hat der Gesetzgeber in § 120 Abs. 17–22a WpHG nicht nur zwei, sondern gleich drei alternative Obergrenzen vorgesehen, wobei ebenfalls jeweils der höchste Betrag maßgeblich ist. Zunächst findet sich auch für Verbände eine absolute, also betragsmäßige, Obergrenze. Diese liegt in seltenen Fällen bei der gleichen Höhe wie für natürliche Personen, zumeist aber bei einem Vielfachen, teilweise sogar beim bis zum 6,67-fachen (etwa in § 120 Abs. 19, 22a WpHG). Die höchste betragsmäßige Obergrenze für juristische Personen und Personenvereinigungen im WpHG liegt bei 15 Millionen Euro (vgl. § 120 Abs. 18 S. 2 Nr. 1, Abs. 21 S. 2 Nr. 2 WpHG), im KWG sogar bei 20 Millionen Euro (§ 56 Abs. 6a S. 2 Nr. 2 KWG).

#### 3.2. Umsatzbezogene Obergrenzen

Alternativ kann bei Verbandsgeldbußen die Obergrenze aus dem Umsatz abgeleitet werden (sog. Bruchteilsgeldbuße). Im Finanzmarktrecht wird meist auf den Gesamtumsatz des der Behördenentscheidung vorausgehenden Geschäftsjahrs abgestellt. Die Obergrenze beträgt im WpHG zwischen 1,5<sup>11</sup> und 15<sup>12</sup> Prozent. Der Umsatz ist dabei für verschiedene Sektoren (Kreditinstitute u.ä., Versicherungsunternehmen und sonstige Unternehmen) je nach Rechnungslegungsvorschriften in § 120 Abs. 23 WpHG unterschiedlich definiert.<sup>13</sup> Eine vergleichbare umsatzbezogene Obergrenze bereitet im Kartellrecht (§ 81c Abs. 2, 4 und 5 GWB bzw. zuvor § 81 Abs. 4 GWB a.F.) erhebliche Probleme. Allgemein wird eine umsatzbezogene Obergrenze unter anderem kritisiert, weil sie – ähnlich wie der wandernde Strafraum bei der für verfassungswidrig erklärten Vermögensstrafe<sup>14</sup> – nicht im Vorhinein

<sup>9</sup> Vgl. auch BÖSE, Martin – JANSEN, Scarlett: In: SCHWARK, Eberhard – ZIMMER, Daniel (Hrsg.): *Kapitalmarktrechtskommentar*, 5. Aufl., München, 2020, WpHG § 120 Rn. 98.

<sup>10</sup> Vgl. zu diesbezüglichen Fragen, insbesondere zur Europarechtskonformität SPOERR, Wolfgang: In: ASSMANN, Heinz Dieter – SCHNEIDER, Uwe H. – MÜLBERT, Peter O. (Hrsg.): *Wertpapierhandelsrecht*, 7. Aufl., Köln, 2019, WpHG § 120 Rn. 403 ff.

<sup>11</sup> In § 120 Abs. 22a WpHG i.V.m. § 17 Abs. 2 OWiG.

<sup>12</sup> In § 120 Abs. 18 S. 2 Nr. 1 WpHG.

<sup>13</sup> Vgl. BT-Drs. 18/5010, S. 53.

<sup>14</sup> BVerfGE 105, 35.

bestimmt sei und dem Rechtsanwender ihm nicht zukommende Funktionen zuweise. Dadurch soll der Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG, der auch für Ordnungswidrigkeiten gilt,<sup>15</sup> verletzt sein.<sup>16</sup> Eine absolute – vom Bundesgerichtshof „starr“ genannte – Obergrenze soll der Bestimmtheitsgrundsatz nach der Rechtsprechung nicht zwingend erfordern; es genüge eine relative – vom Bundesgerichtshof als „fest“ bezeichnete – Obergrenze. Auf die Bestimmtheitsproblematik werde ich noch bei der vorteilsbezogenen Obergrenze eingehen. An dieser Stelle sei nur gesagt, dass ich bei der umsatzbezogenen Obergrenze Bedenken im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz nur im Konkreten, nicht aber im Grundsätzlichen teile.

Die deutsche Rechtsprechung im Kartellrecht sieht keine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes, soweit der Höchstbetrag als Obergrenze und nicht wie im Europarecht als Kappungsgrenze<sup>17</sup> behandelt wird.<sup>18</sup>

Zudem sind im vollständig europarechtlich determinierten Bereich – zu welchem die Bußgeldvorschriften des WpHG teilweise zählen<sup>19</sup> – wegen des grundsätzlichen Anwendungsvorrangs des Europarechts nur der europäische Gesetzlichkeitsgrundsatz<sup>20</sup> sowie der integrationsfeste Kern des nationalen Bestimmtheitsgrundsatzes<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Vgl. BVerfG NJW 1975, 727 (730); DANNECKER, Gerhard – SCHUHR, Jan C.: In: CIRENER, Gabriele – RADTKE, Henning – RISSING-VAN SAAN, Ruth – RÖNNAU, Thomas – SCHLUCKEBIER, Wilhelm (Hrsg.): Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar. *Großkommentar*. Bd. 1, 13. Aufl., Berlin, 2020, § 1, Rn. 65, 69 ff.; BÜLTE, Jens: *Ordnungswidrigkeitenrecht*. 6. Aufl., 2020, § 2 Rn. 2 ff.; MITSCH, Wolfgang: In: *KK-OWiG*. 5. Aufl., 2018, Einl. Rn. 121 ff.; zur Geltung für Rechtsfolgen vgl. DANNECKER, Gerhard: Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts. In: DANNECKER, Gerhard (Hrsg.): *Festschrift für Otto*. Köln, 2007, 25 (36 ff.).

<sup>16</sup> ACHENBACH: *wistra*, 2018, 13, 16; krit. bezüglich Bruchteilsgeldbußen, allerdings ohne eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes zu behaupten, auch BMJV, *Handbuch des Nebenstrafrechts*. 3. Aufl., 2018, Rn. 234.

<sup>17</sup> Vgl. krit. BIERMANN, Jörg: In: IMMENGA, Ulrich – MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. Band 1, 6. Aufl., München, 2019, Art. 23 VO (EG) Nr. 1/2003 Rn. 115; KALLMAYER, Axel – HAUPT, Heiko: Die Urteile des EuG zum Fernwärmerohrkartell – Die Bußgeldleitlinien der Kommission auf dem Prüfstand. *EuZW*, 2002, 677, 681 f.

<sup>18</sup> Vgl. BGH NZKart 2013, 195, 197 ff. – Grauzementkartell; BIERMANN, a.a.O., GWB § 81, Rn. 406 ff.; a.A.: VOLLMER, Christof: In: MONTAG, Frank – SÄCKER, Franz Jürgen – BIEN, Florian – MEIER-BECK, Peter (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*. 3. Aufl., München, 2020, GWB § 81 Rn. 137 ff.; BARTH, Christoph – BUDDE, Stephanie: „Die Strafe soll nicht größer sein als die Schuld“ Zum Urteil des BGH in Sachen Grauzement und den neuen Leitlinien für die Bußgeldzumessung. *NZKart*, 2013, 311, 312 f.; krit. wohl auch RÖNNAU, Thomas/WEGNER, Kilian: In: MEYER, Andreas – VEIL, Thomas – RÖNNAU, Rüdiger (Hrsg.): *Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht*. München, 2018, § 29 Rn. 38.

<sup>19</sup> Offenlassend ACHENBACH: *wistra*, 2018, 13, 16.

<sup>20</sup> Vgl. zur möglichen Überprüfung der GRC durch das Bundesverfassungsgericht BVerfG *EuZW* 2019, 1035 (Recht auf Vergessen II).

<sup>21</sup> Zum Prüfmaßstab des integrationsfesten Kerns der Grundrechte grundlegend BVerfG *NJW*, 2016, 1149, 1150 ff. – Solange III; vgl. auch BVerfG *NJOZ*, 2016, 1879; der EuGH

anwendbar. Nur bei etwaigen Spielräumen wären diese vom Gesetzgeber nach den Vorgaben des Grundgesetzes auszugestalten.<sup>22</sup> Der Europäische Gerichtshof folgt jedoch einem gänzlich anderen Verständnis des Bestimmtheitsgebots, welches zunächst aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen und Art. 7 Abs. 1 EMRK hergeleitet werden konnte und mittlerweile auch in Art. 49 Abs. 1 GRC verankert ist.<sup>23</sup> Wesentliche Funktion des Gesetzlichkeitsprinzips ist danach die Rechtssicherheit, die eine hinreichende Vorhersehbarkeit von Tat und möglicher Sanktion erfordert. Bei der Sanktion soll jedoch keine exakte Determinierung erforderlich sein, sondern eine Bestimmbarkeit ausreichen. Diese gilt trotz eines weiten Ermessens als gewahrt, wenn die Praxis die maßgebenden Kriterien hinreichend konkretisiert hat. In der praktischen Konsequenz wird hierdurch etwa die Heranziehung von bloßen Kappungsgrenzen möglich, sodass Art. 23 Abs. 2 VO(EG) 1/2003 als solche verstanden wird.<sup>24</sup> Der Bußgeldrahmen ist daher für die Kommission insoweit unbegrenzt; nur der Endbetrag wird gekappt. In der theoretischen Konzeption bedeutet dies einen weitgehenden Verzicht auf die Funktionsbegrenzung von Judikative und Exekutive durch den Bestimmtheitsgrundsatz. Dass die Legislative die wesentlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit in hinreichender Regelungsdichte festlegen muss,<sup>25</sup> wird nicht im gleichen Maße als Ausprägung des europarechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes verstanden.<sup>26</sup>

Die umsatzbezogene Obergrenze im WpHG enthält aber im Detail eine gegenüber anderen Bereichen, insbesondere auch dem Kartellrecht, abweichende Regelung über die Maßgeblichkeit des Konzernumsatzes in bestimmten Fällen. Handelt es sich bei der juristischen Person um ein Mutterunternehmen oder um eine Tochtergesellschaft, so ist grundsätzlich anstelle des Gesamtumsatzes der juristischen Person selbst der jeweilige Gesamtbetrag in dem Konzernabschluss des Mutterunternehmens maßgeblich, der für den größten Kreis von Unternehmen aufgestellt wird. Hierin sind zwei Konstellationen genannt: die Bebußung des Mutterunternehmens und die Bebußung des Tochterunternehmens in Anknüpfung an eine Tat ihrer jeweils eigenen Leitungsperson. Besonders problematisch ist die Heranziehung des Konzernumsatzes zur Verhängung einer Geldbuße gegen die Tochtergesellschaft.<sup>27</sup> Denn die Rechtsträger der Unternehmen in einem Konzern sind grundsätzlich unabhängig; auch gibt es keine faktische oder rechtliche Vermutung dafür, dass die Muttergesellschaft bestimmenden Einfluss hätte. Schon im Kartellbußgeldrecht ist das Abstellen auf den Konzernumsatz

---

scheint dies im Ansatz zu akzeptieren, vgl. EuGH (GK), 5. 12. 2017, Rs. – C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936, Rn. 46 f., 61 (*M.A.S. und M.B.; Satzger*), *EuCLR*, 2018, 317, 330.

<sup>22</sup> Vgl. etwa BVerfG *EuZW*, 2019, 1021 (Recht auf Vergessen I).

<sup>23</sup> Vgl. EuGH, 22. 05. 2008, Rs. C-266/06 P, Slg. 1008, I-00081, Rn. 44 ff. (*Evonik Degussa GmbH*).

<sup>24</sup> EuG, 20. 03. 2002, Rs. T-23/99, Slg. 2002, II-01705 Rn. 286 ff. (*LR AF 1998*); EuG, 20. 03. 2002, Rs. T-9/99, Slg. 2002, II-01487 Rn. 450 ff. (*HFB Holding u.a.*).

<sup>25</sup> Dazu aus deutschrechtlicher Sicht REMMERT, Barbara: In: MAUNZ, Theodor – DÜRIG, Günter (Begr.): *Grundgesetz*. Loseblatt, Stand: 92. EL 2020, Art. 103 Abs. 2 Rn. 101 ff.

<sup>26</sup> Vgl. krit. VOET VAN VORMIZEELE, Philipp: Kartellrecht und Verfassungsrecht. *NZKart*, 2013, 386, 391 m.w.N. auch aus der Rspr.

<sup>27</sup> Vgl. ACHENBACH: *wistra*, 2018, 13, 17 f.

problematisch.<sup>28</sup> Allerdings sind dort zumindest bestimmte eingrenzende materielle Kriterien erforderlich. § 81c Abs. 5 S. 1 GWB fordert ausdrücklich das Operieren als wirtschaftliche Einheit, das sich an einem bestimmenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft ablesen lässt.<sup>29</sup> Das europäische System, insbesondere die europäische Rechtsprechung, folgte schon zuvor dem Konzept der „wirtschaftlichen Einheit“. Anforderungen diesbezüglich fehlen im deutschen Bußgeldrecht im Finanzmarktbereich gänzlich.<sup>30</sup> Auch würden entsprechende Kriterien die Problematik kaum entschärfen. Denn der bestimmende Einfluss macht die Tochtergesellschaft nicht wirtschaftlich leistungsfähiger und vergrößert auch nicht das Unrecht der Tat. Die Muttergesellschaft wird so jedoch faktisch gezwungen, auf das Handeln der Tochter Einfluss zu nehmen und mittelbar verantwortlich einzustehen. Immerhin ist im WpHG die unmittelbare (alleinige oder gesamtschuldnerische) Bebußung des Mutterunternehmens für einen Verstoß einer Leitungsperson der Tochtergesellschaft nicht möglich, anders als bei Geldbußen der Kommission im Kartellrecht. Der Entwurf für ein Verbandssanktionengesetz,<sup>31</sup> der derzeit in Deutschland die rechtspolitische Diskussion bestimmt, stellt dem Kartellrecht vergleichbare Kriterien auf (nämlich das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit und des bestimmenden Einflusses) und lässt sowohl die Bebußung des Tochterunternehmens nach dem Konzernumsatz (§ 9 VerSanG-E) zu als auch eine Ausfallhaftung der Muttergesellschaft (§ 7 VerSanG-E). Die Einbeziehung des Konzernumsatzes entspricht der allgemeinen Rechtsentwicklung. So stellt etwa auch die Datenschutzgrundverordnung in Art. 83 auf den weltweiten Konzernumsatz ab. Dass dieses Abweichen von Grundsätzen des Konzernrechts, etwa vom Trennungsprinzip, im Hinblick auf das Schuldprinzip höchst problematisch ist,<sup>32</sup> sei erwähnt, kann an dieser Stelle aber nicht vertieft werden. Die Problematik ist besonders virulent, wenn ohne das Erfordernis einer wirtschaftlichen Einheit die Bußgeldhöhe durch Umsätze anderer Rechtsträger bestimmt werden soll.

### 3.3. Vorteilsbezogene Obergrenzen

Noch unsystematischer und daher von besonderem Interesse ist die dritte mögliche Bestimmung der Obergrenze durch eine Multiplikation des erlangten Vorteils mit

<sup>28</sup> Vgl. etwa TIMMERBEIL, Sven – BLOME, Max-Niklas: Steter Tropfen höhlt den Stein – Die „wirtschaftliche Einheit“ im deutschen Kartellrecht nach der 9. GWB-Novelle. *BB*, 2017, 1544, 1548 ff. m.w.N.

<sup>29</sup> Vgl. insbes. EuGH, 10.09.2009, Rs. C-97/08-P, Slg. 2009 I-08237 Rn. 54 ff. (*AKZO – NOBEL NV u.a.*); TIMMERBEIL – BLOME, *BB*, 2017, 1544, 1545.

<sup>30</sup> Vgl. auch BUCK-HEEB, Petra – POELZIG, Dörte: Die Verhaltenspflichten (§§ 63 ff. WpHG n. F.) nach dem 2. FiMaNoG – Inhalt und Durchsetzung. *BKR*, 2017, 485, 493; POELZIG, Dörte: Durchsetzung und Sanktionierung des neuen Marktmissbrauchsrechts. *NZG*, 2016, 492, 498.

<sup>31</sup> BT-Drs. 19/23568.

<sup>32</sup> TIMMERBEIL – BLOME, *BB*, 2017, 1544, 1548 f.; die rechtspolitische Sinnhaftigkeit bezweifeln BUCK-HEEB – POELZIG, *BKR*, 2017, 485, 493.

einem bestimmten Faktor (sog. Multiplargeldbuße).<sup>33</sup> Der aus einem Verstoß erlangte Vorteil, der nach der üblichen Systematik für den abschöpfenden Teil einer Geldbuße maßgeblich ist, soll also im WpHG auch bestimmender Faktor für die Berechnung der Bußgeldrahmenobergrenze sein.<sup>34</sup> Teilweise wird dies nicht als Obergrenze, sondern als Zumessungsgesichtspunkt betrachtet.<sup>35</sup> Auch wenn diese Sicht einzelfallgerechtere Ergebnisse ermöglichen würde, bietet der Gesetzeswortlaut hierfür keinen Anhaltspunkt, sodass von drei alternativen Obergrenzen auszugehen ist. Während nach der herkömmlichen Struktur die Geldbuße den Vorteil abschöpfen und darüber hinaus einen ahndenden Teil enthalten soll (vgl. § 17 Abs. 4 OWiG), bestimmt sich hier die Geldbuße in ihrer Gesamtfunktion am Vorteil.<sup>36</sup> Diese Obergrenze, die auch deutlich höher liegen kann als die alternativen Obergrenzen, wird ermittelt, indem der tatsächlich gezogene Vorteil mit einem vom Gesetz bestimmten Faktor multipliziert wird, und zwar entweder mit dem Faktor 1,5, 2 oder 3. Der wirtschaftliche Vorteil, der auch vermiedene Verluste umfasst, kann geschätzt werden, vgl. § 120 WpHG Abs. 17–22a, jeweils S. 4. Diese Art der Höchstmaßbestimmung ist jedenfalls im Grundsatz europarechtlich begründet, etwa durch Art. 30 Abs. 2 lit. h der Marktmissbrauchsverordnung.<sup>37</sup> Ähnliche Funktionen erfüllt auch die mehrerlösbezogene Obergrenze z. B. in § 172 Abs. 3 Nr. 2 SAG seit 2014. Die vorteilsbezogene Obergrenze unterscheidet sich zwar stark von der Mehrerlösgrenze, entspricht ihr aber funktional und ist daher in ihrer dogmatischen Konzeption den gleichen Kritikpunkten ausgesetzt.<sup>38</sup> Der Gedanke einer vorteils- oder erlösbezogenen Obergrenze ist aber nicht nur europarechtlich begründet. So sah bereits das Kartellrecht im GWB von 1958–2005 eine am Dreifachen des Mehrerlöses orientierte Obergrenze vor.<sup>39</sup> Dieser Regelungsmechanismus wurde 2005 auch in § 95 Abs. 2 EnWG übernommen. Auch international ist diese Bußgeldrahmenbestimmung durchaus

<sup>33</sup> Systematisch unterscheiden sich Bruchteils- und Multiplargeldbußen nur insofern, als bei ersteren der Faktor unter 1 liegt. Daraus folgt aber praktisch, dass umsatz-, gewinn- und ertragsbasierte Geldbußen Bruchteilsgeldbußen sind, vorteils- und mehrerlösbezogene Geldbußen Multiplargeldbußen.

<sup>34</sup> Vgl. etwa BaFin, WpHG-Bußgeldleitlinien II, Stand: Februar 2017, S. 6 f.

<sup>35</sup> Vgl. dazu SPOERR, a.a.O., WpHG § 120 Rn. 386, 379.

<sup>36</sup> Vom zumindest primär strafenden Charakter spricht SPOERR, a.a.O., WpHG § 120 Rn. 378.

<sup>37</sup> VO (EG) Nr. 596/2014.

<sup>38</sup> Unterschiede in Bezug auf den Bestimmtheitsgrundsatz sieht wegen der größeren Konturierung des Vorteilsbegriffs aber ACHENBACH, Hans: Verfassungswidrigkeit variabler Obergrenzen der Geldbußzumessung bei Kartellrechtsverstößen? *WuW*, 2002, 1154, 1160 f.; *ders.*, *wistra*, 2018, 13, 19. Allerdings ist m.E. fraglich, ob die Argumentation zu § 17 Abs. 4 OWiG wirklich übertragbar ist. Denn es ließe sich vertreten, dass der Bestimmtheitsgrundsatz beim abschöpfenden Teil einer Geldbuße anders auszulegen ist.

<sup>39</sup> Vgl. zu diesbezüglichen Schwierigkeiten MEESSEN, Karl M.: Die 7. GWB-Novelle – verfassungsrechtlich gesehen. *WuW*, 2004, 733, 739 f.; zum Hintergrund der Abschaffung vgl. STAEBE, Erik: In: SÄCKER, Franz Jürgen (Hrsg.): *Berliner Kommentar zum Energie-recht*. 4. Aufl., Frankfurt a. M., 2019, EnWG § 95, Rn. 40.

verbreitet; etwa sieht der Insider Trading Sanctions Act der USA seit 1984 eine Orientierung am dreifachen Gewinn (*profit*) vor.<sup>40</sup>

Diese Art der Bußgeldrahmenbestimmung wirft, unabhängig davon, ob auf den Vorteil, den Mehrerlös oder den Gewinn, abgestellt wird, grundlegende Fragen auf.

Vielfach wird auch hier – ähnlich wie bei der umsatzorientierten Obergrenze – die Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes bezweifelt. Weil die konkrete Obergrenze erst im Nachhinein bestimmt werden könne<sup>41</sup> und zudem durch den Multiplikator ein erheblicher Spielraum für den Rechtsanwender bestehe,<sup>42</sup> seien die verfassungsrechtlichen Grenzen insoweit nicht gewahrt. Der Spielraum, der durch den Multiplikator eröffnet wird, unterscheidet sich nicht prinzipiell von dem Spielraum, der stets bei der Strafzumessung oder der Bußgeldbemessung bestehen muss, um alle Faktoren des Einzelfalles berücksichtigen zu können.<sup>43</sup> Die Tatsache, dass vor Tatbegehung keine absolute Obergrenze für die Bußgeldhöhe festgestellt werden kann, widerspricht aus den bereits genannten Gründen weder dem deutschen noch dem ohnehin weiteren europäischen Bestimmtheitsgrundsatz.<sup>44</sup>

Entscheidend scheint mir ein anderer Gesichtspunkt zu sein: Die Orientierung des abstrakten Bußgeldrahmens an dem konkret entstandenen Vorteil ist unsystematisch und dogmatisch nicht begründbar. Sie führt zu rein zufälligen Bußgeldrahmenverschiebungen. Der Gesetzgeber ist jedoch bei der Bestimmung eines Straf- oder Bußgeldrahmens gehalten, abstrakt die mögliche Schwere der Verstöße zu bestimmen und in der Rechtsfolge abzubilden. Es ist demgegenüber Aufgabe der Behörden und Gerichte bei der Bemessung die konkreten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Es gibt aber keine Vermutung dafür, dass die abstrakte Schwere einer Ordnungswidrigkeit ein Mehrfaches des dabei konkret erlangten Vorteils wäre.<sup>45</sup> Ein Vorteil kann ausbleiben, zufällig besonders groß ausfallen und ist schließlich eine rein einzelfallabhängige Größe. Er ist deswegen aus meiner Sicht als abstrakter Faktor des Bußgeldrahmens völlig ungeeignet, insbesondere zur Bestimmung einer abstrakten Obergrenze des ahndenden Teils einer Geldbuße.

Das gleiche Argument, dass also rein konkrete, später feststehende Faktoren zur Bestimmung eines abstrakten Bußgeldrahmens herangezogen werden, könnte man scheinbar auch bezüglich der Orientierung am Umsatz vorbringen. Auch diese Obergrenze ist von konkreten Umständen abhängig und steht erst später fest. Hier besteht

<sup>40</sup> Sec. 2 of the Insider Trading Sanctions Act of 1984.

<sup>41</sup> ACHENBACH, *WM*, 2018, 1337, 1340; anders wohl noch *ders.*, *wistra*, 2018, 13, 19.

<sup>42</sup> ACHENBACH, *WM*, 2018, 1337, 1340; *ders.*, *wistra*, 2018, 13, 19; allg. zur Unbestimmtheit bei der Wahl eines Multiplikators auch *ders.*, *WuW*, 2002, 1154, 1159 f.

<sup>43</sup> BVerfGE 105, 35, 154 ff.; REMMERT, a.a.O., Art. 103 Abs. 2 Rn. 98 m.w.N.

<sup>44</sup> Vgl. auch BÖSE – JANSEN, a.a.O., WpHG § 120 Rn. 96, die auch auf die fehlende Möglichkeit zur Verhängung von Freiheitsstrafen rekurren; vgl. auch BIERMANN, a.a.O., GWB § 81 Rn. 450.

<sup>45</sup> Zum fehlenden Zusammenhang des Mehrerlöses und der Schuld auch MEESEN, *WuW*, 2004, 733, 742.

jedoch ein systematischer Unterschied, der eine Orientierung am Umsatz grundsätzlich zulässt; nur rechtstechnisch ist die Umsetzung bedenklich. Der Orientierung am Vorteil stehen demgegenüber grundsätzliche Bedenken entgegen.

Die umsatzorientierte Obergrenze dient einem im Kern nachvollziehbaren Gedanken: das Bußgeld soll bei gleich schwerwiegendem Verstoß gleich stark wirken, was von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Verbands abhängt.<sup>46</sup> Zwar hätten der europäische und deutsche Gesetzgeber dies handwerklich besser umsetzen können, etwa durch ein Tagessatzsystem wie bei der Geldstrafe oder wie auch im österreichischen Recht bei der Verbandsgeldbuße.<sup>47</sup> Diese Systeme sehen zwar auch einen absolut bezifferten Tageshöchstsatz vor.<sup>48</sup> Das ist aber rechtlich nicht geboten.<sup>49</sup> Man dürfte meines Erachtens auch die Anzahl der Tagessätze im Höchstmaß absolut, die Höhe der Tagessätze aber rein relativ in Abhängigkeit vom Umsatz begrenzen, wie es ähnlich auch im nordrhein-westfälischen Entwurf für ein Verbandsstrafgesetzbuch vorgesehen war.<sup>50</sup> Eine solche Lösung würde dem Bestimmtheitsgebot besser genügen als das derzeitige System. Es würde andererseits die Nachteile eines Systems mit absoluter Obergrenze vermeiden. Diese sieht etwa der Bundesgerichtshof darin, dass eine absolute Tagessatzobergrenze entweder so hoch angesiedelt sein müsste, dass sie unbestimmt wäre und reine Alibifunktion hätte oder andererseits so niedrig angesiedelt sein müsste, dass sie nicht zu gerechten Sanktionen umsatzstarker Verbände führen könnte.<sup>51</sup> Zudem könnte man anstelle des Umsatzes Gewinn oder Ertrag heranziehen. Damit wäre man in der Konzeption aber, von Einzelheiten abgesehen,<sup>52</sup> gar nicht weit entfernt von der bisherigen Lösung; es wäre nur eine andere, systematisch klarere, Regelungstechnik.

Es spricht jedoch kein abstrakter Strafzumessungs- bzw. Ahndungsgesichtspunkt für eine vorteilsbezogene Bestimmung der Bußgeldrahmenobergrenze.<sup>53</sup> Der Vorteil als solcher ist zwar Bestandteil der Tatauswirkungen, nicht jedoch ein Vielfaches des Vorteils. Daher stellt sich die Frage, ob ein solcher Bußgeldrahmen das abstrakte Unrecht der Taten schuldangemessen abbildet. Das Schuldprinzip gilt auch im Ordnungswidrigkeitenrecht.<sup>54</sup> Dabei limitiert es nicht nur die Bebußung im Einzelfall, sondern setzt auch Grenzen für die gesetzgeberische Bestimmung des Bußgeldrahmens in Form des Übermaßverbots, des Gebots des schuldangemessenen Strafens

<sup>46</sup> Vgl. zu dieser Parallele zur Geldstrafe auch OLG Düsseldorf, 26. 06. 2009, Az.: 2a Kart 2 – 6/08, juris, Rn. 610 im Vorgang zur Grauzementkartellentscheidung des BGH.

<sup>47</sup> Vgl. § 4 VbVG-Österreich.

<sup>48</sup> So etwa in § 4 S. 2 VbVG-Österreich.

<sup>49</sup> Vgl. aber HASSEMER, Winfried – DALLMEYER, Jens: *Gesetzliche Orientierung im deutschen Recht der Kartellgeldbußen und das Grundgesetz*. 2010, S. 42.

<sup>50</sup> Vgl. § 6 VerbStrG-E, verfügbar unter <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMI16-127.pdf> (zuletzt aufgerufen am 30. 1. 2021).

<sup>51</sup> Vgl. BGH NZKart 2013, 195, 199 – Grauzementkartell.

<sup>52</sup> Insbes. von der Frage, ob der Konzernumsatz maßgeblich sein kann sowie ob Umsatz, Ertrag oder Gewinn als Maßstab interessengerechter sind.

<sup>53</sup> Anders, jedenfalls beim Mehrerlös, wohl BIERMANN, a.a.O., *GWB* § 81 Rn. 449 f.

<sup>54</sup> BVerfGE 9, 167, 169.



bzw. Ahndens sowie des Gebots des sinn- und maßvollen Strafens bzw. Ahndens.<sup>55</sup> Diese Bußgeldrahmenbestimmung würde das Schuldprinzip aber nur dann verletzen, wenn der vorgesehene Rahmen auch für die schwersten denkbaren Fälle nicht mehr tat- und schuldangemessen wäre, wobei der Gesetzgeber einen weiten Spielraum hat. Eine Verletzung des Schuldprinzips wird sich daher nur schwer darlegen lassen. Auch das Bundesverfassungsgericht geht (obiter) davon aus, dass es dem Gesetzgeber unbenommen sei, schon durch die gesetzliche Regelung das Bußgeld auf ein Mehrfaches des durch die Ordnungswidrigkeit erlangten Vorteils festzusetzen.<sup>56</sup> Eher als die Frage der Verfassungsmäßigkeit bzw. der Vereinbarkeit mit europäischem Primärrecht im Hinblick auf das Schuldprinzip stellt sich die Frage regulatorischer Sinnhaftigkeit. Wegen der Zufälligkeit des erlangten Vorteils eignet er sich nicht zur abstrakten Bestimmung der Deliktsschwere. Die Wahl dieses Parameters und der Multiplikatoren erinnert daher stark an ältere Rechtsordnungen, bei denen die Schuld oder auch individuelle Umstände eine geringere Rolle spielten. So sah insbesondere das römische Recht in der (privatrechtlichen) *actio furti* vor, dass der Dieb, abhängig von weiteren Umständen, den zwei- bis vierfachen Wert der Sache zu ersetzen habe.<sup>57</sup> Auch dem deutschen Strafrecht waren Multipliarstrafen nicht unbekannt, etwa im Steuerstrafrecht der Reichsabgabenordnung<sup>58</sup> oder im Zollstrafrecht (im allgemeinen Teil seit 1921 zunächst außerhalb des RStGB,<sup>59</sup> dann in § 27 Abs. 2,<sup>60</sup> später Abs. 3 RStGB).<sup>61</sup> Sie wurden aber nach und nach,<sup>62</sup> später auch wegen Bedenken im Hinblick auf das Schuldprinzip,<sup>63</sup> abgeschafft. Durch die Multiplikation des Vorteils fehlt nicht nur der Bezug zum Unrecht; das Ergebnis ist zudem

<sup>55</sup> Vgl. hierzu BVerfG *NJW*, 1990, 1900, 1901, wo auf die zu Strafen entwickelte Rspr., etwa BVerfG *NJW*, 1970, 1453, Bezug genommen wird; BVerfG *NJW*, 1987, 43, 48; *NJW*, 1990 31, 38; *NJW*, 1992, 2947, 2948; BVerfGE 105, 35.

<sup>56</sup> Vgl. BVerfG *NJW*, 1990, 1900, 1901.

<sup>57</sup> Vgl. KASER, Max: *Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt*. 2. Aufl., 1971, S. 616.

<sup>58</sup> Z. B. § 373 AO i.d.F. v. 1919. Zur früheren Rechtsentwicklung HIS, Rudolf: *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Zweiter Teil: Die einzelnen Verbrechen*. 1935, 57 ff.; vgl. auch RÜPING, Hinrich: Geldstrafe und Buße. Zur Entwicklung der öffentlichen Strafe. *ZStW*, 85 (1973), 672, 684 f.

<sup>59</sup> Vgl. § 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Erweiterung des Anwendungsgebiets der Geldstrafe und zur Einschränkung der kurzen Freiheitsstrafen, RGBl. I, 1921, 1604; vgl. hierzu FRANK, Reinhard: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18. Aufl., Tübingen, 1931, § 27 I, § 1 I 3.

<sup>60</sup> Vgl. RGBl. I, 1923, S. 254.

<sup>61</sup> Vgl. RGBl. I, 1923, S. 1118; 1924, S. 44.

<sup>62</sup> Vgl. zur Abschaffung in der Reichsabgabenordnung RGBl. I, 1939, S. 1181; insgesamt seit 1974 durch Art. 12 Abs. 2, 4 EGStGB.

<sup>63</sup> Vgl. NIESE, *ZStW* 70 (1958), 337 (338); RUTKOWSKI – GÖHLER – BUDDENDIEK – LENZEN, Multipliarstrafen. In: BUDDENDIEK – RUTKOWSKI: *Lexikon des Nebenstrafrechts*. 42. EL 2019; vgl. auch BT-Drs. III/2150, S. 163: „mit dem Grundgedanken der Geldstrafenneuordnung [...] unvereinbar“. Demgegenüber sieht KLUSMANN, Martin: In: WIEDEMANN, Gerhard (Hrsg.): *Handbuch des Kartellrechts*. 4. Aufl., München, 2020, § 57 Rn. 93, wohl nur fixe Multipliarstrafen als problematisch an.

auch von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Adressaten vollständig abgekoppelt und trifft diese daher gänzlich unterschiedlich.

Das moderne Recht ermöglicht es jedoch, zwischen Abschöpfungs- und Ahndungsfunktion zu unterscheiden. Während der Vorteil zur abstrakten Bestimmung der Abschöpfung naturgemäß geeignet ist (und diese die Adressaten auch gleich trifft, indem sie verhindert, dass Verstöße sich wirtschaftlich lohnen), sollte der Vorteil bei der Ahndungsfunktion nur als ein Element bei der konkreten Bußgeldzumessung herangezogen werden. Die notwendige Unterscheidung zwischen der Abschöpfungs- und der Ahndungsfunktion wird sonst grundlos aufgegeben. Dadurch werden die im Ordnungswidrigkeitenrecht ohnehin bestehenden Schwierigkeiten noch verstärkt. Nach den allgemeinen Regeln ist die Abschöpfung durch die Geldbuße die Regel, eine Einziehung nach §§ 29a, 30 OWiG subsidiär und damit die Ausnahme. Bei gewöhnlichen Geldbußen ist jedoch immerhin durch die Begründung klarzustellen, welcher Teil der Geldbuße abschöpfend ist und welcher ahndend. Dies gilt nach vorzugswürdiger Ansicht nicht nur für die gerichtliche Entscheidung,<sup>64</sup> sondern bereits für den Bußgeldbescheid.<sup>65</sup> Dabei soll nach § 17 Abs. 4 OWiG der wirtschaftliche Vorteil im Wege einer Zumessungsrichtlinie die Untergrenze bilden, auch wenn in der Praxis dennoch vielfach auf einen abschöpfenden Teil verzichtet wird.<sup>66</sup> Die im WpHG erfolgende Vermengung von abschöpfendem und ahndendem Teil<sup>67</sup> einer Geldbuße ist jedoch besonders problematisch. So ist bereits unklar, ob § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG (ggf. i.V.m. § 30 Abs. 3 OWiG) eingreift, also die Geldbuße regelmäßig über dem erlangten Vorteil zu liegen hat, oder ob demgegenüber eine rein ahndende Geldbuße verhängt werden darf, die darunter liegt. Im SAG und im KWG hat der Gesetzgeber zusätzlich zur Mehrerlösgrenze eine dem § 17 Abs. 4 S. 1 OWiG entsprechende Vorschrift vorgesehen; zudem wird dort angeordnet, § 17 Abs. 4 OWiG bleibe unberührt (vgl. §§ 172 Abs. 3 SAG, 56 Abs. 7 KWG).<sup>68</sup> Eine vergleichbare Regelung gibt es in § 120 WpHG nicht; auch ist der Vorteil insgesamt für die Bußgeldrahmenobergrenze einschlägig. Einiges spricht daher dafür, nicht von einer solchen Untergrenze, sondern von einer abschließenden Regelung, auszugehen.<sup>69</sup> Insbesondere würde auch die Kombination von § 17 Abs. 4 S. 2 OWiG (Überschreitung des Höchstmaßes zur Vorteilsabschöpfung) mit einer vorteilsbezogenen Obergrenze von vornherein gegenstandslos sein. In Bereichen, in welchen

<sup>64</sup> So BGH NStZ 2006, 231, 232 f., allerdings vorwiegend aus steuerrechtlichen Gründen; auf diese Gründe beschränkt BGH, Beschl. v. 17. 1. 2013, Az. 3 StR 167/13, BeckRS 2014, 5757, Rn. 43; vgl. auch BVerfG NJW 1990, 1900, 1901.

<sup>65</sup> Jedenfalls bei erheblichen Vorteilen: BeckOK OWiG/SACKREUTHER, § 17 Rn. 134 m.w.N.; insoweit ist § 66 Abs. 3 OWiG aus rechtsstaatlichen Gründen einschränkend auszulegen.

<sup>66</sup> Vgl. etwa für das Kartellrecht BACH: In: *FS Canenbley*. 2012, 15, 20.

<sup>67</sup> Vgl. auch ACHENBACH, *WM*, 2018, 1337, 1340.

<sup>68</sup> Zu Schwierigkeiten der Auslegung bei diesen Vorschriften *Achenbach. wistra*, 2018, 13, 20 f.

<sup>69</sup> Vgl. SPOERR, a.a.O., WpHG § 120 Rn. 386; unklar insoweit BaFin, WpHG-Bußgeldleitlinien II, Stand: Februar 2017, S. 9; a.A.: BÖSE – JANSEN, a.a.O., WpHG § 120 Rn. 101.

mehrerlösbezogene Obergrenzen bestanden, wird § 17 Abs. 4 OWiG teilweise ohne besondere Anordnung für anwendbar gehalten;<sup>70</sup> allerdings besteht ein Unterschied zwischen Mehrerlös und Vorteil, der einen Unterschied rechtfertigen kann.<sup>71</sup> Zudem schreibt auch die Marktmissbrauchsverordnung keine solche Untergrenze vor; nach Art. 30 Abs. 2 lit. b muss nur die Möglichkeit der Einziehung bestehen, nach lit. h die Möglichkeit einer vorteilsbezogenen Obergrenze.

Unklar ist bei der Bebußung nach den drei alternativen Obergrenzen aber auch das Verhältnis zu etwaigen Schadensersatzleistungen. Jedenfalls, soweit dieser bereits geleistet oder unanfechtbar festgesetzt wurde,<sup>72</sup> ist dies bei der Bestimmung des Vorteils im Rahmen von § 17 Abs. 4 OWiG zu berücksichtigen und kann sich erheblich auswirken. Konsequenter müsste sich bei der vorteilsbezogenen Obergrenze im WpHG der Bußgeldrahmen nach unten verschieben, obschon es sich um einen abstrakten, insgesamt der Ahndung dienenden Bußgeldrahmen handelt. Ähnliche Probleme ergeben sich, wenn Schadensersatz erst nach der Bußgeldentscheidung geleistet wird. Man könnte auch hier – wie im Rahmen von § 17 Abs. 4 OWiG<sup>73</sup> – § 99 Abs. 2 OWiG analog anwenden mit der Folge, dass dieser Betrag vom abschöpfenden Teil abgezogen bzw. rückerstattet würde. Materiell ist dies überzeugend. Insbesondere solange noch kein Schadensersatz geleistet wurde, könnte ansonsten sogar eine wirtschaftliche Gefährdung durch die Geldbuße eintreten, die Schadensersatzzahlungen erschwert. Konstruktiv ist aber auch dies wegen der Ahndungsfunktion der vorteilsbezogenen Bußgeldrahmenbestimmung im WpHG wiederum schwer zu begründen.<sup>74</sup> All diese Erwägungen setzen aber voraus, dass Schadensersatzansprüche überhaupt bestehen, etwa nach § 826 BGB, nach §§ 97, 98 WpHG bei ad-hoc-Publizitäts-Pflichtverstößen, oder dass Schutzgesetze nach § 823 Abs. 2 BGB verletzt wurden, was etwa bei der Marktmanipulation überwiegend nicht angenommen wird.<sup>75</sup> Daher mögen die praktischen Konsequenzen begrenzt sein; diese Problematik besteht jedoch ganz generell bei der gewählten Regelungstechnik. Insofern ist am Entwurf des Verbandssanktionengesetzes zumindest positiv zu bewerten, dass es den abschöpfenden Anteil konsequent aufgibt und regelmäßig eine Abschöpfung neben der Sanktion fordert.<sup>76</sup>

<sup>70</sup> So für § 81 GWB i.d.F. bis 2005, vgl. BACH: In: *FS Canenbley*. 2012, 15, 19; die Rspr. vertrat auch den Standpunkt, es müsse mindestens in Höhe des Mehrerlöses bebußt werden, vgl. BGH NJW 3792, 3795 – Papiergroßhandel.

<sup>71</sup> Vgl. auch BMJV, *Handbuch des Nebenstrafrechts*. 3. Aufl., 2018, Rn. 236 dazu, dass der Vorteil den dreifachen Mehrerlös übersteigen könne.

<sup>72</sup> Vgl. MITSCH, a.a.O., § 17 Rn. 129 m.w.N.

<sup>73</sup> Vgl. dazu MITSCH, a.a.O., § 17 Rn. 129 m.w.N.; BACH: In: *FS Canenbley*. 2012, 15, 19 f.

<sup>74</sup> Für § 81 GWB i.d.F. bis 2005 hat der BGH Schadensersatz aber als Argument für eine reine Ahndungsgeldbuße gelten lassen, vgl. BGH NJW 3792, 3795 – Papiergroßhandel.

<sup>75</sup> Vgl. etwa WORMS, Alexander, in: ASSMANN, Heinz Dieter – SCHÜTZE, Rolf A. – BUCK-HEEB, Petra (Hrsg.): *Handbuch des Kapitalanlagerechts*. 5. Aufl., München, 2020, § 10 Rn. 106 m.w.N.; vgl. allgemein REUTER, Alexander: Schadensersatz und Bußgelder zu Lasten des Unternehmens bei Ad hoc-Pflichtverstößen: Ein Verstoß gegen die Grundrechte und die Treuepflicht der Aktionäre? *NZG*, 2019, 321.

<sup>76</sup> Vgl. BT-Drs. 19/23568 S. 51, 68, 120.

#### 4. FAZIT

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Bußgeldrahmen bei Sanktionen im Finanzmarkt mehrere problematische Tendenzen aus der Rechtsentwicklung der letzten Zeit miteinander vereint. Die alternative Höchstmaßbestimmung, die an unsystematische Faktoren anknüpft, lässt den Eindruck entstehen, ein möglichst hoher Bußgeldrahmen sei in jedem Fall und unabhängig von sachlichen oder systematischen Argumenten positiv zu beurteilen. Gerade die gesetzgeberische Entscheidung, dass zwingend der höchste der drei Werte für die Behörde bzw. den Richter als Bußgeldrahmenobergrenze maßgeblich sein soll, überzeugt nicht. Diese Wertung ist auch nur zu einem geringen Teil europarechtlich determiniert; zum überwiegenden Teil hätte der deutsche Gesetzgeber – auch in europarechtskonformer Weise<sup>77</sup> – einen der Werte wählen oder die Wahl des Rahmens in das Ermessen des Tatrichters<sup>78</sup> stellen können.

Dies ist insbesondere deshalb erstaunlich, weil viele der bereits unabhängig davon zur Verfügung stehenden Mechanismen praktisch nicht genutzt werden, sodass an der Notwendigkeit Zweifel angebracht sind. Insbesondere die Renaissance der überwunden geglaubten Multiplargeldbußen, die neuerdings auf europäischer Ebene vorangetrieben wird, ist vor diesem Hintergrund kritisch zu sehen. Vorzugswürdig erscheint ein tagessatzbasierter Bußgeldrahmen sowie eine klare Differenzierung zwischen Ahndung und Abschöpfung.

#### LITERATURVERZEICHNIS

- [1] ACHENBACH, Hans: Das Höchstmaß der Verbandsgeldbuße wegen Kapitalmarkt-Straftaten. *WM*, 2018, 1337 ff.
- [2] ACHENBACH, Hans: Neue Sanktionen im Finanzmarktrecht – alte und neue Zweifelsfragen. *wistra*, 2018, 13 ff.
- [3] ACHENBACH, Hans: Verfassungswidrigkeit variabler Obergrenzen der Geldbußzumessung bei Kartellrechtsverstößen? *WuW*, 2002, 1154 ff.

---

<sup>77</sup> So bzgl. der umsatzbezogenen und absoluten Obergrenze TEIGELLACK, Lars – DOLFF, Christian: Kapitalmarktrechtliche Sanktionen nach dem Regierungsentwurf eines Ersten Finanzmarktnovellierungsgesetzes – 1. FiMaNoG. *BB*, 2016, 387, 390 unter Verweis darauf, dass die VO (EG) Nr. 596/2014 – anders als die Transparenzrichtlinie – die Maßgeblichkeit des höheren Wertes nicht vorschreibt; Stellungnahme des DAI zum Referententwurf zum Finanzmarktnovellierungsgesetz vom 18. 11. 2015, S. 14, unter [https://www.dai.de/files/dai\\_usercontent/dokumente/positionspapiere/2015-11-18%20DAI-Stellungnahme%20FimanoG.pdf](https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/positionspapiere/2015-11-18%20DAI-Stellungnahme%20FimanoG.pdf) (zuletzt aufgerufen am 30.01.2021); auch bezüglich der vorteilsbezogenen Obergrenze in Art. 30 Abs. 2 lit. ha VO (EG) Nr. 596/2014 gibt es nur die Verpflichtung, diese Möglichkeit der Behörde einzuräumen; die Maßgeblichkeit des höheren Betrags ist dort nicht vorgesehen.

<sup>78</sup> Zu diesem Gedanken SPOERR, a.a.O., WpHG § 120 Rn. 383, der dies allerdings als eine Frage des Regulierungsstils einordnet.

- 
- [4] ASSMANN, Heinz Dieter – SCHNEIDER, Uwe H. – MÜLBERT, Peter O. (Hrsg.): *Wertpapierhandelsrecht*. 7. Aufl., Köln, 2019.
- [5] ASSMANN, Heinz Dieter – SCHÜTZE, Rolf A. – BUCK-HEEB, Petra (Hrsg.): *Handbuch des Kapitalanlagerechts*. 5. Aufl., München, 2020.
- [6] BACH, Albrecht: Kartellbußgelder und Schadensersatz: Ansätze zur Konfliktlösung. In: Studienvereinigung Kartellrecht e.V. (Hrsg.): *Festschrift für Canenbley*. München, 2012, 15 ff.
- [7] BARTH, Christoph – BUDDE, Stephanie: „Die Strafe soll nicht größer sein als die Schuld“ Zum Urteil des BGH in Sachen Grauzement und den neuen Leitlinien für die Bußgeldzumessung. *NZKart*, 2013, 311 ff.
- [8] BUCK-HEEB, Petra – POELZIG, Dörte: Die Verhaltenspflichten (§§ 63 ff. WpHG n. F.) nach dem 2. FiMaNoG – Inhalt und Durchsetzung. *BKR*, 2017, 485 ff.
- [9] BUDDENDIEK, Hans – RUTKOWSKI, Jörg (Hrsg.): *Lexikon des Nebenstrafrechts*. München, 42, EL 2019.
- [10] BÜLTE, Jens: *Ordnungswidrigkeitenrecht*. 6. Aufl., München, 2020.
- [11] Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht: *WpHG-Bußgeldleitlinien II*. Stand: Februar 2017.
- [12] Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz: *Handbuch des Nebenstrafrechts*. 3. Aufl., 2018.
- [13] CIRENER, Gabriele – RADTKE, Henning – RISSING-VAN SAAN, Ruth – RÖNNAU, Thomas – SCHLÜCKEBIER, Wilhelm (Hrsg.): *Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar*. Großkommentar. Bd. 1, 13. Aufl., Berlin, 2020.
- [14] DANNECKER, Gerhard: Nullum crimen, nulla poena sine lege und seine Geltung im Allgemeinen Teil des Strafrechts. In: DANNECKER, Gerhard (Hrsg.): *Festschrift für Otto*. Köln, 2007, 25 ff.
- [15] Deutsches Anwaltsinstitut: *Stellungnahme zum Referentenentwurf zum Finanzmarktnovellierungsgesetz vom 18. 11. 2015*, unter [https://www.dai.de/files/dai\\_usercontent/dokumente/positionsapiere/2015-11-18%20DAI-Stellungnahme%20FimanoG.pdf](https://www.dai.de/files/dai_usercontent/dokumente/positionsapiere/2015-11-18%20DAI-Stellungnahme%20FimanoG.pdf) (zuletzt aufgerufen am 30. 1. 2021).
- [16] FRANK, Reinhard: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. 18. Aufl., Tübingen, 1931.
- [17] GRAF, Jürgen Peter (Hrsg.): *BeckOK OWiG*. München, 2021.
- [18] HASSEMER, Winfried – DALLMEYER, Jens: *Gesetzliche Orientierung im deutschen Recht der Kartellgeldbußen und das Grundgesetz*. Baden-Baden, 2010.
- [19] HIS, Rudolf: *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*. Zweiter Teil: Die einzelnen Verbrechen, Weimar, 1935.

- 
- [20] IMMENGA, Ulrich – MESTMÄCKER, Ernst-Joachim (Hrsg.): *Wettbewerbsrecht*. 6. Aufl., München, 2020.
- [21] KALLMAYER, Axel – HAUPT, Heiko: Die Urteile des EuG zum Fernwärmehrohrkartell - Die Bußgeldleitlinien der Kommission auf dem Prüfstand. *EuZW*, 2002, 677 ff.
- [22] KASER, Max: *Das römische Privatrecht – Erster Abschnitt*. 2. Aufl., München, 1971.
- [23] MAUNZ, Theodor – DÜRIG, Günter (Begr.): *Grundgesetz*. Loseblatt, Stand: 92. EL 2020.
- [24] MEESSEN, Karl M.: Die 7. GWB-Novelle – verfassungsrechtlich gesehen. *WuW*, 2004, 733 ff.
- [25] MEYER, Andreas – VEIL, Thomas – RÖNNAU, Rüdiger (Hrsg.): *Handbuch zum Marktmissbrauchsrecht*. München, 2018.
- [26] MITSCH, Wolfgang (Hrsg.): *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*. 5. Aufl., München, 2018.
- [27] NIESE, Wemer: Das Steuerstrafverfahren. *ZStW*, 70 (1958), 337 ff.
- [28] POELZIG, Dörte: Durchsetzung und Sanktionierung des neuen Marktmissbrauchsrechts. *NZG*, 2016, 492 ff.
- [29] REUTER, Alexander: Schadensersatz und Bußgelder zu Lasten des Unternehmens bei Ad hoc-Pflichtverstößen: Ein Verstoß gegen die Grundrechte und die Treuepflicht der Aktionäre? *NZG*, 2019, 321 ff.
- [30] RÜPING, Hinrich: Geldstrafe und Buße. Zur Entwicklung der öffentlichen Strafe. *ZStW*, 85 (1973), 672 ff.
- [31] SÄCKER, Franz Jürgen (Hrsg.): *Berliner Kommentar zum Energierecht*. 4. Aufl., Frankfurt a. M., 2019.
- [32] SATZGER, Helmut: Mutual Recognition in Times of Crisis – Mutual Recognition in Crisis? An Analysis of the New Jurisprudence on the European Arrest Warrant. *EuCLR*, 2018, 317 ff.
- [33] SCHWARK, Eberhard – ZIMMER, Daniel (Hrsg.): *Kapitalmarktrechtskommentar*. 5. Aufl., München, 2020.
- [34] STAUB, Hermann (Begr.): *Handelsgesetzbuch*. Bd. 7/2, 5. Aufl., Berlin, 2012.
- [35] SZESNY, André M. – KUTHE, Thorsten (Hrsg.): *Kapitalmarkt Compliance*. Heidelberg, 2. Aufl., 2018.
- [36] TEIGELLACK, Lars – DOLFF, Christian: Kapitalmarktrechtliche Sanktionen nach dem Regierungsentwurf eines Ersten Finanzmarktnovellierungsgesetzes – 1. FiMaNoG. *BB*, 2016, 387 ff.

- [37] TIMMERBEIL, Sven – BLOME, Max-Niklas: Steter Tropfen höhlt den Stein – Die “wirtschaftliche Einheit” im deutschen Kartellrecht nach der 9. GWB-Novelle, *BB* 2017, S. 1544.
- [38] VOET VAN VORMIZEELE, Philipp: Kartellrecht und Verfassungsrecht, *NZKart* 2013, 386 ff.
- [39] MONTAG, Frank – SÄCKER, Franz Jürgen – BIEN, Florian – MEIER-BECK, Peter (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., München 2020.
- [40] WIEDEMANN, Gerhard (Hrsg.): *Handbuch des Kartellrechts*, 4. Aufl., München 2020.

## VERANTWORTUNG VON UNTERNEHMEN IM UMWELTSCHUTZRECHT

### Corporate responsibility in environmental protection law

CSILLA CSÁK \*

**Abstract:** We can talk about environmental responsibility in several dimensions. It can be seen that legal liability is only part of the question of responsibility. Legal liability, together with the rules set out in the general codes and sui generis provisions of environmental law, also represents a complex system of administrative, civil and criminal liability. Every company reacts differently to environmental responsibility, so we can ask the question: can we talk about corporate responsibility or irresponsibility?

**Keywords:** *environment protection law, corporate responsibility, pollution, legal liability*

Wir können über Verantwortung im Zusammenhang mit dem Umweltschutz in mehreren Dimensionen sprechen. Die ganze Menschheit ist verantwortlich für die Zerstörung der Schätze der Erde, die gegenwärtige Generation ist verantwortlich für die Erhaltung einer gesunden Umwelt für zukünftige Generationen. Der Staat und alle Personen sind für den Schutz der Umwelt, die Verschmutzung der Umwelt aus moralischen, politischen, religiösen und ähnlichen Gründe verantwortlich. Es ist ersichtlich, dass die rechtliche Haftung nur ein Teil der Frage der Verantwortung ist. Die rechtliche Haftung stellt zusammen mit den in den allgemeinen Kodexen und den sui generis-Vorschriften des Umweltrechts festgelegten Regeln auch ein komplexes System der administrativen, zivil- und strafrechtlichen Haftung dar.

Hinter der rechtlichen Verantwortung steht der organisierende Zwangsapparat des Staates. Die Regelung der gesetzlichen Haftung muss sehr klar, abgegrenzt, kohärent und anwendbar sein. Nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch die Rechtsanwendung müssen diese Bedingungen erfüllen, um eine einheitliche Auslegung des Gesetzes zu erreichen.

Neben dem Rahmen des nationalen Rechtssystems taucht das Thema der Haftung auch in internationalen und EU-Bereichen auf, die den Inhalt der Umweltbeziehungen durch „weiche“ und „harte“ Regulierungsbehörden beeinflussen und bestimmen.

Die Bereiche des Privatrechts und des öffentlichen Rechts müssen bei der Regulierung voneinander getrennt betrachtet werden, weil die Regulierungsmethoden

---

\* Dekanin, Universität Miskolc, Staats- und Rechtswissenschaftliche Fakultät.



aufgrund der Natur dieser beiden Bereiche unterschiedlich sind. Allerdings verwischt im Allgemeinen die scharfe Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht. Die Grenzen und die Haftungsbereiche bestimmen den Rahmen des menschlichen Verhaltens und den Standard unter dem das menschliche Verhalten beurteilt und in einigen Fällen unterschiedlich bestraft wird.

Im Bereich der umweltrechtlichen Haftung ist die verwaltungsrechtliche Regelung vorherrschend, was auf das Übergewicht des staatlichen Einflusses hinweist. Gleichzeitig spielen aber auch Wirtschaftsregulierungsinstrumente, freiwillige Instrumente und Konsensinstrumente, die den Einfluss des Staates weniger oder indirekt widerspiegeln, eine immer wichtigere Rolle. Durch diese Instrumente erfordert die Gesetzgebung die vollständige Vertikale von Instrumenten des öffentlichen und privaten Rechts. Unter den zivilrechtlichen Rechtsinstitutionen sind auch der rechtliche Schutz von Personen, Sachenrechte, das Recht der Schuldverhältnisse und die Theorien der Verantwortung in das komplexe System der umweltrechtlichen Regulierung integriert. In Bezug auf das Strafrecht kann eine Reihe von Tatsachen hervorgehoben werden, insbesondere Umweltschädigung, Beeinträchtigung der Natur und Verletzung der Ordnung der Abfallbewirtschaftung.

Die Frage ist, was der Zweck der Regelung ist und mit welchen Mitteln sie erreicht werden kann?

Ziel der Regelung ist der Umweltschutz in einem besonders hohen Umfang, die Vermeidung der Umweltverschmutzung und den Umweltschäden, die Beseitigung der verursachten Schäden und die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands. Das zentrale Element ist die Prävention. Viele der Präventionsinstrumente können mit Vorschriften im Verwaltungsbereich verknüpft werden, insbesondere mit Genehmigungsverfahren. Die Rolle anderer Rechtsbereiche hängt stärker mit der Reparatur zusammen.

Neben dem Umweltinteresse existiert jedoch auch ein starkes wirtschaftliches Interesse. Umwelt- und Wirtschaftsinteressen konkurrieren miteinander. Dies zeigt sich auch in den Entscheidungen der Rechtsanwendungsbehörden. Wenn man sich die Rechtsprechung anschaut ist festzustellen, dass die Gerichte die Rechtsfolge eines Verbots, einer Aussetzung oder einer Einschränkung der Tätigkeit sehr selten anwenden. Der Grund dafür kann in vielen Fällen auf wirtschaftliche Probleme (Beschäftigung, soziale Situation, Investitionen usw.) zurückgeführt werden. Daher bleibt die Geldbuße oder die Wiedergutmachung, das heißt die finanzielle Entschädigung, meistens bestehen.

Deswegen sind die Aspekte der Schadensbehebung und die Verbesserung der Leistungsfähigkeit von größter Bedeutung. Das finanzielle Sicherheitssystem, z. B. die obligatorische Haftpflichtversicherung funktioniert in Ungarn nicht auf Systemebene. Dazu gehört aber auch die Errichtung verschiedener Umweltfonds. Auf Unionsebene gibt es verschiedene Solidaritätsfonds im Falle von Umweltkatastrophen. Wir können zwischen zwei Arten von Umweltkatastrophen unterscheiden. Es gibt einen Ausgleichsfonds für Naturkatastrophen, aber keinen für Industriekatastrophen. Die Katastrophen beschleunigen im Bereich des Umweltschutzes erheblich die Ge-

setzung auf EU-Ebene. Die Rotschlammkatastrophe, die auf die Mängel der Regulierung von Finanzsicherheiten nicht nur in Ungarn, aber auch auf EU-Ebene hinwies, veranlasste die Europäische Kommission, im Falle von Industriekatastrophen mit der Einrichtung des Finanzfonds zu beginnen.

In Bezug auf das Sicherungssystem besteht die Grundvoraussetzung darin, dass einerseits den Wirtschaftsteilnehmern Finanzdienstleistungen zur Verfügung stehen und zu vertretbaren Kosten gehalten werden können, und andererseits, dass sie die finanzielle Belastung durch die Sanierung effektiv abdecken. Leider kann nach derzeitiger Erfahrung kein finanzielles Sicherungsinstrument für die Umsetzung eines komplexen Zielsystems geeignet sein. Die Art und Weise, wie die Werkzeuge verwendet werden, hängt auch von den Parametern der jeweiligen Wirtschaftsorganisation und der von ihr durchgeführten Umweltnutzungsaktivität ab.<sup>1</sup>

Das System, Gewicht und die Art der Sanktionen sollten also nicht nur bei der Wiedergutmachung, sondern auch bei der Prävention eine wirksame Rolle spielen sollen und können. Die bei der Feststellung der Haftung anzuwendenden Sanktionen (typischerweise Schadensersatz) dienen nicht primär der Schadensabwehr und der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands. Es muss ein komplexes System von Entschädigungsmodellen implementiert werden, das eine Lösung sucht, bei der sowohl die geschädigte Umwelt als auch die durch die illegalen Umweltschäden Geschädigten entschädigt werden. Sie sucht auch nach einer Lösung, bei der der Schädiger über angemessene Garantien verfügt, um die nachteiligen Folgen des rechtswidrigen Verhaltens zu beseitigen. Im Bereich der gesetzlichen Regulierung ist das Sicherheitensystem das schwächste Kettenglied des komplexen Modells. Die Regulierung des Sicherheitensystems und die Einrichtung eines einheitlichen Systems sind sowohl auf EU- als auch auf nationaler Ebene von wesentlicher Bedeutung. Die konzeptionelle Möglichkeit der Einrichtung eines verpflichtenden Sicherungssystems in der EU wird sich abzeichnen. Es ist eine bedauerliche Tatsache, dass die effektive Entwicklung einiger Elemente des Systems im Allgemeinen nach einer schweren Umwelttragödie stattgefunden hat. Zu den Zielen der Haftung gehört es, eine finanzielle Grundlage für die Sanierung der Umwelt zu schaffen. Die Rehabilitation selbst erfolgt aus einer Reihe von Zwecken (sozial, ökologisch, wirtschaftlich), aber die Haftung setzt auch voraus, dass sie nicht unbedingt kollektiv abgedeckt werden muss.

Das ungarische Grundgesetz enthält sehr eindringlich den Schutz von Umweltwerten und Interessen, der an mehreren Orten im Gesetz durch detaillierte Regulierungselemente dargestellt wird; beispielsweise das Recht auf eine gesunde Umwelt, der Schutz der natürlichen Ressourcen, der Schutz der Rechte künftiger Generatio-

---

<sup>1</sup> Im Kontext anderer Umweltgesetzgebungen, wie der Abfallwirtschaft, wurden viele Erfahrungen mit Produkten außerhalb des Versicherungsmarktes (Bürgschaft, Bankgarantie, Fonds, Einsatz eines „eigenen“ Versicherers usw.) gesammelt. Diese Instrumente können in der Regel mit geringen Änderungen an die Haftung im Geltungsbereich der Richtlinie angepasst werden.

nen, der gentechnikfreien Landwirtschaft, die Regulierung der Abfallbewirtschaftung und die Anhebung des Verursacherprinzips auf das verfassungsrechtliche Niveau. Generell kann festgestellt werden, dass das ungarische Grundgesetz auch auf Ebene der Mitgliedstaaten eine starke Umweltorientierung aufweist.

Das wirtschaftliche Interesse zeigt sich auch auf der Seite der Umweltnutzer. Aufgrund mangelnden Umweltbewusstseins kann ein klima- und umweltfreundliches Verhalten effektiv mit wirtschaftlichen Mitteln erreicht werden. Solche wirtschaftlichen Instrumente sind, z. B. Steuern, Nutzungsgebühren oder Subventionen. Gleichzeitig existieren die freiwilligen Umweltinstrumente, die sich für das Umweltbewusstsein von Unternehmen einsetzen, z. B. Prüfungssysteme (ISO, EMAS) oder das Umweltabzeichen.

Die Unternehmensleiter haben auch eine Verantwortung gegenüber Eigentümern, Mitarbeitern und der Gesellschaft. Natürlich erscheinen die Art und der Umfang der Verantwortung in verschiedenen Branchen völlig unterschiedlich und implizieren moralische und rechtliche Verantwortung für finanzielle Stabilität, existenzielle Sicherheit, Beschäftigung und die Beseitigung nachteiliger sozialer Auswirkungen. Dies schließt die soziale Reaktion auf Umweltkatastrophen ein, die ein intensiveres Zur-Verantwortung-Ziehen erfordert. Dieser Prozess hat die Anwendung einer zunehmenden zivil- und strafrechtlichen Haftung in Westeuropa erzwungen. Infolge des angewandten Sanktionssystems kann ein Unternehmen nicht nur durch eine schlechte finanzielle Entscheidung, sondern auch durch ein Umweltmanagement auf der Grundlage falscher Mechanismen zerstört werden, was negative Auswirkungen auf sozialer Ebene mitsichführt.

Die Auswirkungen von Umweltherausforderungen auf wirtschaftliche Prozesse sind zweifellos nicht unerheblich. Die Folgen der steigenden Kosten werden auch von Wissenschaftlern erkannt und unterstützt. In Kanada und den USA gibt es eine zunehmende Anzahl von Fällen, in denen die Manager auch für die umweltschädlichen Aktivitäten eines Unternehmens strafrechtlich haften können. In der Gesellschaft wächst die Forderung, diejenigen zu bestrafen, die umweltschädliche Tätigkeiten ausüben. Die Behörden reagieren auf diese soziale Forderung, wodurch in vielen Fällen sehr harte Strafen verhängt wurden.

Die Unternehmensleiter müssen vor allem die gebotene Sorgfalt walten lassen und müssen Umweltprüfungssysteme auf Ebene des Umweltmanagements und Audit entwickeln und betreiben, die das Ausmaß der Umweltrisiken minimieren und somit die Einhaltung der Umweltvorschriften sicherstellen. In Ungarn ermöglichen spezielle gesamtschuldnerische Haftungsregeln eine Erweiterung des Kreises der Verpflichteten.

Eine Schadensersatzpflicht als Lösung, auch wenn sie in einem langwierigen und vor allem kostspieligen Rechtsstreit entsteht, ist nur bedingt befriedigend. Das verschmutzende Verhalten dauert in der Regel länger an, der Täter fühlt sich oft zu Unrecht bestraft (Umkehr der Verantwortung), das Opfer wird durch das Geld getröstet, aber nicht beruhigt, weil der Schaden länger anhält oder weil eine Sanierung der belasteten Umwelt nicht möglich ist. Eine Haftpflicht, also die nachträgliche Be-

seitigung von Umweltschäden, eine durch bilateral erzwungene Kompromisse belastete Lösung, ist nicht die beste Lösung, da sie zwar eine subjektive Sanktion ist, aber der Funktion der Prävention und Bildung für die Zukunft kaum gerecht wird. Sie ist zudem „unsicher“ für die Schädigerseite und deckt den Reparaturbedarf nur bedingt oder ist dazu gar nicht in der Lage.<sup>2</sup>

Die einschlägige Rechtsprechung umfasst jedoch fast ausschließlich Schadenersatzfälle, eine Haftung ist auch dann begründet, wenn die Klage unter einem anderen Titel eingereicht wurde (Hausfriedensbruch, Nachbarschaftsanspruch). Es scheint, als sei dies aus mehreren Gründen die „billigste“ Lösung, weil die Entschädigungshöhe immer geringer ist als der Preis der Kläranlage oder gar der Verlust durch die Stilllegung der Anlage. Dies gilt auch im übertragenen Sinne, denn es besteht keine Notwendigkeit, das Zivilrecht mit seinen spezifischen Anpassungsprobleme an die immer komplexeren gesellschaftlichen Verhältnisse zu verschärfen oder weitergehende Zusammenhänge einzubeziehen, die zu weit in die Sphären der Wirtschaftspolitik, der wirtschaftlichen Ebene oder der administrativ-organisatorischen Sphären reichen. Zugleich ist diese Bipolarität des Rechtsverhältnisses fragwürdig, da die neue Dimension des Umweltrechts die Berücksichtigung gesellschaftlicher Interessen erfordert.

Auch aus wirtschaftlicher Hinsicht lässt sich die Frage eindeutig beantworten und wir können zu einem ähnlichen Ergebnis kommen wie bei der gesetzlichen Regelung, nach dem juristischen Ansatz, aber auch auf der Grundlage des gesunden Menschenverstandes. Bei diffusen Externalitäten bestimmter negativer Natur ist die zentrale Frage, ob die externen Auswirkungen (Schäden) auf eine Produkteinheit (Dienstleistung) die positiven Auswirkungen<sup>3</sup> der beabsichtigten Tätigkeit übersteigen. In diesem Fall muss die Gemeinde (der Staat) das betreffende Unternehmen oder die betreffende Tätigkeit liquidieren, auch wenn es ansonsten rein marktorientiert profitabel ist. Wenn der Nutzen des Kerngeschäfts die negativen externen Effekte überwiegt, sollte das Unternehmen dann die Opfer oder die Gesellschaft im Verhältnis zum verursachten Schaden entschädigen?<sup>4</sup> Hinsichtlich des Zeithorizonts der Haftung sollte die Vorbeugung und Beseitigung schädlicher Auswirkungen als vorrangiges Ziel und Verpflichtung betrachtet werden. Die Beseitigung der Benachteiligungsfolgen, die Feststellung der Haftung des Betroffenen, die Durchsetzung der

---

<sup>2</sup> LENKOVICS Barnabás: *A polgári jog lehetőségéi a környezetvédelemben*. <http://www.kvvm.hu/szakmai/karmentes/egyeb/kjogalk/02.htm> (25. Januar 2012).

<sup>3</sup> Grundsätzlich kann es natürlich auch sein, dass die positive Außenwirkung eines Unternehmens oder einer Tätigkeit auf eine Produkteinheit (Dienstleistung) den Nutzen aus dem Kerngeschäft übersteigt. Mag es sogar sein, dass das Kerngeschäft des Unternehmens unrentabel ist, seine positive Außenwirkung aber im Allgemeinen günstig ist. In diesem Fall muss die Gemeinschaft (der Staat) die Tätigkeit unterstützen, auch wenn sie ansonsten rein marktverlustig ist – triviale Beispiele hierfür sind Landesverteidigung, Strafverfolgung, Bildung, Heilung usw. TÓTH I. János: *Az externália új dimenziói. Magyar Tudomány*, 2008/05, 593.

<sup>4</sup> TÓTH: a.a.O. 593.

Haftung und die wirksame Durchsetzung der Rechtsfolgen sind ebenfalls ernstzunehmende Herausforderungen und wesentliche Aufgaben für die öffentliche und private Strafverfolgung und die Gesellschaft. Ein wirksames Instrument hierfür ist die Frage der konsequenten Durchsetzung der Privathaftung. Alle Elemente der Haftung müssen jedoch geregelt, anwendbar und durchsetzbar sein. Leider weisen Umweltkatastrophen in vielen Fällen auf Mängel bei der Strafverfolgung hin, wie beispielsweise die Rotschlamm-Katastrophe auf das unzureichende Funktionieren des Finanzsicherheitssystems. Die finanziellen Auswirkungen bestimmter Umweltkatastrophen können die finanzielle Tragfähigkeit des Umweltnutzers, gegebenenfalls aber auch des betreffenden Staates, überwiegen.

Mit den Worten von *Gyula Eörsi* wird „die Verantwortung im sozialen Sinne durch ein für eine beschuldigte Gesellschaft gefährliches Verhalten ausgelöst. Verantwortung ist der Teil der gesellschaftlichen Bildungsfunktion, der auf gesellschaftlich gefährliches Verhalten mit Repression reagiert.“<sup>5</sup> Umweltverantwortung im weiteren und engeren Sinne, nach dem Verursacherprinzip und in seiner Verfassungserklärung, ist ein Instrument für eine nachhaltige Entwicklung, zum Schutz der Interessen künftiger Generationen.

Jedes Unternehmen reagiert unterschiedlich auf Umweltverantwortung, sodass wir die Frage stellen können: Können wir über die Verantwortung oder die Unverantwortlichkeit der Unternehmen sprechen?

#### LITERATURVERZEICHNIS

- [1] LENKOVICS Barnabás: *A polgári jog lehetőségei a környezetvédelemben*. <http://www.kvvm.hu/szakmai/karmentes/egyeb/kjogalk/02.htm> (25. Januar 2012).
- [2] TÓTH I. János: Az externália új dimenziói. *Magyar Tudomány*, 2008/05.
- [3] EÖRSI, Gyula: *Kötelmi jog. Általános rész*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2003.

---

<sup>5</sup> EÖRSI Gyula: *Kötelmi jog. Általános rész*. Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 2003, 239.

## THE SIGNIFICANCE OF EXECUTIVES IN CONNECTION WITH THE AGREEMENTS RESTRICTING ECONOMIC COMPETITION

JUDIT BARTA\*

**Abstract:** The essay analyzes the agreements restricting economic competition focusing on leaders (executive officers and senior management employees). What are the roles of leaders in the infringements committed by the companies, is their behaviour directly evaluated by the laws and legal practice and how will their personal responsibility develop? The research concentrates on the Hungarian case law, only looking at cases in the European Union law where there are no Hungarian results.

**Keywords:** *competition control proceedings, impose, executive officers, senior management employees, sanction, impeachment, notice of fines, cartel meetings, administrative penalty*

### 1. THE “CARTEL MEETINGS” AND THE MANAGEMENT

The Chapter IV of the Act LVII of 1996 on the Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices (hereinafter Tpv.) is about the prohibition of agreements restricting economic competition of which the definition is stated in the Section 11(1) article (hereinafter: cartel):

Agreements and concerted practices between companies, as well as the decisions of the organizations of companies established based on the right of association, their public bodies, associations and other similar (hereinafter referred to collectively as “association of companies”) (hereinafter referred to collectively as “agreements”), which are aimed at the prevention, restriction or distortion of economic competition, or which may display or in fact displays such an effect, are prohibited.

The take-off of the fair and the lawful competition between companies is that their decisions should be made individually. The condition excludes any direct or indirect connection between competitors, regarding their market behaviour.<sup>1</sup> It should be noted that not every connection is prohibited only those with a negative impact on the economic competition. Cartels are materialized in the forms of agreements and co-acting between companies, therefore the role of the management rather comes to the front.

---

\* PhD senior lecturer, associate professor University of Miskolc, Faculty of Law, Institute of Civil Law Studies, Department of Commercial Law, associate professor University of National Public Services, Faculty of Public Governance and International Studies, Department of Civilistics.

Translator: Dr. Zita Nyikes PhD student, University of Miskolc, Ferenc Deák Doctoral School of Law.

<sup>1</sup> Metropolitan Regional Court, case number 2.Kf. 27.052/2007/22.; 138/2002. VJ.

According to experience, most agreements and co-acting restricting economic competition are made at different meetings. In case of smaller businesses executive officers, in case of bigger more structured enterprises senior management employees, rarely executive officers, take part in the meetings. Hungarian cartels are characteristically organised by the presence of the executive officers. Therefore, it is worth having a look at the forming practice of the law, regarding the role of the executive officers in the cases of infringements as well as their presence at the meetings.

Based on the coherent competition practice of the law, the enterprise taking part in the meeting should prove that its presence in the meeting later considered unlawful was not against the competition. What is more, the enterprise clearly has to distance itself from it, expressing its intention to the other distinctly. Excuses made by the company cannot be taken as acquittance such as:

- the executive officer was passive during the meeting<sup>2</sup>,
- the executive officer attended the meeting but left it, especially if there is an evidence that the person left the meeting not because of objecting but to avoid an inconvenient turn of the meeting,
- the senior management employee did not attend the meeting, but there is an evidence that another employee was present,
- the executive officer arrived at the end of the meeting only, not participating in the part where the company did not clearly distance itself from the unlawful action,<sup>3</sup>
- the enterprise stayed away from the meeting, but there is an evidence that it was informed about the meeting and it did not clearly distance itself from it expressing his intention to the other distinctly.<sup>4</sup>

Exceptional cases are when the executive officer does not take part in the cartel. In these cases the excuse for acquittance can be that the enterprise, its legal representative executive, its legal representative member did not know about the unlawful action. We can refer to the European Union court cases. The question is whether the company can be impeached if the executives were not aware of the violation of law.

The first court case relevant to the question above was the 7th June 1983 in *Musique Diffusion française and Others v Commission* (100/80–103/80, EU:C:1983:158). According to point 97, the enterprise can be found “*guilty of infringement. For that the provision applies it is not necessary for there have been action by, or even knowledge on the part of, the partners or principal managers of the undertaking concerned; action by a person who is authorized to act on behalf of the undertaking suffices.*”

Furthermore, the points 25–28 of the judgement of the case 7th February 2013 (request for a preliminary ruling from the Najvyšší súd Slovenskej republiky [Slovakia]) — *v Protimonopolný úrad Slovenskej republiky v Slovenská sporiteľňa* (C-68/12, EU:C:2013:71) can provide further information. In the case, the Slovenská sporiteľňa said that its employee who took part in the meeting of the representatives

---

<sup>2</sup> Case number 74/2003 VJ.

<sup>3</sup> Case number 69/2008 VJ.

<sup>4</sup> Case number 162/2004 VJ.

of the banks had not been authorized to that effect. And it is not proved that the employee declared his consent to the conclusion of the meeting.<sup>5</sup> The question was whether the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union Article 101 Section 1 should be interpreted as meaning that, it is enough to declare unlawful action if the legal representative of the company or other representative personally agreed and there is evidence for the consent to the behaviour of the employee with no intention of clearly distancing from the unlawful behaviour.

According to the view of the Commission, the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union Article 101 does not suggest neither the participation of the owner or the legal representative of the enterprise nor the awareness of it, but the participation of the person who is entitled to take action on behalf of the enterprise.

On the other hand, as it is emphasized by the Commission, the participation in prohibited cartel in terms of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union most of the time is a secret action which is not in accordance with formal requirements. It can rarely happen, that the representative of the company attends a meeting with the authorization to unlawful action.

The Treaty on the Functioning of the European Union Article 101 Section 1 should be understood that no prove of the consent and an authorization is needed from the executive officer for the existence of the agreements restricting economic competition.

In addition to the facts above, based on the court judgement the employee is delivering his duties under the authority and the interests of his employer. Therefore, the employee is considered as someone who is part of the unity of the economic entity (for further information: judgement in *Becu and Others* on 16 September 1999, C-22/98, EU:C:1999:419, point 26).

Consequently, due to the unified European Union case-law, an unlawful action against competition delivered by the employee is attributable to the economic entity which he belongs to. The company is responsible for its employee irrespective of whether the executive officers were aware of the infringement or were consent about it.

## **2. LEGAL CONSEQUENCES OF THE AGREEMENTS RESTRICTING ECONOMIC COMPETITION**

There are several legal consequences of cartels: if it is formulated in a contract it should be considered against the law, and it is void and null. Compensation can be

---

<sup>5</sup> Based on the permanent court judgements, if it is proven that an enterprise attended a cartel meeting, the duty to provide evidence of not performing unlawful action, not being aware of anything like that, having no intention of breaking the law, expressing clearly that it is not intended to take part in it is heavily weighed on the enterprise. It is a must that the enterprise must distance clearly from the unlawful action which can be seen explicitly for the other companies, or it has to report the unlawful initiative to the authorities.



asked for the damage caused by the cartel against the company which is imposed by the authority. For cartels in public procurement criminal law sanctions and i.e. exclusions from further public procurement procedures must be taken into account.

The Hungarian competition law<sup>6</sup> deals with the pursuits and functions of the enterprises, thus the behaviour and actions of the management and the employees are part of the economic entity. Most of the consequences are weighed on the enterprise, exceptionally executive officers have criminal law responsibility in cases of cartels in public procurement.

Naturally, the enterprise has the opportunity to shift off the penalty and the fines towards those who are responsible for the action personally. For the damage caused by the executive officer i.e. administrative penalty the legal entity enterprise can assert a claim against the executive officer. In cases of executive officers Act V of 2013 on the Civil Code (hereinafter: Civil Code) must be applied<sup>7</sup>, in cases of executive employees Act I of 2012 on the Labor Code (hereinafter: Labor Code) must be applied.

Regarding experiences, it rarely occurs that executives are sanctioned by the Civil Law, enterprises do not assert a claim against their management members but most of the contract is terminated.

Among the sanctions that can be imposed on the enterprise there is one, the fine, the measure of which takes into account the behaviours and the roles of the executive officers and executive managers. The fine will be explained in more detail below.

According to the Tpv., the Competent Competition Council may impose fines. The fine shall be a maximum of ten percent of the company's net turnover, or the net turnover of the group – of which the company penalized is identified in the decision as a member – for the financial year preceding the year when the decision was adopted. The fine imposed upon associations of companies shall be a maximum of ten percent of the previous financial year's net turnover of the member companies. As regards the association of companies, the financial liability of each company in respect of the payment of the fine shall not exceed ten percent of the net turnover for the financial year preceding the date of the decision.<sup>8</sup> The Section in 78 (3) in the

---

<sup>6</sup> Tpv. 1 Section 1 (1) This Act shall apply to the conduct of natural and legal persons on the market, and – with the exception of the forms of conduct described in Chapter VI – including the Hungarian branches of foreign-registered companies (hereinafter referred to collectively as “companies”) displayed in the territory of Hungary, unless otherwise provided for by law. The market conduct displayed by companies abroad, other than the forms of conduct regulated in Chapters II and III if performed outside the European Economic Area, shall also fall under the scope of this Act, if the effect of such conduct may manifest itself within the territory of Hungary.

<sup>7</sup> Civil Code. Section 3:24 [Liability of executive officers] (1) The executive officer shall be held liable for damages caused to the legal person resulting from his management activities in accordance with the provisions on liability for damages for loss caused by non-performance of an obligation.

<sup>8</sup> Tpv. Section 78 (1b).

Tpvt. gives a list of examples related to the circumstances kept count of imposing the fine.<sup>9</sup> However, other view-points are not excluded. Other aspects and further circumstances that can be taken into account are detailed in the 1/2020 communication statement (hereinafter: Fine statement) of the Hungarian Competition Authority (hereinafter: GVH) by the chairman of the GVH Competent Competition Council employed since 1st January 2021.

### ***Behaviours of the executives, regarding the measure of the fine***

There may be several *aggravating aspects* during the imposition of the fine, of which one is the liability. Based on the Fine statement Point 13, deliberate unlawful action is considered the high level of liability, which can appear from the side of the executives.<sup>10</sup> Liability is presumptive if it occurs during the public procurement. Sensible and transparent utilization of public money is well-known of which the executive must be aware of.<sup>11</sup> Deliberateness is suggested if the unlawful action occurs either during the procurement tender financed from public money<sup>12</sup> or during the collusion of the tender co-financed by the European Union, what is more, if the enterprise takes measures to keep the unlawful action as a secret.

*Higher level of liability* is based on the participation of the *executive officers* because they are expected to be more aware of any infringement.<sup>13</sup>

The Fine statement suggests *fine reducing aspects* such as different forms of cooperation from the enterprise i.e. participation in compliance policy, settlement procedures and other forms of cooperation.

The measure of the fine can be reduced by the settlement procedure during that the Competent Competition Council delivers the reduction of 10 to 30 percent of the fine. The compliance policy can result the reduction or the annulment of the fine.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Tpv. Section 78 (3) The fine shall be determined with regard to all applicable circumstances, in particular, to the gravity and duration of the infringement, the advantage gained by such conduct, the market position of the offenders, the degree of responsibility and any cooperation in the investigation, and repeated occurrence and frequency of the infringement. The gravity of the violation shall be determined, in particular, on the basis of the degree of obstructing competition and the scope and extent of the violation of the interests of final trading parties.

<sup>10</sup> Case number 43/2015 VJ.

<sup>11</sup> For example case number 28/2003 VJ and case number 77/2016 VJ.

<sup>12</sup> During a tender which does not reach the evaluation level of the procurement procedure, two contracting entities coordinate their offers. In the competition control procedure the executive of the business claimed that he was not aware of the infringement of the Tpv. Section 11. The Competent Competition Council stated that the deliberateness is solid if the infringement is in context with tenders delaing with public money.(case number 19/2017. VJ).

<sup>13</sup> There are several cases in which executives had direct participation in the infringement. The Competent Competition Council regarded these are aggravated aspects i.e. Case 6/2008 VJ; Case 43/2015 VJ; Case 19/2016 VJ; 19/2017 VJ.

<sup>14</sup> Tptv. Section 78/A.

According to Section 78/A the Competent Competition Council shall not impose, or shall reduce the fine in respect of a company that notifies the *Gazdasági Versenyhivatal* (Hungarian Competition Authority – GVH) – in accordance with this Act – of any cartel constituting an infringement of Section 11 of this Act or Article 101 of TFEU or any agreement aiming, directly or indirectly, for fixing purchase or sale prices, or concerted practices (for the purposes of Sections 78/A–78/C hereinafter referred to as “infringement”) and their participation therein.

The Competent Competition Council puts aside the fine only for that enterprise which is the first to apply and to provide evidence of the infringement giving base to execute an field investigation about the unlawful action, or the infringement can be proved unless the GVH has got sufficient amount of evidence backing the injuria.

In case the fine can not be annulled, the Competent Competition Council reduces the fine only if the enterprise provides such evidence to the GVH that has got extra value to the one that the GVH already has. The fine can be reduced to 50 percent based on the application aiming the reduced fine.

Whether the enterprise is taking part in settlement or compliance programme is mostly decided by the executives and depends on many factors. In Hungary, there are just a few applications for compliance programmes, and even fewer are those cases when the competition control procedure based on the applications for compliance i.e. one of the members of the cartel leaves the cartel<sup>15</sup>, or the enterprise is afraid of the public procurement contracting authority and the other independent contracting entity tends to report<sup>16</sup>. Most of the time enterprises tend to apply for compliance during the ongoing procedure.

There are other listed conditions of reducing or avoiding the fine based on the regulation of the Tpv.<sup>17</sup> Many of the conditions are related directly to the executive officers, and it also matters what management decisions are made:

- the enterprise shall terminate any involvement it may have in the infringement immediately upon submission of the application, except where ordered by the GVH – by means of a ruling – to maintain such involvement to the extent and in the manner deemed essential to ensure the success of the competition control proceedings or the site search;
- the enterprise shall deliver a bona fide, permanent and covering all aspects cooperation until the completed competition control proceedings along with

---

<sup>15</sup> In case of the so-called railways building cartel, there was a disagreement cumulated. The winning enterprise was not the one it planned to be during the public procurement procedure because another company enrolled for the project against the previous cartel agreement (Case number 174/2007 VJ).

<sup>16</sup> In the case number 19/2017 VJ the proceeding started on the basis of the compliance application of the enterprise. The bidders had a cartel agreement. However, one of the cartel partners decided to step out of the cartel, therefore it applied for the compliance procedure.

<sup>17</sup> Tpv. Section 78/A (7).

the GVH, which includes presence on hearing from the executive officers, employees, trustees or any kind member of effective management;

- the enterprise shall make executive officers, employees, delegates and other persons who effectively exercise control over the company available for interviews with the GVH and make reasonable efforts to make former executive officers, employees, delegates and other persons who effectively exercise control over the company available for interviews with the GVH;
- the enterprise shall avoid destroying, falsifying or concealing relevant information or evidence;
- the enterprise shall not disclose in any way or form without the express consent of the GVH that it has submitted an application for non-imposition of a fine and/or an application for reduction of a fine;
- the enterprise shall avoid destroying, falsifying or concealing relevant information or evidence even before it has submitted an application or revealing the application (before the GVH) publicly.

The strict regulation came into effect on the 1st January 2021. It is based on the Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11th December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market (hereinafter: Directive 2019/1 EU).<sup>18</sup> Thus, the enterprise has to avoid destroying, falsifying or concealing relevant information or evidence even before it has submitted an application not just after the submission of the application in terms of the obligation of cooperation.

Inasmuch as the cooperation offered is suitable for both proceedings, the fine can be reduced contracted on both grounds. The maximum of 50 percent of reduction during the compliance proceeding and the reduction of 10 to 30 percent during the settlement proceeding can be summed up. Those enterprises which take part in the compliance proceedings can avoid the joint and several restitution liability, also the executive officers are not facing the criminal consequences.

In 2019 there were four cases which ended up with compliance proceedings. The Competent Competition Council reduced the fines for those enterprises involved by approximately 900 million HUF.<sup>19</sup>

In 2019 there were six cases of settlement proceedings during which the GVH reduced the fine imposed by approximately 850 million HUF.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HU/TXT/?qid=1601319436795&uri=CELEX:32019L0001>.

<sup>19</sup> In case number 10/2015 VJ about the check of the cash-register cartel, in case number 19/2016 VJ about the medical supplies, in case number 43/2015 VJ about the battery cartel, and the case number 103/2014 VJ. [https://www.gvh.hu/pfile/file?path=/gvh/orszaggulesi\\_beszamolok/gvh\\_ogy\\_pb\\_2019&inline=true](https://www.gvh.hu/pfile/file?path=/gvh/orszaggulesi_beszamolok/gvh_ogy_pb_2019&inline=true).

<sup>20</sup> For example case number 97/2016 VJ, case number 41/2016 VJ, case number 77/2016 VJ. [https://www.gvh.hu/pfile/file?path=/gvh/orszaggulesi\\_beszamolok/gvh\\_ogy\\_pb\\_2019&inline=true](https://www.gvh.hu/pfile/file?path=/gvh/orszaggulesi_beszamolok/gvh_ogy_pb_2019&inline=true).

The executive officers can introduce compliance programmes in their companies that can help to avoid unlawful competitive actions, also they can encourage any action to be disclosed on time. The GVH takes the previous and the follow-up compliance efforts and programmes into account during the imposition of the fine. Extenuating circumstances are if *high executive officers are not involved in the unlawful action*.

Previous compliance programme can be taken into account by 7 percent when reducing of the fine. Inasmuch as the enterprise can provide evidence with further value, regarding the compliance programme, the allowance can go up to maximum 10 percent (Fine statement Point 30).

Undertaking of setting out and implementing the follow-up compliance programme, the GVH can offer the maximum of 5 percent, if the undertaking by the enterprise goes along with the participation in the compliance politics and settlement proceedings, etc.<sup>21</sup>

Beyond the evaluation of the compliance programme, the GVH takes it into account whether the executive officers are *clearly, fully, publicly and definitely aware of the correspondance of the competition law* (Fine statement Point 32 a).

The *cooperation* is an extenuating circumstance only if it serves the efficiency of the disclosure of the unlawful action e.g. willing to provide evidence about the violation of the law, clearing up the circumstances of the infringement, or not debating the facts (Fine statement Point 35).<sup>22</sup> According to the Fine statement Point 34, it can result reducing the fine by 5 percent. A reduction can not be taken into account based on the declaration of the executive officer stating that further infringement in similar situation will be avoided (Fine statement Point 36).<sup>23</sup>

The compliance can not be called on if the executive officers delivered high level of infringement during the process of establishing the facts being disturbed.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> For example case number 77/2016 VJ.

<sup>22</sup> In case number 74/2003 VJ the Competent Competitive Council declared that taking part in the compliance proceeding does not provide the basis of the reduction of fine unless the party provides further help and assistance of disclosure of the infringement.

<sup>23</sup> Fine statement Points 76–77.

<sup>24</sup> See case number 111/2015 VJ. During the on-site inspection the manager-director of the company said that his laptop was not on him. However, he was carrying it in his backpack. During the inspection the backpack was checked. Another manager-director of another company was offering false cash registers to the inspectors. See further information in Point 5. <http://nol.hu/gazdasag/eldugtak-laptopjaikat-a-rajta-kapott-vallalkozok-1612335>. Both manager-directors were purposeful to mislead the GVH inspectors and they wanted to hide evidence from the GVH. The GVH stated that destroying, falsifying or concealing relevant information or evidence is one of the most severe crimes to be committed. [https://www.gvh.hu/sajtoszoba/sajtokozlomenyek/archiv/2016\\_os\\_sajtokozlomenyek/maximalis\\_eljarasi\\_birsagokat\\_szabott\\_ki\\_a\\_gvh\\_a\\_h](https://www.gvh.hu/sajtoszoba/sajtokozlomenyek/archiv/2016_os_sajtokozlomenyek/maximalis_eljarasi_birsagokat_szabott_ki_a_gvh_a_h).

### 3. DIRECT CRIMINAL SANCTION OF THE EXECUTIVE OFFICER

One of the most severe cartel infringement occurs if the tenderers form a cartel during the public procurement procedure, divide the market shares or establish the prices.<sup>25</sup>

In 2019, 60 to 65 percent of the cartel notices to the GVH were related to public procurement. The 70 percent of the notices arrived to the GVH were contracting notice based on the Act CXLIII of 2015 on public procurement.<sup>26</sup> In these cases the contracting party indicated the infringement of the possibility of the cartelling of the tenders during the public procurement proceeding.<sup>27</sup>

Establishing a criminal sanction is a way of restraining cartelization during the public procurement proceeding. The valid Act C of 2012 on the Criminal Code also sanctions this kind of unlawful actions through the offense of “An agreement restricting competition in a public procurement and concession procedure”.<sup>28</sup> The perpetrator of this crime is not an enterprise but the natural person within the company such as a member or the executive officer, etc., therefore the punishment is imposed directly on the unlawful actors. This research does not go into deeper analysis of the offense because there are several academic researches already dealing with this topic.

Based on Act C of 2012 on the Criminal Code Section 420 (5) the perpetrator of a criminal offence shall not be liable to punishment, based on (6) punishment may be reduced without limitation or, in cases deserving special consideration, dispensed with regarding a person who at the time of commission was an executive officer, member, supervisory board member or employee of an undertaking, or an agent of any such person, who filed an application serving as ground for the non-application of a fine under the Act on the prohibition of restrictive market practices concerning the act, and revealed the circumstances of commission. Not only the successful compliance application is needed for the punishment to be avoided or specially considered but the perpetrator has to reveal the circumstances of the action committed.

---

<sup>25</sup> For example cases number VJ-56/2004; VJ-48/2013; Vj-74/2004; Vj-27/2003; Vj-97/2006; 134/2008 VJ; 111/2015 VJ; 77/2016 VJ; 19/2016 VJ.

<sup>26</sup> Based on Act CXLIII of 2015 on public procurement Section 36 (2) if the contracting authority detects or has reason to suspect that the provisions of section 11 of Act LVII of 1996 on the prohibition of unfair and restrictive market practices (hereinafter “the TpvT.”) or the provisions of Article 11 TFEU have clearly been violated during the public procurement procedure, it shall notify the Hungarian Competition Authority (GVH) in line with the provisions laid down in the TpvT. concerning notifications and complaints.

<sup>27</sup> [https://gvh.hu/pfile/file?path=/gvh/orszagyulesi\\_beszamolok/gvh\\_ogy\\_pb\\_2019&inline=true](https://gvh.hu/pfile/file?path=/gvh/orszagyulesi_beszamolok/gvh_ogy_pb_2019&inline=true).

<sup>28</sup> Based on Act C of 2012 on the Criminal Code Section 420 (1) a person who restricts competition by entering into an agreement on fixing prices, fees or other contract terms, or dividing the market or engaging in any other concerted practice to influence the result of a public procurement procedure or an open or restricted tender published concerning an activity subject to a concession is guilty of a felony and shall be punished by imprisonment for one to five years.

Paragraph (4) provides that the perpetrator of a criminal offence shall not be punished if he notifies the authorities proceeding in criminal matters of the act and reveals the circumstances of its commission before the authorities become aware of them.

It is very difficult to unreveal the crime. Mostly, the offended competitors litigate but there are cases where the contracting entities took the cases to the court. It should be noted that there are no public court judgements on such cases, nor academic researches approaching this matter from the theoretical side, therefore there is no practical experience for the time being. There are a few newspaper articles that mention that there have been prosecution cases based on this criminal offence.<sup>29</sup> The cases could not lead to charges in criminal proceedings due to compliance policy, the difficulty of providing evidence, the lack of the knowledge of competition law and the economic expertise of the investigating authorities.

#### **4. SANCTION OF THE BEHAVIOUR DURING THE COMPETITION CONTROL PROCEEDING**

The responsibility of executives during the competition control proceeding can be established and directly sanctioned by the mean of the administrative penalty. The penalty can only be imposed upon the executives if they engage in such an act or behaviour during the competition control proceeding which is either aimed at delaying, falsifying or concealing relevant information or evidence, or the result of which can breach the commitment through their own faults.<sup>30</sup>

A few of the instructive cases among the ones available for the public are listed below.

---

<sup>29</sup> For further information, see case number 28/2013 VJ: competition control proceeding reveals the fact that prosecution was on-going. The salt dispersal cartel case: an under-secretary from an related Hungarian ministry reported the case. In 2013 a secret investigation started. Based on the bill, the perpetrators divided the market between them, and agreed on who is going to go for the call of the project and who is going to be the winner on which public procurement proceeding. The court found the perpetrators guilty of the crime in its judgement on 22nd September 2020. The punishment was almost 25 millions HUF for 11 representatives of 7 enterprises.

[https://hvg.hu/gazdasag/20201002\\_kartell](https://hvg.hu/gazdasag/20201002_kartell).

<https://infostart.hu/bunugyek/2020/09/22/kemenyen-buntette-a-irosag-a-soszoro-kartell-ugy-vadlottjait>.

[https://fovarositorvenyszek.birosag.hu/sites/default/files/field\\_attachment/200922\\_e1-sofoku\\_itelet\\_koncesszios\\_eljaras\\_buntette\\_miatt.pdf](https://fovarositorvenyszek.birosag.hu/sites/default/files/field_attachment/200922_e1-sofoku_itelet_koncesszios_eljaras_buntette_miatt.pdf).

Investigation started in the so-called medical cartel, case number 19/2016 VJ. In this competition control proceeding many applied with compliance proceeding to the GVH. Three of the four applications were approved by the GVH. There is no further information about the criminal aspect of the case.

[https://hvg.hu/kkv/20200116\\_Megerositette\\_az\\_ugyeszseg\\_nyomoznak\\_a\\_magyarorszagi\\_egeszsegugyi\\_kartell\\_ugyeben](https://hvg.hu/kkv/20200116_Megerositette_az_ugyeszseg_nyomoznak_a_magyarorszagi_egeszsegugyi_kartell_ugyeben).

<sup>30</sup> Tpv. Section 61 (1).

The GVH called the executives from each enterprise to testimony, declaration of evidence and client hearing in the case number 28/2013 VJ. Two executives refused to testify as witnesses, and in the third case the executive officer as the legal representative who was called as a client to the hearing did not appear. All the three executives called an excuse that there was an ongoing criminal procedure in parallel, and their testimony would be served as an evidence for their culpability, thus they would accuse themselves of committing crimes. The investigator imposed upon all the three executives fines because it was stated that the behaviours mentioned above served to conceal relevant information or evidence.

All the three executives appealed against the decisions imposing the fine (VJ-28/2013.174; VJ-28/2013.175; VJ-28/2013.176). The Competent Competition Council gave approval of the previous decision confirming the established reasonings:

The witness can refuse answering questions if and only if he would accuse himself or his close relative of committing crime. Obviously, the witness is not in the position before the question articulated to decide whether he is entitled to answer, thus he does not have the opportunity to refuse testifying as a whole. Executives took the decisions of the Competent Competition Council to the court. The decrees were approved of the court.

The Competent Competition Council imposed fine in its number 32 decision in case number VJ-111/2015 because one of the executives tried to mislead the authority.

Field investigation was about to deliver by the GVH on the site of the enterprise but it was not successful due to many causes. The executive manager became aware of it.

During the repeated field investigation the executive manager gave a computer to the investigators claiming that he was working on it. The investigation revealed that there had been data modification on the computer, most of the data was destroyed by a new operation system being installed. Six weeks later investigators appeared for another on-site field investigation and they found out that the executive manager used another computer which was taken a mirror copy of. This copy showed a lot of years-old documents which were relevant during the proceeding.

It was confirmed that the behaviour of the executive manager was to falsify or conceal relevant information or evidence.

## 5. SUMMARY

The active and passive involvement of the executives is rather frequent. However, their direct impeachment is uncommon.

The legal regulations and legal case law concentrates on the role and the behaviour of the executives which is taken heavily into account during the fine imposition.

The infringement of the executives during the competition control proceeding can be sanctioned by penalty. In other cases, personal conduct of the executive is relevant only in the public procurement cases. The criminal cases including accusations, and court judgements are rare in Hungary.



There is no public law impeachment i.e. fine or banning related directly to the executives of the enterprises in Hungary.

However, the demand of the public law impeachment appeared in the references especially in those case where the enterprises committed cartelling as infringements. In the Hungarian law there are a few cases where the executive is responsible directly. In most cases, the restraining force is weak based on different reasons. However, the personal cartel liability would start the process of socialization and the trend of law-abiding attitude. Certainly, the compliance policy should be taken into account during the fine directly imposed on the executives.

## CRIMINAL LEGAL REGULATIONS ON CARTELS IN HUNGARY

JÓZSEF GULA\*

**Abstract:** The present paper examines the system of legal means against unfair competition, with special regards to the means of criminal law and the characteristics of the criminal legal protection. The evaluation of the regulation is based on the provisions in force pertaining to the agreement in restraint of competition in public procurement and concession procedure, the emergence, and the correspondence of the rules of competition law and criminal law.

**Keywords:** *agreement in restraint of competition in public procurement and concession procedure, fair economic competition, cartels, leniency policy of competition law*

### 1. THE SYSTEM OF MEANS AGAINST UNFAIR COMPETITION

The *Fundamental Law of Hungary* declares that Hungary ensures the conditions of the fair economic competition, acts against the abuse of dominant economic position, and protects the rights of consumers.<sup>1</sup>

In order to avoid the compelling effects of the economic competition, companies often conclude negotiations that are advantageous only to the participants, while they are disadvantageous to the outsiders and limit or distort the economic competition to different extent.<sup>2</sup>

For the assurance of the fair economic competition, there is a need for state intervention, and the analysis of its system of means against unfair competition leads to the statement that it lies within the intersection of various fields of law. Competition law, administrative law, civil law, commercial law, and criminal law with their own means can all contribute to the fairness of the economic competition.

Competition law prohibits the restraint of competition in a wide range (antitrust law), the Competition Authority controls the realisation of the prohibition and imposes the legal sanctions when necessary. Among the means of civil law emphasis may be placed on nullity and compensation<sup>3</sup>, the most relevant means in commercial law from the point of analysis is the regulation of public procurement and concession

---

\* Associate professor, University of Miskolc, Faculty of Law, Institute of Criminal Sciences, Department of Criminal Law and Criminology.

<sup>1</sup> Fundamental Law of Hungary, Fundamentals, Article *M*) para. (2).

<sup>2</sup> Justification of Law XCI/2005 on the modification of Law IV/1978 on the Criminal Code and other laws.

<sup>3</sup> See MISKOLCZI BODNÁR Péter: A versenykorlátozó megállapodás, a kartell versenyjogi tilalma és a „versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési eljárásban” elnevezésű büncselekmény. *Miskolci Jogi Szemle*, XIV. évfolyam, 2019, 2. különszám, 2. kötet, p. 170.

procedures, and criminalisation of the agreement in restraint of competition in public procurement and concession procedure within the framework of criminal law.

## 2. DISTINCTIVE FEATURES OF THE CRIMINAL LEGAL PROTECTION

Agreements in restraint of competition are prohibited both under competition and criminal law, however, the scope of the prohibition is vastly differing, the criminal legal protection has several distinctive features.

Such features include the *narrow material scope* of the regulation and the *special aim*. The Criminal Code declares the agreement in restraint of competition, the concerted practices between companies, and the decisions of certain organisations punishable when they are aiming to manipulate the outcome of an open or restricted procedure held in connection with a public procurement procedure or an activity that is subject to a concession contract. The nature of the criminal legal protection is of *ultima ratio*, with significantly narrower scope than that of competition law. The justification of the Criminal Code in force<sup>4</sup> declares that there is no need to extend the criminal legal protection to all cartels, the system of means of competition law provides satisfactory protection in other cases. In contrast with the competition legal rules, criminal law only declares those acts punishable that have been committed with special aim and *dolus directus*.

Another distinctive feature of the criminal legal protection is the requirement of the *result* of the restraint of competition for the offence to be completed. It is worth referring to the fact that different professional viewpoints have emerged regarding the interpretation of the result of the offence. According to one of the viewpoints, the criminal offence is completed with entering into the agreement<sup>5</sup>, the negotiation aimed at the conclusion of the agreement, proposal for the decision could be considered as an attempt. Based on the other view, the announcement of the result of the public procurement or concession procedure is also required for the offence to be completed.<sup>6</sup> The material nature of the offence justifies the latter viewpoint, however, the restraint of competition is already realised with the conclusion of such agreement.

Comparing the norms of competition and criminal law, there is a remarkable difference regarding the recipients. Competition law regulates the competition control proceedings against the company, while in criminal law the subject of the offence may only be a natural person. This remains unchanged even in light of the fact that a measure could also be imposed against a legal person in a collateral way.

The subject of the offence as a perpetrator is typically an executive officer, member, supervisory board member, employee, or the agent of these, of a company, as well as any person having an interest in the restraint of competition, as well as a

<sup>4</sup> Justification of Law C/2012 on the Criminal Code.

<sup>5</sup> MOLNÁR Gábor: Versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési és koncessziós eljárásban. In: *Magyar Büntetőjog Kommentár a gyakorlat számára* (szerk.: KÓNYA István). Budapest, HVG-Orac, 2020.

<sup>6</sup> CSÉPAI Balázs – ÚJVÁRI Ákos: A versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési és koncessziós eljárásban való büntethetőségének kérdésköre. *Jogtudományi Közlöny*, 2006, 6, p. 227.

person taking part in the decision-making process of an association of companies, a public body, a grouping or a similar organisation.

The persons concluding the agreement are not co-actors, they are liable as perpetrators (necessary multiple contribution).

As known, the measures that can be applied against the legal persons – in case the conditions prescribed by law are met – are the abolition of the legal person, the limitation of the activity of the legal person (with regards to the analysed offence it can be mentioned that the legal person cannot take part in public procurement procedure, cannot conclude concession contract, etc.), and fine.

### 3. THE STRUCTURE OF THE CRIMINAL LEGAL REGULATION

The regulation of the offence of the agreement in restraint of competition in public procurement and concession procedure includes two basic cases, one privileged case, and grounds for the exemption from or limitation of criminal responsibility.

The main point of the *first basic case*<sup>7</sup> is the conclusion of an agreement restraining the competition with the aim of manipulating the outcome of the public procurement or concession procedure, or other concerted practices, meanwhile the *second basic case*<sup>8</sup> – besides having an identical special aim as the first one – prohibits the participation in the process of an association of companies, or similar organisations that make a decision restraining the competition.

The *privileged case*<sup>9</sup> of the offence is established when the value of the public contract involved in the act is below 50 million forints. In terms of the concession procedure, the evaluation of the privileged case is excluded.

The ground for exemption from criminal responsibility is the confession of the act in due course by the perpetrator to the criminal investigation authorities and the unveiling of the circumstances of the criminal act.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Criminal Code § 420 para. (1) “Any person who enters into an agreement aiming to manipulate the outcome of an open or restricted procedure held in connection with a public procurement procedure or an activity that is subject to a concession contract by fixing the prices, charges or any other term of the contract, or for the division of the market, or takes part in any other concerted practices resulting in the restraint of trade is guilty of felony punishable by imprisonment between one to five years.”

<sup>8</sup> Criminal Code § 420 para. (2) “Any person who partakes in the decision-making process of an association of companies, a public body, a grouping or similar organization, and adopting any decision that has the capacity for restraining competition aiming to manipulate the outcome of an open or restricted public procurement procedure or an activity that is subject to a concession contract shall also be punishable in accordance with Subsection (1).”

<sup>9</sup> Criminal Code § 420 para. (3) “The penalty shall be imprisonment for a misdemeanour not exceeding two years if the value of the public contract involved in the act specified in Subsection (1) or (2) is below substantial value.”

<sup>10</sup> Criminal Code § 420 para. (4) “The perpetrator of a criminal act defined in Subsections (1)–(3) shall not be prosecuted if he confesses the act to the criminal investigation authorities before they become aware thereof and unveils the circumstances of the criminal act.”

The Criminal Code defines grounds for the exemption from and the limitation of criminal responsibility with reference to the leniency policy of competition law as well.

It is a ground for the exemption from criminal responsibility when a request is submitted to the Competition Authority before the investigation of the case, which serves as a basis for the exemption from the financial penalty, and the perpetrator being in a certain position of the company unveils the circumstances of the criminal act.<sup>11</sup>

The (later) submission of a request for exemption from or the reduction of the financial penalty and the unveiling of the circumstances of the commission may result in reduction without limitation or dismissal in cases deserving special consideration.<sup>12</sup>

#### 4. THE MAIN CHARACTERISTICS OF THE CRIMINAL LEGAL REGULATION IN FORCE

The offence had been integrated into the former Criminal Code<sup>13</sup> by *Law XCI of 2005* and entered into force on 1st September 2005. The justification of the law referred to the fact that the state intervention against agreements restraining the competition and cartels is primarily carried out by administrative means, through the proceeding of the Competition Authority. The main rules in this sphere are prescribed by *Law LVII of 1996* on the prohibition of unfair trading practices and unfair competition (Competition Act) and the *Treaty on the Functioning of the European Union*<sup>14</sup>. The lawmaker has considered the criminal legal prohibition justified in the case of those acts restraining the competition which also violate the fairness of public procurement and concession procedures.<sup>15</sup> For the regulation to be applied the knowledge of the additional underlying laws is required, especially of *Law CXLIII*

<sup>11</sup> Criminal Code § 420 para. (5) “*The perpetrator of a criminal act defined in Subsections (1)–(3) shall not be prosecuted if at the time of commission the perpetrator serves as an executive officer, member, supervisory board member, employee, or the agent of these, of a company that has submitted – before the competition authority opened an investigation of the case – a request for exemption from the financial penalty to be imposed under the restrictive market practices act with respect to the act in question, and unveils the circumstances of the criminal act.*”

<sup>12</sup> Criminal Code § 420 para. (6) “*The penalty may be reduced without limitation – or dismissed in cases deserving special consideration – against any person who serves as an executive officer, member, supervisory board member, employee, or the agent of these, of a company that has submitted a request for exemption from or a reduction of the financial penalty to be imposed under the restrictive market practices act with respect to the act in question, and unveils the circumstances of the criminal act.*”

<sup>13</sup> Law IV/1978 on the Criminal Code.

<sup>14</sup> Treaty on the Functioning of the European Union, Article 101.

<sup>15</sup> This regulation can also be evaluated as a differentiating protection of public assets, therefore, it may raise constitutional questions. See SINKU Pál: A kartellbűncselekmény. In: *A negyedik magyar büntetőkódex – régi és újabb vitakérdései* (szerk.: HOLLÁN Miklós – BARABÁS A. Tünde). Budapest, MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont–OKRI, 2017, p. 263.

of 2015 on public procurement (Public Procurement Act) and Law XVI of 1991 on concessions (Concessions Act).

The *legal subject* of the regulation is the freedom of competition, the functioning of the free market without limitation, the legal functioning of the system of financial aids, as well as the transparent, fair, and rational use of public funds and central budget sources.

By the creation of the *Public Procurement Act*, it was a basic objective to ensure the rational and efficient use of public funds, the transparency, and the opportunity of control in a wide range, the fairness of competition. The Public Procurement Act is to be applied in public procurement (concession procurement) procedures that have to be carried out by contracting authorities with the aim of concluding *quid pro quo* agreements pertaining to procurements of a given subject and value.

The *Concessions Act* declares that one potential way for efficiently operating assets under exclusive ownership of the central or local authorities or associations of local governments, and for the exercise of the activities conferred under the exclusive competence of the central or local authorities, is the assignment of all these by way of contracts of concession. The Act prescribes the acts that must fall under the scope of concession – with reference to the act on national assets – and states that – apart from the exceptions described by law – the state and the local authority are obliged to organise tender proceedings. Tender proceedings are mostly to be held publicly. Restricted procedures could be held primarily based on national defence or national security considerations.

According to paragraph (1) of the regulation the *conducts of the offence* are the entering into an agreement of fixing the prices, charges or any other term of the contract, or for the division of the market, or taking part in any other concerted practices that result in the restraint of trade, while paragraph (2) renders to punish taking part in the decision-making process of an association of companies, a public body, a grouping or similar organization, and adopting any decision that has the capacity of restraining competition.

Based on Article 11, paragraph (1) of the *Competition Act* the agreements and concerted practices between companies, as well as the decisions of the organisations of companies established on the basis of the right of association, their public bodies, associations and other similar organisations (hereinafter referred to collectively as “association of companies”) (hereinafter referred to collectively as “agreements”), which are aimed at the prevention, restriction or distortion of economic competition, or which may display or in fact display such an effect, are prohibited. Hence, under the Competition Act, all three of the conducts fall under the concept of “agreements”. A settlement between companies that are not unrelated does not constitute an agreement. Besides the general prohibition of cartels, the Competition Act provides a non-exclusive listing of the characteristic cases of agreements restraining the competition (price cartel, cartels dividing the market, etc.).

It is worth emphasising that the economic cooperation between companies is not restricted when it is not contrary to the fairness of the competition and the interests of the consumers and the economic partners. Agreements concluded by the members

of a consortium that constitute one contracting partner, participant, also fall outside the scope of the regulation.

Such view has also been expressed that there are unjustified differences between the lack of competition legal prohibition, the cases serving as basis for exemption from responsibility, and the obstacles to criminal prosecution. In competition law, acts complying with the preconditions of the regulation are not necessarily prohibited. The prohibition does not apply to the agreements restraining the competition of companies that are not unrelated, the exempted agreements and – except for cartels – the agreements of minor importance. In the criminal procedure reference can be made to the lack of potential harm for the society, while exemption from the competition legal prohibition and sanctions are regulated by exact norms.<sup>16</sup>

It is worth referring to the fact that those rules of the Competition Act, which make the agreements restraining the competition possible, are to be considered as grounds for the exclusion of unlawfulness<sup>17</sup>, the Criminal Code of 2012 explicitly lists the statutory authorisation among the grounds for the exemption from criminal responsibility.

The Competition Act prohibits both the formation of horizontal and vertical cartels. The criminal legal regulation targets the horizontal cartels when the agreement is concluded between competitors. (In the case of vertical cartels agreements are formed between companies on different levels of the market system, operating in differing phases of the trading process – e.g. producers and traders.)

The main point of the concerted practices is that the participants of the competition with attention to one another – even independent from their position on the market – follow the same trading behaviour. The so called parallel conduct, which is carried out by the competitors as a result of the same market initiatives and mechanisms (e.g. currency devaluation), does not serve as sufficient basis for criminal legal responsibility.

The agreement of competitors, concerted practices can either target the price offered within the framework of public procurement or concession procedure (fixing of prices), or who will provide an offer of more favourable conditions in the given procedures (division of market).<sup>18</sup> The result of the agreement or other concerted practice is the restraint of the competition.

The difference between competition and criminal law can also be observed in the fact that in competition law the negative outcome may occur in three different forms. The company targets the restriction or distortion of the competition or acts in a way which may display or in fact displays such an effect. In the worst scenario the effect on the competition is its elimination, restraint, or distortion. The prohibition also

<sup>16</sup> MISKOLCZI BODNÁR: loc. cit., p. 177.

<sup>17</sup> HEGEDŰS István – JUHÁSZ Zsuzsanna – KARSAI Krisztina – KATONA Tibor – MEZŐLAKI Erik – SZOMORA Zsolt – TÖRŐ Sándor: *Kommentár a Büntető Törvénykönyvről szóló 2012. évi C. törvényhez*. Wolters Kluwer Hungary, Jogtár Kommentár.

<sup>18</sup> In Hungary areas specifically affected include the construction of roads and properties, the health and the energy management sector. SINKU: loc. cit., p. 260.

applies to less severe cases when the competition remains unviolated, but the conduct is objectively capable of bringing one of the abovementioned consequences forward. Finally, it may be enough when the intent of the participants is aimed at causing one of the listed negative effects.<sup>19</sup>

The *subject of the offence as a perpetrator* is generally an executive officer, member, supervisory board member, employee, or the agent of these, of a company, any person having an interest in the restraint of competition, as well as a person taking part in the decision-making process of an association of companies, a public body, a grouping or a similar organisation.

As already mentioned, the persons concluding the agreement are not co-actors, they are liable as perpetrators.

The offence of agreements restraining the competition in public procurement or concession procedure can only be committed *intentionally*. The offence could only be committed with direct intent due to the fact that the regulation substantially evaluates the special aim (aiming to manipulate the outcome of an open or restricted procedure held in connection with a public procurement procedure or an activity that is subject to a concession contract).

The law defines a *ground for exemption from criminal responsibility* when the perpetrator confesses the act to the criminal investigation authorities before they become aware thereof and unveils the circumstances of the criminal act. The criminal political reasoning behind the regulation is the priority of the interest related to the unveiling of acts violating the prohibition on cartels and the fairness of public procurement or concession procedures.

The Criminal Code – also with reference to the leniency policy in competition law, in order to affiliate the underlying legal political intention – describes additional grounds for exemption from criminal responsibility, besides, it makes the reduction of the punishment without limitation and dismissal in cases deserving special consideration possible. The leniency policy described in the Competition Act – if the legal preconditions are met – provides the companies involved in the cartel with the possibility of being exempted from the financial penalty in whole or in part in case of cooperation with the Competition Authority. The leniency policy has been based on the idea that there could be participants of covert agreements who would be ready to seize their participation and provide information about the existence and the functioning of the cartel if they had not been dissuaded by the competition legal and other sanctions. Criminal law, with its own means, aims at increasing the efficiency of the leniency policy and achieving the correspondence of the two spheres of regulation.

Article 78/A paragraph (2) of the Competition Act defines two cases of exemption from the financial penalty. Immunity from the fine shall be granted to the company that first submits an application to that effect and supplies any evidence:

a) to the Competition Authority serving reasonable cause to request and receive a prior court order for carrying out a site search in connection with the infringement, provided that the Competition Authority did not have enough information at the time

---

<sup>19</sup> MISKOLCZI BODNÁR: loc. cit., pp. 171–172.



of submission of the application serving reasonable cause to request a prior court order for carrying out the site search, or did not carry out a site search previously,

b) sufficient to prove the infringement, provided that the Competition Authority did not have enough evidence at the time the evidence was provided to prove the infringement, and neither of the companies involved meets the condition set out in subparagraph a).

According to Article 78/A paragraph (3) of the Competition Act, upon request, the competent competition council shall reduce the fine if no immunity may be granted, and the company in question supplies any evidence relating an infringement to the Competition Authority that is recognized considerably more valuable than any proof the Competition Authority has in its possession at the time the evidence is provided.

In terms of the criminal legal responsibility, it is also relevant whether the competition authority has initiated a control proceeding. The request within the framework of the leniency policy could serve as a ground for the exemption from criminal responsibility in case it is submitted by the executive officer, member, supervisory board member, employee, or the agent of these at a point in time when the competition authority has not yet started a control proceeding. If the control proceeding is already in progress, only the reduction of the penalty without limitation or its dismissal in cases deserving special consideration may take place. However, there is also such view that it is absolutely unjustified to connect the ground for the exemption from criminal responsibility to the start of the competition control proceeding and it is not in line with the interests of the competition authorities.<sup>20</sup>

The ground for the exemption from criminal responsibility based on paragraph (4) and (5) requires separate examination. The application of one of the grounds is independent from the compliance with the requisites of the other, since if a perpetrator is exempted based on paragraph (4), another perpetrator cannot be exempted due to the same reason, and exemption in terms of the remaining perpetrators is possible only connected to the request submitted in the competition control proceeding. An exception is the case when the executive officers, members, etc. of a given company involved in the cartel make a confession to the criminal investigation authorities at the same time. It is not a precondition of the application of the ground for the exemption from criminal responsibility connected to the leniency request that the person in question makes a confession to the investigation authority, but there is an obligation to cooperate throughout the criminal procedure.

The ground for the exemption from criminal responsibility connected to the leniency request, the reduction of the punishment without limitation, and its dismissal may all be applied in the case of that perpetrator who – at the time of the commission of the offence – was an executive officer, member, supervisory board member, employee, or

---

<sup>20</sup> NAGY Csongor István: Az engedékenységi politika keretében való együttműködés fékező- és hajtóerői. Összehasonlító jogi adalékok. *Verseny és Szabályozás* (szerk.: VAL-ENTINY Pál – KISS Ferenc László – NAGY Csongor István – BEREZVAI Zombor), Budapest, MTA KRTK, 2018, p. 182.

the agent of these. The request needs to provide basis for the dismissal or the reduction of the fine, about which the criminal investigation authority can gain sufficient information by acquiring the conditional decision of the competition authority. With regards to the application of paragraph (5) and (6) it is also an additional precondition that the perpetrator unveils the circumstances of the commission.<sup>21</sup>

For both the legal person and the perpetrator of the offence to be exempted from the competition legal and the criminal legal sanctions, the request in the name of the company needs to be handed in by the legal representative of the company or an authorised person.<sup>22</sup>

It is worth mentioning that the established grounds for the exemption from criminal responsibility in terms of the perpetrator may be boundaries to the imposition of a measure against the legal person as well.<sup>23</sup>

## 5. THE EVALUATION OF THE CRIMINAL LEGAL REGULATION

The evaluation of the offence of the agreement in restraint of competition in public procurement and concession procedure is ambiguous, the possible conclusions may be vastly differing.<sup>24</sup>

The regulation has been part of the criminal legal system since 2005, still, there is an irrelevant number of cases in which accusation took place, there is no established legal practice.

*“Based on the fact that financial penalties of value of milliards have been imposed by the Hungarian Competition Authority, could criminal law in fact mean a more effective and certain way of protection than the consequent and severe competition legal sanctions?”*<sup>25</sup> – professor Mihály Tóth has put up the question.

Based on the abovementioned, the justification of the regulation can be questioned, the idea of decriminalisation may be raised.

<sup>21</sup> GULA József: Versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési és koncessziós eljárásban. In: *Magyar Büntetőjog Különös Rész.* Budapest, Wolters Kluwer Hungary, 2020, pp. 881–886.

<sup>22</sup> GVH tájékoztató a kartellek feltárását segítő engedékenységi politika alkalmazásához kapcsolódó büntetőjogi kérdésekről, 2018.

<sup>23</sup> See MOLNÁR Erzsébet: A kartellmagatartások büntetőjogi szankcionálásának kriminálpolitikai vizsgálata. *Versenytükör*, 2019, 1, pp. 36–37.

<sup>24</sup> It is known that the criminal legal prohibition of the acts restraining the competition derives from the United States, on the basis of the success of which a tendency of criminalisation – of lesser success – could be observed in Europe as well. GERENCSÉR Ágnes: *Büntetőjogi szankciók a versenyjogban.* [https://www.gvh.hu/data/cms1024125/print\\_4449\\_h.pdf](https://www.gvh.hu/data/cms1024125/print_4449_h.pdf).

<sup>25</sup> TÓTH Mihály: *Gazdasági bűncselekmények és bűnözés a rendszerváltozás éveiben.* Doktori értekezés, 2007, p. 153. Up to this point there has been no realisation of the expectation that „it may be possible to diminish the whole, often corrupt system by the forward bringing of the criminal responsibility, merely through the unveiling of the insider agreements”.

However, significant arguments stand for the necessity of the maintenance of the regulation<sup>26</sup>, even the possible expansion of its scope. For instance, considering the nature of the offence, there is certainly high latency, the actual number of such offences can be significantly higher than the one appearing in the criminal statistics.<sup>27</sup> Another argument could be that these offences also violate the clarity of the public procurement and concession procedures. We may also find such viewpoints according to which cartels are the most severe ones among the agreements restraining the competition, therefore, the system of means of criminal law is required in general.<sup>28</sup>

According to my view, the criminalisation can be considered reasonable, however, the European pieces of experience of criminalisation so far do not justify the expansion of the scope of the regulation.

#### LIST OF LITERATURE

- [1] CSÉPAI Balázs – ÚJVÁRI Ákos: A versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési és koncessziós eljárásban való büntethetőségének kérdésköre. *Jogtudományi Közlöny*, 2006, 6.
- [2] GULA József: Versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési és koncessziós eljárásban. In: *Magyar Büntetőjog Különös Rész*. Budapest, Wolters Kluwer Hungary, 2020.
- [3] GERENCSÉR Ágnes: *Büntetőjogi szankciók a versenyjogban*. [https://www.gvh.hu/data/cms1024125/print\\_4449\\_h.pdf](https://www.gvh.hu/data/cms1024125/print_4449_h.pdf).
- [4] HEGEDŰS István – JUHÁSZ Zsuzsanna – KARSAI Krisztina – KATONA Tibor – MEZŐLAKI Erik – SZOMORA Zsolt – TÖRŐ Sándor: *Kommentár a Büntető Törvénykönyvről szóló 2012. évi C. törvényhez*. Wolters Kluwer Hungary, Jogtár Kommentár.

---

<sup>26</sup> According to Pál Sinku, the regulation of the Criminal Code is in line with the rules of competition law, the international standards, and there is no need for modification. On the other hand, he considers the issue of the civil claim from a procedural perspective unsettled, and raises that if the contracting authorities in the public procurement suffer civil legal damage connected to cartelling, their position as victim could be acknowledged. SINKU: loc. cit., p. 266.

Ágnes Roxán Kéryné Kaszás takes the view that the regulation is capable of fulfilling its function, what is left to be realised is the more determined and more mature attitude in terms of the legal subject within the legal practice. KÉRYNÉ KASZÁS Ágnes Roxán: *Korlátok és lehetőségek, avagy a kartelltilalom büntetőjogi szabályozásának helye a magyar jogrendszerben*. Doktori értekezés, Pécs, 2013, p. 189.

<sup>27</sup> On the international level, from the aspect of competition law, cartels are unveiled only with an approximate rate of 15%, and the number of the ones getting to the criminal authorities is even smaller. SINKU: loc. cit., p. 260.

<sup>28</sup> Yet, the justification of Law C/2012 on the Criminal Code states that the expansion of the criminal legal protection to the cartels generally, would rather carry threats than possible progress.

- 
- [5] KÉRYNÉ KASZÁS Ágnes Roxán: *Korlátok és lehetőségek, avagy a kartelltilalom büntetőjogi szabályozásának helye a magyar jogrendszerben*. Doktori értekezés, Pécs, 2013.
- [6] MISKOLCZI BODNÁR Péter: A versenykorlátozó megállapodás, a kartell versenyjogi tilalma és a „versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési eljárásban” elnevezésű bűncselekmény. *Miskolci Jogi Szemle*, XIV. évfolyam, 2019, 2. különszám, 2. kötet.
- [7] MOLNÁR Erzsébet: A kartellmagatartások büntetőjogi szankcionálásának kriminálpolitikai vizsgálata. *Versenytükör*, 2019, 1.
- [8] MOLNÁR Gábor: Versenyt korlátozó megállapodás közbeszerzési és koncessziós eljárásban. In: *Magyar Büntetőjog Kommentár a gyakorlat számára* (szerk.: KÓNYA István). Budapest, HVG-Orac, 2020.
- [9] NAGY Csongor István: Az engedékenységi politika keretében való együttműködés fékező- és hajtóerői. Összehasonlító jogi adalékok. *Verseny és Szabályozás* (szerk.: VALENTINY Pál – KISS Ferenc László – NAGY Csongor István – BEREZVAI Zombor). Budapest, MTA KRTK, 2018.
- [10] SINKU Pál: A kartellbűncselekmény. In: *A negyedik magyar büntetőkódex – régi és újabb vitakérdései* (szerk.: HOLLÁN Miklós – BARABÁS A. Tünde). Budapest, MTA Társadalomtudományi Kutatóközpont–OKRI, 2017.
- [11] TÓTH Mihály: *Gazdasági bűncselekmények és bűnözés a rendszerváltozás éveiben*. Doktori értekezés, 2007.

## STRAF- UND BÜßGELDRECHTLICHE VERANTWORTUNG VON VERBÄNDEN IM GELDWÄSCHESTRAFRECHT

### **Criminal and administrative responsibility of companies in money laundering criminal law**

JUDIT JACSÓ\*

**Abstract:** There are several points of contact between money laundering and compliance. There are risks associated with non-compliance in the area of money laundering criminal law. For example, the liability of the management or employees of the company or the company itself under criminal law and legal fines. The first part of the article deals with conceptual clarification and the roots of money laundering and compliance. The second part analysed the fight against money laundering, including money laundering compliance. After the introductory chapters, an important aim of the article is to examine the responsibility of companies for compliance with money laundering regulations, which is strongly influenced by the requirements of the European Union.

**Keywords:** *money laundering, compliance, criminal compliance, liability of company, administrative responsibility*

#### 1. EINLEITUNG

Nimmt man den Werdegang des Deliktes der Geldwäsche und deren Bekämpfung unter die Lupe, bemerkt man, dass kaum ein anderes Delikt so schnell in den Mittelpunkt internationaler und nationaler Bemühungen getreten ist und heute noch im Mittelpunkt diverser Bestrebungen steht. Der Gesetzgeber der Europäischen Union hat ebenso früh erkannt, dass es erforderlich ist, parallel zum wirtschaftlichen Integrationsprozess innerhalb der Europäischen Union auch ein entsprechendes Abwehrsystem aufzubauen, das verhindert, dass die Straftäter von den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten profitieren können. Die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Geldwäsche-Regelungen hat in Europa in den 90-er Jahren begonnen. Das nationale Geldwäschestrafrecht ist unter starkem supranationalen und internationalen Einfluss<sup>1</sup> eingeführt worden.

---

\* Universitätsprofessorin, Lehrstuhlleiterin, Universität Miskolc, Staats- und Rechtswissenschaftliche Fakultät, Institute für Strafrechtswissenschaften, Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie.

<sup>1</sup> Hervorzuheben sind hier die repressiven Vorgaben der Vereinten Nationen (UNO) im Wiener Übereinkommen von 1988, wodurch zum ersten Mal gegen der mit Drogengeldern verbundenen Geldwäsche durch genaue Formulierung des Geldwäschetatbestandes entgegengewirkt wurde. Im Palermo Übereinkommen aus dem Jahre 2000 wurde die

Es gibt mehrere Berührungspunkte zwischen Geldwäsche und Compliance. Compliance ist in Europa heute schon in den täglichen Sprachgebrauch übernommen worden. Besonders in bestimmten Branchen (bei Akteuren des Finanz- und Wirtschaftslebens) stieg seine Bedeutung in der letzten Zeit. Compliance und die damit verbundenen Fragen erweckten auch das Interesse der Wissenschaft.<sup>2</sup> Compliance als Begriff stammt aus dem anglo-amerikanischen Rechtssystem. Mit dem Non-Compliance-Verhalten im Bereich des Geldwäschestrafrechts sind Risiken verbunden, wie die strafrechtliche und bußgeldrechtliche Haftung der Leitung oder Mitarbeiter des Unternehmens oder des Unternehmens selbst. Der erste Teil des Beitrages befasst sich mit begrifflicher Klarstellung und dem Ursprung der Geldwäsche bzw. der Compliance. Im zweiten Teil geht es um die Geldwäschebekämpfung<sup>3</sup>, wobei sich auf die Geldwäsche Compliance fokussiert und ihre Bedeutung erläutert wird. Wichtiges Ziel des Beitrages ist es, nach den einführenden Kapiteln die Verantwortung von Unternehmen für die Einhaltung der Geldwäschevorschriften, welche durch Vorgaben der Europäischen Union stark geprägt sind, zu untersuchen.

## 2. BEGRIFF UND WURZEL DER GELDWÄSCHE UND DER GELDWÄSCHEBEKÄMPFUNG

Der Begriff der *Geldwäsche* hat in den vergangenen Jahrzehnten Eingang in unseren Sprachgebrauch gefunden. Er wird in internationalen und europäischen Vorgaben bestimmt. Daneben stellt die Geldwäsche eine Straftat dar, die sowohl zum Katalog der sog. „Unionsdelikte“ zählt<sup>4</sup>, als auch in den nationalen Strafgesetzbüchern der

---

Geldwäsche als eine der Schlüsseldeliktskategorien der Organisierten Kriminalität festgelegt. Der Europarat hat sich ebenfalls mit der Problematik der Geldwäsche befasst (Straßburger Übereinkommen von 1990, Warschauer Übereinkommen). Als Triebfeder der Geldwäschebekämpfung dienen die Vierzig Empfehlungen der Finanziellen Arbeitsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäsche (FATF).

<sup>2</sup> In Ungarn sind in den letzten Jahren zwei Fachbücher und wissenschaftliche Abhandlungen darüber veröffentlicht worden. (Wie z. B. JACSÓ Judit: A compliance fogalmáról és szerepéről a gazdasági életben. *Miskolci Jogi Szemle*, 2019/1, Sonderausgabe, 82–91.; AMBRUS István – FARKAS Ádám: *A compliance alapkérdései Az etikus vállalati működés elmélete és gyakorlata*. Wolters Kluwer Hungary Kft., Budapest, 2019; KOCZISZKY, György – KARDKOVÁCS, Kolos: *A compliance szerepe a közösségi értékek és érdekek védelmében*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 2020; MOLNÁR Erzsébet: Compliance és az üzleti titok. *Miskolci Jogi Szemle*, 2021/1, Band 2, 48–63.

<sup>3</sup> Anti Money Laundering.

<sup>4</sup> Seit dem Vertrag von Lissabon bestimmt Art. 83 Abs. 1 Uabs. 1 und Uabs. 2 AEUV, dass durch Richtlinien Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension festgelegt werden können. Art 83 AEUV ist von besonderer Bedeutung, da er die Geldwäsche explizit in die Liste der schweren Kriminalitätsbereiche aufnimmt. Die neue Kompetenzgrundlage lässt den Erlass von Richtlinien über Mindestvorschriften für Straftaten bzw. Strafen in Fällen nach der Art der schützenswerten Interessen der Europäischen Union

Mitgliedstaaten<sup>5</sup> geregelt wird. Die Straftatbestände sind weitgehend durch europäische Rechtsakte harmonisiert.

Die Wurzel der *Geldwäschebekämpfung* sowie deren Begriff sind in den USA zu finden. Die USA haben auch den Titel „Vorreiter“ im Kampf gegen die Geldwäsche verdient.<sup>6</sup> In den 70-er Jahren wurde die Bedeutung der Finanzwelt bei der Bekämpfung der Geldwäsche erkannt, ein Pflichtensystem der Banken zur Erfassung der verdächtigen Finanztransaktionen wurde eingeführt. 1986 wurde die Geldwäsche in den USA kriminalisiert (Money Laundering Act).<sup>7</sup>

Unter *Geldwäsche* versteht man aus *kriminologischer Sicht* kurz zusammengefasst die Verschleierung der Herkunft von Geldern, die aus kriminellen Handlungen stammen. Das Wort „Geldwäsche“ deutet darauf hin, dass es hier um „schmutziges“ Vermögen geht, welches durch verschiedene Vorgänge (wirtschaftliche oder finanzielle Transaktionen) gereinigt werden soll. Es handelt sich bei der Geldwäsche um illegales aus strafrechtswidrigem Verhalten stammendes Vermögen. Es sind darunter Handlungen zu verstehen, die nicht nur darauf abzielen, die Herkunft der illegalen Vermögenswerte zu verheimlichen, sondern sie letztendlich als aus legalen Tätigkeiten stammende Vermögenswerte erscheinen zu lassen. Dies erfolgt durch die Einschleusung von deliktisch erworbenen Vermögenswerten in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf. Bei diesem Punkt spielen die im Unternehmen eingeführten Compliance-Maßnahmen eine wichtige Rolle. Die erste Phase der Geldwäsche ist nämlich die Platzierung. Durch diesen ersten Schritt wird versucht, das schmutzige Geld durch Akteure des Finanz- und Wirtschaftslebens in den legalen Finanzkreislauf einzubringen.<sup>8</sup>

Die Geldwäsche verfügt über einen eigenständigen Charakter, durch den sie von den anderen Straftaten abweicht. Im Gegensatz zu vielen anderen kriminellen Handlungen besteht die Geldwäsche aus mehreren, vordergründig legalen Handlungsschritten (z. B. Eröffnung eines Bankkontos oder Durchführung von Überweisungen). Der Ursprung der Gelder ist jedoch durch Straftatbegehungen bemakelt. Das

---

zu. Siehe dazu: JACSÓ, Judit: Freiheit und Sicherheit im Spiegel der Geldwäschebekämpfung in Europa. In: KARSAL, K. – NAGY, F. – SZOMORA, Zs. (Hrsg.): *Freiheit – Sicherheit – (Straf)Recht Beiträge eines Humboldt-Kollegs*. V&R Unipress, Universitätsverlag Osnabrück, 2011, 103–126.

<sup>5</sup> So z.B. im ungarischen Strafgesetzbuch (uStGB) in den §§ 399–400; im deutschen Strafgesetzbuch (dStGB) in § 261.

<sup>6</sup> JACSÓ, Judit: *Bekämpfung der Geldwäscherei in Europa, unter besonderer Berücksichtigung des Geldwäschestrafrechts von Österreich, der Schweiz und Ungarn* (Schriftenreihe Sanktionenrecht in Europa, 5. Band, Hrsg.: DANNECKER, G. – HÖPFEL, F. – SCHWARZENEGGER, CH.). Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Berlin–Wien–Zürich, 2007, 29.

<sup>7</sup> ARZT, Gunther: Das schweizerische Geldwäscheverbot im Lichte der amerikanischen Erfahrungen. *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR)*, 1996, 89–109.; GURULÉ, Jimmy: The money laundering contor act of 1986. Creating a new federal offence or merely affording federal prosecutor an alternative means of punishing specified unlawful activity? *American Criminal Law Review*, Vol. 32/1994–1995, 823–854.

<sup>8</sup> Siehe zu der sog. Drei-Phasen Modelle: JACSÓ (2007): a.a.O., 33.

strafbare Verhalten an sich stellt oft eine äußerlich sozialadäquate Handlung dar und niemand wird dadurch direkt geschädigt. Die Mithilfe von Banken und anderen Akteuren des Wirtschaftslebens ist bei der Bekämpfung dieses Phänomens unverzichtbar. Deswegen verlangt die Bekämpfung der Geldwäsche erhöhte Beachtung und ihre Regelung setzt besonderes Präventionsdenken voraus.

Es gibt noch eine wichtige Frage bezüglich der strafrechtlichen Regelung der Geldwäsche. Was die *Vortaten der Geldwäsche* betrifft, ist zu bemerken, dass deren wesentliche Erweiterung in den vergangenen Jahrzehnten zu beobachten war. Am Anfang waren diese noch auf die Drogenkriminalität begrenzt und heute hat sich, vorangetrieben durch internationale Bestrebungen (besonders durch FATF<sup>9</sup>), vordergründig der sog. „*All-Crime-Ansatz*“ durchgesetzt. Dies bedeutet, dass die bemakelten Gegenstände (Vermögenswerte), die aus irgendeiner strafbaren Handlung herrühren, taugliche Tatobjekte der Geldwäsche sein können.<sup>10</sup> Diese systematische Änderung bringt auch erhebliche Auswirkungen auf die Anforderungen in der Geldwäscheschäpfung mit, sie erhöht nämlich das Risiko der Strafbarkeit wegen Geldwäscheschäpfung und der bußgeldrechtlichen Verantwortung der in deren Bekämpfung einbezogenen Akteuren. In Deutschland gilt dieser Ansatz seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 09. 03. 2021 (BGBl I S. 327) am 18. März 2021. In Ungarn wurde der Kreis der Vortaten der Geldwäsche mit dem Gesetz Nr. CXX aus dem Jahre 1999 so geändert, dass alle mit Freiheitsstrafe zu ahndenden Delikte darunterfallen.<sup>11</sup> Praktisch bedeutete dies die Einführung des All-Crime-Ansatzes seit dem 1. März 2000. Mit dem neuen Strafgesetzbuch aus dem Jahre 2012 wurde dann das Erfordernis der Freiheitsstrafe auch gestrichen.<sup>12</sup> Trotzdem entdeckte Moneyval<sup>13</sup> bei der Überprüfung der Wirksamkeit der Systeme zur Bekämpfung von Geldwäsche bei der letzten Evaluation von Ungarn Mängel, die daraufhin aber gebessert wurden (dazu gehört die konzeptionelle Neugestaltung des Straftatbestands der Geldwäsche im Jahr 2020).

<sup>9</sup> <https://www.fatf-gafi.org/> (abgerufen am 8. 7. 2021).

<sup>10</sup> Siehe dazu kritisch BÜLTE, Jens: Reform des § 261 StGB: Vermeintlich effektive Abschöpfung statt Rechtsstaatlichkeit. *Geldwäsche & Recht*, 2021/1, 8.

<sup>11</sup> Siehe zu der ungarischen Regelung der Geldwäsche: JACSÓ, Judit – UDVARHELYI, Bence: The fight against money laundering in Hungary. In: FARKAS Ákos – DANNECKER, Gerhard – JACSÓ Judit (Hrsg.): *Criminal law aspects of the protection of the financial interests of the EU: with particular emphasis on the national legislation on tax fraud, corruption, money laundering and criminal compliance with reference to cybercrime*. Wolters Kluwer Hungary, 2019, 288–303.

<sup>12</sup> Siehe zur Änderung des Kreises der Geldwäsche-Vortaten in Ungarn: UDVARHELYI Bence – JACSÓ Judit: A pénzmosás alapcselekményi körének változása különös tekintettel az adócsalás problematikájára. *Miskolci Doktoranduszok Jogtudományi Tanulmányai*, Band 14, Miskolc, 2014, 348–368.

<sup>13</sup> Moneyval ist der Expertenausschuss des Europarates zur Bewertung von Maßnahmen gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.



### 3. BEGRIFF UND WURZEL DER (CRIMINAL) COMPLIANCE

Der Begriff der *Compliance* hat seine Wurzel ebenfalls in den USA; im Vergleich zur Geldwäsche ist sie jedoch etwas später in den Mittelpunkt des Interesses der Forschung getreten. Die Geldwäsche und die Compliance stehen in engem Zusammenhang. In diesem Teil der Arbeit werden diese Aspekte erläutert.

Compliance leitet sich von dem Verb „*to comply with*“ (einhalten) ab, bedeutet ein Verhalten, das mit bestehenden Regelungen übereinstimmt.<sup>14</sup> Das „Mutterland“ der Compliance ist die USA.<sup>15</sup> Wie bei der Geldwäschebekämpfung haben die USA auch bei der Compliance eine Vorreiterrolle. In seiner Entwicklungsgeschichte ist das US-amerikanische Gesetz, der sog. „*Foreign Corrupt Practices Act*“ (FCPA) aus dem Jahre 1977, von Bedeutung. Der FCPA verbietet im Allgemeinen die Zahlung von Schmiergeldern an ausländische Beamte, um Geschäfte zu erwerben oder zu behalten, und hat zudem eine Reihe von Buchführungspflichten eingeführt. Ihre Bedeutung liegt darin, dass im Ausland begangene Korruptionshandlungen durch Beamte amerikanischer Unternehmen, die auf internationalen Märkten vertreten sind, kriminalisiert wurden.<sup>16</sup> Die Bedeutung des FCPA wird durch seine extraterritoriale Geltung verstärkt. Zu erwähnen sind noch die *U.S. Federal Sentencing Guidelines (USSG)*<sup>17</sup>. Die Etablierung eines effektiven Compliance und Ethik Programmes ist seit 1991 gemäß den USSG eine wichtige Voraussetzung, um in Strafprozessen gegen eine Organisation eine Strafmilderung zu erreichen.<sup>18</sup> Zusammengefasst ist zu sagen, dass sich als rechtlich-betriebswirtschaftlicher Begriff die Compliance seit den 90-er Jahren entwickelte und auch in Europa übernommen wurde.<sup>19</sup>

Sucht man nach der kurzen Beschreibung des Begriffes, findet man Folgendes: Der Begriff der Compliance ist nach dem Duden Wörterbuch „*regelgerechtes, vorschriftsgemäßes, ethisch korrektes Verhalten*“.<sup>20</sup> Er bedeutet ebenso „*Folgebereitschaft*“, „*Einhaltung*“ oder „*Konformität*“.<sup>21</sup> Nach dem Gabler Wirtschaftslexikon wird sie als „*Einhaltung von Gesetzen, Regeln und Normen*“ beschrieben.<sup>22</sup> Daraus

<sup>14</sup> Recherchiert man bei Google findet man fast eine Milliarde Ergebnisse. Vor 10 Jahren ergab diese Suche noch 115 000 000. Siehe: ROTSCH, Thomas: Criminal Compliance. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2010/10, 614.

<sup>15</sup> SCHRÖDER, Thomas: Compliance an Universitäten – ein Albtraum oder überfälliges Strukturelement? Zu den möglichen Vor- und Nachteilen organisierter Regelbefolgung an öffentlichen Universitäten aus der Perspektive des deutschen Rechts. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2017/6, 279; MOOSMAYER, Klaus: *Compliance. Praxisleitfaden für Unternehmen*. Beck Verlag, 2021, 4. Auflage, Beck online Datenbank (abgerufen am 4. 10. 2021).

<sup>16</sup> AMBRUS– FARKAS: a.a.O., 22-38.

<sup>17</sup> <https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/guidelines-manual/2018/GLMFull.pdf> (abgerufen am 14. 3. 2021).

<sup>18</sup> SCHRÖDER, Thomas: a.a.O., 279.

<sup>19</sup> SCHRÖDER, Thomas: a.a.O., 279.

<sup>20</sup> <https://www.duden.de/rechtschreibung/Compliance> (abgerufen am 7. 6. 2021).

<sup>21</sup> SCHRÖDER, Thomas: a.a.O., 279.

<sup>22</sup> <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/compliance-27721> (abgerufen am 7. 6. 2021).

lässt sich schließen, dass der Begriff der Regeln weit zu verstehen ist: Darunter fallen nicht nur die gesetzlichen Vorschriften, sondern auch z. B. die internen Regelungen der Unternehmen und die Empfehlungen internationaler Organisationen.

Der Begriff war am Anfang auf das Gesundheitswesen<sup>23</sup> beschränkt. Heutzutage hat er aber einen viel breiteren Anwendungsbereich. Compliance-Programme zur Verhinderung von Rechtsverstößen, werden schon seit längerem diskutiert, insbesondere im Bereich des Umwelts- und Arbeitsschutzes, der Korruption und der Kartellverstößen.<sup>24</sup> Durch „Compliance-Programme“, „Compliance-Richtlinien“ oder „Compliance-Abteilungen“ versuchen die Unternehmen den ethischen und rechtlichen Anforderungen zu entsprechen. Die Etablierung von Compliance-Maßnahmen bei Unternehmen und Organisationen hängt eng damit zusammen, dass in den vergangenen Jahren die rechtlichen Anforderungen infolge der Globalisierung und Internationalisierung stark gestiegen und komplexer geworden sind. Die internen Regelungen müssen diesen rechtlichen Anforderungen entsprechen und noch dazu muss erreicht werden, dass die Mitarbeiter die internen Vorschriften bei ihrer Arbeit auch einhalten.

Compliance wird heutzutage als Beschreibung für das „*Verhalten in Übereinstimmung mit*“ verwendet, das Einhalten von bestimmten Regeln, welche sowohl rechtliche Normen als auch andere „regulative“ Vorgaben, Standards, Richtlinien und Empfehlungen bedeuten können.<sup>25</sup> In manchen Fällen können die letztgenannten aus gesetzlichen Vorschriften resultieren. Die Vorschriften sind entweder vom Gesetzgeber oder von der Unternehmensleitung vorgegeben, letzteres kann auch der Einhaltung der gesetzlichen Normen dienen. Es ist wichtig zu betonen, dass Compliance entweder auf „Zwang“ oder auf *fakultativem Einhalten* beruhen kann.<sup>26</sup> Es kann aber auch sein, dass beide Formen vorkommen. Unter „Zwang“ ist zu verstehen, dass die Einrichtung von Compliance-Abteilungen oder Einführung von Compliance-Maßnahmen bei bestimmten Branchen *gesetzlich* vorgeschrieben ist. Ein Beispiel dafür kann die Geldwäsche sein. Es ist noch anzumerken, dass in Ungarn entsprechend der Regierungsverordnung Nr. 39/2019 (XII. 23.) über das interne Kontrollsystem öffentlicher Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen bei den staatlichen Unternehmen als Bestandteil des internen Kontrollsystems eine sog. „*Compliance-Unterstützungsorganisationseinheit*“ eingerichtet werden muss.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Darunter ist zu verstehen, dass die Patienten die Anordnungen des Arztes befolgen, sich „*therapietreu*“ verhalten, um das Ziel der Heilung der Krankheit durch kooperatives Verhalten zu erreichen. Siehe dazu ROTSCH (2010): a.a.O., 614.; GÜNTHER, Thomas: *Die Bedeutung von Criminal-Compliance-Maßnahmen für die strafrechtliche und ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung*. Duncker & Humblot, Berlin, 2017, 98.

<sup>24</sup> LEITNER, Roman – DANNECKER Gerhard: *Geldwäsche-Compliance: Handbuch der Geldwäsche-Compliance für die rechts- und steuerberatenden Berufe*. Linde Verlag, Wien, 2009, 39.

<sup>25</sup> Petsche Mair: *Lexis Nexis*. 2. o.

<sup>26</sup> Petsche Mair: *Lexis Nexis*. 2. o.

<sup>27</sup> Gemäß § 9 Regierungsverordnung Nr. 339/2019 hat „*der Geschäftsführer eines Unternehmens eine Compliance-Unterstützungsorganisationseinheit bestehend aus Compli-*

Ziel der Compliance ist die Sicherstellung der Einhaltung der rechtlichen Vorschriften und internen Regelungen sowie Verstöße dagegen zu vermeiden oder zu verhindern. Durch eine funktionierende Compliance-Struktur im Unternehmen können sich Unternehmen vor Straftaten und vor Verhängung von Bußgeldern schützen.<sup>28</sup> Compliance wird entweder durch ein *Compliance Management System* (CMS) oder durch einen „*Compliance Officer*“ durchgeführt. Wichtig ist, zuerst die Compliance-Ziele und Werte festzulegen, an welche sich sowohl die Unternehmensführung als auch die Mitarbeiter halten müssen und dementsprechend Compliance-Programme (Maßnahmen) in den Betrieb zu etablieren, durch welche sichergestellt werden kann, dass die gesetzlichen und ethischen Anforderungen im Unternehmen erfüllt werden.

Laut den Autoren *István Ambrus* und *Ádám Farkas* basiert die Compliance „auf verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen (Gesetzesnormen) sowie internen, vom Unternehmen selbst aufgestellten – für seine Eigentümer, Mitarbeiter und Vertragspartner – teils auf der Grundlage von Gesetzen und teils auf der Grundlage der Moral und ethischen Gründen (wie gegebenenfalls Verhaltenskodizes)“.<sup>29</sup> *György Kocziszky* und *Kolos Kardkovács* formulieren den Zweck der Compliance als das „Management der Risiken aus Gewährleistung der Regulierung der Transparenz des Unternehmensbetriebs, des sparsamen und effizienten Einsatzes von Ressourcen; Rahmenbedingungen für ethisches unternehmerisches Handeln schaffen, Korruptionsrisiken vorbeugen“.<sup>30</sup>

Es soll noch darauf hingewiesen werden, dass in der wirtschaftsstrafrechtlichen Literatur ein neuer Begriff „*Criminal Compliance*“ oder „*kriminalitätsbezogene Compliance*“ zur Anwendung gekommen ist.<sup>31</sup> Laut *Tobias Günther* ist das Kernanliegen von *Criminal Compliance* „die Einhaltung der Strafgesetze im weiteren

---

*ance-Beratern einzurichten, die ihre Tätigkeit unmittelbar dem Geschäftsführer der Gesellschaft unterstellt. Wenn die Einrichtung einer Compliance-Abteilung die Gesellschaft aufgrund der Art, Größe und der Tätigkeit der Gesellschaft unverhältnismäßig belastet und der Geschäftsführer der Gesellschaft dem Compliance-Inhaber glaubhaft nachweisen kann, dass die Compliance-Aufgaben nicht nachteilig beeinflusst, genügt die Bestellung eines Compliance-Officers.“*

Die erste gesetzliche Verpflichtung zur Einrichtung einer unabhängigen Compliance-Organisation erfolgte in Ungarn durch die Änderung des Gesetzes Nr. CCXXXVII von 2013 über die Kreditinstitute und Finanzunternehmen im Jahre 2017. Gemäß § 153/A muss eine sog. „für die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben verantwortliche Organisationseinheit“ aufgestellt werden (ab 2018).

<sup>28</sup> Compliance Definition und Bedeutung für Unternehmen, [https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance/bedeutung-von-compliance-fuer-unternehmen\\_230130\\_474234.html](https://www.haufe.de/compliance/management-praxis/compliance/bedeutung-von-compliance-fuer-unternehmen_230130_474234.html) (abgerufen am 12. 7. 2021).

<sup>29</sup> AMBRUS – FARKAS: a.a.O., 19.

<sup>30</sup> KOCZISZKY György – KARDKOVÁCS Kolos: *A compliance szerepe a közösségi értékek és érdekek védelmében*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 2020, 20.

<sup>31</sup> Siehe ausführlich zum Thema der *Criminal Compliance*: ROTSCH, Thomas (Hrsg.): *Criminal Compliance*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015.

*Sinne*“ (d. h. Kern- und Nebenstrafrecht).<sup>32</sup> Criminal Compliance bedeutet auch eine neue Regulierungsform („regulierte Selbstregulierung“), damit eine effizientere Steuerungswirkung auf die Wirtschaft und dadurch ein „verbesserter Rechtsgüterschutz in der modernen Gesellschaft“ erreicht werden soll. In der einschlägigen deutschen Literatur werden als Ziel der Criminal Compliance aus Perspektive des Unternehmens die „*Haftungsvermeidung*“ („*Ahndungsvermeidung*“) und aus Sicht des Gesetzgebers die Kriminalitätsprävention genannt.<sup>33</sup>

Ein wesentlicher Bestandteil der Criminal Compliance ist die *Geldwäsche-Compliance*. In diesem Bereich wurden seit mehreren Jahren betriebsinterne Verfahren und Maßnahmen zur Gewährleistung der Einhaltung der einschlägigen Geldwäsche-Vorschriften etabliert. Durch die Geldwäsche-Richtlinien der Europäischen Union wurde seit den 90-er Jahren den Mitgliedstaaten auferlegt, präventiv wirkende Verpflichtungen in den nationalen Vorschriften einzuführen. Das *risikobasierte Regelungskonzept* wurde auf europäischer Ebene erst mit der *III. Geldwäsche-Richtlinie*<sup>34</sup> eingeführt. Im Hintergrund steht der Gedanke, dass die Gefahr der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung nicht in allen Fällen gleich hoch ist. Gemäß dem risikobasierten Ansatz wurden in bestimmten Fällen vereinfachte Sorgfaltspflichten (z. B. bei Sammelkonten von Notaren) und in anderen Fällen, in denen ein erhöhtes Risiko besteht (bei politisch exponierten Personen), erhöhte Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden eingeführt. Die Erfüllung dieser Pflichten erfordert nicht nur die Kenntnis der *Geldwäscherisiken*, sondern auch das Wissen darum, welche Pflichten sich in konkreten Situationen ergeben. Das regelrechte Verhalten kann durch Compliance-Programme unterstützt werden und in manchen Bereichen wird dies sogar als Pflicht festgelegt. Die III. Geldwäsche-Richtlinie enthält auch *Regelungen über Sanktionen*, wonach die Mitgliedstaaten sicherstellen sollen, dass der Richtlinie unterliegende natürliche und juristische Personen für Verstöße gegen die nach dieser Richtlinie erlassenen nationalen Vorschriften verantwortlich gemacht werden können.<sup>35</sup> Die Maßnahmen und Sanktionen sollen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein. Im folgenden Kapitel werden die heute geltenden Regelungen bzgl. der Sanktionierung der Verstöße gegen die Geldwäsche-Vorschriften untersucht, wobei eine klare Trennung zwischen verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Folgen gezogen werden muss.

---

<sup>32</sup> GÜNTHER: a.a.O., 101.

<sup>33</sup> GÜNTHER, a.a.O., 101–102.

<sup>34</sup> Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (Text von Bedeutung für den EWR), AB L 309 v. 25. 11. 2005.

<sup>35</sup> Art. 39 Richtlinie 2005/60/EG.

## 4. DIE VERANTWORTUNG VON UNTERNEHMEN FÜR DIE EINHALTUNG VON GELDWÄSCHEVORSCHRIFTEN

### 4.1. Einführung

Die Geldwäsche stellt heute noch immer ein erhebliches Bedrohungspotenzial für die Stabilität und Integrität des Finanzsystems der Europäischen Union dar. Der Kampf wurde durch die vor 30 Jahren erlassene erste Geldwäsche-Richtlinie<sup>36</sup> aufgenommen. Als präventives Mittel gegen die Geldwäsche ist die Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung<sup>37</sup> aus dem Jahre 2015 zu erwähnen, welche 2018<sup>38</sup> durch die fünfte Geldwäsche-Richtlinie geändert wurde. Beide Rechtsakte trugen den durch die Digitalisierung und Fortentwicklung der Technik gestellten Anforderungen im Kampf gegen die Geldwäsche Rechnung.

Die vom europäischen Gesetzgeber verwendbaren legislativen Mittel wurden durch den Vertrag von Lissabon erweitert.<sup>39</sup> Einen wichtigen Meilenstein im Kampf gegen die Geldwäsche stellt die 2018 erlassene Richtlinie über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche dar, die durch die Mitgliedstaaten bis zum 3. Dezember 2020 umzusetzen war.<sup>40</sup> Dies erfolgte in Deutschland durch das Gesetz zur Verbesserung der strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche vom 09. 3. 2021 und in Ungarn durch das Gesetz Nr. XLIII von 2020, von dem die nationalen Strafgesetzbücher betroffen waren.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> Richtlinie des Rates (91/308/EWG) vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl. L 166 v. 28. 6. 1991.

<sup>37</sup> Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 141 v. 5. 6. 2015.

<sup>38</sup> Die Änderung erfolgte durch die Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 156 v. 19. 6. 2018, 43.

<sup>39</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl. C 115 v. 9. 5. 2008. Es ist anzumerken, dass die Geldwäsche gemäß Art. 83 Abs 1. AEUV eine zur besonders schweren grenzüberschreitenden Kriminalitätsbereiche gehörende Straftat ist.

<sup>40</sup> Richtlinie (EU) 2018/1673 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2018 über die strafrechtliche Bekämpfung der Geldwäsche, ABl. L 284 v. 12. 11. 2018, 22.

<sup>41</sup> Gesetz Nr. XLIII von 2020 Gesetz Änderung der Strafprozessordnung und anderer damit zusammenhängender Gesetze.

## 4.2. Unionsrechtliche Rahmen

Die Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung wurde durch die Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates<sup>42</sup> vom 30. Mai 2018 geändert. Die 5. EU-Geldwäscherichtlinie ist am 9. Juli 2018 in Kraft getreten. Sie musste bis zum 1. Januar 2020 vom nationalen Gesetzgeber umgesetzt werden. Dadurch wurden die Anforderungen im Bereich der Geldwäscheprevention für Unternehmen deutlich verschärft. In der Präambel der fünften Geldwäsche-Richtlinie wurde betont, dass die Anonymität virtueller Währungen ihren potenziellen Missbrauch für kriminelle Zwecke ermöglicht. *„Zur Bekämpfung der Risiken im Zusammenhang mit der Anonymität sollten die nationalen zentralen Meldestellen die Möglichkeit haben, Informationen einzuholen, die es ihnen ermöglichen, der Identität des Eigentümers von virtuellem Geld virtuelle Währungsadressen zuzuordnen.“*<sup>43</sup> Durch die verstärkten Sorgfaltspflichten der 5. EU-Geldwäscherichtlinie steigt der administrative Aufwand für Verpflichtete deutlich an. Für verpflichtete Unternehmen bedeutet dies weitere Anpassungen und die Evaluierung ihrer internen Maßnahmen zur Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.<sup>44</sup>

Es stellt sich die Frage, welche Folgen mit der Nichtbefolgung der Geldwäschevorschriften (non-Compliance-Verhalten) verbunden sein können. Es besteht die Gefahr der rechtlichen Folgen (Strafrechtliche Haftung bei natürlichen Personen, Sanktionen durch die Aufsichtsbehörde bzw. die bußgeldrechtliche Verantwortung [bei natürlichen und juristischen Personen]) sowie darüber hinaus die Schädigung der Reputation (z. B. durch die Bekanntgabe der angewandten Sanktionen) und nicht zuletzt sind auch die finanziellen Risiken zu erwähnen. Es stellt sich zunächst die Frage, welche Sanktionen und Maßnahmen durch den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber anhand der europäischen Vorgaben wegen der Verletzung der präventiven Verpflichtungen einzuführen sind.

## 4.3. Bußgeldrechtliche Sanktionen

Es finden sich im Primärrecht der Europäischen Union ausdrückliche Ermächtigungen für den Rat der Union (auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments) supranationale Geldbußen einzuführen.<sup>45</sup> In diesem

---

<sup>42</sup> Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU (Text von Bedeutung für den EWR), ABL L 156 v. 19. 6. 2018, 43.

<sup>43</sup> Präambel Nr. 9. Richtlinie (EU) 2018/843

<sup>44</sup> <https://www.validatis.de/kyc-prozess/news-fachwissen/5-eu-geldwaescherichtlinie/#fazit> (3. 7. 2021).

<sup>45</sup> Wie z. B. Art. 103 AEUV und Art. 83 EAG, sowie Art. 132 Abs. 3 AEUV, der die Verhängung von Sanktionen durch die Europäische Zentralbank (EZB) ermöglicht. Siehe

Unterkapitel werden im Sekundärrecht der Europäischen Union (IV. Geldwäsche-Richtlinie) geregelte Vorschriften dargestellt.

Die 4. Geldwäsche-Richtlinie enthält detaillierte Regelungen über die Sanktionsvorschriften, die durch den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber einzuführen sind und welche beim Verstoß gegen bestimmte Verpflichtungen anzuwenden sind.<sup>46</sup> In der Präambel der 4. Geldwäsche-Richtlinie wird darauf hingewiesen, dass die von den Mitgliedstaaten bisher eingeführten unterschiedlichen verwaltungsrechtlichen Sanktionen und Maßnahmen gegen den Verstoß der wichtigsten präventiven Geldwäsche-Vorschriften voneinander abweichen, was die Bemühungen des einheitlichen Auftritts gegen die Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung gefährdet. Daher bezweckt diese Richtlinie die Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regelungen, zumindest bei *schweren, wiederholten oder systematischen Verstößen* gegen bestimmte Verpflichtungen. Es stellt sich die Frage, welche Pflichten darin einbezogen wurden. Diese sind folgende:

- *Sorgfaltspflicht gegenüber Kunden* (Art. 10 bis 24),
- *Verdachtsmeldungen* (Art. 33, 34 und 35),
- *Aufbewahrung von Aufzeichnungen* (Art. 40) und
- *interne Kontrollen* (Art. 45 und 46).<sup>47</sup>

Als allgemeine Voraussetzung wird festgelegt, dass diese Sanktionen (Maßnahmen) wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen. Die Mitgliedstaaten können auch strafrechtliche Sanktionen vorsehen (ein Beispiel dafür ist das ungarische Strafrecht, das die vorsätzliche Versäumung der Meldepflicht bestraft), dessen unbeschadet sind *verwaltungsrechtliche Sanktionen und Maßnahmen* festzulegen.<sup>48</sup>

Die Sanktionen können auch im Fall von juristischen Personen auferlegten Verpflichtungen gegen die Mitglieder des Leitungsorgans und andere natürliche Personen, die nach nationalem Recht für den Verstoß verantwortlich sind, verhängt werden. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die zuständigen Behörden mit allen für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlichen Aufsichts- und Ermittlungsbefugnissen ausgestattet sind.

Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen und Maßnahmen sollen mindestens Folgendes umfassen:

„a) die öffentliche Bekanntgabe der natürlichen oder juristischen Person und der Art des Verstoßes;

b) eine Anordnung, nach der die natürliche oder juristische Person ihre Verhaltensweise einzustellen und von einer Wiederholung abzusehen hat;

---

dazu ausführlich: DANNECKER, Gerhard – DANNECKER, Christoph: Europäische und verfassungsrechtliche Vorgaben für das materielle und formelle Unternehmensstrafrecht. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (NZWiSt)*, 2016, 162–177.

<sup>46</sup> Sanktionen Art. 58-62 Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung.

<sup>47</sup> Art. 59. Abs. 1 Richtlinie (EU) 2015/849.

<sup>48</sup> Art. 58. Abs. 1–2 Richtlinie (EU) 2015/849.

c) bei Verpflichteten, die einer Zulassungspflicht unterliegen, Entzug oder Aussetzung der Zulassung;

d) vorübergehendes Verbot für jede für den Verstoß verantwortlich gemachte Person, die Leitungsaufgaben bei einem Verpflichteten wahrnimmt, oder jede andere für den Verstoß verantwortlich gemachte natürliche Person, bei Verpflichteten Leitungsaufgaben wahrzunehmen;

e) maximale Geldbußen in mindestens zweifacher Höhe der infolge des Verstoßes erzielten Gewinne, soweit sich diese beziffern lassen, oder von mindestens 1 000 000 EUR.<sup>49</sup>

Bei Kreditinstituten und Finanzinstituten können sogar schärfere Sanktionen zur Anwendung kommen (im Falle einer juristischen Person maximale Geldbußen sind 5 000 000 EUR oder 10% des jährlichen Gesamtumsatzes, im Falle einer natürlichen Person gilt die maximale Geldbuße von 5 000 000 EUR).<sup>50</sup>

Es ist ersichtlich, dass der Unionsgesetzgeber die Sanktionsnormen, deren Umsetzung den Mitgliedstaaten auferlegt wurden, sehr detailliert bestimmt hat. Die Höhe der zu verhängenden Geldbußen sind sehr hoch bestimmt. Die Mitgliedstaaten können sogar die zuständigen Behörden ermächtigen, weitere Arten von verwaltungsrechtlichen Sanktionen oder Geldbußen zu verhängen. In der Präambel wird darauf hingewiesen, dass gemäß dieser Richtlinie auferlegte verwaltungsrechtliche Sanktionen und Maßnahmen und gemäß dem nationalen Recht auferlegte strafrechtliche Sanktionen nicht gegen den Grundsatz *ne bis in idem* verstoßen.<sup>51</sup>

#### 4.4. Folgen des Nichteinhaltens der Geldwäsche-Vorschriften in Ungarn

##### 4.4.1. Repressive Vorschriften im ungarischen StGB: Geldwäsche und die Nichteinhaltung der Meldepflicht

In Ungarn wurde die Strafbarkeit wegen Versäumung der Geldwäsche-Meldepflicht parallel mit der Kriminalisierung der Geldwäsche in das uStGB<sup>52</sup> 1994 eingeführt. Bezüglich des Straftatbestandes der Geldwäsche in Ungarn soll hier nur darauf hingewiesen werden, dass der Tatbestand durch das Strafrechtsänderungsgesetz Nr. LII von 2020 konzeptionell neugestaltet wurde, um die Geldwäsche effektiver zu bekämpfen und die VI. Geldwäsche-Richtlinie umzusetzen. Die Straftat der Hehlerei wurde in den Straftatbestand der Geldwäsche integriert und als ein Fall derselben konzipiert. Im Mittelpunkt der Änderung stand die strafrechtspolitische Überlegung, dass die Kriminalität dann wirksamer bekämpft werden kann, wenn die strafrechtlichen Mittel auf den dadurch erlangten Vermögensgewinn abzielen.

<sup>49</sup> Art. 59 Abs. 2 Richtlinie (EU) 2015/849.

<sup>50</sup> Art. 59 Abs. 3 Richtlinie (EU) 2015/849.

<sup>51</sup> Präambel Nr. 59 Richtlinie (EU) 2015/849.

<sup>52</sup> Gesetz Nr. IV. von 1978 über das Strafgesetzbuch.



Es muss hervorgehoben werden, dass in Ungarn des Versäumnis der gesetzlich vorgeschriebenen Meldepflicht<sup>53</sup> – als eine Form der Geldwäscherei – im Gesetz Nr. IX von 1994 kriminalisiert wurde. Die Geldwäsche-Richtlinien ermächtigen die Mitgliedstaaten, zur Verhinderung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung strengere Vorschriften zu erlassen. Seit dem Strafrechtsänderungsgesetz aus dem Jahre 2001 sind die Straftatbestände der Geldwäsche und Versäumung der Meldepflicht in eigenständigen Paragraphen voneinander getrennt geregelt. Wichtig ist darauf hinzuweisen, dass die Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit ebenfalls gegeben war, jedoch mittlerweile aufgehoben wurde. Nach dem heute geltende uStGB<sup>54</sup> ist das vorsätzliche Versäumen der Verdachtsmeldungsspflicht in Verbindung mit Geldwäsche strafbar: „*Wer seiner mit der Vorbeugung und Verhinderung von Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung verbundenen, gesetzlich vorgeschriebenen Meldepflicht nicht nachkommt, ist wegen eines Vergehens mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.*“<sup>55</sup> Die Strafnorm ist als Blankettnorm formuliert. Die Meldepflicht wird im Gesetz Nr. LIII von 2017 über die Vorbeugung und Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (Geldwäsche-Gesetz) geregelt. Gemäß § 30 Geldwäsche-Gesetz müssen die Verpflichteten (Leiter, Beschäftigten und unterstützende Familienangehörige des Dienstleiters), wenn Daten, Fakten und Umstände auftreten, die

a) auf Geldwäsche,

b) auf Terrorismusfinanzierung oder

c) auf die Herkunft von Sachen aus einer strafbaren Handlung

verweisen, den Geldwäschebeauftragten unverzüglich schriftlich Meldung erstatten.

Es muss betont werden, dass die kriminalstrafrechtliche Verantwortung von juristischen Personen (so auch von Unternehmen) in Ungarn nicht möglich ist. Ihnen gegenüber können keine Strafen, sondern nur Maßnahmen verhängt werden, welche auch das Vorhandensein einer natürlichen Person voraussetzt.<sup>56</sup>

#### **4.4.2. Maßnahmen und verwaltungsrechtliche Sanktionen im ungarischen Geldwäschegesetz**

Das heute geltende ungarische Geldwäsche-Gesetz<sup>57</sup> ermächtigt die Aufsichtsbehörde bei einer Verletzung der Bestimmungen des Gesetzes vielfältige Maßnahmen

<sup>53</sup> Die Meldepflicht wurde durch das Gesetz Nr. XXIV von 1994 über die Verhütung und Bekämpfung der Geldwäsche (I. Ungarische Geldwäsche-Gesetz) eingeführt.

<sup>54</sup> Gesetz Nr. C von Jahre 2012 über das Strafgesetzbuch (uStGB).

<sup>55</sup> § 401 uStGB

<sup>56</sup> Gesetz Nr CIV von 2001 über strafrechtliche Maßnahmen gegen eine juristische Person. Siehe dazu SÁNTHA, Ferenc: Special modes of criminal liability in Hungarian criminal law: liability of the heads of business and superiors. In: SPINELLIS – THEODORAKIS – BILLIS – PAPADIMITRAKOPOULOS (Hrsg.): *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward: Essays in Honour of Nestor Courakis*. Athens, Sakkoulas Publications, 2017, 477–496.

<sup>57</sup> Siehe zur Erläuterung des ungarischen Geldwäsche-Gesetz ausführlich: PAPP Zsófia (Hrsg.): *Magyarázat a pénzmosás és a terrorizmus finanszírozása megelőzéséről és megakadályozásáról*. Wolters Kluwer Hungary, Budapest, 2019.

gegen den Dienstleister zu ergreifen<sup>58</sup>, nämlich Ermahnung, Einstellung der Rechtsverletzung, Überarbeitung der internen Regelungen, Widerruf oder Aussetzung der Erlaubnisse (Genehmigungen) zur Tätigkeitsausübung bis zur Beseitigung der Rechtsverletzung, Löschen aus dem Register oder Verbot der Ausübung der Tätigkeit für wenigstens einen Monat und höchstens zwölf Monate. Es ist auch möglich, dass ein Sachverwalter der Finanzaufsicht ernannt wird oder Fortbildungsmaßnahmen vorgeschrieben werden.

Wichtig ist zu betonen, dass durch die Aufsichtsbehörde die Feststellung der Verantwortung des Leiters oder des für eine Rechtsverletzung verantwortlichen Beschäftigten bzw. unterstützenden Familienangehörigen des Dienstleisters angeregt werden kann und dass sogar die Aussetzung der Leiterbefugnis des Leiters des Dienstleisters bis zur Beseitigung der Rechtsverletzung oder der Widerruf der Leiterbefugnis möglich geworden sind.

Neben diesen Maßnahmen kann auch eigenständig eine *Geldbuße* verhängt werden. Bei Finanzinstituten kann diese zwischen 400 000 Forint und bis zu 10 Prozent der jährlichen Nettoumsätze (höchstens von 2 Milliarden Forint) liegen, bei anderen Dienstleistern (z. B. Wirtschaftsprüfer) liegt diese Summe zwischen 100 000 Forint und 400 Millionen Forint.

Die Aufsichtsbehörden berücksichtigen bei der Anwendung der Maßnahmen:

- a) die Schwere der Rechtsverletzung,
- b) das vorsätzliche oder fahrlässige Verhalten der für die Rechtsverletzung verantwortlichen Personen,
- c) den Marktanteil des Unternehmens der rechtsverletzenden Person, wenn dieser hinsichtlich der gegebenen Kategorie des Dienstleisters eingeschätzt werden kann,
- d) die auf den Dienstleister oder seine Kunden ausgeübte Wirkung der Rechtsverletzung,
- e) die von den verantwortlichen Personen der Aufsicht ausübenden Behörde gegenüber bewiesene Kooperation,
- f) die Dauer, Wiederholung oder Häufigkeit der Rechtsverletzung.<sup>59</sup>

Die Maßnahme muss auch dann angewendet werden, wenn der Dienstleister eine juristische Person oder Organisation ohne Rechtspersönlichkeit ist und der Beschäftigte oder unterstützende Familienangehörige des Dienstleisters die Bestimmungen dieses Gesetzes so zum Vorteil des Dienstleisters verletzt, dass die Rechtsverletzung durch die Erfüllung der Aufsichts- oder Kontrollpflicht des Leiters des Dienstleisters hätte verhindert werden können.<sup>60</sup>

Entsprechend den Anforderungen der IV. Geldwäsche-Richtlinie muss der Beschluss der Aufsichtsbehörde nach der Übermittlung an den Dienstleister unverzüglich auf ihrer Homepage veröffentlicht werden, damit dadurch wenigstens die Daten

---

<sup>58</sup> § 69 Geldwäsche-Gesetz.

<sup>59</sup> § 69 Abs. 4 Geldwäsche-Gesetz.

<sup>60</sup> § 69 Abs. 6 Geldwäsche-Gesetz.

und Informationen zum Charakter der Verletzung der Vorschrift oder der Mängel bzw. zur rechtsverletzenden Person eingesehen werden können.<sup>61</sup>

Zusammenfassend kann behauptet werden, dass das ungarische Geldwäsche-Gesetz die Anforderungen der Geldwäsche-Richtlinie nicht nur erfüllt, sondern sogar noch weiter geht, da bei den Verstößen gegen Verpflichtungen kein Unterschied bezüglich der Sanktionen und Maßnahmen gemacht wird. Bei den Geldbußen ist sogar eine Mindesthöhe festgelegt, die Geldwäsche-Richtlinie bestimmt hingegen nur die Höchstgrenze der Geldbuße.

## 5. ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

Die Geldwäsche ist nach wie vor ein bedeutendes Problem auf nationaler, europäischer und globaler Ebene. Bei seiner Bekämpfung kommt den Compliance-Maßnahmen eine besondere Bedeutung zu. Zur Einhaltung der geldwäschebezogenen Verpflichtungen können Geldwäsche-Compliance-Maßnahmen wesentlich beitragen. Es ist *keine Legaldefinition* für den Begriff „Compliance“ zu finden, weder in den nationalen rechtlichen Vorschriften noch in den nationalen Übereinkommen. Dies kann dadurch erklärt werden, dass der Begriff Compliance nicht auf die rechtlichen Vorgaben beschränkt ist, sondern auch die zu erfüllenden ethischen Anforderungen erfasst. Auch in wirtschaftlicher Hinsicht hat Compliance einen weiter gefassten Inhalt, denn es bedeutet nicht nur die Einhaltung von Gesetzen, sondern auch die Einhaltung der Kriterien der Nachhaltigkeit und Wirtschaftsethik sowie anderer Erwartungen.

Als „Best Practice“ kann aus Deutschland erwähnt werden, dass der Bundesgerichtshof im Mai 2017 entschieden hat, dass *„für die Bemessung der Geldbuße zudem von Bedeutung ist, inwieweit die Nebenbeteiligte ihrer Pflicht, Rechtsverletzungen aus der Sphäre des Unternehmens zu unterbinden, genügt und ein effizientes Compliance-Management installiert hat, das auf die Vermeidung von Rechtsverstößen ausgelegt sein muss“*.<sup>62</sup> Darüber hinaus kann es auch eine Rolle spielen, ob das Unternehmen nach der Entdeckung des Normverstößes entsprechende Regelungen optimiert und seine betriebsinternen Abläufe so gestaltet hat, dass vergleichbare Normverletzungen zukünftig jedenfalls deutlich erschwert werden.<sup>63</sup> Es muss aber betont werden, dass allein durch die Integrierung einer Compliance-Organisation die Haftung weder vermieden noch gemildert werden kann. Compliance muss effektiv zur Normkonformität des Unternehmens beitragen. Die strafrechtliche und bußgeldrechtliche Verantwortung kann präventive Wirkung entfalten.

<sup>61</sup> § 71 Geldwäsche-Gesetz.

<sup>62</sup> BGH, Urteil vom 9. 5. 2017 – 1 StR 265/16, S. 60. <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=78723&pos=0&anz=1> (abgerufen am 8. 8. 2021).

<sup>63</sup> BLUMHOFF, Laura: Rechtsfolgen für Unternehmen (12. Kapitel). In: ADICK, Martin – BÜLTE, Jens (Hrsg.): *Fiskalstrafrecht. Straftaten gegen staatliche Vermögen*, C.F. Müller, Heidelberg, 2019, 333.

Zum Schluss soll noch darauf hingewiesen werden, dass die Europäische Kommission ein neues *Paket von Legislativvorschlägen* am 20. Juli 2021 vorgelegt hat, um die unionsrechtlichen Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäsche (und Terrorismusfinanzierung) zu verstärken und die Aufdeckung verdächtiger Transaktionen und Aktivitäten zu verbessern. Dieses enthält unter anderen einen Vorschlag zur Schaffung einer neuen EU-Behörde zur Bekämpfung der Geldwäsche.<sup>64</sup> Zudem ist geplant, eine *neue Anti-Geldwäsche-Richtlinie* zu erlassen, die die IV. Geldwäsche-Richtlinie ersetzen wird.<sup>65</sup> Es ist ersichtlich, dass die Bekämpfung der Geldwäsche weiterhin ein politisches Anliegen mit höchster Priorität ist. Abzuwarten ist, inwieweit die neuesten legislativen Fortschritte zur Effektivität der Bekämpfung der Geldwäsche auf der Ebene der EU beizutragen vermögen.

#### LITERATURVERZEICHNIS

- [1] AMBRUS István – FARKAS Ádám: *A compliance alapkérdései. Az etikus vállalati működés elmélete és gyakorlata*. Wolters Kluwer Hungary Kft., Budapest, 2019.
- [2] ARZT, Gunther: Das schweizerische Geldwäscheverbot im Lichte der amerikanischen Erfahrungen. *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR)*, 1996, 89–109.
- [3] BLUMHOFF, Laura: Rechtsfolgen für Unternehmen. In: ADICK, Martin – BÜLTE, Jens (Hrsg.): *Fiskalstrafrecht. Straftaten gegen staatliche Vermögen*, C.F. Müller, Heidelberg, 2019.
- [4] BÜLTE, Jens: Reform des § 261 StGB: Vermeintlich effektive Abschöpfung statt Rechtsstaatlichkeit. *Geldwäsche & Recht*, 2021/1, 8–11.
- [5] DANNECKER, Gerhard – DANNECKER, Christoph: Europäische und verfassungsrechtliche Vorgaben für das materielle und formelle Unternehmensstrafrecht. *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (NZWiSt)*, 2016, 162–177.
- [6] GÜNTHER, Thomas: *Die Bedeutung von Criminal-Compliance-Maßnahmen für die strafrechtliche und ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung*. Duncker & Humblot, Berlin, 2017.
- [7] GURULÉ, Jimmy: The money laundering contor act of 1986. Creating a new federal offence or merely affording federal prosecutor an alternative means of

<sup>64</sup> Das Paket bedeutet die Umsetzung des am 7. Mai 2020 vorgelegten Aktionsplans über den verstärkten Kampf gegen die Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung.

<sup>65</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die von den Mitgliedstaaten einzurichtenden Mechanismen zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/84. Brüssel, den 20. 7. 2021 COM(2021) 423 final 2021/0250 (COD).

- punishing specified unlawful activity? *American Criminal Law Review*, Vol. 32/1994–1995, 823–854. [https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=law\\_faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=law_faculty_scholarship) (abgerufen am 16. 06. 2021).
- [8] JACSÓ, Judit: *Bekämpfung der Geldwäscherei in Europa, unter besonderer Berücksichtigung des Geldwäschestrafrechts von Österreich, der Schweiz und Ungarn* (Schriftenreihe Sanktionenrecht in Europa, 5. Band, Hrsg.: DANNECKER, G. – HÖPFEL, F. – SCHWARZENEGGER, Ch.). Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Berlin–Wien–Zürich, 2007.
- [9] JACSÓ Judit: A compliance fogalmáról és szerepéről a gazdasági életben. *Miskolci Jogi Szemle*, 2019/1, Sonderausgabe, 82–91.
- [10] JACSÓ, Judit: Freiheit und Sicherheit im Spiegel der Geldwäschebekämpfung in Europa. In: KARSAI K. – NAGY F. – SZOMORA ZS. (Hrsg.): *Freiheit – Sicherheit – (Straf)Recht Beiträge eines Humboldt-Kollegs*. V&R Unipress, Universitätsverlag Osnabrück, 2011, 103–126.
- [11] JACSÓ, Judit – UDVARHELYI, Bence: The fight against money laundering in Hungary. In: FARKAS Ákos – DANNECKER, Gerhard – JACSÓ Judit (Hrsg.): *Criminal law aspects of the protection of the financial interests of the EU: with particular emphasis on the national legislation on tax fraud, corruption, money laundering and criminal compliance with reference to cybercrime*. Wolters Kluwer Hungary, 2019, 288–303.
- [12] KOCZISZKY György – KARDKOVÁCS Kolos: *A compliance szerepe a közösségi értékek és érdekek védelmében*. Akadémiai Kiadó, Budapest, 2020.
- [13] LEITNER, Roman – DANNECKER Gerhard: *Geldwäsche-Compliance: Handbuch der Geldwäsche-Compliance für die rechts- und steuerberatenden Berufe*. Linde Verlag, Wien, 2009.
- [14] MOLNÁR Erzsébet: Compliance és az üzleti titok. *Miskolci Jogi Szemle*, 2021/1, Band 2, 48–63.
- [15] MOOSMAYER, Klaus: *Compliance. Praxisleitfaden für Unternehmen*. Beck Verlag, 2021, 4. Auflage, Beck online Datenbank (abgerufen am 4. 10. 2021).
- [16] PAPP Zsófia (Hrsg.): *Magyarázat a pénzmosás és a terrorizmus finanszírozása megelőzéséről és megakadályozásáról*. Wolters Kluwer Hungary, Budapest, 2019.
- [17] ROTSCH, Thomas (Hrsg.): *Criminal Compliance*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2015.
- [18] ROTSCH, Thomas: Criminal Compliance. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2010/10.
- [19] SÁNTHA, Ferenc: Special modes of criminal liability in Hungarian criminal law: liability of the heads of business and superiors. In: SPINELLIS – THEODORAKIS – BILLIS – PAPADIMITRAKOPOULOS (Hrsg.): *Europe in Crisis:*

*Crime, Criminal Justice, and the Way Forward: Essays in Honour of Nestor Courakis*. Athens, Sakkoulas Publications, 2017.

- [20] SCHRÖDER, Thomas: Compliance an Universitäten – ein Albtraum oder überfälliges Strukturelement? Zu den möglichen Vor- und Nachteilen organisierter Regelbefolgung an öffentlichen Universitäten aus der Perspektive des deutschen Rechts. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, 2017/6.
- [21] UDVARHELYI Bence – JACSÓ Judit: A pénzmosás alapcselekményi körének változása különös tekintettel az adócsalás problematikájára. *Miskolci Doktoranduszok Jogtudományi Tanulmányai*, Band 14, Miskolc, 2014.

## RESPONSIBILITY OF COMPANIES IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

FERENC SÁNTHA\*

**Abstract:** In the paper, after outlining the criminological background, namely the corporate criminality in the field of core international crimes and some possible arguments in favour of criminal accountability of corporations on an international level, the case law of the International Military Tribunal at Nuremberg and the so-called subsequent Nuremberg trials is introduced. Finally, the third part is devoted to examine the questions of the codification process of the Statute of the International Criminal Court in relation to the organizational liability, putting the emphasis on answering the question: was there and is there an international court or tribunal that can exercise criminal jurisdiction over corporations?

**Keywords:** *International criminal law, Criminal liability of legal persons for core international crimes, Crimes under international law, Corporate criminal liability in international criminal law, International Criminal Court*

### 1. INTRODUCTION

The topic of my presentation is ‘Responsibility of companies in international criminal law’, but it should be emphasized in advance that I will not address all mechanisms of the concept of criminal liability of legal persons under international (criminal) law but will focus only on the international corporate criminal liability for the core international crimes: genocide, crimes against humanity and war crimes.

### 2. CORPORATE CRIMINALITY IN THE FIELD OF CORE INTERNATIONAL CRIMES

Today, it can be stated that the criminal liability of legal persons is a generally recognized principle in domestic criminal law, both in common law and civil law countries.<sup>1</sup> Moreover, a number of international instruments, including UN conventions and EU directives, provide for corporate liability for the so-called transnational crimes<sup>2</sup>, and the Universal Declaration of Human Rights can also be applied to legal

---

\* Associate Professor, University of Miskolc, Faculty of Law, Institute of Criminal Sciences, Department of Criminal Law and Criminology.

<sup>1</sup> In contrast to most of the continental European countries, in Germany only natural persons are presently subject to criminal liability.

<sup>2</sup> Legal acts of the EU and other international organizations obligate states to take the appropriate measures to ensure that legal persons may be held accountable for criminal offences committed within their institutional frameworks. See e.g. Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism

entities, making it possible to hold corporations liable for human rights abuses.<sup>3</sup> A situation where a corporation can and should be liable for criminal offences at the national level but is not prosecuted internationally for the most serious international crimes would be difficult to justify.

Corporations, especially transnational corporations with their widespread cross-border activity have in the last decades become generators of international trade and globalization.<sup>4</sup> These enterprises wield tremendous financial and political power<sup>5</sup> which is not always used for noble goals and the negative consequences of the corporate activity can be qualified as criminal offences. The first and one of the most important preliminary questions is: Can we imagine a situation where the above-mentioned core international crimes are committed within the framework of a corporation, namely a war crime is committed by the leader (or member or employee) of the corporation and a financial advantage, a profit of the crime appears for the corporation?

Historical experiences and the international practice show that the answer is definitely yes. These crimes can be called “*organizational crimes*”, which constitute a form of collective criminality. E.g. the statutory element of crimes against humanity is the widespread or systematic attack against civilians and the common policy behind the attack. The attack must be committed against a civilian population, which necessarily implies some sort of plan,<sup>6</sup> and crimes against humanity are inhumane acts “*instigated or directed by a Government or by any organisation or group*”.<sup>7</sup> This is also a characteristic feature of genocide which is usually a well-prepared crime that requires concerted planning and action<sup>8</sup>, and the commission of genocide usually presupposes certain degree of organisation and planning. Finally, this is also true in case of war crimes, which are often committed as a part of a large-scale commission or as a part of a policy.<sup>9</sup>

The commission of core international crimes presupposes the participation of various actors and logistics: “*it must be planned, administrated, funded, and carried out; arms and other equipment must be provided; and complex logistics must be*

---

and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA.

<sup>3</sup> CLAPHAM, Andrew: *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 61.

<sup>4</sup> VAN DEN HERIK, Larissa – ČERNIČ, Jernej Letnar: Regulating Corporations under International Law. *Journal of International Criminal Justice*, 8, 2010, p. 725.

<sup>5</sup> STOITCHKOVA, Desislava: *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*. Intersentia, 2010, p. 1.

<sup>6</sup> Kayishema Judgement, at para 125. (Trial Chamber ICTR-95-1)

<sup>7</sup> ILC Draft Code of Crimes Art. 18 para. 5 of commentary.

<sup>8</sup> FAUCHALD, Kristian – STIGEN, Jo: Corporate Responsibility Before International Institutions. *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, Vol. 40, 2009, p. 1033.

<sup>9</sup> See the Art. 8 (1) of the Statute of the ICC: „*The Court shall have jurisdiction in respect of war crimes in particular when committed as part of a plan or policy or as part of a large-scale commission of such crimes.*”



arranged.”<sup>10</sup> There are several core international crimes which have economic dimension,<sup>11</sup> e.g. crimes against humanity like forced labour and enslavement, war crimes like seizure of enemy property, pillaging and plundering, deployment of child soldiers, or using land mines. Corporations can provide the necessary weapons for the armed conflict or provide the chemicals needed for the production of toxic weapons.

According to *Kaleck and Saage-Maaß*, there are two main typical scenarios in which business actors can participate in international crimes:

- the cooperation of corporations with military regimes and dictatorships: (i) profiting from state violence; (ii) facilitating international crimes of a regime by providing the means for abuses; (iii) direct support of repressions;
- the involvement of corporations in (civil) war and other conflict zones: (i) fueling conflict through the provision of goods and illicit funds; (ii) providing military and intelligence services.<sup>12</sup>

In conclusion, it can be stated that *corporate criminality is a reality in the area of international crimes*. I note that there are other arguments in favour of prosecuting the corporate entity itself, e.g. corporate liability would facilitate restitution for victims; collective action is likely to result in greater harm than individual action; the individual actions of each corporate employee may be insufficient to hold any one of them liable under international law, even though a wrong has clearly been committed; effective deterrence of collective actions requires systemic punishment.<sup>13</sup>

In the following, the historical experiences will be outlined.

### 3. HISTORY

Even though examples of serious corporate crimes can be found as early as the 19th century<sup>14</sup>, the idea to focus on corporations in the context of prosecuting international crimes did not originate until the end of World War II, the case law of the International Military Tribunal at Nuremberg and the so-called subsequent Nuremberg trials.

#### a) *The International Military Tribunal*

According to Article 9 of the Nuremberg Charter, “*At the trial of any individual member of any group or organisation the Tribunal may declare (in connection with*

<sup>10</sup> FAUCHALD – STIGEN: 2009, p. 1033.

<sup>11</sup> NERLICH, Volker: Core Crimes and Transnational Business Corporations. *Journal of International Criminal Justice*, 8, 2010, p. 900.

<sup>12</sup> KALECK, Wolfgang – SAAGE-MAAß, Miriam: Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes. *Journal of International Criminal Justice*, 8, 2010, pp. 703–709.

<sup>13</sup> SLYE, Ronald, C: Corporations, Veils, and International Liability. *33 Brook. J. Int'l L.*, 2008, p. 960.

<sup>14</sup> See the crime of genocide, slavery and other human rights abuses committed in the framework of the Dutch East India Company and the British East India Company. KELLY, Michael J.: *Prosecuting Corporations for Genocide*. Oxford University Press, 2016, pp. 17–26.

any act of which the individual may be convicted) that the group or organisation of which the individual was a member was a criminal organization". Based on the above declaration, the national authorities had the right to bring the member of the organisation to trial.<sup>15</sup>

The mechanism of the concept of criminal organisations was to establish the responsibility of the group or organisation in the first place and subsequently punish the members for the crimes committed in the framework of that organisation, but on the basis of individual guilt.<sup>16</sup> Several political or military groups and organisations were declared criminal by the IMT, e.g. the Gestapo, the SS and the Leadership Corps of the Nazi Party, and the national courts and military tribunals relied on this doctrine in the subsequent trials of individuals.

The question is whether this solution can be regarded as a form of criminal liability of corporations?

I am afraid that the answer is no. This is due to the facts that – as *van den Herik* pointed out – the entities that were declared criminal were not corporations but political or military legal persons (1); The organizations declared criminal were never really tried as such before the Nuremberg Tribunal and it could not impose a penalty on the organizations as such (2); Finally, the organizations were already dissolved at the moment of the declaration of the IMT (3).<sup>17</sup> Thus, declaring an organization criminal can be seen as a moral condemnation; the purpose behind this concept was to facilitate the prosecution of the organization's members.

b) Three of the cases<sup>18</sup> of the so-called *subsequent Nuremberg trials* are worth mentioning, because the common feature of these cases was that serious international crimes were committed within the framework of a large corporation and a massive profit was made from the crimes.

The first is the *Flick-case*, in which the high-ranking corporate officers were charged with war crimes and crimes against humanity for their participation in the slave-labour programme and plundering of public and private property. In the *case of I.G. Farben*, five directors of the large German chemical firm, I.G. Farben were

<sup>15</sup> See the Article 10 of the Charter: "In cases where a group or organization is declared criminal by the Tribunal, the competent national authority of any Signatory shall have the right to bring individual to trial for membership therein before national, military or occupation courts. In any such case the criminal nature of the group or organization is considered proved and shall not be questioned." <https://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp#> (15. 2. 2021).

<sup>16</sup> BIGALKE, Henning: *Criminal responsibility of corporations in international law*. University of Cape Town, 2013, p. 37.

<sup>17</sup> VAN DEN HERIK, Larissa: *Subjecting Corporations to the ICC regime: Analyzing the Legal Counterarguments*. January, 22nd 2012, p 4, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1989849> (12. 2. 2021).

<sup>18</sup> The cases (Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10.) are available online at <https://phdn.org/archives/www.mazal.org/NMT-HOME.htm>.

convicted for the use of slave labour and plundering. There was the same situation in the *Krupp-case*.<sup>19</sup>

Finally, it is worth mentioning one more case, the infamous *Ziklon B case*, tried by the British Military Court in Hamburg. The court convicted the owner and the general manager of the company for aiding and abetting murder as a war crime. The company supplied concentration camps with Ziklon B which was used by the Nazis in the gas chamber during the Holocaust.<sup>20</sup>

What conclusions can be drawn from these cases?

It is a clear fact that the defendants of these cases were natural persons, not the companies, since the courts had no jurisdiction over legal persons as such, but the cases of great importance for several reasons, I mention only one:

The court decisions state that war crimes and crimes against humanity were committed by corporations. In the *Farben case*, the court explicitly stated that *Farben* as a legal entity has violated the prohibitions of international law.<sup>21</sup> On the basis of these findings it may be concluded that corporations have obligations under international law, the prohibition of the commission of war crimes and crimes against humanity applies not only natural, but also legal persons.

Although the above-mentioned defendants were natural persons and not legal entities, these cases can be considered not only the first examples of prosecuting the heads of business on an international level but the starting point for corporate responsibility for the core international crimes.

#### 4. THE ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

After World War II, serious international crimes were committed in many parts of the world, but the perpetrators were rarely prosecuted and sentenced. The relative impunity of the actual perpetrators impeded any discussion about the liability of other actors, including corporations.<sup>22</sup> But in 1993 and 1994, two ad hoc international criminal tribunals were established, the ICTY and the ICTR. The statutes of these tribunals authorize the tribunals to prosecute individuals but not legal entities. However this does not mean that we cannot find a case in which a corporation was involved in the commission of a crime. For example, in the *Nahimana case* before the ICTR, two directors of the RTL Radio Station were convicted by the Tribunal for incitement to genocide committed as part of the corporate activity of the station.

The historic moment arrived in 1998, when the diplomatic conference in Rome for the purpose of creating an international criminal court started its work. The negotiations on the ICC offered a new opportunity for the international community to establish an international mechanism for prosecuting corporations. The most important country that supported the idea of corporate criminal responsibility as part of

<sup>19</sup> In the *Krupp case*, Alfred Krupp and other executives of the Krupp firm were convicted for crimes relating to plunder, spoliation and the use of forced labour.

<sup>20</sup> KALECK – SAAGE MAAB: 2010, p. 701.

<sup>21</sup> BIGALKE: 2013, p. 39.

<sup>22</sup> KALECK – SAAGE MAAB: 2010 p. 702.

the Rome Statute was France. French criminal law traditionally accepts that corporations can be held liable for criminal acts and the Criminal Code of France has regulated the liability of organisations since 1994.

Thus France, supported by other states, submitted a proposal that would subject legal entities to the ICC's jurisdiction. As a result of this proposal, *the draft Statute* contained a provision providing the Court jurisdiction over legal persons. Draft Article 23, paragraphs 5 and 6, provided that:

*“[23(5) The Court shall have jurisdiction over legal persons, with the exception of States, when the crimes committed were committed on behalf of such legal persons or by their agencies or representatives.*

*23 (6) The criminal responsibility of legal persons shall not exclude the criminal responsibility of natural persons who are perpetrators or accomplices in the same crimes.]”*

As we can see, the regulation is rather laconic: international criminal responsibility may be attributed to “legal persons”, except states; the natural person who is the offender can be the representative or agency of the legal person; and the principle of parallel liability is declared.

Surprisingly, on 16th June 1998, the second day of the conference, France submitted a new and completely different proposal on organisational responsibility (Article 23) which was more in line with the Nuremberg precedent.<sup>23</sup>

*“5. When the crime was committed by a natural person on behalf or with the assent of a group or organization of every kind, the Court may declare that this group or organization is a criminal organization.*

*6. In the cases where a group or organization is declared criminal by the Court, this group or organization shall incur the penalties referred to in article 76, and the relevant provisions of articles 73 and 79 are applicable.*

*In any such case, the criminal nature of the group or organization is considered proved and shall not be questioned, and the competent national authorities of any State party shall take the necessary measures to ensure that the judgement of the Court shall have binding force and to implement it.”*

This proposal has strongly criticized which has led France to modify it and a compromised final version (on 3 July 1998) was inserted into the *final draft text*:

*„5. Without prejudice to any individual criminal responsibility of natural persons under this Statute, the Court may also have jurisdiction over a juridical person for a crime under this Statute. Charges may be filed by the Prosecutor against a juridical person, and the Court may render a judgement over a juridical person for the crime charged, if:*

---

<sup>23</sup> VAN DEN HERIK: 2012, p. 6.

- a. The charges filed by the Prosecutor againsts the natural person and the juridical person allege the matters referred to in subparagraphs (b) and (c); and
- b. The natural person charged was in a position of control within the juridical person under the national law of the State where the juridical person was registered at the time the crime was committed; and
- c. The crime was committed by the natural person acting on behalf of and with the explicit consent of that juridical person and in the course of its activities; and
- d. The natural person has been convicted of the crime charged.”

The term “legal person” was replaced by the term “juridical person” which is defined in a separate provision.<sup>24</sup> The natural person who engage the liability of the entity should be “in a position of control within the juridical person” and while committing the crime, the natural person should be “acting on behalf of and with the explicit consent of that juridical person and in the course of its activities”. Sanctioning of the natural person is the precondition of the liability of the legal person.

Finally, and I have to say, unfortunately no general agreement could be reached about the text and France, for reasons of time, withdrew the proposal, and *now the Rome Statute authorizes the ICC to prosecute only natural persons.*<sup>25</sup>

## 5. CLOSING REMARKS

In conclusion, it should be stated that there is no known case in which an international criminal court has established the liability of a legal person. This finding is true, despite the fact that a “hybrid” criminal tribunal, the Special Tribunal for Lebanon held a corporation accountable for the offense of contempt of court and imposed a criminal sanction against the company.<sup>26</sup> As Nerlich put it: “*corporate liability for core international crimes is an issue de lege ferenda, not de lege lata*”. But I am optimistic, it is only a matter of time before international criminal law regulates corporate criminality and the issue of corporate liability could be the next project in the following Review Conference of the Rome Statute.

## LIST OF LITERATURE

- [1] BIGALKE, Henning: *Criminal responsibility of corporations in international law*. University of Cape Town, 2013.

<sup>24</sup> “For the purpose of this Statute, „juridical person” means a corporation whose concrete, real or dominant objective is seeking private profit or benefit, and not a State or other public body in the exercise of State authority, a public international body or an organization registered, and acting under the national law of a State as a nonprofit organization.”

<sup>25</sup> “The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute.” [Article 25 (1) “Individual criminal responsibility”].

<sup>26</sup> Case of Al Akhbar, STL-14-06.

- 
- [2] CLAPHAM, Andrew: *Human Rights Obligations of Non-State Actors*. Oxford University Press, Oxford, 2006.
- [3] FAUCHALD, Kristian – STIGEN, Jo: Corporate Responsibility Before International Institutions. *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, Vol. 40, 2009.
- [4] KALECK, Wolfgang – SAAGE-MAAB, Miriam: Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes. *Journal of International Criminal Justice*, 8, 2010.
- [5] KELLY, Michael J.: *Prosecuting Corporations for Genocide*. Oxford University Press, 2016.
- [6] NERLICH, Volker: Core Crimes and Transnational Business Corporations. *Journal of International Criminal Justice*, 8, 2010.
- [7] SLYE, Ronald, C: Corporations, Veils, and International Liability. 33 *Brook. J. Int'l L.*, 2008.
- [8] STOITCHKOVA, Desislava: *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*. Intersentia, 2010.
- [9] VAN DEN HERIK, Larissa – ČERNIČ, Jernej Letnar: Regulating Corporations under International Law. *Journal of International Criminal Justice*, 8, 2010.
- [10] VAN DEN HERIK, Larissa: *Subjecting Corporations to the ICC regime: Analyzing the Legal Counterarguments*. January, 22nd 2012.

## CORPORATE RESPONSIBILITY FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

BENCE UDVARHELYI\*

**Abstract:** The international legal liability of companies for human rights violations is a very current issue, since nowadays multinational and transnational corporations more and more frequently violate human rights. However, the establishment of the direct international legal liability of business actors for human rights violations is a long and difficult process. The present study seeks to analyse the efforts of the United Nations in this regard.

**Keywords:** *human rights, corporate responsibility, UN, soft law documents, international liability*

### 1. INTRODUCTORY REMARKS

A superficial observer may think that the world of business does not or only in the rarest cases connect to human rights. The reason for this is that human rights primarily aim to protect persons against arbitrary legislation or state measures, therefore – according to the traditional view – the two areas can only overlap if the state restricts or violates *fundamental human rights* that, by the virtue of their nature, *affect legal persons as well*.<sup>1</sup> Such fundamental rights can be e.g. the *right to property* or the *protection of good will and reputation*.

However, we should not forget the other pole of the relationship between business and human rights, since business actors can not only be the *victims* but also – and in the recent years more and more frequently<sup>2</sup> – *perpetrators* of human rights violations.

Multinational enterprises can commit human rights violations both *directly and indirectly*. In the first case, the transnational company *directly violates certain human rights with its actions or omissions*. A direct violation of fundamental rights can be, for example, if a company uses child or forced labour, does not provide the necessary safety and health guarantees, creates inhumane working conditions, pollutes the environment or discriminates in the workplace. In contrast, in case of an indirect violation the enterprise is merely a *participant or beneficiary of human rights violations caused by the state*, for example during an armed conflict or by the service of a totalitarian regime.<sup>3</sup> The indirect violations have become particularly widespread recently, since transnational enterprises are pursuing business activity more and more frequently in a socially and politically unstable environment as a result of the

---

\* Assistant professor, University of Miskolc, Faculty of Law, Institute of Criminal Sciences.

<sup>1</sup> See: SÁNDOR, Lénárd: Az emberi jogok és az üzlet világának nemzetközi jogi kérdései. *Jogtudományi Közlöny*, 2016/4, p. 214.

<sup>2</sup> See: LEISINGER, Klaus M.: Business and human rights. In: *The Future of Sustainability* (ed.: KEINER, Marco). Springer Verlag, Dordrecht, 2006, 117–118.

<sup>3</sup> CHRONOWSKI, Nóra: Üzlet és emberi jogok – nemzetközi törekvések és alkotmányjogi korlátok. *Jura*, 2013/2, 8.

increasing liberalization of international trade and foreign capital investment and the growth of cross-border business activity. The rise of the number of fundamental rights violations committed by legal persons is also facilitated by the fact that transnational enterprises are commercially and economically homogeneous, but they have separate legal entities in each of the countries in which they operate. This regulatory fragmentation can also contribute to human rights violations by legal entities, especially in states – particularly in Africa, Asia and Latin America<sup>4</sup> – where the government and administration is weaker.<sup>5</sup>

The *efforts to promote and enforce human rights in the business world (Business and Human Rights – BHR)* have been present on the stage of international law since the 2000s, but their roots can already be found in the concept of *corporate social responsibility (CSR)*. This latter notion has emerged at the turn of the 1960s and 1970s and can be regarded as a form of corporate self-regulation integrated into the business model through which the company ensures, guarantees and monitors the compliance with legal, ethical and international requirements. However, the idea of the enforcement of human rights in business activities goes beyond the concept of the self-regulative corporate social responsibility, since it envisages the *extension of human rights obligations to multinational, transnational and other companies*, and therefore it foresees the *gradual creation of enforceable obligations*, and the *establishment of direct international legal liability of companies* for human rights violations caused by them or by their interference.<sup>6</sup>

However, the achievement of this goal is a long, cumbersome and slow process. In case of a violation of fundamental rights by business actors, the currently effective international human rights conventions provide primarily for the *international law liability of the state in which the business is conducted*, and not the company itself. Regional and universal human rights conventions require the states to ensure that all persons under their jurisdiction enjoy the rights guaranteed to them.<sup>7</sup> Consequently,

<sup>4</sup> See in details: RUGGIE, John: *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*. W.W. Norton and Company, New York–London, 2013, 47–56.

<sup>5</sup> SÁNDOR: 2016, op. cit. 215–217. See also: SÁNDOR Lénárd: Vállalati társadalmi felelősségvállalás a nemzetközi jogban. *Jogtudományi Közlöny*, 2017/4, 174–175.

<sup>6</sup> CHRONOWSKI: op. cit. 7, 14.

<sup>7</sup> See for example: Article 2(1) of the International Covenant on Civil and Political Rights: “Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.”; Articles 2(1) and 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights “Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures”. “The States Parties to the present Covenant undertake to ensure the equal right of men and women



human rights violations committed by companies also give rise to the liability of the state on the ground that it has violated its obligation to provide the effective exercise of the rights under the relevant human rights convention.<sup>8</sup> It can therefore be seen that international law does not recognize the international legal personality and international legal responsibility of companies; human rights conventions only *impose indirect human rights obligations on business actors*.

However, the mere prescription of the state liability does not always provide effective protection against human rights violations committed by businesses. As a result of this, there is a growing need to *establish direct international legal responsibility for business actors*. These efforts have emerged in a number of international organisations, e.g. within the framework of the *United Nations*, the *European Union*<sup>9</sup>, the *Council of Europe*<sup>10</sup>, the *Organisation for Economic Co-operation and Development*<sup>11</sup> and the *International Labour Organisation*<sup>12</sup>. In the context of this paper, we would like to focus only on the activity of the United Nations in this field.

---

*to the enjoyment of all economic, social and cultural rights set forth in the present Covenant.*” Article 1 of the European Convention on Human Rights: “*The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.*”. See also: KOVÁCS Péter: *Nemzetközi közjog*. Osiris Kiadó, Budapest, 2011, pp. 318–319.

<sup>8</sup> SÁNDOR: 2016, op. cit. 217. See also: CHRONOWSKI: op. cit. 13.

<sup>9</sup> Within the framework of the European Union, the European Commission and the European Parliament have adopted non-binding instruments on corporate social responsibility and liability for human rights violations. See for example: Green Paper of the European Commission – Promoting a European framework for corporate social responsibility [COM(2001) 366, 18. 7. 2001]; Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A renewed EU strategy 2011–14 for Corporate Social Responsibility [COM(2011) 681, 25. 10. 2011]; Resolution of the European Parliament of 6 February 2013 on corporate social responsibility: accountable, transparent and responsible business behaviour and sustainable growth [2012/2098(INI), P7\_TA(2013) 49, 6. 2. 2013]; Resolution of the European Parliament of 6 February 2013 on Corporate Social Responsibility: promoting society’s interests and a route to sustainable and inclusive recovery [2012/2097(INI), P7\_TA(2013) 50, 6. 2. 2013]; Resolution of the European Parliament of 25 October 2016 on corporate liability for serious human rights abuses in third countries [2015/2315(INI), P8\_TA(2016) 405, 25. 10. 2016].

<sup>10</sup> The Committee of Ministers of the Council of Europe adopted a recommendation on the relationship between human rights and business actors on the 2nd March 2016. See: Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to Member States on Human Rights and Business.

<sup>11</sup> The OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises has been adopted in 1976 and has been comprehensively reviewed in 1979, 1984, 1991, 2000 and 2011. See in details: SÁNDOR: 2017, op. cit. 175–176.

<sup>12</sup> Within the framework of the ILO, the states have adopted a Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy in 1977.

## 2. THE ACTIVITY OF THE UNITED NATIONS IN CONNECTION WITH THE CORPORATE RESPONSIBILITY FOR HUMAN RIGHTS VIOLATION

### 2.1. The first results of the United Nations

The idea of developing normative international rules defining the legal framework for the activities of multinational and transnational enterprises has almost been simultaneous to the strengthening of the international human rights protection. The first general and universal human rights conventions within the framework of the United Nations – the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – were opened for signature to the member states of the UN in 1966, while the efforts relating the establishment of the human rights responsibility of businesses go back to the 1970s.<sup>13</sup>

In the early 1970s, the *Economic and Social Council of the United Nations* initiated the UN Secretary-General to establish a *committee* to examine the impact of transnational corporations on the development and on international relations.<sup>14</sup> On the basis of this, the Economic and Social Council<sup>15</sup> set up the *United Nations Commission on Transnational Corporation (UNCTC)* in 1974. The UNCTC consists of experts from a total of 48 states, selected by the Economic and Social Council based on equitable geographical distribution, for a period of three years. The Commission acts as a forum within the United Nations System for consideration of issues relating to international investment and transnational corporations; it promotes exchange of views among governments, inter-governmental organisations, trade unions, business, consumer and other relevant groups; it assists governments in attracting investment and in dealing with transnational corporations; it contributes in the further understanding of the nature of transnational corporations; and it strengthens the capacity of developing countries in their dealings with them through an integrated approach including research, information and technical assistance.<sup>16</sup>

The UNCTC set out the aim to develop a *binding code of conduct for transnational corporations* in order to maintain and protect international human rights standards in business. The document of the UNCTC would have regulated the rights and obligations of transnational corporations and their receiving states, including the treatment of transnational corporations, the intergovernmental cooperation and the implementation of codes of conduct of the business actors. The *final draft* was finished in 1990<sup>17</sup>, however, it did not win the support of the states.<sup>18</sup>

<sup>13</sup> SÁNDOR: 2016, op. cit. 218.

<sup>14</sup> SÁNDOR: 2016, op. cit. 218.

<sup>15</sup> Resolution 1913 (LVII) of the Economic and Social Council (ECOSOC) of 5th December 1974 on the impact of transnational corporations on the development process and on international relations.

<sup>16</sup> <https://uia.org/s/or/en/1100059616> (25. 11. 2020).

<sup>17</sup> Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations.

<sup>18</sup> SÁNDOR: 2016, op. cit. 218–219. See in details: SAUVANT, Karl P.: The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations. *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 16, 2005, 11–87.

## 2.2. The UN Global Contract

The next step in the process of establishing corporate responsibility for human right violations was the *United Nations Global Compact*. The creation of the Global Compact was proposed by Secretary-General Kofi Annan at the World Economic Forum in Davos, Switzerland, on the 31st March 1999. The document, which was adopted in 2000, can be regarded as a voluntary framework agreement for business life, which aimed at creating a sustainable, stable, inclusive global economy, protecting human rights, the environment and the labour standards within the own sphere of operation of the company.<sup>19</sup>

The UN Global Contract sets out *ten principles* in the areas of *human rights*<sup>20</sup>, *environment*<sup>21</sup>, *labour law*<sup>22</sup> and the *fight against corruption*<sup>23</sup>, which business actors must respect and promote. The Global Compact specifically emphasizes that companies are prohibited to contribute to, aid in or benefit from human rights violations. However, the Global Contract is a *soft law document*, i.e. it is not legally binding, since it lacks standards for monitoring and evaluating corporate conduct and it does not prescribe legal consequences in case of the violation of the principles. In the absence of an effective control and enforcement mechanism, the compliance with the principles depends solely on the willingness and voluntary commitment of the legal persons.<sup>24</sup> However, success of the Global Contract is well illustrated by the fact that *more than 11,000 companies* have adopted its standards in their own operations so far.<sup>25</sup>

## 2.3. The Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights

In 2003, the *UN Human Rights Council* published the *Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*.

---

<sup>19</sup> CHRONOWSKI: op. cit. pp. 8, 15.

<sup>20</sup> Principle 1: *Businesses should support and respect the protection of internationally proclaimed human rights*; and Principle 2: *make sure that they are not complicit in human rights abuses*.

<sup>21</sup> Principle 3: *Businesses should uphold the freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining*; Principle 4: *the elimination of all forms of forced and compulsory labour*; Principle 5: *the effective abolition of child labour*; and Principle 6: *the elimination of discrimination in respect of employment and occupation*.

<sup>22</sup> Principle 7: *Businesses should support a precautionary approach to environmental challenges*; Principle 8: *undertake initiatives to promote greater environmental responsibility*; and Principle 9: *encourage the development and diffusion of environmentally friendly technologies*.

<sup>23</sup> Principle 10: *Businesses should work against corruption in all its forms, including extortion and bribery*.

<sup>24</sup> CHRONOWSKI: op. cit. 8; SÁNDOR: 2016, op. cit. 221; SÁNDOR: 2017, op. cit. 178.

<sup>25</sup> <https://www.unglobalcompact.org> (25. 11. 2020).

According to the Norm, the *states have the primary responsibility to promote, secure the fulfilment of, respect, ensure respect of and protect human rights* recognized in international as well as national law. Within the framework of this obligation, the states are also required to ensure that *transnational corporations and other business enterprises respect human rights*. The Norms also prescribe to the *transnational corporations and other business enterprises to promote, respect, and protect human rights within their respective spheres of activity and influence*, including the rights and interests of indigenous peoples and other vulnerable groups.<sup>26</sup> Among the human rights to be guaranteed by business actors, the document explicitly mentions the right to equal opportunity and treatment; the prohibition of discrimination based on race, colour, sex, language, religion, political opinion, national or social origin, social status, indigenous status, disability, age or other status; the prohibition of forced or compulsory labour; the rights of children to be protected from economic exploitation; the right to a safe and healthy working environment; the right of workers to proper remuneration that ensures an adequate standard of living for them and their families; the freedom of association; and the right to collective bargaining.<sup>27</sup> The corporations and business enterprises shall not engage in nor benefit from war crimes, crimes against humanity, genocide, torture and other international criminal offences.<sup>28</sup> Transnational corporations shall recognize and respect the applicable norms of international law; national laws, regulations, and administrative practices; economic, social and cultural rights as well as civil and political rights; the rule of law, the public interest, development objectives, social, economic and cultural policies including transparency, accountability and prohibition of corruption.<sup>29</sup> Furthermore, the business actors are also required to ensure the continuous compliance with consumer protection and environmental principles and rules.<sup>30</sup>

The Norms prescribe that the business actors shall *adopt, disseminate and implement internal rules of operation* in compliance with the Norms. They are required to *periodically report on and take other measures* fully to implement the Norms. The application of the Norms shall be *continuously monitored and verified transparently and independently*. States should establish and reinforce the necessary legal and administrative framework for ensuring that the Norms and other relevant national and international laws are implemented by transnational corporations and other business enterprises. Furthermore, transnational business enterprises shall provide *prompt, effective and adequate reparation* to those persons, entities and communities that have been adversely affected by failures to comply with these Norms through, inter alia, reparations, restitution, compensation and rehabilitation for any damage done or property taken.<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> Point 1 of the Norms.

<sup>27</sup> Points 2 and 5–9 of the Norms.

<sup>28</sup> Points 3–4 of the Norms.

<sup>29</sup> Points 10–12 of the Norms.

<sup>30</sup> Points 13–14 of the Norms.

<sup>31</sup> Points 15–18 of the Norms.

As it can be seen, a significant innovation of the Norms is that on the one hand it provides for a system of *continuous, periodic, independent and public monitoring system*, allowing complaints to be lodged, and on the other hand it provides for *legal consequences*, including *compensation for damage* caused. Because of these rules it seems that the authors of the document sought to go beyond the *soft law* nature of the rules. However, the business world and some states have opposed the Norms because of the endeavour of the introduction of direct international legal obligations on companies and of the prescription of a mandatory control mechanism. Therefore, the UN Human Rights Council has pronounced in a resolution that the *Norms are not binding*.<sup>32</sup>

#### 2.4. UN Guiding Principles on Business and Human Rights

In 2005, the *Secretary-General of the United Nations* appointed John Gerard Ruggie as *Special Representative for Business and Human Rights*, with the aim of assessing the issues affecting the fundamental responsibilities of business actors. The task was not to draft a new international treaty, but to comprehensively analyse and systematize the liability of companies for human rights violations through the review of the rules of international law. As a result of the work of the Special Representative, the *United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework for Business and Human Rights*<sup>33</sup> was presented to the UN Human Rights Council in 2008. On the 16th June 2011, the Human Rights Council adopted the *UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGP)* which serves as the implementation of the “Protect, Respect and Remedy” Framework Program. The UNGP was the first document of the initiatives on the relationship between human rights and the business world which gained the support of the UN Human Rights Council, through which it became an international standard for business conduct. The UNGP was the first international document which established *global standards* for the *protection against the harmful effects of business on human rights*.<sup>34</sup>

The UNGP distinguishes between *three main pillars* of corporate human rights responsibility. The *first pillar* is the *obligation of the states to respect, protect and fulfil human rights and fundamental freedoms within their territory and/or jurisdiction*. In this context, the states are required to protect against human rights abuse by third parties, including business enterprises and to take appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress such abuse through effective policies, legislation, regulations and adjudication.<sup>35</sup> States should set out clearly the expectation that *all business enterprises domiciled in their territory and/or jurisdiction respect human rights throughout their operations*.<sup>36</sup> The responsibility of the state is increased in

<sup>32</sup> SÁNDOR: 2016, op. cit. 219–220; SÁNDOR: 2017, op. cit. 176. See also: CHRONOWSKI: op. cit. 9.

<sup>33</sup> See in details: RUGGIE: op. cit. 189–212.

<sup>34</sup> CHRONOWSKI: op. cit. 9; SÁNDOR: 2016, op. cit. 221.

<sup>35</sup> Point 1 of the UNGP.

<sup>36</sup> Point 2 of the UNGP.

cases where the state is involved in the business actor, e.g. in case of business enterprises that are owned or controlled by the state, or that receive substantial support and services from state agencies; and where the business actor operates in a conflict-affected area.<sup>37</sup> Furthermore, the states are obliged to ensure that governmental departments, agencies and other state-based institutions are aware of and observe the state's human rights obligations.<sup>38</sup>

The *second pillar* of the UNGP focuses on *business enterprises* and requires legal entities – regardless of their size, sector, operational context, ownership and structure – to *respect human rights during their operation*. In this context, the business enterprises should on the one hand *avoid causing or contributing human rights infringements*, and on the other hand *seek to prevent or mitigate adverse human rights impacts* that are directly linked to their operations, products or services by their business relationships.<sup>39</sup> In order to identify, prevent, mitigate human rights abuses and infringements, the UNGP prescribes a *human rights due diligence obligation* to business actors. Within the framework of the due diligence obligation, business enterprises are required to *assess the actual and potential human rights impacts*, that the business enterprise may cause or contribute to through its own activities, or which may be directly linked to its operations, products or services by its business relationships; to *integrate and act upon the findings*, to *track responses*, and to *communicate* how impacts are addressed. The *due diligence obligation* should be ongoing, and the finding has to be amended and updated if necessary, since human rights risks may change over time as the operating context of the business enterprise evolve.<sup>40</sup> In order to prevent and mitigate adverse human rights impacts, business enterprises should integrate the findings from their impact assessments across relevant internal functions and processes, and take appropriate action.<sup>41</sup> If business enterprises identify that they have caused or contributed to adverse impacts, they should *provide for or cooperate in their remediation through legitimate processes*.<sup>42</sup>

Finally, the *third pillar* of the UNGP consists of the *legal remedies*. As part of the duty of the states to protect against business-related human rights abuses, they are required to take appropriate steps to ensure, through judicial, administrative, legislative or other appropriate means, that the affected persons have access to effective remedy when such abuses occur within their territory and/or jurisdiction.<sup>43</sup> The UNGP distinguished between *state-based and non-state-based judicial and non-judicial grievance mechanisms*.<sup>44</sup> In order to ensure their effectiveness, the grievance

---

<sup>37</sup> Points 4–7 of the UNGP.

<sup>38</sup> Points 8–10 of the UNGP.

<sup>39</sup> Points 11 and 13–14 of the UNGP.

<sup>40</sup> Point 17 of the UNGP.

<sup>41</sup> Point 19 of the UNGP.

<sup>42</sup> Point 22 of the UNGP.

<sup>43</sup> Point 25 of the UNGP.

<sup>44</sup> Points 27–30 of the UNGP.

measures has to be *legitimate, accessible, predictable, equitable, transparent and compatible with the internationally recognized human rights*.<sup>45</sup>

In a formal sense, the UNGP *cannot be considered a compulsory source of law*, however, it can serve as a guideline for assessing the activities of companies, because it summarizes the relevant national and international legal standards. The document was adopted as a joint compromise between the various stakeholders, therefore it was welcomed both by the states, the business actors and the civil society organizations. The disadvantages of the UNGP are that it only sets out *minimum standards* due to its consensual nature, and that – although it prescribes direct standards for businesses – it *does not provide for legal consequences or sanctions* for companies that violate the principles.<sup>46</sup>

## 2.5. The UN Legally Binding Instrument

In 2014, the *UN Human Rights Council* set up a *Working Group* to develop an *international legally binding instrument* governing the activities of transnational and other businesses that could contribute to effective action against human rights violations committed by them.<sup>47</sup> The working group published its first draft in 2018<sup>48</sup>, which was revised in 2019<sup>49</sup> and 2020.<sup>50</sup>

The *purpose of the Draft Convention* is to clarify and facilitate the effective implementation of the obligation of states to respect, protect and promote human rights in the context of business activities, as well as the responsibilities of business enterprises in this regard; to prevent the occurrence of human rights abuses<sup>51</sup> in the context of business activities; to ensure access to justice and effective remedy for victims<sup>52</sup>

<sup>45</sup> Point 31 of the UNGP.

<sup>46</sup> SÁNDOR: 2016, op. cit. 222–223.

<sup>47</sup> Resolution 26/9 of 14 July 2014 adopted by the Human Rights Council on the elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights.

<sup>48</sup> Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises, Zero Draft, 16. 7. 2018.

<sup>49</sup> Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises, Revised Draft, 16. 7. 2019.

<sup>50</sup> Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises, Second Revised Draft, 6. 8. 2020.

<sup>51</sup> Under Article 1(2) of the Draft Convention, human rights abuse shall mean any harm committed by a business enterprise, through acts or omissions in the context of business activities, against any person or group of persons, that impedes the full enjoyment of internationally recognized human rights and fundamental freedoms, including regarding environmental rights.

<sup>52</sup> Under Article 1(2) of the Draft Convention, victim can be any persons or group of persons who individually or collectively have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, or economic loss, or substantial impairment of their human rights, through acts or omissions in the context of business activities, that constitute human rights abuse. The term victim shall also include the immediate family members or dependents

of human rights abuses in the context of such business activities; and to facilitate and strengthen mutual legal assistance and international cooperation to prevent human rights abuses in the context of business activities and provide access to justice and effective remedy to victims of such abuses.<sup>53</sup> The scope of the Draft Convention encompasses all business enterprises, including but not limited to transnational corporations and other business enterprises that undertake business activities of a transnational character.<sup>54</sup>

The Draft Convention firstly deals with the *position of the victims of human rights abuses in the context of business activities*, who shall enjoy all *internationally recognized human rights and fundamental freedoms*, in particular the right to human dignity, life, personal integrity, freedom of opinion and expression, peaceful assembly and association, and free movement; the right to fair, adequate, effective, prompt and non-discriminatory access to justice and effective remedy; the right to submit claims; and the access to information and legal aid relevant to pursue effective remedy. However, the Draft Convention only contains *minimum rules* in connection with the rights of victims, which does not hinder the states to provide for a higher level of recognition and protection of any human rights of victims or other individuals under international law or national law.<sup>55</sup>

The obligations of states are distinguished into *three main categories* according to the Draft Convention: *the obligation to protect, the obligation to prevent and the obligation to determine liability*.

The states shall *protect victims, their representatives, families and witnesses* from any unlawful interference with their human rights and fundamental freedoms – including prior, during and after they have instituted any proceedings to seek access to effective remedy – and shall *investigate all human rights abuses effectively, promptly, thoroughly and impartially*. The states are required to enable the victims to *access to adequate, timely and effective remedies and to provide adequate and effective legal assistance* throughout the legal process, including by making information available to victims of their rights and the status of their claims, guaranteeing the rights of victims to be heard in all stages of proceedings, avoiding unnecessary costs and by providing assistance to initiate proceedings in the courts of another states.<sup>56</sup>

Within the framework of the *obligation of prevention*, the Draft Convention prescribes to the states to effectively regulate the activities of all business enterprises domiciled within their territory or jurisdiction, including those of a transnational character, and to take all necessary legal and policy measures to ensure that *business enterprises*

---

of the direct victim, and persons who have suffered harm in intervening to assist victims in distress or to prevent victimization. A person shall be considered a victim regardless of whether the perpetrator of the human rights abuse is identified, apprehended, prosecuted, or convicted.

<sup>53</sup> Article 2 of the Draft Convention.

<sup>54</sup> Article 3 of the Draft Convention.

<sup>55</sup> Article 4 of the Draft Convention.

<sup>56</sup> Articles 5 and 7 of the Draft Convention.



respect all internationally recognized human rights and prevent and mitigate human rights abuses throughout their operations. In connection with this, the Draft Convention obliges the states to require business enterprises to undertake *human rights due diligence* in order to identify and assess any actual or potential human rights abuses that may arise from their own business activities, or from their business relationships; to take appropriate measures to prevent and mitigate effectively the identified actual or potential human rights abuses; and to monitor the effectiveness of their measures.<sup>57</sup>

States shall ensure that their domestic law provides for a *comprehensive and adequate system of legal liability of legal and natural persons conducting business activities for human rights abuses*. If legal or natural persons conducting business activities have caused or contributed to criminal offences or other regulatory breaches that amount or lead to human rights abuses, the states shall provide for *effective, proportionate, and dissuasive criminal and/or administrative sanctions*. Victims of human rights abuses must be provided for *adequate, prompt, effective, and gender responsive reparations*.<sup>58</sup>

Since human rights abuses and violations committed by transnational corporations often involve more than one state, the Draft Convention regulates the issue of *choice of jurisdiction and applicable law*.<sup>59</sup> Furthermore, the states shall make available to one another the widest measure of *mutual legal assistance and international judicial cooperation* in initiating and carrying out effective, prompt, thorough and impartial investigations, prosecutions, judicial and other criminal, civil or administrative proceedings, including access to information and supply of all evidence at their disposal that is relevant for the proceedings. *Mutual legal assistance* includes e.g. the taking of evidence or statements from persons, the execution of searches and seizures, the examination of objects and sites, the provision of originals or certified copies of relevant documents and records, the identification, tracing and freeze of proceeds and assets of crime, and any other type of assistance. The *international cooperation between states* covers the effective financial and technical assistance and capacity building; the share of experiences, good practices, challenges, information and training programs; and the raise of awareness about the rights and obligations arising out of the Draft Convention.<sup>60</sup>

Among the *procedural provisions* of the Draft Convention, it should be highlighted that a *Committee* of 18 experts would be set up. The members of Committee shall be elected by the State Parties for a term of 4 years and can be re-elected for another term. The State Parties are required to *submit a report every four years* on the measures they have taken in order to implement the provisions of the Draft Convention. The Committee can also make *general comments and normative recommendations* on the understanding and implementation of the Draft Convention

---

<sup>57</sup> Article 6 of the Draft Convention.

<sup>58</sup> Article 8 of the Draft Convention.

<sup>59</sup> Articles 9 and 11 of the Draft Convention.

<sup>60</sup> Articles 12–13 of the Draft Convention.

and is obliged to submit an *annual report* on its activities to the State Parties and to the General Assembly of the United Nations.<sup>61</sup>

### 3. CLOSING REMARKS

As it could be seen, the issue of the liability of multinational and transnational corporations for human rights violations has been on the agenda of international organizations, especially of the United Nations, since the 1970s. Within the framework of the UN, several documents have been adopted that prescribe various legal and ethical guidelines for business actors. However, all the documents adopted are *soft law* in nature; they are not legally binding. This fact clearly shows that it is very difficult to define normative obligations in this area due to the resistance of some states and representatives of the business world.

The Draft Convention, which was issued within the framework of the United Nations in 2018 and was subsequently revised twice, can be regarded as the first international legal document that would contain binding rules on the human rights liability of transnational and other business enterprises as opposed to the *soft law* rules of previous international legal acts. Therefore, it is no exaggeration to state that the adoption of the Draft Convention, which is still under negotiation, would be a significant milestone in the regulation of corporate responsibility for human rights violations.

### LIST OF LITERATURE

- [1] CHRONOWSKI Nóra: Üzlet és emberi jogok – nemzetközi törekvések és alkotmányjogi korlátok. *Jura*, 2013/2.
- [2] KOVÁCS Péter: *Nemzetközi közjog*. Osiris Kiadó, Budapest, 2011.
- [3] LEISINGER, Klaus M.: *Business and human rights*, in: *The Future of Sustainability* (ed.: Keiner, Marco). Springer Verlag, Dordrecht, 2006.  
[https://doi.org/10.1007/1-4020-4908-0\\_6](https://doi.org/10.1007/1-4020-4908-0_6)
- [4] RUGGIE, John: *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*. W.W. Norton and Company, New York–London, 2013.
- [5] RUGGIE, John: Protect, Respect and Remedy. A Framework for Business and Human Rights. *Innovations Technology Governance Globalization*, Vol. 3/2, 2008, <https://doi.org/10.1162/itgg.2008.3.2.189>.
- [6] SÁNDOR Lénárd: Az emberi jogok és az üzlet világának nemzetközi jogi kérdései. *Jogtudományi Közlöny*, 2016/4.

---

<sup>61</sup> Article 15 of the Draft Convention.

- 
- [7] SÁNDOR Lénárd: Vállalati társadalmi felelősségvállalás a nemzetközi jogban. *Jogtudományi Közlöny*, 2017/4.
- [8] SAUVANT, Karl P.: The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations. *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 16, 2005.

## CRIMINAL DATA MANAGEMENT – RELEVANT SOURCES OF EU LAW, INTEROPERABILITY OF EU INFORMATION SYSTEMS

ANDREA JÁNOSI\*

**Abstract:** Interoperability of information systems on Justice and Home Affairs is not just a vision anymore. In 2019 two regulations were adopted in order to create the legal framework of interoperability. The purpose of this study is to present how the idea and concept of interoperability of JHA information systems appeared in different EU legal documents as an objective and to give an overview about the core elements of the current interoperability framework.

**Keywords:** *interoperability, Justice and Home Affairs, information systems, interoperability components*

### 1. FOREWORD

Interoperability is an often mentioned term in the EU policies. However, the concept of interoperability is not clear or generally defined, it is referred to in several legal documents as an objective to be achieved. According to some approaches, “*interoperability can be tentatively described as the ability of an information system to exchange data and enable information-sharing with a technically different information system and to use the information that has been exchanged*”.<sup>1</sup> Other studies pointed out the fundamental rights’ aspect of interoperability.<sup>2</sup> For example “*interoperability will enhance the cooperation and efficiency between migration agencies, police forces and judicial bodies,*” but “*without the right safeguards, it could become a dangerous tool against fundamental rights.*”<sup>3</sup>

The main purpose of this article is to demonstrate how the idea of interoperability of information systems appears in the legislation of the EU related to police

---

\* Assistant professor, University of Miskolc, Faculty of Law, Institute of Criminal Sciences, Department of Criminal Procedural Law and Criminal Enforcement.

<sup>1</sup> GALLI, Francesca: *Interoperable Law Enforcement Cooperation Challenges in the EU Area of Freedom, Security and Justice*. EUI Working Papers, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2019, p. 2.

<sup>2</sup> CARRERA, Sergio – STEFAN, Marco – CORTINOVIS, Roberto – LUK, Ngo Chun: *When mobility is not a choice. Problematising asylum seekers’ secondary movements and their criminalisation in the EU*. CEPS Paper, 2019, p. 16.

<https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2019/12/LSE2019-11-RESOMA-Policing-secondary-movements-in-the-EU.pdf>, 20. 8. 2021.

<sup>3</sup> BLASI CASAGRAN, Cristina: *Fundamental Rights Implications of Interconnecting Migration and Policing Databases in the EU*. *Human Rights Law Review*, Volume 21, Issue 2, June 2021, p. 434.

and judicial cooperation and to highlight the core elements of the current interoperability framework.

## 2. LEGAL BACKGROUND OF INTEROPERABILITY<sup>4</sup>

From 2005 the issue of interoperability of Justice and Home Affairs Information Systems was raised more frequently in the policies of the EU and this objective has also appeared in several EU legal documents. For example in the same year the Commission adopted a Communication on improved effectiveness, enhanced interoperability and synergies among European databases in the area of Justice and Home Affairs.<sup>5</sup> This document aimed to demonstrate how the currently operating information systems – such as: the second generation Schengen Information System (SIS II),<sup>6</sup> Visa Information System (VIS)<sup>7</sup> and Eurodac<sup>8</sup> – would be able to more effectively

---

<sup>4</sup> This chapter is mainly based on the following article: JÁNOSI, Andrea: The need for interoperability between EU information systems in the area of police and judicial cooperation in criminal matters. *Ügyészségi Szemle*, 2020/3, pp. 61–81.

<sup>5</sup> Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on improved effectiveness, enhanced interoperability and synergies among European databases in the area of Justice and Home Affairs. COM/2005/0597 final. Hereinafter referred to as: COM/2005/0597 final.

<sup>6</sup> Regulation (EC) No 1987/2006 of the European Parliament and of the Council of 20th December 2006 on the establishment, operation and use of the second generation Schengen Information System (SIS II). OJ L 381, 28. 12. 2006, pp. 4–23.

Council Decision 2007/533/JHA of 12th June 2007 on the establishment, operation and use of the second generation Schengen Information System (SIS II). OJ L 205, 7. 8. 2007, pp. 63–84.

Regulation (EC) No 1986/2006 of the European Parliament and of the Council of 20th December 2006 regarding access to the Second Generation Schengen Information System (SIS II) by the services in the Member States responsible for issuing vehicle registration certificates. OJ L 381, 28. 12. 2006, pp. 1–3.

2010/261/: Commission Decision of 4th May 2010 on the Security Plan for Central SIS II and the Communication Infrastructure. OJ L 112, 5. 5. 2010, pp. 31–37.

<sup>7</sup> Regulation (EC) No 767/2008 of the European Parliament and of the Council of 9th July 2008 concerning the Visa Information System (VIS) and the exchange of data between Member States on short-stay visas (VIS Regulation). OJ L 218, 13. 8. 2008, pp. 60–81 (Hereinafter referred to as: VIS Regulation).

<sup>8</sup> Regulation (EU) No 603/2013 of the European Parliament and of the Council of 26th June 2013 on the establishment of 'Eurodac' for the comparison of fingerprints for the effective application of Regulation (EU) No 604/2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person and on requests for the comparison with Eurodac data by Member States' law enforcement authorities and Europol for law enforcement purposes, and amending Regulation (EU) No 1077/2011 establishing a European Agency for the operational management of large-scale IT systems in the area of freedom, security and justice. OJ L 180, 29. 6. 2013, pp. 1–30 (Hereinafter referred to as: Eurodac Regulation).

support the policies linked to free movement of persons and to combat against terrorism and serious crime, drew attention to the weaknesses of the current information systems and made suggestions for the solution.<sup>9</sup> This paper contained the notion of interoperability in a slightly debatably way, which was also criticised by the related comments of the European Data Protection Supervisor.<sup>10</sup>

Till the publication of the proposals of the interoperability regulations, the significance of interoperability was also highlighted in the following events and documents:

- Conclusions of the Council of the EU and of the Member States meeting within the Council on Counter-Terrorism<sup>11</sup>
- Conclusions of the European Council meeting of 17th and 18th December 2015<sup>12</sup>
- Joint statement of EU Ministers for Justice and Home Affairs and representatives of EU institutions on the terrorist attacks in Brussels on 22nd March 2016<sup>13</sup>
- Communication: Stronger and smarter information systems for borders and security<sup>14</sup>
- Roadmap to enhance information exchange and information management including interoperability solutions in the Justice and Home Affairs area<sup>15</sup>
- Commission decision on setting up the High Level Expert Group on Information Systems and Interoperability<sup>16</sup>
- Conclusions of the European Council meeting on 15th December 2016<sup>17</sup>

---

<sup>9</sup> COM/2005/0597 final.

<sup>10</sup> European Data Protection Supervisor: Comments on the Communication of the Commission on interoperability of European databases Brussels, 10th March 2006. [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/06-03-10\\_interoperability\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/06-03-10_interoperability_en.pdf), 11. 7. 2021.

<sup>11</sup> Conclusions of the Council of the EU and of the Member States meeting within the Council on Counter-Terrorism (20th November 2015). <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/11/20/jha-conclusions-counter-terrorism/>, 11. 7. 2021.

<sup>12</sup> European Council meeting (17th and 18th December 2015) – Conclusions. EUCO 28/15. <https://www.consilium.europa.eu/media/21669/201512-euco-conclusions.pdf>, 11. 7. 2021.

<sup>13</sup> Joint statement of EU Ministers for Justice and Home Affairs and representatives of EU institutions on the terrorist attacks in Brussels on 22nd March 2016 (24th March 2016). <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/24/statement-on-terrorist-attacks-in-brussels-on-22-march/>, 11. 7. 2021.

<sup>14</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council Stronger and Smarter Information Systems for Borders and Security. COM/2016/0205 final.

<sup>15</sup> Roadmap to enhance information exchange and information management including interoperability solutions in the Justice and Home Affairs area. Brussels, 9368/1/16, 6th June 2016. <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9368-2016-REV-1/en/pdf>, 11. 7. 2021.

<sup>16</sup> Commission Decision of 17th June 2016 setting up the High Level Expert Group on Information Systems and Interoperability. OJ C 257, 15. 7. 2016, pp. 3–6. Articles 2–3.

<sup>17</sup> European Council meeting (15th December 2016) – Conclusions. Brussels, EUCO 34/16, 15th December 2016. <https://www.consilium.europa.eu/media/21929/15-euco-conclusions-final.pdf>, 11. 7. 2021.

- Communication from the Commission – Seventh progress report towards an effective and genuine Security Union<sup>18</sup>
- High-level expert group on information systems and interoperability. Final Report.<sup>19</sup>
- Conclusions of the European Council meeting on 22nd and 23rd June 2017<sup>20</sup>

Their common message was that enforcement cooperation should be more enhanced by improving information sharing and data exchange and interoperability would be a key tool for this.

On 12th December 2017, the Commission adopted two proposals for interoperability. The first proposal was for a regulation on establishing a framework for interoperability between EU information systems on borders and visa,<sup>21</sup> the second for a regulation on interoperability in the area of police and judicial cooperation, asylum and migration.<sup>22</sup> These proposals were followed by a number of critical remarks. These comments were included in the opinion of the European Data Protection Supervisor<sup>23</sup>, the European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)<sup>24</sup>, and the

<sup>18</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council Seventh progress report towards an effective and genuine Security Union. COM/2017/0261 final.

<sup>19</sup> High-level expert group on information systems and interoperability. Final Report. May 2017. <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetailDoc&id=32600&no=1>, 11. 7. 2021.

<sup>20</sup> European Council meeting (22nd and 23rd June 2017) – Conclusions. EUCO 8/17. Brussels, 23rd June 2017. <https://www.consilium.europa.eu/media/23985/22-23-euco-final-conclusions.pdf>, 11. 7. 2021.

<sup>21</sup> Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on establishing a framework for interoperability between EU information systems (borders and visa) and amending Council Decision 2004/512/EC, Regulation (EC) No 767/2008, Council Decision 2008/633/JHA, Regulation (EU) 2016/399 and Regulation (EU) 2017/2226. COM/2017/0793 final – 2017/0351 (COD).

<sup>22</sup> Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on establishing a framework for interoperability between EU information systems (police and judicial cooperation, asylum and migration). COM/2017/0794 final – 2017/0352 (COD).

<sup>23</sup> EDPS Opinion 4/2018 on the Proposals for two Regulations establishing a framework for interoperability between EU large-scale information systems. 16th April 2018. [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/2018-04-16\\_interoperability\\_opinion\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/2018-04-16_interoperability_opinion_en.pdf), 11. 7. 2021.

Press release. EDPS/2018/04. EDPS calls for wider debate on the future of information sharing in the EU. [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/edpsweb\\_press\\_releases/edps-2018-04-interoperability\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/edpsweb_press_releases/edps-2018-04-interoperability_en.pdf), 11. 7. 2021.

WAHL, Thomas: EDPS Further Critical to Interoperability. *Eucrim*, 1/2018, p. 20.

<https://eucrim.eu/news/edps-further-critical-interoperability/>, 11. 7. 2021.

<sup>24</sup> Interoperability and fundamental rights implications. Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights. Vienna, 11th April 2018.

RIEHLE, Cornelia: FRA Opinion on Interoperability. *Eucrim*, 1/2018, p. 21.

<https://eucrim.eu/news/fra-opinion-interoperability/>, 11. 7. 2021.

Article 29 Data Protection Working Party (WP29)<sup>25</sup>. On 13th June 2018, the European Commission published two amending proposals.<sup>26</sup> After several debates, technical changes and corrections, the regulations<sup>27</sup> were finally adopted on 20th May 2019.

### 3. THE CONCEPTION OF INTEROPERABILITY AND THE STRUCTURE OF THE INTEROPERABILITY FRAMEWORK

#### 3.1. The scope of the interoperability framework – the related information systems

The common aim of these above mentioned interoperability regulations is to establish a framework to ensure interoperability between VIS, SIS, Eurodac and another

<sup>25</sup> WAHL, Thomas: Data Protection Experts Give Critical Statement on Planned Interoperability. *Eucrim*, 1/2018, p. 21. <https://eucrim.eu/news/data-protection-experts-give-critical-statement-planned-interoperability/>, 11. 7. 2021.

Article 29 Data Protection Working Party. Opinion on Commission proposals on establishing a framework for interoperability between EU information systems in the field of borders and visa as well as police and judicial cooperation, asylum and migration. Adopted on 11th April 2018. IV. Conclusion. pp. 20–22. [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=624198](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=624198), 11. 7. 2021.

<sup>26</sup> Amended proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on establishing a framework for interoperability between EU information systems (borders and visa) and amending Council Decision 2004/512/EC, Regulation (EC) No 767/2008, Council Decision 2008/633/JHA, Regulation (EU) 2016/399, Regulation (EU) 2017/2226, Regulation (EU) 2018/XX [the ETIAS Regulation], Regulation (EU) 2018/XX [the Regulation on SIS in the field of border checks] and Regulation (EU) 2018/XX [the eu-LISA Regulation]. COM/2018/478 final.

Amended proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on establishing a framework for interoperability between EU information systems (police and judicial cooperation, asylum and migration) and amending [Regulation (EU) 2018/XX [the Eurodac Regulation],] Regulation (EU) 2018/XX [the Regulation on SIS in the field of law enforcement], Regulation (EU) 2018/XX [the ECRIS-TCN Regulation] and Regulation (EU) 2018/XX [the eu-LISA Regulation]. COM/2018/480 final.

<sup>27</sup> Regulation (EU) 2019/817 of the European Parliament and of the Council of 20th May 2019 on establishing a framework for interoperability between EU information systems in the field of borders and visa and amending Regulations (EC) No 767/2008, (EU) 2016/399, (EU) 2017/2226, (EU) 2018/1240, (EU) 2018/1726 and (EU) 2018/1861 of the European Parliament and of the Council and Council Decisions 2004/512/EC and 2008/633/JHA. OJ L 135, 22.05.2019, pp. 27-84 (Hereinafter referred to as: 2019a)

Regulation (EU) 2019/818 of the European Parliament and of the Council of 20th May 2019 on establishing a framework for interoperability between EU information systems in the field of police and judicial cooperation, asylum and migration and amending Regulations (EU) 2018/1726, (EU) 2018/1862 and (EU) 2019/816. OJ L 135, 22. 5. 2019, pp. 85–135 (Hereinafter referred to as: 2019b).

WAHL, Thomas: Works on Interoperability of EU Information Systems Can Start – Legal Framework Established. *Eucrim*, 2/2019, pp. 103–104. <https://eucrim.eu/news/works-on-interoperability-of-eu-information-systems-can-start/>, 11. 7. 2021.



three centralised information systems, which are under development, such as: (1) EES<sup>28</sup>, (2) ETIAS<sup>29</sup> and (3) ECRIS-TCN<sup>30</sup>. Moreover, this structure should also cover Europol data to some extent [2019a and 2019b Preamble (11)].

#### A) VIS:

On 8th June 2004 the Council of the European Union adopted a decision establishing the Visa Information System.<sup>31</sup> It has been operational since 2011. The hereby established VIS should enable authorised national authorities to enter and update visa data and to consult these data electronically (VIS Decision Art. 1). VIS therefore serves to ensure the exchange of visa data between Member States in order to facilitate the implementation of the common visa policy, consular cooperation and consultation between central visa authorities. The latter will facilitate the visa application process, the fight against fraud, checks at external border crossing points and on the territory of the Member States prevent "visa shopping" and assist in identification of persons who may not or no longer fulfil the conditions for entry, to stay or to residence on the territory of the Member States and to contribute to the prevention of threats to the internal security of the Member States (VIS Regulation Art. 2 and (5) Preamble).

#### B) SIS

SIS is a large-scale IT system that is an essential tool for maintaining public security and public order in the Schengen Area. It was established on the basis of the Convention Implementing the Schengen Agreement.<sup>32</sup> The second generation of SIS

---

<sup>28</sup> Regulation (EU) 2017/2226 of the European Parliament and of the Council of 30th November 2017 establishing an Entry/Exit System (EES) to register entry and exit data and refusal of entry data of third-country nationals crossing the external borders of the Member States and determining the conditions for access to the EES for law enforcement purposes, and amending the Convention implementing the Schengen Agreement and Regulations (EC) No 767/2008 and (EU) No 1077/2011. OJ L 327, 9. 12. 2017, pp. 20–82. (Hereinafter referred to as: EES Regulation).

<sup>29</sup> Regulation (EU) 2018/1240 of the European Parliament and of the Council of 12th September 2018 establishing a European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) and amending Regulations (EU) No 1077/2011, (EU) No 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/1624 and (EU) 2017/2226. OJ L 236, 19.09.2018, pp. 1-71 (Hereinafter referred to as: ETIAS Regulation).

<sup>30</sup> Regulation (EU) 2019/816 of the European Parliament and of the Council of 17th April 2019 establishing a centralised system for the identification of Member States holding conviction information on third-country nationals and stateless persons (ECRIS-TCN) to supplement the European Criminal Records Information System and amending Regulation (EU) 2018/1726. OJ L 135, 22. 5. 2019, pp. 1–26 (Hereinafter referred to as: ECRIS-TCN Regulation).

<sup>31</sup> 2004/512/EC: Council Decision of 8th June 2004 establishing the Visa Information System (VIS) OJ L 213, 15. 6. 2004, pp. 5–7 (Hereinafter referred to as: VIS Decision).

<sup>32</sup> Convention implementing the Schengen Agreement of 14<sup>th</sup> June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders.

(SIS II), which replaced SIS I, became operational on 9th April 2013. In December 2018 three new regulations on the system were published in the Official Journal of the European Union: (1) on the use of the Schengen Information System for the return of illegally staying third-country nationals; (2) on the establishment, operation and use of SIS in the field of border checks; (3) on the establishment, operation and use of SIS in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters.<sup>33</sup> This reform package introduced a number of technical and operational improvements to the functioning of the system.

#### C) Eurodac

The Eurodac system, which has been operational since 2003, is the central computerized database for fingerprint data established by Council Regulation (EC) No 2725/2000.<sup>34</sup> The system was reformed in 2013 with the aim of making it more efficient and regulating the conditions for access for law enforcement purposes. The main purpose of this system is to assist in determining which Member State is to be responsible for examining an application for international protection lodged by a third-country national or a stateless person. It facilitates the identification of applicants for international protection and persons apprehended in connection with the unlawful crossing of the external borders of the Union and verifies whether a third-country national or a stateless person staying illegally in the territory of a Member State has previously applied for international protection in another Member State [Eurodac Regulation Art. 1(1) and (4) Preamble].

#### D) EES (Entry/Exit System)

The regulation establishing an Entry/Exit System (EES) to register entry and exit data and refusal of entry data of third-country nationals crossing the external borders of the Member States and determining the conditions for access to the EES for law

<sup>33</sup> Regulation (EU) 2018/1860 of the European Parliament and of the Council of 28th November 2018 on the use of the Schengen Information System for the return of illegally staying third-country nationals. OJ L 312, 7. 12. 2018, pp. 1–13.

Regulation (EU) 2018/1861 of the European Parliament and of the Council of 28 November 2018 on the establishment, operation and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of border checks, and amending the Convention implementing the Schengen Agreement, and amending and repealing Regulation (EC) No 1987/2006. OJ L 312, 7. 12. 2018, pp. 14–55.

Regulation (EU) 2018/1862 of the European Parliament and of the Council of 28th November 2018 on the establishment, operation and use of the Schengen Information System (SIS) in the field of police cooperation and judicial cooperation in criminal matters, amending and repealing Council Decision 2007/533/JHA, and repealing Regulation (EC) No 1986/2006 of the European Parliament and of the Council and Commission Decision 2010/261/EU OJ L 312, 7. 12. 2018, pp. 56–106.

<sup>34</sup> Council Regulation (EC) No 2725/2000 of 11th December 2000 concerning the establishment of ‘Eurodac’ for the comparison of fingerprints for the effective application of the Dublin Convention. OJ L 316, 15. 12. 2000, pp. 1–10 (Not in force).

enforcement purposes was adopted in 2017. The EES applies to third-country nationals entitled to enter the territory of the Member States for short stays and to third-country nationals whose entry for a short stay has been refused. [EES Regulation Preamble (9) and Art. 2] The tasks of the system are: (1) the recording and storage of the date, time and place of entry and exit of third-country nationals crossing the borders of the Member States at which the EES is operated; (2) the calculation of the duration of the authorised stay of such third-country nationals; (3) the generation of alerts to Member States when the authorised stay has expired; (4) the recording and storage of the date, time and place of refusal of entry of third-country nationals, the authority of the Member State which refused the entry and the reasons therefor. (EES Regulation Art. 1)

#### E) European Travel Information and Authorisation System (ETIAS)

ETIAS, also primarily for border management purposes, is expected to become operational in 2022. The need to set this system up was already reflected in the Commission's Communication in 2016.<sup>35</sup> It will be responsible for issuing, on the basis of the information stored in or uploaded to it, a fee-based travel authorization – a decision – which will be a new condition for entry into the territory of the Member States. The system makes it possible to examine whether the presence of the persons concerned in the territory of the Member States poses any risk of security, illegal immigration or a high level of epidemiology, or whether it will pose such a risk in the future. This system should apply to third-country nationals who are exempt from the visa requirement (ETIAS Regulation Art. 1).

#### F) ECRIS-TCN

The purpose of setting up the system of ECRIS-TCN was essentially to enable decisions taken in each Member State on third-country nationals to be taken into account in other Member States in new criminal proceedings and in order to prevent the commission of new criminal offenses. It should be noted that the original ECRIS system, set up under Council Framework Decision 2009/315/JHA to ensure the exchange of judgments between Member States, has been operational since 2012 and has so far allowed Member States to exchange information on third-country nationals. However, this function was not effective enough [ECRIS-TCN Regulation Preamble (2)–(5)]. The ECRIS-TCN regulation should apply to third-country nationals and stateless persons, as well as citizens of the Union who also hold the nationality of a third country (Art. 2).

---

<sup>35</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a European Travel Information and Authorisation System (ETIAS) and amending Regulations (EU) No 515/2014, (EU) 2016/399, (EU) 2016/794 and (EU) 2016/1624. COM/2016/0731 final.

### 3.2. The components of the present interoperability framework

According to the regulations (2019a and 2019b Art. 2) interoperability would ensure the following objectives:

*“(a) to improve the effectiveness and efficiency of border checks at external borders;  
(b) to contribute to the prevention and the combating of illegal immigration;  
(c) to contribute to a high level of security within the area of freedom, security and justice of the Union including the maintenance of public security and public policy and safeguarding security in the territories of the Member States;  
(d) to improve the implementation of the common visa policy;  
(e) to assist in the examination of applications for international protection;  
(f) to contribute to the prevention, detection and investigation of terrorist offences and of other serious criminal offences;  
(g) to facilitate the identification of unknown persons who are unable to identify themselves or unidentified human remains in case of a natural disaster, accident or terrorist attack.”*

In order to achieve these objectives, this framework would include the following four interoperability components: (1) European search portal (ESP); (2) shared biometric matching service (shared BMS); (3) common identity repository (CIR); and (4) multiple-identity detector (MID).

1. ESP enables the simultaneous querying of the EES, VIS, ETIAS, Eurodac, SIS, ECRIS-TCN, Europol data and the Interpol databases for the competent authorities (such as: EU agencies and authorities of the Member States) [2019a and 2019b Art. 6(1)]. Only Member State authorities and EU agencies with access to at least one EU information system may use the ESP [2019a and 2019b Art. 7(1)]. The queries are based on the submitting alphanumeric or biometric data to the ESP [2019a and 2019b Art. 9(1)]. EES, ETIAS, VIS, SIS, Eurodac, ECRIS-TCN, CIR and MID, as well as Europol data and Interpol databases, make the data they store available in response to a query [2019a and 2019b Art. 9(4)].
2. A shared biometric matching service (shared BMS) stores biometric templates and makes it possible to query several EU information systems with biometric data [2019a and 2019b Art. 12(1)]. It will also include in each biometric template a reference to the EU information systems in which the corresponding biometric data are stored [2019a and 2019b Art. 13(2)].
3. A common identity repository (CIR) will create an individual file for each person that is registered in the EES, VIS, ETIAS, Eurodac or ECRIS-TCN [2019a and 2019b Art. 17(1)]. It manages the following data: surname, first name(s), date of birth, place of birth, nationality or nationalities, gender, previous names, pseudonyms or aliases, information on travel documents. In addition, CIR will also include a reference to the EU information systems to which the above mentioned data belong [2019a and 2019b Art. 18(1)–(2)]. CIR can be accessed for different purposes: (1) access for identification; (2)

access for the detection of multiple identities; (3) querying for the purposes of preventing, detecting or investigating terrorist offences or other serious criminal offences.

4. The multiple-identity detector (MID) allows detection of multiple identities. It supports the functioning of the CIR and the objectives of the EES, VIS, ETIAS, Eurodac, SIS and ECRIS-TCN [2019a and 2019b Art. 25(1)]. In order to achieve this goal, MID will create and store links between data in the different EU information systems. It contains links between data on individuals, who are present in more than one EU information system [2019a and 2019b Preamble (39)].

In addition to the interoperability components, these regulations contain detailed rules regarding measures supporting interoperability, these are: the data quality, the universal message format (UMF) and the central repository for reporting and statistics (CRRS) (2019a and 2019b Art. 37–39). The universal message format (UMF) would be a standard for structured, cross-border information exchange in the field of JHA [2019a and 2019b Preamble (50)]. Moreover, these regulations include detailed rules on data protection (such as: rules related to data controller, data processor, security of processing, security incidents, self-monitoring, right to information, web portal, etc.) as well.

The regulations laid down how the responsibilities are to be shared between EU institutions and Member States. According to the regulations, eu-LISA should ensure the operation of the central infrastructures of the interoperability components and it is also responsible for the technical management of the central infrastructure, including the maintenance and technological developments of the elements. Member States are responsible for example for the connection to the communication infrastructure of the ESP and the CIR, the organisation, management, operation and maintenance of its existing national infrastructure and of its connection to the interoperability components, the compliance with the data quality requirements established under Union law and the rules of each EU information system regarding the security and integrity of personal data, etc. (2019a and 2019b Art. 56). Europol *inter alia* ensures the handling of queries for Europol data via the ESP (2019b Art. 57). The ETIAS Central Unit is responsible for the manual verification of different identities and carrying out multiple-identity detection between the data stored in the EES, VIS, Eurodac and SIS (2019a Art. 57 and 2019b Art. 58).

#### **4. CLOSING REMARKS**

It is well seen, that interoperability of information systems on Justice and Home Affairs as an objective has already appeared in several EU legal documents. The need to create this framework constantly arose and became more and more justified. After the adoption of the two examined regulations, this system is not just a vision anymore. It is undeniable that its operation raises a number of fundamental rights issues,

although these issues were not the subject of the present study. The technical elements of the interoperability framework are under development; it is supposed to be operational by 2023.<sup>36</sup> There is no doubt, that these regulations create the quite complex system of collecting and storing data and their practical application will obviously raise several questions. Hopefully, this framework will be an effective tool for improving information management and data exchange between the national authorities on EU level.

#### LIST OF LITERATURE

- [1] BLASI CASAGRAN, Cristina: Fundamental Rights Implications of Interconnecting Migration and Policing Databases in the EU. *Human Rights Law Review*, Volume 21, Issue 2, June 2021.  
<https://doi.org/10.1093/hrlr/ngaa057>
- [2] CARRERA, Sergio – STEFAN, Marco – CORTINOVIS, Roberto – LUK, Ngo Chun: *When mobility is not a choice. Problematising asylum seekers' secondary movements and their criminalisation in the EU*. CEPS Paper, 2019.  
<https://www.ceps.eu/wp-content/uploads/2019/12/LSE2019-11-RESOMA-Policing-secondary-movements-in-the-EU.pdf>, 20. 8. 2021.
- [3] GALLI, Francesca: *Interoperable Law Enforcement Cooperation Challenges in the EU Area of Freedom, Security and Justice*. EUI Working Papers, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2019.
- [4] JÁNOSI, Andrea: The need for interoperability between EU information systems in the area of police and judicial cooperation in criminal matters. *Ügyészeti Szemle*, 2020/3, pp. 61–81.
- [5] RIEHLE, Cornelia: FRA Opinion on Interoperability. *Eucrim*, 1/2018, p. 21.  
<https://eucrim.eu/news/fra-opinion-interoperability/>, 11. 7. 2021.
- [6] WAHL, Thomas: EDPS Further Critical to Interoperability. *Eucrim*, 1/2018.  
<https://eucrim.eu/news/edps-further-critical-interoperability/>, 11. 7. 2021.
- [7] WAHL, Thomas: Data Protection Experts Give Critical Statement on Planned Interoperability. *Eucrim*, 1/2018.  
<https://eucrim.eu/news/data-protection-experts-give-critical-statement-planned-interoperability/>, 11. 7. 2021.
- [8] WAHL, Thomas: Works on Interoperability of EU Information Systems Can Start – Legal Framework Established. *Eucrim*, 2/2019.  
<https://eucrim.eu/news/works-on-interoperability-of-eu-information-systems-can-start/>, 11. 7. 2021.

---

<sup>36</sup> BLASI CASAGRAN: op. cit. p. 441.

## RESPONSIBILITY OF THE DATA CONTROLLERS IN DATA PROTECTION LAW AND THE PRACTICE OF THE AUTHORITIES IN IMPOSING ADMINISTRATIVE FINE

MÁRIO ČERTICKY\*

**Abstract:** The European Union’s general data protection regulation ensures a high level of protection of personal data. The data controllers, during their data processing practice, must take into account not only the provisions of the Regulation but also national regulations and evolving data protection practice. Regulatory fragmentation makes it more difficult to comply with data processing standards. The responsibility of the data controller can arise in several directions, first of all, we can separate civil and public liability. The subject of this study is the examination of administrative liability within the scope of the latter, in the framework of which it analyses the theoretical and practical issues of imposing a data protection fine. For the practice of imposing fines, the decisions taken by each European Data Protection Supervisor are presented and conclusions are drawn from them.

**Keywords:** *data protection, GDPR, administrative fine, data protection liability, liability for data processing.*

### 1. INTRODUCTION

It’s been more than two years since 25th May 2018 when the General Data Protection Regulation (hereinafter: GDPR or Regulation)<sup>1</sup> became applicable. Notwithstanding, data controllers, the subjects to the personal scope of the GDPR, had more than two years after its entry into force (17th May 2016) to prepare for its application. The Regulation lays down several guarantees to ensure the protection of personal data, however, the Regulation emphasizes that it respects “*all fundamental rights and observes the freedoms and principles recognised in the Charter as enshrined in the Treaties, in particular (...) freedom to conduct a business*”.<sup>2</sup> Nevertheless, many data controllers see the regulation as a source of danger. It is a fact that the GDPR imposes extremely strict requirements on data controllers, but its aim is not to make the activities of data controllers impossible, but to divert the processing of personal data into a lawful channel. Of course, this places a heavy burden on data controllers, but the problem can be solved with due care and the use of people with the right expertise.

---

\* Assistant Lecturer, Department of Commercial Law, Institute of Civil Law, Faculty of Law, University of Miskolc.

<sup>1</sup> Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) (Official Journal of the European Union, L 119, 4th May 2016).

<sup>2</sup> See recital (4) of the GDPR.

The aim of the study is to briefly describe the rules on the liability of data controllers, in particular administrative liability. In addition, the study outlines the sanctions that can be applied in administrative jurisdiction, in particular the administrative fine. In the course of the investigation, I will pay particular attention to the data protection investigations carried out by the data protection supervisory authorities of the certain Member States of the European Union and to the fines imposed in that context.

In the first chapter of the study, I describe the complex world of data processing standards. In the next chapter, I outline the directions of responsibility for data processing, which can have many aspects and affect many different areas of law. From each of the lines of responsibility, I would like to analyse in detail the administrative liability, in particular the issues of the administrative fine that can be imposed in this regard. In the last chapter of the study, in the light of the most common data protection breaches, I present some of the decisions and fines imposed by the data protection supervisory authorities of the Member States of the European Union. Aim if the study is to provide a brief overview of the relevant rules of the GDPR and its practical application by supervisory authorities.

## 2. SUMMARY OF THE LEGISLATION

It is necessary to outline briefly the legislation that applies to data protection issues. The alpha and omega of data protection law is the GDPR, which must be applied directly by all data controllers from 25th May 2018. Obviously, this idea should be understood with the addition that the Regulation takes precedence over the data processing which are under the scope of it. It is noteworthy to emphasize which data processes are under the scope of the GDPR. The material scope of the Regulation initially covers the wholly or partly automated processing of personal data and the non-automated processing of personal data which are stored or are intended to be stored in a filing system.<sup>3</sup> This means, that the processing of personal data that are not automated and are not part of a filing system<sup>4</sup> are not touched by the GDPR. However, it is not a condition that the registration system is already available, it is sufficient if the register can be compiled on the basis of some organizing principle.<sup>5</sup> The GDPR also defines several specific data processing that are not explicitly covered by it.<sup>6</sup> As far as the territorial scope of the GDPR is concerned, it covers the processing of personal data in the context of the activities of an establishment<sup>7</sup>, of a controller or a processor in the

---

<sup>3</sup> See Article 2(1) of the GDPR.

<sup>4</sup> The definition of the filing system is regulated in Article 4(6) of the GDPR, as follows: “*filing system means any structured set of personal data which are accessible according to specific criteria, whether centralized, decentralized or dispersed on a functional or geographical basis.*”

<sup>5</sup> JÓRI, András: A Rendelet hatálya. In: *A GDPR magyarázata* (szerk. JÓRI András). Budapest, HVG-Orac, 2018, p. 103.

<sup>6</sup> See Article 2(2) and (3) of the GDPR.

<sup>7</sup> Establishment implies the effective and real exercise of activity through stable arrangements. The legal form of such arrangements, whether through a branch or a subsidiary



Union, regardless of whether the processing takes place in the Union or not.<sup>8</sup> Also, the GDPR has an extraterritorial scope, which means that it also covers the activities of data controllers established outside the European Union but offering their services for data subjects within the European Union.<sup>9</sup>

Secondly, the individual national laws laying down general rules on data protection and all sectoral legislation governing a given activity and containing a provision on data processing should apply. As regards the relationship between the GDPR and national law, the application of the Regulation takes precedence. National legislators may adopt provisions adapting or supplementing the rules of the Regulation in areas where the GDPR expressly allows it. However, a rule contrary to the provisions of the GDPR cannot be set by national legislators.

The guidelines of the European Data Protection Board help to interpret each of the rules of the GDPR. Although these guidelines are non-binding, they serve as a reference in the proceedings of the national authorities and as a basis to confirm individual decisions. These findings apply to the guidelines issued by the national authorities. This therefore means that companies need to be aware of these standards when designing their data processing practice.

In the light of the requirement in recital 10 of the GDPR, which states that the “*Consistent and homogenous application of the rules for the protection of the fundamental rights and freedoms of natural persons with regard to the processing of personal data should be ensured throughout the Union,*” the question arises, whether any decision taken by the data protection authority of any EU Member State – of course in a similar case – can serve as a reference. If we answer this question in the affirmative, then monitoring data protection practices will become an even more difficult task. This would also mean that national authorities should take into account not only the guidelines of the European Data Protection Board but also decisions taken by other authorities when taking decisions. This would allow for a uniform data protection practice across the European Union.

However, norms that do not specifically regulate a data protection issue, but prescribe an activity or mandatory behavior that necessarily involves data processing, should not be disregarded either. In these cases, the application of the provisions from a data protection point of view is filled by the provisions of the GDPR and other legislation regarding the nature of the activity. For example, company law or contract law also contains provisions in many places that require data processing (for example register of members, reports and so on). However, these need to be implemented in practice in the light of data protection rules.

This means that all the aforementioned legal norms must be applied when ensuring the lawfulness of data processing by data controllers in their day-to-day operations, which is an extremely difficult task. Of course, it is difficult to expect a company's

---

with a legal personality, is not the determining factor in that respect. See recital (22) of the GDPR.

<sup>8</sup> See Article 3(1) of the GDPR.

<sup>9</sup> See Article 3(2) of the GDPR.

management to be a data protection expert as well, which is why it is recommended to hire a data protection expert or appoint a data protection officer.

### 3. LIABILITY FOR DATA PROCESSING AND IT'S SANCTIONS

In examining the liability related to data processing, the subject of the liability must be identified. In this context, two personal responsibilities may arise, the responsibility of the data controller and the responsibility of the data processor.<sup>10</sup> Data controller means the natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data.<sup>11</sup> So, it can be stated that there is no company who processes personal data related to their activity that does not qualify as a controller. In contrast, the person who process the personal data on behalf of the controller is considered a data processor.<sup>12</sup> As the data processor acts on behalf of and in accordance with the instructions of the data controller, the responsibility lies primarily with the data controller. The data controller is responsible for ensuring that the data processing complies with the requirements of the GDPR. It is important that the controller and the processor enter into a written contract in which the details of the processing are specified in accordance with Article 28(3) of the GDPR. If the data processor sets an independent purpose for data processing in addition to the instructions of the data controller, data processor shall be considered an independent data controller and therefore shall have an independent responsibility.<sup>13</sup>

With regard to data protection liability, it can be stated it is objective, strict liability, which can be established by any violation of data protection rules, particularly any violation of the GDPR. There may be different sanctions for violations,<sup>14</sup> of which the warning and the administrative fine should be highlighted. The data protection authority shall issue a warning to the controller if it finds that it is proportionate and sufficient to achieve the purpose of the sanction. If the data protection authority finds that the warning is not sufficient, it shall impose a fine.

Let's review the rules for imposing an administrative fine. When imposing the fine, in particular when determining the amount of the fine, the authority shall ensure that it is effective, proportionate and dissuasive. The requirement is that it must determine in each case in light of the individual circumstances, but must endeavor to impose almost

---

<sup>10</sup> For a more detailed distinction between the controller and the processor, see the Guideline of the EDPB no. 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR. See: [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb\\_guidelines\\_202007\\_controller-processor\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controller-processor_en.pdf) [downloaded: 5th January 2021].

<sup>11</sup> See Article 3(7) of the GDPR.

<sup>12</sup> See Article 3(8) of the GDPR.

<sup>13</sup> See Article 28(10) of the GDPR.

<sup>14</sup> These include sanctions for preventive and reparative purposes, such as instructions to remedy the infringement, to comply with the GDPR, to comply with the data subject's request, etc. See: JÓRI: op. cit. 416.

the same fine in relatively identical circumstances.<sup>15</sup> Article 83(2) of the GDPR sets out the circumstances to be taken into account by the authority, in particular, but not exclusively, when deciding whether to impose an administrative fine and deciding on the amount of the administrative fine. The authority shall take into account, in particular, but not exclusively, the following circumstances: i) “*the nature, gravity and duration of the infringement taking into account the nature scope or purpose of the processing concerned as well as the number of data subjects affected and the level of damage suffered by them; ii) the intentional or negligent character of the infringement; iii) any action taken by the controller or processor to mitigate the damage suffered by data subjects; iv) any relevant previous infringements by the controller or processor; v) the categories of personal data affected by the infringement,*” etc.

It should also be emphasized that we can distinguish between two levels of violations, which affect the amount of the fine. For violations in the first category, the maximum fine may be set up to EUR 10 million or in the case of an undertaking, up to 2% of the total worldwide annual turnover of the preceding financial year, whichever is higher. In contrast, for the second category of infringements, the maximum fine may be set up to EUR 20 million or in the case of an undertaking, up to 4% of the total worldwide annual turnover of the preceding financial year, whichever is higher. The cases presented in this study are concerned infringements in the latter category. It can be concluded that, depending on the circumstances of the case, companies can expect even higher fines.

With regard to civil liability,<sup>16</sup> it should first be noted that Article 82 of the GDPR refers to the right to compensation. Based on this “*any person who has suffered material or non-material damage as a result of an infringement of this Regulation shall have the right to receive compensation from the controller or processor for the damage suffered*”.<sup>17</sup> The GDPR regulates the liability of the data controller and the liability of the data processor separately. Accordingly, the controller is liable for any damage caused by the processing in breach of the Regulation. A processor shall be liable for the damage caused by processing only where it has not complied with obligations of this Regulation specifically directed to processors or where it has acted outside or contrary to lawful instructions of the controller.<sup>18</sup> If the data controller’s independent liability doesn’t arise, but the injuring party is the data processor, the

<sup>15</sup> See the Guidelines on the application and setting of administrative fines (wp253), [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=611237](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611237) .

<sup>16</sup> For a comprehensive comparison of data protection liability and civil liability, see TRULI, Emmanuela: The General Data Protection Regulation and Civil Liability. In: BAKHOUM, Mor – CONDE GALLEGU, Beatriz – MACKENRODT, Mark-Oliver – SURBLYTE-NAMAVICIENE Gintare (eds.): *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law. Towards a Holistic Approach?* Springer, Berlin–Heidelberg, 2018, 303–329. [https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5\\_12](https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5_12); CORDEIRO, A. B. Menezes: Civil Liability for Processing of Personal Data in the GDPR. *European Data Protection Law Review (EDPL)*. 5 (4), 492–499. <https://doi.org/10.21552/edpl/2019/4/7>.

<sup>17</sup> Article 82(1) of the GDPR.

<sup>18</sup> Article 82(2) of the GDPR.

data controller is responsible for its conduct. As regards the exemption from the obligation to pay compensation, the GDPR contains only the following: “*a controller or processor shall be exempt from liability under paragraph 2 if it proves that it is not in any way responsible for the event giving rise to the damage.*”<sup>19</sup> On this basis, the content of liability for damages should be determined on the basis of the liability standards established by national law.<sup>20</sup>

With regard to crimes related to data processing, the crime of misuse of personal data contained in § 219 of the Criminal Code<sup>21</sup> should be mentioned. The perpetrator of the crime can be anyone. Given that a natural person can also be considered a data controller, the crime of misuse of personal data may also arise. Under the relevant legislation,<sup>22</sup> the data controller may also be the subject to criminal liability.<sup>23</sup>

It is noteworthy to mention one of the decisions of the Hungarian Competition Authority fining Facebook for misleading the consumers.<sup>24</sup> The interesting thing about the case is that the decision was based on the fact that the Authority has established that personal data has value and how much we seem to use a service for free, we use our personal data to pay for it, because in this case was stated that Facebook uses our personal data to make profit.

#### 4. PRACTICE OF IMPOSING ADMINISTRATIVE FINES

I have divided the cases in which fines have been imposed into five categories according to the nature of the violations. Thus, I have singled out the cases in which

<sup>19</sup> Article 82(3) of the GDPR.

<sup>20</sup> With regard to Hungarian law, therefore, the provisions of the Act V of 2013 on Civil Code may apply.

<sup>21</sup> „*A person who, by violating a provision laid down in an Act or a binding legal act of the European Union on the protection or processing of personal data and for gain or causing significant harm to interests,*  
*a) processes personal data in an unauthorized manner or in deviation from the purpose of processing, or*  
*b) fails to take measures to safeguard such data*  
*is guilty of a misdemeanour and shall be punished by imprisonment.”*

<sup>22</sup> See the Act CIV of 2001 on criminal measures applicable to a legal person.

<sup>23</sup> See § 2 (1) of the Act CIV of 2001: “*The measures defined in the present act are applicable to legal entities in the event of committing any intentional criminal act defined in the Act C of 2012 on the Criminal Code (...) if the perpetration of such an act was aimed at or has resulted in the legal entity gaining benefit, or the criminal act was committed with the use of the legal entity and by*  
*a) the legal entity’s executive officer, its member, employee, officer, managing clerk entitled to represent it, its supervisory board member and/or their representatives, within the legal entity’s scope of activity,*  
*b) its member or employee within the legal entity’s scope of activity, and it could have been prevented by the executive officer, the managing clerk or the supervisory board by fulfilling his/her/its supervisory or control obligations.”*

<sup>24</sup> See the decision of the Hungarian Competition Authority no. VJ/85/2016.

the fine was imposed for breach of the principles of the GDPR. The second category includes fines imposed for violations of the data subject's rights, while the third category includes cases of data processing without a lawful basis. In the fourth category are fines imposed in proceedings for data breaches. Finally, in the fifth category, I will mention other cases that cannot be included into those categories or they could be included into two or more mentioned categories.

The subject of the investigation were the decisions of the national authorities published by the EDPB, so I examined the decisions made not only by the Hungarian authority, but also by the authorities of almost all EU Member States.<sup>25</sup>

#### 4.1. Violation of principles of the GDPR

Among the breaches of the data protection principles set out in the Article 5 of the GDPR should be highlighted the breach of purpose limitation,<sup>26</sup> the requirement of lawfulness, fairness and transparency,<sup>27</sup> data minimization<sup>28</sup> and from a data security perspective the principle of integrity and confidentiality.<sup>29</sup> It is noteworthy that any violation of the GDPR may result a breach of one or more principles of the GDPR, particularly the principle of lawfulness.

At the end of the 2019 the Berlin DPA imposed a fine of around 14.5 million Euros against Deutsche Wohnen for violations of the GDPR. The authority found that the company used an archive system for the storage of personal data of tenants that did not provide the possibility of removing data that was no longer required. Personal data of tenants were stored without checking whether storage was permissible or even necessary for the purpose of their original collection. This involved data on the personal and financial circumstances of tenants, such as salary statements, self-disclosure forms, extracts from employment and training contracts, tax, social security and health insurance data and bank statements.<sup>30</sup>

At the end of October 2020, the State Data Protection Inspectorate, which is a personal data protection supervisory authority of the Republic of Lithuania has fined

---

<sup>25</sup> The manuscript of the study was closed on 10 January 2021, so I examined the decisions of each Authority by this date.

<sup>26</sup> See Article 5(1)(b) "*personal data shall be collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a manner that is incompatible with those purposes.*"

<sup>27</sup> See Article 5(1)(a) "*personal data shall be processed lawfully, fairly and in a transparent manner in relation to the data subject.*"

<sup>28</sup> See Article 5(1)(c) "*personal data shall be adequate, relevant and limited to what is necessary in relation to the purposes for which they are processed.*"

<sup>29</sup> See Article 5(1)(f) "*personal data shall be processed in a manner that ensures appropriate security of the personal data, including protection against unauthorised or unlawful processing and against accidental loss, destruction or damage, using appropriate technical or organisational measures.*"

<sup>30</sup> See: [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/berlin-commissioner-data-protection-imposes-fine-real-estate-company\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/berlin-commissioner-data-protection-imposes-fine-real-estate-company_hu) [downloaded: 5th January 2021].

Vilnius City Municipality Administration for infringements of the principle of integrity and confidentiality. The fine (15,000 Euros) was imposed for violation of Articles 5(1)(d) and 5(1)(f) of the GDPR, i.e. a failure to implement appropriate technical and organizational measures, thus, failing to ensure the accuracy of processed personal data when processing personal data of the parents of the adopted child.<sup>31</sup>

#### 4.2. Violation of data subject's rights

The most sensitive issues arise in the context of a breach of the data subject's rights. In the cases examined, most violations were committed in breach of the right to be informed, the right of access and the right to erasure or better known as right to be forgotten.

In the case before the Belgian authority Google was fined, because Google refused the Belgian citizen's request applied for removal of links containing negative information about him. The Belgian DPA considers that the links should have been delisted by Google. What's more, Google lacked transparency in their delisting form, as well as in their response to the data subject. For those reasons, the Belgian DPA decided to impose a fine of EUR 600,000, which is the highest fine ever imposed by the Belgian DPA.<sup>32</sup>

The Hungarian Data Protection Authority fined a data controller (a banking service provider) for failing to comply with its information obligations under Articles 12 and 13 of the GDPR and, in addition, treats the personal data of many of its customers without legal basis. As a result, it imposed a fine of HUF 25 million on the data controller.<sup>33</sup> In another case the Hungarian DPA imposed a fine on a data controller for not allowing the data subject to exercise his or her right of access for footage taken during camera surveillance. The case find that the data controller has not put in place adequate measures to ensure that the data subject's right of access is exercised. In this context, the controller did not differentiate between the right of access to personal data and the right to copy of personal data. The authority also found a violation of the right to restrict data processing, according to which it did not comply with the data subject's request not to delete his or her personal data until his or her request has been processed. The DPA has imposed a HUF 20 million (approx. EUR 55,000) fine for violation of Articles 15 and 18 of the GDPR.<sup>34</sup>

#### 4.3. Data processing without lawful basis

In the cases examined, most violations concerned the lawfulness of data processing, which means that data controllers did not have legal basis for data processing, so the

<sup>31</sup> See: [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/lithuanian-dpa-imposes-fine-imp-rop-erly-processed-personal-data-parents\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/lithuanian-dpa-imposes-fine-imp-rop-erly-processed-personal-data-parents_hu) [downloaded: 5th January 2021].

<sup>32</sup> See: [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/belgian-dpa-imposes-eu600000-fine-goog-le-belgium-not-respecting-right-be\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/belgian-dpa-imposes-eu600000-fine-goog-le-belgium-not-respecting-right-be_hu) [downloaded: 5th January 2021].

<sup>33</sup> Case no. NAIH/2019/3107/7., See: <https://www.naih.hu/files/NAIH-2019-3107-hatarozat.pdf>.

<sup>34</sup> Case no. NAIH/2020/2204/8., See: <https://www.naih.hu/files/NAIH-2020-2204-8-hatarozat.pdf>.

data processing was unlawful. This issue differs from the others in that, in this case, the data processing is startlingly unlawful, while in the other cases the data processing is lawful but the data controller violated other obligation of the law.

Among these cases, I would like to highlight the proceedings before the Italian authority, in which a marketing company carried out direct marketing activities between 2017 and 2019 without the consent of the data subjects, which affected millions of people. The Italian data protection authority found the violation and imposed a fine of more than EUR 27 million.<sup>35</sup>

In another case, the Spanish Data Protection Authority (AEPD) imposed a fine of EUR 75,000 on Vodafone Espana for processing the claimant's telephone number for marketing purposes after they had exercised their right to erasure in 2015, regardless of what was sent to the data subject as an advertising SMS. The AEPD considered that the data controller violated Article 6(1) of the GDPR, by processing the claimant's personal data without any lawful basis.<sup>36</sup>

I note that in the case of data processing for marketing purposes, so in both above-mentioned cases, the legal basis for data processing can only be the consent [Article 6(1) of the GDPR] of the data subject.

At the end of October 2020, the Norwegian Data Protection Authority has imposed an administrative fine of more than EUR 13,000 on a data controller for performing a credit check of a sole proprietorship without having a lawful basis for the processing. The curiosity about this case is that the authority classified the sole proprietor as the data subject because credit information about a sole proprietorship is regarded as personal data, as the owner is directly identified with the enterprise, and this is directly linked to the owner's private economy. The DPA has emphasized the private character of the personal data, seeing that the data is closely linked to the private economy of the owner.<sup>37</sup>

The Swedish Data Protection Authority has issued an administrative fine of SEK 300,000 (approx. EUR 27,500) against a housing company for unlawful video surveillance in an apartment building in the end of the December 2020. The essence of the investigation was that the data controller observed the doors of several flats in the stairwell through camera surveillance, which the Swedish DPA considered illegal. The Authority deliberated the data controller's legitimate interest and the right to privacy of the data subject and concluded that the latter took precedence.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> See: [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/marketing-italian-sa-fines-tim-eur-278-million\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/marketing-italian-sa-fines-tim-eur-278-million_hu) [downloaded: 5th January 2021].

<sup>36</sup> See: [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/spanish-data-protection-authority-aepd-imposes-fine-75000-eur-vodafone\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/spanish-data-protection-authority-aepd-imposes-fine-75000-eur-vodafone_hu) [downloaded: 5th January 2021].

<sup>37</sup> See: [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/norwegian-dpa-fines-odin-flisenter-performing-credit-check-sole\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/norwegian-dpa-fines-odin-flisenter-performing-credit-check-sole_hu) [downloaded: 5th January 2021].

<sup>38</sup> See: [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/300000-sek-fine-against-housing-company\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/300000-sek-fine-against-housing-company_hu) [downloaded: 5th January 2021].

#### 4.4. Responsibility for data breaches

Perhaps the biggest risk in data processing is the possibility of a personal data breach. I would like to highlight one of the newest cases from the beginning of October. The Hamburg Commissioner for Data Protection and Freedom of Information imposed a EUR 35.3 Million Fine for violations of the GDPR by H&M.<sup>39</sup> The company has recorded several types of data about the personal life of their employees, including personal activities, data concerning health, data about their religion and some other sensitive data, which were stored on a network drive. This drive became accessible company-wide for several hours in October 2019 due to a configuration error. So, this was a multiple violation of the GDPR, first of all it was a data processing without lawful basis and it was also a data breach and violation of the principles.

The Hungarian Data Protection Authority has imposed a HUF 7.5 million (approx. EUR 21,000) fine on a data controller providing private healthcare services for violations of Article 32(1)(b), Article 33(1), and Article 34(1), because of a data breach. Due to a data security flaw in the online system operated by the data controller, the roughly fifteen thousand personal data stored in the system, including health data, were made public and could be accessed and downloaded by anyone.<sup>40</sup>

In another case conducted by the Hungarian data protection authority, it imposed a fine of HUF 100 million (approx. EUR 277,000 which is the biggest fine imposed in Hungary yet) on an internet service provider because it could have accessed the databases in the content management system used by the service provider. This was because the data controller was using a system that had become obsolete for nine years and was thus extremely vulnerable. Given that the data controller also stored old data in the system that was no longer needed, also violated the principles of purpose limitation [Article 5(1)(b)] and storage limitation [Article 5(1)(e)].<sup>41</sup>

The Information Commissioner's Office as a British Data Protection Authority (ICO) has fined Ticketmaster UK Limited GBP 1.25 million (approx. EUR 1.3 million) for failing to keep its customers' personal data secure. The ICO found that the company failed to put appropriate security measures in place to prevent a cyber-attack on a chat-bot installed on its online payment page. The data breach, which included names, payment card numbers, expiry dates and CVV numbers, potentially affected 9.4 millions of Ticketmaster's customers across Europe including 1.5 million in the UK. Investigators found that, as a result of the breach, 60,000 payment cards belonging to Barclays Bank customers had been subjected to known

---

<sup>39</sup> See: [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/hamburg-commissioner-fines-hm-353-million-euro-data-protection-violations\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/hamburg-commissioner-fines-hm-353-million-euro-data-protection-violations_hu) [downloaded: 5th January 2021].

<sup>40</sup> Case no. NAIH/2020/952/, See: <https://www.naih.hu/files/NAIH-2020-952-hatarozat.pdf> [downloaded: 5th January 2021].

<sup>41</sup> Case no. NAIH/2020/1160/10, See: <https://www.naih.hu/files/NAIH-2020-1160-10-hatarozat.pdf> [downloaded: 5th January 2021].



fraud. Another 6,000 cards were replaced by Monzo Bank after it suspected fraudulent use.<sup>42</sup>

#### 4.5. Other violations of the GDPR

In other categories, I have included legal cases in which data controllers have violated their other obligations under the GDPR, such as one of the most common breaches of data security, which is not the same with data breach.

In one case, the German authority imposed a fine of almost EUR 10 million on a telephone company, which did not provide sufficient technical and organizational measures to prevent unauthorized persons from being able to obtain customer information via the customer hotline service. In this context, the DPA also emphasized that the appointment of a data protection officer would also be such a measure, an obligation which the controller also failed to fulfill, despite the fact that it would have been mandatory under Article 37 of the GDPR.<sup>43</sup>

As a matter of data security measures, the Hungarian Data Protection Authority explained in one of its decisions related to paper files management that the data controller did not take the necessary organizational measures regarding the destruction of records containing personal data, thus violating the requirement of Article 32(1) of the GDPR. The Hungarian DPA imposed a fine of HUF 500,000 (approx. EUR 1,400).<sup>44</sup> It should be noted that this fine was not a high amount, but given the gravity of the infringement, it is certainly an indication to data controllers that they should also place great emphasis on the security of paper-based personal data.

### 5. SUMMARY AND CONSEQUENCES

In fact, full compliance with data protection rules is very difficult, but not impracticable. To do this, companies may seek the help of an expert, or employ a person or team who or which deals with data protection compliance in day to day work. Overall, companies need to place a strong emphasis on compliance with data protection rules, as they can also expect large fines for breaches or for violations. Due to the difficulty of complying with data protection rules, companies need to be prepared for possible fines and therefore need to shape their management. Imposing an administrative fine is therefore a constant risk for companies, so they need to put a lot of emphasis on risk management. They can use several options to do this, such as setting up a fund to cover the amount of the fine. It should be noted that insurance products specifically designed to cover such losses have already appeared on the insurance market. Finally, the most effective way to avoid fines is to fully comply with data protection rules.

---

<sup>42</sup> See: <https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2020/11/ico-fines-ticketmaster-uk-limited-125million-for-failing-to-protect-customers-payment-details/> [downloaded: 5th January 2021].

<sup>43</sup> See: [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/bfdi-imposes-fines-telecommunications-service-providers\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/bfdi-imposes-fines-telecommunications-service-providers_hu)

<sup>44</sup> Case no. NAIH/2020/1137, See: <https://www.naih.hu/files/NAIH-2020-1137-hatarozat.pdf>.

## LIST OF LITERATURE

- [1] CORDEIRO, A. B. Menezes: Civil Liability for Processing of Personal Data in the GDPR. *European Data Protection Law Review (EDPL)*, 5 (4), 492–499, <https://doi.org/10.21552/edpl/2019/4/7>.
- [2] JÓRI András: A Rendelet hatálya. In: *A GDPR magyarázata* (szerk. JÓRI András). Budapest, HVG-Orac, 2018.
- [3] European Data Protection Board: *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*. See: [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb\\_guidelines\\_202007\\_controllerprocessor\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf) [downloaded: 5th January 2021].
- [4] TRULI, Emmanuela: The General Data Protection Regulation and Civil Liability. In: BAKHOUM, Mor – CONDE GALLEGO, Beatriz – MACKENRODT, Mark-Oliver – SURBLYTE-NAMAVICIENE Gintare (eds.): *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law. Towards a Holistic Approach?* Berlin–Heidelberg, Springer, 2018, 303–329. [https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5\\_12](https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5_12).
- [5] Article 29 Workig Party: *Guidelines on the application and setting of administrative fines (wp253)*. See: [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=611237](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611237) [downloaded: 5th January 2021].
- [6] [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2021/polish-dpa-id-finance-poland-checking-potential-system-vulnerabilities\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2021/polish-dpa-id-finance-poland-checking-potential-system-vulnerabilities_hu) [downloaded: 5th January 2021].
- [7] [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/bfdi-imposes-fines-telecommunications-service-providers\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/bfdi-imposes-fines-telecommunications-service-providers_hu) [downloaded: 5th January 2021].
- [8] <https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2020/11/ico-fines-ticketmaster-uk-limited-125million-for-failing-to-protect-customers-payment-details/> [downloaded: 5th January 2021].
- [9] [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/hamburg-commissioner-fines-hm-353-million-euro-data-protection-violations\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/hamburg-commissioner-fines-hm-353-million-euro-data-protection-violations_hu) [downloaded: 5th January 2021].
- [10] [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/300000-sek-fine-against-housing-company\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/300000-sek-fine-against-housing-company_hu) [downloaded: 5th January 2021].
- [11] [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/norwegian-dpa-fines-odin-flissenter-performing-credit-check-sole\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/norwegian-dpa-fines-odin-flissenter-performing-credit-check-sole_hu) [downloaded: 5th January 2021].
- [12] [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/spanish-data-protection-authority-aepd-imposes-fine-75000-eur-vodafone\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/spanish-data-protection-authority-aepd-imposes-fine-75000-eur-vodafone_hu) [downloaded: 5th January 2021].

- 
- [13] [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/marketing-italian-sa-fines-tim-eur-278-million\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/marketing-italian-sa-fines-tim-eur-278-million_hu) [downloaded: 5th January 2021].
  - [14] [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/belgian-dpa-imposes-eu-600000-fine-google-belgium-not-respecting-right-be\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/belgian-dpa-imposes-eu-600000-fine-google-belgium-not-respecting-right-be_hu) [downloaded: 5th January 2021].
  - [15] [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/lithuanian-dpa-imposes-fine-improperly-processed-personal-data-parents\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2020/lithuanian-dpa-imposes-fine-improperly-processed-personal-data-parents_hu) [downloaded: 5th January 2021].
  - [16] [https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/berlin-commissioner-data-protection-imposes-fine-real-estate-company\\_hu](https://edpb.europa.eu/news/national-news/2019/berlin-commissioner-data-protection-imposes-fine-real-estate-company_hu) [downloaded: 5th January 2021].

## VERANTWORTUNG VON UNTERNEHMEN BEI VERLETZUNG DER PRIVATSPHÄRE – VERANTWORTUNG VON UND IN NETZWERKEN

CSENGE HALÁSZ\*

**Abstract:** Certain technological improvements mean the obvious rethinking of the boundaries of the private sphere. This process has made a legislative response necessary. In this sense, Act LIII of 2018 can be highlighted, which states in its preamble that the modern devices of info communication have laid new foundation for the everyday communication, hence the protection of private life extends beyond the physical harassment to Internet. An important factor in the protection of privacy is the responsibility of companies, which must ensure the protection of the privacy rights of entities using their online interfaces.

**Keywords:** *the right to privacy, personal rights, responsibility, social media*

### 1. EINLEITUNG

Die verschiedenen sozialen Netzwerke haben zwischenmenschliche Beziehungen zwischen Einzelpersonen eindeutig verändert. Vielleicht ist es überflüssig 2020 darüber zu sprechen, da wir die Auswirkungen der neuen Online-Schnittstellen hautnah miterleben, was sich auch an der Anzahl der Benutzer zeigt. Der Marktführer Facebook wird von mehr als zwei Milliarden Menschen weltweit genutzt, von denen mehr als fünf Millionen inländische (ungarische) Nutzer sind.<sup>1</sup> Dicht gefolgt von Facebook ist jedoch die Plattform YouTube, die im Jahr 2020 bereits 1,9 Milliarden aktive Nutzer hatte und oft als das „Fernsehen der Zukunft“ bezeichnet wird. Instagram ist ebenfalls eine der führenden sozialen Netzwerke, das in der Altersgruppe der 16- bis 25-Jährigen an Beliebtheit gewinnt und zu einem unverzichtbaren Werkzeug für das Online-Marketing wurde.<sup>2</sup>

Die möglichen Auswirkungen dieser Plattformen werden in einer Reihe von Gebieten angesprochen. Aus rechtlicher Sicht sollte betont werden, dass sie sich praktisch auf alle Rechtsbereiche auswirken. Eines ihrer wichtigsten Unterscheidungsmerkmale ist daher die *Komplexität*.

---

\* PhD Student. Universität Miskolc, Staats- und Rechtswissenschaftliche Fakultät, Institut für Zivilwissenschaften, Lehrstuhl für Zivilrecht.

<sup>1</sup> Top 20 Facebook Statistiken. <https://zephoria.com/top-15-valuable-facebook-statistics/> (abgerufen am 16. 8. 2020).

<sup>2</sup> Statistiken zu Social Media Plattformen für Marketingstrategien. <https://www.digitalhungary.hu/kultura/Mutatjuk-hogy-kinek-milyen-kozossegi-media-plattformot-erdemes-haszalni-marketingjehez-2020-ban/9283/> (abgerufen am 12. 1. 2021).

In diesem Artikel sollen die rechtlichen Auswirkungen von sozialen Netzwerken auf die Persönlichkeitsrechte und die Frage der Haftung bei möglichen Verstößen untersucht werden, da die Anzahl der Fälle von Persönlichkeitsrechtsverletzungen in sozialen Medien in der ungarischen Rechtspraxis zugenommen hat.

Verstöße gegen Persönlichkeitsrechte in sozialen Medien können in zwei Richtungen auftreten: einerseits zwischen den Nutzern der Website, d. h. in einem Rechtsverhältnis zwischen Privatpersonen. Andererseits kann auch der Betreiber der Website selbst bei bestimmten Verstößen haften. In diesem Artikel soll letzteres untersucht werden.

In Bezug auf das Persönlichkeitsrecht soll vor allem auf das Recht auf Privatsphäre eingegangen werden. In einer Erklärung von 2011 sagte Facebook-Gründer Mark Zuckerberg, dass Privatsphäre nicht länger eine soziale Norm sei („*Privacy is no longer a social norm*“<sup>3</sup>). Meiner Ansicht nach kann dieser Aussage nicht zugestimmt werden. Der Schutz der Privatsphäre ist im digitalen Zeitalter ein äußerst wichtiges Thema.

## 2. GRUNDLEGENDE BEGRIFFLICHKEITEN

Es gilt zunächst den Begriff „Social Media“ zu definieren, wobei jedoch keine allgemeine, genaue rechtliche Definition gegeben werden kann. *Zhao Shanyang* definiert soziale Medien als „*benutzergenerierte Inhalte, die weit verbreitete Technologien verwenden, die die Kommunikation erleichtern, die Interaktion mit Gruppenmitgliedern und einem breiteren Publikum beeinflussen, typischerweise über das Internet oder ein mobiles Kommunikationsnetzwerk*“.<sup>4</sup>

Im Allgemeinen kann dies als Website verstanden werden, auf der das Framework vom Website-Betreiber bereitgestellt und dann von Benutzern mit sich ständig ändernden Inhalten ausgefüllt wird.

In Bezug auf soziale Medien ist jedoch zu beachten, dass in der jüngeren Vergangenheit viele Arten dieser Plattformen entstanden sind, die auch die Grundlage für ihre Differenzierung bilden können. Anhand einiger Beispiele können wir auch zwischen „klassischen“ sozialen Netzwerken, Messaging-Anwendungen und Video- und Image-Sharing-Plattformen unterscheiden.

Der nächste zu untersuchende Begriff ist der Privatsphäre. Dieser ist seit 2014 im ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuch als benanntes Persönlichkeitsrecht aufgeführt und seit 2018 durch eine separate sektorale Regelung geschützt. Es gibt jedoch auch keine allgemeine Definition der Privatsphäre. Der wissenschaftliche Ausgangspunkt ist der Artikel von Samuel Warren und Luis Brandeis in der *Harvard Law Review* von 1890 mit dem Titel „*The Right to Privacy*“ („*Das Recht auf Privatsphäre*“)<sup>5</sup>, der seitdem sowohl im kontinentalen als auch im angelsächsischen

<sup>3</sup> Privacy is no longer a social norm. <https://www.theguardian.com/technology/2010/jan/11/facebook-privacy> (abgerufen am 18. 9. 2020).

<sup>4</sup> ZHAO, Shanyang: Internet Use and Social Capital. In: *Paper presented at the annual meeting of the American Sociological Association*, Marriott Hotel, Loews Philadelphia Hotel, Philadelphia, PA, 12. August 2005.

<sup>5</sup> WARREN Samuel – BRANDEIS Luis: The Right to privacy. *Harvard Law Review*, 15. 12. 1890.

Rechtssystem Gegenstand zahlreicher Versuche war, den Begriff zu überdenken.<sup>6</sup> Einige von ihnen betrachteten die Privatsphäre als Hüter der individuellen Freiheit, zum Beispiel untersuchte *Clinton Rossiter* in seiner Arbeit von 1948 das Recht auf Privatsphäre als ein einheitliches Konzept und trat dafür ein, die Bedeutung des Individuums hervorzuheben. Nach seiner Ansicht ist „*privacy [Privatsphäre] eine besondere Art von Unabhängigkeit, die als Versuch interpretiert werden kann, Autonomie zumindest in einigen persönlichen und spirituellen Aspekten zu gewährleisten, wenn dies angesichts des Drucks der modernen Gesellschaft notwendig ist*“.<sup>7</sup>

Der nächste wichtige Schritt innerhalb des wissenschaftlichen Diskurses war der 1960 veröffentlichte Aufsatz von *William Prosser*, der bis heute einen bestimmenden Maßstab in der einschlägigen US-Rechtsprechung darstellt. *Prosser* teilte die Fälle der Verletzung der Privatsphäre in vier Fallgruppen ein. Die erste Gruppe betrifft das Eindringen in die physische Individual- oder Privatangelegenheiten der Antragsteller. Die zweite Fallgruppe betrifft die Offenlegung intimer privater Tatsachen gegenüber der Öffentlichkeit, während die dritte Fallgruppe Mitteilungen betrifft, die den Antragsteller gegenüber der Öffentlichkeit falsch darstellten. Schließlich umfasste die vierte Gruppe die missbräuchliche Namensführung.<sup>8</sup>

Es sollen auch einige inländische dogmatische Ansätze erwähnt werden. *Máté Dániel Szabó* leitet das Konzept des Rechts auf Privatsphäre auch aus der Freiheit der Selbstbestimmung ab. Das Recht auf Selbstbestimmung wird als das Recht des Einzelnen angesehen, die Grenze zwischen sich und seiner Umwelt zu ziehen. Privatsphäre bedeutet für ihn das Recht jedes Einzelnen, selbst zu entscheiden, was sein eigenes Schicksal sein wird, was er mit sich selbst, seinem Körper und dem Wissen über diese tun wird.<sup>9</sup>

Im Allgemeinen definiert *László Székely* die Privatsphäre als den innersten Raum des Menschen, in dem er sich ohne Einschränkungen frei ausdrücken kann.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Siehe z. B.: KALVEN, JR Harry: *The Right of Privacy in Tort Law – Were Warren and Brandeis Wrong?* [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=134\\_22&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=134_22&context=journal_articles) (abgerufen 17. 8. 2020); GLANCY, Dorothy J.: The invention of the right to privacy. *Arizona Law Review*, 1979/1; SCHWARTZ, Paul M. – PEIFER, Karl Nikolaus: Prosser’s Privacy and the german right of personality: Are Four privacy torts better than one unitary concept? *California Law Review*, 2010/6; SCHOEMAN, Ferdinand D.: *Privacy: Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984; HIRSCH, Dennis D.: *Privacy, Public Goods and the Tragedy of the Trust Commons: A Response to Professors Fairfield and Engel*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2783933](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2783933) (abgerufen am 14. 10. 2020).

<sup>7</sup> ROSSITER, Clinton: *Constitutional Dictatorship*. 1948, 76.

<sup>8</sup> PROSSER, William L.: *Privacy*, *California Law Review*, 1960. 383.

<sup>9</sup> SZABÓ Máté Dániel: Kísérlet a privacy meghatározására a magyar jogrendszer fogalmival. *Infotárs*, 2005/5, 46.

<sup>10</sup> SZÉKELY László: A személyiségi jogok hazai elmélete. A forrásvidék. *In medias res*, 2012/1, <http://real.mtak.hu/108591/1/media-tudomany-szekely-laszlo-a-szemelyisegi-jogok-hazai-elmélete-a-forrasvidek-labady-tamas-cikk-12.pdf> (abgerufen am 20. 7. 2020).

Nach *Attila Menyhárd* umfasst der Schutz des Rechts auf Privatsphäre das Recht auf körperliche, geistige und soziale Integrität.<sup>11</sup>

Laut *Tamás Fézer* hat der Schutz der Privatsphäre eine psychische und eine physische Seite.<sup>12</sup> Die physische Seite ist im Wesentlichen eine Verletzung der Rechte in Bezug auf eine bestimmte Sache, die in der Realität erscheint, die eine Manifestation der Privatsphäre einer Person ist und als ihr Raum dient. Dies könnte zum Beispiel den Schutz der privaten Wohnung oder das Recht auf Achtung des persönlichen Raums umfassen. Die emotionale Dimension der Privatsphäre kann insbesondere der Schutz der Vertraulichkeit, der Schutz vor Bild- und Tonaufnahmen sowie Datenschutzrechte sein. Hierbei handelt es sich um Rechte, die zwar in vielen Fällen in physischer Form, jedoch mit der Person verbunden sind und Informationen über die betreffende Person liefern.<sup>13</sup>

Aus jedem der oben beschriebenen Beispiele können wertvolle Schlussfolgerungen gezogen werden, um den Inhalt des Rechts auf Privatsphäre zu bestimmen.

Aus meiner Sicht kann eine allgemeine Definition des Rechts auf Privatsphäre nicht gegeben werden. Ich halte den Anspruch, eine Definition festzulegen, nicht einmal für wünschenswert, da der Begriff mit einer engeren Definition seine allgemeine, lückenfüllende Rolle verlieren könnte.

Das Recht auf Privatsphäre könnte vielmehr als ein Recht betrachtet werden, das aufgrund der Menschenwürde und des Rechts auf individuelle Selbstbestimmung das „*Recht, allein gelassen zu werden*“ bedeutet, sich von anderen (sowohl körperlich als auch geistig) fernzuhalten und Informationen über einen selbst zu löschen. Dieses Recht muss in *vertikaler* Richtung, d. h. in der Beziehung zwischen Staat und Bürger, und auch *horizontal* in der Beziehung zwischen einzelnen Personen bestehen. Der Rahmen des ersteren und die Garantien seines Schutzes werden durch internationale Menschenrechtsinstrumente und Verfassungsregeln festgelegt, während der horizontale Geltungsbereich unter der Schirmherrschaft des Privatrechts steht.

Die Rechtsprechung spielt eine Schlüsselrolle bei der Untersuchung bestimmter Bereiche des Rechts auf Privatsphäre. Es gilt insbesondere die wichtige Frage zu beantworten, ob das Recht auf Privatsphäre unabhängig oder nur innerhalb der individuellen Persönlichkeitsrechte ausgeübt werden kann. Meiner Ansicht nach kann der Privatsphäre im weitesten Sinne den Schutz der Privatwohnung, der Kommunikation, des Rechts am eigenen Bild, der Ehre, des Ansehens und der personenbezogenen Daten umfassen, sofern die Verletzung deren einschließlich die Verletzung des Rechts „*allein gelassen zu werden*“ (des inneren Kerns von menschliche Intimität) beinhaltet.

<sup>11</sup> MENYHÁRD Attila: A magánélethez való jog elméleti alapjai. In *Medias Res*, 2014/2, 55.

<sup>12</sup> FÉZER Tamás: *A privátszféra polgári jogi védelmének alapkérdései*. [http://www.debrece-nijogimuhely.hu/archivum/1\\_2\\_2014/a\\_privatszfera\\_polgari\\_jogi\\_vedelmenek\\_alapkerdesei/](http://www.debrece-nijogimuhely.hu/archivum/1_2_2014/a_privatszfera_polgari_jogi_vedelmenek_alapkerdesei/) (abgerufen 22. 8. 2020).

<sup>13</sup> Ebd.

### 3. GESETZLICHE REGELUNGEN

Es gibt drei Regelungsebenen für soziale Netzwerke:

- die supranationale Ebene,
- die einschlägigen Vorschriften der Mitgliedstaaten und
- die Richtlinien der sozialen Netzwerke.

Die erste Regelungsebene ist die supranationale Ebene des öffentlichen Rechts, für die mehrere EU-Vorschriften erwähnt werden sollten. Die Plattformen werden teilweise durch die Medienregulierung,<sup>14</sup> das E-Commerce-Recht,<sup>15</sup> Vertrags- und Verbraucherrecht,<sup>16</sup> Datenschutzrecht<sup>17</sup> und Wettbewerbsrecht<sup>18</sup> abgedeckt. In Bezug auf das hier behandelte Thema ist die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (im Folgenden: Richtlinie, Eker-Richtlinie), d. h. die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, deren Regelungen in das Gesetz CVIII von 2001 über den elektronischen Geschäftsverkehr in das ungarische Recht umgesetzt wurden, besonders hervorzuheben. Diese Richtlinie und das einschlägige innerstaatliche Recht sind hierfür relevant, da Betreiber sozialer Netzwerke als Vermittlungsdienstleister definiert sind und verbindliche Anforderungen für die Entfernung illegaler Inhalte erhalten, die auf den von ihnen betriebenen Plattformen veröffentlicht werden, sowie Regeln für ihre Haftung bei Nichterfüllung dieser Verpflichtungen.

Die zweite Regelungsebene ist die nationale Regulierung der Mitgliedstaaten, die zum Beispiel Folgendes umfasst:

- das Grundgesetz Ungarns
- Gesetz V von 2013 über das Bürgerliche Gesetzbuch
- Gesetz II von 2012 über das Arbeitsgesetzbuch

---

<sup>14</sup> Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste).

<sup>15</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“); das Gesetz CVIII von 2001 über den elektronischen Geschäftsverkehr.

<sup>16</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken); Gesetz V von 2013 über das Bürgerliche Gesetzbuch.

<sup>17</sup> Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung); Gesetz CXII von 2011 über das Recht auf Informationelle Selbstbestimmung und Informationsfreiheit.

<sup>18</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union Artikel 101–102.



- Gesetz CXII von 2011 über das Recht auf Informationelle Selbstbestimmung und Informationsfreiheit
- Gesetz LIII von 2018 über den Schutz der Privatsphäre
- Gesetz CLV von 1997 über den Verbraucherschutz
- Gesetz C von 2012 über das Strafgesetzbuch

Die internen Richtlinien einer bestimmten sozialen Website sind die dritte Ebene, zum Beispiel:

- Nutzungsbedingungen
- Datenverwaltungsrichtlinie
- Gemeinschaftsprinzipien

Diese Regelungsebenen und die gesetzlichen Normen auf jeder Stufe veranschaulichen die Komplexität der Regulierung sozialer Medien.

#### 4. GESETZLICHE HAFTUNG VON BETREIBERN FÜR DIE VERLETZUNG VON PERSÖNLICHKEITSRECHTE

Nachdem die Grundlagen besprochen wurden, soll nun untersucht werden, wie sich die Haftung von Betreibern sozialer Netzwerke in Bezug auf die Entfernung von Inhalten, die die Privatsphäre verletzen, im ungarischen Recht entwickelt.

Nach § 2:43 des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuches (nachfolgend: BGB)<sup>19</sup> können durch in sozialen Medien veröffentlichte Text-, Bild- oder audiovisuelle Inhalte die benannten Persönlichkeitsrechte, die alle wichtigen Elemente der Privatsphäre enthalten (der Schutz der Privatsphäre, der Schutz des guten Rufes, das Briefgeheimnis, das Bankgeheimnis, das Recht am eigenen Bilde, Tonaufnahmen, das Pietätsrecht sowie der Schutz von personenbezogene Daten) verletzt werden. Diese Rechte werden auf Social-Media-Plattformen am häufigsten durch verschiedene Kommentare, Uploads und Beiträge verletzt.

Die primäre rechtliche Verantwortung für Verletzungen der Persönlichkeitsrechte trägt natürlich der Benutzer, der den anstößigen Inhalt veröffentlicht; das Rechtssubjekt, das in seinen Rechte verletzt wird, hat dann die Möglichkeit im Sinne der §§ 2:51–2:54 des Bürgerlichen Gesetzbuchs<sup>20</sup> gegen den Benutzer den Zivilrechtsweg einzuschlagen. Die Verantwortung der Betreiber sozialer Netzwerke wird

<sup>19</sup> BGB 2:43. § [Benannte Persönlichkeitsrechte]

„Eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte stellt insbesondere Folgendes dar:

- a) die Verletzung des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit;
- b) die Verletzung der persönlichen Freiheit, des Privatlebens bzw. der Privatwohnung;
- c) die Diskriminierung von Personen;
- d) die Verletzung der persönlichen Ehre und die Rufschädigung;
- e) die Verletzung des Rechts auf Schutz von Privatgeheimnissen und personenbezogenen Daten;
- f) die Verletzung des Rechts auf Namensführung;
- g) die Verletzung des Rechts am eigenen Bild und am gesprochenen Wort.“

<sup>20</sup> BGB 2:51. § [Von der Schuldhaftekeit unabhängige Sanktionen]

in der Eker-Richtlinie festgestellt. In Artikel 12 der Richtlinie heißt es: *„im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der darin besteht, von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz zu übermitteln, der Diensteanbieter nicht für die automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung verantwortlich ist, die dem alleinigen Zweck dient, die Übermittlung der Information an andere Nutzer auf deren Anfrage effizienter zu gestalten, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:*

- a) Der Diensteanbieter verändert die Information nicht;*
- b) der Diensteanbieter beachtet die Bedingungen für den Zugang zu der Information;*
- c) der Diensteanbieter beachtet die Regeln für die Aktualisierung der Information, die in weithin anerkannten und verwendeten Industriestandards festgelegt sind.“<sup>21</sup>*

Diese Bestimmung sieht eine eher „geringfügige“ Haftung der Vermittlungsdienstleister vor. Bei Verstößen gegen verschiedene Persönlichkeitsrechte kann der Betreiber sozialer Netzwerke jedoch auch für die nicht rechtzeitige Entfernung der

---

*„(1) Die Person, deren Persönlichkeitsrechte verletzt wurden, kann aufgrund der Tatsache der Rechtsverletzung - innerhalb der Verjährungsfrist - nach den Umständen des Falles Folgendes fordern:*

- a) die Feststellung des Erfolgs einer Rechtsverletzung durch ein Gericht;*
- b) die Einstellung der Rechtsverletzung und das Untersagen einer weiteren Rechtsverletzung durch die rechtsverletzende Person;*
- c) dass die rechtsverletzende Person eine geeignete Genugtuung leistet und diese auf eigene Kosten eine entsprechende Öffentlichkeit sichern soll;*
- d) die Einstellung der rechtswidrigen Situation, die Wiederherstellung des Zustands vor der Rechtsverletzung und die Vernichtung der mit der Rechtsverletzung hergestellten Sachen oder die Beseitigung ihres rechtsverletzenden Charakters;*
- e) dass ihr die rechtsverletzende Person oder ihr Rechtsnachfolger nach den Regeln einer ungerechtfertigten Bereicherung den mit der Rechtsverletzung erzielten materiellen Vorteil abtreten soll.“*

BGB 2:52. § [Schmerzensgeld]

*„(1) Die Person, deren Persönlichkeitsrechte verletzt wurden, kann für die ihr widerfahrenen immateriellen Schäden ein Schmerzensgeld fordern.*

*(2) Bezüglich der Bedingungen der Verpflichtung zur Zahlung von Schmerzensgeld - insbesondere bei der Bestimmung der zu Schmerzensgeld verpflichteten Person sowie der Art und Weise der Entschuldigung - sind die Regeln der Schadenersatzhaftung anzuwenden, unter der Maßgabe, dass bei der Berechtigung zu Schmerzensgeld außer der Tatsache der Rechtsverletzung kein Nachweis für das Eintreten weiterer Nachteile erforderlich ist.*

*(3) Die Höhe des Schmerzensgeldes legt das Gericht mit Rücksicht auf die Umstände des Falls - insbesondere die Schwere und den Wiederholungscharakter der Rechtsverletzung, das Ausmaß des Verschuldens bzw. die auf die geschädigte Person und ihr Umfeld ausgeübte Wirkung der Rechtsverletzung - in einem Betrag fest.“*

BGB § 2:53 [Schadenersatzhaftung]

*„Wer durch die Verletzung seiner Persönlichkeitsrechte einen Schaden erleidet, kann von der rechtsverletzenden Person nach den Regeln der Haftung für rechtswidrig verursachte Schäden die Erstattung seines Schadens fordern.“*

<sup>21</sup> Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr Artikel 12.

verletzenden Inhalte haftbar gemacht werden. Im ungarischen Rechtssystem wurde das „*Notice and Take Down*“-Verfahren im Zusammenhang mit dem Schutz verschiedener Urheberrechte erklärt, die auch bei Verletzungen von Persönlichkeitsrechten gelten können. Für den Fall, dass ein Benutzer der Website das Gefühl hat, dass sein Recht auf Privatsphäre verletzt wurde und dies dem Betreiber der Website meldet, ist die Website daher verpflichtet, die Meldung zu prüfen und eine Entscheidung darüber zu treffen. Wenn ein Verstoß festgestellt wird, ist die Website verpflichtet, den Inhalt zu entfernen. Geschieht dies nicht, kann die Website selbst haftbar gemacht werden. Es bestehen zwei Haftungsmöglichkeiten:

- Ein zivilrechtlicher Anspruch der von dem Inhalt verletzten Person auf Entfernung des Inhalts besteht bei jeder nicht oder nicht rechtzeitig durchgeführten inhaltliche Untersuchung.
- Sonstige rechtliche Haftungen für Verstöße, die von einer zuständigen Stelle (Behörde) oder einem Gericht festgestellt wurden, bestehen, sofern das Rechtssystem des jeweiligen Staates dies zulässt.

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat sich mehrfach mit der Haftung von Vermittlungsdienstleistern befasst. Als Beispiel argumentierte der EuGH im Urteil *Google France SARL und Google Inc. gegen Louis Vuitton Malletier SA* von 2010<sup>22</sup>, dass um zu entscheiden, ob eine Haftungsbeschränkung auf Hosting-Anbieter angewendet werden soll oder nicht, sollte der folgende Absatz der Ekerichtlinie angenommen werden: „*diese Tätigkeit [des Hosting-Anbieters] ist rein technischer, automatischer und passiver Art, was bedeutet, dass der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt.*“<sup>23</sup>

Darüber hinaus wurde in der Mitteilung der Europäischen Kommission vom 28. September 2017 die Bedeutung der Bekämpfung illegaler Inhalte und parallel dazu die zunehmende Verantwortung von Online-Plattformen hervorgehoben. Die Mitteilung ist nicht bindend, sondern dient lediglich als Leitfaden für Online-Plattformbetreiber, um bestimmte illegale Inhalte proaktiv zu erkennen und zu entfernen (unzugänglich zu machen).

Anschließend verabschiedete die Kommission im März 2018 eine Empfehlung für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten. Obwohl keines dieser beiden Dokumente bindend ist, haben sie den Diskurs zwischen den EU-Mitgliedstaaten über die Verantwortlichkeiten der Betreiber von Social-Media-Webseiten gefördert.

## 5. BEISPIELE

Es gibt einige lehrreiche Fälle zur Haftung von Vermittlungsdienstleistern aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) und

---

<sup>22</sup> Beitritt zu den Rechtssachen C-236/08 und C-238/08 vor dem Gerichtshof der Europäischen Union.

<sup>23</sup> Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr Artikel 43.

aus der innerstaatlichen Rechtsprechung. In Bezug auf Kommentare war der erste Meilenstein die Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *Delphi AS gegen Estland* aus dem Jahr 2013.<sup>24</sup> Es wurde entschieden, dass Internet-Newsportale für verletzende Kommentare haftbar gemacht werden können. Die Bedeutung des Falles war in Bezug auf Haftungsfragen herausragend, da das Gericht die Verantwortung für bearbeitete Online-Inhalte weiter interpretierte als die Richtlinie. Der Fall basierte auf einem Zeitungsartikel, der auf dem größten estnischen Internet-Newsportal *Delfi* erschien. Dem Artikel zufolge gefroren die Gewässer vor der Küste Estlands im Winter so stark, dass es zweckmäßiger erschien, sich einigen Inseln auf eisgeführten Straßen zu nähern, diese Eisstraßen jedoch nicht geöffnet werden konnten. Als Grund wurde angegeben, dass eine Reederei, die Fähren zwischen dem Festland und den Inseln anbietet, ihre Route so geändert hatte, dass sich das Eis nicht genug verdicken konnte, was den Verkehr unsicher machte. Es gab dabei auf der Internetseite die Möglichkeit den Artikel zu kommentieren, was eine große Anzahl von Lesern auch tat. Unter den Kommentaren gab es vermehrt Beiträge, die die Reederei und einen ihrer Hauptaktionäre scharf kritisierten. Die Reederei forderte daraufhin die Website auf, die beleidigenden Bemerkungen zu entfernen, dem *Delfi* auch nachkam. Später reichte das betreffende Unternehmen jedoch eine Zivilklage gegen *Delfi* ein, in deren Verlauf estnische Gerichte die Website zu Entschädigungszahlungen verurteilten, obwohl bis dahin alle Kommentare, die die Datenschutzrechte verletzen, entfernt worden waren. Das Internet-Newsportal legte daraufhin Berufung beim EGMR ein, der entschied, dass die Meinungsfreiheit im vorliegenden Fall nicht unangemessen verletzt worden sei.

In seinem Urteil stellte der EGMR unter anderem fest, dass *Delfi* nicht nur von dem Artikel selbst profitierte, sondern auch von der Kommentarfunktion. Nach Angaben des Gerichts hätte *Delfi* die negativen Kommentare, die ihr Artikel hervorrief, voraussehen und ihr Kommentarsystem entsprechend anpassen müssen. Die Zeitung hätte, nach dem Urteil des EGMR, verhindern sollen, dass diffamierende Aussagen veröffentlicht werden. Dabei war auch die Tatsache von besonderer Bedeutung, dass die Website die Möglichkeit des Kommentierens nicht von einer Registrierung abhängig machte, wodurch die Möglichkeit, Kommentatoren zur Rechenschaft zu ziehen und damit die primäre rechtliche Haftung durchzusetzen, praktisch unmöglich war.<sup>25</sup>

Wenden wir uns der Praxis des ungarischen Verfassungsgerichts (VG) zu, wobei wir nur ein Beispiel nennen: In der *Entscheidung 9/2014. (V. 30.) AB* untersuchte das VG die Frage der Haftung für die Entfernung von Kommentaren, die das Recht auf Privatsphäre verletzen. In seiner Entscheidung stellte das Verfassungsgericht fest, dass ein signifikanter Unterschied zwischen (Inhalts-)Diensten, die vom Betreiber einer Internetseite herausgegeben werden und eine inhaltliche Einheit bilden, und dem sog. Web 2.0, d. h. sozialen Netzwerken und reinen Meinungsseiten (z. B. Facebook, Blogosphäre, etc.) bestehe. Letztere haben keinen Redakteur und daher auch keine informative oder ähnliche Funktion: Ihr Ziel ist es, den Gedankenaustausch zwischen den Mitgliedern der Internet-Gemeinschaft und die Kommunikation im

<sup>24</sup> EGMR, 10. 10. 2013, Rs. C-345/17, [www.curia.eu](http://www.curia.eu) (*Delfi v. Estonia*).

<sup>25</sup> Ebd.

Allgemeinen zu ermöglichen.<sup>26</sup> Letztendlich hat das VG eine Haftung Facebooks für Beiträge unter Facebook-Profilen oder -Seiten ausgeschlossen, da diese keine Inhalte darstellen, die Internetnutzern öffentlich zugänglich sind, sondern nur „Freunden“. In der Realität ist dieser Ansatz jedoch besorgniserregend, weshalb die diesbezügliche Position der Kurie (Oberster *Gerichtshof* Ungarns) erwähnt werden sollte: „*zusätzlich zu der Person, die den Kommentar gepostet hat, wird [der Betreiber] Teil der Erklärung oder der Tatsachenbehauptung sein, genauso wie die Pressestelle den Inhalt der Leserbriefe im Presseprodukt kommuniziert*“.<sup>27</sup> Wenn der Kommentar diffamierend war, impliziert dies direkt die Verantwortung des Betreibers.

Neben den Kommentaren ist auch das Thema gezielte Werbung in sozialen Medien und deren Verantwortung unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Privatsphäre hervorzuheben, da die meisten dieser Anzeigen auf der Verfolgung der Benutzeraktivität auf der Website basieren. Daher kann die „*Profilerstellung*“ und Zuordnung eines Benutzers durch eine soziale Website ein wichtiges Anliegen für den Schutz der Privatsphäre sein. Es ist äußerst besorgniserregend, dass sich die Datenerfassung auf nicht veröffentlichte Meinungen erstrecken kann, die in Gedankenform bleiben. Ein Beispiel hierfür ist die Einbeziehung der Analyse ungesendeter oder unveröffentlichter Nachrichten und Inhalte in die Erstellung des Benutzerprofils. Auf diese Weise wird die nicht gesendete Nachricht nicht vollständig geheim gehalten, was in der Offline-Welt normalerweise selbstverständlich ist. In Bezug auf solche Werbung können Benutzer eine mögliche Verletzung der Privatsphäre der Website melden, die diese im Rahmen des oben erwähnten Verfahrens zur Meldung und Entfernung untersucht. Damit ist die Plattform gezwungen, gleichzeitig eine redaktionelle und juristische Rolle zu spielen, über die Löschung oder weitere Verfügbarkeit des Inhalts und damit auch über dessen Rechtmäßigkeit zu entscheiden. Diese Regelung wirft offensichtlich Bedenken auf. Wenn die Plattform den beanstandeten Inhalt nicht entfernt, wird sie selbst verklagbar.

## 6. FAZIT

Insgesamt haben soziale Netzwerke als freier Markt für Ideen einen enormen Einfluss. Als Ausgangspunkt für die Haftung von Social-Media-Plattformen können die Regeln des „*Notice and Take Down*“-Verfahrens verwendet werden, für die auch die Rechtsprechung einen zunehmenden Trend zeigt. Ausgangspunkt für die Haftung der Seiten ist das in der Eker-Richtlinie geregelte „*Notice and Take Down*“-Verfahren, zu dem auch die Rechtsprechung tendiert. Als freier öffentlicher Raum für Meinungen sollten sie auch den Schutz der Privatsphäre gewährleisten, die sich als eine komplexe, von Fall zu Fall unterschiedliche Aufgabe für Rechtsanwender erwiesen kann.

Die Haftung von Betreibern sozialer Netzwerke ist ein scharfes Querschnittsthema von öffentlichem Interesse und die Festlegung ihres Rahmens ist eine wichtige gesetzgeberische Aufgabe, die übernommen werden muss.

<sup>26</sup> Entscheidung Nr. 9/2014 (V. 30.) des Verfassungsgerichts (61).

<sup>27</sup> Oberster Gerichtshof. *Nr. Pfv. IV. 20.794/2016*.

## LITERATURVERZEICHNIS

- [1] FÉZER Tamás: A privátszféra polgári jogi védelmének alapkérdései. *Debreceni Jogi Műhely*, 2014/1–2, <http://doi.org/10.24169/DJM/2014/1-2/5>. [http://www.debrecenijogimuhely.hu/archivum/1\\_2\\_2014/a\\_privatszfera\\_polgari\\_jogi\\_vedelmenek\\_alapkerdesei/](http://www.debrecenijogimuhely.hu/archivum/1_2_2014/a_privatszfera_polgari_jogi_vedelmenek_alapkerdesei/) (abgerufen am 22. 8. 2020).
- [2] GLANCY, Dorothy J.: The invention of the right to privacy. *Arizona Law Review*, 1979/1.
- [3] HIRSCH, Dennis D.: *Privacy, Public Goods and the Tragedy of the Trust Commons: A Response to Professors Fairfield and Engel*. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2783933](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2783933) (abgerufen am 14. 10. 2020).
- [4] KALVEN JR, Harry: *The Right of Privacy in Tort Law – Were Warren and Brandeis Wrong?* [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=13422&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=13422&context=journal_articles) (abgerufen am 17. 8. 2020).
- [5] MENYHÁRD Attila: A magánélethez való jog elméleti alapjai. *In Medias Res*. 2014/2.
- [6] PROSSER, William L.: Privacy. *California Law Review*, 1960, 383.
- [7] ROSSITER, Clinton: *Constitutional Dictatorship*. Princeton University Press, 1948.
- [8] SCHOEMAN, Ferdinand D.: *Privacy: Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*. Cambridge University Press, Cambridge, 1984.
- [9] SCHWARTZ, Paul M. – PFEIFER, Karl Nikolaus: Prosser’s Privacy and the german right of personality: Are Four privacy torts better than one unitary concept? *California Law Review*, 2010/6.
- [10] SZABÓ Máté Dániel: Kísérlet a privacy meghatározására a magyar jogrendszer fogalmaival. *Infotárs*, 2005/5.
- [11] SZÉKELY László: A személyiségi jogok hazai elmélete. A forrásvidék. *In Medias Res*, 2012/1. <http://real.mtak.hu/108591/1/media-tudomany-szekely-laszlo-a-szemelyisegi-jogok-hazai-elmlete-a-forrasvidek-labady-tamas-cikk-12.pdf> (abgerufen am 20. 7. 2020).
- [12] WARREN, Samuel – BRANDEIS, Luis: The Right to privacy. *Harvard Law Review*, 15. 12. 1890.
- [13] ZHAO, Shanyang: Internet Use and Social Capital. *Paper presented at the annual meeting of the American Sociological Association*, Marriott Hotel, Loews Philadelphia Hotel, Philadelphia, PA, 12. 8. 2005, [http://www.allacademic.com/one/www/research/index.php?cmd=Download+Document&key=unpublished\\_manuscript&file\\_index=1&pop\\_up=true&no\\_click\\_key=true&attachment\\_style=attachment&PHPSESSID=cad89aaa7e58882ff54deba93d04d2f9](http://www.allacademic.com/one/www/research/index.php?cmd=Download+Document&key=unpublished_manuscript&file_index=1&pop_up=true&no_click_key=true&attachment_style=attachment&PHPSESSID=cad89aaa7e58882ff54deba93d04d2f9) (abgerufen am 11. 12. 20).

**UNFAIR TRADING PRACTICES  
IN THE AGRICULTURE AND FOOD SUPPLY CHAIN –  
COMPARING THE 2019/633 EU DIRECTIVE  
WITH THE HUNGARIAN REGULATION**

MARTIN MILÁN CSIRSZKI\*

**Abstract:** This brief summary is based on the author’s presentation held on the 8th October 2020 on the international conference titled “Straf- und bußgeldrechtliche Verantwortung von Unternehmen insbesondere im Kartell- und Datenschutzrecht de lege lata und de lege ferenda” organised by the University of Heidelberg and the University of Miskolc. The study gives a short introduction to the comparison of the Directive (EU) 2019/633 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain and the Hungarian regulation on the unfair practices of distributors.

**Keywords:** *unfair trading practices, Hungarian regulation on unfair practices of distributors, EU Directive 2019/633, agriculture, food supply chain, comparison*

The European Parliament and the Council adopted a new directive on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain in April 2019 (hereinafter referred to as ‘the Directive’).<sup>1</sup> The Directive follows a minimum harmonisation approach, so Member States may adopt or maintain national rules which go beyond the unfair trading practices listed in the Directive, which was preceded by a more than one decade-long period of preparation and negotiation.<sup>2</sup> Superior bargaining power, economic dependence, dominance and

---

\* PhD Student, Department of Agricultural and Labour Law, Faculty of Law, University of Miskolc.

<sup>1</sup> Directive (EU) 2019/633 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain (OJ L 111., 25. 4. 2019, p. 59–72).

<sup>2</sup> HOU, Liyang: Superior bargaining power: the good, the bad and the ugly. *Asia Pacific Law Review*, 27 (2019), 1, p. 46., <https://doi.org/10.1080/10192557.2019.1661589>. EU documents in connection with the topic: COM(2009) 591 – Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A better functioning food supply chain in Europe; 2008/2175(INI) – Report on the Food prices in Europe; 2013/C 227 E/03 – European Parliament resolution of 19 January 2012 on the imbalances in the food supply chain; COM/2013/037 – Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-food Supply Chain in Europe; COM(2014) 472 – Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Tackling unfair trading

market concentration are all issues that can be heard of when speaking of competition in the agricultural and food supply chain. It is undoubtful that there are many existing problems coming from the globalisation of food systems. The most serious losses are faced by agricultural producers, small and medium-size enterprises who although fulfil a significant role in the food supply chain, but they experience severe challenges in their relationship with giant food processors and retail chains.<sup>3, 4</sup> As the Directive says: „*Within the agricultural and food supply chain, significant imbalances in bargaining power between suppliers and buyers of agricultural and food products are a common occurrence. Those imbalances in bargaining power are likely to lead to unfair trading practices when larger and more powerful trading partners seek to impose certain practices or contractual arrangements which are to their advantage in relation to a sales transaction.*”<sup>5</sup> This brief synopsis aims to provide some comparative aspects of the Directive and the Hungarian regulation in force, in particular the questions of scope rationae personae, scope rationae materiae, listed practices and sanction system. Before the merits, a few thoughts are presented regarding EU competition law, and after the comparison there are some statistical data of the Hungarian enforcement of the regulation. Finally, a conclusion is drawn up.

Competition law instruments of the European Union, i.e. the rules on the abuse of an undertaking of a dominant position (Article 102 TFEU) are not appropriate tools for handling this specific situation within the food supply chain. Although the market gets more and more concentrated, based on the market shares of food retailers the conditions required for the applicability of Article 102 TFEU are not fulfilled.<sup>6</sup> Not only the EU rules, but also the national rules on the abuse of the dominant position are not suitable.<sup>7</sup> Sui generis, specific norms are needed in order to handle the imbalances of the food supply chain. Until the adoption of the Directive,

---

practices in the business-to-business food supply chain; COM(2016) 32 – Report from the Commission to the European Parliament and the Council on unfair business-to-business trading practices in the food supply chain; 2018/C 086/05 – European Parliament resolution of 7 June 2016 on unfair trading practices in the food supply chain; COM(2018) 173 – Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on unfair trading practices in business-to-business relationships in the food supply chain.

<sup>3</sup> ANDREE, Peter – AYRES, Jeffrey – BOSIA, Michael – MASSICOTTE, Marie-Josée (eds.): *Globalization and Food Sovereignty – Global and Local Change in the New Politics of Food*. University of Toronto Press, Toronto, 2014, pp. 3–4.

<sup>4</sup> SODANO, Valeria – VERNEAU, Fabio: Competition Policy and Food Sector in the European Union, *Journal of International Food & Agribusiness Marketing*, 26 (2014), 3, p. 162.

<sup>5</sup> Directive, Preamble (1).

<sup>6</sup> DASKALOVA, Victoria: The New Directive on Unfair Trading Practices in Food and EU Competition Law: Complementary or Divergent Normative Frameworks? *Journal of European Competition Law & Practice*, 10 (2019), 5, p. 284.

<sup>7</sup> In connection with the Hungarian regulation see FIRNIKSZ Judit – DÁVID Barbara: A versenyjog határterületei: a vevői erő régi és új szabályai. *Magyar jog*, 67 (2020), 5, pp. 276–287.



no such regulation existed on EU level, but the member states have had different regulatory solutions on national level.

Twenty member states have some type of regulation in connection with unfair trading practices: there are 8 countries with cross-sector legislation: for example Germany. And there are 12 countries with specific legislative instruments applicable to the food supply chain. This group also includes Hungary.<sup>8</sup>

In Hungary, Act XCV of 2009 regulates the prohibition of unfair distributors' practices against suppliers concerning agricultural and food products (hereinafter referred to as 'the Act'). The Act came into force on 1st January 2010. We can see that the sector-specific UTP-regulation in Hungary has a past of more than ten years without any regulatory obligation coming from the European Union. The title of the Act mentions distributors, but the scope *ratione personae* covers the relationship of producers, processors, and traders. The previous ones are natural persons producing or processing agricultural and food products (including primary producers, sole proprietors and family farmers), legal persons, organisations without legal personality, as well as producer organisations and producer groups. The latter ones, i.e. the traders (distributors) are natural persons, legal persons, organisations without legal personality who sell on agricultural and food products without transformation or processing, or who sell them to the final consumer, as well as third party operators providing services to such a person or organisation in connection with the purchase or sale of the product and in the course of this having a direct business relationship with the supplier of the product. There are no turnover thresholds, the scope *ratione personae* is not narrowed further. On the contrary, the Directive determines turnover thresholds regarding the scope *ratione personae*. It has to be mentioned that the Hungarian Act only prohibits the unfair trading practices of distributors (retailers) against suppliers. In contrary, the Directive covers the unfair trading practices of all actors in the food supply chain: not only of the distributors, but also of the wholesalers and processors against suppliers. As a consequence of these, we can say that the scope *ratione personae* of the Directive is narrower in one aspect, because the Hungarian Act does not differentiate according to turnover thresholds, but it is wider in another aspect, because the Directive not only covers the conduct of retailers contrary to the Act.

My opinion is that The Hungarian legislator will not and does not have to change the Act's scope *ratione personae* in connection with the turnover threshold determined by the Directive, but has to expand the protection of suppliers even against the wholesalers and processors. The reason for the previous one is the well-functioning enforcement mechanism of the Act, which should not be bothered by narrowing the scope regarding the turnover thresholds. Another reason is the following: if the suppliers with higher turnovers were excluded from the scope of the Act,

---

<sup>8</sup> See in detail CAFAGGI, Fabrizio – IAMICELI, Paola: Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Retail Supply Chain – An overview on EU Member States legislation and enforcement mechanisms. *JRC Technical Reports*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018.

the regulation could get counter-productive, because the traders would rather purchase the products from the suppliers that does not fall within the scope of the Act.<sup>9</sup>

The scope *ratione materiae* is also different. The Hungarian Act refers to Article 2 of the regulation no. 178/2002 on laying down the general principles and requirements of food law, which says that ‘food’ (or ‘foodstuff’) means any substance or product, whether processed, partially processed or unprocessed, intended to be, or reasonably expected to be ingested by humans. To this definition the Act adds that those products fall under its scope *ratione materiae* that – in order to be sold to the final consumers – do not require further processing. According to the Directive, the scope covers agricultural and food products, which are products listed in Annex I to the TFEU as well as products not listed in that Annex, but processed for use as food using products listed in that Annex. There are several differences. I would like to mention two of them. For example, the Directive’s scope covers all live animals, the Act’s scope does not cover live animals, unless they are prepared for placing on the market for human consumption. The Directive’s scope covers unmanufactured tobacco and tobacco refuse, although the Act’s scope does not cover tobacco and tobacco products. In my opinion, the Hungarian legislator would have to change the Act’s scope *ratione materiae*, in order for the Hungarian law to be in line with the Directive.

Nevertheless, we cannot forget that there is another act which regulates significant market power in Hungary: it is Act CLXIV of 2005 on Trade. It is a general act compared with the above-mentioned sector-specific act. According to this general act, the abuse of significant market power against the suppliers is forbidden; its scope covers all types of products that are the objects of sale between traders and suppliers, with the exception of the products covered by the sector-specific act. It is the conclusion of *lex specialis derogat legi generali*. The question arises: Is it appropriate that in order for the Hungarian law to comply with the Directive, two different Hungarian acts would include the rules of the Directive? The scope *ratione materiae* of the sector-specific act would cover the products already covered, but the scope *ratione materiae* of the general act would cover the new products that should be covered as a consequence of the rules of the Directive. In my opinion, it would not be a proper solution, therefore the modification of the sector-specific would be needed regarding its scope *ratione materiae*.

Concerning the most important part of the regulation, we can explore significant differences in connection with the list of unfair trading practices. In the Directive there are 15 practices listed: 9 of them are on the black list, so they are prohibited *per se*, 6 of them are on the grey list, which are prohibited, unless they have been previously agreed in clear and unambiguous terms in the supply agreement or in a subsequent agreement between the supplier and the buyer. The Hungarian Act does not apply a differentiation like this. If we look at the way of formulation of the Directive’s and the Act’s wording, we can conclude that the Directive is formulated in a much more general way than the Hungarian Act. The regulation of the latter

---

<sup>9</sup> FIRNIKSZ: *ibid.* p. 277.

one is casuistic, more detailed with its 28 different unfair distributors' practices. There are three listed practices in the Directive that cannot be corresponded to any of the unfair practices of the sector-specific Act. These are the following:

1. *“the buyer unlawfully acquires, uses or discloses the trade secrets of the supplier within the meaning of Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council;*
2. *the buyer threatens to carry out, or carries out, acts of commercial retaliation against the supplier if the supplier exercises its contractual or legal rights, including by filing a complaint with enforcement authorities or by cooperating with enforcement authorities during an investigation;*
3. *the buyer requires compensation from the supplier for the cost of examining customer complaints relating to the sale of the supplier's products despite the absence of negligence or fault on the part of the supplier.”*

These practices shall be added to the Hungarian Act so that it can be in accordance with the Directive's minimum harmonisation approach. Although if we were permissive, a listed practice in the Hungarian Act may be appropriate for the third, above-mentioned practice. According to the Hungarian Act: it is unfair for distributors to require the use of services that are not requested by the supplier or that do not serve his/her interests, or to charge the supplier for these services based on any (legal) title. One of the elements of the second practice, 'the threatening' appears in a practice listed in the Hungarian Act, nevertheless the prohibition in the Hungarian regulation refers to cases where the different types of threats take place in order for the distributor could reduce the purchase price despite the protest of the supplier. In my opinion, all the other 12 practices listed in the Directive can be found in some form in the Hungarian Act, therefore only minor amendments are needed in the latter one.

Concerning the sanction system, the Directive says that the Member States shall ensure that each of their enforcement authorities has the necessary resources and expertise to perform its duties, and shall confer on it the power to impose, or initiate proceedings for the imposition of fines and other equally effective penalties and interim measures on the author of the infringement, in accordance with national rules and procedures. There are five other powers which are needed to be ensured for the enforcement authorities in favour of the efficient enforcement.<sup>10</sup> The Member States can establish their own sanction system that is suitable for their legal traditions, i.e. different sanction systems can coexist next to each other in the Member States. Let us look at a few characteristics of the Hungarian Act's sanction system.

It can be divided into two parts: first, if the enforcement authority, i.e. the National Food Chain Safety Office (an administrative body) finds an infringement, it informs the trader before making a final decision that he can make a commitment statement within ten days to bring his conduct into line with the provisions of the law; second, if this does not happen, the enforcement authority imposes a fine.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Directive, Article 6.

<sup>11</sup> Act, 6. §.

There are some cases where a fine is imposed without the possibility of submitting a commitment statement.<sup>12</sup> During the examined nine years, 206 infringements took place on the basis of public data: the majority of these can be considered as violations of substantive law, which are covered by the Act, Section 3(2), and there are some cases of procedural violations, typically failure to provide information. With regard to the total number of cases, we can conclude that the procedures were closed with the imposition of a fine in about 70% of the cases, while a commitment statement was made in about the remaining 30% of the cases. The data show that judicial review proceedings have been initiated in respect of 45 administrative proceedings, representing approximately 22% of cases. If we look at the level of fines imposed, it is clear that 2011 and 2012 stand out, as more than one billion forints of fines were imposed in both years. In 2013, it fell to approximately HUF 215 million, and only year 2015 (HUF 224 million) and 2016 (HUF 227 million) could approach it. In 2014, a record low total amount of fine of HUF 6.5 million was imposed. Starting from 2017 (HUF 81 million), a slow increase can be observed, as both 2018 (HUF 108 million) and 2019 (HUF 166 million) exceeded the previous years.

All in all, there are some changes needed in order to implement the EU Directive appropriately, but we can say that the fundamentals of the Hungarian Act are adequate. The enforcement mechanism works with the predominant feature of applying financial sanctions, i.e. fines. The EU Directive is not going to bring significant transformation in the Hungarian sector-specific regulation of unfair trading practices in the agricultural and food supply chain.

#### LIST OF LITERATURE

- [1] ANDREE, Peter – AYRES, Jeffrey – BOSIA, Michael – MASSICOTTE, Marie-Josée (eds.): *Globalization and Food Sovereignty – Global and Local Change in the New Politics of Food*. University of Toronto Press, Toronto, 2014.
- [2] CAFAGGI, Fabrizio – IAMICELI, Paola: *Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Retail Supply Chain – An overview on EU Member States legislation and enforcement mechanisms*. *JRC Technical Reports*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2018.
- [3] DASKALOVA, Victoria: *The New Directive on Unfair Trading Practices in Food and EU Competition Law: Complementary or Divergent Normative Frameworks?* *Journal of European Competition Law & Practice*, 10 (2019) 5., pp. 281–296.
- [4] FIRNIKSZ, Judit – DÁVID, Barbara: *A versenyjog határterületei: a vevői erő régi és új szabályai*, *Magyar jog*, 67 (2020) 5., pp. 276–287.

---

<sup>12</sup> Act, 8. § (1a).

- 
- [5] HOU, Liyang: Superior bargaining power: the good, the bad and the ugly, *Asia Pacific Law Review*, 27 (2019) 1., p. 46.  
<https://doi.org/10.1080/10192557.2019.1661589>.
- [6] SODANO, Valeria – VERNEAU, Fabio: Competition Policy and Food Sector in the European Union. *Journal of International Food & Agribusiness Marketing*, 26 (2014) 3., pp. 155–172.

## EMPLOYMENT USING INFORMATION TECHNOLOGY – SELF-EMPLOYMENT OR EMPLOYMENT<sup>1</sup>

TAMÁS PRUGBERGER\* – ANDREA SZÖLLŐS\*\*

**Abstract:** In the study, the authors show that with the spread of informatics, many new forms of work and entrepreneurship which move at the border of enterprise, self-employment and employment have emerged and appeared in the world of work through digital platforms. The study analyzes which of these forms are more entrepreneurial and which are more employment like.

**Keywords:** *self-employment, dependent work, freelance work, casual work, long-term entrepreneurship / assignment, atypical employment, instruction and control by the employer*

The world of work, current employment and entrepreneurial relationships are being significantly transformed by informatics and robotics. With robotics, a significant number of workers will lose their jobs, however, with information technology, the number of jobs and job opportunities may increase.<sup>2</sup> Since the lack of opportunities for employment, entrepreneurship and work, i.e. unemployment and the associated loss of income, can lead to serious tensions beyond certain social dimensions, it does matter whether public employment and economic policy can effectively address this issue. This issue seems to be successfully addressed by the use of information technology and the new forms of employment and entrepreneurship that have emerged as a result of the use of IT platforms. It is therefore appropriate to deal with platform entrepreneurship and employment.

In this form of employment and work, the determination of the performance of tasks and the identity of those who require it, and the bringing of the consumer requesting the service, i.e. the customer, with the legal entity prepared to provide the service, the mediation takes place via a digital platform, online, using information technology. There is a fairly large amount of legal sociological and legal dogmatic literature on digital employment through platform mediation, both foreign and domestic. Two comprehensive dissertations on foreign literature of mainly Anglo-Saxon origin: Tamás Gyulavari's academic doctoral dissertation, already in manu-

---

<sup>1</sup> The study is supported by the Fund of National Office for Research, Development and Innovation (Topic Number: 120158).

\* Professor Emeritus DSc. Department of Labour and Agricultural Law, University of Miskolc.

\*\* Attorney-at-Law, Dr. Szöllős Law Office.

<sup>2</sup> HAJDU, József: The future of work. The impact of robotics on the labor market. In: *Law, information, competitiveness.*; GYULAVARI, Tamas: Uber drivers and their peers: employees or self-employed? *Journal of Law*, No. 2019/3, 104–108.

script, but not published, and Ildiko Racz's monograph entitled "The Impact of Digitalization on Some Basic Institutions of Labor Law", awaiting her doctoral defence, which describes and elaborates in detail the related foreign literature.<sup>3</sup> In addition, several other studies deal with legal transactions established through results-oriented and service-providing digital platforms from a taxonomic-dogmatic perspective.<sup>4</sup> By adopting foreign legal literature, the Hungarian literature here distinguishes two types of these legal transactions. One of them is the so-called "crowdwork", the other is the application-based work.

The authors point out that in the case of crowdwork, the tasks are performed exclusively through an online platform. The platform or its operator sets a task and the person who solves it, i.e. provides the result expected by the platform, is remunerated, the amount of which he communicates in advance. The platform may reward only one of the best solvers, but it may reward several solvers, too. Therefore, it is a unilateral tender-type legal transaction aimed at presenting a result that can be achieved through work, and which was treated as a unilateral transaction related to work by the Hungarian private law practice and literature based on customary law before Act IV of the 1959 on the Civil Code, and which was named an award after the codification of the Civil Code of 1959 and later the Civil Code of 2012 replacing that of 1959.<sup>5</sup> Consequently, Hungarian case law should deal with crowdwork-type legal transactions as an award according to Article 6:228 of the Civil Code of 2012 (new Civil Code).

The situation is different for application-based work. Application-based work is a three-sided legal transaction, where a customer who needs a certain service electronically searches for an online platform in order to bring him together with a person

---

<sup>3</sup> Published parts of GYULAVARI's dissertation: Internet work in Hungarian law – Regulation instead of prohibition? *Pro Futuro*, 2018/3; The European Court and the Gordian knot: the Uber app or the taxi company? *Labor Law*, 2018/3; Making work occasional and regulating casual work. *Hungarian Labour Law, E-magazine*, 2018/1; Hakni economy on the horizon: the concept and peculiarities of Internet work. *Iustum Aequum Salutare*, 2019/1; Uber drivers and their peers: employees or self-employed? *Journal of Law*, 2019/2; RACZ, Ildiko: *The Impact of Digitization on Some Basic Institutions of Labour Law*. Gaspar Karolyi Reformed University, Faculty of Law, Doctoral School, Version prepared for workshop discussion, Budapest, 2020.

<sup>4</sup> KUN, Attila: Labor law and digitalisation – systemic challenges and rudimentary EU responses. In: PAL, L. – PETROVICS, Z. (eds.): *Visegrad 15.0 – Edited presentations of the Hungarian labour law conference*. Wolters Kluwer, Budapest, 218; SZEKHELYI, B. Reka: Work provided through digital platforms. *Labour law*, 2019, No. III, 40–45.

<sup>5</sup> VINCZENTI, Gusztav: Legal status of work. Employment and service contract. In: SZLADITS, Karoly (Ed-in-Chief): *Hungarian Private Law*. Volume IV, Special Part of Contract Law. Karoly Grill Publishing House, Budapest, 1942, 659–662; Draft of Private Law of 1928. Articles 1607–1611. + K. 457 E.H. (In: Terffy); Act IV of 1959: IV. Article 592. § (The Labour Code of the Hungarian People's Republic, Standard text and justification, Economic and Legal Publishing House, Budapest, 1959), Act V of 2013 (the new Labour Code) Article 6: 588 §.

who can perform the desired service. In this tripartite legal transaction, the platform, like a broker, acts as an intermediary, who, in an online message to the customer requesting a service online, also acquires a person who undertakes to perform the desired service. From a legal dogmatic point of view, this three-party contract of the “*facere*” type is a brokerage transaction, in the words of the new Civil Code, an intermediary transaction in which the platform or its operator undertakes to bring the customer together with a person who is able to perform the desired service. A formal professional qualification is not a prerequisite. Anyone can apply to an intermediary platform for the mediation of a service who, despite being secular, is able to perform a service related to a trade and has the necessary hand tools, other work tools, household appliances, means of transport suitable for transporting persons or goods, but is not registered in the official register for this activity as an entrepreneur engaged in a commercial activity. A “registration gate” is opened by the platform for those who request registration from an intermediary platform for the purpose of earning such ancillary income. This is because the platform mediates from among the ‘amateur’ entrepreneurs in the registration gates in order to perform the requested task for the customers who request it.

The person performing the task included in the order, the “uber”, receives the remuneration for his work not from the customer but from the intermediary platform, which pays the “platform worker” after deducting its own costs and benefits. The platform worker is usually self-employed, as he is independent of the platform in terms of employment law. The reason for this is that he has no fixed working hours and, as he is not in a permanent employment relationship with the platform, he can also cancel the platform’s job placement addressed to. However, if such a cancellation occurs frequently on his part, or if he often does not respond to the platform request on his own computer or mobile phone, there is a risk that the platform operator will “deactivate” his gate, which essentially means the termination of the cooperation relationship. As it seems so far, there is no fixed termination, which applies to the platform worker, too.

The activity of the platform is essentially an intermediary activity for remuneration according to the rules of civil law.<sup>6</sup> In contrast, the platform worker is also a self-employed person in accordance with civil law as a general rule. At the same time, however, since the platform can call him to work at any time, it is on the part of the platform worker to be available to the platform at any time for his own benefit. This is also an informal expectation from side of the platform. This commitment to co-operation is a loose, permanently and continuously recurring civil law contractor’s mediation and acceptance cooperation relationship, similar to when someone turns to the same lawyer for all their cases or always has their clothes made with the same tailor. However, a different trend is emerging as platforms are placing more and more expectations on platform workers. Indeed, the literature shows that platforms prohibit platform workers from establishing a direct relationship with the customer, and

---

<sup>6</sup> The Hungarian Labour Code of 1928 (Articles 1602–1606) and VINCZENTI: *op. cit.* 654–659 uses the terminology of ‘broker’.



moreover, they stipulate how the service provider must behave towards customers more than once, which is especially typical for the passenger transport platforms. Following foreign authors, the Hungarian literature also points out that platforms often require “uber” drivers to offer the passenger sweets and/or bottled mineral water and to put the platform’s name and contact details on the car, moreover, some platforms even prescribe their “uber” drivers what they have to wear when fulfilling the order. The platforms can and do check the fulfillment of all this electronically on the march.<sup>7</sup>

As a result of these constraints, the autonomy and independence of ‘uber’ drivers and other platform workers are significantly limited. Although the platform worker, unlike the permanent employee, can entrust the work to someone else indefinitely, he does not make use of this “deputy” because he can switch him off and take his place. Therefore, most “de iure” self-employed platform workers are not “de facto” self-employed, but a worker-like person, i.e. self-employed, whose income from their work is often below the minimum wage, as the literature shows.<sup>8</sup> In addition, they are completely vulnerable to recall, and the platform does not pay for call waiting and quasi downtime, however, it stipulates that he cannot be available or take up work elsewhere. This is existentially particularly detrimental for all those whose main source of income is platform work. It is no coincidence that “uber” workers also try to provide themselves with trade union and collective contractual protection, which is also the subject of Ildikó Racz’s monograph,<sup>9</sup> and where collective labor institutions would be beneficial.<sup>10</sup>

After everything we have described so far, it is clear that contracts on digital platforms for the electronic presentation of certain work results are of a civil law nature rather than a labor law nature in terms of their origin and legal dogmatic structure. The call for proposals related to the award, the “crowdwork”, has clearly civil law content. In contrast, in the case of “work on demand via apps”, which includes other application-based work, the platform intermediary activity is legal dogmatically identical to the intermediary contract regulated in the Civil Code. At the same time, the call for work and the referral to the client have similarities with secondment and posting, i.e. delegation and thus the hiring of employees, which means that in the event of a dispute these different legal elements must be taken into account in the assessment. If this can only be done by using analogy legis with the extension beyond fields of law, this can be done without any difficulty, since civil law and labor law are two similar legal fields. However, it would be best if individual and collective labor law institutions were part of civil law, as rejected in both the previous and the current Civil Code.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> RACZ: op. cit. 55–58.

<sup>8</sup> RÁCZ: op. cit. 53.

<sup>9</sup> RACZ, op. cit. 54–55. and 95.

<sup>10</sup> PRUGBERGER, Tamas: The legal status of the senior employee in the developed capitalist states and in Hungary in the light of the legal comparison. In: PAL, Lajos (ed.): Legal status and responsibilities of the senior official (Study Volume). HVG-Orac, 2017, 217–214.

<sup>11</sup> Presentation of debates on the incorporation of collective labour law into industrial law and civil code before 1945: BERKE, Gyula: The collective agreement in Hungarian labour law. *Pecs Labour Law Bulletins*, Monographs 2, pp. 11–67.; Argued in favour of the incorporation of ‘individual and collective labour law’ into Act 5 of 2013, the new Civil

A central problem in work through a digital platform is the protection of the social and existential interests of those who perform such work, which is increasingly gaining attention. This aspect is also important in the case of “crowdwork” in that the application – award winning type task solution would require the exact specification of the quasi-tender conditions, i.e. what the remuneration conditions are, how many fees and in what amount will be paid to those who fulfill the tender conditions. If this is not done, or if the tender is not clear on these issues, the court shall decide and determine the amount of compensation according to market rates in proportion to the difficulty and duration of the work performed.

In the case of “work on demand via apps” – since it is a contract of employment – there may be relevance under employment law in addition to civil law, which may be an entrepreneurship or an assignment (e.g. administration). Tamás Gyulavari classifies that relationship in his study “Uber and their peers: employees or self-employed” as a civil law undertaking or as an employment relationship with an employment law nature, depending on the extent to which the platform employee used by the platform to perform the task is dependent on the platform. If the dependence on the platform is similar to the employee’s dependence on the employer, Gyulavari tends to classify it as an atypical employment relationship, but if the situation is a kind of “gray zone”, he tends to treat it as an enterprise.<sup>12</sup> At the same time, he points out that mainly in Australia jobseekers are first employed in the same way as simple employment and casual workers, and if such employment takes place more than once on call and the caller is satisfied with the service based on customer feedback, the series of assignments given to the same person may become permanent.<sup>13</sup> In countries where hiring out workers is a common form, the transformation into an employment relationship can take place into the direction of hiring out workers without further ado. Based on all this, and taking into account that Gyulavari equates the status of the self-employed person with that of the entrepreneur and not with that of the employee, we interpret the “uber” work, if the worker’s dependence on the platform is insignificant or cooperative in terms of civil law, as a work relationship, which is a combination of an entrepreneurial and agency contract. According to Gyulavari, the same also applies when the dependency is greater, but the platform worker has

---

Code after 1990: ZLINSZKY, Janos: Proposal to regulate the private employer’s contract in the new Civil Code. In: *Civil codification* (Pjk.), No. 2008/1; KISS, György: The new Civil Code and labour law regulations, in particular the individual employment contract. Pjk. No. 2000/1; PRUGBERGER, Tamas: The new Civil Code and labour law regulations, in particular individual and collective employment contracts. Pjk. No. 2000/2; PRUGBERGER, Tamas: Comments on the new Civil Code to the chapter on certain contracts due to the lack of contracts related to services. Pjk. No. 2008/1; PRUGBERGER, Tamas – SZALMA, Jozsef: The employment contract and the new Civil Code. *Economy and Law*, Jozsef SZALMA: Employment contracts and the new Civil Code. *Economy and Law*, No. 10/2012.

<sup>12</sup> GYULAVARI (2019): op. cit. 108–111.

<sup>13</sup> GYULAVARI, Tamas: The European Court of Justice and the Gordian knot: the Uber app or the taxi company? *Labour law*, 2018/3, 8–12.

some room for maneuver vis-à-vis the platform. However, if the dependence on the platform becomes similar to a dependent employment relationship, Gyulavari classifies “work on demand via apps” as atypical employment relationships.<sup>14</sup>

Ildiko Racz’s perception differs from the above described by examining in detail the degree of independence and dependence of the platform worker on the platform; she thinks that the platform legal relationship is related to the platform and also treats the work mediated by the platform as an atypical employment relationship.<sup>15</sup> As for us, we share Racz’s view, pointing out that according to the Anglo-Saxon European and transatlantic legal practice – as described by both Gyulavari and Racz – platform work is treated as an employment relationship by trade unions and partly by judicial practice and social protection is provided for platform workers. Based on this approach, platform work is regarded as an employment relationship by law in California.<sup>16</sup>

In her Ph.D. dissertation, Ildiko Racz outlines four resolutions for solutions based on foreign literature: 1) classification as an enterprise, 2) treatment of an employment contract as a “sham” agreement (as if it were an employment contract, though it is not), 3) universal labor guarantees in all cases, 4) recognition of an atypical employment model in all cases, i.e. both in an enterprise, and in self-employment.<sup>17</sup> As for us, we take a stand in favor of the latter by saying that whoever works with a platform for a longer period of time, e.g. enter into a contract for a period of half a year and undertake to perform a specified number of tasks per month or per week for its platform, should receive a minimum wage of at least half of the unemployment benefit during the period of availability between calls. An atypical classification as an employment contract would also be an important guarantee, because in this case there would be a written obligation to enter into an employment contract on the part of the platform. Following Prasl and Risak, Szekhelyi has a similar view, when he says that the vast majority of the tasks to be performed by the employer are of an employer like. This has led to the development of a functional employer theory, which is also accepted by Szekhelyi.<sup>18</sup>

Now let us have a look at how platform contracts appeared, developed and were applied in the Hungarian economic life. Similar to Austria, Slovakia, Poland and Romania, Hungary developed the so-called “uber” passenger transport, which appeared in Hungary as an entrepreneurial contract. However, if a freight taxi driver undertook the transport of goods or furniture via platform mediation, a contract of carriage was concluded digitally. It could not be transformed into an employment contract due to the shortness of time, since the Hungarian State banned “uber” passenger and freight transport due to the united protest of the taxi companies. Therefore, there was no time for the development of a digital contract mediation platform in the companies.

---

<sup>14</sup> See GYULAVARI (2019): op. cit. 11.

<sup>15</sup> SZEKHELYI: op. cit. 41–42.

<sup>16</sup> RÁCZ: op. cit. 64–65.

<sup>17</sup> RÁCZ: op. cit. 64–65.

<sup>18</sup> RÁCZ: op. cit. 61.

The process was as follows. Many people, through their occupations, several in the form of employment, others in the form of entrepreneurship, assignment or freelance employment, such as material purchasers, insurance and other salesmen, were involved in cases where the agent did not receive reimbursement of car use and travel expenses from the company assigning him, and even if he did, he still placed an advertisement on the Internet, indicating the date on which he was traveling and when he would leave, and how long one could also join him via the electronic network.<sup>19</sup> Similar to the crowdwork discussed earlier, the person posted an offer on the network, the duration of which was not chargeable, but related to the offer or announcement of the provision of a service. Here, the owner of the digital platform announced the possibility of a passenger transport service or freight transport activity to be performed by him. It advertised that in addition to its own goods, it is possible to transport the goods of one or more persons.<sup>20</sup> The latter is similar to black transport in terms of the subject matter and content of the service, but it differs from it in that “black transport” is completely illegal, as the main transport activity is in the framework of a service or employment relationship. Such an activity is therefore not advertised on the Internet, because it is almost certain that a “fallout” will occur. Since advertising on the Internet will definitely come to the attention of the employer sooner or later.<sup>21</sup> As a legal consequence, the employer can legally apply for immediate dismissal, as this constitutes a serious breach of contract. In such a case, there is a risk that, in the event of an accident on the road and for which the driver employed is responsible, the person who traveled with him or the person in whose favor the gray transport took place may bring an action for damages against the driver’s employer.

Such a problem may also arise in the case of passenger transport if the employee or civil/public servant travels with his own car on a duty journey which is considered as working time and for which he receives remuneration and salary. In such cases, the person can only undertake the carriage of passengers advertised via a digital platform for the purpose of supplementing his income with the knowledge and consent of his employer. This was permitted based on fair treatment since such travel was often necessary for the person to reach his or her workplace. The time of such travel was classified by the European Court of Justice as standby, and in Hungary in case of standby only 20% of the basic salary is still paid, despite the fact that the European Court of Justice took legal action against employers or their associations initiated by employees in three cases for the workers’ protection, and the European Curia ruled that on-call time and standby should be considered as normal working hours.<sup>22</sup> Accordingly, Spain and Germany, which were involved in these lawsuits, laid down the normative requirement that both employees and civil servants should be fully paid for standby and on-call duty, first by means of a decision in principle in the Supreme

---

<sup>19</sup> SZEKHELYI: *op. cit.* 45.

<sup>20</sup> Based on the advertisements we could see on the Internet.

<sup>21</sup> Authors’ information received from journal editors-in-chief and journalists.

<sup>22</sup> See previous note.

Judicial Decision Forum and then by an amendment to the law.<sup>23</sup> In essence, the Member States of the old economic community in the western part of the European Union have adopted the US's solution of "to portal at portal", according to which whole wages/salaries defined by the collective agreement and the company-work schedule implemented by the works agreement are due for the employees while they stay at work regardless of whether the employee of the given company and/or public institution is on duty or on call or is doing work at his/her workplace according to the order of the employer. In Hungary, on the other hand, in cases of standby and on-call – thanks to the interpretation given by the former President of the Supreme Court's Labor Chamber –, the government is still not obliged to increase wages in accordance with the "to portal at portal" Act, since the European Court of Justice ruled that standby and on-call time should be regarded as normal working time, but only with regard to working hours; the decision did not regulate payment.<sup>24</sup> Therefore, it is legal to pay less on standby and on-call time, i.e. 20% or 40% of the basic salary. That this is not the case is indicated by the common article of Peter Sipka and Marton Zaccaria in the *Journal of Law*<sup>25</sup>, the writings of Marton Leo Zaccaria in the *Miskolc Law Review* and Gabor T. Fodor in the theoretical journal of the Faculty of Law of the Peter Pazmany Catholic University<sup>26</sup>, and Tamas Prugberger's studies on the fact that if the employer closed the company's branches in the countryside, where employees and employees still live<sup>27</sup>, i.e. if workers and civil/public servants have to travel to the city centre for materials, data or briefings before starting work, the associated travel time should be considered as standby and the full payment previously required for standby should be paid for the travel time.<sup>28</sup> As a result, feedback shows that employees and civil servants advertise passenger transportation through a digital platform by paying a service fee only if their trip is not paid for by their employer. This is most often the case for travel to and from work by car. In most cases, self-employed persons undertake passenger transport for a fee in a similar situation.

Essentially, the system of digital platform mediation developed from this bottom-up system and its further development. Some platform owners started to act as intermediaries with their digital platform as their main or secondary occupation, mainly

<sup>23</sup> CJEU, 3rd October 2000, C-303/98, ECLI:EU:C:2000:528, in the Case of (*Simap Case*); 9th September 2003, C-151/02, ECLI:EU:C:2003:437 (*Jaeger Case*).

<sup>24</sup> See previous note.

<sup>25</sup> RADNAY, Jozsef: Another foreign decision on the calculation of working time exceeding 48 hours a week. *Labor Review*, No. 2006/7–8, 89–90.

<sup>26</sup> SIPKA, Peter – ZACCARIA, Marton Leo: Do you work and rest? Extension of the concept of working time following a new judgment of the Commission of the European Union, taking into account the Hungarian judicial practice. *Journal of Law*, No. 5, 2016, 449–457.

<sup>27</sup> ZACCARIA, Marton Leo: Conceptual changes in relation to working time in the new Labour Code. *Miskolc Legal Review*, No. 2013/1, 130–142; FODOR, Gabor T.: The Labour Code on the compliance of working and rest time regulations with EU law. *Hungarian Labour Law. E-journal*. No. 2016/2, 21–36.

<sup>28</sup> PRUGBERGER, Tamas: Judging the new domestic regulation of working time and leave from the point of view of employee's interests. *Pro Futuro*, No. 2017/2, 31–47.

in the passenger and freight transport line. They placed advertisements in their circle of acquaintances addressing those who knew that they had a car and were willing to undertake passenger or freight transport with it as their main activity or secondary occupation. If the platform owner was able to organize a business group for such passenger and freight transport, the platform owner started to advertise the platform to bring the customer together with the service provider. This is how the "uber" service was established in the field of passenger and freight transport in Hungary, too. "Uber" passenger platform companies in Western European states were able to build an entire federal network system, which was very much needed to protect their interests and operational capabilities against "taxi" companies. This is because taxi drivers and "taxi" companies do not unduly see competition in "uber" passenger and freight transport. "Taxi companies" engage taxi drivers who transport a person and/or goods in a taxi company's car, as employed or self-employed, on a permanent basis, or often as subcontractors. In these cases, the taxi company or the headquarters of the "taxi company" provides dispatching services. It picks up orders and immediately forwards them to one of the drivers operating the car. It does the same when drivers, as self-employed, provide "taxi" services in their own car. In this case, however, the drivers receive the assignment from the main contractor dispatcher service. It picks up the order and the dispatcher service directs the taxi that is currently available to the customer. In essence, the "uber" platform, a digital platform owner specializing in passenger and small freight transport, does the same for a much cheaper transport and freight rate than taxi companies.

The "uber" passenger and freight transport system began to spread in Hungary with incredible speed. In almost all cases, companies undertaking passenger and freight transport performed their own passenger and freight transport with their own cars, mostly on a self-employed basis. The fee for the service was communicated by the platforms to the customers. Digital platform chains for passenger and freight transport could not develop in Hungary, in contrast to the "uber" platform systems in Western Europe and the United States, because they only operated for a short time, as taxi drivers and taxi companies' advocacy organisations were able to achieve that the government stopped the "uber" transport of passengers and goods. However, this shutdown was unfortunate insofar as some taxi companies and individual taxi drivers have formed an informal cartel on certain busy roads, especially those used for taxi passenger transport and have seized roads not allowing there a taxi driver who does not belong to them. Such an informal cartel company dominates Ferihegy Airport, too. By forming a cohesive closed community, they can illegally raise the price of their services by using a fixed price as a basic service. The uber application, with its speed and semi-official nature, could contribute to breaking down the intertwined private taxi rule at the airport.

Because of the ban on uber, the Hungarian digital platform intermediary network is limited to cover childcare of a temporary nature to a greater extent in cases where parents need half-day or multi-hour childcare because they would like to go to the theater or to a concert or just to go and visit friends. Similarly, digital platform mediation in the field of cleaning has appeared since economic companies and private

households are increasingly demanding such services from platforms in Hungary. As these two areas, childcare and cleaning, as well as small-scale repair and installation needs for households, have not been covered in Hungary, digital platform mediation contracts will move from the area of passenger and freight transport to these areas, since these areas are considered as an “economic” gap. The situation is partly similar in Western European states. With this in mind, we can state that digital platform mediation has a role to play in meeting consumers’ needs where there is a shortage of legal, industrialized services. The importance of digital platform services as a result of the government’s family policy related to the support of large families is rising, since households will need more and more different services, tools and other household appliances that are in short supply, especially both the builder and those who order building services need technical equipment when building houses, and later on families will need services for correcting errors. In doing so, both crowdwork and “work on demand via apps” can be a major help in quickly bridging the current industrial and material shortages, as well as technical parts, tools and other shortages (e.g. building materials).

#### LIST OF LITERATURE

- [1] BERKE, Gyula: The collective agreement in Hungarian labour law. *Pecs Labour Law Bulletins*, Monographs 2.
- [2] FODOR, Gabor T.: The Labour Code on the compliance of working and rest time regulations with EU law. *Hungarian Labour Law. E-journal*, No. 2016/2.
- [3] GYULAVARI, Tamas: Uber drivers and their peers: employees or self-employed? *Journal of Law*, No. 2019/3.
- [4] GYULAVARI, Tamas: The European Court of Justice and the Gordian knot: the Uber app or the taxi company? *Labour law*, 2018/3.
- [5] HAJDU, Jozsef: The future of work. The impact of robotics on the labor market. In: *Law, information, competitiveness*.
- [6] KISS, György: The new Civil Code and labour law regulations, in particular the individual employment contract. *Pjk. No. 2000/1*.
- [7] KUN, Attila: Labor law and digitalisation – systemic challenges and rudimentary EU responses. In: PAL, L. – PETROVICS, Z. (eds.): *Visegrad 15.0 – Edited presentations of the Hungarian labour law conference*. Wolters Kluwer, Budapest. 218.
- [8] PRUGBERGER, Tamas: The new Civil Code and labour law regulations, in particular individual and collective employment contracts. *Pjk. No. 2000/2*.
- [9] PRUGBERGER, Tamas: Comments on the new Civil Code to the chapter on certain contracts due to the lack of contracts related to services. *Pjk. No. 2008/1*.

- 
- [10] PRUGBERGER, Tamas: The legal status of the senior employee in the developed capitalist states and in Hungary in the light of the legal comparison. In: PAL, Lajos (ed.): *Legal status and responsibilities of the senior official* (Study Volume). HVG-Orac, 2017.
- [11] PRUGBERGER, Tamas: Judging the new domestic regulation of working time and leave from the point of view of employee's interests. *Pro Futuro*, No. 2017/2, 31–47.
- [12] PRUGBERGER, Tamas – SZALMA, Jozsef: The employment contract and the new Civil Code. *Economy and Law*, SZALMA, J.: Employment contracts and the new Civil Code. *Economy and Law*, No. 10/2012.
- [13] RACZ, Ildiko: *The Impact of Digitization on Some Basic Institutions of Labour Law*. Gaspar Karolyi Reformed University, Faculty of Law, Doctoral School. Version prepared for workshop discussion, Budapest, 2020.
- [14] RADNAY, Jozsef: Another foreign decision on the calculation of working time exceeding 48 hours a week. *Labor Review*, No. 2006/7–8.
- [15] SIPKA, Peter – ZACCARIA, Marton Leo: Do you work and rest? Extension of the concept of working time following a new judgment of the Commission of the European Union, taking into account the Hungarian judicial practice. *Journal of Law*, No. 5, 2016.
- [16] SZEKHELYI, B. Reka: Work provided through digital platforms. *Labour law*, 2019, No. III.
- [17] VINCZENTI, Gusztav: Legal status of work. Employment and service contract. In: SZLADITS, Karoly (Ed-in-Chief): *Hungarian Private Law*. Volume IV, Special Part of Contract Law. Karoly Grill Publishing House, Budapest, 1942.
- [18] ZACCARIA, Marton Leo: Conceptual changes in relation to working time in the new Labour Code. *Miskolc Legal Review*, No. 2013/1.
- [19] ZLINSZKY, Janos: Proposal to regulate the private employer's contract in the new Civil Code. In: *Civil codification* (Pjk.), No. 2008/1.





**European Integration Studies**

**HU ISSN 1588-6735**

**DOI prefix: 10.46941**

University of Miskolc

Responsible for the publication: Prof. dr. Zita Horváth

Published by the Miskolc University Press under leadership of Attila Szendi

Responsible for duplication: Erzsébet Pásztor

Number of copies printed:

Put to the press in 2021

Number of permission: MERT-2021-248-ME