MANZ – QUALITÄT SEIT 1849

05 | 2022 | 333–420 | ecolex

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

APROPOS KORRUPTION …

> Inserate: Wer besticht wen?
> Novelle des Korruptionsrechts
> Verletzungen von Amtsgeheimnissen

NEU: Recht hören. Der ecolex-Podcast!

Kfz: Haftung für Touchscreens und Apps

EU-Maßnahmen zur Energiekrise

Ökologisierung des Steuerrechts

Gefährliche Distressed M&A-Deals

Massenzustrom-Richtlinie

Rechtsschutz bei staatlicher Rufschädigung?

ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418 Österreichische Post AG MZ 02Z032706 M Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

MANZ

Kein effizienter Rechtsschutz gegen staatliche Rufschädigung

BEITRAG. Das geltende Finanzmarktaufsichtsrecht will Verbraucher, die (für gewöhnlich) über weniger Expertise als konzessionierte Finanzdienstleister verfügen, schützen. Anleger sollen vor Verlusten bewahrt werden, die auf das Verhalten zT unregulierter „dubioser Unternehmer" zurückgehen. Zu diesem Zweck kann die FMA[1] verschiedene Instrumente einsetzen, um die Sicherheit auf dem nationalen Finanzplatz zu gewährleisten. Zunehmende Bedeutung kommt sog „Investorenwarnungen" zu, die nach wie vor rechtsstaatliche Grenzgänge darstellen. Der nachfolgende Beitrag erörtert, warum dieses Reaktionsinstrument nicht nur für „schwarze Schafe", sondern auch für seriöse Unternehmen „gefährlich" ist.[2] ecolex 2022/280

Univ.-Prof. Dr. **Christian Piska** lehrt und forscht am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.
Dr. **Nicolas Raschauer** lehrt Wirtschaftsrecht am Hochschulinstitut Schaffhausen, Schweiz.

A. Bekämpfung des unerlaubten Geschäftsbetriebs

Das österr Finanzmarktaufsichtsrecht schreibt für die gewerbliche Erbringung von Finanzmarktgeschäften eine *Konzessionspflicht* vor.[3] Die Ausübung solcher Dienstleistungen ohne einschlägige Zulassung erfüllt regelmäßig den Tatbestand des *unerlaubten Betriebs von Finanzdienstleistungen.* Dies ist durchwegs als Verwaltungsübertretung typisiert und mit erheblicher Strafe bedroht.[4] Besteht ein Anfangsverdacht auf unerlaubten Geschäftsbetrieb,[5] hat die FMA ein *Ermittlungsverfahren* einzuleiten.

1. Verfahrensanordnung gem § 22d FMABG

Die FMA hat Betroffene innerhalb einer angemessenen Frist zur Einstellung des unerlaubten Geschäftsbetriebs und zur *Herstellung des rechtskonformen Zustands* aufzufordern. Dies hat unabhängig davon zu erfolgen, ob die Behörde ein Verwaltungsstrafverfahren einleitet. Eine Aufforderung der FMA erfolgt nicht etwa in Form eines Bescheids, sondern als *Verfahrensanordnung* iSd § 63 Abs 2 AVG. Intention der Verfahrensanordnung ist es, den rechtlich gebotenen „Soll-Zustand" rasch wiederherzustellen, wobei die Art und Weise, wie dies geschieht, dem Betroffenen vorbehalten ist.[6]

Weil die Verfahrensanordnung keine mit einem Bescheid vergleichbare Wirkungen entfaltet, kann sie der Betroffene nicht selbständig bekämpfen.

Die Verfahrensanordnung regelt dabei den Gang des Verwaltungsverfahrens, ohne dabei eine gestaltende oder feststellende rechtliche Wirkung zu entfalten.[7] Weil die Verfahrensanordnung keine mit einem Bescheid vergleichbare Wirkungen entfaltet,[8] kann sie der Betroffene *nicht selbständig bekämpfen.*[9] Eine Beschwerde an das BVwG ist erst gegen den das Aufsichtsverfahren abschließenden Bescheid zulässig (§ 63 Abs 2 AVG).[10] Erst im Rahmen einer *Bescheidbeschwerde* kann der Betroffene Einwendungen gegen das Vorgehen der FMA geltend machen.

a) Sanktionen bei Nichtbefolgung der Verfahrensanordnung

Einer Verfahrensanordnung kommt für den Lauf des weiteren Verfahrens erhebliche Bedeutung zu: Sollte der Betroffene der Verfahrensanordnung nicht (fristgerecht) nachkommen, wird die FMA mittels Bescheids *Maßnahmen zur Herstellung des rechtskonformen Zustands* anordnen. Das Gesetz nennt dabei exemplarisch die Schließung von Teilen oder des gesamten Betriebs (§ 22d Abs 1 Satz 2 FMABG). Ein Betroffener kann einen solchen Maßnahmenbescheid mittels Beschwerde an das BVwG bekämpfen. Soweit der Bescheid rechtskräftig ist, hat die FMA den Bescheid nach VVG zu vollstrecken (§ 22 Abs 1 FMABG).

Hat der Betroffene die bescheidmäßig angeordneten Maßnahmen nicht umgesetzt, so hat die FMA eine *Zwangsstrafe* zu verhängen; regelmäßig wird es sich um unvertretbare Leistungen gem § 5 VVG handeln. Die FMA ist in jüngster Vergangenheit zudem verstärkt dazu übergegangen, eine Nichtbefolgung einer Verfahrensanordnung bei der *Beurteilung der persönlichen Zuverlässigkeit* der Geschäftsleiter eines Finanzdienstleisters zu Lasten der Geschäftsleiter ins Treffen zu führen. Sieht die FMA etwa die persönliche Zuverlässigkeit der Geschäftsleiter als nicht gegeben an, so kann dies für die be-

---

[1] Die weisungsfrei agierende Finanzmarktaufsicht (FMA) ist, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, Aufsichtsbehörde für den gesamten österr Finanzsektor (§ 1 FMABG).

[2] Für seine wertvollen Vorarbeiten bei der Erstellung dieses Beitrags danken wir Herrn StudAss *Ivan Kobas*.

[3] Vgl etwa § 3 Abs 2 WAG 2018 oder § 4 Abs 1 BWG. Im Detail *Müller/N. Raschauer,* Wirtschaftsaufsichts- und Regulierungsrecht, in *Ennöckl/N. Raschauer* (Hrsg), Wirtschaftsrecht[4] (2021) Rz 501ff; *B. Raschauer,* Finanzmarktaufsichtsrecht (2015).

[4] *N. Raschauer* in *Gruber/N. Raschauer* (Hrsg), WAG 2007 (2010) § 22d FMABG Rz 1.

[5] Vgl zB § 98 Abs 1 und 1a BWG, § 99 Abs 1 ZaDiG 2018, § 29 Abs 1 E-GeldG 2010, § 60 Abs 1 Z 1 AIFMG, § 94 WAG 2018, § 105 Abs 1 Z 1 und 2 BörseG 2018, § 4 Abs 1 Z 1 ZvVG, § 47 PKG, § 4 Abs 1 RW-VG oder § 329 VAG 2016.

[6] *N. Raschauer,* § 22d FMABG Rz 33.

[7] *Hengstschläger/Leeb,* AVG § 63 Rz 52.

[8] Siehe etwa *Antoniolli/Koja,* Allgemeines Verwaltungsrecht[3] (1996) 517.

[9] VwGH 18. 10. 1990, 90/09/0099; 6. 9. 1994, 94/11/0228; VfSlg 10.912/1986.

[10] *Hengstschläger/Leeb,* AVG § 63 Rz 48.

troffenen Personen sowohl schwerwiegende berufliche als auch persönliche Auswirkungen haben:[11] Diese Personen kommen für eine Geschäftsführungs- oder Aufsichtsratsfunktion im Finanzdienstleistungsbereich nur mehr eingeschränkt in Betracht (mangelnde „Fit- and Properness"). Dies führt dazu, dass Finanzdienstleister einer Verfahrensanordnung de facto so gut wie immer Folge leisten, um die zuvor beschriebenen Konsequenzen zu vermeiden. Dass dies aus rechtsstaatlicher Sicht bedenklich ist, ist offensichtlich.

b) Quasi-Rechtsschutz durch Auskunftsbescheid?

Seit 3. 1. 2018 besteht die Möglichkeit, mittels *Auskunftsbescheids* gem § 23 Abs 1 FMABG eine verbindliche rechtliche Beurteilung eines Sachverhalts von der FMA zu verlangen. Die Stellung eines Auskunftsbescheids ist allerdings an mehrere Voraussetzungen gebunden. Ua muss sich der Antrag auf einen im Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht verwirklichten Sachverhalt beziehen. Damit *scheidet* dieses Verfahren *als Rechtschutzinstrument aus.* Zudem ist zu bedenken, dass der Schaden bei Finanzdienstleistern schon längst eingetreten ist, bis das Auskunftsverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist.

2. Veröffentlichung von Informationen über verhängte Maßnahmen oder Sanktionen

Meistens bleibt es nicht bei der isolierten Erlassung einer Verfahrensanordnung. In Kombination dazu *warnt* die FMA die Öffentlichkeit vor (vermeintlich) rechtswidrig agierenden Anbietern. Die Behörde erlässt (bereits bei einem entsprechenden Anfangsverdacht) sog *„Investorenwarnungen",* etwa auf ihrer Website[12] und/oder im Amtsblatt der Wiener Zeitung (§ 22c Abs 1 FMABG).

Die öffentliche Bekanntmachung vermeintlicher Rechtsverstöße wird im Fachjargon auch als *„Naming & Shaming"* bezeichnet.[13] Dieses Instrument[14] dient der Gefahrenabwehr für Verbraucher und andere Marktteilnehmer. Es verfolgt general- und spezialpräventive Zwecke.[15] Vor dem Hintergrund, dass zum Zeitpunkt der Erlassung einer Investorenwarnung noch kein (Ermittlungs- oder Straf-)Verfahren gegen Betroffene rechtskräftigt erledigt wurde, ja noch nicht einmal eine Überprüfung durch ein unabhängiges Gericht stattgefunden hat, ist diese Vorgehensweise aus *rechtsstaatlicher Sicht problematisch.*

Die öffentliche Bekanntmachung vermeintlicher Rechtsverstöße wird im Fachjargon auch als „Naming & Shaming" bezeichnet.

Vereinzelt werden Betroffene schon bei Vorliegen eines Anfangsverdachts „an den Pranger" gestellt. Es ist daher nicht auszuschließen, dass von einer Investorenwarnung Betroffene einen *irreparablen Image- und Reputationsschaden* erleiden, der mit weitreichenden wirtschaftlichen und persönlichen Konsequenzen verbunden sein kann – insb dann, wenn sich schon ex ante herausstellt, dass die behördliche Einschätzung nicht zutrifft. Diese Folgen können durch eine spätere Rehabilitierung keinesfalls beseitigt werden. Datenschutzbeschwerden, Amtshaftungsklagen oder sonstige Bescheid(beschwerde)verfahren sind idR – jedenfalls für sich allein – nicht geeignet, den staatlich verfügten Schaden ansatzweise wiedergutzumachen.[16]

3. Verfassungsgerichtliche Bewertung des Naming & Shaming

Schon 2009 erkannte der *VfGH,*[17] dass solche Investorenwarnungen *verfassungsrechtlich „heikel"* sein können. Die von einer FMA-Investorenwarnung Betroffenen hatten nach damals geltender Rechtslage keine Gelegenheit zur Stellungnahme und keinen adäquaten Zugang zu einem gerichtlichen Überprüfungsverfahren. Da den Betroffenen nicht einmal ein Recht auf Widerruf einer unrichtigen Warnmeldung eingeräumt war, hob der VfGH die damals geltende Ermächtigung im BWG[18] wegen Verstoßes gegen das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes und des Rechtsstaatprinzips auf. Dies ungeachtet dessen, dass die FMA schon nach damals geltender Rechtslage vor Veröffentlichung einer Investorenwarnung deren Erforderlichkeit und das öffentliche Interesse an Information gegen mögliche Nachteile für den Betroffenen ex ante abzuwägen hatte.

Schon 2009 erkannte der VfGH, dass solche Investorenwarnungen verfassungsrechtlich „heikel" sein können.

Nach Auffassung des VfGH genügt es rechtsstaatlichen Prinzipien, wenn Betroffene in solchen Fällen (auf Antrag) *Zugang zu einem bescheidmäßig abzuschließenden Verfahren* eröffnet wird, in welchem die Rechtmäßigkeit der Investorenwarnung im Nachhinein überprüft werden kann. Dementsprechend wurden die im Finanzmarktrecht vorgesehenen Informationstatbestände (§ 4 Abs 7 und § 99c BWG; § 22c FMABG) schrittweise angepasst.[19]

Nunmehr kann der von einer Veröffentlichung Betroffene auf Antrag ein Überprüfungsverfahren vor der FMA beantragen (vgl zB § 22c Abs 2 FMABG).

4. Fehlende Effizienz des Rechtsschutzes

Entspricht die nunmehr geltende Rechtslage tatsächlich den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Rechtsstaatprinzips? Ist die nunmehr vorgesehene Ex-Post-Überprüfung, noch dazu durch die veröffentlichende Aufsichtsbehörde, wirklich effizient? Praktische Erfahrungen zeigen das Gegenteil. Das verfassungsrechtliche Hauptproblem der Investorenwarnungen wurde nicht beseitigt. Ein *nachgeschaltetes Überprüfungs- und Rechtsschutzverfahren kann* die bereits infolge der Veröffentlichung der Investorenwarnungen eintretenden, meist *irreparablen Geschäfts- und Imageschäden* für den Betroffenen *nicht auffangen.* Amtshaftungsansprüche stehen Betroffenen auch nur eingeschränkt offen.[20] Eine Datenschutzbeschwerde gem Art 77 DSGVO kommt meist „zu spät". Eine Änderung der

---

[11] Siehe im vergleichbaren Zusammenhang *Brandl/N. Raschauer,* Abberufung eines Bankvorstandes – Parteistellung im Abberufungsverfahren geboten! ZFR 2016, 107.

[12] https://www.fma.gv.at (abgerufen am 24. 1. 2022).

[13] Vgl dazu *N. Raschauer,* Investorenwarnungen im Finanzmarktaufsichtsrecht, ÖZW 2008, 95; *Baier,* Naming and Shaming" im Versicherungsaufsichtsrecht, ÖZW 2018, 114; *Irmscher,* Rechtsschutz gegen „naming and shaming" im EU-Rechtsschutzsystem – eine Analyse anhand des Single Supervisory Mechanism (SSM), EWS 2016, 318.

[14] Vgl idZ FMA Jahresbericht 2020, wonach in diesem Jahr 93 Personen mittels Verfahrensanordnung zur Herstellung des rechtmäßigen Zustands aufgefordert wurden, https://www.fma.gv.at/publikationen/fma-jahresberichte/ (abgerufen am 24. 1. 2022).

[15] Vgl für die Einordnung des „Naming and Shaming" als Sanktion etwa *Nartowska/Knierbein,* Ausgewählte Aspekte des „Naming and Shaming" nach § 40c WpHG, NZG 2016, 256 (261); *Veil* in Veil/Brinckmann, Europäisches Kapitalmarktrecht (2014) 166f.

[16] Darauf hat VfSlg 18.747/2009 bereits hingewiesen.

[17] VfSlg 18.747/2009.

[18] § 4 Abs 7 Satz 1 BWG aF.

[19] Vgl zB § 22c FMABG idF BGBl I 2013/135.

[20] VfGH 16. 12. 2021, G 224/2021 (§ 3 FMABG).

rechtlichen Rahmenbedingungen erscheint uE dringend geboten.[21] Betroffenen steht nach wie vor kein adäquater Rechtsbehelf gegen die staatlich verordnete Zurschaustellung zur Verfügung.

B. Stärkung der Position der Betroffenen – Verbesserung des Rechtsschutzes

Geht man so wie wir davon aus, dass eine *Verbesserung des Rechtsschutzes* für Betroffene – iS eines „Interessenausgleichs" – *geboten* ist (die FMA muss aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben vor schwarzen Schafen „warnen" können; Betroffenen muss aber im Einklang mit den nationalen verfassungsrechtlichen Vorgaben ein adäquater, präventiv wirkender Rechtsschutzmechanismus offenstehen), ist darüber nachzudenken, wie eine Neugestaltung des Rechtsschutzinstrumentariums gelingen könnte.

So könnte angedacht werden, dass die FMA *Betroffene im Vorfeld* einer geplanten Investorenwarnung zunächst – vergleichbar mit der „Aufforderung zur Rechtfertigung" gem § 42 VStG – *mit dem Verdacht* des unerlaubten Betriebs von Finanzdienstleistungen *konfrontiert*. Betroffene könnten diesfalls innerhalb einer kurzen, angemessenen Frist zum behördlichen Vorwurf *Stellung nehmen*. Die FMA sollte in ihrer Aufforderung jene Verdachtsmomente offenlegen, die ihre Einschätzung des unerlaubten Betriebs tragen. Nur dann, wenn der Betroffene den Verdacht der FMA nicht widerlegen kann, sich der Verdacht erhärtet hat oder der Betroffene nicht reagiert, sollte die FMA ermächtigt sein, eine Investorenwarnung zu veröffentlichen.[22]

Solange keine gerichtliche Überprüfung stattgefunden hat, sollte daher in aller Regel auch keine Investorenwarnung veröffentlicht werden.

Parallel sollte Betroffenen die Möglichkeit eröffnet werden, eine dem Betroffenen vorab anzukündigende Investorenwarnung mittels *Eilantrags* (etwa an einen Einzelrichter des BVwG) *aufzuschieben*. Das Gericht sollte binnen kurzer Frist – in einer Art „Provisorialverfahren" – aufgrund der bestehenden Faktenlage darüber entscheiden, ob eine Veröffentlichung zu erfolgen hat oder nicht. Bei der Ausgestaltung eines solchen Eilverfahrens könnte sich der Gesetzgeber an den bereits bestehenden Eilverfahren, etwa gem UWG, orientieren.

Solange keine gerichtliche Überprüfung stattgefunden hat, sollte daher in aller Regel auch keine Investorenwarnung veröffentlicht werden. UE würde Betroffenen auf diesem Weg ein effizienter Rechtsschutzmechanismus eröffnet werden. Das einschlägige Unionsrecht steht einer Umgestaltung der geltenden Rechtslage insoweit nicht entgegen.[23]

Schlussstrich

Verfahrensanordnungen gem § 22d FMABG und Investorenwarnungen verfolgen einen legitimen Zweck, nämlich die Bekämpfung von unerlaubtem Geschäftsbetrieb auf dem österr Finanzmarkt und den Schutz der Anleger vor unseriösen Anbietern. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass Betroffenen derzeit keine adäquaten, rechtsstaatlich effizienten Verfahren offenstehen, um sich gegen den Vorwurf der FMA (auf unerlaubten Geschäftsbetrieb) zur Wehr zu setzen. Der verschriftlichte Verdacht der FMA kann zu irreparablen Schäden für die Betroffenen führen. Betroffenen steht derzeit kein präventiv wirkender Mechanismus offen, um unberechtigten Vorwürfen rasch und entschieden entgegentreten zu können. Das derzeit geltende gestufte Rechtsschutzsystem – Bekämpfung eines verfahrensabschließenden Bescheids (bei behördlichen Maßnahmen) bzw die Einleitung eines nachgeschalteten behördlichen Überprüfungsverfahrens – befindet sich zwar formal in Einklang mit der Rsp des VfGH, vermag aber keinen faktisch effizienten Rechtsschutz zu bieten. Denn öffentliches Naming & Shaming schafft vollendete Tatsachen, denen sich Betroffene auch durch ein später stattfindendes Rechtsmittelverfahren nicht mehr entziehen können. Eine Überarbeitung des Rechtsschutzes Betroffener ist daher dringend geboten.

[21] Der damalige BMF hatte in einer parlamentarischen Anfragebeantwortung (1346/AB vom 2. 6. 2020 zu 1337/J 27. GP) klargestellt, dass derzeit keine Änderung der geltenden Rechtslage geplant sei.

[22] Nun mag es Konstellationen geben, in denen aufgrund von Gefahr im Verzug eine sofortige Öffentlichkeitsinformation unabdingbar ist; dies müsste gesetzlich klar abgebildet werden. UE werden und müssen solche Konstellationen jedoch die Ausnahme sein.

[23] Vgl etwa die Vorgaben gem Art 71 Abs 1 RL 2014/65/EU.