

„Naming and Shaming“ im Versicherungsaufsichtsrecht

Sogenannte „Naming and Shaming“-Bestimmungen sind in den Finanzmarktbereich betreffenden Unionsrechtsakten mittlerweile beinahe Standard. Die Solvency II-Richtlinie, die unionsrechtliche Grundlage für das nationale Versicherungsaufsichtsrecht, enthält Derartiges allerdings nicht. Der deutsche Gesetzgeber hat im Jahr 2015 eine den gesamten Versicherungsaufsichtsreich umfassende „Naming and Shaming“-Bestimmung eingeführt. Angesichts der wachsenden Popularität dieses Aufsichtsinstruments schiene es nur konsequent, auch in Österreich über umfassendes „Naming and Shaming“ im Versicherungsaufsichtsrecht nachzudenken. Dabei müssen aber zwei Faktoren insbesondere berücksichtigt werden: die Auswirkung des Instruments auf die Grundrechte und der vollharmonisierende Charakter der Solvency II-Richtlinie.

Julia Baier

- I. Einführung
- II. Das Instrument „Naming and Shaming“
- III. „Naming and Shaming“ beinhaltende Normen des Finanzmarktrechts
 - A. Bankenaufsicht – BWG
 - B. Kapitalmarktaufsicht
 - C. Veröffentlichungsbestimmungen mit Berührungspunkten zum Versicherungs(aufsichts-)recht
 - D. Deutschland
- E. Vergleichendes Resümee
- IV. „Naming and Shaming“ als (generelles) Instrumentarium im Versicherungsaufsichtsrecht?
 - A. Überlegungen in Anknüpfung an die deutschen Materialien (Gleichlauf in allen Finanzmarktsektoren)
 - B. Aspekt Grundrechtseingriff
 - C. Aspekt Vollharmonisierung
- V. Conclusio

I. Einführung

„Naming and Shaming“ bedeutet im Kern die öffentliche Bekanntgabe von Rechtsverstößen und/oder der hierfür verhängten Sanktionen bzw. Maßnahmen gegen den Verursacher durch öffentliche Stellen.¹⁾ Bekanntgegeben wird ein Negativum – der Verstoß bzw. auch die darüber verhängte Sanktion – in Verbindung mit der Nennung des Namens des Verursachers.²⁾ „Naming and Shaming“ ist ein mittlerweile häufiges Instrument der Finanzmarktregulierung.³⁾ Man kennt das auch als „Pranger“ bezeichnete⁴⁾ Instrument aber ebenso aus anderen Rechtsgebieten, etwa aus dem Kartellrecht, dem Lebensmittelrecht oder dem Umweltrecht.⁵⁾

Im Bereich des Finanzmarkts basiert das Instrumentarium „Naming and Shaming“ vielfach auf EU-rechtlichen Regelungen. Die meisten jüngeren Unionsrechtsakte zur Finanzmarktregulierung enthalten Bestimmungen, welche die öffentliche Bekanntgabe von Rechtsverstößen und/oder von Sanktionen gegen Rechtsverstöße vorsehen; man kann gewissermaßen von einem Standardinhalt sprechen. Die Aufsichtsbehörden werden entweder zur Veröffentlichung ermächtigt oder sogar verpflichtet. „Naming and Shaming“-Bestimmungen enthalten zB Art 68 CRD IV⁶⁾, Art 34 MAR⁷⁾, Art 71

MiFID II⁸⁾, Art 29 Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie⁹⁾, Art 38 Abs 2 Wohnimmobilienkreditricht-

1) Wendt, VersR 2016, 1277 (1277); Nartowska/Knirbein, NZG 2016, 256 (256).

2) Vgl Vervossos, Das naming and shaming als Sanktion gegen kapitalmarktrechtliches Fehlverhalten, in: Hopt/Tzouganatos, Das europäische Wirtschaftsrecht vor neuen Herausforderungen (2014) 149 (152).

3) Vgl Wendt (FN 1) 1277.

4) Vgl zB Schmieszek/Langner, WM 2014, 1893.

5) Vgl genauer zB Kalss/Oelkers, ÖBA 2009, 123 (127); N. Raschauer, Staatliche Warnungen – rechtsstaatliche Grenzgänger?, in: Lienbacher/Wielinger, Öffentliches Recht Jahrbuch 2009 (2009) 271 (272 ff).

6) Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 26.06.2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABi 2013/L 176/338.

7) Verordnung (EU) Nr 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v 16.04.2014 über Marktmissbrauch, ABi 2014/L 173/1 (Marktmissbrauchsverordnung bzw. Market Abuse Regulation [MAR]).

8) Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 15.05.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABi 2014/L 173/349; auch die Vorgängerrichtlinie MiFID (RL 2004/39/EG) enthielt in Art 51 bereits eine „Naming and Shaming“-Bestimmung.

9) Richtlinie 2013/50/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 22.10.2013 zur Änderung der Richtlinie 2004/109/EG des

linie¹⁰⁾, Art 32 IDD¹¹⁾, Art 29 PRIIP-Verordnung¹²⁾, die, soweit erforderlich, bereits in nationales Recht umgesetzt wurden bzw umzusetzen sind.

In der Solvency II-Richtlinie (und in den delegierten Rechtsakten zu dieser) findet sich jedoch bemerkenswerterweise keine vergleichbare Bestimmung.¹³⁾ Dies erstaunt in gewisser Weise, da auch das Versicherungsaufsichtsrecht wie das Banken- und Wertpapieraufsichtsrecht, für die entsprechende Bestimmungen bestehen, zum Finanzmarktrecht gehört und andere den Versicherungsbereich berührende EU-Rechtsakte – IDD und PRIIP-VO – sehr wohl das Instrument des „Naming and Shaming“ enthalten. Der Grund für das Fehlen einer entsprechenden Bestimmung in der Solvency II-Richtlinie mag möglicherweise schlicht und einfach darin liegen, dass das Instrument zur Zeit der Erlassung der Richtlinie (im Jahr 2009) noch nicht gängig und derart im Blickpunkt des Unionsgesetzgebers war.¹⁴⁾

Auch ohne eine unionsrechtliche Vorgabe in der Solvency II-Richtlinie wurde in Deutschland im Jahr 2015 eine Bestimmung erlassen, die „Naming and Shaming“ für den gesamten Versicherungsaufsichtsbereich einführt. § 319 dVAG¹⁵⁾ sieht vor, dass die BaFin jede gegen ein ihrer Aufsicht unterstehendes Unternehmen oder gegen einen Geschäftsleiter eines Unternehmens verhängte und bestandskräftig gewordene Maßnahme, die sie wegen eines Verstoßes gegen das VAG oder die dazu erlassenen Rechtsverordnungen verhängt hat, und jede unanfechtbar gewordene Bußgeldentscheidung nach bestimmten, in Abs 2 und 3 näher umschriebenen Maßgaben unverzüglich auf ihren Internetseiten öffentlich bekannt macht und dabei auch Informationen zu Art und Charakter des Verstoßes mitteilt, soweit dies unter Abwägung der betroffenen Interessen zur Beseitigung oder Verhinderung von Missständen geboten ist. Die Regelung orientiert sich ausweislich der Materialien an § 60b KWG,¹⁶⁾ der Art 68 CRD IV in Deutschland umsetzt.¹⁷⁾ Gestützt wird sie nach der Regierungsbegründung ebenso auf Art 38 der Wohnimmobilienkreditrichtlinie, der auch für Versicherungsaufsichtsbehörden gelte.¹⁸⁾ Zweck der Bestimmung soll die Prävention von Verstößen und damit der Schutz der Versicherten sein.¹⁹⁾ Hintergrund für die nunmehrige Einführung einer „Naming and Shaming“-Regelung für das gesamte VAG ist nach den Materialien die Angleichung der Behandlung von Sanktionen in sämtlichen Bereichen der Finanzdienstleistungsaufsicht.²⁰⁾ Die unterschiedliche Behandlung von Sanktionen im Versicherungsbereich im Vergleich zu anderen Finanzdienstleistungen sei nicht zu rechtfertigen, wenn dadurch vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt werden. Auch wenn sich die Zwecke von Banken- und Versicherungsaufsicht unterscheiden, so gebe es doch viele aufsichtsrechtlich sanktionierte Verhaltensweisen, die im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Öffentlichkeit und die Verbraucher vergleichbar seien.²¹⁾ Abgestellt wird somit auf den Gleichheitssatz im Hinblick auf die Sektoren des Finanzmarktes.

Anlässlich der Aktivität des deutschen Gesetzgebers lässt sich auch für Österreich überlegen, ob das Instru-

mentarium des „Naming and Shaming“ (umfassend) im Versicherungsaufsichtsrecht eingeführt werden sollte. Die Aussagen in den Materialien zu § 319 dVAG könnten sogar den Verdacht schüren, eine Einführung sei aus Gleichheitserwägungen auch für Österreich verfassungsrechtlich geboten. Darauf soll an späterer Stelle noch kurz zurückgekommen werden. Überlegt man die Einführung von „Naming and Shaming“ im Versicherungsaufsichtsrecht, sollte man aber zwei Gesichtspunkte besonders berücksichtigen: Zum einen wird das Instrument „Naming and Shaming“ generell mit Skepsis betrachtet – dies wegen des mit ihm einhergehenden Eingriffs in diverse Grundrechte (Recht auf Schutz personenbezogener Daten, informationelle Selbstbestimmung, Erwerbsfreiheit).²²⁾ Zum anderen sieht die

Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, sowie der Richtlinie 2007/14/EG der Kommission mit Durchführungsbestimmungen zu bestimmten Vorschriften der Richtlinie 2004/109/EG, ABI 2013/L 294/13.

10) Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 04.02.2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr 1093/2010, ABI 2014/L 60/34.

11) Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates v 20.01.2016 über Versicherungsvertrieb (Neufassung), ABI 2016/L 26/19.

12) Verordnung (EU) Nr 1286/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v 26.11.2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP), ABI 2014/L 352/1.

13) Enthalten sind lediglich allgemeine Offenlegungspflichten, so jene, die Versicherungsunternehmen die Offenlegung von Informationen betreffend ihre Solvabilität vorschreiben.

14) Vielleicht ist der Grund aber auch darin zu erblicken, dass Solvency II, da sie nicht ein Produkt der Finanzkrise war, nicht in erster Linie auf die Stabilität des Finanzmarktes abzielte, sondern auf den Schutz der Versicherungsnehmer und der Begünstigten (vgl dazu *Ladler*, Finanzmarkt und institutionelle Finanzaufsicht in der EU [2014] 71; *Fletzberger/Harreither*, ZFR 2007, 124; vgl zur primären Zielsetzung auch Art 27 Solvency II). Jedenfalls im Kontext der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie zeigt sich nämlich, dass zumindest die öffentliche Bekanntmachung von Sanktionen für die Union gerade auch dazu dienen soll, das Vertrauen in die Finanzmärkte (und somit deren Stabilität) zu wahren – im Vorschlag zur Überarbeitung der Transparenzrichtlinie 2004/109/EG wird dies betont (vgl dazu *Thaler*, Sanktionen bei Marktmissbrauch. Marktmanipulation, Insiderhandel und Ad-hoc-Publizität [2014] 100).

15) Eingeführt mit dem Gesetz zur Modernisierung der Finanzaufsicht über Versicherungen v 01.01.2015, BGBl I 14/2015, 434; in Kraft seit 01.01.2016.

16) Vgl Begründung RegE BT-Drucks 18/2956 S 295; s auch *Wendt* (FN 1) 1278; *Wendt*, in: Brand/Baroch Castelli, Versicherungsaufsichtsgesetz Handkommentar (2018) § 319 Rz 2.

17) § 60b KWG geht aber auch über Art 68 CRD IV hinaus, indem er nicht nur Bezug auf Verstöße gem der Richtlinie nimmt, sondern generell auf Verstöße iSd dKWG, die nicht immer auf EU-Recht basieren (vgl *Lindemann*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG⁵ [2016] § 60b Rz 4).

18) Begründung RegE BT-Drucks 18/2956 S 295; kritisch gegenüber dieser Art eines Legitimationsversuchs *Wendt* (FN 1) 1279.

19) Begründung RegE BT-Drucks 18/2956 S 295; *Wendt* (FN 1) 1279; *Wendt* (FN 16) § 319 Rz 2.

20) S Begründung RegE BT-Drucks 18/2956 S 295; *Wendt* (FN 1) 1279; *Wendt* (FN 16) § 319 Rz 3.

21) Begründung RegE BT-Drucks 18/2956 S 295.

22) Dazu sogleich genauer.

Solvency II-Richtlinie, die im Wesentlichen die Grundlage für das nationale Versicherungsaufsichtsrecht bildet, kein „Naming and Shaming“ vor. Der Solvency II-Richtlinie wird nun aber weitgehend vollharmonisierender Charakter beigemessen,²³⁾ was grundsätzlich²⁴⁾ bedeutet, dass Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich der Richtlinie keine Regelungen über diese hinaus treffen dürfen. Es stellt sich somit die Frage, ob die Vollharmonisierung einer Einführung von „Naming and Shaming“ entgegenstünde. In diesem Zusammenhang sei schon hier erwähnt, dass das österreichische Versicherungsaufsichtsrecht vereinzelt bereits die Veröffentlichung von Verstößen durch die Aufsichtsbehörde kennt. Diese Bestimmungen wären gegebenenfalls auf ihre EU-Rechts-Konformität hin zu hinterfragen.

Um die – rechtspolitisch grundsätzlich denkbare – Einführung (bzw auch Aufrechterhaltung) von „Naming and Shaming“ im Versicherungsaufsichtsrecht hinsichtlich ihrer rechtlichen Möglichkeit oder allenfalls auch Notwendigkeit in Bezug auf die genannten Aspekte konkreter beurteilen zu können, ist es zunächst notwendig, sich die Funktionen, die dem Instrument zukommen, genauer vor Augen zu führen bzw das Instrument näher darzustellen (Punkt II.). Auch soll ein Überblick über im Finanzmarktrecht bereits bestehende „Naming and Shaming“-Vorschriften gegeben werden (Punkt III.). Hierbei soll zwar in erster Linie auf die österreichische Rechtslage unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben Bezug genommen werden. Kurz soll jedoch auch auf relevant erscheinende Aspekte in Deutschland eingegangen werden.

II. Das Instrument „Naming and Shaming“

Das Instrument „Naming and Shaming“, also die Veröffentlichung von (potentiell erfolgten) Verstößen gegen Rechtsvorschriften und allenfalls auch von dagegen verhängten Sanktionen und Maßnahmen, kann – ganz generell – mehrere Funktionen haben. Auf einer Primärebene kann es der Verhaltenssteuerung und somit der Gefahrenabwehr dienen, auf einer Sekundärebene der Vollstreckung verwaltungsrechtlicher Pflichten und auf einer tertiären Ebene der Sanktionierung.²⁵⁾ Als Sanktionsinstrument kann „Naming and Shaming“ wiederum gewisse Zwecke verfolgen, so etwa die General- und Spezialprävention.²⁶⁾ Dies ist aber von der Prävention im Sinne der Gefahrenabwehr auf Primärebene zu unterscheiden.²⁷⁾ Bei der Prävention im sanktionsrechtlichen Sinn geht es um die Hintanhaltung neuerlicher gesetzwidriger Verhaltensweisen durch dieselbe (Spezialprävention) oder andere Personen (Generalprävention). Durch die Veröffentlichung des Rechtsverstoßes bzw der darüber verhängten Sanktionen/Maßnahmen wird der Betreffende an den Pranger gestellt und er wird uU nicht nur ein Schamgefühl erhalten, das ihn von einem neuerlichen Verstoß abhält, sondern auch von der Gesellschaft geschnitten, was für ihn eventuell erhebliche Einbuße in geschäftlicher Hinsicht zur Folge haben könnte.²⁸⁾ Das wird ihn im Besonderen zur Raison bringen, sofern es

ihm überhaupt noch möglich ist, im selben Bereich weiterhin tätig zu sein. Andere werden – im Wissen um die geschilderten Folgen – im Idealfall von vornherein von ähnlichen Handlungen abgehalten. Bei der Prävention auf Primärebene im Sinne von Gefahrenabwehr geht es hingegen darum, Gefahren abzuwehren, die durch das konkret der Veröffentlichung zugrundeliegende Verhalten entstehen. So dient im Lebensmittelsicherheitsrecht die Bekanntgabe gefährlicher Produkte (das zugrundeliegende Verhalten ist die Erstellung bzw das Auf-den-Markt-Bringen der gefährlichen Produkte) dazu, Personen davon abzuhalten, diese Produkte zu kaufen und zu konsumieren, und hat damit seinen Zweck im Schutz von Leib und Leben. Im finanz- bzw kapitalmarktrechtlichen Bereich geht es etwa darum, potentielle Anleger oder Versicherungsnehmer davon abzuhalten, mit bestimmten, gegen Regeln verstoßenden Unternehmen Geschäfte abzuschließen, die einen nachteiligen Effekt auf ihr Vermögen haben.²⁹⁾ Schutzgut ist hier das Vermögen.

Im finanzmarktrechtlichen Kontext des Unionsrechts wird dem Instrument „Naming and Shaming“ mittlerweile vielfach die Sanktionsfunktion zugeschrieben.³⁰⁾ Die Sanktionsfunktion wird dadurch betont, dass sich die betreffenden Bestimmungen häufig in den Sanktionskapiteln der jeweiligen Rechtsakte finden.³¹⁾ Das heißt jedoch nicht, dass nicht auch die Gefahrenabwehr verfolgt wird. Überhaupt kann sogar bei bewusstem Fokus auf die Sanktionsfunktion (im Sinne einer Prävention vor Rechtsverletzungen) des Instruments mit dieser Funktion selbst idR auch jene der Gefahrenabwehr als miterfasst angesehen werden – dann nämlich, wenn man die Gefahr nicht auf eine einzelne Person bzw ein individuelles Schutzgut bezieht, sondern auf den Finanzmarkt bzw dessen Funktionieren als Ganzes.³²⁾ Werden Personen von Rechtsverletzungen abgehalten, dient das der Abwehr der Gefahr einer Destabilisierung des Finanzmarktes. Jedenfalls für den Finanzmarktbereich lässt sich somit festhalten, dass das Instrument „Naming and Shaming“ eine mehrfache Funktion hat.³³⁾

23) Vgl dazu etwa Dreher/Lange, VersR 2011, 825; s auch Wendt (FN 1) 1279; Brand, in: Brand/Baroch Castelli, Versicherungsaufsichtsgesetz Handkommentar (2018) Einführung Rz 40 ff; Dreher, in: Prölss/Dreher, Versicherungsaufsichtsgesetz¹³ (2018) Einleitung Rz 87 ff.

24) Zu Differenzierungen vgl unten Punkt IV.C.

25) Reimer, JöR 58 (2010) 275 (275); ähnlich, aber ohne die sekundäre Ebene, Wendt (FN 1) 1278.

26) Reimer (FN 25) 275.

27) Ebenfalls Reimer (FN 25) 275.

28) Vgl auch Vervessos (FN 2) 163.

29) Vgl auch Vervessos (FN 2) 162.

30) Vgl Thaler (FN 14) 100 f; s auch Vervessos (FN 2) 155 ff. Ob es als Strafe zu qualifizieren ist, ist strittig (dafür etwa Schmieszek/Langner (FN 4) 1896; dagegen zB Vervessos (FN 2) 153).

31) ZB in der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie, in der IDD, in der CRD IV.

32) IdS wohl auch Kalss/Oelkers (FN 5) 128.

33) Vervessos (FN 2) 162 spricht von einem multidimensionalen Zweck. Zur mehrfachen Funktion vgl auch N. Raschauer, ÖZW 2008, 95 (95 f); Kalss/Oelkers (FN 5) 128.

In den genannten Funktionen werden mit den vorhandenen „Naming and Shaming“-Bestimmungen im Finanzmarktrecht letztendlich immer folgende, übergeordnete³⁴⁾ Zwecke verfolgt: der Schutz der Marktteilnehmer (der Anleger, der Sparer, der Versicherten) und die Stabilität bzw das Funktionieren des Finanzmarktes (bzw von dessen Teilmärkten). Diesen Zwecken dient letztendlich die gesamte Finanzmarktregulierung.

III. „Naming and Shaming“ beinhaltende Normen des Finanzmarktrechts³⁵⁾

A. Bankenaufsicht – BWG

§ 99c BWG setzt die „Naming and Shaming“-Vorgaben der CRD IV (Art 66 Abs 2 lit a, 67 Abs 2 lit a und 68) in österreichisches Recht um.³⁶⁾ Die Bestimmung *ermächtigt* die FMA als Aufsichtsbehörde, den Namen einer Person, eines Kreditinstitutes oder einer Finanzholdinggesellschaft, die gegen bestimmte Vorschriften des BWG verstoßen haben, unter Anführung des Verstoßes bekanntzumachen. Aufgelistete Verstöße sind etwa das Führen von Bankgeschäften ohne Konzession oder die Verletzung bestimmter Anzeigepflichten. Weiters ist die Behörde zur Veröffentlichung darüber ermächtigt, dass bei einem Kreditinstitut Konzessionsvoraussetzungen weggefallen sind bzw dass bei einem Mitglied des Aufsichtsrates bestimmte Anforderungen nicht mehr vorliegen. Die FMA ist nur zur Veröffentlichung befugt, wenn die Veröffentlichung die Stabilität der Finanzmärkte nicht ernstlich gefährdet oder den Beteiligten keinen unverhältnismäßig hohen Schaden zufügt. Gemäß § 99c Abs 2 BWG *sind* rechtskräftig verhängte Geldstrafen wegen bestimmter Verstöße unter Bekanntgabe der Identität der sanktionierten Person und der Informationen zu Art und Charakter des zu Grunde liegenden Verstoßes von der FMA umgehend im Internet bekannt zu machen. Unter bestimmten Voraussetzungen, so etwa, wenn die namentliche Bekanntgabe unverhältnismäßig wäre, hat die Bekanntgabe auf anonymer Basis zu erfolgen, es ist somit eine Interessenabwägung vorzunehmen.³⁷⁾ § 99c BWG sieht auch ein Rechtsschutzverfahren zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung vor. Hervorzuheben ist, dass auch die für die erfassten Verstöße Verantwortlichen im Sinne des § 9 VStG – idR also die Vorstände der Kreditinstitute, somit natürliche Personen – von den Bekanntmachungen des § 99c BWG betroffen sein können.

Neben § 99c sieht das BWG noch in zwei weiteren Bestimmungen ein „Naming and Shaming“ vor: Nach § 4 Abs 7 BWG *kann* die FMA die Öffentlichkeit informieren, dass eine namentlich genannte natürliche oder juristische Person zur Vornahme bestimmter Bankgeschäfte nicht berechtigt ist, sofern diese Person dazu Anlass gegeben hat und eine Information der Öffentlichkeit erforderlich und im Hinblick auf mögliche Nachteile des Betroffenen verhältnismäßig ist. Die Norm soll es ermöglichen, die Öffentlichkeit über das Bestehen und den Umfang einer Konzession (als Faktum) zu informieren, und so auch dem Informationsbedürfnis und dem

Schutz der Kunden vor illegal ausgeübten Bankgeschäften Rechnung tragen.³⁸⁾ Sie stellt zwar nicht auf die Veröffentlichung eines bestimmten Verstoßes gegen eine Vorschrift ab. Dennoch liegt ihr Kern in der Bekanntgabe eines Negativums: Eine Information der Öffentlichkeit ist – unter Bedachtnahme auf den Kontext des BWG und die in den Materialien zum Ausdruck kommenden Zielsetzungen – letztendlich nur dann vorgesehen, wenn ein bestimmtes Unternehmen eine Tätigkeit entfaltet oder zu entfalten plant, die konzessionspflichtig wäre, und dieses Unternehmen nach Ansicht der FMA über keine ausreichende Konzession verfügt.³⁹⁾ Auch hinsichtlich der Veröffentlichung nach § 4 Abs 7 BWG ist mittlerweile ein Rechtsschutzverfahren vorgesehen – der VfGH⁴⁰⁾ hatte es, nachdem er die Zulässigkeit einer wie in § 4 Abs 7 BWG gearteten Warnmeldung grundsätzlich bejaht hatte, als verfassungswidrig angesehen, wenn es keine Möglichkeit zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Meldung gebe.⁴¹⁾ Daraufhin wurde ein Rechtsschutzverfahren eingeführt.

§ 70 Abs 7 BWG *ermächtigt* die FMA zur Information an die Öffentlichkeit über bei Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen eines Kreditinstituts gesetzte Maßnahmen gem § 70 Abs 2 und 3 sowie über bei Nichtmehrvorliegen aller Konzessionsvoraussetzungen bzw bei Verletzung von Vorschriften des BWG oder anderer Rechtsakte gesetzte Maßnahmen gem § 70 Abs 4. Derartige Maßnahmen können bspw in der Untersagung der Geschäftsführung an den Geschäftsleiter bestehen. Mit dieser Bestimmung sollte einerseits ein zusätzlicher Anreiz zur Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen durch die Kreditinstitute geschaffen, andererseits ein Beitrag zur Meinungsbildung der Kunden geleistet sowie dem zeitgemäßen Transparenzbedürfnis Rechnung getragen werden.⁴²⁾ Auch § 70 Abs 7 BWG sieht eine Möglichkeit zur Überprüfung der Veröffentlichung vor. Anzumerken ist, dass die Bestimmungen der §§ 4 Abs 7 und 70 Abs 7 BWG nicht auf EU-Recht basieren.

B. Kapitalmarktaufsicht

BörseG:

Das BörseG 2018 enthält „Naming and Shaming“-Bestimmungen an unterschiedlichen Stellen. Nach § 110

34) Übergeordnet deshalb, weil auch bspw die General- und Spezialprävention an sich bereits als Zweck der Bestimmungen verstanden werden können; diese dienen aber wiederum den zu nennenden übergeordneten Zwecken.

35) Ohne Anspruch auf Vollständigkeit; dargestellt werden die wesentlichsten Bestimmungen und diese nur im Überblick.

36) N. Raschauer, in: Laurer/M. Schütz/Kammel/Ratka, BWG⁴ (2016) § 99c Rz 1.

37) S N. Raschauer (FN 36) § 99c Rz 37 f.

38) Vgl EBRV 641 XXI. GP 74 zu BGBl I 97/2001.

39) Vgl VfSlg 18.747/2009 = ÖZW 2010, 83 (86 f) (Moser).

40) Vgl Moser (FN 39).

41) Vgl Moser (FN 39) 83.

42) Vgl EBRV 641 XXI. GP 82 zu BGBl I 97/2001.

BörseG 2018 sind Maßnahmen gemäß § 93 Abs 2 Z 4, Z 5, Z 7 und Z 9 bis 12, Abs 5 und 7 sowie Geldstrafen gegen natürliche und juristische Personen wegen Verstößen gegen die in den §§ 105 und 106 angeführten Pflichten von der FMA unter Nennung der Namen der betroffenen Personen und unter Anführung der Art und des Charakters des zu Grunde liegenden Verstoßes umgehend auf der Internetseite der FMA bekannt zu machen. Diese Bestimmung setzt Art 71 MiFID II um,⁴³⁾ der eine Veröffentlichung von verwaltungsrechtlichen Sanktionen oder Maßnahmen bei Verstößen gegen die Richtlinie oder die MiFIR⁴⁴⁾ vorsieht. Die FMA hat, wie von der Richtlinie vorgegeben, kein Ermessen. Eingelangte Rechtsmittel sind ebenfalls bekanntzumachen. Unter bestimmten Umständen kann die Veröffentlichung anonym erfolgen oder es kann von ihr abgesehen werden. § 111 BörseG 2018 enthält eine Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Veröffentlichungsmaßnahme.

§ 145 BörseG 2018 entspricht⁴⁵⁾ dem früheren § 95e BörseG alt und setzt damit die „Naming and Shaming“-Bestimmung der Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie in nationales Recht um.⁴⁶⁾ Gemäß den Vorgaben der Richtlinie hat die FMA nach § 145 BörseG 2018 Geldstrafen wegen Verstößen gegen bestimmte Pflichten des BörseG (das sind bspw Verstöße gegen die Pflicht zur Veröffentlichung des Jahresfinanzberichts, der Veröffentlichung von Zwischenberichten, Verstöße gegen die Mitteilung von Änderungen bedeutender Beteiligungen) einschließlich der Identität der betroffenen Personen und der Informationen zu Art und Charakter des zugrunde liegenden Verstoßes sowie gegebenenfalls die eingelangten Rechtsmittel umgehend im Internet bekannt zu machen. Der Behörde ist damit kein Ermessen eingeräumt. Im Gegensatz zu § 99c BWG hat sie die Bekanntmachung auch schon vorzunehmen, wenn die Strafe noch nicht rechtskräftig ist.⁴⁷⁾ Unter bestimmten Voraussetzungen (wie bei § 99c BWG) hat die Veröffentlichung auf anonymer Basis zu erfolgen. Ein Rechtsschutzverfahren besteht auch hier.

§ 161 BörseG 2018 setzt wie zuvor § 48j BörseG alt Art 34 MAR⁴⁸⁾ um.⁴⁹⁾ Er behandelt die Veröffentlichung von Sanktionen oder Maßnahmen in Bezug auf die MAR. Wie in § 110 BörseG 2018 hat die FMA bei der Veröffentlichung keinen Ermessensspielraum. Entscheidungen, mit denen Maßnahmen mit Ermittlungsscharakter verhängt werden, werden nicht von der Veröffentlichung nach § 161 BörseG 2018 erfasst (vgl § 161 Abs 2).

WAG:

§ 100 WAG 2018 setzt die „Naming and Shaming“-Bestimmung des Art 71 MiFID II⁵⁰⁾ um. Die Behörde hat auch hier kein Ermessen.

Auch § 92 Abs 6 WAG 2018 enthält eine – nicht auf EU-Recht basierende – „Naming and Shaming“-Bestimmung. Diese ist in ihrem Inhalt ähnlich wie § 70 Abs 7 BWG für das Bankrecht.

C. Veröffentlichungsbestimmungen mit Berührungspunkten zum Versicherungs(aufsichts)recht

Unionsrecht:

Auch die neueren EU-rechtlichen Regelungen, die das Versicherungsrecht berühren, enthalten „Naming and Shaming“-Bestimmungen, so die IDD in ihrem Art 32 und die – Versicherungsanlageprodukte umfassende und somit auch das Versicherungsrecht zumindest teilweise erfassende – PRIIP-VO in ihrem Art 29.

Die IDD regelt den Versicherungsvertrieb und erfasst dabei einerseits Versicherungsvermittler, andererseits aber auch Versicherungsunternehmen im Sinne der Solvency II-Richtlinie.⁵¹⁾ Die IDD beinhaltet insbesondere auch Regelungen zur Eintragung von Versicherungsvermittlern, zu beruflichen und organisatorischen Anforderungen für Versicherungsvertreiber und Wohlverhaltensregeln, die beim Versicherungsvertrieb zu beachten sind. Art 32 IDD sieht die umgehende öffentliche Bekanntmachung von allen Verwaltungssanktionen oder anderen Maßnahmen, die wegen Verstoßes gegen die Richtlinie umsetzende Vorschriften verhängt worden sind und gegen die kein Rechtsmittel fristgerecht eingelegt wurde, vor. Auch Informationen über Art und Charakter sowie über die für den Verstoß verantwortliche Person sind zu geben. Unter gewissen Voraussetzungen hat die Bekanntgabe anonym zu erfolgen.

Art 29 der PRIIP-VO sieht die unverzügliche Veröffentlichung von unanfechtbar gewordenen Entscheidungen vor, mit denen Verwaltungssanktionen oder andere Maßnahmen gegen Verstöße iSd Art 24 verhängt wurden. Die PRIIP-VO enthält Regelungen zur Erstellung von Basisinformationsblättern für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte. Soweit Versicherungsanlageprodukte betroffen sind, fällt die Veröffentlichungsvorschrift somit in den Versicherungsaufsichtsbereich. Die Behörde hat bei der Veröffentlichung kein Ermessen.⁵²⁾ Unter bestimmten Voraussetzungen kann die Veröffentlichung anonym erfolgen.

43) Vgl EBRV 1661 25. GP 17 zu BGBl I 107/2017.

44) Verordnung (EU) Nr 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr 648/2012.

45) S EBRV 1661 XXV. GP 19 zu BGBl I 107/2017.

46) Vgl dazu EBRV 670 XXV. GP 6 zu BGBl I 98/2015 (betrifft § 95e BörseG alt).

47) Vgl Spatz, GesRZ 2016, 38 (44).

48) Die MAR ist zwar eine Verordnung, im Bereich der Sanktionen sieht sie aber eine Umsetzung durch die Mitgliedstaaten vor (s Studer, ÖBA 2016, 407; Zeder, JSt 2017, 137 [140]).

49) Vgl EBRV 1186 XXV. GP 4 zu BGBl I Nr 76/2016.

50) Siehe dazu bereits oben.

51) Jabornegg, Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Januar 2016 über Versicherungsvertrieb (IDD), in: Fenyes/Schauer, Die neue Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (IDD) 13 (23 f).

52) Vgl auch Wendt (FN 1) 1282.

Nationales Recht:

Art 32 IDD ist in § 156a VAG 2016 (idF VersRÄG 2018⁵³) – im 10. Hauptstück „Informationen“ – umgesetzt.

Darüber hinaus finden sich unabhängig von unionsrechtlichen Vorgaben – dies wurde schon kurz erwähnt – im österreichischen Recht bereits Regelungen, die ein „Naming and Shaming“ für einzelne Bereiche im Versicherungsaufsichtsrecht vorsehen. Es sind dies § 22c FMABG⁵⁴) und § 288 VAG 2016⁵⁵).

§ 22c FMABG:

Gemäß § 22c Abs 1 FMABG kann die FMA Maßnahmen oder Sanktionen, die wegen Verstößen gegen bestimmte aufgelistete Vorschriften gesetzt wurden, nach Maßgabe der Z 1 bis 3 beaufschlagen oder öffentlich bekannt geben. Eine der aufgelisteten Vorschriften ist § 329 VAG 2016, somit eine versicherungsaufsichtliche Bestimmung.⁵⁶) § 329 VAG 2016 trägt den Titel „Unerlaubter Geschäftsbetrieb“ und erklärt es zur Verwaltungsübertretung, wenn jemand Versicherungsgeschäfte betreibt, ohne die dafür erforderliche Berechtigung nach dem VAG zu besitzen; wenn jemand Versicherungsverträge für ein Unternehmen abschließt oder an ein solches Unternehmen vermittelt, das die erforderliche Berechtigung nicht besitzt; wenn jemand gegenüber der FMA wissentlich falsche Angaben macht, um für ein Unternehmen die Konzession zum Betrieb der Vertragsversicherung zu erlangen. Die gegen derartige Verstöße verhängten Sanktionen oder Maßnahmen können – die Entscheidung liegt im Ermessen der Behörde⁵⁷) – somit von der FMA publik gemacht werden, wobei in einem laufenden Verfahren die Nennung der Namen der betroffenen Beteiligten idR zu unterlassen ist. Im Falle der Verhängung einer Sanktion können die Namen derjenigen, gegen die die Sanktion verhängt wurde, und der Unternehmen, für die die sanktionierten Personen verantwortlich waren, sowie die verhängte Sanktion genannt werden. Die FMA hat im Hinblick auf die Veröffentlichung eine Abwägung der konkurrierenden öffentlichen und privaten Interessen an der Veröffentlichung/Nichtveröffentlichung vorzunehmen (§ 22c Abs 1 Z 3 FMABG).⁵⁸) Gemäß § 22c Abs 2 FMABG kann eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung beantragt werden.

Eine unionsrechtliche Umsetzungsvorgabe gibt es für die Bestimmung des § 22c FMABG iVm § 329 VAG 2016 nicht. Die Solvency II-Richtlinie beinhaltet zwar die europarechtlichen Voraussetzungen iZm einer Berechtigung zum Betreiben von Versicherungsgeschäften bzw zur Erlangung einer derartigen Berechtigung, nicht jedoch eine Veröffentlichung iSd § 22c FMABG und nicht einmal explizit die Beurteilung der in § 329 VAG 2016 aufgelisteten Tatbestände als Verwaltungsübertretungen.⁵⁹)

§ 288 VAG 2016:

§ 288 VAG 2016 ermöglicht es der FMA, durch Kundmachung im Internet, Abdruck im „Amtsblatt der Wiener Zeitung“ oder in einer anderen Zeitung mit Verbreitung

im gesamten Bundesgebiet die Öffentlichkeit zu informieren, dass eine namentlich genannte natürliche oder juristische Person zum Betrieb der Vertragsversicherung oder bestimmter Versicherungsgeschäfte nicht berechtigt ist, sofern diese Person dazu Anlass gegeben hat und eine Information der Öffentlichkeit erforderlich und im Hinblick auf mögliche Nachteile des Betroffenen verhältnismäßig ist. Eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Veröffentlichung ist möglich. § 288 VAG ist das versicherungsrechtliche Pendant zu § 4 Abs 7 BWG.

Auch § 288 VAG 2016 hat keine Vorlage in einer EU-rechtlichen Bestimmung.⁶⁰) Sie dient der Warnung der Öffentlichkeit, also in erster Linie von Gläubigern der Versicherungsunternehmen und von Versicherungsnehmern.⁶¹) Auch der spezial- und generalpräventive Charakter der Norm wird aber stellenweise erwähnt.⁶²)

D. Deutschland

Auch Deutschland kennt freilich „Naming and Shaming“-Bestimmungen in Umsetzung der einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben. Daneben enthält das deutsche Finanzmarktaufsichtsrecht wie das österreichische Recht Regelungen, die eine Veröffentlichung von Verstößen und allenfalls von dagegen verhängten Maßnahmen auch außerhalb unionsrechtlicher Vorgaben vorsehen. Die den Anlass für diesen Beitrag bildende Bestimmung des § 319 dVAG, auf deren Inhalt und va den Grund für deren Einführung bereits in Punkt I. kurz eingegangen wurde, ist dabei eine davon. Vor ihrer Einführung existierte auch im deutschen Versicherungsaufsichtsrecht schon eine – freilich nur einen Teilbereich des Aufsichtsrechts erfassende – „Naming and Shaming“-Bestimmung – jene des § 308 Abs 2 dVAG. Diese besteht auch nun noch, sie ermöglicht die Veröffentlichung von Maßnahmen, welche aufgrund einer unerlaubten Führung von Versicherungsgeschäften gesetzt wurden.

§ 319 dVAG trägt den Titel „Bekanntmachung von Maßnahmen“. Nach der Bestimmung soll die BaFin grundsätzlich jede gegen ein ihrer Aufsicht unterstehendes Unternehmen oder gegen einen Geschäftsleiter eines

53) BGBl I 16/2018.

54) BGBl I 97/2001 zuletzt geändert durch BGBl I 118/2016; diese Norm berührt auch das Bank- und Kapitalmarktrecht.

55) BGBl I 34/2015.

56) Erfasst sind weiters Verstöße gegen § 98 Abs 1a BWG, § 99 Abs 1 Z 1 Abs 1 E-Geldgesetz 2010, § 60 Abs 1 Z 1 AIFMG, § 94 WAG 2018, § 105 Abs 1 Z 1 und 2 und § 107 Abs 8 BörseG 2018, § 47 PKG; somit erfasst die Bestimmung auch die anderen Bereiche des Finanzmarktes.

57) Vgl auch Ennöckl, in: Gruber/N. Raschauer, Wertpapieraufsichtsgesetz (2009) § 22c FMABG Rz 7.

58) Vgl dazu genauer Ennöckl (FN 57) § 22c FMABG Rz 7.

59) Vgl noch unten bei Punkt IV.C.

60) Vgl N. Raschauer/Stangl, in: Korinek/G. Saria/S. Saria, VAG § 288 Rz 1.

61) N. Raschauer/Stangl (FN 60) § 288 Rz 2.

62) Vgl N. Raschauer/Stangl (FN 60) § 288 Rz 2.

Unternehmens verhängte und bestandskräftig gewordene Maßnahme wegen Verstoßes gegen das VAG oder die dazu erlassenen Rechtsverordnungen sowie jede unanfechtbar gewordene Bußgeldentscheidung öffentlich bekannt machen.⁶³⁾ Der Behörde kommt Ermessen zu (arg: „soll“).⁶⁴⁾ Informationen über Art und Charakter des Verstoßes sollen nur mitgeteilt werden, soweit dies unter Abwägung der betroffenen Interessen zur Beseitigung oder Verhinderung von Missständen geboten ist.⁶⁵⁾ Unter gewissen Voraussetzungen (Abs 2) hat die Veröffentlichung auf anonymer Basis zu erfolgen. Das ist dann der Fall, wenn die Bekanntmachung ansonsten das Persönlichkeitsrecht natürlicher⁶⁶⁾ Personen verletzt oder die Bekanntgabe personenbezogener Daten aus sonstigen Gründen unverhältnismäßig wäre; wenn die Stabilität der Finanzmärkte der Bundesrepublik Deutschland oder eines oder mehrerer Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums oder der Fortgang einer strafrechtlichen Ermittlung erheblich gefährdet würden; oder wenn den beteiligten Unternehmen oder natürlichen Personen ein unverhältnismäßig großer Schaden zugefügt würde.

Wie bereits erwähnt, entspricht die Bestimmung des § 319 dVAG jener des § 60b dKWG, der eine Bekanntmachung von Maßnahmen wegen Verstößen gegen das KWG oder die dazu erlassenen Rechtsverordnungen (sowie gegen Bestimmungen der Verordnung [EU] Nr 575/2013 oder der Verordnung [EU] 2015/847) vorsieht. § 60b dKWG setzt zwar Vorgaben der CRD IV-Richtlinie um, geht aber auch über diese hinaus, indem er eben die Bekanntmachung von Maßnahmen gegen sämtliche Verstöße des KWG vorsieht, also auch solcher, die sich nicht aus der CRD IV ableiten.⁶⁷⁾

Auch im deutschen WpHG findet sich neben Veröffentlichungsbestimmungen, die konkret „Naming and Shaming“-Vorgaben des Unionrechts umsetzen (§§ 40c, 40d dWpHG), eine solche, die – wie § 319 dVAG und § 60 dKWG für ihre Bereiche des Finanzmarktaufsichtsrechts – „Naming and Shaming“ in Bezug auf Maßnahmen gegen sämtliche Verstöße gegen das WpHG vorsieht: § 40b dWpHG. Anders als bei den zuvor genannten Bestimmungen ist bei dieser eine Veröffentlichung aber nur dann vorgesehen, soweit dies zur Beseitigung oder Verhinderung von Missständen nach § 4 Abs 1 Satz 2 dWpHG⁶⁸⁾ geeignet und erforderlich ist.

E. Vergleichendes Resümee

Der kurze kursorische Überblick über die wesentlichsten „Naming and Shaming“-Bestimmungen im österreichischen und deutschen Recht zeigt, dass in Österreich auch im Bereich Bankenaufsicht und Kapitalmarktaufsicht keine „Generalnorm“ vorhanden ist, die „Naming and Shaming“ generell in Bezug auf Maßnahmen der Aufsichtsbehörde gegen Verstöße gegen die einschlägigen Aufsichtsvorschriften vorsieht. Die einzelnen Veröffentlichungsbestimmungen beziehen sich immer auf bestimmte Verstöße oder zumindest nur bestimmte Maßnahmen. Dies ist in Deutschland anders. Auch

dort gibt es zwar diverse Einzelschriften, die nur bestimmte Verstöße und Maßnahmen betreffen, auch aber Normen, die „Naming and Shaming“ generalisierend vorsehen.

IV. „Naming and Shaming“ als (generelles) Instrumentarium im Versicherungsaufsichtsrecht?

A. Überlegungen in Anknüpfung an die deutschen Materialien (Gleichlauf in allen Finanzmarktsektoren)

Nach den Materialien verfolgte der deutsche Gesetzgeber mit § 319 dVAG, wie eingangs erwähnt, neben dem Ziel der Prävention auch jenes des Gleichlaufs des Aufsichtsrechts im Versicherungs- und im übrigen Finanzdienstleistungsbereich als Sektoren des übergeordneten Finanzmarkts. Für ihn schien dies aus Gleichheitserwägungen auch geboten. Unter Gleichheitsaspekten kann für Österreich eine generelle „Naming and Shaming“-Norm wie jene des § 319 dVAG jedenfalls – wie sich aus dem vorigen Punkt III. (vgl insbes das Resümee) ergibt – nicht als geboten erachtet werden. Das österreichische Kapitalmarktrecht und das Bankrecht weisen bereits keine generelle „Naming and Shaming“-Norm auf, die es auf den Versicherungsaufsichtsbereich zu übertragen gälte. Würde man die Gleichheit der drei Sektoren des Finanzmarkts für verfassungsrechtlich erforderlich halten, wäre die Einführung einer generellen Norm im VAG damit also umgekehrt sogar überschießend.

Ein Gleichlauf hinsichtlich „Naming and Shaming“ in den genannten Sektoren ist im Übrigen aber verfassungsrechtlich wohl gar nicht zu fordern.⁶⁹⁾ Zunächst einmal lässt sich nämlich schon fragen, ob Sachverhalte aus dem Versicherungsbereich mit Sachverhalten aus dem übrigen Finanzmarktgebiet überhaupt vergleichbar sind bzw derart vergleichbar, dass sie eine gleiche Behandlung erfordern. Auch in einem Aspekt vergleichbare Sachverhalte müssen nicht zwangsläufig gleich behandelt werden. Erst das Fehlen von Unterschieden macht eine Ungleichbehandlung bedenklich.⁷⁰⁾ Bestehen sowohl Vergleichbarkeiten als auch Unterschiede, steht

63) S. Wendt (FN 1) 1279; § 319 dVAG entspricht somit § 60b dKWG für das Bankrecht (s. bereits oben).

64) Vgl. Wendt (FN 1) 1281; Wendt (FN 16) § 319 Rz 8.

65) Wendt (FN 1) 1281.

66) Juristische Personen sind nicht erwähnt.

67) Vgl. bereits FN 17.

68) Es sind dies Missstände, welche die ordnungsgemäße Durchführung des Handels mit Finanzinstrumenten oder von Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebenleistungen beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für den Finanzmarkt bewirken können.

69) Sofern unter Gleichheitsgesichtspunkten ein Gleichlauf geboten wäre, könnte man grundsätzlich auch erwägen, „Naming and Shaming“ in den anderen Bereichen des Finanzmarkts zu streichen. Dem stünde es allerdings entgegen, dass „Naming and Shaming“ dort zumeist unionsrechtlich vorgegeben ist.

70) Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 212.

es dem Gesetzgeber grundsätzlich frei, ob er gleich behandelt oder nicht.⁷¹⁾ Ob neben Gemeinsamkeiten – eine ist sicherlich, dass mit aufsichtsrechtlichen Verbots, hinsichtlich derer dann „Naming and Shaming“ in Betracht käme, in sämtlichen Finanzmarktsektoren zumeist Marktschutz bzw. Marktteilnehmerschutz verfolgt wird – auch Ungleichheiten bestehen, müsste in Anbetracht dessen, dass es in Österreich an einer generellen „Naming and Shaming“-Norm im Bank- bzw. Kapitalmarktbereich fehlt, für einzelne Konstellationen separat beurteilt werden. Selbst wenn das Ziel von zu vergleichenden Verbotsbestimmungen dasselbe ist, steht dem Gesetzgeber im Übrigen ein gewisser Spielraum zu, welche Mittel er zur Zielerreichung einsetzt. Er darf dabei nur nicht unsachlich vorgehen. Grundsätzlich sollte es ihm erlaubt sein, auch unterschiedliche Mittel einzusetzen, sofern damit nicht ein Vergleichsteil in unsachlicher Weise benachteiligt wird. Ob dies der Fall ist, wenn für den einen Teil „Naming and Shaming“ angeordnet ist, für den anderen nicht, wird sich pauschal nicht beantworten lassen. Es wird beim Vergleich nämlich auch darauf ankommen, welche Sanktionen bzw. Maßnahmen neben Naming and Shaming bestehen bzw. wie schwer jene Sanktionen wiegen, die den nicht von „Naming and Shaming“ betroffenen Vergleichsteil treffen. Die Schwere von „Naming and Shaming“ im Vergleich zu anderen Maßnahmen/Sanktionen ist – auch angesichts der Ungewissheit der Ausmaße, die es erreichen kann – nur schwer einzuschätzen. Gleichheitsrechtliche Erwägungen stoßen hier mE an ihre Grenzen.⁷²⁾ Abgesehen von den Überlegungen zur Vergleichbarkeit ist auszuführen, dass es dem Gesetzgeber nach dem VfGH nicht verwehrt ist, unterschiedliche Ordnungssysteme vorzusehen. Zu einer systemübergreifenden Gleichbehandlung ist er dann grundsätzlich nicht verpflichtet.⁷³⁾ Finanzmarktaufsichtsrecht, Bankaufsichtsrecht und Kapitalmarktaufsichtsrecht könnten mE durchaus als solche unterschiedlichen Systeme gewertet werden. Hinsichtlich der Frage, wann von unterschiedlichen Ordnungssystemen auszugehen ist, lässt sich eine eindeutige Linie des VfGH allerdings nicht erkennen.⁷⁴⁾

Bei Überlegungen zur Einführung von „Naming and Shaming“ im Versicherungsaufsichtsrecht auf eine allfällige gleichheitsrechtliche Gebotenheit abzustellen, erscheint nach dem Gesagten nicht zielführend. Eher dürfte davon auszugehen sein, dass eine solche nicht gegeben ist. Das hindert freilich eine Einführung auch nicht.

B. Aspekt Grundrechtseingriff

Der Einführung – weiterer – „Naming and Shaming“-Bestimmungen im Versicherungsaufsichtsrecht bzw. auch der Zulässigkeit bereits bestehender, könnten allerdings grundrechtliche Aspekte entgegenstehen. Wie gesagt, wird eine Verletzung von Freiheitsrechten durch „Naming and Shaming“-Bestimmungen bereits teilweise – allerdings bislang nur in Deutschland – diskutiert. Dass mit „Naming and Shaming“ Eingriffe in bestimmte Grundrechte verbunden sind, steht mittlerweile wohl nicht mehr zur Diskussion.⁷⁵⁾ „Naming and Shaming“-Rege-

lungen sind geeignet, in das Grundrecht des Art 8 EMRK einzugreifen – dieses gilt auch für juristische Personen und schützt nicht nur Informationen über das Privatleben, sondern auch Daten über geschäftliche Vorgänge oder das öffentliche Leben;⁷⁶⁾ weiters in das Grundrecht auf Datenschutz (Art 8 GRG bzw. § 1 DSG); auch in jenes des Art 5 StGG (wenn zB der „goodwill“ des Unternehmens geschädigt würde)⁷⁷⁾ sowie in die Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG). Die Bekanntmachung von Verstößen und allenfalls dagegen verhängten Maßnahmen kann zweifelsohne dazu führen, dass der Erwerb des Betroffenen eingeschränkt wird. Ein Eingriff in die Erwerbsfreiheit durch eine „Naming and Shaming“-Bestimmung kann nach der Judikatur des VfGH zu diesem Grundrecht⁷⁸⁾ allerdings nur dann vorliegen, wenn die Bestimmungen intentional auf eine Beschränkung der Erwerbsfreiheit gerichtet sind. Sofern die Verbote und Anordnungen, deren Nichteinhaltung „Naming and Shaming“ (als Warnung oder als Sanktion) auf den Plan rufen, auf die Erwerbsausübung gerichtet sind, sind mE auch die zugehörigen „Naming and Shaming“-Bestimmungen als intentional zu werten. Die Stärke des Eingriffs in die Erwerbsfreiheit differiert je nachdem, wie stark und in welcher Ausprägung die Öffentlichkeit reagiert.⁷⁹⁾ So kann es sein, dass ein an den Pranger gestelltes Unternehmen in Zukunft von Kunden überhaupt nicht mehr angesprochen und letztendlich sogar insolvent wird. Es kann aber auch sein, dass es zu keinerlei spürbaren Auswirkungen kommt. Die konkreten Folgen sind nicht vorhersehbar.⁸⁰⁾ Dasselbe gilt für Eingriffe in das Grundrecht des Art 8 EMRK. Auch hier können die Folgen – gerade für natürliche Personen – uU erheblich sein. Der Terminus „staatlich geförderte Lynchjustiz“ wird in diesem Zusammenhang erwähnt.⁸¹⁾ Wurde die Information einmal publik gemacht, ist es dem Staat im Grunde nicht mehr möglich, in die Folgen einzugreifen.⁸²⁾ Gerade die Unvorhersehbarkeit der Folgen wird als Kritik gegen das Instrumentarium „Naming and Shaming“ vorgebracht.

71) Pöschl (FN 70) 212.

72) Freilich könnte man überlegen, zu sagen, mangels Überprüfbarkeit der Sachlichkeit scheide der Einsatz von „Naming and Shaming“ überhaupt aus.

73) Pöschl (FN 70) 280; N. Raschauer, SPRW 2012 VuVA, 52 (60) mwN; allg Berka, Die Grundrechte (1999) Rz 943.

74) Vgl Pöschl (FN 70) 282 f.

75) Vgl nur Reimer (FN 25) 290 ff; Schmieszek/Langner (FN 4) 1897; Kalss/Oelkers (FN 5) 126; Ennöckl (FN 57) § 22c FMABG Rz 7; s Moser (FN 39) 87 mwN; OGH 11. 07. 2006, 1 Ob 54/06g, ÖBA 2007, 228.

76) Vgl Kalss/Oelkers (FN 5) 126 f mwN.

77) OGH 11. 07. 2006, 1 Ob 54/06g, ÖBA 2007, 228.

78) Vgl zB VfSlg 15.431/1999; VfSlg 13.405/1993.

79) Es wird auch darauf ankommen, welches Publikationsmedium gewählt wird.

80) Vgl auch Schmieszek/Langner (FN 4) 1893.

81) Vgl Vervessos (FN 2) 168.

82) Vgl auch Vervessos (FN 2) 168; Reimer (FN 25) 288.

Zu beachten ist im Übrigen auch noch Folgendes: Wie sich bei der Darstellung⁸³⁾ der im österreichischen Recht vorhandenen „Naming and Shaming“-Bestimmungen gezeigt hat, sind Veröffentlichungen von Verstößen teilweise bereits vor Rechtskraft einer Entscheidung vorzunehmen.⁸⁴⁾ Selbst wenn auch eingebrachte Rechtsmittel bekanntzumachen sind, ist der Betroffene mit der Veröffentlichung bereits gebrandmarkt. Vollständige Rehabilitation seines Rufes wird auch bei nachträglicher Publikation darüber, dass allenfalls doch kein Verstoß stattgefunden hat, kaum mehr erfolgen. Gleiches gilt, wenn bspw davor gewarnt wurde, dass ein Unternehmen außerhalb des Umfangs seiner Konzession agiert, und sich dann herausstellt, dass dies doch nicht der Fall war.⁸⁵⁾ Mit diesen Problemen kommen rechtsstaatliche Aspekte ins Spiel.

Gerade mit derartigen rechtsstaatlichen Aspekten iZm „Naming and Shaming“-Bestimmungen hat sich der VfGH bereits auseinandergesetzt: Der VfGH⁸⁶⁾ hat in einem Verfahren betreffend § 4 Abs 7 BWG ausgesprochen, dass grundsätzlich keine Bedenken gegen eine Norm wie § 4 Abs 7 BWG, die offensichtlich den Zweck verfolge, durch eine rasche Information der Öffentlichkeit über rechtswidrige Geschäftspraktiken Schäden von Anlegern zu verhindern und das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des gesamten Finanzsektors zu stärken, bestehen. Er hat dabei den Finanzmarkt als einen volkswirtschaftlichen Schlüsselbereich qualifiziert, von dessen Funktionieren weite Teile der Volkswirtschaft abhängen und in dem eine besondere Schutzbedürftigkeit der Sparer und sonstigen Gläubiger von Kreditunternehmungen bestünde. Der VfGH hat den damaligen § 4 Abs 7 BWG ungeachtet dieser Aussage deshalb für verfassungswidrig erklärt, weil es an einer Rechtsschutzmöglichkeit zur Überprüfung der Veröffentlichung gefehlt hat. Die Zulässigkeit einer zum Grundrechtseingriff geeigneten Norm betreffend Warnmeldungen iSd § 4 Abs 7 BWG hat er nicht grundsätzlich abgelehnt. Die Zielsetzung der Norm, nämlich die rasche Information über drohende illegale Geschäftspraktiken, die Warnung der Öffentlichkeit bzw der Gläubiger,⁸⁷⁾ hat er somit jedenfalls als legitim anerkannt.⁸⁸⁾ Ähnlich hatte er auch schon früher eine Regelung beurteilt, die eine Veröffentlichung der Ergebnisse des Werbemonitorings iSd KommAustria-Gesetzes vorgesehen hatte.⁸⁹⁾ Hier hatte er festgehalten, dass es dem Gesetzgeber nicht schlechthin verwehrt sei, ein Verfahren laufender Überwachung der Werbetätigkeit von Rundfunkveranstaltern vorzusehen und die Ergebnisse zu veröffentlichen mit dem Ziel, dadurch die Einhaltung der Werbevorschriften sicherzustellen und zu fördern. Die verfahrensgegenständliche Bestimmung hatte er dann aus dem Grund für verfassungswidrig erklärt, dass sie keine Rechtsschutzmöglichkeiten für den Betroffenen vorgesehen hatte, und sich dabei auf das Sachlichkeitsgebot⁹⁰⁾ des Gleichheitssatzes gestützt.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass der VfGH in seinen Erkenntnissen jedoch keine spezifische Prüfung hinsichtlich des Eingriffs der geprüften Normen

in die oben genannten Grundrechte vorgenommen hat. Die Prüfung ist hinsichtlich des Sachlichkeitsgebotes und des Rechtsstaatsprinzips erfolgt. Eine konkrete Aussage hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit von „Naming and Shaming“-Bestimmungen bezüglich der genannten Freiheitsrechte hat der VfGH somit noch nicht getroffen. Wenn man freilich davon ausgeht, dass der VfGH, hätte er Bedenken an der Konformität mit den genannten Grundrechten gehabt, diesbezüglich ebenso eine Prüfung vorgenommen hätte, kann man daraus schließen, dass er einen Konflikt mit diesen auf Gesetzesesebene tatsächlich nicht für gegeben erachtet.

Auch in der österreichischen Literatur wird die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von „Naming and Shaming“-Bestimmungen in erster Linie hinsichtlich der Rechtsschutzproblematik diskutiert.⁹¹⁾ Es dürfte (nach meiner Auffassung der vorhandenen Literatur) anerkannt sein, dass sie grundsätzlich – aus grundrechtlicher Sicht – zulässig sind, sofern sie die Rechtsschutzproblematik entsprechend berücksichtigen und der die Veröffentlichung vornehmenden Behörde eine Interessenabwägung bei der Entscheidung darüber, ob tatsächlich zu veröffentlichen ist, einräumen.⁹²⁾ Zumindest finden sich, soweit ersichtlich, keine gegenläufigen Ausführungen in der Literatur. Gefordert wird also von einer „Naming and Shaming“-Norm einerseits eine Abwägungsmöglichkeit der Behörde, andererseits, dass sie effektiven⁹³⁾ Rechtsschutz iSv Abwehr drohenden Unrechts, Beseitigung eingetretenen Unrechts und Entschädigung erlittener Nachteile bietet.⁹⁴⁾⁹⁵⁾ Die Prüfung der Zulässigkeit von Veröffentlichungen im Hinblick auf einen Eingriff in die genannten Freiheitsrechte durch die Literatur erfolgt immer erst auf Ebene der Vollziehung, wird somit auf die Tätigkeit der Behörde verlagert. Eine Unzulässigkeit schon der gesetzlichen Regelung aus Er-

83) Oben Punkt III.

84) So zB bei § 145 BörseG 2018.

85) Vgl zu diesem oder ähnlichen möglichen Szenarien N. Raschauer (FN 5) 282; VfSlg 18.747/2009.

86) VfSlg 18.747/2009.

87) § 4 Abs 7 BWG sah damals wie heute eine Mitteilung darüber vor, dass ein bestimmtes Bankunternehmen zur Vornahme bestimmter Bankgeschäfte nicht berechtigt ist.

88) Vgl Moser (FN 39) 88.

89) VfSlg 18.110/2007.

90) Auf dieses bezieht er sich – neben dem Rechtsstaatsprinzip – auch in seinem Erkenntnis zu G 164/08; vgl auch N. Raschauer (FN 5) 282.

91) Die Unsachlichkeit hat der VfGH auch im Erkenntnis zu G 164/08 für die damalige Version des § 4 Abs 7 BWG betont.

92) Vgl diesbezüglich die Beiträge von N. Raschauer (FN 33) 95 sowie N. Raschauer (FN 5) 280 mwN; s auch N. Raschauer, ZFR 2008, 147 (149).

93) Vgl nur N. Raschauer (FN 33) 101 mwN.

94) Zu den konkret zu fördernden Ausformungen s N. Raschauer (FN 33) 101 sowie N. Raschauer (FN 5) 282 ff; s auch Ennöckl, MR 2007, 163 (165).

95) Die Einräumung von Rechtsschutzmöglichkeiten ist neben dem der Behörde einzuräumenden Abwägungsspielraum notwendig, da nur so gewährleistet ist, dass eine Abwägungsfehlentscheidung der Behörde vermieden oder beseitigt werden kann – vgl N. Raschauer (FN 5) 282.

wägungen zum Eingriff in die oben erwähnten Freiheitsrechte wird, anders als in Deutschland, nicht angedacht. Die grundsätzliche Zulässigkeit wird einerseits auf die oben erwähnten Erkenntnisse des VfGH gestützt,⁹⁶⁾ auch aber auf das Argument, dass der Staat in bestimmtem Ausmaß verpflichtet sei, positiv Schutz zu gewährleisten und damit auch vor Gefahren zu warnen.⁹⁷⁾ Diese staatliche Gewährleistungspflicht wird allerdings in erster Linie dort anerkannt, wo es um den Schutz von Leib und Leben geht.⁹⁸⁾ Dies trifft im Finanzmarktrecht nicht zu – hier werden das Vermögen der Marktteilnehmer bzw der Markt an sich durch die Veröffentlichungsmaßnahmen zu schützen versucht.

In grundrechtlicher Hinsicht sind „Naming and Shaming“-Bestimmungen für den VfGH sowie für die österreichische Literatur somit wohl „nur“ dann unzulässig, wenn sie mangels ausreichender Rechtsschutzmöglichkeit unsachlich sind und wenn sie der Behörde keinen Abwägungsspielraum hinsichtlich betroffener Interessen einräumen. Damit lässt sich festhalten, dass „Naming and Shaming“-Bestimmungen jedenfalls nicht unumschränkt als grundrechtskonform zu bewerten sind.

Ungeachtet der bisherigen Erkenntnisse wäre mE die grundrechtliche Zulässigkeit von „Naming and Shaming“-Bestimmungen vereinzelt bereits grundsätzlich zu hinterfragen. In manchen Bereichen mutet mich „Naming and Shaming“ hinsichtlich der erwähnten Freiheitsrechte bereits generell als grundrechtlich unzulässig an, egal ob der Behörde ein Abwägungsermessen eingeräumt ist oder ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten vorhanden sind. In diesen Bereichen wäre eine wie auch immer ausgestaltete Veröffentlichungsnorm als verfassungswidrig einzustufen; dies deshalb, weil eine Abwägung der Interessen immer und nicht bloß im Einzelfall dazu führen würde, dass eine Veröffentlichung unzulässig ist. „Naming and Shaming“-Bestimmungen wären hierbei schon ganz generell entweder nicht geeignet, um den verfolgten Zweck zu erfüllen, oder sie wären zumindest nicht erforderlich oder unabhängig vom Einzelfall zumindest nicht verhältnismäßig. Die gesetzliche Einführung von „Naming and Shaming“ wäre damit generell unzulässig.⁹⁹⁾ Eine angesprochene Konstellation wäre mE jene, die die für einen Verstoß verantwortliche natürliche Person an den Pranger stellt, indem sie namentlich genannt wird, sofern die eigentliche Gefahr für den Markt und die Teilnehmer vom Unternehmen ausgeht. Es scheint mir fraglich, ob die namentliche Nennung eines für einen Verstoß Verantwortlichen wirklich geeignet ist, den Markt und seine Teilnehmer bzw deren Vermögen zu schützen.¹⁰⁰⁾ Es ist das Unternehmen, für das der Verantwortliche handelt, mit dem die Marktteilnehmer Geschäfte abschließen, auf dieses legen sie ihren Fokus bei Entscheidungen am Markt. Mit dem Verantwortlichen selbst verbinden sie in der Regel wenig. Selbst wenn man die Geeignetheit zur Erfüllung der Zwecke Marktschutz und Teilnehmerschutz bejaht, ist zumindest die Erforderlichkeit fraglich.¹⁰¹⁾ Versteht man den primären Zweck der Nennung des Verantwortlichen in der Sanktionierung, so fragt

sich auch hier, ob es dafür erforderlich ist, zusätzlich zu anderen Maßnahmen noch jene des „Naming and Shaming“ zu verhängen. Einzuräumen ist hier freilich, dass durch den erheblichen Effekt, den eine derartige „Anprangerung“ haben kann, diese uU eher zur Abschreckung beiträgt als andere Maßnahmen.¹⁰²⁾ Zumindest muss aber gefragt werden, ob es nicht genügt, eine Veröffentlichung erst bei wiederholter Tatbegehung vorzusehen. Die namentliche Nennung eines für einen Verstoß eines Unternehmens Verantwortlichen (etwa Geschäftsleiters) ist mE zumindest bei erstmaligem Verstoß in jedem Fall unverhältnismäßig. Eine gesetzliche Regelung dieser Art scheint mir daher, selbst wenn der Behörde ein Ermessensspielraum eingeräumt sein sollte, grundrechtswidrig.

Der Anprangerung der Unternehmen selbst ist die Geeignetheit zum Markt- und Teilnehmerschutz nicht abzusprechen. Dies trifft in jedem Fall auf Konstellationen zu, die den Charakter einer Warnung haben, bei denen Marktteilnehmer etwa davor bewahrt werden, für sie nachteilige Geschäfte überhaupt einzugehen. Gemeint ist etwa § 4 Abs 7 BWG oder auch § 288 VAG. Derartige Warnungen werden in der Regel zumindest auch erforderlich sein, um den Markt bzw dessen Integrität zu schützen,¹⁰³⁾ derer sich der Staat in besonderem Maße – wohl auch im Sinne des Gemeinwohls – verschrieben hat. Als Kreditinstitut, Versicherungsunternehmen oder Wertpapierdienstleister darf – aus besagtem Zweck – nur auftreten, wer über eine Konzession verfügt. Die Zulässigkeit dieser bereits vorab bestehenden Beschränkung ist nicht fraglich. Handelt jemand ohne diese Konzession, die dazu dienen soll, das Funktionieren des Marktes und den Marktteilnehmerschutz zu gewährleisten, spricht mE unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nichts dagegen, dies öffentlich zu machen. Unter Einräumung eines Ermessensspielraums für die Behörden und eines angemessenen Rechtsschutzmechanismus sind derartige Veröffentlichungskonstellationen mE grundsätzlich zulässig. Im Besonderen wird man hier aber zu fordern haben, dass dem Betroffenen vor

96) Vgl N. Raschauer (FN 5) 280 mwN.

97) N. Raschauer (FN 5) 278 ff.

98) Vgl auch die Auflistung der Fälle bei N. Raschauer (FN 5) 278 ff.

99) Die in Art 20 Abs 4 B-VG festgelegte Auskunftspflicht wäre hier kein Gegenargument, da sich diese mE auf ein Auskunftsverlangen bezieht und nicht auf eine generelle Veröffentlichungspflicht unabhängig von einem bestimmten Auskunftsverlangen.

100) Im Übrigen war „Naming and Shaming“ von Verantwortlichen gar nicht Teil der Veröffentlichungsbestimmungen, die der VfGH geprüft hatte.

101) Ähnlich auch Schmieszek/Langner (FN 4) 1895, 1899.

102) Ähnlich auch Reimer (FN 25) 292.

103) Die Erforderlichkeit für den – vermögensrechtlichen – Schutz der Marktteilnehmer könnte wiederum bezweifelt werden. Die Rechtsordnung bietet Vermögensschutz auch im Nachhinein etwa durch Schadenersatzansprüche des Zivilrechts. Dies ist uU ausreichend, um das Schutzgut Vermögen (das anders als das Schutzgut Leben keinen absoluten Schutz genießt) zu berücksichtigen. Zumindest wäre die Verhältnismäßigkeit beim Vergleich Vermögen der Teilnehmer – Erwerbsfreiheit etc des Unternehmens abzuwägen. Dies könnte uU allerdings auch der Behörde im Einzelfall überlassen werden.

Veröffentlichung eine Möglichkeit zur Stellungnahme betreffend die Vorwürfe eingeräumt wird.

In einer anderen Ausprägung von „Naming and Shaming“ sollte man die Grundrechtskonformität von Veröffentlichungsvorschriften mE jedoch wieder bereits im Ansatz kritisch hinterfragen: Sofern es sich bei dem einer Veröffentlichungsvorschrift zugrundeliegenden Verstoß um ein Verhalten handelt, das nach Begehung abgeschlossen ist und danach keine unmittelbare Gefahr für das Vermögen der Marktteilnehmer mehr auslösen kann bzw dies erst wieder tun kann, wenn es erneut gesetzt wird, um ein Verhalten also, das sich nach Begehung nur mehr ganz generell als Gefahr für den Markt darstellt,¹⁰⁴⁾ ist die Veröffentlichung nicht zur unmittelbaren Gefahrenabwehr notwendig. Ob eine Veröffentlichung hier unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der Auswirkungen, die sie haben kann und die nicht abschätzbar sind, tatsächlich gesetzlich vorgesehen werden kann, selbst wenn den Behörden ein Abwägungsspielraum verbleibt, scheint mE zweifelhaft,¹⁰⁵⁾ dies insbesondere dann, wenn daneben noch weitere Sanktionen vorgesehen sind.

Eine abschließende Beurteilung der Grundrechtskonformität von „Naming and Shaming“-Vorschriften soll und kann hier nicht erfolgen. Es zeigt sich aber, dass das Instrumentarium „Naming and Shaming“ mit erheblicher Vorsicht zu genießen ist und deshalb vom Gesetzgeber nur sehr restriktiv eingesetzt werden sollte. Auch wenn man die Konformität von „Naming and Shaming“-Normen mit den genannten Freiheitsrechten nicht primär schon in Zweifel zieht, bleibt zumindest zu sagen, dass die Normen derart ausgestaltet zu sein haben, dass sie der Behörde eine Abwägung in grundrechtlicher Hinsicht im Einzelfall ermöglichen und den Betroffenen Rechtsschutzmöglichkeiten einräumen.

Bei bestehenden EU-Vorgaben wird man das „Naming and Shaming“ zu akzeptieren haben – wenn man ihm nicht auch aus europarechtlicher Perspektive, namentlich im Hinblick auf die Grundrechtecharta, Unzulässigkeit attestiert.¹⁰⁶⁾ Sofern man auf nationaler Ebene Grundrechtswidrigkeit (zumindest bei bestimmten Ausprägungen von „Naming and Shaming“-Bestimmungen) bejaht, spricht einiges dafür, die Grundrechtskonformität auch auf EU-Ebene zu bezweifeln. Dies gilt mE insbesondere für die Konstellation, dass Verantwortliche eines Unternehmens an den Pranger gestellt werden, obwohl der Verstoß bzw die damit verbundene Gefahr gegenüber den Marktteilnehmern dem Unternehmen zuzurechnen ist.

C. Aspekt Vollharmonisierung

Selbst wenn man die Verfassungskonformität von „Naming and Shaming“ bejaht, kann deren Einführung im Versicherungsaufsichtsrecht auch noch dadurch gehindert sein, dass sie die unionsrechtliche Grundlage für das Versicherungsaufsichtsrecht, die Solvency II-Richtlinie, aufgrund ihres vollharmonisierenden Charakters nicht erlaubt.¹⁰⁷⁾ In diesem Fall könnten auch die derzeit bereits vorhandenen Vorschriften § 22c FMABG und § 288 VAG unionsrechtswidrig sein. Der Solvency II-Richt-

linie wird zumindest weitgehend vollharmonisierender Charakter zugesprochen.¹⁰⁸⁾ Vollharmonisierung bedeutet grundsätzlich ein Verbot für die Mitgliedstaaten, im Rahmen des Anwendungsbereichs einer Richtlinie strengere (und auch weniger strenge) Vorschriften einzuführen.¹⁰⁹⁾ Ob die Solvency II-Richtlinie vollharmonisierend ist oder nicht, lässt sich keiner Bestimmung explizit entnehmen.¹¹⁰⁾ Verschiedene Bestimmungen und Erwägungsgründe lassen Vermutungen in die eine wie in die andere Richtung zu.¹¹¹⁾

Auch wenn man der Solvency II-Richtlinie grundsätzlich vollharmonisierenden Charakter beimisst, muss das nicht unbedingt die generelle Unzulässigkeit von „Naming and Shaming“-Bestimmungen im Versicherungsaufsichtsbereich bedeuten. Die (Un-)Zulässigkeit hängt zum einen vom Anwendungsbereich ab, den man der Richtlinie beimisst.¹¹²⁾ Nur in diesem Bereich kann es den Mitgliedstaaten – auch bei der Annahme von Vollharmonisierung der Richtlinie – verboten sein, autonome Regelungen zu treffen. So ist es denkbar, dass der Anwendungsbereich einer Richtlinie bestimmte Sachverhalte nicht erfasst,¹¹³⁾ oder dass die Richtlinie bezüglich bestimmter erfasster Sachverhalte keine abschließenden Rechtsfolgen enthält (sie die Sachverhalte nicht inhaltlich unumschränkt umfasst), was den Mitgliedstaaten ermöglicht, außerhalb der vorgesehenen Rechtsfolgen¹¹⁴⁾ weitere Rechtsfolgen für die erfassten Sachverhalte festzulegen.¹¹⁵⁾ Zum anderen kann auch eine grundsätzlich vollharmonisierende Richtlinie Regelungen aufweisen, in deren Bereich sie den Mitgliedstaaten innerhalb ihres Anwendungsbereiches einen Spielraum belässt.¹¹⁶⁾ Jede Norm bzw jeder Regelungsbereich muss separat auf den konkreten Umfang der

104) Vgl zu dieser allgemeinen, mittelbaren Gefahrenabwehr bereits oben bei II.

105) Ähnlich in gewissem Sinne *Schmieszek/Langner* (FN 4) 1899.

106) So etwa *Schmieszek/Langner* (FN 4) 1895.

107) Diese Problematik anreißend *Wendt* (FN 1) 1279.

108) *Dreher/Lange* (FN 23) 825; vgl auch *Wendt* (FN 1) 1279; s auch bei *Brand* (FN 23) Einführung Rz 41 ff; *Dreher* (FN 23) Einleitung Rz 87 ff.

109) Vgl zB *Roth*, Kompetenzen der EG zur vollharmonisierenden Angleichung des Privatrechts, in: *Gsell/Herresthal*, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009) 13 (18); *Riehm*, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, in: *Gsell/Herresthal*, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009) 83 (84); *Muhr*, Das Prinzip der Vollharmonisierung im Kapitalmarktrecht am Beispiel des Reformvorhabens zur Änderung der Transparenzrichtlinie (2014) 40; s auch *Brand* (FN 23) Einführung Rz 38.

110) Vgl *Dreher/Lange* (FN 23) 827; *Brand* (FN 23) Einführung Rz 38.

111) Vgl etwa *Brand* (FN 23) Einführung Rz 46 ff.

112) Vgl dazu (allg) *Riehm* (FN 109) 86 f.

113) Vgl *Riehm* (FN 109) 87; s auch *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20 (22).

114) ISv rechtlichen, inhaltlichen Regelungen.

115) Vgl *Riehm* (FN 109) 87; vgl auch *Gsell/Schellhase* (FN 113) 23.

116) Hier ist der Spielraum für die Mitgliedstaaten abgeleitet und nicht originärer Natur – abgeleitet vom Sekundärrechtsakt; vgl dazu *Riehm* (FN 109) 87; s auch *Muhr* (FN 109) 69; so etwa die an sich als vollharmonisierend bewertete Verbraucherkreditrichtlinie; vgl diesbezüglich etwa *Riehm/Schreindorfer*, GPR 2008, 244 (245).

Harmonisierung hin überprüft werden.¹¹⁷⁾ Nur in einem Bereich, in dem eine Richtlinie hinsichtlich eines bestimmten Inhalts eine abschließende Regelung trifft und keine Spielräume einräumt, ist es den Mitgliedstaaten untersagt, autonome Regelungen zu erlassen. Das Unionsrecht entfaltet dann in diesem Bereich – aber auch nur in diesem¹¹⁸⁾ – eine sogenannte „Sperrwirkung“.^{119), 120)} Ob ein Sachverhalt vom Anwendungsbereich einer Richtlinie erfasst ist oder nicht, ob die Richtlinie bestimmte Rechtsfolgen für von ihr erfasste Sachverhalte nicht regelt oder negativ regelt – in dem Sinn, dass sie andere Rechtsfolgen als die in der Richtlinie genannten nicht erlaubt¹²¹⁾ – oder ob die Richtlinie innerhalb ihres Anwendungsbereichs Spielräume belässt (allenfalls auch durch ausfüllungsbedürftige Lücken oder Generalklauseln), ist uU durch Auslegung zu ermitteln¹²²⁾ (wobei im Rahmen der Auslegung gerade auch die Vorgaben des Primärrechts zu berücksichtigen sind).

Hinsichtlich der Frage, ob es Mitgliedstaaten erlaubt ist, im Versicherungsaufsichtsbereich „Naming and Shaming“-Bestimmungen einzuführen, hat man im Sinne des soeben Gesagten zunächst zu eruieren, ob die Solvency II-Richtlinie überhaupt Aufsichtsinstrumente – zu denen auch „Naming and Shaming“-Bestimmungen gehören – regelt, und wenn ja, ob solche, die nicht in der Richtlinie angeführt sind (wie eben „Naming and Shaming“), dennoch als vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst anzusehen sind, sodass die Richtlinie für sie gleichsam ein Einführungsverbot vorsieht. Die Regelung von Aufsichtsinstrumenten ist als eine „Rechtsfolge“ bzw. als inhaltlicher Regelungsbereich im oben genannten Sinne zu verstehen. Und auch wenn man sämtliche möglichen Aufsichtsinstrumentarien als an sich vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst ansieht, muss man sich fragen, ob die Richtlinie es den Mitgliedstaaten nicht offen lässt, konkret Aufsichtsinstrumente (also etwa auch „Naming and Shaming“-Vorschriften) – zumindest in gewissen Teilbereichen – zu wählen bzw. einzuführen.

Die Solvency II-Richtlinie enthält jedenfalls Regelungen betreffend Aufsichtsinstrumente. Zentral ist dabei Art 34 der Richtlinie. Dieser besagt unter der Überschrift „Allgemeine Aufsichtsbefugnisse“ in Abs 1: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Aufsichtsbehörden befugt sind, präventive und korrigierende Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass die Versicherungs- und die Rückversicherungsunternehmen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften einhalten, die sie in jedem Mitgliedstaat zu erfüllen haben.“ Damit wird die Zielausrichtung der Aufsichtsmaßnahmen festgelegt – die Sicherstellung der Einhaltung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften durch die Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen – und bestimmt, dass als Aufsichtsmaßnahmen sowohl präventive als auch korrigierende Maßnahmen vorzusehen sind. Welche Instrumentarien konkret zur Verfügung stehen sollen, wird mit Art 34 nicht gesagt. Abs 2 hält noch fest: „Die Aufsichtsbehörden sind befugt, alle erforderlichen Maßnahmen, einschließlich gegebenenfalls administrativer

und finanzieller Art, in Bezug auf die Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen und die Mitglieder ihres Verwaltungs-, Management- oder Aufsichtsorgans zu ergreifen.“ Für gewisse, nicht für alle Bereiche der Richtlinie (für bestimmte Verpflichtungen, die die Richtlinie für Versicherungsunternehmen vorsieht) beinhalten andere Vorschriften bestimmtere Vorgaben hinsichtlich der einzusetzenden Aufsichtsinstrumente (zB Art 62 zu Maßnahmen iZm dem Erwerb qualifizierter Beteiligungen iSd Art 57). Brand¹²³⁾ sieht in Art 34 eine Generalklausel, die es dem nationalen Gesetzgeber erlaube, sie durch eigenständige nationale Eingriffstatbestände weiter auszugestalten.¹²⁴⁾ Dies würde bedeuten, dass zumindest bei Tatbeständen, für die die Richtlinie selbst keine Eingriffsmöglichkeiten vorsieht, Maßnahmen durch den nationalen Gesetzgeber vorgesehen werden könnten; und dann wohl auch ein „Naming and Shaming“, da es im Hinblick auf die Art des Eingriffsinstruments keine generellen Einschränkungen gibt, Art 34 Abs 2 ja sogar von „allen erforderlichen Maßnahmen“ spricht. Dem könnte entgegenstehen, dass die Richtlinie eine Vereinheitlichung der Versicherungsaufsicht bzw. eine Aufsichtskonvergenz anstrebt.¹²⁵⁾ ME ist aber der Ansicht Brands, auch aus folgenden Gründen, zu folgen: Die Mitgliedstaaten sind nach Primärrecht dazu verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben, zu treffen – Art 4 Abs 3 UAbs 2 EUV (früher Art 10 EGV). Damit ist der Grundsatz¹²⁶⁾ normiert, dass die Mitgliedstaaten zur Sicherstellung der vollen Wirksamkeit des Unionsrechts bzw. zu dessen Effektivität verpflichtet sind.¹²⁷⁾ An Versicherungsunternehmen adressierte Vorschriften, zu deren Einhaltung keinerlei Maßnah-

117) S auch Brand (FN 23) Einführung Rz 51, 53.

118) Vgl Art 2 Abs 2 S 2 AEUV und Protokoll (Nr 25) über die Ausübung der geteilten Zuständigkeiten (ABl 2016/C 202/306); vgl auch Calliess, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁹ (2016) Art 2 AEUV Rz 15; Eilmansberger/Jaeger, in: Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 2 AEUV Rz 28, 32 f (Stand 01.12.2012, rdb.at); angesprochen sind hier freilich nur Bereiche, die in die geteilte Zuständigkeit von Union und Mitgliedstaaten fallen.

119) Vgl zur Sperrwirkung einer abschließenden Regelung ganz allg Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁹ (2017) 16 ff; s. weiters N. Raschauer, Unionsrecht, in: N. Raschauer/Wessely, Handbuch Umweltrecht² (2010) 84 (93 ff); Calliess (FN 118) Art 2 AEUV Rz 13 ff; Art 4 AEUV Rz 1.

120) Auch das nationale Verfassungsrecht kann daran nichts ändern; es bildet – von den Grundprinzipien der Verfassung abgesehen – keine Integrationsschranke für Unionsrecht (vgl. grundlegend Öhlinger/Potacs [FN 119] 58 f).

121) Vgl dazu etwa Gsell/Schellhase (FN 113) 25.

122) S Muhr (FN 109) 68 mwN.

123) Brand (FN 23) Einführung Rz 53, 54; § 298 Rz 8.

124) Brand (FN 23) Einführung Rz 53; vgl dazu auch den Hinweis von Brand (FN 23) § 298 Rz 8 auf die Formulierung „alle erforderlichen Maßnahmen“ in Abs 2 des Art 34 Solvency II-Richtlinie.

125) Vgl dazu etwa auch Bürkle, VersR 2011, 1469 (1473 ff).

126) Vgl dazu etwa Stöger/Haider, in: Mayer/Stöger, EUV/AEUV, Art 4 Abs 3 EUV Rz 14 ff (Stand 01.12.2012, rdb.at).

127) S auch N. Raschauer (FN 33) 95 (bei Fn 5).

men vorgesehen sind, werden nicht sehr effektiv sein. Darum muss es dort, wo die Solvency II-Richtlinie keine konkreten Maßnahmen statuiert, den Mitgliedstaaten auch möglich sein, zur Gewährleistung der Effektivität eigenständige Maßnahmen vorzusehen.¹²⁸⁾ Im Übrigen fragt sich, weshalb der Unionsgesetzgeber überhaupt eine allgemeine Vorschrift wie Art 34 vorgesehen hätte, wenn es nur auf die Spezialvorschriften ankäme.

Die Zulässigkeit von „Naming and Shaming“ in Bezug auf die Solvency II-Richtlinie lässt sich auch dann einräumen, wenn man „Naming and Shaming“ als Sanktionsmittel im Versicherungsaufsichtsbereich einsetzt bzw versteht. Die Solvency II-Richtlinie erwähnt nur ganz vereinzelt Sanktionen.¹²⁹⁾ Ein Sanktionskapitel, wie viele andere Richtlinien, enthält sie nicht, nicht einmal eine allgemeine Bestimmung. Da sie aber Sanktionen zumindest anspricht und gewissermaßen voraussetzt, ist nicht davon auszugehen, dass sie dahingehend eine Sperrwirkung aufwiese. Im Sinne des bereits erwähnten Grundsatzes zur Sicherstellung der vollen Wirksamkeit bzw Effektivität des Unionsrechts muss es daher den Mitgliedstaaten erlaubt sein, Sanktionen bei Nichteinhaltung der Vorgaben für die Versicherungsunternehmen durch die Richtlinie vorzusehen.¹³⁰⁾ Als Sanktion wäre grundsätzlich auch „Naming and Shaming“ denkbar. Die Richtlinie steht dem nicht im Weg.

Die Solvency II-Richtlinie regelt die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit. Sie findet Anwendung auf Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen. Das sind Unternehmen, die eine Zulassung gem Art 14 der Richtlinie besitzen.¹³¹⁾ Angelegenheiten des unerlaubten Betriebes der Vertragsversicherung (also Handeln ohne Konzession) fallen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie.¹³²⁾ Werden Personen an den Pranger gestellt, die das Versicherungsgeschäft konzessionslos betreiben, ist die Zulässigkeit dieses „Naming and Shaming“ nicht an der Solvency II-Richtlinie zu messen. Aus Sicht der Solvency II-Richtlinie ist insbesondere § 288 VAG somit zulässig.

V. Conclusio

Die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer Einführung von „Naming and Shaming“ im Versicherungsaufsichtsrecht ist in rechtlicher Hinsicht (unabhängig von rechtspolitischen Überlegungen) unter mehreren Blickwinkeln zu betrachten. Die Etablierung einer generellen Norm wie in Deutschland unter dem Aspekt von Gleichheits-erwägungen kommt für Österreich nicht in Betracht. Gleichheitsaspekte lassen einen Gleichlauf von Versicherungsaufsichtsrecht und sonstigem Finanzmarktauf-sichtsrecht nicht als notwendig erscheinen. „Naming and Shaming“ ist damit nicht geboten, aber grundsätzlich möglich. „Naming and Shaming“ als Aufsichtsinstrument ist aber aus grundrechtlicher Perspektive generell bereits mit Skepsis zu betrachten. Dies gilt insbesondere, soweit Personen an den Pranger gestellt werden, die als Verantwortliche von Unternehmen agieren, wenn nur das Unternehmen selbst letztendlich Agierender

bzw Ansprechpartner am Markt ist. Auch als zusätzliche Strafmaßnahme ist „Naming and Shaming“ mE kritisch zu sehen. Grundsätzlich zulässig dürfte es hingegen bei Warnungen sein. Allerdings müssen „Naming and Shaming“-Bestimmungen immer eine Abwägung der Behörde hinsichtlich grundrechtlicher Positionen erlauben und auch ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten für die Betroffenen bieten, um nicht unsachlich zu sein. Die Solvency II-Richtlinie stellt hingegen, auch wenn man sie als weitgehend vollharmonisierend einstuft, nicht für sämtliche Aufsichtsbereiche ein Einführungshindernis dar. Insbesondere „Naming and Shaming“ als Sanktionsmittel und auch das An-den-Pranger-Stellen von ohne Konzession Handelnden erscheint diesbezüglich unproblematisch. Sofern „Naming and Shaming“ unter Grundrechtsgesichtspunkten zu beanstanden ist, spricht einiges dafür, dass dies auch hinsichtlich der Grundrechtecharta der Union ähnlich zu beurteilen ist. „Naming and Shaming“ ist mE, sofern zulässig, primär zur Warnung vor unmittelbar drohenden Nachteilen eines Verstoßes gegen aufsichtsrechtliche Pflichten sinnvoll. Das war im nationalen Kontext auch seine ursprüngliche Funktion. Sanktionscharakter wurde ihm in erster Linie mit dem Unionsrecht beigebracht. ME sollte man daher eine Erweiterung von „Naming and Shaming“ im Versicherungsaufsichtsrecht in erster Linie dort überlegen, wo eine Warnung vor Verstößen für die Versicherungsnehmer und Anspruchsberechtigten auch tatsächlich helfen kann, vor Nachteilen zu schützen. Warnmeldungen mögen aber eventuell im Kapitalmarktbereich bessere Effekte erzielen als im Versicherungsbereich, wo der Versicherungsnehmer sich anders als am Kapitalmarkt nur schwer von den beaufsichtigten Versicherungsunternehmen bzw den Versicherungsprodukten lossagen kann, ohne dabei erhebliche Nachteile zu erleiden. In jedem Fall bleibt zu sagen, dass der österreichische Gesetzgeber gut daran tun wird, sich intensiv mit der Problematik „Naming and Shaming“ auseinanderzusetzen, bevor er dem deutschen Gesetzgeber nacheifern und „Naming and Shaming“ im Versicherungsaufsichtsrecht erweitern oder sogar generell einführen möchte.

128) Ähnlich wohl auch *Brand* (FN 23) § 298 Rz 8.

129) Vgl auch *N. Raschauer/Stangl* (FN 60) Vor 13. Hauptstück Rz 10.

130) So auch *N. Raschauer/Stangl* (FN 60) Vor 13. Hauptstück Rz 13; vgl allgemein auch *Stöger/Haider* (FN 126) Art 4 Abs 3 EUV Rz 39; vgl auch die dort angeführte Rechtsprechung.

131) Vgl Art 13 Nr 1 und Nr 4 Solvency II-Richtlinie.

132) Vgl *N. Raschauer/Stangl* (FN 60) Vor 13. Hauptstück Rz 12. Sie sind auch nicht von Art 34 erfasst, der ebenfalls nur die Versicherungs- bzw Rückversicherungsunternehmen erfasst.