



Österreichischer
Rechtsanwaltskammertag | Die österreichischen
Rechtsanwälte

Bundesministerium
für Finanzen

Himmelpfortgasse 4-8
1015 Wien

Zl. 13/1 05/209

GZ 040402/0007-III/5/2005

Bundesgesetz, mit dem das Finanzmarktaufsichtsbehördengesetz, das Bankwesengesetz, das Investmentfondsgesetz, das Immobilien-, Investmentfondsgesetz, das Sparkassengesetz, das Bausparkassengesetz, das Hypothekendarlehenbankengesetz, das Pfandbriefgesetz, das E-Geldgesetz, das Börsegesetz, das Kapitalmarktgesetz, das Wertpapieraufsichtsgesetz, das Finanzkonglomeratengesetz, das Betriebliche Mitarbeitervorsorgegesetz, das Pensionskassengesetz und das Versicherungsaufsichtsgesetz geändert werden (Finanzmarktaufsichtsänderungsgesetz 2005 – FMA-ÄG 2005)

Referent: Dr. Georg Schima, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

I. Allgemeines

Der vorliegende Entwurf ist offenkundig von der Intention geprägt, mögliche Mißbräuche am Kapitalmarkt durch Aktivitäten nicht konzessionierter Unternehmen zu verhindern bzw effizienter zu bekämpfen. Das größte Kapital jedes Finanzmarktes ist das Vertrauen der Marktteilnehmer, weshalb alle Maßnahmen, die geeignet erscheinen, eine stabile Basis für ein solches Vertrauen zu schaffen, grundsätzlich zu begrüßen sind.

Die im Entwurf vorgesehenen Instrumente sind für die Erreichung des Ziels zwar möglicherweise abstrakt geeignet, stehen jedoch teilweise in einem deutlichen Spannungsverhältnis zu grundrechtlich geschützten Positionen und rechtsstaatliche Prinzipien, wie im einzelnen zu zeigen ist. Es darf dabei nie übersehen werden, daß sich die Bestimmungen des Entwurfes keineswegs nur gegen offenkundig nicht konzessionierte Unternehmen richten, sondern auch konzessionierte Unternehmen betreffen können. Insofern können im Einzelfall komplizierte Zweifelsfragen

Gegenstand von Maßnahmen der FMA sein. Im Hinblick darauf sowie insbesondere auf die möglichen negativen Folgen ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen durchgeführter Maßnahmen (zB Existenzvernichtung durch ungerechtfertigte Betriebsschließungen) sind erhöhte Anforderungen an die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze zu stellen.

Bei der Abwägung zwischen höchstmöglicher Effizienz einer Finanzmarktaufsicht zum Schutz des Vertrauens der Marktteilnehmer auf der einen Seite und dem ebenfalls legitimen Interesse der Anbieter von Finanzdienstleistungen an rechtsstaatlicher Kontrolle verhängter Maßnahmen, an einem Schutz vor ungerechtfertigten Maßnahmen sowie vor der Zufügung unwiederbringlicher Schäden, auf der anderen Seite sind insbesondere folgende Aspekte zu berücksichtigen:

- Nicht nur das Vertrauen der „Konsumenten“, sondern auch jenes der „Unternehmer“ des Kapitalmarktes in einen rechtmäßig funktionierenden Kapitalmarkt ist grundsätzlich schützenswert.
- Der Staat hat sich nach Maßgabe der verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte und darüber hinaus nach allgemein anerkannten rechtsstaatlichen Grundprinzipien bei der Wahl seiner Mittel selbst zu beschränken.
- Die Ausübung von Befugnissen, die potentiell enorme (unwiederbringliche) Schäden hervorrufen können, ist grundsätzlich immer geeignet, Amtshaftungsansprüche gegen den Bund zu begründen, wenn sich nämlich die Maßnahme oder der der Maßnahme zugrundeliegende Bescheid im Nachhinein als nicht rechtmäßig herausstellt. Durch die Einräumung solcher Befugnisse an die FMA ohne gleichzeitige Gewährung geeigneter Rechtsschutzmechanismen übernimmt der Staat damit ein enormes Haftungspotential.

II. Zu Art 1 (Änderung des FMAG)

1. Zu § 22b FMAG-E

a. Verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht, sich nicht selbst bezichtigen zu müssen

Nach § 22b FMAG-E ist die FMA berechtigt, von natürlichen und juristischen Personen Auskünfte einzuholen und Daten zu ermitteln und zu verarbeiten. Sofern mit diesem Recht eine Verpflichtung der betroffenen Personen zur vollständigen (und korrekten) Auskunftserteilung verbunden ist, steht diese Verpflichtung in einem Spannungsverhältnis zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht, sich nicht selbst bezichtigen zu müssen (Art 6 EMRK). Freilich ist auf das Verfahren vor der FMA gemäß Art II Abs 2 Z 28a EGVG das Aussageverweigerungsrecht des § 49 Abs 1 bzw § 51 iVm § 49 Abs 1 AVG anzuwenden.

Auf diesen Zusammenhang sollte in den erläuterten Bemerkungen hingewiesen werden, um zu vermeiden, daß § 22b FMAG-E als materielle Derogation des § 49 Abs 1 bzw § 51 iVm § 49 Abs 1 AVG interpretiert werden könnte.

b. Schutz des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Hausrechts

Nach § 22b FMAG-E darf die FMA (ohne vorhergehendes Verfahren!) in Bücher, Schriftstücke und EDV-Datenträger **vor Ort** (dh in den Geschäftsräumen des betroffenen Unternehmens) Einsicht nehmen und sich Auszüge davon herstellen lassen. Wenn diese Untersuchung der gezielten Suche nach Gegenständen (Informationen) dient, dann liegt nach hA eine Hausdurchsuchung iSd Art 9 StGG und des § 1 HausrechtsG vor.

Wenn davon ausgegangen werden kann, daß es sich dabei um Maßnahmen der „polizeilichen“ oder der „finanziellen Aufsicht“ handelt, dann sind die Schranken des Art 8 EMRK und des Art 9 StGG iVm dem HausrechtsG zu beachten. Nach Ansicht des VfGH sind derartige Hausdurchsuchungen grundsätzlich nur dann zulässig, wenn das Gesetz einen richterlichen Durchsuchungsbefehl als Voraussetzung vorsieht und dieser auch vorliegt.¹ Der in den Erläuterungen enthaltene Hinweis auf § 5 Abs 2 Devisengesetz (dem § 22b FMAG-E nahezu wörtlich nachgebildet ist) bringt auch keinen nennenswerten Erkenntnisgewinn, weil auch diese Bestimmung verfassungskonform so auszulegen sein wird, daß eine Hausdurchsuchung nur mit richterlichem Durchsuchungsbefehl zulässig ist.

Es wäre wünschenswert, wenn der Gesetzgeber zur Vermeidung von Mißverständnissen klarstellen würde, daß eine Hausdurchsuchung sowie die Beschlagnahme von Unterlagen nach § 22b FMAG-E nur nach Maßgabe des HausrechtsG und nur mit richterlichem Durchsuchungsbefehl zulässig ist.

2. Zu § 22c FMAG-E

a. Rechtsstaatliche Grundsätze betreffend den Umgang mit (strafsanktionierten) Gesetzesverstößen

§ 22c Z 1 FMAG entspricht den aus dem Strafrecht und dem Verwaltungsstrafrecht bekannten Grundsätzen und ist insofern nicht zu beanstanden.

Ein Systembruch gegenüber den verfassungsrechtlich verankerten Grundsätzen (Unschuldsvermutung, Recht auf Privatsphäre, Recht auf ein rechtsstaatliches Verfahren) ist freilich das der FMA im E eingeräumte Recht, *„die Namen der Personen oder Unternehmen, gegen die die Sanktion verhängt wurde, die Namen der Unternehmen, für die Personen verantwortlich sind, gegen die eine Sanktion verhängt wurde, sowie die verhängte Sanktion (zu) beauskunften oder (zu) veröffentlichen.“*

¹ VfSlg 6553/1971.

b. Umfang des Rechts zur Veröffentlichung

Nach dem E kann die FMA alle „nach Abschluß eines Verfahrens mit Bescheid gesetzten Rechtsakte“ veröffentlichen. Unklar bleibt, ob der Bescheid unanfechtbar sein muß, damit eine Veröffentlichung zulässig ist. Der Spruch des Bescheides wird ja nicht die Veröffentlichung desselben umfassen. Dementsprechend ist die bloße Veröffentlichung des Rechtsaktes (anders als der Rechtsakt selbst) im Wege einer Bescheidbeschwerde auch nicht bekämpfbar; mangels Befehls- bzw Zwangseigenschaft ist die Handlung aber auch nicht als Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt überprüfbar, insbesondere nicht die Ausübung des der FMA eingeräumten Ermessens nach § 22c Z 3 FMAG-E. Es ist somit auf der Grundlage des Entwurfes keineswegs gesichert, daß mit Bescheid gesetzte Rechtsakte, selbst wenn einer Beschwerde dagegen aufschiebende Wirkung zuerkannt werden sollte, nicht dennoch veröffentlicht werden.

Das Veröffentlichungsrecht der FMA ist auf Basis des vorliegenden Entwurfs im Prinzip unbeschränkt, woran auch § 22c Z 3 FMAG-E („die FMA hat von (...) einer diesbezüglichen Veröffentlichung abzusehen, wenn (...)“ nichts ändert, weil die Auslegung der FMA überlassen bleibt und eine Kontrolle durch ein unabhängiges Gericht mangels Bescheid- bzw Befehls- oder Zwangsqualität dieser Maßnahme gar nicht möglich ist.

c. Konkrete verfassungsrechtliche Bedenken

Die skizzierten Möglichkeiten der FMA zur Veröffentlichung von „Sanktionen“ (iSd FMAG-E) sind geeignet, in folgende verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte einzugreifen:

- **Art 6 EMRK – Recht auf ein faires Verfahren:** Unter den von Art 6 EMRK umfaßten Gegenständen sind jedenfalls (verwaltungs-)strafrechtliche, aber auch alle sonstigen individuellen Rechte („civil rights“ iSd umfassenden vertragsautonomen Auslegung des EGMR) zu verstehen.

Ein wesentliches Element des Art 6 EMRK ist die **Unschuldsvermutung**. Diese ist ein „die gesamte österreichische Rechtsordnung beherrschender Grundsatz“².

Ein ganz wesentlicher Aspekt der Unschuldsvermutung ist die Verpflichtung der Behörden, bei der Information der Öffentlichkeit Diskretion walten zu lassen, wodurch eine Vorverurteilung einer konkreten Person verhindert werden soll. §§ 7a und 7b MedienG sind Ausdruck dieses Grundsatzes und geben somit den Maßstab vor, an dem sich auch der gegenständliche E zu messen haben wird.

Weiters darf der Beschuldigte gemäß Art 6 EMRK nicht gezwungen werden, selbstbelastende Äußerungen zu tätigen, dazu bereits oben II.1.

² VfSlg 11.062/1986.

- **Art 8 EMRK – Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens:** Ein wesentliches Element dieses verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts ist das Recht auf die Unterlassung staatlicher „Informationseingriffe“. Ein derartiger Eingriff liegt bereits vor, wenn eine Behörde Informationen über einen Betroffenen (zB anlässlich einer Verhaftung) veröffentlicht. Freilich besteht gegen eine solche Maßnahme derzeit kein geeigneter Rechtsschutz, weil diese Veröffentlichung weder ein Bescheid noch eine Maßnahme unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ist.³

d. Gefahr eines unwiederbringlichen Schadens

Mit der Veröffentlichung von „Sanktionen“ durch die FMA wird ganz typischer Weise ein **unwiederbringlicher Schaden** der Betroffenen verbunden sein, weil der Betroffene – selbst wenn sich später die Unrichtigkeit der Sanktion, zB durch eine Aufhebung des Sanktionsbescheides durch einen Gerichtshof des öffentlichen Rechts, herausstellen sollte – idR bereits durch die Veröffentlichung einen Einbruch seines Geschäftes und damit einen unwiederbringlichen Schaden erleidet.

e. Keine Rechtsschutzmöglichkeiten

Besonders bedenklich ist an der vorgesehenen Ermächtigung, daß ihre Durchführung keines Bescheides bedarf, und sie wohl auch keine Maßnahme unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ist. Damit ist jede nachprüfende Kontrolle ausgeschlossen. Da es sich bei einer Veröffentlichung von Sanktionen um einen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens (Art 8 EMRK) und somit um ein „civil right“ iSd Art 6 EMRK handelt, gegen einen solchen Eingriff aber keine Überprüfung durch ein unabhängiges Gericht vorgesehen ist, greift § 22c FMAG-E auch in dieser Hinsicht in ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht ein.

Besonders bedenklich ist, daß nach dem E auch noch nicht rechtskräftige (das heißt noch vom UVS zu überprüfende) verwaltungsstrafrechtliche Verurteilungen publiziert werden können.

f. Rechtfertigung?

Ein grundsätzlich überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit, das einen derartig schweren Eingriff rechtfertigen könnte, ist in dieser Allgemeinheit wohl nicht gegeben. Insbesondere besteht kein erkennbares Interesse der Öffentlichkeit daran, daß den Betroffenen nach allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien selbstverständliche Rechtsschutzmöglichkeiten gegen existenzgefährdende Maßnahmen vorenthalten werden. Weiters handelt es sich bei den Regeln gemäß E keinesfalls um das gelindeste verfügbare Mittel.

³ Vgl VfGH 28.11.1980 VfSlg 8965/1980; VfGH 4.3.1998 B 1947/95.

Auch die Möglichkeit der FMA, von einer Veröffentlichung abzusehen, reicht nicht aus, weil eine Überprüfung dieser Entscheidung der FMA zur Veröffentlichung – wie bereits dargelegt – eben nicht vorgesehen ist.

Der Hinweis in den Erläuterungen zu § 22c FMAG-E auf das BörseG (gemeint ist offenbar dessen § 48q Abs 4) vermag daran insofern nichts zu ändern, als auch gegen diese Bestimmung massive verfassungsrechtliche Bedenken bestehen (beispielhaft sei auf die Stellungnahme der Industriellenvereinigung zur BörseG-Novelle 2004 hingewiesen⁴).

Vielmehr wäre im Hinblick auf die skizzierten Bedenken eine Änderung des § 48q BörseG sowie des § 16a KMG dringend angezeigt. Auch der Hinweis auf einen Kommissionstext für eine RL betreffend einen neuen Rechtsrahmen für den Zahlungsverkehr ändert daran nichts.

g. Mögliche gelindere Mittel – Rechtsschutzinstrumentarien

Die Veröffentlichung von Sanktionen durch die FMA ist idR für die Betroffenen existenzbedrohend, ein geeignetes Rechtsschutzinstrumentarium ist in bezug auf solche Veröffentlichungen derzeit noch nicht vorgesehen. In einem grundsätzlich vergleichbaren Fall (einstweilige Verfügung im Rahmen eines zivilgerichtlichen Verfahrens) ist in der Rechtsordnung vorgesehen, daß der Antragsteller dem Antragsgegner, sollte sich im Hauptverfahren herausstellen, daß die EV zu Unrecht ergangen ist, weil der Hauptanspruch gar nicht bestand, den dadurch entstandenen Schaden – **verschuldensunabhängig** (!) – zu ersetzen hat (§ 394 EO).

Dieses Instrumentarium könnte der Gesetzgeber auch im öffentlichen Recht entsprechend angepaßt vorsehen, was im E nicht geschah. Weil der Gesetzgeber im gegenständlichen E (iSd verfassungsrechtlich gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung) nicht das **gelindeste zur Verfügung stehende Mittel** verwendete, wären die beschriebenen Eingriffe wohl als Verletzung des jeweiligen Grundrechts anzusehen.

3. Zu § 22d FMAG-E

a. Nicht nachvollziehbare Differenzierung nach Verdachtsintensität

Unverständlich ist zunächst die Differenzierung in „*Verdacht einer Übertretung*“ (Abs 1), „*offenkundiger Verdacht einer Übertretung*“ (Abs 2) und „*offenkundige Übertretung*“ (Abs 3). Nach allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen muß für (vorläufige bzw einstweilige) behördliche Maßnahmen immer (zumindest) ein **begründeter Verdacht** bestehen.⁵

⁴ http://www.parlament.gv.at/pls/portal/docs/page/PG/DE/XXII/ME/ME_00145_04/fname_000000.pdf.

⁵ Vgl beispielhaft *Schwaighofer* in Wiener Kommentar (43. EL) § 84 StPO Rz 16.

Vor diesem Hintergrund ist noch unklarer, was mit den Worten „*Wenn (...) offenkundig der Verdacht einer Übertretung (...) gegeben ist*“ in § 22d Abs 2 gemeint ist. Vermutlich will der E damit zum Ausdruck bringen, daß ein **offenkundiger** Verdacht vorliegen müsse; dieser kann begrifflich wohl nichts anderes als ein **begründeter** Verdacht sein. Einen derartig **begründeten** Verdacht wird man aber bereits als Voraussetzung für die Anwendung des § 22d Abs 1 anzunehmen haben, weil ein **unbegründeter** Verdacht nach allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen keinesfalls den Anlaß für behördliche Maßnahmen bilden darf.

Besonders problematisch ist außerdem die Unterscheidung zwischen begründetem bzw. „*offenkundigem Verdacht*“ auf der einen und „*offenkundiger Übertretung*“ auf der anderen Seite. Wann eine Übertretung als „*offenkundig*“ anzusehen ist, wird im Zweifelsfall immer eine Beurteilungsfrage bleiben. Angesichts der mit den beiden Begriffsgruppen verbundenen unterschiedlichen Rechtsfolgen ist dieses Unterscheidungskriterium insbesondere im Hinblick auf die damit verbundenen drastischen Folgen (zB sofortige Betriebsschließung!) jedenfalls zu unsicher.

b. Abs 4: Vorläufige Vollstreckbarkeit

Unklar ist, was der E mit der Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit in Abs 4 meint. Dabei kann es sich wohl nicht um verwaltungsstrafrechtliche Bescheide handeln, weil es in der zitierten Bestimmung um die Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes geht. Im übrigen wäre die vorläufige Vollstreckbarkeit von Verwaltungsstrafen vor Rechtskraft im Hinblick auf Art 6 EMRK verfassungsrechtlich bedenklich. Wenn damit aber ausgedrückt werden soll, daß (nicht verwaltungsstrafrechtliche) Bescheide der FMA vollstreckt werden können, ohne daß die Instanz noch über eine allfällige Berufung entschieden hat, dann spricht der E Selbstverständliches aus: Gegen (nicht verwaltungsstrafrechtliche) Bescheide der FMA ist nur die Beschwerde an einen Gerichtshof des öffentlichen Rechts zulässig, bis zur Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch den betreffenden Gerichtshof kann der Bescheid somit immer vollstreckt werden.

Sollte der E freilich zum Ausdruck bringen wollen, daß die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung durch einen Gerichtshof des öffentlichen Rechts unzulässig ist, dann wäre das ein weiterer massiver Eingriff in rechtsstaatliche Prinzipien.

Abs 4 sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

III. Zusammenfassung

Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf soll die Effizienz der FMA bei der Bekämpfung möglicher Malversationen oder auch bloßer Fehlentwicklungen auf dem Kapitalmarkt gesteigert werden. Der Gesetzgeber will damit den mit der Stärkung der FMA im gerichtlichen Strafverfahren begonnene Weg weiter gehen. Das Ziel ist zu begrüßen, weil damit die wesentliche Basis des Kapitalmarktes, nämlich das Vertrauen der Marktteilnehmer, weiter gestärkt wird.

Einige der ins Auge gefaßten Mittel widersprechen freilich wesentlichen rechtsstaatlichen Prinzipien der österreichischen Rechtsordnung und bedeuten überaus bedenkliche Eingriffe in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte.

Der im E vorgesehene Weg ist daher in dieser Form ungeeignet, das vom Entwurf ins Auge gefaßte (berechtigte) Ziel in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise zu erreichen. Eine grundlegende Überarbeitung des Entwurfes in den dargelegten Punkten scheint geboten. Darüber hinaus sollte der Gesetzgeber die Möglichkeit nutzen, vergleichbare Parallelbestimmungen in anderen Gesetzen (zB § 16a KMG, § 48q BörseG) zu korrigieren.

Wien, am 5. Dezember 2005

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

