



Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

TILP · Einhornstr. 21 · 72138 Kirchentellinsfurt

**Vorab per Telefax: +352 433766**

Gerichtshof der Europäischen Union

Kanzlei

L - 2925 LUXEMBURG

<b>Datum</b>	<b>Aktenzeichen</b>	<b>Sekretariat</b>
14.04.2016	10013/16 GU/RaE Dok.Nr. 219256.1	Fr. Reutter – Tel. +49 7121 90909-34 sekretariat.gundermann@tilp.de

**C-15/16**

In dem

## Vorabentscheidungsverfahren

### ./. BaFin

nehmen wir als Prozessbevollmächtigte des Klägers für diesen im Hinblick auf das Ersuchen des Bundesverwaltungsgerichts (kurz: BVerwG) um Vorabentscheidung in der Sache gegen die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (kurz: BaFin), Az. BVerwG 7 C 4.14, gemäß Beschluss des BVerwG vom 04.11.2015,

wie folgt Stellung:

#### A. Zum Gegenstand des nationalen Rechtsstreits

Im nationalen Verwaltungsrechtsstreit vor dem BVerwG geht es um den Informationszugangsanspruch des Klägers nach dem sogenannten Informationsfreiheitsgesetz (kurz: IFG) gegen die BaFin betreffend Unterlagen der nachweislich betrügerisch agierenden Firma Phoenix Kapitaldienst GmbH (kurz: Firma Phoenix).

Über das Vermögen der Firma Phoenix wurde im Jahr 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet, nachdem sich herausgestellt hatte, dass das Finanzierungsmodell der Firma Phoenix auf einem Schneeballsystem beruhte. Es kam im Rahmen des Strafverfahrens gegen die Verantwortlichen dieser Firma zu rechtskräftigen Verurteilungen.

TILP Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Einhornstraße 21  
72138 Kirchentellinsfurt  
T +49.7121.90909.0  
F +49.7121.90909.81  
info@tilp.de

Geschäftsführer  
Andreas W. Tilp  
Peter A. Gundermann  
Sitz: Kirchentellinsfurt  
Amtsgericht Stuttgart, HRB 735985  
USt-ID (VAT-ID): DE271651385

Baden-Württembergische Bank  
Konto-Nr. 7477512526 - BLZ 600 501 01  
IBAN: DE57 6005 0101 7477 5125 26  
BIC: SOLADEST3300

Postbank Stuttgart  
Konto-Nr. 133951708 - BLZ 600 100 70  
IBAN: DE43 6001 0070 0133 9517 08  
BIC: PBNKDEFF

Fachanwälte für Bank- und Kapitalmarktrecht

Andreas W. Tilp  
Peter A. Gundermann <sup>1</sup>  
Dr. Petra Dietenmaier <sup>1</sup>  
Alexander Heinrich <sup>1</sup>  
Marc Schiefer, LL.M. (Miami) <sup>1,3,4</sup>  
Axel Wegner  
Diana Römhild  
Anne-Katrin Brendle-Weith <sup>1,2</sup>  
Martin Kühler  
Katharina Grieser  
Marvin Kewe <sup>1,4</sup>

<sup>1</sup> Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

<sup>2</sup> Fachanwältin für Steuerrecht

<sup>3</sup> Attorney at Law (New York)

<sup>4</sup> Bankkaufmann

Alle Rechtsanwälte sind Angestellte der  
TILP Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

#### Kooperation mit

New York  
TILP PLLC  
140 Broadway, 23rd floor  
New York, New York 10005  
T +1.212.9070635  
F +1.212.8180477  
nyc@tilp.com

#### Brüssel

PIA ProtectInvestAlliance  
Park Atrium  
Rue des Colonies 11  
B-1000 Brussels  
T +32.2.5177149  
F +32.2.5176500  
brussels@pia-eu.com

#### Wien

PIA ProtectInvestAlliance  
Alte Börse  
Schottenring 16  
A-1010 Wien  
T +43.1.537124853  
F +43.1.537124000  
wien@pia-eu.com

#### Madeira

TILP Litigation Lda & Comandita  
Rua Ivens 3 B, Edif. D. Mécia, 6º,  
9000-046 Funchal, Madeira, Portugal  
T +351.291009217  
F +351.291009227  
info@tilplitigationcomandita.pt

#### Tilpreturn Unipessoal Lda & Comandita

Rua Ivens 3 B, Edif. D. Mécia, 6º,  
9000-046 Funchal, Madeira, Portugal  
T +351.291009218  
F +351.291009228  
info@tilpreturncomandita.pt

www.tilp.de

Den auf exakt definierte Unterlagen konzentrierten Antrag des Klägers lehnte die Beklagte ab und beruft sich dabei auf die nationalen Vorschriften des § 3 Nr. 4 IFG („Schutz von besonderen öffentlichen Belangen“) in Verbindung mit § 9 Kreditwesengesetz (kurz: KWG) – „Verschwiegenheitspflicht“ und Art. 54 („Berufsgeheimnis“) der Richtlinie 2004/39/EG.

Während die BaFin unter Berufung auf Art. 54 der besagten Richtlinie ein sehr weites Verständnis der Geheimhaltungsregelung hat, beruft sich der Kläger unter Hinweis auf die allgemein gültigen Rechtsgrundsätze der Effektivität, Transparenz, Verhältnismäßigkeit sowie Rechtsprechung des EuGH auf ein engeres Verständnis.

## **B. Zum rechtlichen Kern des Vorlageersuchens**

Die rechtliche Problematik des Vorlageersuchens konzentriert sich auf abgestufte Fragen zum Verständnis zur Weite der Geheimhaltungsregelungen, wobei die Auslegung des Art. 54 der Richtlinie 2004/39/EG von entscheidender Bedeutung ist.

## **C. Spannungsverhältnis IFG zu Art. 54 der Richtlinie 2004/39/EG**

### **I. Bisheriges Verständnis des BVerwG zu IFG – Versagung als Ausnahme**

Das IFG gibt grundsätzlich jedem Bürger voraussetzungslos einen allgemeinen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen gegenüber den Behörden und den Einrichtungen des Bundes.

Die Behörde muss substantiiert darlegen, warum eine konkrete Information nicht herauszugeben ist.

Das BVerwG hat zuletzt in seiner Entscheidung vom 27.11.2014, Az. 7 C 18.12 klargestellt: „Will die Behörde den grundsätzlich gegebenen Informationszugang versagen, erschöpft sich ihre Darlegungslast nicht allein in der Benennung des einschlägigen Ausschlussgrunds (BT-Drs. 15/4493, S. 6).“

Ebenso könnte man sagen, dass sich die Darlegungslast der Beklagten nicht in der Benennung von Urteilen des EuGH und des Hessischen VGH erschöpft.

§ 3 IFG regelt Ausnahmen vom Zugang. Diese Vorschrift ist nach dem bisherigen Verständnis des BVerwG eng auszulegen.

Der nationale Gesetzgeber stellt den Vorbehalt des § 3 Nr. 4 IFG unter den Grundsatz „So viel Information wie möglich, so viel Geheimnisschutz wie nötig.“ (Begründung GesetzesE IFG, BT-Drs. 15/4493, S. 11).

Es gilt mithin die Maßgabe, dass Ausnahmen eng auszulegen sind. Anders als im US-amerikanischen Recht wollte der Gesetzgeber die Wertpapieraufsicht nicht von vorneherein vom Anwendungsbereich des IFG ausnehmen. Vielmehr ging es ihm darum, den spezialgesetzlich garantierten Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu wahren (so deutlich Begr. GesetzesE, BT-Drs. 15/4493, S. 11). Man könnte deshalb annehmen, dass § 1 IFG den §§ 9 KWG, 8 WpHG vorgeht.

Insbesondere zum Versagungsgrund des § 3 Nr. 4 IFG („Geheimnisschutz“) hat der zuständige siebte Fachsenat des BVerwG in einer Reihe von Entscheidungen bislang eine eher bürgerfreundliche Haltung vertreten (siehe u.a. BVerwG, Urteil vom 15.11.2012, Az. 7 C 1.12 mit Verweis auf Beschluss des BVerwG vom 21.02.2007, Az. 20 F 9.06).

Insbesondere in seinen Entscheidungen zu den Anforderungen an eine Sperrklärung hat das BVerwG mehrfach klargestellt, dass hohe Anforderungen an eine Sperrung von angeblich geheimhal-

tungsbedürftigen Unterlagen zu stellen sind (so Beschlüsse des BVerwG vom 25.04.2012, Az. 20 F 6.11, [www.juris.de](http://www.juris.de), und vom 05.04.2013, Az. 20 F 4.12, [www.juris.de](http://www.juris.de)).

Hielte man die aktuelle Argumentation der BaFin für richtig, würde dies die bislang eher informationsbejahende, bürgerfreundliche Sichtweise des BVerwG sowie die informationsoffene Intentionen des nationalen IFG-Gesetzgebers auch in Banksachen völlig konterkarieren.

Um es auf den Punkt zu bringen:

Der IFG-Anspruch im bank- und kapitalmarktrechtlichen Bereich wäre faktisch ausgeschlossen, dies wäre sozusagen der „Tod“ des IFG im Bankensektor.

Weiter ist zu beachten, dass sodann auch die prozeduralen nationalen Vorschriften der deutschen Verwaltungsgerichtsordnung (kurz: VwGO) zum sogenannten „in-camera-Verfahren“ – jedenfalls für den Bankenbereich – völlig nutzlos und obsolet wären. In einem solchen Verfahren kann durch das zuständige Gericht geprüft werden, ob Informationen tatsächlich geheimhaltungsbedürftig sind oder nicht.

## **II. Zum Verständnis des Art. 54 der Richtlinie 2004/39/EG**

### **1. Vorbemerkung**

Die maßgebliche Richtlinie 2004/39 datiert vom 21.04.2004. Das IFG ist hingegen erst am 01.01.2006 in Kraft getreten. Es ist also davon auszugehen, dass der deutsche Gesetzgeber des IFG die zeitlich früher datierende EU-Richtlinie kannte und somit beachtete.

Gleichwohl hat er im IFG gerade nicht geregelt:

*„Der Bürger hat im Bereich des Bankenwesens wegen der dort bestehenden gesetzlichen Geheimhaltungsregelungen (§§ 8 WpHG, 9 KWG) grundsätzlich keinen Informationszugangsanspruch, es sei denn.....“*

Die aktuelle Interpretation der BaFin würde aber exakt auf diese, vom IFG-, aber auch vom Richtlinien-Gesetzgeber gerade nicht gewollte Ausschlussregelung im Bereich des Bankenwesens hinauslaufen.

### **2. Zu Frage 1 des BVerwG - Weites Verständnis der BaFin nicht unionsrechtskonform**

#### **a. Weites Verständnis der vertraulichen Information und des Berufsgeheimnisses in der bisherigen Rechtsprechung nicht angelegt**

Das BVerwG hat in seinem Vorlagebeschluss vom 04.11.2015, 7 C 4.14, Randziffer 23, ausgeführt, dass es in der Sache bereits selbst zu Gunsten der Beklagten entscheiden könnte, wenn § 9 Abs. 1 KWG unionsrechtskonform in einem Sinne auszulegen wäre, der die Reichweite der Geheimhaltungspflicht im Sinne der Beklagten weit zieht und die dementsprechende Zuordnung der Aktenbestandteile schon nach äußeren und als solchen ohne Schwierigkeiten feststellbaren Merkmalen ermöglicht. Dies wäre der Fall, wenn die Vorlagefragen 1 a) und b) zu bejahen sind.

Wie das BVerwG aber zutreffend ausführt (siehe Randziffer 24), ist ein solches weites Verständnis der vertraulichen Information und des Berufsgeheimnisses, das sich maßgeblich nach der Herkunft der Angaben richtet und die betreffenden unternehmensbezogenen Informationen nicht weiter nach ihrem Inhalt und den - insbesondere wirtschaftlichen - Auswirkungen einer Offenlegung bewertet und zuordnet, soweit ersichtlich, in der bisherigen Rechtsprechung zum unionsrechtlichen Begriff des Berufsgeheimnisses nicht angelegt.

Nach der in wettbewerbsrechtlichen Verfahren ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichts fallen Informationen ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis und sind somit gegen eine

Offenlegung geschützt, wenn sie - erstens - nur einer beschränkten Zahl von Personen bekannt sind, - zweitens - durch ihre Offenlegung dem Auskunftgeber oder Dritten ein ernsthafter Nachteil entstehen kann und - drittens - die Interessen, die durch die Offenlegung der Informationen verletzt werden, objektiv schützenswert sind (siehe etwa EuG, Urteile vom 30. Mai 2006 - T-198/03 [ECLI:EU:T:2006:136], Bank Austria Creditanstalt / Kommission - Rn. 71 und vom 28. Januar 2015 - T-341/12 [ECLI:EU:T:2015:51], Evonik Degussa / Kommission - Rn. 94).

**Hiernach werden Geschäftsinterna, die der Aufsichtsbehörde übermittelt werden, nicht bereits als solche und ohne Weiteres als Berufsgeheimnis geschützt.**

Ein anderes, viel weiteres Verständnis, das allein auf die Modalitäten der Informationsweitergabe seitens des beaufsichtigten Instituts, nicht aber auf den konkreten Inhalt abstellt, würde dazu führen, dass faktisch kein Bürger mehr Informationen der BaFin auf dem Gebiet des Bank- und Kapitalmarktrechts erhalten würde.

Dies würde einer effektiven Kontrolle durch Bürger und nationale Gerichte, aber auch der erwünschten Transparenz zu Gunsten der Bürger und nationaler Gerichte auf diesem, von zahlreichen Skandalen beherrschten Gebiet völlig zuwiderlaufen und das IFG im Bankensektor quasi einer kompletten Bereichsausnahme unterwerfen.

Gerade der allgemein anerkannte **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** verlangt eine differenzierte Herangehensweise im Umgang mit derartigen Auskunfts- bzw. Informationsgesuchen der Bürger.

**b. Zum Verständnis des „aufsichtsrechtlichen Geheimnisses“**

Hinsichtlich des „aufsichtsrechtlichen Geheimnisses“, das die spezifischen Geheimhaltungsinteressen der Aufsichtsbehörde schützt, stellen sich laut BVerwG entsprechende Auslegungsfragen.

Nach den Ausführungen des Generalanwalts Jääskinen in den Schlussanträgen in der Rechtssache - C-140/13 - Rn. 38 gehören hierzu etwa „die von den zuständigen Behörden angewandten Überwachungsmethoden, die Korrespondenz und der Informationsaustausch der verschiedenen zuständigen Behörden untereinander sowie zwischen ihnen und den beaufsichtigten Unternehmen und alle sonstigen nicht-öffentlichen Informationen über den Stand der beaufsichtigten Märkte und die dort ablaufenden Transaktionen“.

Das mag den Schluss nahe legen, dass die Informationen, die dem „aufsichtsrechtlichen Geheimnis“ zuzurechnen sind, allein durch ihre Herkunft und den Verfahrensbezug gekennzeichnet sind, während es auf weitere Voraussetzungen nicht ankommt.

**c. Regelung auf EU-Ebene zum Zugangsanspruch**

Dieses sehr weite Verständnis würde jedoch der grundsätzlichen Haltung auf EU-Ebene im Hinblick auf den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, geregelt in der Verordnung Nr. 1049/2001, widersprechen.

Der Auskunftsanspruch des EU-Bürgers dort ist als grundsätzlicher Anspruch auf Offenlegung ausgestaltet. Insoweit bestehen erhebliche Parallelen zum deutschen IFG.

**Er ist (entsprechend § 1 Abs. 1 IFG) gerade nicht an die Geltendmachung eines berechtigten Interesses geknüpft.**

Gem. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung hat grundsätzlich jeder Unionsbürger sowie jede natürliche und juristische Person mit Sitz oder Wohnsitz in der EU Recht auf Zugang zu den Dokumenten der Organe.

Als Dokument gelten nach Art. 3 Abs. 1 dabei alle Inhalte, die einen Sachverhalt im Zusammenhang mit den Politiken, Maßnahmen oder Entscheidungen aus dem Zuständigkeitsbereich des Organs betreffen.

Art. 4 lässt die Verweigerung des Zugangs bei Beeinträchtigung speziell genannter Interessen oder Belange zu. Auch dies entspricht den nationalen Regelungen des IFG (s.o.).

Gem. Art. 4 Abs. 1 a) verweigern die Organe den Zugang, wenn der Schutz des öffentlichen Interesses im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit, militärische Belange, internationale Beziehungen oder Finanz-, Währungs- oder Wirtschaftspolitik der Gemeinschaft oder eines Mitgliedstaates beeinträchtigt würde.

Art. 4 Abs. 1 b) betrifft die Verweigerung des Zugangs zum Schutz der Privatsphäre.

Art. 4 Abs. 2 betrifft u.a. die Verweigerung zum Zwecke des Schutzes von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten. Der Zugang aus diesem Grund kann nur verweigert werden, wenn kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung besteht.

Art. 4 Abs. 3 regelt den Zugang zu Dokumenten, die von einem Organ zum internen Gebrauch erstellt wurden. Dieser wird nur verweigert, wenn der Entscheidungsprozess des Organs beeinträchtigt würde und kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung besteht.

Hieraus ergibt, dass der Unionsbürger kein berechtigtes Interesse an der Offenlegung geltend machen muss, **sondern das Organ die Beeinträchtigung genannter Belange zur Rechtfertigung der Verweigerung anführen muss.**

Der EuGH äußert sich in der Rs. C-139/07 P zu den Anforderungen an die Verweigerung.

Er statuiert, dass neben dem Betroffensein eines genannten Belangs auch die tatsächliche Beeinträchtigung vorliegen muss (Urteile des Gerichtshofs vom 1. Juli 2008, Schweden und Turco/Rat, C-39/05 P und C-52/05 P, Slg. 2008, I-4723, Randnr. 49, vom 29. Juni 2010, Kommission/Technische Glaswerke Ilmenau, C-139/07 P, Slg. 2010, I-5885, Urteil TGI, Randnr. 53, und vom 21. September 2010, Schweden u. a./API und Kommission, C-514/07 P, C-528/07 P).

Die Ausnahmen vom grundsätzlichen Zugangsrecht sind zudem eng auszulegen (Urteile des Gerichtshofs vom 1. Februar 2007, Sison/Rat, C-266/05 P, Slg. 2007, I-1233, Randnr. 63, vom 18. Dezember 2007, Schweden/Kommission, C-64/05 P, Slg. 2007, I-11389, Randnr. 66).

### **3. Zu den Unterfragen des BVerwG Punkt c) aa) bis einschließlich cc)**

#### **a. Zum Hintergrund dieser weiteren Vorlagefragen**

Falls die Richtlinie 2004/39/EG sich mit derart zurückgenommenen Kriterien für die Feststellung der vom Berufsgeheimnis erfassten Aktenbestandteile nicht begnügen sollte, bedarf in der Tat der Klärung, welche Anforderungen an die Feststellung eines Berufsgeheimnisses sich aus der Richtlinie ergeben, die der Hessische Verwaltungsgerichtshof nach Zurückverweisung der Sache durch das BVerwG bei seiner Entscheidung zu beachten hätte.

Hierauf bezieht sich die Frage 1 c) mit ihren Unterfragen aa) bis cc).

Die Fragen 1 c) aa) und bb) zielen auf inhaltliche Voraussetzungen für die Annahme einer dem Berufsgeheimnis unterfallenden Information.

Es bedarf laut BVerwG der Klärung, ob die oben aufgezeigten allgemeinen Grundsätze auch hier Geltung beanspruchen, sie gegebenenfalls zu modifizieren sind, und insbesondere nachvollziehbar darzulegen ist, dass ein fortbestehendes schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse durch den Informationszugang im konkreten Fall Nachteile erleidet (siehe hierzu EuGH, Urteile vom 29. Juni 2010 - C-139/07 P [ECLI:EU:C:2010:376], Kommission / Technische Glaswerke Ilmenau - Rn. 53, vom 28. Juni 2012 - C-404/10 P [ECLI:EU:C:2012:393], Kommission / Éditions Odile Jacob - Rn. 116 und vom 16. Juli 2015 - C-612/13 P [ECLI:EU:C:2015:486], ClientEarth / Kommission - Rn. 68).

Die Frage 1 c) cc) nach eventuell gegebenen Nachweiserleichterungen stellt sich angesichts einer nunmehr gefestigten Rechtsprechung in jedenfalls ähnlichen Konstellationen.

Der Gerichtshof hat im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten um den Zugang zu Dokumenten auf der Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (ABl. L 145, S. 43) in Bezug auf Vorschriften des Beihilferechts und des Wettbewerbsrechts über das Berufsgeheimnis entschieden, dass eine allgemeine Vermutung bestehe, wonach die Verbreitung des Schriftverkehrs zwischen der Kommission und den Unternehmen in solchen Verfahren grundsätzlich den Schutz von Untersuchungstätigkeiten sowie den Schutz der geschäftlichen Interessen der an einem solchen Verfahren beteiligten Unternehmen beeinträchtigt (EuGH, Urteile vom 29. Juni 2010 - C-139/07 P - Rn. 54, 61 und vom 28. Juni 2012 - C-404/10 P - Rn. 116 f., 123; siehe auch Urteil vom 16. Juli 2015 - C-612/13 P - Rn. 77).

Diese Rechtsprechung gibt laut BVerwG Anlass zur Prüfung, ob eine entsprechende Vermutungsregel auch auf dem Gebiet der Finanzaufsicht Platz greift.

**b. Keine Vermutungsregel zu Gunsten der BaFin, wenn strafrechtliches Verfahren abgeschlossen und Unternehmen insolvent**

Das BVerwG hat sich am 27.11.2014, Az. 7 C 18.12 in seinem Urteil mit der Versagung eines Informationszugangs wegen strafrechtlicher Ermittlungen nach § 3 Nr. 1 Buchst. g Alt. 3 IFG auseinandergesetzt.

Diese Ausführungen und Überlegungen können analog herangezogen werden.

Es gelten laut BVerwG besondere Anforderungen an die Feststellung dieses Ausschlussgrunds.

Gemäß § 3 Nr. 1 Buchst. g Alt. 3 IFG besteht der Anspruch auf Informationszugang nicht, wenn das Bekanntwerden der Informationen nachteilige Auswirkungen auf die Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen haben kann. Solche Auswirkungen sind gegeben, wenn die Effektivität staatlicher Ermittlungstätigkeit beeinträchtigt werden kann.

Entsprechend gilt dies möglicherweise im vorliegenden Fall im Hinblick auf die Effektivität des Handelns der staatlichen Finanzaufsicht, wenn sich diese zur Sicherung ihres effektiven Handelns auf Geheimhaltungsvorschriften des KWG und des WpHG beruft.

Zentrale Aufgabe des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens ist laut BVerwG die Sachverhaltserforschung und Wahrheitsfindung. Der Erreichung dieses Untersuchungszwecks ist es abträglich, wenn Beschuldigte, Zeugen oder sonstige Dritte bei Kenntnis relevanter Informationen nachteilig auf das Ermittlungsverfahren einwirken, indem sie dieses Wissen zur Verdunkelung oder zur Beeinflussung von Zeugen nutzen oder ihr Aussageverhalten darauf einstellen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 28. September 1995 - StB 54/95 - NJW 1996, 734 <juris Rn. 5>, vom 15. April 2003 - 1 StR 64/03 - BGHSt 48, 268 <juris Rn. 23> und vom 22. September 2009 - 3 StB 28/09 - juris Rn. 19; Löwe-Rosenberg/Hilger, StPO, 26. Aufl. 2009, § 406e Rn. 13; Löwe-Rosenberg/Erb, StPO, 26. Aufl. 2007, § 168c Rn. 15; Wessing, in: BeckOK StPO, § 147 Rn. 5a; Schlothauer, in: Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 3 Rn. 39; BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 1999 - 7 C 32.98 - BVerwGE 110, 17 <23 f.>).

Das Bekanntwerden der Informationen kann nachteilige Auswirkungen auf das Schutzgut der staatlichen Strafrechtspflege haben, wenn aufgrund der konkreten Umstände deren Beeinträchtigung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Dies erfordert eine auf konkreten Tatsachen beruhende prognostische Bewertung (vgl. BVerwG, Urteil vom 15. November 2012 - 7 C 1.12 - Buchholz 404 IFG Nr. 10 Rn. 38 ff.).

Entsprechend argumentiert die Beklagte im vorliegenden Fall für die Sicherung ihrer Aufsichtstätigkeit. Sie sieht diese Tätigkeit gefährdet, wenn Dritte Zugang zu den ihr anvertrauten Unterlagen erhalten. Jedoch ist dies analog zur Strafrechtspflege nur dann der Fall, wenn aufgrund der konkreten Umstände die Beeinträchtigung der Finanzaufsicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Dies erfordert eine auf konkreten Tatsachen beruhende prognostische Bewertung der Beklagten.

Anders als im Fall vom 27.11.2014 weiß allerdings die um den Informationszugang angegangene aktenführende Beklagte mit ihren eigenen Erkenntnismöglichkeiten, dass das strafrechtliche Ermittlungsverfahren im Fall Phoenix längst abgeschlossen ist. Eine Gefährdung des nationalen Strafverfahrens ist also völlig ausgeschlossen. Eine Gefährdung des nationalen Aufsichtsverfahrens ist nicht einmal ansatzweise dargetan.

Die Beklagte kennt ihre Akten und kann – anders als der Kläger - feststellen, ob und inwieweit das Bekanntwerden dieser Informationen sich negativ auf ihre noch laufende Aufsichtstätigkeit im Fall Phoenix und auf etwaige nationale Geheimhaltungsregelungen auswirken kann.

Dabei ist zu Gunsten des Klägers zu berücksichtigen, dass der Schutz der nationalen Finanzaufsicht inklusive nationaler Geheimhaltungsregelungen nicht über das hohe Schutzgut der Sicherung der strafrechtlichen Verfolgung gestellt werden kann.

Darauf würde es aber hinauslaufen, wenn sich die Beklagte auch über die Dauer eines Strafverfahrens hinaus noch auf entsprechende Geheimhaltungsregelungen nach KWG und WpHG berufen und zusätzlich verallgemeinernd, ohne jede Differenzierung eine Vermutungsregelung zu ihren Gunsten bemühen könnte, die ihre jede Darlegungs- und Differenzierungslast gegenüber dem informationssuchenden und von der Firma Phoenix nachweislich geschädigten Kunden nimmt.

Aus den Besonderheiten des Informationsfreiheitsrechts können sich laut BVerwG spezifische Anforderungen an die Aufbereitung der Prognosegrundlage und an die Darstellung der Prognose ergeben. Will die Behörde den grundsätzlich gegebenen Informationszugang versagen, erschöpft sich ihre Darlegungslast nicht allein in der Benennung des einschlägigen Ausschlussgrunds (BT-Drs. 15/4493 S. 6).

Selbst bei noch laufenden strafrechtlichen Ermittlungen muss die Beklagte im Zusammenwirken mit der Staatsanwaltschaft in nachvollziehbarer Weise Umstände vortragen, die auch für den Antragsteller, der die Informationen gerade nicht kennt, den Schluss zulassen, dass die Voraussetzungen des in Anspruch genommenen Versagungsgrunds vorliegen (vgl. BVerwG, Urteil vom 15. November 2012 - 7 C 1.12 - Buchholz 404, IFG Nr. 10 Rn. 41; Schoch, IFG, 1. Aufl. 2009, Vorb §§ 3 bis 6 Rn. 50).

Das kann insbesondere bei umfänglichen Informationszugangsbegehren eine auf die einzelnen Teile eines Aktenbestands bezogene differenzierende Darstellung erfordern.

Dieses Erfordernis hat laut BVerwG einen prozeduralen Bezug.

**Gleichwohl handelt es sich um einen aus dem materiellen Recht folgenden rechtlichen Maßstab, an dem tatsächliche Feststellungen zu messen sind.**

**Dieses Darlegungs- und Differenzierungsgebot muss erst Recht gelten, wenn das Strafverfahren bereits abgeschlossen ist und das Insolvenzverfahren seit über 10 Jahren (!) andauert.**

Die Ausführungen der Beklagten sind jedenfalls dann unzureichend, wenn die Voraussetzungen des Ausschlussgrunds nicht, wie geboten, konkret bezogen auf die einzelnen Akten und Aktenbestandteile dargelegt werden.

Besondere Umstände können laut BVerwG dazu führen, dass eine Vermutungswirkung nicht trägt. Dann trifft die Verwaltungsbehörde die volle Darlegungslast mit der Folge, dass sie näher begründen muss, warum die betreffenden Unterlagen für ihre weiteren Ermittlungen, hier Finanzaufsicht, bedeutsam sein können und inwiefern die Bekanntgabe der in ihnen enthaltenen Informationen geeignet wäre, den Aufsichtszweck zu gefährden bzw. nationale Geheimhaltungsregelungen zu verletzen.

**Das erfordert eine nach einzelnen Aktenbestandteilen differenzierende Prüfung und Begründung.**

Aufgrund der Umstände des vorliegenden Falles Phoenix ist eine solche differenzierende Betrachtungsweise dringend geboten.

Das Unternehmen Phoenix bzw. die für verantwortlich handelnden Personen sind nicht mehr Gegenstand eines Strafverfahrens. Sie sind bereits rechtskräftig verurteilt. Über das Vermögen der Firma Phoenix ist das Insolvenzverfahren eröffnet. Dieses Verfahren läuft seit über 10 Jahren (!).

Zu den streitgegenständlichen Unterlagen fehlt bei allen Unterlagen jegliche erläuternde Angabe der Beklagten. Nachteilige Auswirkungen auf ihre Aufsichtstätigkeit und Verletzung nationaler Geheimhaltungsregelungen durch den begehrten Informationszugang drängen sich dann jedenfalls nicht auf und bedürfen einer näheren Darlegung.

Angesichts des bereits – mit rechtskräftigen Verurteilungen - abgeschlossenen Strafverfahrens im Fall Phoenix, des erheblichen Zeitraums seit Beginn der Aufsichtstätigkeit und der wirtschaftlichen Bedeutungslosigkeit etwaiger Geschäftsgeheimnisse der kriminell agierenden Firma Phoenix aufgrund des Insolvenzverfahrens fehlt von vornherein die oben genannte Vermutungswirkung, so dass die Beklagte der vollen Darlegungslast unterliegt.

Diesen Anforderungen ist die Beklagte nicht gerecht geworden. Teilweise fehlt es bereits dem Grunde nach an solchen Darlegungen. Teilweise erscheint entweder der erforderliche inhaltliche Bezug oder



die jedenfalls grundsätzliche Gefährdungseignung aufgrund der vorliegenden Angaben als zweifelhaft, so dass es eingehenderer Erläuterungen bedurft hätte.

Hierzu hätte die Beklagte ein Verzeichnis der diesbezüglichen Aktenbestandteile vorlegen müssen, aus dem sich in nachvollziehbarer Weise ergibt, warum exakt diese Aktenbestandteile selbst nach Abschluss des Strafverfahrens mit entsprechenden rechtskräftigen Verurteilungen der besonderen Geheimhaltung unterliegen sollen.

Der zuständige Senat des BVerwG ist schon im Urteil vom 24. Mai 2011 - 7 C 6.10 - (Buchholz 400 IFG Nr. 4 Rn. 13) dem Bestreben der Beklagten entgegengetreten, aufgrund allgemein gehaltener Befürchtungen über die Beeinträchtigung ihrer Aufgabenerfüllung eine faktische Bereichsausnahme für ihre Aufsichtstätigkeit zu erreichen. Daran ist festzuhalten.

Das BVerwG selbst führt in seinem Urteil vom 27.11.2014, dort unter Randziffer 40, zu dem viel strengerem Ausschlussgrund des § 3 Nr. 1 Buchstabe g Alt. 3 IFG aus:

**„Das Verwaltungsgericht wird gegebenenfalls zu prüfen haben, inwieweit nach zwischenzeitlichem Abschluss des Ermittlungsverfahrens und nach Zulassung der Anklage der Schutz eines laufenden Gerichtsverfahrens die Berufung auf den Ausschlussgrund nach § 3 Nr. 1 Buchst. g Alt. 1 IFG rechtfertigen kann.“**

Dies alles zusammen führt zu der Erkenntnis, dass eine Beantwortung der Fragen des BVerwG unter Beachtung des Verhältnismäßigkeits- und Differenzierungsgebots zu erfolgen hat. Es muss danach darauf ankommen, dass der Zugang zu den Informationen das Geheimhaltungsinteresse konkret und tatsächlich beeinträchtigen könnte.

Die Beklagte kann sich deshalb auch nicht - ohne nähere Erläuterung, Beschreibung und Differenzierung - auf eine „widerlegliche Vermutung“ berufen, dass die in ihren Akten enthaltenen unternehmensbezogenen Angaben der Firma Phoenix und der darauf bezogenen Schriftstücke Geschäfts- oder aufsichtsrechtliche Geheimnisse betreffen.

#### **4. Zu den Unterfragen 2 und 3**

##### **a. Vorbemerkung**

Die Fragen 2 und 3 betreffen laut BVerwG die zeitliche Dimension des Schutzes vertraulicher Informationen durch das Berufsgeheimnis. Sie stellen sich unabhängig davon, wie die Frage 1 zu beantworten ist.

##### **b. Zur Unterfrage 2**

Die Schutzwürdigkeit vertraulicher Informationen nimmt in der Regel mit der Zeit ab.

So hängt es vom jeweils aktuellen geschäftlichen Umfeld ab, ob der Informationszugang mit wirtschaftlichen Nachteilen für das Unternehmen verbunden ist. Folglich können Angaben, wenn sie als veraltet anzusehen sind, schon vor Einstellung des Geschäftsbetriebs ihre Bedeutung verlieren. Davon geht auch der Generalanwalt Jääskinen in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache - C-140/13 - Rn. 43 aus.

Die oben angesprochenen, auch auf europäischer Ebene geltenden Grundsätze der Darlegungs- und Differenzierungslast, die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und der Informationsfreiheitsrechte verbieten nach Ansicht des Klägers eine Beantwortung der Frage 2, wonach zur Klassifizierung einer Information als „vertraulich“ allein auf den Zeitpunkt der Übermittlung an die Aufsichtsbehörde abzustellen wäre.

Auch die Besonderheiten der Finanzmarktaufsicht geben keinen Anlass für eine abweichende Bewertung.

### c. Zur Unterfrage 3

Sind Änderungen in den Verhältnissen durch den Zeitablauf und deren Auswirkungen auf die Geheimhaltungsbedürftigkeit von Informationen zu berücksichtigen, kann in generalisierender Weise vermutet werden, dass nach gewisser Zeit die notwendige Aktualität einer Angabe, die ihr den fort-dauernden wirtschaftlichen Wert im Wettbewerb vermittelt, entfallen ist.

Solche Überlegungen können sich gegebenenfalls an Regelungen orientieren, wie sie etwa der "Mitteilung der Kommission über die Regeln für die Einsicht in Kommissionsakten in Fällen einer Anwendung der Art. 81 und 82 EG-Vertrag, Art. 53, 54 und 57 des EWR-Abkommens und der Verordnung (EG) Nr. 139/2004" (ABl. EU C 325, S. 7 vom 22. Dezember 2005) in Nr. 23 zugrunde liegen, und die von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichts gebilligt worden sind (siehe etwa EuG, Urteil vom 28. Januar 2015 - T-341/12 -Rn. 84 und Beschluss vom 22. Februar 2005 - T-383/03 [E-CLI:EU:T:2005:57], Hynix Semiconductor / Rat - Rn. 60).

Dort wird davon ausgegangen, dass Angaben, die geheim oder vertraulich waren, aber mindestens fünf Jahre alt sind und daher nicht mehr als aktuell anzusehen sind, weder geheim noch vertraulich sind, wenn nicht ausnahmsweise der Betroffene nachweist, dass sie trotzdem ein noch wesentlicher Bestandteil seiner eigenen oder der wirtschaftlichen Stellung eines Dritten sind.

### D. Sonstige Überlegungen zu Art. 54 der Richtlinie 2004/39/EG

Die Beklagte verfolgt – anders als die britische Financial Service Agency (kurz: FSA) - generell eine sehr restriktive Informationspolitik gegenüber Privaten.

Die britische FSA ist ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Freedom of Information Act (kurz: FIA) einbezogen (vgl. Freedom of Information Order 2003, Stat. Instrument 2003 No. 1882, Sched. 1 Art. 2).

Sec. 1 (1) des FIA 2000 gewährt seit dem 01.01.2005 jedermann den Anspruch, darüber informiert zu werden, ob eine Behörde bestimmte Informationen besitzt (sog. „right to know“).

Bei abgeschlossenen Aufsichtsverfahren, wie hier der Fall, die zudem zu einer rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung und einem insolvenzrechtlichen Verfahren im Hinblick auf das kriminell agierende Unternehmen Phoenix geführt haben, erscheint eine auf weitest gehende Anonymität bedachte Informationspolitik der staatlichen Finanzaufsicht ohne konkrete Darlegung, Differenzierung und Abwägung nicht (mehr) sachgerecht.

Es sollte deshalb die Praxis der britischen FSA, die den Interessen geschädigter Anleger besonders entgegen kommt, in entsprechender, rechtlich gebotenen Auslegung des Art. 54 auch von der Beklagten angewandt werden.

In entsprechender Auslegung des Art. 54 sollte zudem der Ausnahmetatbestand des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nur dann eingreifen, wenn das geltend gemachte Geheimhaltungsbedürfnis tatsächlich (noch) schützenswert ist. Dies ist etwa zu verneinen bei Daten, die nach § 15 WpHG einer Ad-hoc-Mitteilungspflicht unterliegen oder Geschäftszahlen des betroffenen Unternehmens betreffen, die publizitäts- und /oder anzeigepflichtig sind.

Ferner bestehen Informationsansprüche Privater dann, wenn die betroffenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse Dritter ohne weiteres durch mildere Maßnahmen als eine völlige Versagung der Information gewahrt werden können. Dies kann beispielsweise dadurch geschehen, dass sensible Daten geschwärzt werden und dem Informationsanspruch zumindest teilweise stattgegeben wird.

Herausgabepflichtig sind jedenfalls Aktenvermerke mit rechtlichen Würdigungen von Informationen tatsächlicher Natur, die die Beklagte aus öffentlich zugänglichen Quellen wie Presseartikeln, Ad-hoc-Meldungen oder dem Internet gewonnen hat.



Gundermann  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht