

WM

**WERTPAPIER-
MITTEILUNGEN**

Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht

38

21. September 2013
67. Jahrgang
Seiten 1777-1828

Redaktion:

Rechtsanwalt
Dr. Christopher Kienle,
Frankfurt a. M.

Rechtsanwalt
Dr. Andreas Lange,
Frankfurt a. M.

Prof. Dr. Tobias Lettl,
Potsdam

Rechtsanwalt
Dr. Helmut Merkel,
Frankfurt a. M.

Arne Wittig,
Essen

Redaktionsbeirat:

Rechtsanwalt
Thorsten Höche,
Berlin

Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult.
Klaus J. Hopt,
Hamburg

Richter am BGH
Dr. Hans-Ulrich Joeres,
Karlsruhe

Richterin am BGH
Ilse Lohmann,
Karlsruhe

Rechtsanwalt
Prof. Dr. Hans-Jürgen Lwowski,
Hamburg

Prof. Dr. Peter O. Mülbart,
Mainz

Rechtsanwalt
Reinhard Nützel,
Frankfurt a. M.

WERTPAPIER-
MITTEILUNGEN
TEIL IV

Postverlagsort Frankfurt a. M.

AUS DEM INHALT:

Seite 1777

Rechtsanwalt Dr. Tom Billing, Berlin
Zur AGB-rechtlichen Zulässigkeit eines Bearbeitungsentgelts bei Darlehensverträgen
– Teil I –

Seite 1785

Rechtsanwälte Dr. Udo A. Zietsch und Tina Weigand,
Frankfurt a. M.
Auskunftsanspruch der BaFin und Akteneinsichtsrecht gegenüber der BaFin – ein rechtsfreier Raum?

Seite 1791

BGH, 5.7.2013 –
Zum Rückforderungsanspruch des Schuldners gemäß § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn er gezahlt hat, um einer drohenden Zwangsvollstreckung zuvorzukommen; zur Frage des Rückforderungsanspruchs des Grundstückseigentümers, der zur Abwendung der Zwangsvollstreckung eine Leistung erbracht hat

Seite 1793

BGH, 13.6.2013 –
Zur Insolvenzanfechtung gegenüber der kontoführenden Bank hinsichtlich der Umbuchung von Gutschriften vom Konto einer an einem Cash-Pool teilnehmenden Gesellschaft auf das Zielkonto des Cash-Pools und hinsichtlich der dort vorgenommenen Verrechnung, wenn alle am Cash-Pool teilnehmenden Gesellschaften Kreditnehmer des auf dem Zielkonto ausgereichten Kontokorrentkredits sind

Seite 1796

BGH, 16.7.2013 –
Unwirksamkeit von im Preis- und Leistungsverzeichnis eines Kreditinstituts enthaltenen Bestimmungen über ein Pfändungsschutzkonto bei Geltung auch für Bestandskunden sowie einer Klausel über die gesonderte Berechnung von Leistungen beim Pfändungsschutzkonto

~~bei den Bearbeitungskosten nicht darum, eine Abweichung vom dispositiven Recht, die bislang gebilligt wurde, nunmehr nicht länger zu akzeptieren.⁷³ Vielmehr geht es um die vorgelagerte Frage, ob die Vereinbarung von Bearbeitungskosten überhaupt vom dispositiven Recht abweicht. Diesbezüglich kann sich die Rechtsprechung jedoch nur weiterentwickeln, wenn sich auch das dispositive Recht weiterentwickelt bzw. verändert. Das hat es jedoch mit Blick auf die Bearbeitungskosten nicht getan, das dispositive Darlehensrecht hat sich in puncto Bearbeitungskosten seit den ersten Entscheidungen des BGH hierzu nicht verändert. Vor allem auch § 488 BGB hat nicht – neu – den~~

~~Grundsatz ins Darlehensrecht eingeführt, dass laufzeitunabhängige Kosten bzw. Entgeltbestandteile nunmehr im Grundsatz unzulässig seien. Das bestätigt die sogleich folgende Analyse des Gesetzes. Der Hinweis von Schmieder auf die mögliche Weiterentwicklung der Rechtsprechung⁷⁴ vermag deshalb als Rechtfertigung dafür, von einer jahrzehntelangen Rechtsprechungspraxis abzuweichen, nicht zu überzeugen.~~

(Wird fortgesetzt)

⁷³ Vgl. die Nachweise in Fn. 72.

⁷⁴ Vgl. Schmieder, WM 2012, 2358, 2363.

Auskunftsanspruch der BaFin und Akteneinsichtsrecht gegenüber der BaFin – ein rechtsfreier Raum?

Von Rechtsanwälten Dr. Udo A. Zietsch* und Tina Weigand, Frankfurt a. M.

A. Ausgangslage

Ausgangspunkt dieser Bearbeitung sind die in letzter Zeit von der Bundesaufsicht für Finanzdienstleistungen (nachfolgend „BaFin“ genannt) in zunehmender Häufigkeit gestellten Auskunftsersuchen, welche im Zusammenhang mit der in § 4 Abs. 1 und Abs. 2 WpHG geregelten Aufsichts- und Überwachungstätigkeit der BaFin, wie beispielsweise die laufende Überwachung des Verbots der Marktmanipulation gemäß § 20a WpHG, stehen. In diesem Rahmen fordert die BaFin Unternehmen zu weitläufigen Auskunftserteilungen auf, um eine weitere Sachverhaltsaufklärung zu erreichen. Die Folgen einer Herausgabe der Unterlagen lassen sich für die betroffenen Unternehmen oftmals nicht überblicken. So ist es insbesondere möglich, dass sich aus den angeforderten Auskunftserteilungen und Dokumentenvorlagen weitere Anhaltspunkte für eine Ausweitung der Ermittlungen gegen die Unternehmen selbst, deren Geschäftsführer und Mitarbeiter ergeben.

Seitens der Unternehmen gestellte Anträge auf Akteneinsicht werden von der BaFin hingegen oftmals vollumfänglich zurückgewiesen. Ein häufiges Argument für die Zurückweisung ist hierbei, dass wesentliche Aktenteile an die Staatsanwaltschaft übermittelt worden seien und wegen der Gefahr nachteiliger Effekte auf das Ermittlungsverfahren keine Akteneinsicht gewährt werden könne.

Im Rahmen dieser Bearbeitung soll nun geklärt werden, welche geeigneten Reaktionsmöglichkeiten für die Unternehmen im Falle eines solchen Auskunftsersuchens durch die BaFin, aber auch im Falle einer Zurückweisung eines Akteneinsichtsantrages bestehen.

B. Auskunftsanspruch der BaFin

Auf der Basis des § 4 Abs. 2 WpHG obliegt der BaFin die Überwachung der Einhaltung der Verbote und Gebote des WpHG. § 4 Abs. 3 WpHG regelt die Berechtigung der BaFin, von jedermann Auskünfte, die Vorlage von Unterlagen und die Überlassung von Kopien zu verlangen, soweit dies aufgrund von Anhaltspunkten für die Überwachung der Einhaltung eines Verbotes oder Gebotes erforderlich ist. Folglich statet § 4 WpHG die BaFin mit sehr umfassenden Befugnissen aus.

I. Voraussetzungen des Auskunftsanspruches

Es ist zunächst festzuhalten, dass der unbestimmte Rechtsbegriff der „Anhaltspunkte“ nicht legaldefiniert wird. Auch der Gesetzesbegründung lässt sich nicht entnehmen, wie der Begriff „Anhaltspunkte“ zu verstehen ist, insbesondere wie konkret die erlangten Hinweise bereits sein müssen.¹

Aus der Verwendung des Begriffs „Anhaltspunkte“ wird zum Teil gefolgert, dass unter Berücksichtigung der Natur von Insiderdelikten, die zu ihrer Abwicklung die Anonymität des Börsenhandels nutzen und von daher nur unter besonderen Schwierigkeiten feststellbar sind, die Schwelle des Anfangsverdachts im Sinne von § 152 Abs. 2 StPO gerade noch nicht erreicht werden müsse. Vielmehr solle die BaFin zur effektiven Erfüllung ihrer Aufgaben gerade schon zu einem vorgelagerten Zeitpunkt und somit in einem frühen Stadium in der Lage sein, verdächtige Sachverhalte zu ermitteln. Es müsse daher lediglich nachvollziehbar sein, dass die BaFin Nachfragebedarf habe, um überprüfen zu können, ob, inwieweit oder auf welche Weise den Pflichten des WpHG entsprochen wurde.²

Andererseits wird darauf abgestellt, dass – konträr zu obiger Auffassung – „Anhaltspunkte“ ebenso zu definieren seien wie der Anfangsverdacht im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO, welcher „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ für die Einleitung strafrechtlicher Ermittlungen voraussetze.³ Es müsse mithin als möglich erscheinen, dass eine Straftat vorliege, wobei auch entfernte Indizien als ausreichend zu erachten seien.⁴

Im Ergebnis dürfte es aus Gründen der Bestimmbarkeit des Begriffs „Anhaltspunkte“ und der damit verbundenen Rechtssicherheit vorzugswürdig sein, sich letzterer Ansicht anzuschließen, welche sich explizit am Anfangsverdacht des § 152 Abs. 2 StPO und damit an den durch Rechtsprechung und Literatur hinreichend bestimmten Voraussetzungen orientiert. Bei einer solchen Begriffsauslegung bestehen keine Zweifel hin-

* Der Autor ist Partner einer Rechtsanwaltskanzlei.

¹ BT-Drucks. 15/3174, S. 30; Habetha, WM 1996, 2133 im Hinblick auf § 16 WpHG a.F.

² Siehe Dörmel, in: Assmann/Schneider, WpHG, 6. Aufl., § 4 Rdn. 30.

³ Vgl. Schlette/Bouchon, in: Fuchs, WpHG, 2009, § 4 Rdn. 37; Habetha, WM 1996, 2133, 2134.

⁴ Vgl. Meyer-Göbner, StPO, 47. Aufl., § 152 Rdn. 4.

sichtlich der Einhaltung des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots des Art. 20 Abs. 3 GG.⁵

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der BaFin bei ihren Ermittlungen zur Aufdeckung strafbewehrter Taten ein Eingriffsinstrumentarium zur Verfügung steht, welches die strafprozessrechtlichen Befugnisse der Staatsanwaltschaft bei weitem übersteigt.⁶ Die Staatsanwaltschaft müsste in den weitaus meisten Fällen zunächst Durchsuchungen vornehmen, um überhaupt Beweismittel erlangen zu können, welche in der Folge dann zu beschlagnahmen wären. Vor allem hinsichtlich der Durchsuchung bei anderen Personen als dem Verdächtigen gemäß § 103 StPO wäre zu beachten, dass die Durchsuchung nur dann zulässig ist, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass sich die gesuchte Person, Spur oder Sache auch tatsächlich in den zu durchsuchenden Räumlichkeiten befindet. Dem steht das weitreichende Auskunftsrecht der BaFin gemäß § 4 Abs. 3 WpHG gegenüber. Zur „Aktivierung“ dieses Rechts ist lediglich das Vorliegen von Anhaltspunkten – beispielsweise für einen Verstoß gegen das Verbot der Marktmanipulation – erforderlich.

Obwohl also der BaFin weitreichendere Befugnisse als der Staatsanwaltschaft zustehen, sieht § 4 Abs. 5 WpHG dennoch die Weitergabe der erlangten Informationen ohne Verwertungsverbot an die Staatsanwaltschaft vor. Auch aus diesem Grund erscheint eine Harmonisierung mit den strafprozessualen Anforderungen geboten.⁷ Das Vorliegen eines Anfangsverdachts im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO ist daher zu fordern. Festzuhalten ist jedoch, dass die BaFin wohl auch bei Befolgung letzterer Ansicht bereits in einem frühen Verfahrensstadium – mindestens also bei Vorliegen auch nur entfernter Indizien⁸ – tätig werden und Auskunfts- und Vorlageersuchen stellen darf.

Charakteristisch für das Tätigwerden der BaFin ist hierbei, dass diese im Zuge der Wahrnehmung ihrer Aufsichts- und Überwachungstätigkeit nicht „personenbezogen“, sondern rein „sachverhaltsbezogen“ ermittelt.⁹

Angesichts der sehr weit gefassten Eingriffsbefugnisse aufgrund der Regelung des § 4 WpHG, welche der BaFin bereits in einem sehr frühen Verfahrensstadium zuerkannt werden, bestehen in vielen Fällen kaum Anhaltspunkte dafür, dass ein Recht der BaFin auf Einsichtnahme in angeforderte Unterlagen ausgeschlossen wäre. Es ist davon auszugehen, dass der BaFin ein entsprechend weiter Beurteilungsspielraum dahingehend zusteht, welche Informationen und Unterlagen aus ihrer Sicht erforderlich sind.¹⁰

II. Grenzen des der BaFin zukommenden Auskunftsanspruches, Auskunftsverweigerungsrechte

Der Auskunftsanspruch der BaFin findet seine Grenzen in der Regelung des § 4 Abs. 9 Satz 1 WpHG. Das Auskunftsverweigerungsrecht des § 4 Abs. 9 Satz 1 WpHG ist Ausdruck des rechtsstaatlichen Verbotes einer Selbstbelastungspflicht und orientiert sich an den Zeugnisverweigerungsrechten gemäß §§ 384 Nr. 2 ZPO, 55 Abs. 1 StPO.¹¹

1. Nach dem Wortlaut des § 4 Abs. 9 Satz 1 WpHG bezieht sich die Norm lediglich auf „Auskunftsersuchen“, nicht aber auf „Vorlageersuchen“. In der oben geschilderten Fallkonstellation wird von dem betroffenen Unternehmen aber gerade auch die Vorlage von Unterlagen gefordert. Es ist daher zu klären, ob sich das Auskunfts-

verweigerungsrecht über den Wortlaut hinaus auch auf Vorlageersuchen erstrecken kann. Dies ist umstritten.

Döhmel verweist – ohne eingehende Erläuterung – darauf, dass sich das Auskunftsverweigerungsrecht auch von seiner Intention her lediglich auf Auskunftsersuchen beziehe und sich nicht darüber hinaus auch auf Vorlageersuchen erstrecke.¹²

Zetsche erkennt die Lückenhaftigkeit des § 4 Abs. 9 WpHG zwar an, verweist aber u.a. für den Bereich der Vorlage von Unterlagen auf eine entsprechende Geltung des § 4 Abs. 3 Satz 3 WpHG, wonach dem Beschuldigten aufgrund des nemo-tenetur-Grundsatzes, also dem Grundsatz, dass niemand als Beweismittel gegen sich selbst dienen muss,¹³ strafprozessuale Totalverweigerungsrechte zustünden.¹⁴

Zwar ist *Zetsche* insoweit zuzustimmen, als die Regelung des § 4 Abs. 9 WpHG tatsächlich als unvollständig zu betrachten ist und einer erweiternden Auslegung zugänglich gemacht werden muss. Jedoch ist zu bedenken, dass eine einseitig erweiternde Auslegung dahingehend, dass nur dem Beschuldigten weitergehende Verweigerungsrechte in entsprechender Anwendung des § 4 Abs. 3 Satz 3 WpHG zugebilligt werden, nicht als ausreichend erachtet werden kann. Hierdurch wird der Eigenart der sachverhaltsbezogenen Ermittlungsweise der BaFin, welche sich gerade dadurch auszeichnet, dass eben in den weitaus meisten Fällen auf breiter Basis ermittelt wird, ohne dass schon konkrete Anhaltspunkte für Verstöße vorliegen müssen, nicht genügend Rechnung getragen. Zudem kann die Beschuldigteneigenschaft nur durch einen Willensakt der zuständigen Strafverfolgungsbehörde begründet werden, es bedarf also in der Regel der förmlichen Einleitung des Ermittlungsverfahrens. Hiervon kann im Allgemeinen im Zeitpunkt der von Seiten der BaFin gestellten Auskunfts- und Vorlageersuchen nicht ausgegangen werden. Grundsätzlich besteht die Möglichkeit, auch einem formell noch nicht Beschuldigten bereits die vollen Beschuldigtenrechte zu gewähren. Dies entspricht bei Ermittlungen der Staatsanwaltschaft gegen Unternehmen in Wirtschaftsverfahren auch oftmals der gängigen Praxis. Es ist den Verfassern jedoch nicht bekannt, dass diese Vorgehensweise auch von Seiten der BaFin praktiziert wird.

Folglich werden Unternehmen, an welche ein Vorlagebegehren gerichtet wurde, von der BaFin in der Position eines Zeugen um Vorlage von Unterlagen ersucht. Stellt man hier mit *Zetsche* auf eine entsprechende Anwendung des § 4 Abs. 3 Satz 3 WpHG ab und gesteht dem ersuchten Unternehmen somit Auskunfts- oder Aussageverweigerungsrechte zu, kommt man aber zu dem Ergebnis, dass für Zeugen nach den prozessrechtlichen Regelungen gerade kein Vorlagenverweigerungsrecht vorgesehen ist, da dieses auch kein strafprozessuales Totalverweigerungsrecht zusteht.

Einen anderen Ansatz verfolgen *Schlette/Bouchon*, welche auf die gleichberechtigte und unmittelbar aufeinander folgende Stellung von Auskunfts- und Unterlagenanforderung in § 4 Abs. 3 Satz 1 WpHG abstellen. Sie folgern hieraus, dass die Vorlagepflicht unter

⁵ Siehe *Schlette/Bouchon*, a.a.O. (Fn. 3), § 4 Rdn. 37.

⁶ Siehe *Habetha*, WM 1996, 2133, 2134.

⁷ So auch *Habetha*, WM 1996, 2133 f.

⁸ Vgl. BVerfG NJW 1994, 783, 794.

⁹ Vgl. *Döhmel*, a.a.O. (Fn. 2), § 4 Rdn. 33.

¹⁰ Vgl. *Döhmel*, a.a.O. (Fn. 2), § 4 Rdn. 33.

¹¹ Vgl. *Zetsche*, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4. Aufl. 2012, § 4 WpHG Rdn. 82 f.

¹² Vgl. *Döhmel*, a.a.O. (Fn. 2), § 4 Rdn. 38 unter Verweis auf VG Berlin, Urteil vom 12.6.1978 zu § 44 KWG.

¹³ Vgl. BGH NJW 2007, 3138, 3140 m.w.N.

¹⁴ Vgl. *Zetsche*, a.a.O. (Fn. 11), § 4 WpHG Rdn. 83.

denselben tatbestandlichen Voraussetzungen wie die Auskunftspflicht bestehe und folglich auch auf der Rechtsfolgenseite denselben Umfang aufweise und denselben Grenzen wie die Auskunftspflicht unterworfen sei. Wenn daher ein Auskunfts- oder Aussageverweigerungsrecht nach § 4 Abs. 9 oder § 4 Abs. 3 Satz 3 WpHG bestehe, sei es nur folgerichtig, auch die Unterlagen vorlagepflicht entfallen zu lassen.¹⁵ Die einzige Möglichkeit für die BaFin, die Vorlage von Unterlagen eines zur Auskunftsverweigerung Berechtigten zu erlangen, bestehe daher durch die Beschlagnahme im Strafverfahren nach §§ 94 ff. StPO nach Abgabe der Sache an die Staatsanwaltschaft gemäß § 4 Abs. 5 WpHG.¹⁶

Im Ergebnis sprechen gute Gründe dafür, dem letztgenannten Lösungsansatz zu folgen und bei Bestehen eines Auskunftsverweigerungsrechts auch die Unterlagen vorlagepflicht entfallen zu lassen.

Schlette/Bouchon erkennen richtigerweise, dass es keinen Unterschied machen kann, ob sich der zur Auskunft Verpflichtete durch Auskunftserteilung oder Vorlage von Dokumenten belastet. Auch Unterlagen können im Rahmen eines späteren Verfahrens als Beweismittel für die Begehung einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit herangezogen werden. In einem Strafverfahren können sie einen sehr hohen, auch einem Geständnis vergleichbaren Beweiswert aufweisen. Wenn folglich der Schuld nachweis schon anhand von Urkunden geführt wird, dann wird der hierdurch Betroffene gegenüber einem „normalen Beschuldigten“ sogar schlechter gestellt, da für ihn auch ein „Geständnisbonus“ nicht mehr in Betracht kommt.¹⁷

2. Auch rechtsdogmatische Erwägungen sprechen dafür, das Auskunftsverweigerungsrecht um ein Vorlagenverweigerungsrecht zu erweitern.

Im Strafverfahren hat die Staatsanwaltschaft das Recht, bei einer die Herausgabe von Gegenständen – und damit auch Unterlagen – verweigernden Person die Beschlagnahme der betroffenen Gegenstände nach den §§ 94 ff. StPO anzuordnen. Im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts kann die BaFin hingegen nach § 39 Abs. 3 Nr. 1a), Abs. 4 WpHG gegen den sich einer Unterlagen vorlage widersetzenen Betroffenen ein Bußgeld anordnen. Die rechtliche Ausgestaltung ist damit schon eine andere: Während der BaFin ein Recht auf Vorlage von Unterlagen nach § 4 Abs. 3 Satz 1 WpHG zusteht, hat die Staatsanwaltschaft kein Recht, die Vorlage von Unterlagen zu verlangen, sondern nur die Möglichkeit, ein Zwangsmittel einzusetzen, um die Herausgabe von Gegenständen zu erreichen.

Auch diese unterschiedliche Ausgestaltung rechtfertigt es, das Auskunftsverweigerungsrecht nach dem WpHG weit auszulegen und auf ein Vorlagenverweigerungsrecht zu erstrecken. Jedenfalls ist es sachgerecht und der BaFin auch zumutbar, für die Herausgabe von Unterlagen dann den Weg über die Abgabe des Verfahrens an die Staatsanwaltschaft zu gehen, wenn sich der Betroffene durch die Vorlage von Dokumenten der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung aussetzen würde. Nur so wird dem Aspekt der Selbstbelastungsfreiheit in hinreichendem Maße Rechnung getragen.

C. Anspruch auf Akteneinsicht aus § 1 IFG, allgemeine Zugangsrestriktionen nach §§ 3 bis 6 IFG

§ 1 Abs. 1 Satz 1 IFG gewährt jedermann einen allgemeinen und materiell-rechtlich voraussetzungslosen Informationsanspruch.¹⁸ Für den Informationszugang ist

weder die Darlegung eines berechtigten noch eines rechtlichen Interesses erforderlich; vielmehr ist das Motiv für die Kenntnisnahme von amtlichen Informationen unbeachtlich.¹⁹ Das IFG hat auf eine Zweckbestimmung verzichtet. Die Gesetzesbegründung nennt die Transparenz als wichtige Voraussetzung für die Erreichung der Ziele des Gesetzes, welche in einer effektiven Wahrnehmung von Bürgerrechten, der Förderung der demokratischen Meinungs- und Willensbildung, der Verbesserung der Kontrolle staatlichen Handelns und der Unterstützung der europäischen Integration zu sehen sind.²⁰

Die Ausnahmen vom Grundsatz des freien Informationszugangs nach dem IFG sind in den §§ 3 bis 6 IFG geregelt. Die Ausnahmen müssen nach dem Willen des Gesetzgebers eng ausgelegt werden, so dass die Behörde im Einzelfall substantiiert darlegen und beweisen muss, aus welchen Gründen ausnahmsweise der Informationszugang zu verwehren ist.²¹ Eine Auseinandersetzung mit allen Restriktionsvorschriften würde den Rahmen dieser Bearbeitung sprengen. Im Folgenden wird daher lediglich der Ausnahmetatbestand des § 3 Nr. 1 g) IFG behandelt.

I. Der Ausschlussgrund des § 3 Nr. 1 g) IFG

1. Behandlung dieses Ausschlussgrundes in Rechtsprechung und Literatur

Der Informationszugang wird durch § 3 Nr. 1 g) IFG für drei Fallgestaltungen ausgeschlossen, nämlich hinsichtlich laufender Gerichtsverfahren, zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens und zur Durchführung strafrechtlicher, ordnungswidrigkeitsrechtlicher oder disziplinarischer Ermittlungen. Aus dem Gegenstand der Schutzobjekte (Gerichtsverfahren und Verwaltungsverfahren) ergibt sich auch der Schutzzweck des § 3 Nr. 1 g) IFG, welcher zum einen im Schutz der Funktionsfähigkeit der Justiz,²² zum anderen im Schutz der Rechtspflege und des Gesetzesvollzugs zu sehen ist.²³

Hierbei weist der Ausschlussgrund des § 3 Nr. 1 g) Alt. 3 IFG – Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen – eine besondere Relevanz auf, da die BaFin oftmals geneigt sein könnte, die Ablehnung des Akteneinsichtsbegehrens wesentlich eben mit der Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen seitens der Staatsanwaltschaft zu begründen. Diese Fallgruppe soll daher im Folgenden, unter besonderer Berücksichtigung der diese Konstellation betreffenden Entscheidung des VGH Kassel vom 21.3.2012, näher beleuchtet werden.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift muss das Bekanntwerden der Informationen nachteilige Auswirkungen auf eines der geschützten Verfahren haben können. Konkret geschützt sind Informationen der Ausgangsbehörde.²⁴ Es ist somit erforderlich, dass die BaFin die konkrete Möglichkeit einer erheblichen,²⁵ zumindest aber

¹⁵ Vgl. *Schlette/Bouchon*, a.a.O. (Fn. 3), § 4 Rdn. 74; so auch *Bärlein/Panaris/Rehmsmeier*, NJW 2002, 1825, 1826, 1828; *Altenhain*, in: *Kölnner Kommentar zum WpHG*, 2007, § 4 Rdn. 165.

¹⁶ Vgl. *Schlette/Bouchon*, a.a.O. (Fn. 3), § 4 Rdn. 74.

¹⁷ Siehe *Bärlein/Panaris/Rehmsmeier*, NJW 2002, 1825, 1828.

¹⁸ Vgl. BT-Drucks. 15/4493, S. 3.

¹⁹ Vgl. *Schoch*, IFG, 2009, § 1 Rdn. 19.

²⁰ Siehe BT-Drucks. 15/4493, S. 6; *Schoch*, a.a.O. (Fn. 19), § 1 Rdn. 9.

²¹ Vgl. *Schoch*, a.a.O. (Fn. 19), Vorb. § 3 Rdn. 52.

²² Vgl. *Roith*, in: *Berger/Roith/Scheel*, IFG, 2006, § 3 Rdn. 77.

²³ Vgl. *Schoch*, a.a.O. (Fn. 19), § 3 Rdn. 74.

²⁴ Siehe *Schoch*, a.a.O. (Fn. 19), § 3 Rdn. 77.

²⁵ Im Rahmen der Bestimmung der nachteiligen Auswirkungen auf strafrechtliche Ermittlungen wird eine besondere Schwere des nachteiligen Effekts von Seiten des VGH Kassel DVBl. 2012, 701 ff. teilweise gefordert und teilweise nicht gefordert.

einer spürbaren Beeinträchtigung der Aufgabenerfüllung der Staatsanwaltschaft als Folge der Ermöglichung des Zugangs zu den einschlägigen Informationen bei der BaFin aufzeigt. Diese Gefährdungslage ist von der BaFin in Form einer „nachvollziehbar begründeten, durch konkrete Fakten untermauerten Prognose“ darzulegen.²⁶

Die Prognose hinsichtlich der Beeinträchtigung des Ermittlungsverfahrens muss auf konkreten Tatsachen basieren, die geeignet sind, den Nachteil für die weiteren Ermittlungen deutlich zu machen; es muss sich um solche Tatsachen handeln, die über bloß latent gegebene und in der Natur der Sache liegende Umstände deutlich hinausgehen.²⁷ Hieraus folgt, dass ein irgendwie gearteter Nachteil und eher fern liegende Möglichkeiten nachteiliger Effekte den gesetzlichen Anforderungen nicht genügen.²⁸

Die Darlegungslast für das Vorliegen „nachteiliger Auswirkungen“ trifft die Behörde, die den Ausschlussstatbestand für sich reklamiert,²⁹ hier also die BaFin. Grundlage dieser Begründung durch die BaFin ist eine vorab bei der Staatsanwaltschaft im Rahmen eines Mitteilungsantrages angeforderte Mitteilung von Tatsachen bzw. Erklärungen oder einer Prognose zu den Voraussetzungen des Ausschlussgrundes. Die Mitteilung der Staatsanwaltschaft muss widerspruchsfrei und nachvollziehbar sein.³⁰

Hieraus ergibt sich, dass an die Darlegungen durch die BaFin als ermittelnde Behörde – aber ebenso vorgelegt an die Darlegungen durch die Staatsanwaltschaft – hohe Anforderungen zu stellen sind.

2. Insbesondere: Bestimmung der nachteiligen Auswirkungen unter direkter Bezugnahme auf das strafprozessual geregelte Akteneinsichtsrecht in der Argumentation des VGH Kassel

Der 6. Senat des VGH Kassel hat in seinem Urteil vom 21.3.2012 das Vorliegen nachteiliger Auswirkungen auf ein staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren bejaht. Der Senat argumentierte – ähnlich wie zuvor schon das VG Frankfurt a. M. – vor allem damit, dass weder der Verteidiger des Beschuldigten noch Dritte, wie etwa die Rechtsanwälte der Beigeladenen, im Rahmen des Strafverfahrens Einblick in die Unterlagen der BaFin genommen hätten.³¹ In dem der Entscheidung des VGH Kassel zugrunde liegenden Fall war die Behauptung der BaFin, die Bekanntgabe der Informationen könne zu Beeinträchtigungen des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens führen, für den Senat nur durch die Tatsache überhaupt nachvollziehbar, dass tatsächlich noch keine Einsichtnahme in die Akte erfolgt sei.

Hierbei komme es nach Ansicht des Senats insbesondere nicht darauf an, ob ein Einsichtsrecht durch den Verteidiger des Beschuldigten oder Dritte in die Unterlagen der BaFin von diesen nicht gewünscht, oder ob diesen ein solches Einsichtsrecht nur nicht gewährt worden sei. Der VGH Kassel hält lediglich die Aussage für entscheidungserheblich, dass die Informationen, die der Kläger im vorliegenden Verfahren begehrt, von dem Verteidiger des Beschuldigten oder Dritten faktisch noch nicht eingesehen worden sind.³²

Anhand dieser Argumentation lässt sich schon erkennen, dass auch von Seiten der Gerichte auf die Vorschriften der Akteneinsicht aus der StPO abgestellt wird. Des Weiteren ist ersichtlich, dass auch im Hinblick auf die Gewährung von Akteneinsicht zwischen dem

Verteidiger des Beschuldigten und zwischen Dritten unterschieden wird. Dies stellt wiederum eine wesentliche Anlehnung an die Regelung des Akteneinsichtsrechts in der StPO dar, die eine Unterscheidung zwischen dem Akteneinsichtsrecht des Verteidigers des Beschuldigten nach § 147 StPO und dem eines Rechtsanwalts für den Verletzten nach § 406e StPO, sowie dem Akteneinsichtsrecht für Privatpersonen und sonstige Stellen nach § 475 StPO kennt.

Auch die Gerichte ziehen folglich wesentliche Parallelen zu der strafprozessualen Regelung, um anhand dieser den Tatbestand des § 3 Nr. 1 g) 3. Alt. IFG einzugrenzen. Dies ist erforderlich, da der Wortlaut der Norm selbst zu unbestimmt ist. Es lässt sich insbesondere nicht erschließen, wie die Sentenz „nachteilige Auswirkungen auf strafrechtliche Ermittlungen“ zu verstehen ist. Da es sich grundlegend um eine Bestimmung handelt, welche gerade dem Schutz des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens dient, liegt es daher nahe, sich im Hinblick auf die Voraussetzungen der Norm an den strafprozessualen Regelungen zu orientieren.

II. Kritik an der weiten Tatbestandsfassung des § 3 Nr. 1 g) Alt. 3 IFG und an der Auslegung der Norm durch die Rechtsprechung

Im Falle der Aufnahme von Untersuchungen durch die BaFin, und dem sich hieraus ergebenden Wunsch des betroffenen Unternehmens auf Akteneinsicht, besteht in Bezug auf den Ausschlussgrund des § 3 Nr. 1 g) Alt. 3 IFG die Gefahr einer überzogenen Anwendung.

1. Die obigen Ausführungen haben zwar gezeigt, dass ein pauschales Berufen auf die Gefährdung strafrechtlicher Ermittlungen durch das Bekanntwerden von Informationen aus den Akten durch die BaFin einer gerichtlichen Überprüfung in der Regel nur schwerlich standhalten dürfte. Dennoch ergeben sich – auch bei Berücksichtigung der von den Gerichten vorgenommenen Eingrenzungen, welche von der BaFin zu beachten sind – für den Antragsteller noch eine Reihe von Unsicherheiten hinsichtlich der Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen ihm tatsächlich Akteneinsicht zu gewähren ist.

So ist zum einen zu bemerken, dass selbst der VGH Kassel zu keiner einheitlichen Bewertung kommt, ob durch das Bekanntwerden der Information eine besondere Schwere der nachteiligen Auswirkungen auf die Durchführung der strafrechtlichen Ermittlungen gegeben sein muss oder nicht. Zu Beginn seiner Ausführungen hält der VGH Kassel, im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der nachteiligen Auswirkungen, das Vorliegen von erheblichen und spürbaren Beeinträchtigungen der Aufgabenerfüllung gerade für erforderlich.³³ An späterer Stelle stellt er dann aber unter Verweis auf *Schoch* ausdrücklich darauf ab, dass die nachteiligen Auswirkungen keinen besonderen Schweregrad erreichen müssen.³⁴

Zwar ist *Schoch* zuzugestehen, dass der Gesetzestext tatsächlich keine Regelung hinsichtlich der Schwere

²⁶ Vgl. VGH Kassel DVBl. 2012, 701, 702.

²⁷ Siehe VGH Kassel DVBl. 2012, 701, 703.

²⁸ Siehe *Schoch*, a.a.O. (Fn. 19), § 3 Rdn. 94; VGH Kassel DVBl. 2012, 701, 703.

²⁹ Vgl. *Schoch*, a.a.O. (Fn. 19), Vorb. § 3 Rdn. 49ff.

³⁰ Siehe VGH Kassel DVBl. 2012, 701, 703.

³¹ Siehe VG Frankfurt a. M., Urteil vom 26.3.2010, Az.: 7 K 243/09.F Rdn. 36 – juris; VGH Kassel DVBl. 2012, 701, 704.

³² Siehe VGH Kassel DVBl. 2012, 701, 704.

³³ Siehe VGH Kassel DVBl. 2012, 701, 702.

³⁴ Vgl. VGH Kassel DVBl. 2012, 701, 704.

der nachteiligen Auswirkungen trifft. Eine einschränkende Tatbestandsauslegung dahingehend, dass eine besondere Schwere der nachteiligen Auswirkungen für eine Verweigerung des Akteneinsichtsrechts vorliegen muss, wäre jedoch wünschenswert. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass – wie der VGH Kassel in oben zitierter Entscheidung auch selbst ausführt – hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der nachteiligen Auswirkungen bei § 3 Nr. 1 g) IFG auf die bestehende Rechtsprechung zu § 3 Nr. 1 d) IFG zurückgegriffen werden kann. Hiernach muss die Beeinträchtigung der Aufgabenerfüllung aber gerade erheblich und spürbar sein.²⁵

Diese Vorgehensweise des Rückgriffs entspricht auch durchaus der Systematik des Gesetzes, wonach der Begriff der nachteiligen Auswirkungen „vor die Klammer“ gezogen wurde und damit für alle unter § 3 Nr. 1 a) – g) IFG aufgezählten Fallgruppen gilt. Es wäre daher auch – schon aus Gründen der Übersichtlichkeit und der Klarheit – konsequent, die nachteiligen Auswirkungen einheitlich zu definieren. Zum anderen könnte durch eine solche Vorgehensweise auch eine überspannte Anwendung des Ausschlussgrundes des § 3 Nr. 1 g) IFG vermieden werden.

Es bleibt daher für die Zukunft zu wünschen, dass sich die Gerichte in dieser Frage klar positionieren und für eine Verweigerung des Anspruchs auf Akteneinsicht von der verweigernden Behörde den Nachweis „erheblicher nachteiliger Auswirkungen“ fordern werden.

2. Weitere Bedenken ergeben sich vor allem hinsichtlich der im Urteil des VGH Kassel vom 21.3.2012 getroffenen Feststellung, dass es nicht entscheidend darauf ankomme, ob ein Einsichtsrecht durch den Beschuldigten oder Dritte in die Unterlagen der BaFin von diesen nicht gewünscht, oder ob diesen ein solches Einsichtsrecht nur nicht gewährt worden sei. Denn wenn ein solches Einsichtsrecht nicht gewünscht gewesen sein sollte, dann sollten hieraus keine Schlüsse bezüglich des Bestehens eines Geheimhaltungsinteresses der Staatsanwaltschaft gezogen werden, diese Schlussfolgerung liegt keineswegs nahe. Grundsätzlich sind vielfältige Gründe denkbar, weshalb im konkreten Fall auf eine Geltendmachung des Akteneinsichtsrechts verzichtet wurde. Der Gedanke, dass die Geltendmachung des Akteneinsichtsrechts gerade deshalb unterlassen wurde, weil der Verteidiger des Beschuldigten oder Dritte in einem Akt des „voraussetzenden Gehorsams“ davon ausgingen, im Ergebnis wegen Vorliegens eines Verweigerungsgrundes keine Akteneinsicht zu erhalten, ist hierbei fernliegend und läuft auch an der Realität vorbei, wonach eher davon auszugehen sein dürfte, dass Strafverteidiger in der Regel versuchen, für ihre Mandanten „alles herauszuholen“.

3. Darüber hinaus teilt der Senat an anderer Stelle mit, dass dann, wenn die Staatsanwaltschaft nicht oder nur unzureichend bei der Klärung des Tatbestandsmerkmals der Gefährdung mitwirke, der Fall eintreten könne, „dass die informationsführende Stelle den Ausschlussgrund nicht erfolgreich geltend machen kann“.²⁶ Leider bleibt durch diese Formulierung im Unklaren, wann konkret davon auszugehen ist, dass der Ausschlussgrund des § 3 Nr. 1 g) Alt. 3 IFG nicht vorliegt.

Im Urteil vom 21.3.2012 stellt das Gericht des Weiteren explizit fest, dass der um Akteneinsicht ersuchten Behörde die Bedeutung einer Information für die strafrechtlichen Ermittlungen regelmäßig nicht aus eigener Kenntnis heraus möglich ist. Gerade auch um möglichen Schutzbehauptungen von vornherein vorzubeugen, wäre es wünschenswert, wenn im Rahmen des

Ausschlussstatbestandes des § 3 Nr. 1 g) Alt. 3 IFG auch tatsächlich – immer – eine Mitteilung der Staatsanwaltschaft erteilt werden müsste. Ferner spräche nichts dagegen – vielmehr wäre dies unter Transparenzgesichtspunkten sogar opportun – wenn die Behörde eine solche staatsanwaltliche Auskunftserteilung auch im Vorstadium eines Gerichtsverfahrens und folglich bereits im behördlichen Verfahren gegenüber dem Antragsteller vorlegen müsste.

Es bleibt zu wünschen, dass die Gerichte diese Erwägungen in künftigen Entscheidungen berücksichtigen. Im Folgenden haben die Verfasser einen auf den Feststellungen des Urteils basierenden, aber noch über das Urteil hinausweisenden Ansatz entwickelt, um die Problematik der zu weiten Tatbestandsfassung des § 3 Nr. 1 g) Alt. 3 IFG einer interessengerechten Lösung zuzuführen.

III. Konsequenz: Einschränkende Auslegung des § 3 Nr. 1 g) Alt. 3 IFG

1. Stärkere Berücksichtigung der strafprozessualen Regelungen

Wie oben dargestellt, orientierten sich die Gerichte in den zitierten Entscheidungen bereits an den strafprozessualen Regelungen, um den Tatbestand des § 3 Nr. 1 g) IFG einzugrenzen. Dies ist auch durchaus naheliegend, da Sinn und Zweck der Norm gerade die Prävention von Hindernissen bei der Durchführung von strafrechtlichen Ermittlungen ist und daher die Ermittlungsbehörde selbst eine Einschätzung dahingehend vornehmen muss, inwieweit sie ihre eigenen Ermittlungen tatsächlich gefährdet sieht.

Da mithin also sowohl im Rahmen der behördlichen Entscheidung als auch im Rahmen der gerichtlichen Evaluierung der Beurteilung durch die Staatsanwaltschaft entscheidende Bedeutung zukommt, sollte auch die Einschätzung, ob Akteneinsicht gewährt wird, noch stärker vor dem Hintergrund der das Akteneinsichtsrecht in der StPO betreffenden Vorschriften beurteilt werden. Zwar muss die Staatsanwaltschaft im Ergebnis ihre Entscheidung danach ausrichten, ob ein Akteneinsichtsrecht nach dem im IFG zugrunde gelegten Maßstab besteht. Es sind aber keine Gründe dafür ersichtlich, warum die Staatsanwaltschaft dann, wenn sie auf der Ebene des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens selbst Akteneinsicht gewähren müsste, im Rahmen einer Einschätzung zu dem Verweigerungsgrund der nachteiligen Auswirkungen auf ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren einen anderen Maßstab anlegen sollte. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Weite des Tatbestandes und der vom Gesetzgeber getroffenen Wertungen, wonach durch § 1 IFG ein allgemeiner und materiell-rechtlich voraussetzungsloser Informationsanspruch gewährt wird und die Ausnahmen vom Grundsatz des freien Informationszugangs eng auszuliegen sind.²⁷

Die um Akteneinsicht ersuchte Behörde, hier also die BaFin, wird ihre Entscheidung selbst wiederum ganz wesentlich auf die Einschätzung der Staatsanwaltschaft stützen. Dies ist schon deshalb der Fall, da es ihr sonst

²⁵ Vgl. VGH Kassel, Beschluss vom 30.4.2010, Az.: 6 A 1341/09 Rdn. 12 – juris.

²⁶ VGH Kassel DVBl. 2012, 701, 703.

²⁷ So auch die Arg. des VGH Kassel, Beschluss vom 30.4.2010, Az.: 6 A 1341/09 zu § 3 Nr. 1 d) IFG, Rdn. 9 – juris.

unter Umständen nicht gelingen wird, den Ausschlussgrund erfolgreich geltend zu machen.³⁸

Insgesamt sollte die Staatsanwaltschaft daher eine Einschätzung nach den Voraussetzungen des IFG im Lichte der strafprozessualen Regelungen zum Akteneinsichtsrecht vornehmen. Hierbei ist insbesondere eine parallele Argumentation zur Regelung des § 147 StPO ins Auge zu fassen.

2. Parallele Argumentation zur Regelung des § 147 StPO

Nach § 3 Nr. 1 g) Alt. 3 IFG besteht kein Anspruch auf Informationszugang, wenn das Bekanntwerden der Information nachteilige Auswirkungen auf die Durchführung strafrechtlicher Ermittlungen haben kann.

Im Hinblick auf die Regelung des § 3 Nr. 1 g) Alt. 3 IFG bietet sich eine parallele Argumentation zum Akteneinsichtsrecht des Verteidigers des Beschuldigten nach § 147 StPO an. Nach § 147 Abs. 2 StPO kann die Akteneinsicht dem Verteidiger nur dann versagt werden, wenn der Abschluss der Ermittlungen noch nicht in den Akten vermerkt ist und wenn die Akteneinsicht den Untersuchungszweck gefährden kann. Allein durch das Abstellen auf eine Gefährdung des Untersuchungszwecks wird im Vergleich zum Tatbestandsmerkmal der nachteiligen Auswirkungen in § 3 IFG schon eine Eingrenzung des Tatbestandes vorgenommen, welche aufgrund der höheren Präzision auch im Rahmen einer Beurteilung nach § 3 Nr. 1 g) IFG beachtet werden sollte.

Nach der h.M. ist das Vorliegen einer konkreten Gefahr für die Annahme einer Gefährdung des Untersuchungszwecks erforderlich. Eine Gefährdung ist nur dann zu bejahen, wenn aufgrund von Anhaltspunkten, welche auf einer Tatsachengrundlage basieren, objektiv nahe liegt, dass der Beschuldigte bei Erlangung von Aktenkenntnis in unzulässiger Weise nachteilig in das Ermittlungsverfahren eingreifen werde.³⁹

Auch bei der Bestimmung der nachteiligen Auswirkungen i.S.d. § 3 Nr. 1 IFG wird die „konkrete Möglichkeit“ einer Aufgabenbeeinträchtigung gefordert, worauf bereits im Rahmen der vorstehenden Ausführungen eingegangen wurde. Dies würde der von der h.M. im Rahmen des § 147 StPO geforderten konkreten Gefahr im Hinblick auf eine Gefährdung des Untersuchungszwecks entsprechen.

Hauptanwendungsfälle für die Versagung des Akteneinsichtsrechts im Rahmen des § 147 StPO sind die Vorbereitung bestimmter Untersuchungshandlungen, die nur durch Überraschung erfolgreich sein können, wie beispielsweise die Durchsuchung, oder die auf Tatsachen basierende Befürchtung, der Beschuldigte würde auf Zeugen oder Mitbeschuldigte einwirken, um diese zur Vornahme von Verdunkelungshandlungen anzuhalten.⁴⁰

Eine parallele Argumentation zu § 147 StPO ist aber nur dann sinnvoll, wenn sich die in dieser Norm vorausgesetzte Beschuldigtenstellung übertragen lässt. In der Tat ist ein Vergleich mit § 147 StPO aber auch im Hinblick auf die Beschuldigtenstellung angemessen. Dies ergibt sich aus der spezifisch sachverhaltsbezogenen – und in Abgrenzung dazu eben nicht personenbezogenen – Ermittlungsweise der BaFin.

Eine solche Art der Ermittlung ist auch der Staatsanwaltschaft nicht fremd. Sie geschieht häufig in Wirtschaftsstrafverfahren, in denen die Ermittlungen über lange Zeit hinweg geführt werden, ohne dass die

Staatsanwaltschaft auch nur einen einzigen Beschuldigten benennen könnte. Diese Praxis ist praeter legem entstanden und bedeutet, dass das Unternehmen, das als solches nicht Beschuldigter sein kann, z.B. Durchsuchungsaktionen gemäß § 102 StPO zu erdulden hat. Im Zuge der Durchführung dieser Praxis besteht auch das Bedürfnis, die potentiellen Beschuldigten, soweit sie schon in ihren Rechten beeinträchtigt werden, auch mit Verteidigungsrechten auszustatten. Daher sind die Staatsanwaltschaften in diesen Fällen oftmals auch bereit, einem „N.N.-Verteidiger“ Akteneinsicht zu gewähren.⁴¹

Nichts anderes kann dann aber auch bei der Gewährung von Akteneinsicht durch die BaFin gelten. Soweit ein Unternehmen dazu aufgefordert wird, Akteneinsicht in seine Unterlagen zu gewähren, findet ein Rechtseingriff statt. Folglich sollte auch hier dem betroffenen Unternehmen in Gestalt des für dieses handelnden Verantwortlichen Akteneinsicht gewährt werden.

Bei einer solchen parallelen Argumentation zwischen § 147 StPO und § 3 Nr. 1 g) IFG sind die strukturellen Unterschiede zwischen beiden Normen zu berücksichtigen. Während die Akteneinsicht nach dem IFG als Jedermann-Recht ausgestaltet ist, gewährt § 147 StPO gerade nur dem Verteidiger des Beschuldigten – nicht aber dem Beschuldigten selbst – ein Akteneinsichtsrecht. Nur am Rande sei hier erwähnt, dass diese Versagung des Akteneinsichtsrechts gegenüber dem Beschuldigten in der Literatur durchaus Kritik erfährt.⁴² Jedenfalls kann dies hier keinen Unterschied machen, da selbst bei einer parallelen Argumentation der § 1 IFG nicht ausgehebelt werden könnte, so dass auch dem Antragsteller persönlich Akteneinsicht zu gewähren wäre.

Diese parallele Argumentation zu § 147 StPO hätte für den Antragsteller den Vorteil, dass die Staatsanwaltschaft in ihrer Einschätzung konkret darlegen müsste, welche Gefahren sie für die Verwirklichung des Untersuchungszwecks – in Abgrenzung von dem zu weit geratenen Begriff der nachteiligen Auswirkungen in § 3 Nr. 1 IFG – gegeben sieht. Hierbei müsste sie sich an den bereits durch Rechtsprechung und Literatur gesicherten Erkenntnissen orientieren. Auf einer nächsten Stufe müsste auch die BaFin diese Maßstäbe in ihrer Entscheidung über die Gewährung von Akteneinsicht zugrunde legen. Für den Antragsteller würde dies eine erhebliche Steigerung der Rechtssicherheit bedeuten.

D. Zusammenfassung und Fazit

Es hat sich gezeigt, dass auf Seiten der BaFin aufgrund der Regelung in § 4 WpHG weitreichende Befugnisse bestehen, um gegenüber Unternehmen Auskunftsrechte, darunter auch die Einsichtnahme in Unterlagen, geltend zu machen. Dem stehen nur begrenzte Auskunftsverweigerungsrechte gegenüber, in deren Rahmen zudem im Einzelnen noch vieles streitig ist. Trotz vieler Regelungen zu Akteneinsichtsrechten in deutschen Gesetzen fällt es den einzelnen Unterneh-

³⁸ Siehe bereits oben VGH Kassel DVBl. 2012, 701, 703.

³⁹ Siehe Wessing, in: Graf, Beck'scher Online-Kommentar StPO, Stand 1.6.2012, § 147 Rdn. 5; Eisenberg, NJW 1991, 1257, 1260.

⁴⁰ Siehe Wessing, a.a.O. (Fn. 38), § 147 Rdn. 5; Meyer-Göfner, a.a.O. (Fn. 4), § 147 Rdn. 25.

⁴¹ Siehe Hamm/Leipold, Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 5. Aufl. 2010, Vorbemerkung.

⁴² Vgl. Löwa/Rosenberg/Luderssen/Jahn, StPO, § 147 Rdn. 8; Wessing, a.a.O. (Fn. 39), § 147 Rdn. 2.

men im Gegenzug ungleich schwerer, tatsächlich Akteneinsicht in Unterlagen der BaFin zu erlangen.

In der Praxis steht dem Antragsteller das Recht zu, Akteneinsicht gegenüber der BaFin nach dem IFG geltend zu machen. Das Akteneinsichtsrecht nach dem IFG ist hierbei durchaus als zweischneidiges Schwert zu bewerten. Während auf der einen Seite durch den § 1 umfangreiche Auskunftsbefugnisse eingeräumt werden, werden diese durch die umfangreiche Regelung der Ausschlussstatbestände nach den §§ 3 ff. IFG wieder relativiert und in erheblichem Maße eingeschränkt.

Einige der in § 3 IFG inkorporierten Bestimmungen sind hierbei schon tatbestandlich zu weit gefasst worden, wie exemplarisch am Beispiel des § 3 Nr. 1 g) Alt. 3 IFG gezeigt wurde. Aus diesem Grunde ist eine Einschränkung durch die Gerichte, aber auch eine Selbstbeschränkung der handelnden Behörden angezeigt, um dem gesetzgeberischen Ziel bei Einführung des IFG und dem in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gekommenen Erfordernis, die Ausnahmetatbestände in § 3 IFG zur Verhinderung einer Vereitelung des Gesetzeszwecks eng auszulegen,⁴⁹ gerecht zu werden.

In der Rechtsprechung wurden bereits Grenzen gesetzt, welche von den handelnden Behörden zu beach-

ten sind. Dadurch ist zumindest ein dahingehendes Verhalten der BaFin als ermittelnde Behörde, umfangreiche Akten per se „als Ganzes“ von der Einsichtnahme auszuschließen, nur in den seltensten Fällen gerechtfertigt. Dennoch ergeben sich für die Behörden noch vielfältige Möglichkeiten, die Ausschlussstatbestände quasi als Freibrief dafür zu verwenden, ohne nähere Prüfung der Sachlage und unter bloßem Hinweis auf nachteilige Auswirkungen Auskunftsanträge abzulehnen.

Die Verfasser haben vorliegend durch eine Anlehnung an die Bestimmung des § 147 StPO eine Möglichkeit aufgezeigt, wie der Tatbestand des § 3 Nr. 1 g) IFG weiter zur Steigerung der Rechtssicherheit im Rahmen der Frage, ob Akteneinsicht zu gewähren ist, eingegrenzt werden könnte. Es bleibt vor allem unter Beachtung des hohen Stellenwerts der Informationsfreiheit und im Hinblick auf den Aspekt der Rechtssicherheit zu hoffen, dass von Seiten der Gerichte und gegebenenfalls auch von Seiten des Gesetzgebers in Zukunft weitere Eingrenzungen der Ausschlussstatbestände des § 3 Nr. 1 IFG, und hierbei insbesondere des § 3 Nr. 1 g) IFG, vorgenommen werden.

⁴⁹ Vgl. BT-Drucks. 15/4493, S. 9.

Rechtsprechung

Zahl der Schuldner, um einer drohenden Zwangsvollstreckung zuvorzukommen, ist ein Rückforderungsanspruch gemäß § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht durch § 214 Abs. 2 Satz 1 BGB ausgeschlossen.

Der Grundstückseigentümer, der zum Zwecke der Abwendung der Zwangsvollstreckung eine auf seinem Grundstück lastende, eine fremde Schuld sichernde Zwangssicherungshypothek ablöst, kann seine Leistung von dem Gläubiger im Wege einer Bereicherungsklage nur insoweit zurückverlangen, als der Vollstreckungsschuldner im Zeitpunkt der Ablösung mit der Vollstreckungsgegenklage selbst Einwendungen gegen den gesicherten Anspruch hätte vorbringen können (Fortführung von BGH, Urteil vom 19. November 1987 = WM 1988, 99 = NJW 1988, 828).

BGB §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 813 Abs. 1 Satz 1, § 214 Abs. 2 Satz 1, 1147

ZPO §§ 867 Abs. 1, 767 Abs. 2 und 3

B G H, Urteil vom 5. Juli 2013
(V ZR 141/12, Celle)*

[1] Die beklagte Bank gewährte dem früheren Geschäftsführer der Klägerin (fortan: Vollstreckungsschuldner) Darlehen in erheblichem Umfang. Zur Darlehenssicherung bestellte dieser in mehreren notariellen Urkunden an verschiedenen Grundstücken zugunsten der Beklagten Grundschulden, übernahm die persönliche Haftung für die Grundschuldbeträge und unterwarf sich wegen dieser Zahlungsverpflichtungen der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Seit dem Jahr 2000 betreibt die Beklagte aus fünf dieser notariellen Urkunden die Zwangsvollstreckung. Die Vollstreckungsgegenklage des Vollstreckungsschuldners wies das Landgericht Köln mit Urteil vom 6. November 2001 ab. Zwischen März und Juni 2002 wurden zugunsten der Beklagten an dem von dem Vollstreckungsschuldner bewohnten Villengrundstück in Abt. III Nr. 1 - 5 fünf Zwangssicherungshypotheken eingetragen.

[2] Mit Vertrag vom 30. April 2002 verkaufte der Vollstreckungsschuldner das Villengrundstück an die Klägerin, die am 12. September 2002 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen wurde. Sie wurde mit Urteil des Landgerichts Berlin

vom 21. Dezember 2004 verurteilt, wegen einer der Beklagten gegen den Vollstreckungsschuldner zustehenden Forderung in Höhe von 15 Mio. € die Zwangsvollstreckung in das Villengrundstück zu dulden. Auf dieser Grundlage erwirkte die Beklagte im Februar 2005 die Eintragung einer weiteren Sicherungshypothek an dem Grundstück (Abt. III Nr. 6).

[3] Wegen der in Abt. III Nr. 5 eingetragenen Zwangssicherungshypothek betrieb die Beklagte seit Juli 2002 die Zwangsversteigerung des Villengrundstücks. Der Termin zur Zwangsversteigerung wurde auf den 18. Januar 2005 anberaumt. Am 13. Januar 2005 zahlte die Klägerin an die Beklagte einen Betrag von 499.361,70 € (entsprechend der Valuta der Hypothek in Abt. III Nr. 5 nebst Zinsen) und am 31. Januar 2005 weitere 2.289.593,04 € (entsprechend der Valuta der Hypothek in Abt. III Nr. 1 - 4 nebst Zinsen). Die Beklagte verrechnete die Zahlungen mit der persönlichen Schuld des Vollstreckungsschuldners. Das Grundstück wurde später in Vollstreckung der Sicherungshypothek in Abt. III Nr. 6 zwangsversteigert; der Zuschlag wurde einem Dritten erteilt.

[4] Die Klägerin verlangt von der Beklagten Rückzahlung von 1.520.451,25 € nebst Verzugszinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz mit der Begründung, bei den von ihr geleisteten Zahlungen habe es sich teilweise um Zahlungen auf verjährte Zinsansprüche und teilweise auf durch Erfüllung erloschene Ansprüche der Beklagten gehandelt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das Urteil im Zinssatz dahingehend abgeändert, dass der Klägerin nur Verzugszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zustehen; im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision möchte die Beklagte die Abweisung der Klage erreichen. Mit der Anschlussrevision verfolgt die Klägerin ihren Zinsantrag weiter. Beide Seiten beantragen die Zurückweisung des gegnerischen Rechtsmittels. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen

I.

[5] Das Berufungsgericht bejaht einen Rückzahlungsanspruch der Klägerin gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB bzw. § 813 Abs. 1 BGB. Die Zahlungen vom Januar 2005 seien teilweise ohne Rechtsgrund und teilweise auf eine durch Verjährung dauerhaft einredebehaftete Forderung geleistet worden. Soweit die Klägerin die auf bereits verjährte Zinsansprüche