

- 9 **4. Ausnahmen von der Schweigepflicht.** Auch beim Vorliegen der Voraussetzungen der Schweigepflicht nach § 12 WpHG dürfen bestimmte Stellen über die Maßnahmen der Bundesanstalt informiert werden. Es handelt sich insoweit um eine **eng begrenzte Ausnahme** von der sonst einschlägigen Schweigepflicht. So dürfen über die Maßnahmen der Bundesanstalt andere **staatliche Stellen** informiert werden. Bei diesen staatlichen Stellen kann es sich beispielsweise um die in einem späteren Stadium ermittelnde Staatsanwaltschaft, die zuständige Börsenaufsichtsbehörde oder Handelsüberwachungsstelle handeln.
- 10 Die Adressaten dieser Maßnahmen dürfen als Ausnahme von dieser besonderen Schweigepflicht neben den staatlichen Stellen auch **Personen** unterrichten, die **aufgrund ihres Berufes einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen**. Bei den beruflichen Geheimnisträgern ist insbesondere an Rechtsanwälte, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer zu denken. Ziel der Ausnahme ist es, dem Adressaten die Ausübung seiner verfassungsmäßigen Rechte wie beispielsweise die Hinzuziehung eines Verteidigers (§ 137 StPO) zu ermöglichen.
- 11 Der reguläre Informationsfluss innerhalb eines von einer Maßnahme betroffenen Unternehmens, wie etwa die Benachrichtigung der sog. „**Compliance-Stelle**“ oder der eigenen Rechtsabteilung, wird von der Vorschrift nicht umfasst, sofern das Unternehmen selbst der Adressat der Maßnahme ist¹. Im Umkehrschluss darf ein Kreditinstitut bzw. dessen Compliance-Stelle einen Angestellten, der Geschäfte mit Bezug zu einem von der Bundesanstalt nachgefragten Finanzinstrument für eigene Rechnung getätigt hat, keinesfalls unterrichten. Denn im letzteren Fall ist das Unternehmen zwar der Adressat des Verwaltungsakts nicht aber derjenige, dessen Daten bzw. Handels- oder Geschäftsinformationen an die Bundesanstalt weitergegeben werden.

Vorbemerkungen zu § 13 WpHG

Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Bundesanstalt und Informationszugang

Schrifttum: *Bliesener*, Aufsichtsrechtliche Verhaltenspflichten beim Wertpapierhandel, Diss. Hamburg 1997; *Böse*, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, 2005; *Gurlit*, Informationsfreiheit und Verschwiegenheitspflichten der BaFin, NZG 2014, 1161; *Habetha*, Verwaltungsrechtliche Rasterfahndung mit strafrechtlichen Konsequenzen? – Zur Einschränkung des Bankgeheimnisses durch § 16 WpHG –, WM 1996, 2133; *Himmelreich*, Insiderstrafverfolgung durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, 2013; *Junker*, Gewährleistungsaufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen, 2003; *Luchtmann/Vervaele*, Enforcing the Market Abuse Regime: Towards an Integrated Model of Criminal and Administrative Law Enforcement in the European Union?, New Journal of European Criminal Law 2014, 192; *Mennicke*, Sanktionen gegen Insiderhandel: eine rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung des US-amerikanischen und britischen Rechts, 1996; *Ransiek*, Zur prozessualen Durchsetzung des Insiderstrafrechts, DZWIR 1995, 53; *Wilson*, The New Market Abuse Regulation and Directive on Criminal Sanctions for Market Abuse: European Capital Markets Law and New Global Trends in Financial Crime Enforcement, ERA Forum 2015, 427; *Zietsch/Weigand*, Auskunftsanspruch der BaFin und Akteneinsichtsrecht gegenüber der BaFin – ein rechtsfreier Raum?, WM 2013, 1785; *Zimmer/Beisken*, Die Regulierung von Leerverkäufen de lege lata und de lege ferenda, WM 2010, 485.

I. Allgemeines II. Rechtsschutz bei aufsichtlichem (verwaltungsbördlichem) Handeln 1. Widerspruch und Anfechtungsklage (§§ 42 Abs. 1 Alt. 1, 68 ff. VwGO) 2. Fortsetzungsfeststellungsklage (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO) 3. Widerspruch und Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 2, §§ 68 ff. VwGO) 4. Leistungs- und Feststellungsklage (§ 43 VwGO) 5. Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen 6. Einstweiliger Rechtsschutz 	1 13 14 22 23 26 27 30	III. Ansprüche auf Informationszugang und Rechtsschutz IV. Rechtsschutz im Verwaltungsvollstreckungsverfahren V. Rechtsschutz im straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Ermittlungsverfahren VI. Besonderheiten bei der verwaltungsbördlichen Amtshilfe VII. Rechtsgewährleistung durch staatliche Ersatzleistungen und Sekundäransprüche 	31 38 41 48 51
--	---	---	----------------------------

- 1 **Allgemeines.** Spiegelbildlich zur Ausweitung und Ausdifferenzierung der Eingriffsbefugnisse mit der neuen europäischen Kapitalmarktregelung² werden die Anforderungen an den Rechtsschutz der jeweils Betroffenen komplexer. Schon europarechtlich (Art. 47 GRCh), aber auch verfassungsrechtlich (Art. 19 Abs. 4 GG), ist ein Rechtsbehelf vor einem Gericht gegen Entscheidungen der Bundesanstalt geboten³, soweit die Bundesanstalt als zuständige Behörde in Rechte Einzelner eingreift, z.B. als zuständige Behörde nach Art. 22 VO Nr. 596/2014 oder Art. 23 VO Nr. 1286/2014. Darüber hinausgehende Schutzgarantien können sich aus den jeweils tangierten Grundrechten ergeben. Unter Berücksichtigung dieser europa- und verfassungsrechtlichen

1 Vgl. Begr. RegE AnSVG zu § 4 Abs. 8 WpHG, BT-Drucks. 15/3174, 31.

2 *Wilson*, ERA Forum 2015, 427, 437, 444.

3 Vgl. Erwägungsgrund 27 RL 2014/57/EU (Marktmissbrauchsrichtlinie).

Vorgaben richtet sich der **Rechtsschutz nach den allgemeinen Vorschriften**. Besondere Vorschriften greifen dagegen nur vereinzelt: Nach § 13 WpHG haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Maßnahmen nach § 6 Abs. 1 bis 14 WpHG und den §§ 7 bis 10 WpHG keine aufschiebende Wirkung (s. § 13 WpHG Rz. 1 ff.); von Bedeutung ist auch, dass Dritte, insbesondere Wettbewerber und Anleger, grundsätzlich kein geschütztes berechtigtes Interesse auf Tätigwerden oder Untätigbleiben der Bundesanstalt haben, da die Bundesanstalt nach § 4 Abs. 4 FinDAG ausschließlich im öffentlichen Interesse handelt (Rz. 7 ff.). Nur im Hinblick auf die Überwachung von Unternehmensabschlüssen enthalten die §§ 112 und 113 WpHG besondere Regelungen zu Widerspruch und Beschwerde, die ebenso eine aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs ausschließen (§ 113 WpHG Rz. 5).

Der materiell-rechtlichen Harmonisierung des Kapitalmarktrechts auf europäischer Ebene entspricht nur teilweise eine auch verfahrens- und prozessrechtliche Konvergenz zwischen den Mitgliedstaaten. Dies folgt allgemein aus der dezentralen Anwendung des Europarechts mittels bereits bestehender nationalstaatlicher Verfahren¹. Dementsprechend unterschiedlich sind die jeweiligen Rechtsschutzmechanismen zwischen den Mitgliedstaaten ausgeprägt, nicht nur aufgrund der unterschiedlichen verwaltungs-, bußgeld- und strafrechtlichen Verfahren, sondern auch entsprechend der jeweiligen nationalstaatlichen Wahl zwischen der Verwaltungs- oder der Strafrechtsebene. Erwägungsgrund 66 VO Nr. 596/2014 erkennt die Einfügung in das „Gesamtsystem nationaler Rechtsvorschriften“ ausdrücklich an².

Entsprechend der Vielfalt der Aufgaben und Befugnisse der Bundesanstalt nach dem WpHG gestalten sich die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen sie vielfältig, und es sind unterschiedliche Rechtsbehelfe gegeben, wenn die Bundesanstalt etwas tut oder unterlässt, im Einzelfall, oder normsetzend, aufsichts- oder bußgeldrechtlich tätig wird. Eher phänomenologisch kann nach den verschiedenen **Rechtsschutzinteressenten und -interessen** unterschieden werden:

- Die *institutionellen Akteure* der Wertpapiermärkte, namentlich Emittenten und Wertpapierdienstleistungsunternehmen, haben ein vorrangiges Interesse an einer guten und vertrauensvollen Zusammenarbeit mit der Bundesanstalt; für sie steht Rechtsschutz nicht im Vordergrund.
- Erst wenn sie zu *unmittelbar Betroffenen* von aufsichts- oder bußgeldrechtlich eingreifenden Maßnahmen werden, besteht ein Rechtsschutz- als klassisches Eingriffabwehr- oder -minimierungsinteresse.
- Seit einiger Zeit drängen *Anleger* (vor allem wenn sie Schäden befürchten oder erlitten haben, aber auch sog. Berufsaktionäre) auf Rechtsschutz, sei es, dass sie von der Bundesanstalt ein aufsichtsrechtliches Tätigwerden begehen, sei es, dass sie Amts- und Staatshaftungsansprüche geltend machen, oder sei es, dass sie Auskünfte begehren, um diese in zivilrechtlichen Streitigkeiten zu verwenden, wobei neuerdings das Informationsfreiheitsgesetz als Anspruchsgrundlage herangezogen werden ist³.
- Weiterhin zeichnet sich ab, dass *Wettbewerber* von Emittenten oder Wertpapierdienstleistungsunternehmen wettbewerbliche Interessen daran haben können, dass die Bundesanstalt gegen diese aufsichts- oder bußgeldrechtlich vorgeht⁴.

Darüber hinaus lassen sich die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Handlungen oder Unterlassungen der Bundesanstalt, aber auch nach der Natur der gem. § 6 WpHG ausgeübten Befugnis, differenzieren. Dies ist auch zweckmäßig, da die Rechtsnatur der Eingriffs- oder Regulierungsmaßnahme seitens der Bundesanstalt darüber entscheidet, welche Rechtsschutzmöglichkeiten gegen diese bestehen. Die Relevanz dieser Differenzierung wird insbesondere in den unterschiedlich gesetzlich vorgesehenen Rechtsschutzmechanismen sichtbar, deren Einschlägigkeit etwa davon abhängt, ob es sich bei der im Wege des Rechtsschutzverfahrens gerügten oder begehrten Handlung um einen Verwaltungsakt oder einen Realakt handelt, was entscheidend für die Form des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ist – Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage sind statthaft, wenn es sich der Kompetenz nach um Verwaltungsakte gem. § 35 VwVfG handelt, wohingegen bei Realakten Rechtsschutz im Wege der Leistungs- und Feststellungsklage besteht. Für die eine entsprechende Abgrenzung erfordernden Kompetenzen des § 6 WpHG hat der Gesetzgeber in § 6 Abs. 12, 13 WpHG jedoch spezifische abdrängende Sonderzuweisungen an die ordentlichen Gerichte für die Entscheidung über entsprechende Anträge der BaFin geschaffen, so dass es auf § 23 EGEGVG insoweit nicht ankommt.

Ausgehend von einer Differenzierung entsprechend der Natur der durch § 6 WpHG der Bundesanstalt übertragenen Kompetenzen lassen sich folgende Kategorien von Eingriffsbefugnissen der Bundesanstalt unterscheiden:

1 Luchtman/Vervaele, NJECL 2014, 192, 210.

2 Eigene Hervorhebung.

3 Vgl. hierzu BVerwG v. 27.11.2014 – 7 C 18/12, NVwZ 2015, 823; BVerwG v. 24.5.2011 – 7 C 6.10, ZIP 2011, 1313 (Bestätigung von VG Frankfurt/M. v. 20.3.2010 – 7 K 243/09.F); aus der Literatur s. Gurlit, NZG 2014, 1161; Möllers/Wenninger, ZHR 170 (2006), 455 ff. (näher noch Rz. 31 ff.).

4 So ist im Rahmen der Übernahme der Continental AG durch die Schaeffler-Gruppe im Sommer 2008 ein Einschreiten der Bundesanstalt gefordert worden, u.a. weil die Schaeffler-Gruppe entgegen § 21 (nunmehr § 26) WpHG die Überschreitung der Schwellenwerte nicht mitgeteilt habe.

- das Verlangen um Auskunft (Auskunftsanspruch) in § 6 Abs. 3, 4 WpHG, § 8 Abs. 2 WpHG, § 10 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 WpHG;
- das Herausgabebeverlangen (Herausgabeanspruch) in § 6 Abs. 3 Satz 1 WpHG, § 7 WpHG;
- die Befugnis zur Untersagung bestimmter Tätigkeiten in § 6 Abs. 2 Satz 4, 5, Abs. 6, 7, 8, 10 WpHG, § 9 Abs. 2 WpHG, § 10 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, 2, Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 lit. a, c, d WpHG;
- die Verpflichtung zur Vornahme einer bestimmten Handlung oder Duldung in § 6 Abs. 3 WpHG, § 9 Abs. 1 WpHG (Vorlage von Unterlagen), § 6 Abs. 11 WpHG (Duldung des Betretens des eigenen Grundstückes), § 8 Abs. 1 WpHG (Übermittlung von Informationen in bestimmter Form), § 10 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 (Verpflichtung zur Neuveröffentlichung eines Basisinformationsblattes); die öffentliche Warnung vor der Stabilität des Finanzmarktes gefährdenden Faktoren in § 6 Abs. 2 Satz 3, Abs. 8 WpHG, § 10 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4, Abs. 2 Satz 3 Nr. 1, Nr. 3 lit. b WpHG;
- die Befugnis zur Durchsuchung von Räumlichkeiten und Sicherstellung und Beschlagnahme von Gegenständen in § 6 Abs. 12, 13 WpHG; sowie
- die Ladung und Vernehmung von Personen in § 6 Abs. 3 Satz 1 WpHG.

Ausgehend von dieser Unterscheidung bestehen für die Eingriffsbefugnisse der Bundesanstalt verschiedene Rechtsschutzformen (s. Rz. 13 ff.).

- 6 Der Rechtsweg steht natürlichen oder juristischen Personen offen, die eine abgeschlossene, andauernde oder ggf. auch nur unmittelbar bevorstehende **Verletzung eigener Rechte** als zumindest möglich geltend machen können¹. Damit sind Popular- oder Verbandsklagen z.B. der Spitzenverbände der Kreditwirtschaft oder Anlegerschutzverbände ausgeschlossen. Die geltend gemachte Rechtsverletzung kann sich auf alle *Individualrechte* beziehen, gleich, ob sie verfassungsrechtlich oder nur einfach-gesetzlich (oder auch nur rechtsgeschäftlich) begründet sind. Der Kläger muss die Verletzung eines *subjektiv öffentlichen Rechts* i.S.d. sog. Schutznormtheorie geltend machen². Die für die behördliche Entscheidung maßgeblichen Rechtsätze müssen die Person objektiv begünstigen und die individuelle Begünstigung und deren Durchsetzbarkeit müssen von der Rechtsordnung bezeichnet sein. Den Kreis dieser Personen hat der Gesetzgeber für das WpHG aber im Grundsatz eng gezogen und insbesondere vom Tätigwerden oder Untätigbleiben der Bundesanstalt mitbetroffene Dritte in der Regel ausgeschlossen:
- 7 Einen **Ausschluss des Drittschutzes** bei der integrierten Finanzaufsicht bezweckt der nationale Gesetzgeber mit § 4 Abs. 4 FinDAG: „*Die Bundesanstalt nimmt ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahr.*“ Damit durchaus im Einklang steht es, wenn europäisch die privatrechtliche Durchsetzbarkeit im Horizontalverhältnis verstärkt wird³. Zweck der Vorschrift war, dass Amts- und Staatshaftungsansprüche Dritt-betroffener ausgeschlossen werden, wie sie zur früheren Kreditwesenaufsicht in der Rechtsprechung anerkannt gewesen waren (vgl. BGHZ 74, 144 [„Wetterstein“] und BGHZ 75, 120 [„Herstatt“])⁴. Vergleichbare Vorschriften fanden und finden sich namentlich in § 6 Abs. 4 KWG a.F., § 4 Abs. 2 WpÜG, § 3 Abs. 3 BörsG (für die Börsenaufsicht) und § 294 Abs. 8 VAG (für die Versicherungsaufsicht). Nach dem Wortlaut soll die Norm aber auch ein subjektiv-öffentliches Recht Dritt-betroffener, insbesondere Anleger und Wettbewerber, auf Tätigwerden oder Untätigbleiben der Bundesanstalt ausschließen.
- 8 Zur **Begründung** dieser Rechtslage wird teils mehr oder weniger offen der Schutz des Fiskus vor potentiell astronomischen Schadensersatzforderungen ins Feld geführt, teils darauf hingewiesen, dass, wären die Aufsichtsbehörden Ansprüchen Dritter ausgesetzt, dies auf eine erhebliche Komplizierung der aufsichtsrechtlichen Prozesse hinauslaufe und Erwägungen der Risikominimierung und Absicherung nochmals größere Bedeutung gewinnen würden⁵. Die verbreitete Auffassung leitet aus diesen Vorschriften darüber hinausgehend auch für das verwaltungsrechtliche Primärverhältnis ab, dass die Wahrnehmung der aufsichtlichen Befugnisse der Bundesanstalt nicht im Interesse einzelner Wertpapierkunden oder von Gruppen von ihnen obliege, sondern im Interesse der Vermeidung und Beseitigung von Missständen und der Durchsetzung der konkreten aufsichtsrechtlichen Vorschriften des Gesetzes (Vor § 6 WpHG Rz. 46). Als positives Ergebnis dieser Aufsicht stelle sich der ordnungsgemäß funktionierende Wertpapiermarkt insgesamt dar, von dem der Einzelkunde profitiere, ohne dass ihm jedoch ein konkreter Anspruch auf Vornahme von Handlungen seitens der Bundesanstalt gegeben ist.
- 9 Gegen den Ausschluss des primären und amtschaftungsrechtlichen Drittschutzes brachte und bringt die Literatur **europa- und verfassungsrechtliche Bedenken** vor⁶. Das europäische Richtlinienrecht betone durchweg den Anlegerschutz und aus Art. 15 RL 2003/6/EG (Marktmissbrauchsrichtlinie) a.F. folge, dass Rechtsschutz gegen alle „Entscheidungen“ der Bundesanstalt eröffnet werden müsse; zwar wurde Art. 15 RL 2003/6/EG a.F. nicht

1 S. nur *Sachs* in *Sachs*, 7. Aufl. 2014, Art. 19 GG Rz. 126 ff.

2 S. nur *Sachs* in *Sachs*, 7. Aufl. 2014, Art. 19 GG Rz. 129 ff. m. umf. N.

3 *Grundmann*, ZBB 2018, 1, 3f.; *Einsele*, ZHR 180 (2016), 233, 238 ff.

4 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 12/7918, 100 zu § 4 Abs. 2 WpHG a.F.

5 *Zetzsche* in *Schwarz/Zimmer*, § 4 WpHG Rz. 11.

6 S. nur *Fleischer*, Gutachten F für den 64. DJT, 2002, S. F 54f.; *Papier* in *MünchKomm. BGB*, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 839 BGB Rz. 255; je m.w.N.

in die Marktmissbrauchsverordnung übertragen, die Rechtsschutzgarantie ergibt sich aber weiterhin aus Art. 47 GRCh, soweit die Bundesanstalt als zuständige Behörde i.S.v. Art. 22 VO Nr. 596/2014 Unionsrecht anwendet. Damit seien jedenfalls alle Einzelfall-Entscheidungen gemeint, die Rechte Einzelner einschränkten. Alle Maßnahmen der Bundesanstalt, die *grundrechtlich geschützte Positionen* einschränkten, seien unmittelbar kraft Verfassungsrecht der gerichtlichen Überprüfung zugänglich. Die Aufsicht sei auch als Konkretisierung der staatlichen Schutzpflicht zugunsten des Eigentums (Art. 14 GG) zu verstehen; ein genereller Ausschluss des Drittenschutzes könne nicht mehr als verfassungskonform angesehen werden.

Diese Bedenken haben Gewicht. Für den haftungsrechtlichen Sekundärschutz haben EuGH¹ und auch BGH² in Grundsatzentscheidungen ausgesprochen, dass es europarechtskonform und verfassungsgemäß sei, bei der Bankenaufsicht den Drittschutz grundsätzlich auszuschließen. Die Rechtfertigung liegt hier im Moral Hazard-Paradigma³. Dass die Wertpapierhandelsaufsicht abweichend zu beurteilen wäre, ist bislang noch nicht überzeugend dargetan, und jedenfalls ist eine abweichende Beurteilung durch EuGH und BGH nicht zu erwarten. Deutlich anders ist die Frage nach verwaltungsrechtlichem Drittschutz zu beurteilen. Auf ihn zielt § 4 Abs. 4 FinDAG seiner entstehungsgeschichtlichen Intention nach nicht.

Ob entscheidungserhebliche Normen des europäischen und nationalen Kapitalmarktrechts qualifiziert und individualisiert schutzfähige Positionen begründen und auf der primären Ebene des Verwaltungsrechtsschutzes drittschützend sind, ist durch Auslegung des einzelnen Tatbestandes zu beurteilen (Schutznormlehre). Besondere Bedeutung hat dabei, ob die Norm auf eine öffentlich-rechtliche Lösung von Konflikten im privaten Horizontalverhältnis zielt⁴. Der durch § 4 Abs. 4 FinDAG angeordnete Ausschluss des amtschaftsrechtlichen Drittschutzes ist hier schon angesichts seiner Pauschalität lediglich indiziell, zumal der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hier ohnehin grundrechtlich und europäisch begrenzt ist⁵ und der subjektiv-historischen Regelungsabsicht des Gesetzgebers nur eingeschränkte Bedeutung zukommt⁶. Bei einzelfallbezogenen (Regulierungs-) Maßnahmen der Bundesanstalt ersetzt § 4 Abs. 4 FinDAG eine exakte Auslegung des Normprogramms nicht, sondern kann hier lediglich die norminterne Auslegung indiziell beeinflussen⁷, ohne eine strikte und kategorische Ausschlusswirkung zu haben. Erst recht kann die einfachrechtliche Aussage des § 4 Abs. 4 FinDAG den normexternen, grundrechtsorientierten Drittschutz nicht beeinträchtigen⁸.

Vor diesem Hintergrund sind die – in tendenziell abnehmender Zahl – an die Bundesanstalt gerichteten **Anlegerschwerden**⁹, mit denen Marktteilnehmer wirkliche oder vermeintliche Missstände im Wertpapierhandel rügen, in aller Regel nicht als förmliche Rechtsbehelfe, sondern als Petitionen i.S.v. Art. 17 GG zu behandeln. Die Bundesanstalt muss sich also mit ihnen befassen und dem Beschwerdeführer schriftlichen Bescheid über die Behandlung der Beschwerde geben, ohne dass hierfür eine weitergehende inhaltliche Begründung erforderlich ist. Beschwerden gegenüber einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen i.S.v. Art. 26 DelVO 2017/565 sind nicht an die Bundesanstalt adressiert und deshalb auch keine Petitionen; werden sie gem. § 87 Abs. 1 Satz 4 WpHG an die Bundesanstalt weitergeleitet, muss diese zwar prüfen, ob Anlass besteht, Maßnahmen nach § 87 Abs. 9 WpHG zu ergreifen, nicht aber die Beschwerdeführer bescheiden.

II. Rechtsschutz bei aufsichtlichem (verwaltungsbehördlichem) Handeln. Gegen aufsichtsrechtliches Tätigwerden oder Untätigbleiben der Bundesanstalt nach dem WpHG ist vorbehaltlich von Sonderregelungen der **Verwaltungsrechtsweg** gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet. Die Aufsichtstätigkeit der Bundesanstalt (§ 6 Abs. 1 Satz 1 WpHG) ist materielle Verwaltung¹⁰. Die Bundesanstalt ist im öffentlichen Interesse tätig (§ 4 Abs. 4 FinDAG); Anordnungen insbesondere nach § 6 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2–14 WpHG ergehen im Über-Unterordnungsverhältnis und enthalten einseitig verbindliche Regelungen; und nach der sog. Zuordnungs- oder Sonderrechtstheorie berechtigen und verpflichten die Ermächtigungsvorschriften des WpHG die Bundesanstalt gerade als Trägerin hoheitlicher Gewalt.

1. Widerspruch und Anfechtungsklage (§§ 42 Abs. 1 Alt. 1, 68ff. VwGO). Widerspruch und Anfechtungsklage sind nur statthaft, wenn sie eine Maßnahme der Bundesanstalt zum Gegenstand haben, die **Verwaltungs-**

1 EuGH v. 12.10.2004 – Rs. C-222/02, Paul u.a. / . Deutschland, Slg. 2004, I-9425; dazu v. Danwitz, JZ 2005, 729; Hafke, WuB I L 3 Sonstiges (RL 94/19/EWG) 1.05; Jaskulla, BKR 2005, 231; Rohlfing, WM 2005, 311; Sethe, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, S. 956 ff. m.w.N.

2 BGH v. 20.1.2005 – III ZR 48/01, BGHZ 162, 49 = VersR 2005, 1287 mit Anm. Bruns, EWiR 2005, 611; Danwitz, JZ 2005, 729; Hafke, WuB I L 3 Sonstiges (RL 94/19/EWG) 1.05; Schwintek, EWiR 2005, 793.

3 Thiele, Finanzaufsicht, 2014, S. 101.

4 Schmidt-Preuss, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 1992, S. 208 ff.

5 Schulze-Fielitz in Dreier, 3. Aufl. 2013, Art. 19 IV GG Rz. 63, 68 ff.

6 Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG Rz. 138.

7 Vgl. Sachs in Sachs, 7. Aufl. 2014, Art. 19 GG Rz. 132 m.N.

8 Bei „schwer und unerträglicher“ Grundrechtsbeeinträchtigung für Drittschutz deshalb Giesberts in KölnKomm. WpHG, § 4 WpHG Rz. 98, 100. Offener gegenüber einem „verwaltungsrechtlichen Drittschutz“ Zetzsche in Schwark/Zimmer, § 4 WpHG Rz. 12 ff.

9 Hierzu Schlette/Bouchon in Fuchs, § 4 WpHG Rz. 15.

10 S. nur Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 3 Rz. 10 ff. m.N.

akt i.S.v. § 35 VwVfG ist, nämlich eine hoheitliche Maßnahme, die die Bundesanstalt als Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist (§ 35 Satz 1 VwVfG), ggf. in Gestalt einer Allgemeinverfügung (§ 35 Satz 2 VwVfG). Aufgrund der abdrängenden Sonderzuweisung gem. § 6 Abs. 12 Satz 6 WpHG sowie § 6 Abs. 13 Satz 3 WpHG, welche jeweils als *lex specialis* vorgehen, kommt es auf § 23 EGGVG nicht an. In beiden Fällen ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht eröffnet.

- 15 Im WpHG kommen u.a. folgende **Verwaltungsakte der Bundesanstalt** in Betracht:
- *Anordnungen zur Durchsetzung der Verbote oder Gebote des WpHG* gem. § 6 Abs. 2 Satz 2 WpHG, wenn sie Einzelfälle mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen regeln;
 - *Untersagung oder Aussetzung des Handels mit Finanzinstrumenten* gem. § 6 Abs. 2 Satz 4 WpHG und *Aussetzung des Vertriebs oder Verkaufs von Finanzinstrumenten oder strukturierten Einlagen* gem. § 6 Abs. 2 Satz 5 WpHG. In beiden Fällen handelt sich um eine Allgemeinverfügung gem. § 35 Satz 2 VwVfG¹, die zwar an einen nur nach allgemeinen Merkmalen bestimmbaren Personenkreis adressiert ist, jedoch durch den Bezug auf ein bestimmtes Finanzinstrument (oder mehrere) oder strukturierte Einlagen und einen bestimmten Missstand, durch den räumlich-gegenständlichen Bezug auf diejenigen im Inland gelegenen organisierten Märkte, auf denen das Finanzinstrument gehandelt wird, und durch die erforderliche zeitliche Begrenzung („vorübergehend“) einen hinreichenden Einzelfallbezug aufweist;
 - *Verlangen, die Größe von Positionen oder offenen Forderungen in Finanzinstrumenten zu verringern* gem. § 9 Abs. 1 WpHG. Die Vorschrift ermächtigt die Behörde zur Begründung einer Rechtpflicht des Adressaten, der verpflichtet ist dieser nachzukommen;
 - *Einschränkung der Möglichkeit, eine Position in Warenderivaten einzugehen/Festlegung von Positionslimits nach §§ 54, 55 WpHG* gem. § 9 Abs. 2 WpHG. Die jeweiligen Maßnahmen der Behörde stellen Verwaltungsakte dar. Ihre Regelungswirkung besteht in dem rechtsverbindlichen Verbot an den Adressaten der Verfügung, eine Position in Warenderivaten einzugehen bzw. eine eindeutige quantitative Schwellengröße einer Position in einem Warenderivat (Positionslimit) zu überschreiten;
 - *Auskunfts-, Vorlage- und Überlassungs- (bzw. Herausgabe-)verlangen* gem. § 6 Abs. 3, 4 WpHG, § 7 Abs. 1, 2 WpHG, § 8 Abs. 1, 2 WpHG, § 10 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 WpHG. Zwar handelt es sich z.T. um behördliche Verfahrenshandlungen i.S.v. § 44a Satz 1 VwGO, die an sich nur gleichzeitig mit Rechtsbehelfen gegen die Sachentscheidung angefochten werden können. Die selbständige Anfechtbarkeit ergibt sich jedoch aus § 44a Satz 2 Alt. 1 VwGO, da die genannten Maßnahmen vollstreckt werden können (s. noch Rz. 40), und auch aus Alt. 2, wenn sie gegenüber am Überwachungsverfahren nicht selbst Beteiligten ergehen;
 - *Ladung einer Person* zur Vernehmung gem. § 6 Abs. 3 WpHG²; das soeben zu § 44a VwGO Ausgeführte gilt hier entsprechend. Auch handelt es sich nicht um einen Fall des § 23 Abs. 1 Satz 1 EGGVG, da die Ladung hier nicht primär zu repressiven Zwecken erfolgen soll, sondern zu präventiven, was aus dem Wortlaut „für die Überwachung der Einhaltung eines Verbots oder Gebots“ sowie dem Sinn und Zweck der Vorschrift folgt. Folglich ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet;
 - *Unterlassungsverlangen, Untersagung bestimmter Tätigkeiten* gem. § 6 Abs. 6, 7, 8, 10 WpHG, § 10 Abs. 1, 2 Satz 3 Nr. 3 WpHG. Auch hierbei handelt es sich um den Adressaten verbindlich verpflichtende Verbote;
 - *Verlangen, das Betreten von Räumlichkeiten zu gestatten*, gem. § 6 Abs. 11 WpHG; das soeben zu § 44a VwGO Ausgeführte gilt hier entsprechend. Das schlichte Betreten dürfte demgegenüber nur ein Realakt sein;
 - *Auskunfts- und Vorlageverlangen* gegenüber Beschäftigten der Bundesanstalt gem. § 28 Abs. 2 Satz 1 WpHG. Sie betreffen die Privatsphäre der Beschäftigten und deren privates wirtschaftliches Handeln und entfalten in diesem Sinne Außenwirkung, sind also nicht bloße Innenrechtshandlungen wie z.B. Organisationsakte der Bundesanstalt;
 - *Nachweisverlangen* nach § 42 WpHG;
 - *Anordnungen von Prüfungen* gem. § 88 Abs. 1 WpHG und *Auskunfts-* sowie *Vorlageverlangen* gem. § 88 Abs. 2 WpHG;
 - *Verlangen, einen anderen Prüfer zu bestellen* gem. § 78 Abs. 3 Satz 2 WpHG, und *Bestimmungen über den Inhalt von Prüfungen* gem. § 78 Abs. 4 Satz 1 WpHG;
 - *Untersagung bestimmter Arten der Werbung* gem. § 92 Abs. 1 WpHG;
 - *Untersagung der Ausführung von Aufträgen in elektronischen Handelssystemen* gem. § 105 WpHG.
- 16 Demgegenüber ist es **nicht** möglich, mit Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Maßnahmen der Bundesanstalt vorzugehen, die

1 In diesem Sinne hat die Bundesanstalt das im Zuge der Weltfinanzkrise 2008 ergangene Verbot von Leerverkäufen der Aktien bestimmter Unternehmen der Finanzbranche durch (auf § 4 Abs. 1 [nunmehr § 6 Abs. 1] WpHG gestützte) Allgemeinverfügung vom 19.9.2008 erlassen; s. hierzu Zimmer/Beisken, WM 2010, 485 ff.

2 Ebenso Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, 2005, S. 205 m.N.

- **bloße Realakte** ohne rechtliche Regelungswirkung sind. Dazu gehören u.a. *Veröffentlichungen* und *Bekanntmachungen* der Bundesanstalt, aber auch die *Anzeige* gem. § 11 WpHG, die zwar ggf. die faktische Konsequenz hat, dass eine Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren einleitet, aber ebenso wenig wie eine private Strafanzeige selbständig rechtlich anfechtbar ist;
- **bloße Innenrechtsakte** sind. Dazu gehören nicht nur *interne Organisationsakte* der Bundesanstalt, sondern auch *Maßnahmen der Zusammenarbeit* der Bundesanstalt mit anderen Behörden im Inland (§ 17 WpHG) oder mit zuständigen Stellen im Ausland (§ 18 WpHG). Bloße Innenrechtsakte sind auch *Verwaltungsvorschriften* der Bundesanstalt, auch wenn sie mittelbar Außenwirkung entfalten wie bei norminterpretierenden, normkonkretisierenden oder ermessensleitenden Verwaltungsvorschriften wie z.B. *Richtlinien* i.S.v. § 45 WpHG;
- **bloße Verfahrenshandlungen** i.S.v. § 44a Satz 1 VwGO sind, es sei denn, die Voraussetzungen des § 44a Satz 2 VwGO sind erfüllt (s. Rz. 40);
- als **Rechtsetzungskakte** einzurichten sind. Dazu gehören insbesondere *Rechtsverordnungen* der Bundesanstalt (s. noch Rz. 27 ff.), aber auch die Anerkennung einer zulässigen Marktpraxis nach Art. 13 VO Nr. 596/2014, z.T. unter Mitwirkung der ESMA (s. Art. 13 VO Nr. 596/2014 Rz. 80 ff.).

Gemäß § 42 Abs. 2 VwGO ist die Anfechtungsklage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt in seinen, d.h. eigenen Rechten betroffen zu sein. Dieses Erfordernis einer besonderen **Anfechtungsbefugnis** gilt im Widerspruchsverfahren entsprechend als Erfordernis einer besonderen **Widerspruchsbefugnis**¹.

Die Widerspruchs- bzw. Anfechtungsbefugnis ergibt sich für die **Adressaten belastender Verwaltungsakte** der Bundesanstalt bereits aus deren Adressatenstellung und Belastung in Verbindung mit der als möglich geltend gemachten Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts. Dann kommt es nicht darauf an, ob der Adressat selbst Verfahrensbeteiliger, insbesondere Betroffener eines Überwachungsverfahrens, sonst Verantwortlicher oder „Störer“ ist. Demgegenüber können **belastete Nichtadressaten** („Dritte“) nur dann widerspruchs- bzw. anfechtungsbefugt sein, wenn sie die Verletzung einer Rechtsnorm geltend machen, die ihnen ein subjektives öffentliches Recht vermittelt und in diesem Sinne drittgeschützend ist. Wegen § 4 Abs. 4 FindAG (s. Rz. 23) vermitteln die Vorschriften des WpHG im Grundsatz keinen solchen Drittschutz². Wenig geklärte, interessante und heikle Grenzfragen wirft insoweit freilich die *Handelsuntersagung oder -aussetzung* gem. § 6 Abs. 2 Satz 4 WpHG auf. Da sie als Allgemeinverfügung ad incertas personas adressiert ist und grundrechtlich geschützte Positionen aus Art. 2, 12 und 14 GG betrifft, kann sie nicht mit der Begründung, es handele sich um eine Maßnahme lediglich im öffentlichen Interesse, als unanfechtbar eingordnet werden. Widerspruchs- und anfechtungsbefugt dürfte jedenfalls die Geschäftsführung der Börsen bzw. Märkte sein, auf denen das betroffene Finanzinstrument gehandelt wird; zu denken ist aber auch an Kapitalmarktintermediäre und auch Anleger, mögen sie auch nicht formelle Adressaten einer Anordnung nach § 6 Abs. 2 Satz 4 WpHG sein³.

Dass gegen Verwaltungsakte der Bundesanstalt ein **Widerspruchsverfahren** stattfindet, ergibt sich bereits aus § 68 Abs. 1 Nr. 1 VwGO, da es sich bei der Bundesanstalt – anders als bei dem Bundesministerium der Finanzen – nicht um eine *oberste Bundesbehörde* handelt⁴ und wird in § 6 Abs. 25 WpHG vorausgesetzt. – Der Widerspruch muss **innerhalb eines Monats** nach Bekanntgabe **schriftlich oder zur Niederschrift**⁵ bei der Bundesanstalt eingereicht werden. Die Frist beginnt aber nur zu laufen, wenn eine ordnungsgemäße Rechtsbelehrung erfolgte; andernfalls gilt gem. § 70 Abs. 2 VwGO die Ausschlussfrist des § 58 Abs. 2 VwGO. – Der Widerspruch hat gem. § 13 WpHG **keine aufschiebende Wirkung**, die gem. § 80 Abs. 4, 5 VwGO wieder hergestellt werden kann, s. noch Rz. 1. – Im Widerspruchsverfahren wird nicht nur die Recht-, sondern auch die Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts geprüft. Die Bundesanstalt kann dem Widerspruch gem. § 72 VwGO **abhelfen**.

17

18

19

1 Allg. M.; vgl. *Kothe* in Redeker/v. Oertzen, 16. Aufl. 2014, § 70 VwGO Rz. 11.

2 Krit. *Zetsche* in Schwark/Zimmer, § 4 WpHG Rz. 14: „Vom Generalausschluss aller subjektiv-öffentlichen Rechte ist in den Gesetzesmaterialien nichts zu lesen“; der, a.a.O., gemachte Vorschlag, kollektive Sachwalter wie Verwahrstellen (§ 78 KAGB), Treuhänder (§§ 7ff. PfandBG) oder Gemeinsame Vertreter (§ 7 SchVG) als klagebefugt anzusehen, läuft aber auf eine dem Gesetzgeber vorbehaltene Verbands- oder Sammelklagebefugnis hinaus. – Offener als hier gegenüber einem verwaltungsrechtlichen Drittschutz auch *Schlette/Bouchon* in Fuchs, § 4 WpHG Rz. 11.

3 Die in Fn. 1 zu Rz. 15 erwähnte Allgemeinverfügung vom 19.9.2008 (Verbot bestimmter Leerverkäufe) nimmt von vornherein Aufgabegeschäfte durch Skontoführer und Geschäfte von Personen, die sich vertraglich verpflichtet haben, verbindliche Angebote zu stellen (z.B. Market Maker, Designated Sponsors) von dem Verbot aus und bestimmt im Übrigen, dass auf schriftlichen Antrag Ausnahmen zugelassen werden können. Das verschiebt den Rechtsschutz von der Anfechtung hin zur Verpflichtungs- bzw. Bescheidungsklage.

4 Zum Begriff der obersten Bundesbehörde s. nur *Kothe* in Redeker/v. Oertzen, 16. Aufl. 2014, § 68 VwGO Rz. 12 m.N.

5 Die Bundesanstalt ermöglicht die rechtswirksame Übermittlung elektronischer Dokumente i.S.d. § 3a VwVG über folgende ausschließliche Kommunikationsadressen: qes-posteingang@bafin.de für die Übermittlung qualifiziert elektronisch signierter Dokumente per E-Mail bzw. poststelle@bafin.de für die Übermittlung per De-Mail, s. https://www.bafin.de/DE/Service/TopNavigation/Kontakt/RechtswirksameKommunikation/rechtswirksame_kommunikation_node.html. Die Einlegung eines Widerspruchs auf mündlichem, ggf. telefonischem Wege ist dagegen ausgeschlossen.

Andernfalls erlässt die Bundesanstalt selbst als Widerspruchsbehörde (§ 73 Abs. 1 Nr. 2 VwGO) einen **Widerspruchsbescheid**, der seinerseits mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen ist (§ 73 Abs. 3 Satz 1 VwGO).

- 20 Im anschließenden **Verfahren der Anfechtungsklage** genügt zur Bezeichnung des Beklagten jedenfalls die Angabe, die Klage richte sich gegen die **Bundesanstalt** (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO); im Hinblick auf die Rechtspersönlichkeit der Bundesanstalt (§ 1 Abs. 1 FinDAG) ist sie – nicht die Bundesrepublik Deutschland – die richtige Beklagte (vgl. auch § 18 Abs. 1 FinDAG). – § 1 Abs. 3 Satz 1 FinDAG bestimmt, dass für Klagen gegen die Bundesanstalt Frankfurt/M. als Sitz der Bundesanstalt gilt, so dass das **VG Frankfurt/M.** örtlich zuständig ist (vgl. § 52 Nr. 2 VwGO)¹. – Die Klage hat gem. § 13 WpHG **keine aufschiebende Wirkung**.
- 21 Gegenstand der Anfechtungsprüfung einer auf § 6 Abs. 2 Satz 2 WpHG gestützten Anordnung sind regelmäßig die Tatbestandsmerkmale der Verbote und Gebote jener Gesetze, auf die Satz 1 verweist, wobei eine Weiterverweisung wiederum möglich ist². Im Übrigen ist es der Bundesanstalt verwehrt, getroffene Maßnahmen erst im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf zusätzliche Ermächtigungsgrundlagen zu stützen, wenn diese eine Ermessensausübung vorsehen und die Bundesanstalt deren spezifisches Ermessen im Verwaltungsverfahren nicht bereits ausgeübt hat; so im Verhältnis zwischen den Ermächtigungsgrundlagen des § 6 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 1 Satz 3 WpHG³.
- 22 **2. Fortsetzungsfeststellungsklage (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO)**. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO lässt es zu, im Wege der Klageänderung auf den Antrag überzugehen, die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts festzustellen, wenn sich ein Verwaltungsakt durch Rücknahme oder anders **erledigt**. Diese sog. **Fortsetzungsfeststellungsklage** ist auch dann möglich, wenn sich der Verwaltungsakt bereits vor Rechtshängigkeit erledigt hat⁴, z.B. wenn die von der Bundesanstalt verlangte Auskunft erteilt, die Urkunde vorgelegt oder das Betroffen gestattet worden ist (vgl. § 6 Abs. 3, 11 WpHG), etwa um Zwangsmittel zu vermeiden (s. § 6 WpHG Rz. 52 ff.). In diesen Fällen kommt eine Anfechtungsklage nicht mehr in Betracht; nach h.A. bedarf es dann auch nicht mehr zwingend der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens, und die diesbezüglichen Fristen sind nach h.A. nicht mehr zwingend einzuhalten⁵. Zulässig ist die Fortsetzungsfeststellungsklage aber nur, wenn neben der allgemeinen Anfechtungsbefugnis zudem ein besonderes **Feststellungsinteresse** besteht⁶. Es kann sich aus *konkreter Wiederholungsgefahr*, aus einem *Rehabilitationsinteresse*, insbesondere mit Blick auf ein anhängiges Strafverfahren (im vorliegenden Zusammenhang gem. § 119 WpHG) und daraus ergeben, dass in den *Schutzbereich eines Grundrechts* (z.B. aus Art. 13 GG im Falle des Betretens, § 6 Abs. 11 WpHG) eingegriffen worden ist. Tritt Erledigung nach Klageeinreichung ein, kann auch eine beabsichtigte **Amtshaftungsklage** ein Feststellungsinteresse begründen.
- 23 **3. Widerspruch und Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 2, §§ 68ff. VwGO)**. Unterlässt es die Bundesanstalt, einen Verwaltungsakt zu erlassen, so sind gegen dieses Unterlassen im Ausgangspunkt Widerspruch und Verpflichtungsklage statthaft (§ 42 Abs. 1 Alt. 2, § 68 Abs. 2 VwGO). Allerdings setzen diese Rechtsschutzmöglichkeiten eine Widerspruchs- und Verpflichtungsbefugnis in dem Sinne voraus, dass der Widerspruchsführer bzw. Verpflichtungskläger ein eigenes subjektives öffentliches Recht auf Erlass des begehrten Verwaltungsakts geltend machen müssen (vgl. § 42 Abs. 2 VwGO), sei es auch nur als Recht auf rechtsfehlerfreie Ermessensausübung. An dieser Stelle wirkt sich § 4 Abs. 4 FinDAG im Grundsatz in der Weise aus, dass Marktteilnehmer im Ausgangspunkt **kein subjektives öffentliches Recht** haben, dass die Bundesanstalt Anordnungen gem. § 6 Abs. 1 Satz 3 WpHG zur Beseitigung von Missständen oder Anordnungen gem. § 6 Abs. 2 Satz 2 WpHG zur Durchsetzung der Verbote und Gebote des WpHG trifft; erst recht gibt es **kein subjektives öffentliches Recht** darauf, dass gem. § 6 Abs. 3 WpHG die Erteilung von Auskünften oder die Vorlage von Unterlagen verlangt werden können.
- 24 Gleichwohl gibt es im WpHG **Ausnahmefälle**, in denen Widerspruch und Verpflichtungsklage möglich erscheinen, weil und soweit ausnahmsweise subjektive öffentliche Rechte bestimmter Marktteilnehmer auf Erlass eines sie begünstigenden Verwaltungsakts unter bestimmten Voraussetzungen anzuerkennen sind. Ein Indiz hierfür ist, wenn das Gesetz bzw. die EU-Verordnung ein Antragsrecht vorsehen. Zu denken ist u.a. an die Weigerung der Bundesanstalt,
– die Nichtberücksichtigung bestimmter Stimmrechte gem. § 36 Abs. 1, 3 WpHG **zuzulassen**;

1 Nach der Geschäftsverteilung 2017 (zugänglich über <http://www.vg-frankfurt.justiz.hessen.de>) ist dort die 7. Kammer für Finanzdienstleistungsaufsichtsrecht zuständig; für Fragen des IFG (auch bezüglich der BaFin) ist die 11. Kammer zuständig.

2 Vgl. VG Frankfurt/M. v. 21.11.2014 – 7 L 2291/14, BeckRS 2015, 49308, Rz. 89 und 98 im Hinblick auf § 31 Abs. 4a und Abs. 4 WpHG a.F. (heute § 55 Abs. 10 WpHG mit Verweis auf Art. 54 und 55 DurchfVO 2017/1110 [DurchfVO MiFID II]); Hess. VGH v. 1.10.2014 – 6 A 923/13, WM 2015, 282, 284 im Hinblick auf § 31 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WpHG a.F. i.V.m. § 125 InvG a.F. (gestützt nunmehr auf das KAGB, s. WM 2015, 284).

3 Vgl. VG Frankfurt/M. v. 20.8.2012 – 9 K 87/11.F, BeckRS 2012, 59957 und juris Rz. 23.

4 Statt aller *Redeker* in Redeker/v. Oertzen, 16. Aufl. 2014, § 113 VwGO Rz. 50 m.N.

5 S. *Redeker* in Redeker/v. Oertzen, 16. Aufl. 2014, § 113 VwGO Rz. 50 m.N. (auch zur Gegenauaffassung).

6 S. – auch zum Folgenden – *Redeker* in Redeker/v. Oertzen, 16. Aufl. 2014, § 113 VwGO Rz. 45 ff.

- einen Inlandsemittenten mit Sitz im Ausland gem. § 46 WpHG von Veröffentlichungspflichten nach §§ 40 Abs. 1, 41 WpHG zu *befreien*;
- von jährlichen Prüfungen gem. § 89 Abs. 1 Satz 3 WpHG *abzusehen*; und
- eine *Erlaubnis* für einen ausländischen organisierten Markt gem. § 102 WpHG zu erteilen.

Diese Vorschriften begünstigen bestimmte juristische oder natürliche Personen unter bestimmten tatbestandlichen Voraussetzungen, mögen sie auch Beurteilungs- und Ermessensspielräume enthalten; die Ausnahmetatbestände sind vor dem grundrechtlichen Hintergrund der Art. 2, 12 und 14 GG zu sehen. All das spricht für ein subjektives öffentliches Recht zumindest auf fehlerfreie Ermessensausübung, das durch Widerspruch und Verpflichtungsklage durchgesetzt werden kann.

4. Leistungs- und Feststellungsklage (§ 43 VwGO). Wird die Bundesanstalt anders als durch Verwaltungsakte tätig oder unterlässt sie ein Verhalten, das nicht als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist, so kommt eine **allgemeine Leistungs- oder eine Feststellungsklage** gem. § 43 VwGO in Betracht, beispielsweise wenn der Bevollmächtigte gegen eine öffentliche Bekanntgabe einer unanfechtbaren Maßnahme gem. § 123 WpHG vorgehen will, sofern die Entscheidung zur Bekanntgabe nicht bereits als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist. In derartigen Fällen ist allerdings das erforderliche *Rechtsschutzinteresse* unter Berücksichtigung des § 4 Abs. 4 FinDAG sorgfältig zu prüfen. Bei Leistungsklagen verlangt die h.A. eine § 42 Abs. 2 VwGO entsprechende mögliche Verletzung eigener Rechte, d.h. ein eigenes subjektives öffentliches Recht des Klägers darauf, dass die begehrte Leistung (Tun oder Unterlassen) erbracht werde. Bei Feststellungsklagen genügt ein berechtigtes Interesse, nämlich ein schutzwürdiges Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch nur ideeller Art¹. Zu denken ist schließlich an eine **vorbeugende Unterlassungsklage**, wenn die Bundesanstalt beabsichtigt, gegen einen Marktteilnehmer Maßnahmen zu ergreifen. Zwar muss in derartigen Fällen regelmäßig die Maßnahme abgewartet werden; jedoch ist nach h.A. eine vorbeugende Unterlassungsklage ausnahmsweise zulässig, wenn die Zuwiderhandlung gegen die drohende Maßnahme, insbesondere gegen einen drohenden Verwaltungsakt, straf- oder bußgeldbewehrt ist, wie dies im WpHG teilweise der Fall ist (vgl. § 120 Abs. 12 WpHG)². An eine Unterlassungsklage ist insbesondere zu denken, wenn die Bundesanstalt eine **öffentliche Warnung** gem. §§ 6 Abs. 2 Satz 3, Abs. 9, 10 Abs. 2 Satz 3 Nr. 4, Abs. 2 Satz 3 Nr. 1, Nr. 3 lit. b WpHG aufgrund eines Regelverstoßes eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens oder Emittenten vornimmt. Dem modernen Eingriffsbegriff – nach dem auch eine lediglich mittelbar auf die staatliche Handlung zurückführbare Beeinträchtigung des Klägers einen Eingriff in dessen Rechte darstellt – folgend, besteht bei staatlichen Warnungen die für die Zulässigkeit von Leistungs- und Feststellungsklage ebenfalls zufordernde Klagebefugnis gem. § 42 Abs. 2 VwGO analog.

5. Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen. Auch wenn sich der Schwerpunkt bei untergesetzlichen Normen von der nationalen auf die europäische Ebene verlagert hat, gibt es nach wie vor Verordnungsermächtigungen für das BMF oder die BaFin.

Rechtsschutz gegen Rechtsverordnungen kann nicht von vornherein mit dem Argument versagt werden, es handele sich um Rechtsetzung im ausschließlich öffentlichen Interesse; vielmehr können derartige Rechtsverordnungen belastende Verpflichtungen der Normadressaten begründen, die in grundrechtlich geschützte Positionen aus Art. 2, 12, 14 GG eingreifen können³. Allerdings kommt **kein verwaltungsgerichtliches Normenkontrollverfahren** gem. § 47 Abs. 1 VwGO in Betracht, da es sich um bundesrechtliche Rechtsverordnungen außerhalb des BauGB handelt; eine Analogie scheidet mangels planwidriger Regelungslücke aus. Bei selbstvollziehenden Verordnungen und bei positivem Rechtsschutz durch Verordnungserlass können hier Rechtsschutzlücken bestehen⁴, soweit die inzidente Normenkontrolle wirksamen Rechtsschutz nicht gewährleistet. In solchen Fällen ist eine auf Feststellung der Nichtigkeit einer Bundesrechtsverordnung gerichtete **allgemeine Feststellungsklage** nach § 43 Abs. 1 VwGO zulässig⁵.

§§ 112, 113 WpHG enthalten besondere Vorschriften über den **Rechtsschutz gegen Verfügungen der Bundesanstalt bei der Überwachung von Unternehmensabschlüssen** (sog. Enforcement-Verfahren) gem. §§ 106 ff. WpHG. Zu den Einzelheiten s. die dortigen Kommentierungen.

6. Einstweiliger Rechtsschutz. In § 13 WpHG, aber auch in §§ 88 Abs. 3, 89 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2, 112 Abs. 2 WpHG ordnet der Gesetzgeber an, dass Widerspruch und Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben. In diesen Fällen kann einstweiliger Rechtsschutz durch Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gem. § 80 Abs. 4, 5 VwGO bzw. bei § 112 Abs. 2 WpHG über § 113 Abs. 2 WpHG i.V.m. § 50 Abs. 3 WpÜG gewährt werden; zu den Einzelheiten s. die dortigen Kommentierungen. Der einstweilige Rechtsschutz nach § 123 VwGO ist hierzu subsidiär (§ 123 Abs. 5 VwGO), kann aber z.B. in Bereichen in Betracht kommen, in denen in der Hauptsache Verpflichtungsklage zu erheben wäre. Hingegen kann der Bundesanstalt nicht über

1 S. nur von *Nicolai* in Redeker/v. Oertzen, 16. Aufl. 2014, § 43 VwGO Rz. 20.

2 S. *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht, 14. Aufl. 2014, Rz. 361 m.N.

3 BVerwG v. 28.1.2010 – 8 C 19/09, BVerwGE 136, 54.

4 Vgl. zum Folgenden *Rupp*, NVwZ 2002, 286ff. m.N.

5 BVerwG v. 28.1.2010 – 8 C 19/09, BVerwGE 136, 54 (atypische Feststellungsklage).

§ 123 VwGO untersagt werden, einen (möglichen oder beabsichtigten) Verwaltungsakt wie z.B. eine Handelsuntersagung zu erlassen: Das Gesetz geht davon aus, dass einstweiliger Rechtsschutz erst nach Erlass des Verwaltungsakts über § 80 VwGO gewährt wird; erst dann steht fest, ob und in welcher Weise der Betroffene belastet wird; das qualifizierte Rechtsschutzinteresse, das ausnahmsweise einen derart weit vorgelagerten vorbeugenden Rechtsschutz tragen könnte, ist nicht bereits dadurch begründet, dass allein der Erlass eines belastenden Verwaltungsakts durch die Bundesanstalt geschäftsschädigend wirken kann¹.

- 31 **III. Ansprüche auf Informationszugang und Rechtsschutz.** Mit dem Urteil vom 19.6.2018 in der Rechtssache Baumeister² eine abschließende und befriedigende Klärung an den Schnittstellen von nationalem Verwaltungsrecht und europäischem materiellen Rechtsrahmen gefunden hat das Thema allgemeiner Informationszugangsrechte nach dem deutschen IFG. Fraglich war hier, ob das Informationszugangsrecht nach § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG auf generelle Weise durch das sog. „Berufsgeheimnis“ ausgeschlossen ist, das in den europäischen Kapitalmarkt- und Finanzaufsichtsrichtlinien in unterschiedlichen Formulierungen nicht nur – individuell – für Bedienstete und Beauftragte der Aufsicht, sondern auch, institutionell, für die Aufsicht selbst angeordnet ist. Hintergrund sind beispielsweise Versuche von Marktteilnehmern, die – mit Blick auf Zivilrechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Insiderhandel oder Marktmanipulation – ein Interesse an den aufsichtlich gewonnenen Informationen haben (s. dazu restriktiv Döhmel, § 21 WpHG Rz. 65 ff.). Als Behörde des Bundes ist die Bundesanstalt eine informationspflichtige Stelle nach § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG. Anspruchsgegenstand sind amtliche Informationen, die bereits vorhanden sind, so dass insofern weder ein Anspruch auf Beschaffung noch Aufarbeitung von Informationen besteht³. Insbesondere ergibt sich daher auch aus dem IFG kein Anspruch Privater auf Tätigwerden der Bundesanstalt im Sinne einer Informationsbeschaffung unter Einsatz ihrer Befugnisse bei Dritten.
- 32 Evident ist, dass dem Informationszugang § 3 Nr. 1 lit. g Alt. 3 IFG entgegenstehen kann, soweit das Bekanntwerden der Informationen nachteilige Auswirkungen auf die Durchführung strafrechtlicher oder ordnungswidrigkeitsrechtlicher Ermittlungen hat. Die Rechtsprechung legt die dem Wortlaut nach weite Tatbestandsfassung der Informationsversagung in Anlehnung an die Vorschriften zur Akteneinsicht aus der StPO einschränkend aus und verlangt eine auf Tatsachen begründete Prognose im Hinblick auf die konkret verlangten Informationen⁴, so dass ein pauschaler Verweis auf laufende Ermittlungen nicht ausreicht. Strittig ist, inwieweit der strenge Maßstab des § 147 StPO Anwendung finden sollte⁵. Der Ausschlussgrund ist bei eingriffsintensiven heimlichen Aufklärungsmaßnahmen der BaFin fehlkonstruiert, da die Berufung der Behörde auf ihn den Verdacht offenlegt.
- 33 Die praktisch bedeutsamste Ausnahme zum Informationsanspruch ist die Verschwiegenheitspflicht der Bundesanstalt im Hinblick auf den Schutz von Kontroll- und Aufsichtsaufgaben einer Finanz- oder Regulierungsbehörde nach § 3 Nr. 4 IFG i.V.m. § 9 KWG. Dort verlangt die Rechtsprechung, dass die Bundesanstalt im Hinblick auf die Ausnahme der Gefährdung ihrer Kontroll- oder Aufsichtsaufgaben nach § 3 Nr. 1 lit. d IFG die konkrete Möglichkeit einer erheblichen und spürbaren Beeinträchtigung der Aufgabenerfüllung als Folge des Informationszugangs darlegt⁶. In der Praxis erkennt die Rechtsprechung eine Gefährdung kaum an, wobei als Schutzgut die Finanzstabilität in Frage kommt, soweit die Offenlegung z.B. von Kreditrisiken einer Großbank Finanzakteure weiter verunsichert⁷. Für die BaFin attraktiver wäre es, wenn § 9 KWG, § 21 WpHG als spezialgesetzliche Geheimhaltungsvorschriften i.S.v. § 3 Nr. 4 IFG fungierten. Der EuGH tendierte ursprünglich dazu, aus der entsprechenden Richtlinienbestimmung⁸ einen Per-Se-Schutz des aufsichtlichen Amtsgeheimnisses *unabhängig* vom materiellen Geheimnischarakter einer Information und realen Vertraulichkeitsinteressen abzuleiten⁹, so dass es auf den ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis positiv voraussetzenden Ausnahmegrund des § 6 IFG gar nicht mehr ankam.¹⁰ Damit spielte für die Finanzmarktaufsicht die Argumentationsfigur keine Rolle, ein Informationsanspruch bestehe im Hinblick auf die Offenlegung von Rechtsverstößen, da es dann an der Schutzwürdigkeit des Geheimnisinhabers mangelte¹¹.
- 34 Ebenso wenig wäre dann gesondert zu prüfen, ob die BaFin eine Finanz- oder Regulierungsbehörde i.S.d. § 3 Nr. 1 lit. d IFG¹² ist. Die ursprüngliche Rechtsprechung des EuGH, die aus dem „Berufsgeheimnis“ in der Fi-

1 VG Frankfurt/M. v. 2.7.2004 – 9 G 3115/04, juris, Rz. 3 ff.

2 EuGH v. 19.6.2018 – Rs. C-15/16, Rz. 46, 51, 57.

3 Gurlit, NZG 2014, 1161, 1162 f.

4 BVerwG v. 27.11.2014 – 7 C 18/12, NVwZ 2015, 823; VGH Kassel v. 21.3.2012 – 6 A 1150/10, DVBl. 2012, 701 ff.; s. Zietsch/Weigand, WM 2013, 1785, 1787 ff.

5 Dafür Zietsch/Weigand, WM 2013, 1785, 1790.

6 VGH Kassel v. 21.3.2012 – 6 A 1150/10, DVBl. 2012, 701 m.N.

7 Gurlit, NZG 2014, 1161, 1166.

8 Entschieden für Art. 54 RL 2004/39/EG; im geltenden Recht sind entsprechende Schutzklauseln u.a. in Art. 27 VO Nr. 596/2014 und Art. 76 RL 2014/65/EU vorhanden.

9 EuGH v. 12.11.2014 – Rs. C-140/13, Altmann u.a.; so noch GA Bot in der Rechtssache C-15/16 – Baumeister.

10 Zum Verhältnis der §§ 3, 4 und 5, 6 IFG Schoch, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 3–6 IFG Rz. 71.

11 Gurlit, NZG 2014, 1161, 1164 f.

12 Schoch, 2. Aufl. 2016, § 3 IFG Rz. 77 m.w.N.

nanzmarktaufsicht eine generelle Sperre gegen nationale Informationszugangsansprüche annahm¹, respektierte zu wenig die nationale **Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten** im Verwaltungsorganisations- und Verwaltungsverfahrensrecht, zu der der Informationszugang wie erst recht die Akteneinsichtsrechte gehören. Sie führte in ihrer nicht überzeugenden Absolutheit zudem auch im Ergebnis in kaum auflösbare Widersprüche zur Rechtsprechung des EuGH beispielsweise im Kartellrecht² und kann die Verwerfungen bei verwaltungsrechtlichen, verfassungs- und europäisch-grundrechtlichen Verteidigungsrechte nur äußerst mühsam wieder einfangen³. Zutreffend hat sie der EuGH am 19.6.2018 kassiert und das „Berufsgeheimnis“ an die sonst gelgenden Grundsätze angepasst und auf Geschäftsgeheimnisse (und personenbezogene Daten) beschränkt, wie sie insbesondere im Evonik-Degussa-Urteil entwickelt worden sind⁴. Damit lassen sich die europäischen Wertungen (nun wohl) besser über die § 6 IFG in das nationale Recht als bindende Direktiven für die einzelfallbezogene Abwägung integrieren als über § 3 Nr. 4 IFG.

Gegen die ablehnende Entscheidung der Bundesanstalt sind gem. § 9 Abs. 4 IFG Widerspruch und Verpflichtungsklage zulässig, wobei nach Satz 2 der 8. Abschnitt der VwGO ausdrücklich Anwendung findet⁵. Im Rahmen des Verwaltungsprozesses kann daneben das Akteneinsichtsrechts der Beteiligten nach § 100 VwGO den Streitgegenstand erledigen. Gegen die Vorlage der amtlichen Information auf diesem Wege kann die Bundesanstalt sich allerdings auf eine Sperrerkklärung nach § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO i.V.m. § 4c FinDAG berufen. Diese wiederum unterliegt auf Antrag des Klägers einer Überprüfung vor einem Fachsenat des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs in Form des in-camera-Verfahrens gem. § 99 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 189 VwGO unter Ausschluss der Beteiligten, wobei diesem Verfahren regelmäßig präjudizielle Wirkung zukommt. Nach der Rechtsprechung des BVerwG sind die prozessualen Verweigerungsgründe gem. § 99 Abs. 1 Satz 2 VwGO von den materiellen Geheimhaltungsgründen nach dem IFG jedoch insofern entkoppelt, als dass danach die Verschwiegenheitspflichten der § 9 KWG, § 21 WpHG nicht „nach einem Gesetz“ als geheimhaltungsbedürftig gelten, sondern „ihrem Wesen nach“⁶. Dies erfordert von der Bundesanstalt eine Ermessensausübung, die zwar faktisch – jedoch nicht rechtlich – anhand der § 9 KWG, § 21 WpHG vorgezeichnet ist⁷. Außerdem kann das Ermessen dann rechtlich zwingend vorgezeichnet sein, wenn im Rahmen von Dreieckskonstellationen grundrechtlich geschützte private Interessen an der Geheimhaltung bestehen⁸, insbesondere Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse.

Im Rahmen des europäischen Informationsaustausches greift als europarechtliches Pendant zum IFG die Verordnung Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission. Übermittelt die Bundesanstalt amtliche Informationen an die ESMA, tritt dort die Anspruchsgrundlage aus der Verordnung Nr. 1049/2001 an die Stelle der IFG-Ansprüche. Dasselbe gilt spiegelverkehrt, sobald die Bundesanstalt Informationen vonseiten der ESMA erhält⁹. ESMA und Bundesanstalt sind gem. Art. 4 Abs. 4 bzw. Art. 5 VO Nr. 1049/2001 jeweils zur Konsultation verpflichtet, entscheiden dann aber anhand ihres jeweiligen Rechtsrahmens, respektive Verordnung Nr. 1049/2001 bzw. IFG. Darüber hinaus kann sich die Bundesanstalt nach Art. 4 Abs. 5 VO Nr. 1049/2001 ein Zustimmungserfordernis vorbehalten, das sich nach der Auslegung des EuGH allerdings wiederum am Maßstab der Verordnung zu orientieren hat¹⁰. Informationen, die die Bundesanstalt nicht über ein EU-Organ im Sinne der Verordnung Nr. 1049/2001 erhält, kann die Bundesanstalt gem. § 9 Abs. 1 Satz 8 KWG, § 18 WpHG hingegen nur mit ausdrücklicher Zustimmung der zuständigen ausländischen Stellen weitergeben¹¹.

Lehnt die ESMA den Informationszugang ab, besteht spiegelbildlich zum deutschen Widerspruchsverfahren Rechtsschutz in Form eines Zweitantrages nach Art. 8 VO Nr. 1049/2001. Wird auch dieser negativ beschieden, kann gegen die ESMA Klage vor dem EuG nach Art. 263 AEUV erhoben und/oder Beschwerde beim Bürgerbeauftragten nach Art. 228 AEUV eingelegt werden. Die mangelnde Antwort binnen 15 Arbeitstagen steht einer negativen Bescheidung gleich.

IV. Rechtsschutz im Verwaltungsvollstreckungsverfahren. § 17 Satz 1 FinDAG bestimmt, dass die Bundesanstalt ihre Verfügungen mit **Zwangsmitteln nach dem VwVG** durchsetzen kann, die sie nach Satz 2 für jeden Fall der Nichtbefolgung androhen kann – was bloß deklaratorisch ist, da das VwVG ohnehin gilt¹². Satz 3 stellt

1 EuGH v. 12.11.2014 – Rs. C-140/13, Altmann u.a.

2 EuGH v. 14.7.2017 – Rs. C-162/15, Evonik Degussa.

3 GA Kokott in der Rechtssache UBS Luxemburg, C-359/16.

4 EuGH v. 19.6.2018 – Rs. C-15/16, Rz. 49, 54.

5 Gurlit, NZG 2014, 1161, 1167.

6 BVerwG v. 23.6.2011 – 20 F 21/10, NVwZ 2012, 112, 113.

7 Vgl. BVerwG v. 21.2.2008 – 20 F 2/07, BVerwGE 130, 236, 244f.

8 BVerwG v. 21.2.2008 – 20 F 2/07, BVerwGE 130, 236, 244.

9 Gurlit, NZG 2014, 1163.

10 EuGH v. 21.6.2012 – Rs. C-135/11 P, Rz. 57 f. mit Verweis auf EuGH v. 18.12.2007 – Rs. C-64/05 P, Schweden/Kommision, EuZW 2008, 219.

11 S. Gurlit, NZG 2014, 1166.

12 S. Schäfer, 1. Aufl., § 10 WpHG Rz. 1.

klar, dass Zwangsmittel auch gegen juristische Personen *des öffentlichen Rechts* angewendet werden dürfen. Satz 4 stellt einen *erhöhten Zwangsgeldrahmen* bis zu 250 000 Euro zur Verfügung. Im Rahmen des § 6 WpHG kann der Verwaltungszwang insbesondere zur Durchsetzung der als Verwaltungsakte ergehenden (s. Rz. 15) Auskunfts-, Vorlage- und Betretensverlangen nach § 6 Abs. 3, 11 WpHG eingesetzt werden. Da § 13 WpHG die sofortige Vollziehbarkeit von Maßnahmen nach § 6 Abs. 1–14 WpHG und §§ 7–10 WpHG anordnet, ist deren Bestandskraft nicht erforderlich (§ 6 Abs. 1 VwVG).

- 39 Unter den **Zwangsmitteln** spielt die *Ersatzvornahme* (§§ 9 Abs. 1 lit. a, 10 VwVG) bei § 6 Abs. 3, 11 WpHG keine praktisch bedeutsame Rolle, da Auskunft und Vorlage von Unterlagen ebenso wie das Gestatten des Betretens von Räumen unvertretbare Handlungen sind. In Betracht kommen vor allem *Zwangsgelder* (§§ 9 Abs. 1 lit. b, 11 VwVG), die wiederholt verhängt sowie gesteigert werden dürfen. Um die Betretensbefugnis, aber auch die Vorlagepflicht durchzusetzen, kommt als ultima ratio auch *unmittelbarer Zwang* in Betracht (§§ 9 Abs. 1 lit. c, 12 VwVG). Allerdings dürfen die Bediensteten der Bundesanstalt ihn nicht selbst anwenden, da sie nicht zu den in § 6 UZwG genannten Vollzugsbeamten des Bundes gehören, sondern müssen sich der zuständigen (Vollzugs-)Polizei bedienen, die auf Verlangen der Bundesanstalt Amtshilfe zu leisten hat (§ 15 Abs. 2 Satz 2 VwVG). Im Übrigen ermächtigt § 6 Abs. 14 WpHG zur *Selbstvornahme* von Veröffentlichungen durch die Bundesanstalt auf Kosten des Veröffentlichungspflichtigen; das ist entweder schon der Fall der Selbstvornahme als Verwaltungszwang (§ 6 WpHG Rz. 228) oder jedenfalls ist § 6 Abs. 14 WpHG *lex specialis* zu § 12 VwVG, der die Selbstvornahme beim unmittelbaren Zwang als Zwangsmittel einordnet, so dass es insbesondere keiner Androhung usw. bedarf.
- 40 Gegen Maßnahmen in der Verwaltungsvollstreckung wird **selbständiger Rechtsschutz** nach den allgemeinen Vorschriften gewährt¹. Allerdings kann der Einwand, der vollstreckte Verwaltungsakt sei rechtswidrig, nach h.A. im Grundsatz nur im Rechtsschutzverfahren gegen diesen Verwaltungsakt geltend gemacht werden. Demgegenüber kann die Androhung eines Zwangsmittels, soweit sie eine selbständige Rechtsverletzung bewirkt, selbständig durch Widerspruch und Anfechtungsklage angegriffen werden. Erst recht gilt das für die Festsetzung von Zwangsgeldern und von Kosten, die bei der Ersatzvornahme entstanden sind. Demgegenüber ist unmittelbarer Zwang für sich gesehen ein Realakt, gegen den Widerspruch und Anfechtungsklage nicht statthaft sind; jedoch kommt eine Feststellungsklage in Betracht, wenn rechtswidriger, z.B. unverhältnismäßiger Zwang angewendet worden ist und z.B. Wiederholungsgefahr besteht.
- 41 **V. Rechtsschutz im straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Ermittlungsverfahren. Rechtsschutz nach der StPO** besteht gegen die Durchsuchung von Geschäfts- und Wohnräumen sowie die Sicherstellung und Beschlagnahme von Gegenständen, wozu die Bundesanstalt gem. § 6 Abs. 12, 13 WpHG auch als Aufsichtsbehörde ermächtigt ist. Mit § 6 Abs. 12 Satz 6 WpHG sowie § 6 Abs. 13 Satz 3 WpHG hat der Gesetzgeber **abdrängende Sonderzuweisungen** geschaffen, die Rechtsschutz ausschließlich vor den ordentlichen Gerichten ermöglichen. Nach wie vor (zum früheren Recht 6. Aufl., § 4 WpHG Rz. 91) ist die BAFin nicht für die Verfolgung von Straftaten zuständig; nach § 11 WpHG muss sie einen Verdacht der zuständigen Staatsanwaltschaft anzeigen. Allerdings hat sie nicht nur die strafprozessualen Ermittlungsbefugnisse als Bußgeldbehörde nach dem ÖWiG (§ 46 ÖWiG), sondern darüber hinaus spezielle, in der Eingriffsintensität der StPO analoge Ermittlungsbefugnisse, die sie „zur Verfolgung von Verstößen“ ausüben kann (§ 6 Abs. 12 WpHG). Heute besteht deshalb eine weitgehende Parallelität der Eingriffsbefugnisse von Staatsanwaltschaft und Bundesanstalt in ihrer Rolle als Aufsichts- und Bußgeldbehörde. Dies ist mehr denn je nicht unproblematisch und veranlasst, die rechtsstaatlichen Garantien des Strafverfahrens in das Aufsichtsverfahren vorzuverlagern².
- 42 Soweit die Bundesanstalt auch neben einem Strafverfahren Verwaltungsmaßnahmen vornehmen oder Ersuchen ausländischer Stellen erfüllen und hierzu von ihren Befugnissen nach § 6 Abs. 2–13 WpHG, §§ 7–9 WpHG sowie § 10 Abs. 2 WpHG Gebrauch machen darf (§ 11 Satz 4 WpHG), bleibt es beim Verwaltungsrechtsweg.
- 43 Aufgrund der Formulierung des § 6 Abs. 13 WpHG, wonach die Bundesanstalt Vermögenswerte zur Durchsetzung der Marktmisbrauchsverordnung, der Abschnitte 9 bis 11 des WpHG³ sowie weiterer europäischer Rechtsakte⁴ beschlagnahmen kann, bestehen Bedenken, die Kompetenz ohne weiteres als strafverfahrensrechtlicher Natur zu qualifizieren. Da der Gesetzgeber aber insoweit offensichtlich einen Gleichlauf im Hinblick auf den Rechtsschutz gegen die Eingriffsbefugnisse der Bundesanstalt beabsichtigte, soll dieser im Folgenden für die genannten Kompetenzen der Bundesanstalt gemeinsam dargestellt werden.
- 44 Entsprechend den verfassungsrechtlichen Anforderungen gem. Art. 13 Abs. 2 GG verlangt § 6 Abs. 12 Satz 5 WpHG im Falle der Durchsuchung, Sicherstellung oder Beschlagnahme in Wohnungen grundsätzlich eine richterliche Genehmigung der Maßnahmen vorab einzuholen. Lediglich bei Bestehen von Gefahr im Verzug

1 S. hierzu und zum Folgenden Erichsen/Rauschenberg, Jura 1998, 323 ff.

2 Allgemein hierzu Himmelreich, S. 225 ff.

3 Die genannten Abschnitte betreffen Schiedsvereinbarungen, außereuropäische Märkte für Finanzinstrumente und die Überwachung von Unternehmensabschlüssen.

4 Konkret die Verordnungen Nr. 600/2014 und Nr. 1011/2016.

kann diese nachträglich eingeholt werden. Die Beschlagnahme von Vermögensgegenständen außerhalb von Wohnungen unterliegt demgegenüber nicht der verfassungsrechtlichen Einschränkung von Art. 13 Abs. 2 GG. Das Erfordernis des richterlichen Einverständnisses besteht einfachgesetzlich gem. § 6 Abs. 13 Satz 2 WpHG.

Der strafprozessuale Rechtsschutz knüpft an diese Voraussetzung an, indem gegen die jeweilige richterliche Entscheidung gem. § 6 Abs. 12 Satz 7, 8 WpHG sowie § 6 Abs. 13 Satz 4 WpHG die Beschwerde nach den §§ 306 bis 310 und 311a StPO statthaftes Rechtsmittel ist. Sollte es zu einer richterlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Maßnahme noch nicht gekommen sein, besteht eine Möglichkeit, die gerichtliche Entscheidung gem. § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO gegebenenfalls analog und auch nach der Ermittlungsmaßnahme zu beantragen¹.

Neben den genannten Kompetenzen als Aufsichts- und Überwachungsbehörde ist die Bundesanstalt **zugleich** 46 zur **Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten** v.a. nach § 120 WpHG **zuständige Verwaltungsbehörde** (s. § 121 WpHG und die dortige Kommentierung). Gemäß § 46 Abs. 2 OWiG hat die Bundesanstalt insoweit grundsätzlich dieselben Rechte und Pflichten wie die Staatsanwaltschaft bei der Verfolgung von Straftaten. Insbesondere ist sie als Bußgeldbehörde i.S.v. § 36 Abs. 1 Satz 1 OWiG zu **bußgeldrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen** mit Ausnahme u.a. der vorläufigen Festnahme und Verhaftung (s. § 46 Abs. 3 OWiG) und Einschränkungen u.a. bei der körperlichen Untersuchung (s. § 46 Abs. 4 OWiG) und Vorführung (s. § 46 Abs. 5 OWiG) ermächtigt. Gemäß § 62 OWiG steht insoweit der spezielle **Rechtsbehelf des Antrags auf gerichtliche Entscheidung** durch das gem. § 68 OWiG zuständige AG zur Verfügung; diese Regelung ist abschließend und sperrt den Rückgriff auf denkmögliche verwaltungsrechtliche Rechtsbehelfe².

Freilich kann sich das Problem stellen, dass die Bundesanstalt im Rahmen eines Überwachungsverfahrens nach § 6 Abs. 2 WpHG einen hinreichenden Tatverdacht für eine nach dem WpHG ahndbare Ordnungswidrigkeit gewinnt und sich nach pflichtgemäßem Ermessen entscheidet, die Ordnungswidrigkeit zu verfolgen, also (auch) ein Bußgeldverfahren einzuleiten. In derartigen Fällen dürfte a maiore ad minus aus § 11 Satz 4 WpHG folgen, dass die Befugnisse zu Verwaltungsmaßnahmen nach § 6 Abs. 2–13 WpHG, §§ 7–9 WpHG sowie § 10 Abs. 2 WpHG bestehen bleiben. Lädt nun die Bundesanstalt z.B. eine Person zur Vernehmung, so fragt sich, ob dies gestützt auf § 6 Abs. 3 Satz 1 WpHG als Verwaltungsmaßnahme oder gestützt auf § 46 Abs. 2 OWiG i.V.m. §§ 161 Abs. 1, 48 StPO als Ermittlungsmaßnahme im Bußgeldverfahren zu qualifizieren ist oder ob eine sog. **doppelfunktionelle Maßnahme** vorliegt. Die Problematik ist beim polizeilichen Einschreiten aus Anlass von Straftaten bekannt; dort kommt es darauf an, ob der Schwerpunkt der Maßnahme im Einzelfall auf dem präventiv-polizeilichen, also verwaltungs(verfahrens)rechtlichen, oder dem repressiv-strafverfolgenden, also straf(verfahrens)rechtlichen Vorgehen liegt³. Es liegt nahe, diese sog. **Schwerpunkttheorie** auf Maßnahmen der Bundesanstalt zu übertragen. Da der Schwerpunkt aus Sicht des Betroffenen und Rechtsschutz Suchenden nicht immer einfach zu bestimmen ist, dürfte es nahe liegen, in Zweifelsfällen nach dem **Meistbegünstigungsprinzip** alle in Betracht kommenden Rechtswege und -behelfe zuzulassen. Die Praxis der BaFin basiert auf einer organisatorischen Trennung von Verwaltungs- und Bußgeldreferat und scheint eher an einem zeitlichen Abschichtungsmodell als an sachlichen Kriterien orientiert zu sein.

VI. Besonderheiten bei der verwaltungsbehördlichen Amtshilfe. Problematisch können divergierende 48 Rechtsschutzmechanismen bei transnationalen Verfahren werden, soweit ein Amtshilfeersuchen aus einem anderen Mitgliedstaat zugeht⁴. Art. 24 und 25 VO Nr. 596/2014 normieren die verpflichtende Zusammenarbeit der jeweils zuständigen nationalen Behörden über die ESMA, wobei nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung Amtshilfe nach Art. 25 Abs. 2 VO Nr. 596/2014 nur in Ausnahmefällen verweigert werden kann, insbesondere wenn dadurch eigene Ermittlungen gefährdet würden oder gegen die betroffene Person bereits ein Gerichtsverfahren anhängig ist. Aus Rechtsschutzperspektive bedeutend ist, dass die ESMA direkt nur mit den zuständigen Verwaltungsbehörden nach Art. 22 VO Nr. 596/2014 interagiert, in Deutschland der BaFin. Dass die ESMA dadurch über keine polizeilichen oder justiziellen Befugnisse verfügt⁵, ist angesichts der breiten und eingriffsintensiven Ermittlungsbefugnisse der nationalen Aufsichtsbehörden von keiner Relevanz. Für Marktmisbrauch besteht derzeit keine Zuständigkeit von EUROJUST⁶, obwohl ein Vorschlag dahingehend im Gesetzgebungsverfahren liegt⁷.

Die ersuchte Behörde hat typischerweise nur sehr eingeschränkte Prüfungsbefugnisse; in wesentlichen Teilen ist sie häufig an die Entscheidung und Beurteilung der ersuchenden Behörde gebunden. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob konzentrierter oder dezentraler Rechtsschutz gewährleistet wird. Wesentlicher Eckpunkt ist bei eingreifender Amtshilfe Art. 47 GRCh, der eine vollständige Prüfbarkeit der Eingriffsvoraussetzungen ver-

1 Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, 60. Aufl. 2017, § 98 StPO Rz. 23.

2 Allg. M.; s. nur Kurz in Karlsruher Komm. OWiG, 4. Aufl. 2014, § 62 OWiG Rz. 1 m.N.

3 S. nur Wohlers/Albrecht in Systematischer Komm. StPO, 5. Aufl. 2016, § 163 StPO Rz. 32 f. m.N.

4 Luchtman/Vervaele, NJECL 2014, 192, 217f.

5 So Luchtman/Vervaele, NJECL 2014, 192, 216.

6 Art. 4 mit Verweis auf EUROPOL, COM (2013) 535.

7 COM (2013) 535.

langt. Die eigentliche Eingriffshandlung obliegt der ersuchten Behörde, was dafür spricht, dass gegen ihre Maßnahmen konzentrierter Rechtsschutz im Zielland zu gewähren ist. Dies hätte indessen zur Folge, dass die Gerichte des Ziellandes ausländisches Recht prüfen müssten. Dies spricht dafür, dass die Gerichte im Zielland lediglich die besonderen Voraussetzungen an die Umsetzungentscheidung (Vornahmehandlung) prüfen¹. Als Konsequenz muss dann, um ein Rechtsschutzzvakuum im Hinblick auf die Voraussetzungen des Ersuchens zu vermeiden, Rechtsschutz gegen das Ersuchen selbst vor den VG des ersuchenden Staates gewährt werden.

- 50 Wiederum andere Grundsätze gelten für Zwangsmaßnahmen auf Ersuchen der ESMA. Hier gibt es keine Gründe gegen einen konzentrierten Rechtsschutz im Staat der ersuchten Behörde.
- 51 **VII. Rechtsgewährleistung durch staatliche Ersatzleistungen und Sekundäransprüche.** § 4 Abs. 4 FinDAG lässt eine **Amts- und Staatshaftung** nach § 839 BGB, Art. 34 GG unberührt, soweit es um Schäden geht, die der Adressat und unmittelbar Betroffene – sei es eine natürliche oder eine juristische Person (Unternehmen) – einer rechtswidrigen und schuldhafte Maßnahme der Bundesanstalt adäquat kausal erleidet². Gegenüber diesen Personen ist die allgemeine Rechtsbeachtungspflicht drittschützend i.S.v. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB, was durch § 4 Abs. 4 FinDAG nicht ausgeschlossen werden kann und soll³.
- 52 Bei rechtswidrigen, aber nicht schuldhafte Maßnahmen der Bundesanstalt kommt nach allgemeinen Regeln ein **Folgenbeseitigungsanspruch** in Betracht; beispielsweise wäre bei einer rechtswidrigen Bekanntmachung nach § 123 WpHG an einen Anspruch auf Widerruf der Bekanntmachung zu denken. Bislang ungeklärt ist, ob Konstellationen in Betracht kommen, in denen die Bundesanstalt auch für rechtmäßige Maßnahmen unter eigentumsrechtlichen Gesichtspunkten (ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung oder enteignender Eingriff) **ausgleichs- oder entschädigungspflichtig** ist. So beinhaltet eine Handelsuntersagung (§ 6 Abs. 2 Satz 4 WpHG), auch wenn die betroffenen Instrumente bei den jeweiligen Inhabern verbleiben und die Untersagung zeitlich befristet ist, einen Eingriff in das Eigentumsrecht⁴, der sich je nach den Umständen im Einzelfall als Sonderopfer oder sonst unzumutbar auswirken könnte.

§ 13 Sofortiger Vollzug

Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Maßnahmen nach § 6 Absatz 1 bis 14 und den §§ 7 bis 10 haben keine aufschiebende Wirkung.

In der Fassung des 2. FiMaNoG vom 23.6.2017 (BGBl. I 2017, 1693).

Schrifttum: *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. 2017; *Quaas/Zuck*, Prozesse in Verwaltungssachen, 2. Aufl. 2011; *Schoch*, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, S. 991 ff.

I. Normzweck und verwaltungsprozessrechtlicher Hintergrund	1	III. Rechtsschutz gem. § 80 Abs. 5 Satz 1 1. Fall VwGO	9
II. Verfassungs- und unionsrechtlicher Hintergrund	6		

- 1 **I. Normzweck und verwaltungsprozessrechtlicher Hintergrund.** Mit § 13 WpHG schafft der Gesetzgeber – beruhend auf § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO – eine Ausnahme zu der allgemein im Verwaltungsprozess geltenden aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gem. § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO.
- 2 Verwaltungsakte sind **mit Erlass**, das heißt mit Bekanntgabe gem. § 41 VwVfG, **wirksam und vollziehbar**; hiervon regelt § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO eine Ausnahme. Vollziehbarkeit bedeutet die (vorläufige) Berechtigung oder Verpflichtung zu allen Folgerungen tatsächlicher oder rechtlicher Art, die Behörden, Gerichte oder Bürger aus dem Bestand eines Verwaltungsaktes ziehen können⁵. Jene Vollziehbarkeit eines Verwaltungsaktes wird allerdings gem. § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO durch Einlegung oder Erhebung von Widerspruch oder Anfechtungsklage gehindert: Die Einlegung des Rechtsmittels hat einen **Suspensiveffekt** zufolge, der darin besteht, dass der Verwaltungsakt nicht bestandskräftig wird und weder vollzogen noch gebraucht werden darf bis zum Eintritt

1 So für die Amtshilfe nach Art. 12, 22 VO 1/2003 OGH Österreich v. 11.5.2017 – 16 Ok 8/16, NZKart 2017, 385.

2 Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 12/7918, 100 (zu § 4 Abs. 2 WpHG a.F.); *Giesberts* in KölnKomm. WpHG, § 4 WpHG Rz. 38.

3 S. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 12/7918, 100 zu § 4 Abs. 2 WpHG a.F.

4 Die in Fn. 1 zu Rz. 15 erwähnte Allgemeinverfügung vom 19.9.2008 (Verbot bestimmter Leerverkäufe) bezieht sich bemerkenswerter Weise nicht auf Positionen, die ein Marktteilnehmer vor Bekanntmachung der Verfügung eingegangen ist (Bestandsschutz).

5 *Schenke* in Kopp/Schenke, 23. Aufl. 2017, § 80 VwGO Rz. 23. Im Einzelnen ist hier allerdings vieles streitig.

der Unanfechtbarkeit oder bis zu einer Anordnung des Sofortvollzuges, etwa im- Rechtsmittel gem. § 80b VwGO. In dem Konflikt zwischen dem staatlichen Interesse an der Vollziehung des Verwaltungsaktes und dem privaten Interesse an dem Ausbleiben der Vollziehung für die Dauer des Widerspruchs- oder Klageverfahrens nimmt der Gesetzgeber mit § 80 Abs. 1 VwGO eine grundsätzliche Entscheidung zugunsten des gegen den Verwaltungsakt Rechtsmittel einlegenden Bürgers vor.

Mit § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO hat der Gesetzgeber darüber hinaus die Möglichkeit eröffnet, durch zusätzliche gesetzliche Regelungen weitere Tatbestände zu schaffen, unter denen die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln gegen Verwaltungsakte entfallen soll. Eine solche Regelung ist § 13 WpHG¹. Hinter dieser Regelung dürfte die Erwägung des Gesetzgebers stehen, dass **Verstöße gegen die Verbote und Gebote des WpHG**, wie z.B. das Verbot des Insiderhandels, erhebliche **wirtschaftliche Schäden und Vertrauensschäden** herbeiführen können und daher einer unverzüglichen Aufklärung und Gefahrenabwehr bedürfen, die durch die Einlegung von Rechtsmitteln nicht gehemmt werden soll².

Andernfalls müsste die Bundesanstalt die sofortige Vollziehung des von ihr erlassenen Verwaltungsaktes im Einzelfall nach Maßgabe von § 80 Abs. 3 VwGO anordnen, um ein Entfallen der aufschiebenden Wirkung zu erreichen. Nach dieser Vorschrift müsste die Bundesanstalt das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung in jedem Einzelfall begründen. § 13 WpHG macht dies entbehrlieb und nimmt der Bundesanstalt diesen Begründungsaufwand, wodurch die Möglichkeit entfällt, die Anordnung gegebenenfalls bereits wegen formaler Mängel aufzuheben bzw. die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen³.

Rechtpolitisch ist die Regelung wenig überzeugend⁴. Zwar sind Wertpapierdienstleistungsunternehmen und sonstige Adressaten von Maßnahmen der Bundesanstalt in einem hochsensiblen und, aufgrund der weit fortgeschrittenen globalen und technologisch bedingten Vernetzung, einem von sehr schnellen Abläufen gekennzeichneten Wirtschaftsbereich aktiv, der die Möglichkeit der Ergreifung schneller Maßnahmen der Regulierung und Gefahrenabwehr erforderlich macht. Aber die Eingriffsbefugnisse der Bundesanstalt sind äußerst vielfältig; eingreifende Verwaltungsakte bilden in ihren Handlungsweisen eher die Ausnahme. Die hohe Qualifikation der Bundesanstalt als Allfinanzaufsicht wäre auch damit vereinbar, dass man es ihr überlässt, im Einzelfall zu beurteilen und zu entscheiden, ob ein besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung besteht.

II. Verfassungs- und unionsrechtlicher Hintergrund. Die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen ist ein **tragender Grundsatz des öffentlich-rechtlichen Prozessrechts**. Die Gründe für die gem. § 80 Abs. 1 VwGO grundsätzlich vorgesehene Rechtsfolge der aufschiebenden Wirkung bestehen in der verfassungsrechtlichen Garantie eines wirksamen Rechtsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 GG – denn durch Art. 19 Abs. 4 GG wird nicht nur der Zugang zum Rechtsweg gewährleistet, sondern auch ein wirksamer Rechtsschutz⁵. Art. 19 Abs. 4 GG verlangt einen adäquaten vorläufigen Rechtsschutz⁶. Die aufschiebende Wirkung dient dem Ziel, vollendete Tatsachen durch die vorläufige Vollziehung des Verwaltungsaktes zu verhindern⁷, aber auch – basierend auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – den Bürger vor der Belastung eines möglicherweise rechtswidrigen Verwaltungsaktes vor abschließender Überprüfung der Rechtmäßigkeit und Eintritt der formellen Bestandskraft zu schützen. Es gilt: Nur rechtzeitiger Rechtsschutz ist wirksamer Rechtsschutz⁸. In jedem Fall müssen vorläufiger und endgültiger Rechtsschutz zusammen gesetzlich wirksam ausgestaltet werden⁹.

Ungeachtet dieser Ausgangslage ist indes die verfassungsrechtliche Sicht auf § 80 Abs. 1 VwGO nicht frei von Schwankungen: So ist insbesondere umstritten, wie weit die dem Gesetzgeber obliegenden Pflichten aus Art. 19 Abs. 4 GG reichen. Nach einer Ansicht beinhaltet die Garantie des Art. 19 Abs. 4 GG auch den Suspensiveffekt¹⁰. Der Suspensiveffekt sei verfassungsbewehrt und Ausdruck bzw. „Ausfluss“ von Art. 19 Abs. 4 GG¹¹.

1 Allerdings wäre § 13 WpHG auch ohne § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO wirksam, weil die VwGO und das WpHG gleichrangig sind, so dass die lex posterior-Regel gelten würde.

2 So auch *Schlette-Bouchon* in Fuchs, § 4 WpHG Rz. 128; *Zetsche* in Schwark/Zimmer, § 4 WpHG Rz. 72; *Giesberts* in KölnKomm. WpHG, § 4 WpHG Rz. 155; jeweils mit Verweis auf BT-Drucks. 12/6679, 50.

3 In der verwaltungsgerechtlichen Praxis und der verwaltungsprozessualen Literatur ist umstritten, ob eine formal fehlerhafte Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO zur Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehung oder zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht führt, s. dazu *Schenke* in Kopp/Schenke, 23. Aufl. 2017, § 80 VwGO Rz. 148; *Bostedt* in Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2016, § 80 VwGO Rz. 159.

4 Anders *Giesberts* in KölnKomm. WpHG, § 4 WpHG Rz. 160; wie hier kritisch hingegen *Zetsche* in Schwark/Zimmer, § 4 WpHG Rz. 72.

5 Den Suspensiveffekt ebenfalls aus Art. 19 Abs. 4 GG herleitend: BVerfG v. 14.9.2016 – 1 BvR 1335/13, NVwZ 2017, 149, 150; BVerfG v. 27.4.2005 – 1 BvR 223/05, NVwZ 2005, 1303, 1303; *Schoch*, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, Lorenz-von-Stein-Institut Schriftenreihe, Band 10, 1988, S. 991.

6 *Schmidt-Aßmann* in Maunz/Dürig, 78. EL September 2016, Art. 19 Abs. 4 GG Rz. 273.

7 BVerfG v. 19.6.1973 – 1 BvL 39/69 und 14/72, NJW 1973, 1491, 1493.

8 *Schoch*, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, S. 992.

9 BVerfG v. 22.11.2016 – 1 BvL 6/14, MMR 2017, 321.

10 *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, § 31 Rz. 3.

11 *Erbguth*, UPR 2000, 81, 82; *Schenke*, NVwZ 1990, 1009, 1014; *Erdmann*, NVwZ 1988, 508, 509.

Nur der Suspensiveffekt schaffe sofortigen Schutz, weshalb das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO nicht gleichwertig sei¹. Die wohl herrschende Meinung geht demgegenüber davon aus, dass der Suspensiveffekt zwar eine adäquate Ausprägung von Art. 19 Abs. 4 GG ist, gerichtlicher Eilrechtsschutz jedoch ein gleichwertiges Modell darstellt². Entscheidend sei allein der Sicherungserfolg und nicht die Sicherungstechnik³. Die Wahl und Ausformung des Sicherungsinstruments sei eine dem einfachen Gesetzgeber obliegende Aufgabe⁴. Letztere Ansicht findet sich auch in der Rechtsprechung wieder. Zwar spricht auch das BVerfG davon, dass die aufschiebende Wirkung ein fundamentaler Grundsatz des öffentlich-rechtlichen Prozesses ist⁵ und dass dem Suspensiveffekt eine verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt⁶. Auf solche Passagen wird verwiesen, wenn argumentiert wird, dass der Suspensiveffekt von der Verfassung vorgegeben werde⁷. Eine solche Betrachtung ist jedoch zu eng. Zugleich betont das BVerfG nämlich, dass **das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO eine adäquate Ausprägung des grundgesetzlich garantierten Rechtsschutzes ist**⁸. So gewährleiste Art. 19 Abs. 4 GG die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen nicht schlechthin⁹. Die Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG werde nicht durch die Frage berührt, ob ein Antrag aufschiebende Wirkung hat oder nicht¹⁰. Entscheidend sei vielmehr, dass dem Bürger effektiver Rechtsschutz gewährt werde, was auch auf andere Weise als durch den Suspensiveffekt erreicht werden könne¹¹. Von Verfassungs wegen sei es nicht geboten, jeden Verwaltungsakt dem auf dem Suspensiveffekt aufbauenden Rechtsschutzsystem des § 80 VwGO zu unterstellen¹². Art. 19 Abs. 4 GG verlange den automatischen Eintritt des Suspensiveffekts als gesetzlichen Regelfall nicht¹³. Insgesamt ist es also zutreffend, dass dem Suspensiveffekt als eine mögliche Ausprägung von Art. 19 Abs. 4 GG eine verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt. Er wird vom Grundgesetz aber nicht gefordert, sondern das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO ist ausreichend, um verfassungsrechtliche Vorgaben zu erfüllen.

- 8 Im Europarecht und ebenso im Recht der Mehrzahl der Mitgliedstaaten kommt Hauptsacherechtsbehelfen keine aufschiebende Wirkung zu¹⁴. Dennoch steht das deutsche Modell der aufschiebenden Wirkung nicht grundsätzlich im Widerspruch zum Unionsrecht. Da sich in der aufschiebenden Wirkung das Gebot des effektiven Rechtsschutzes wiederspiegelt, welches auch dem europäischen Recht nicht fremd ist (so normiert Art. 47 Abs. 1 GRCh das Recht einer jeden Person auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf, einschließlich des vorläufigen Rechtsschutzes; ebenso Art. 6 Abs. 1 EMRK – rechtsstaatliche Verfahrensgarantie – und Art. 13 EMRK – das Recht auf wirksame Beschwerde), kann **§ 80 Abs. 1 VwGO als innerstaatliche Ausformung europarechtlicher Vorgaben** betrachtet werden¹⁵. Die unionsrechtlichen Vorgaben können jedoch auch dazu führen, dass die nationale Behörde beim Vollzug des Europarechts dazu verpflichtet ist, gem. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung anzuordnen¹⁶.
- 9 **III. Rechtsschutz gem. § 80 Abs. 5 Satz 1 1. Fall VwGO.** Trotz des Entfalls der aufschiebenden Wirkung von Anfechtungsklage und Widerspruch bleiben diese statthaft Rechtsbehelfe gegen den in Frage stehenden Verwaltungsakt in der Hauptsache. Sie vermögen aber nicht, das Rechtsschutzziel des Widerspruchsführers oder Klägers, gerichtet auf die vorläufige – bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens – Nichtvollziehbarkeit des ergangenen Verwaltungsaktes, zu erreichen. Zur Erreichung dieses Rechtsschutzzieles ist der Betroffene auf Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes nach Maßgabe von § 80 Abs. 5 VwGO verwiesen. Der Antragssteller im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes kann nach Maßgabe von § 80 Abs. 5 Satz 1 1. Fall VwGO die **Anordnung der aufschiebenden Wirkung** des eingelegten Rechtsmittels durch das VG beantragen¹⁷.

1 Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, § 31 Rz. 3.

2 Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, 79. EL Dezember 2016, Art. 19 Abs. 4 GG Rz. 274; Schulze-Fielitz in Dreier, 3. Aufl. 2013, Art. 19 GG Rz. 113.

3 Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, 79. EL Dezember 2016, Art. 19 Abs. 4 GG Rz. 274; Gersdorf in Posser/Wolff, 2. Aufl. 2014, § 80 VwGO Rz. 2.

4 Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, 79. EL Dezember 2016, Art. 19 Abs. 4 GG Rz. 275; Sachs in Sachs, 7. Aufl. 2014, Art. 19 GG Rz. 148a.

5 BVerfG v. 19.6.1973 – 1 BvL 39/69 u. 14/72, VerwRspr. 1974, 385, 387.

6 BVerfG v. 19.6.1973 – 1 BvL 39/69 u. 14/72, VerwRspr. 1974, 385, 388; BVerfG v. 11.6.2008 – 2 BvR 2062/07, NVwZ-RR 2008, 657, 658.

7 So z.B. Erbguth, UPR 2000, 81, 82.

8 BVerfG v. 19.6.1973 – 1 BvL 39/69 u. 14/72, VerwRspr. 1974, 385, 389.

9 BVerfG v. 11.6.2008 – 2 BvR 2062/07, NVwZ-RR 2008, 657, 658; BVerfG v. 1.10.2008 – 1 BvR 2466/08, NVwZ 2009, 240, 241; BVerfG v. 14.9.2016 – 1 BvR 1335/13, NVwZ 2017, 149, 150.

10 BVerfG v. 22.6.1960 – 2 BvR 37/60, VerwRspr. 1961, 140, 141.

11 BVerfG v. 1.10.2008 – 1 BvR 2466/08, NVwZ 2009, 240, 241.

12 BVerfG v. 13.6.1997 – 1 BvR 699/77, NJW 1980, 35, 36; BVerfG v. 1.10.2008 – 1 BvR 2466/08, NVwZ 2009, 240, 241.

13 BVerfG v. 1.10.2008 – 1 BvR 2466/08, NVwZ 2009, 240, 241.

14 Koehl, JA 2016, 610, 610.

15 Schoch in Schoch/Schneider/Bier, 33. EL Juni 2017, § 80 VwGO Rz. 71.

16 EuGH v. 10.7.1990 – Rs. C-217/88, Slg. 1990, 2879, 2905 („Tafelwein“); so auch Redeker in Redeker/v. Oertzen, 16. Aufl. 2014, § 80 VwGO Rz. 3a; Krämer, Vorläufiger Rechtsschutz in VwGO-Verfahren, 1. Aufl. 1998, § 80 VwGO Rz. 2. S. auch: Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, 78. EL September 2016, Art. 19 Abs. 4 GG Rz. 273a.

17 Kuhla in Kuhla/Hüttenbrink, Der Verwaltungsprozess, 3. Aufl. 2002, S. 609.

Der Gesetzeswortlaut ist offen und es bleibt unklar, wie das Gericht im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO vorzugehen hat. Es besteht aber weitgehend Einigkeit, dass sich die Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz primär an den **Erfolgsaussichten der Hauptsache** auszurichten hat¹. In der Praxis hat sich daher eine zweistufige Prüfung entwickelt. Zunächst ist zu prüfen, ob die Hauptsache offensichtlich Erfolg bzw. keinen Erfolg haben wird; bei offenem Ausgang ist eine Interessenabwägung maßgeblich². Dementsprechend lassen sich drei Fallgruppen unterscheiden: Hauptsache offensichtlich erfolgreich, Hauptsache offensichtlich erfolglos, Ausgang der Hauptsache völlig offen.

Somit ist auch im Rahmen des Verfahrens gem. § 80 Abs. 5 Satz 1 2. Fall VwGO eine Entscheidung basierend auf dem durch das Gericht akzessorisch zu prüfenden materiellen Recht vorzunehmen, da letztlich auch das Verfahren im vorläufigen Rechtsschutz der Durchsetzung des materiellen Rechts dient³. Grundsätzlich handelt es sich dabei um eine summarische Prüfung⁴. Dabei steigt jedoch die Erforderlichkeit der materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung abhängig von der Intensität der drohenden Rechtsverletzung und kann dazu führen, die Sache abschließend zu prüfen⁵. Die dadurch erfolgende Annäherung der Entscheidung im Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz an das Verfahren in der Hauptsache ist zu begrüßen, sofern die Dringlichkeit der Entscheidung die dafür erforderliche Ermittlung der Tatsachen erlaubt. Der Grundsatz des Verbotes der Vorwegnahme der Hauptsache kann einer Entscheidung nur dann im Wege stehen, wenn die Folgen der Entscheidung zu irreversiblen Zuständen führen würden⁶.

Lässt sich durch das Gericht feststellen, dass der Antragsteller in der Hauptsache Erfolg haben wird, weil der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Antragsteller dadurch in seinen Rechten verletzt ist, ordnet es die aufschiebende Wirkung an. Dies ist schlicht damit zu begründen, dass an der Vollziehung von rechtswidrigen Verwaltungsakten kein öffentliches Interesse besteht⁷.

Wird die Hauptsache offensichtlich ohne Erfolg bleiben, weil der Verwaltungsakt rechtmäßig ist bzw. keine Rechtsverletzung vorliegt, ist der Antrag unbegründet. Während dies für die Fälle der behördlichen Anordnung des Sofortvollzugs umstritten ist⁸, besteht bezüglich dieser Rechtsfolge bei gesetzlicher Anordnung wie durch § 13 WpHG Einigkeit⁹. Nur in Ausnahmefällen kann die Eilbedürftigkeit widerlegt werden¹⁰.

Bei **offenem Ausgang der Hauptsache** erfolgt eine **reine Interessenabwägung**. Für die Fälle, in denen der Entfall der aufschiebenden Wirkung nicht durch eine Behörde, sondern kraft Gesetzes angeordnet ist, ist die Vorgehensweise dabei allerdings in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Der Streit dreht sich um die Frage, ob der gesetzgeberischen Anordnung ein anderes Gewicht zukommt als einer behördlichen Anordnung des Entfalls der aufschiebenden Wirkung. Es geht darum, ob das Gericht der Anordnung des Gesetzgebers ein besonderes Gewicht zusprechen muss mit der Folge, dass die gerichtliche Entscheidung vorbestimmt ist. Nach einer Ansicht sei der **gesetzgeberischen Anordnung** des Entfalls der aufschiebenden Wirkung ein **besonderes Gewicht zuzusprechen**. Eine solche Anordnung sei als Vermutung dafür anzusehen, dass das öffentliche Interesse am Sofortvollzug Vorrang genieße¹¹. So hat auch das BVerfG ausgeführt, dass sich die Interessenabwägung im Fall einer gesetzlichen Anordnung der aufschiebenden Wirkung von dem Fall der behördlichen Anordnung unterscheide¹². Von der gesetzgeberischen Grundentscheidung sei nur im Ausnahmefall abzuweichen. Nur wenn vom Betroffenen besondere Umstände vorgetragen werden, ist eine Einzelfallbetrachtung überhaupt erst erforderlich¹³.

¹ BVerwG v. 14.4.2005 – 4 VR 1005/04, NVwZ 2005, 689, 690; Schenke in Kopp/Schenke, 23. Aufl. 2017, § 80 VwGO Rz. 158; Funke-Kaiser in Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, 2. Aufl. 2011, S. 595.

² BVerwG v. 14.4.2005 – 4 VR 1005/04, NVwZ 2005, 689, 690; Gersdorf in Posser/Wolff, 2. Aufl. 2014, § 80 VwGO Rz. 187; Funke-Kaiser in Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/v. Albedyll, 6. Aufl. 2014, § 80 VwGO Rz. 88–93.

³ Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, 78. EL September 2016, Art. 19 Abs. 4 GG Rz. 276.

⁴ Schenke in Kopp/Schenke, 23. Aufl. 2017, § 80 VwGO Rz. 158; Schoch in Schoch/Schneider/Bier, 33. EL Juni 2017, § 80 VwGO Rz. 399.

⁵ BVerfG v. 14.9.2016 – 1 BvR 1335/13, NVwZ 2017, 149, 150; Funke-Kaiser in Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, 2. Aufl. 2011, S. 602.

⁶ Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, 78. EL September 2016, Art. 19 Abs. 4 GG Rz. 276.

⁷ BVerwG v. 25.3.1993 – 1 ER 301/92, NJW 1993, 3213, 3213; Schenke in Kopp/Schenke, 23. Aufl. 2017, § 80 VwGO Rz. 159; Funke-Kaiser in Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/v. Albedyll, 6. Aufl. 2014, § 80 VwGO Rz. 88.

⁸ Für eine Übersicht zum Streitstand s. Gersdorf in Posser/Wolff, 2. Aufl. 2014, § 80 VwGO Rz. 188.

⁹ BVerwG v. 17.9.2004 – 9 VR 3/04, NVwZ 2005, 330, 330; Funke-Kaiser in Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, 2. Aufl. 2011, S. 597; Schoch in Schoch/Schneider/Bier, 33. EL Juni 2017, § 80 VwGO Rz. 384.

¹⁰ BVerwG v. 31.3.2011 – 9 VR 2/11, NVwZ 2011, 820, 820; Schoch in Schoch/Schneider/Bier, 33. EL Juni 2017, § 80 VwGO Rz. 384; Külpmann in Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. 2017, Rz. 974.

¹¹ Redeker/v. Oertzen in Redeker/v. Oertzen, 16. Aufl. 2014, § 80 VwGO Rz. 48; kritisch dazu: Timmler, Aussetzungsentcheidung, S. 49 ff.

¹² BVerfG v. 10.10.2003 – 1 BvR 2015/03, NVwZ 2004, 93, 94.

¹³ BVerfG v. 10.10.2003 – 1 BvR 2015/03, NVwZ 2004, 93, 94; BVerfG v. 21.2.2011 – 2 BvR 1392/10, NVwZ-RR 2011, 420, 421.

- 15 Diese Rechtsprechung des BVerfG ist jedoch auf Kritik gestoßen. Das materielle Gewicht der behördlichen und gesetzgeberischen Entscheidung sei nicht unterschiedlich, vielmehr seien alle Fälle des § 80 Abs. 2 VwGO gleich zu behandeln¹. Bei Vorschriften i.S.v. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO handele es sich um bloße Beschleunigungsnormen, die keine Aussage zum materiellen Entscheidungsmaßstab treffen². Es gäbe gerade keine gesetzliche Vermutung für ein überwiegendes öffentliches Interesse, die der Betroffene zu widerlegen habe³. Es sei immer eine Interessenbewertung im Einzelfall erforderlich; nur wenn diese zu keinem eindeutigen Ergebnis führe, könne die vom Gesetzgeber getroffene abstrakt-generelle Regelung zugunsten des Vollzugsinteresses berücksichtigt werden⁴.
- 16 Die Rechtsprechung des BVerwG lässt sich keiner dieser Meinungen uneingeschränkt zuordnen. Eine klare Linie gab es in der Rechtsprechung längere Zeit nicht. So hat das BVerwG angenommen, dass ein gesetzlicher Ausschluss der aufschiebenden Wirkung zu der Vermutung führt, dass das öffentliche Interesse am Sofortvollzug das Individualinteresse an der Aussetzung überwiegt⁵. In anderen Urteilen ging es hingegen davon aus, dass der gesetzlichen Anordnung des Entfalls der aufschiebenden Wirkung keinerlei materielle Bedeutung zu kommt. Es sah den Sinn einer solchen Regelung lediglich darin, der Behörde im Einzelfall den Begründungsaufwand für den Sofortvollzug zu erlassen⁶.
- 17 In seiner neueren Rechtsprechung nähert sich das BVerwG der Linie des BVerfG an. Seine Rechtsprechung, nach der lediglich der Begründungsaufwand entfällt, hat es ausdrücklich aufgegeben⁷. Unter Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG hat es ausgeführt, dass es der Darlegung besonderer individueller Umstände bedarf, um von der gesetzgeberischen Grundentscheidung zugunsten der sofortigen Vollziehbarkeit abzuweichen⁸. Allerdings kann die Entscheidung des Gesetzgebers, die aufschiebende Wirkung auszuschließen, den Vorrang des Vollzugsinteresses nicht regelhaft zur Folge habe. Es habe eine Interessensabwägung stattzufinden, die den Einzelfallbezug wahre. Die gebotene Abwägung sei zwar gesetzlich strukturiert, nicht aber präjudiziert⁹.
- 18 Von maßgeblicher Bedeutung in den Fällen der „offenen“ Interessensabwägung sind tatsächliche Gegebenheiten ebenso wie normative Strukturen des Entscheidungsprogrammes. Bestimmender Teil der Interessensabwägung ist eine **Folgenabwägung**, die das **Gewicht** und die **Reversibilität** der Vollzugsfolgen mit ebensolchen Folgen des Aufschubes gegeneinander stellt.
- 19 Von besonderer Bedeutung in dieser Interessensabwägung sind **materielle Grundrechte** wie etwa das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG). Die **Irreversibilität** von Folgen besteht beispielsweise bei einer Entscheidung über die **Veröffentlichung** personen- oder unternehmensbezogener Daten (**naming and shaming**): Es ist in aller Regel nicht möglich, die Folgen einer Veröffentlichung rückgängig zu machen, deshalb ist in der Folgenabwägung bei offenen Erfolgsaussichten in der Regel die aufschiebende Wirkung anzurufen. Das Grundrecht der **Berufsfreiheit** (Art. 12 Abs. 1 GG) streitet bei **Tätigkeitsverboten**, die berufszugangsbeschränkende Wirkung haben, für die aufschiebende Wirkung, wenn nicht **besondere Gründe**, die über allgemeine Erwägungen und die Rechtfertigung des Verbots selbst hinausgehen, überwiegend für eine sofortige Umsetzung sprechen. Demgegenüber können **Drittinteressen**, etwa der **Schutz der Anleger**, für die sofortige Vollziehung sprechen.

§ 14 Befugnisse zur Sicherung des Finanzsystems

(1) Die Bundesanstalt kann im Benehmen mit der Deutschen Bundesbank Anordnungen treffen, die geeignet und erforderlich sind, Missstände, die Nachteile für die Stabilität der Finanzmärkte bewirken oder das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte erschüttern können, zu beseitigen oder zu verhindern. Insbesondere kann die Bundesanstalt vorübergehend

1. den Handel mit einzelnen oder mehreren Finanzinstrumenten untersagen, insbesondere ein Verbot des Erwerbs von Rechten aus Währungsderivaten im Sinne des § 2 Absatz 2 Nummer 1 Buchstabe b, d oder e anordnen, deren Wert sich unmittelbar oder mittelbar vom Devisenpreis des Euro ableitet, soweit zu erwarten ist, dass der Marktwert dieser Rechte bei einem Kursrückgang des Euro steigt,

1 Happ, NVwZ 2005, 282, 283.

2 Debus, NVwZ 2006, 49, 51.

3 Funke-Kaiser in Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/v. Albedyll, 6. Aufl. 2014, § 80 VwGO Rz. 25.

4 Funke-Kaiser in Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, 2. Aufl. 2011, S. 602.

5 BVerwG v. 19.5.1994 – 3 C 11/94, Buchholz 310 § 80 VwGO Nr. 57.

6 BVerwG v. 21.7.1994 – 4 VR 1/94, NVwZ 1995, 383, 384; BVerwG v. 17.9.2001 – 4 VR 19/01, NVwZ-RR 2002, 153, 153.

7 BVerwG v. 14.4.2005 – 4 VR 1005/04, NVwZ 2005, 689, 690; bestätigt in BVerwG v. 13.6.2007 – 6 VR 5/07, NVwZ 1207, 1209.

8 BVerwG v. 14.4.2005 – 4 VR 1005/04, NVwZ 2005, 689, 690.

9 BVerwG v. 14.4.2005 – 4 VR 1005/04, NVwZ 2005, 689, 690; auch der VGH Kassel versteht das Urteil des BVerwG dahingehend, dass sich das Vollzugsinteresse nicht regelhaft durchsetzt, VGH Kassel v. 15.9.2005 – 6 TG 1816/05, NVwZ-RR 2006, 300.