



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 7 C 6.10  
VG 7 K 1496/09.F(3)

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 24. Mai 2011  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Sailer,  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Krauß und Guttenberger,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Schipper und  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Brandt

ohne mündliche Verhandlung für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 26. März 2010 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit der Ablehnung eines Informationsbegehrens über meldepflichtige Beteiligungen an einem Unternehmen.
- 2 Die Klägerin hält Aktien der A. Diese Gesellschaft hat ihren Sitz in I.. Ihre Wertpapiere sind erstmals im Februar 2000 am organisierten Markt der Frankfurter Wertpapierbörse zugelassen worden; über weitere Zulassungen in einem Staat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) verfügt sie nicht.
- 3 Mit Schreiben vom 5. Mai 2008 beantragte die Klägerin bei der Beklagten Auskunft nach dem Informationsfreiheitsgesetz u.a. darüber, ob der Beklagten die Überschreitung der in § 21 Abs. 1 WpHG genannten Schwellenwerte durch die A. mitgeteilt worden sei und welche anderen meldepflichtigen Beteiligungen an der A. seit dem 1. Januar 2007 gemeldet worden seien. Mit Bescheid vom 10. September 2008 teilte die Beklagte mit, dass das Überschreiten der in § 21 Abs. 1 WpHG genannten Schwellen durch die R. nicht mitgeteilt worden sei.

Meldepflichtige Beteiligungen an der A. existierten nicht, da sie kein Emittent mit Herkunftsstaat Deutschland sei. Stimmrechtsmitteilungen seien jedoch von der Klägerin und der S. abgegeben worden. Ferner habe eine weitere Person eine Stimmrechtsmitteilung abgegeben; sie habe jedoch der Weitergabe der Information nicht zugestimmt. Insoweit sei wegen des entgegenstehenden schutzwürdigen Interesses des Dritten der Antrag abzulehnen.

- 4 Nach erfolglosem Widerspruch hat die Klägerin Klage zum Verwaltungsgericht erhoben und zunächst beantragt, die Beklagte zur uneingeschränkten Auskunftserteilung über alle Beteiligungen an der A., die der Beklagten gemäß § 21 Abs. 1 WpHG mitgeteilt worden seien, zu verpflichten. Nachdem die Beklagte diesem Begehren im Anschluss an die von dem betreffenden Anteilseigner erteilte Zustimmung zur Weitergabe der Information entsprochen hatte, hat die Klägerin einen Fortsetzungsfeststellungsantrag gestellt. Mit Urteil vom 26. März 2010 hat das Verwaltungsgericht festgestellt, dass die Verweigerung der Auskunft rechtswidrig war. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Fortsetzungsfeststellungsklage sei angesichts einer konkreten Wiederholungsgefahr zulässig; sie sei auch begründet. Die Beklagte habe den Informationszugang zu Unrecht verweigert. Dem Informationszugang stehe der Ausschlussgrund des § 3 Nr. 1 Buchst. d IFG nicht entgegen. Auch der Ausschlussstatbestand des § 3 Nr. 4 IFG liege nicht vor. Die Beklagte habe sich auf die in § 8 Abs. 1 WpHG geregelte Verschwiegenheitspflicht, die sich auch an diese selbst richte, nicht berufen können. Die A. unterliege als Emittent mit dem Herkunftsstaat Deutschland den Meldepflichten nach § 21 Abs. 1 WpHG und den daraus folgenden Veröffentlichungspflichten gemäß § 26 Abs. 1 WpHG. Die begehrte Information sei demnach objektiv nicht geeignet, Gegenstand der Verschwiegenheitspflicht zu sein. Nach § 2 Abs. 6 Nr. 1 Buchst. b WpHG sei für einen Drittstaatemittenten wie die A. Deutschland Herkunftsstaat, wenn er verpflichtet sei, ein jährliches Dokument im Sinne von § 10 WpPG bei der Beklagten als der zuständigen Behörde des Herkunftsstaats im Sinne des Wertpapierprospektgesetzes zu hinterlegen. § 2 Nr. 13 Buchst. c WpPG räume dem Drittstaatemittenten insoweit die Wahlmöglichkeit ein zwischen dem Staat, in dem die Wertpapiere erstmals öffentlich angeboten werden sollten, und dem Staat, in dem der erste Antrag auf Zulassung zum Handel an einem organisierten Markt gestellt

werde. Nach der hier einschlägigen Übergangsvorschrift des § 31 Abs. 1 Satz 1 WpPG habe die A. als Altemittent, deren Wertpapiere bereits vor der Novellierung des Wertpapierprospektgesetzes zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen seien, kein Wahlrecht. Der Wortlaut der Bestimmung sei sowohl offen für die Auslegung im Sinne einer Wahlausübungspflicht als auch im Sinne einer Wahlfreiheit des Drittstaatemittenten. Ausschlaggebend sei der mit der Transparenzrichtlinie und der Prospektrichtlinie verfolgte Zweck. Danach sollten im Interesse des Anlegerschutzes für alle Emittenten von Wertpapieren an einem organisierten Markt der EU oder des EWR die gesetzlichen Regeln lückenlos gelten. Nach Verstreichen der in § 31 Abs. 1 WpPG genannten Stichtage sollten Altemittenten keinen Sonderregeln unterfallen. Die A. hätte danach nach dem 31. Dezember 2005 ihre Wahlpflicht ausüben müssen. Auf die Ausschlussgründe nach §§ 5 und 6 IFG könne sich die Beklagte nicht berufen, da die Bestimmungen des Kapitalmarktrechts den Schutz der dort genannten Rechtsgüter zurücktreten ließen. Schließlich stehe auch § 9 Abs. 3 IFG dem Informationsbegehren nicht entgegen. Denn nach der Rechtsauffassung der Beklagten müsse die A. gerade nicht die Handlungen vornehmen, die Dritten die Informationsbeschaffung aus allgemeinen zugänglichen Quellen ermöglichen.

- 5 Mit ihrer vom Verwaltungsgericht zugelassenen und mit Zustimmung der Klägerin eingelegten Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Sie rügt die Verletzung materiellen Rechts und trägt zur Begründung vor:
- 6 Die begehrte Auskunft werde von der Verschwiegenheitspflicht erfasst, denn die A. unterliege nicht den Publizitätspflichten nach dem Wertpapierhandelsgesetz. Deutschland sei nicht deren Herkunftsstaat im Sinne von § 2 Abs. 6 Nr. 1 Buchst. b WpHG, der insoweit über § 10 WpPG - im Wege einer einschränken- den Auslegung dieser Vorschrift - auf die prospektrechtliche Bestimmung des Herkunftsstaats verweise. Die Vorschrift des § 2 Nr. 13 Buchst. c WpPG, die eine Wahlmöglichkeit des Emittenten vorsehe, sei nicht anwendbar. Sie sei nämlich zukunftsgerichtet und beziehe sich nur auf Sachverhalte nach Inkraft- treten des Wertpapierprospektgesetzes. Für Drittstaatemittenten, deren Wert-

papiere bereits, d.h. vor Inkrafttreten des Wertpapierprospektgesetzes, an einem organisierten Markt zugelassen seien, gelte die Übergangsregelung des § 31 Abs. 1 WpPG; einschlägig sei hier § 31 Abs. 1 Satz 1 WpPG. Danach erfolge die Bestimmung des Herkunftsstaates in zwei Schritten, nämlich der möglichen Wahl und der Mitteilung dieser Wahl an die Beklagte. Für die Annahme einer Wahlpflicht gebe auch der Text der Prospektrichtlinie nichts her. Vielmehr solle der Emittent, der vor dem Erlass der gesetzlichen Regelung tätig geworden sei, es selbst in der Hand halten, welchem nationalen Regelungsregime er unterfallen wolle. Dies gelte insbesondere dann, wenn seine Wertpapiere an mehreren Märkten zugelassen seien. Demgegenüber verfügten die zuständigen Aufsichtsbehörden nicht über die erforderlichen Daten, um zuverlässig bestimmen zu können, unter welche Jurisdiktion ein Drittstaatemittent falle. So habe die Beklagte schon aufgrund der gesetzlichen Regelung des Verfahrens der Marktzulassung keinen Datenbestand zur Erstzulassung. Aber auch bei Annahme einer Wahlpflicht bleibe festzuhalten, dass die A. bis zum 31. Dezember 2005 weder eine Wahl ausgeübt, noch diese der Beklagten mitgeteilt habe. Für diesen Fall fehle es an einer gesetzlichen Regelung. Diese Regelungslücke könne nicht durch einen Rückgriff auf § 2 Nr. 13 Buchst. c WpPG geschlossen werden. Die Wahl sei auch nicht deswegen entbehrlich, weil die Wertpapiere der A. allein in Deutschland zum Handel zugelassen seien. Eine teleologische Reduktion der Norm komme einer Fiktion gleich. Diese könne auch in der Praxis nicht angewandt werden, da sich die Anzahl der Handelsplätze nicht abschließend für jeden Emittenten feststellen lasse. Im Interesse der Rechtsklarheit sei es nicht angezeigt, nur eine der möglichen Fallkonstellationen durch eine richterliche Fiktion zu schließen. Vielmehr sei die - wünschenswerte - Beseitigung der Regelungslücke insgesamt Aufgabe des Gesetzgebers. Eine konkludente Wahl durch Veröffentlichung eines jährlichen Dokuments im Sinne des § 10 WpPG sei abzulehnen.

- 7 Das Urteil verletze des Weiteren den Vorbehalt des Gesetzes nach Art. 20 Abs. 3 GG. Weder § 2 Nr. 13 Buchst. c noch § 31 Abs. 1 Satz 1 WpPG könnten im Wege der Auslegung auf den vorliegenden Fall angewandt werden; der Wortlaut als Grenze der Auslegung wäre jeweils überschritten. Auch die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung lägen nicht vor. Eine planwidrige

Regelungslücke sei nicht gegeben; denn der nationale Gesetzgeber habe nur die im europäischen Recht verankerte Lücke übernommen. Des Weiteren sei im Rahmen der Eingriffsverwaltung eine Analogie unzulässig. Mit der verfassungsrechtlich nicht vertretbaren Rechtsfortbildung verletze das Verwaltungsgericht durch die Einwirkung auf die Verwaltungspraxis der Beklagten das Grundrecht der Anteilseigner auf informationelle Selbstbestimmung. Schließlich verstoße die Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts auch gegen das Bestimmtheitsgebot und den Grundsatz der Verhaltenssicherheit aus Art. 103 Abs. 2 GG, denn die bußgeldrechtliche Blankettvorschrift des § 39 WpHG beziehe sich auch auf §§ 21 ff. WpHG.

- 8 Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil.

## II

- 9 Mit Einverständnis der Beteiligten entscheidet der Senat ohne mündliche Verhandlung (§ 101 Abs. 2 VwGO).
- 10 Die Revision der Beklagten ist nach Zulassung durch das Verwaltungsgericht und Zustimmung durch die Klägerin nach § 134 Abs. 1 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie ist aber nicht begründet und deshalb zurückzuweisen (§ 144 Abs. 2 VwGO). Ohne Verstoß gegen revisibles Recht hat das Verwaltungsgericht im angefochtenen Urteil festgestellt, dass die Verweigerung der begehrten Auskunft über alle Stimmrechtsmitteilungen rechtswidrig war.
- 11 Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist zulässig; gegen die Annahme einer Wiederholungsgefahr als Grundlage des Fortsetzungsfeststellungsinteresses ist nichts zu erinnern. Die Klage ist auch begründet. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht die Voraussetzungen des geltend gemachten Informationsanspruchs bejaht.
- 12 1. Nach § 1 Abs. 1 IFG hat jeder nach Maßgabe dieses Gesetzes gegenüber den Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen. Die Klägerin ist anspruchsberechtigt. Jeder im Sinne der genannten Vor-

schrift ist nicht nur die natürliche, sondern auch die juristische Person; dabei ist unbeachtlich, dass es sich bei der Klägerin um eine juristische Person mit Sitz im Ausland handelt (siehe Schoch, IFG, Kommentar, 2009, § 1 Rn. 46). Die Beklagte ist als Behörde des Bundes anspruchspflichtig. Bei den Stimmrechtsmitteilungen handelt es sich auch um amtliche Informationen im Sinne von § 2 Nr. 1 IFG. Die Ausnahmenvorschriften nach §§ 3 ff. IFG stehen dem Anspruch nicht entgegen.

- 13 2. Der Ausschlussstatbestand des § 3 Nr. 1 Buchst. d IFG greift nicht zu Gunsten der Beklagten ein. Danach besteht der Anspruch auf Informationszugang nicht, wenn das Bekanntwerden der Information nachteilige Auswirkungen haben kann auf Kontroll- oder Aufsichtsaufgaben der Finanz-, Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden. Zwar ist die Beklagte eine Finanzbehörde im Sinne dieser Vorschrift. Hierzu zählt jede Behörde im Geschäftsbereich des Bundesfinanzministeriums. Nichts anderes folgt aus der Begründung des Gesetzentwurfs, wo lediglich die Steuerbehörden aufgeführt sind; denn diese Erwähnung ist angesichts des weiten Wortlauts des Gesetzes nur beispielhaft (vgl. Schoch, VBIBW 2010, 333 <340>; VGH Kassel, Beschluss vom 24. März 2010 - 6 A 1832/09 - NVwZ 2010, 1112 = <juris Rn. 10> m.w.N.; a.A. Gurlit, WM 2009, 773 <776>). Allein diese Feststellung steht dem Informationsanspruch allerdings nicht entgegen. Denn anders als in § 3 Nr. 8 IFG ist eine umfassende Bereichsausnahme für die genannten Behörden nicht normiert (vgl. Schoch, IFG, Kommentar, 2009, Rn. 34 ff. vor § 3; § 3 Rn. 39). Ein Vorschlag zur Einführung eines ausdrücklichen Ausschlusses des Informationszugangs, soweit die Beklagte aufgrund von Gesetzen Aufgaben der Finanz-, Wertpapier- und Versicherungsaufsicht wahrnimmt, hat im Jahr 2009 im Gesetzgebungsverfahren keine Zustimmung gefunden (siehe dazu Tolkmitt/Schomerus, NVwZ 2009, 568 <570>; Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit - BfDI -, Tätigkeitsbericht zur Informationsfreiheit 2008 und 2009, BTDrucks 17/1350, S. 28 f.). Deswegen verbietet sich auch die Annahme, dass jedenfalls das konkrete Aufgabenfeld der Wertpapieraufsicht generell die Verweigerung des Informationszugangs rechtfertigt; denn es lässt sich nicht pauschal feststellen, dass das Bekanntwerden diesbezüglicher Informationen nachteilige Auswirkungen auf die Tätigkeit der Beklagten haben kann (vgl. Samm, in: Beck/Samm/

Kokemoor, Gesetz über das Kreditwesen, § 9 Rn. 99 ff. m.w.N.). Vielmehr lässt sich das nur bezogen auf den jeweiligen Sachbereich und Regelungskontext beurteilen, in dem die Information steht. Hinsichtlich der hier streitigen Stimmrechtsmitteilungen fehlt es jedenfalls an jeglichem Anhaltspunkt dafür, dass die Aufsichtstätigkeit der Beklagten beeinträchtigt werden könnte.

- 14 3. § 3 Nr. 4 IFG schließt den Informationszugang ebenso wenig aus. Danach besteht der Anspruch nicht, wenn die begehrte Information einer durch Rechtsvorschrift geregelten Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflicht oder einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis unterliegt. Mit dieser Bezugnahme auf die jeweils einschlägigen Spezialvorschriften wird der Geheimnisschutz bereichsspezifisch ausgestaltet (BTDrucks 15/4493, S. 11). Nach der Begründung des Gesetzentwurfs gehört zu den spezialgesetzlichen Geheimhaltungsvorschriften der dort durch die Erwähnung des Kreditwesengesetzes ausdrücklich angesprochene § 9 KWG; für die nahezu wortgleiche Bestimmung des § 8 des Gesetzes über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz - WpHG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl I S. 2708) mit späteren Änderungen kann dann nichts anderes gelten (so insbesondere VG Frankfurt, Urteile vom 23. Januar 2008 - 7 E 3280/06 (V) - NVwZ 2008, 1384 = <juris Rn. 84> und vom 12. März 2008 - 7 E 5426/06 - ZIP 2008, 2138 = <juris Rn. 39 ff.>; im Anschluss daran VGH Kassel, Beschluss vom 24. März 2010 - 6 A 1832/09 - NVwZ 2010, 1112 = <juris Rn. 22> ).
- 15 Diese rechtliche Einordnung steht nicht im Widerspruch zum Regelungsziel des Gesetzgebers, wonach aus der allgemeinen Pflicht zur Amtsverschwiegenheit ein Amtsgeheimnis nicht folgt, weil das Informationsfreiheitsgesetz ansonsten leerliefe (vgl. BTDrucks 15/4493, S. 13 zu § 5 Abs. 2; so aber insbesondere BfDI, BTDrucks 17/1350, S. 86 sowie S. 58 f.; auch Schoch, VBIBW 2010, 333 <340>). Denn die genannten Regelungen unterscheiden sich von der allgemeinen Pflicht zur Amtsverschwiegenheit und gehen über sie hinaus, indem sie nach materiellen Kriterien umschriebene Informationen einem besonderen Schutz unterstellen (vgl. Gurlit, WM 2009, 773 <777>). Ob allerdings die Tatsache, dass die Pflicht zur Dienstverschwiegenheit an den einzelnen Bediensteten adressiert ist, während sich der Informationsanspruch an die Beklagte selbst



richtet, eine Deutung der Verschwiegenheitspflicht als spezialgesetzliche Anordnung des Geheimnisschutzes nahelegt (so Schoch, a.a.O. <340>; zur Adressateneigenschaft der Beklagten siehe Beck, in: Schwark/Zimmer, Kapitalmarktrechtskommentar, 4. Aufl. 2010, § 8 WpHG Rn. 4), kann dahinstehen. Denn Art und Umfang der Beschränkung des Informationszugangs richten sich jedenfalls nach den einschlägigen Bestimmungen des Wertpapierhandelsgesetzes über den Schutz geheimhaltungsbedürftiger Tatsachen. Diese schließen die Auskunft über die Stimmrechtsmitteilungen nicht aus.

- 16 a) § 8 Abs. 1 Satz 1 WpHG verbietet die unbefugte Offenbarung von Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse eines nach diesem Gesetz Verpflichteten oder eines Dritten liegt; hierzu gehören insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sowie personenbezogene Daten. Die wirtschaftlichen Verhältnisse einer natürlichen Person gehören grundsätzlich zu den schutzwürdigen personenbezogenen Daten. Unter Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sind alle auf ein Unternehmen bezogenen Tatsachen, Umstände und Vorgänge zu verstehen, die nicht offenkundig, sondern nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und an deren Nichtverbreitung der Rechtsträger ein berechtigtes Interesse hat. Betriebsgeheimnisse umfassen im Wesentlichen technisches Wissen im weitesten Sinne; Geschäftsgeheimnisse betreffen vornehmlich kaufmännisches Wissen (BVerwG, Urteil vom 28. Mai 2009 - BVerwG 7 C 18.08 - Buchholz 406.252 § 9 UIG Nr. 1 im Anschluss an BVerfG, Beschluss vom 14. März 2006 - 1 BvR 2087, 2111/03 - BVerfGE 115, 205 <230 f.>). Die streitigen Informationen über die Höhe der von einem Unternehmen oder einer natürlichen Person gehaltenen Stimmrechtsanteile an einer Kapitalgesellschaft erfüllen diese Voraussetzungen aber jedenfalls dann nicht mehr, wenn sie Gegenstand einer kapitalmarktrechtlichen Veröffentlichungspflicht sind, die im Falle ihrer Nichterfüllung im Wege der Ersatzvornahme durchgesetzt werden kann (§ 4 Abs. 6 WpHG). Denn damit legt die Rechtsordnung fest, dass ein Interesse an der Nichtverbreitung der Information gerade nicht mehr als berechtigt angesehen wird (vgl. etwa Möllers/Wenninger, ZHR 170 <2006> 455 <468>; Gurlit, WM 2009, 773 <777 f.>; Samm, a.a.O. § 9 Rn. 114>).

- 17 Die Pflicht zur Veröffentlichung der Stimmrechtsmeldungen folgt aus § 21 Abs. 1 und § 26 Abs. 1 WpHG. Stimmrechtsmeldungen bei Erreichen, Über- oder Unterschreiten bestimmter Schwellenwerte müssen der emittierenden Gesellschaft und der Beklagten gegenüber abgegeben werden, wenn der betreffende Emittent Deutschland als Herkunftsstaat hat (§ 2 Abs. 6 WpHG). Die hierauf aufbauende Veröffentlichungspflicht trifft die Kapitalgesellschaft, wenn sie Inlandsemittent im Sinne von § 2 Abs. 7 WpHG ist. Dieser Begriff knüpft an den Begriff des Emittenten mit Herkunftsstaat Deutschland an, modifiziert ihn jedoch. So sind nach § 2 Abs. 7 Nr. 1 WpHG solche Emittenten mit Herkunftsstaat Deutschland ausgenommen, deren Wertpapiere nur in einem anderen EU/EWR-Staat, nicht aber in Deutschland zum Handel zugelassen sind, soweit sie Veröffentlichungs- und Mitteilungspflichten unterliegen, die mit denen in Deutschland vergleichbar sind.
- 18 b) Das Verwaltungsgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die A. ein Emittent mit Herkunftsstaat Deutschland ist; sie ist auch Inlandsemittent, da ein Sonderfall, nach denen beide Einstufungen nicht deckungsgleich sind, nicht gegeben ist.
- 19 Die A. ist Aktienemittent mit satzungsrechtlichem Sitz in I. Als sogenannter Drittstaatemittent, dessen Aktien zum Handel an einem organisierten Markt im Inland zugelassen sind, hat sie gemäß § 2 Abs. 6 Nr. 1 Buchst. b WpHG Deutschland als Herkunftsstaat, wenn das jährliche Dokument im Sinne des § 10 des Gesetzes über die Erstellung, Billigung und Veröffentlichung des Prospekts, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei der Zulassung von Wertpapieren zum Handel an einem organisierten Markt zu veröffentlichen ist (Wertpapierprospektgesetz - WpPG) vom 22. Juni 2005 (BGBl I S. 1698) bei der Beklagten zu hinterlegen ist. Mit diesem Verweis nimmt das Wertpapierhandelsgesetz auf die Bestimmung des Herkunftsstaats nach den prospektrechtlichen Vorschriften Bezug. § 10 WpPG benennt zwar als Adressaten der Verpflichtung zur Vorlage des Dokuments ohne nähere Umschreibung den Emittenten, dessen Wertpapiere zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen sind. Aus den Bestimmungen der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 betreffend den Pros-

pekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG (ABl. L 345/64 vom 31. Dezember 2003) - Prospektrichtlinie -, deren Umsetzung das Wertpapierprospektgesetz dient, folgt indessen die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung. Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie nimmt mit dem Begriff des „geregelten Markts“ nur auf im EWR angesiedelte Börsen Bezug. Aus Art. 10 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie sowie Art. 27 Abs. 1 und Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 809/2004 der Kommission vom 29. April 2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die im Prospekt enthaltenen Angaben sowie die Aufmachung, die Aufnahme von Angaben in Form eines Verweises und die Veröffentlichung solcher Prospekte sowie die Verbreitung von Werbung (ABl. L 215 vom 16. Juni 2004) - Prospektverordnung - ergibt sich des Weiteren, dass § 10 WpPG sich nur auf solche Emittenten bezieht, deren Herkunftsstaat Deutschland ist (einhellige Ansicht, vgl. etwa Götze, NZG 2007, 570 f.; Heidelberg, in: Schwark/Zimmer, a.a.O. § 10 WpPG Rn. 11; sowie BaFin, Häufig gestellte Fragen zum jährlichen Dokument, I.3.). Das wiederum richtet sich nach § 2 Nr. 13 WpPG sowie der hierauf bezogenen Übergangsvorschrift des § 31 Abs. 1 WpPG.

- 20 c) Hat der Emittent von Aktien seinen Sitz in einem Drittstaat, kann gemäß § 2 Nr. 13 Buchst. c WpPG der Herkunftsstaat vom Emittenten, vom Anbieter oder vom Zulassungsantragsteller gewählt werden. Zur Auswahl stehen entweder der EU- oder EWR-Staat, in dem die Wertpapiere erstmals öffentlich angeboten werden sollen, oder der EU- oder EWR-Staat, in dem der erste Antrag auf Zulassung zum Handel an einem organisierten Markt gestellt wird. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist im vorliegenden Fall aber nicht eröffnet. Denn sie greift nur dann, wenn das erste öffentliche Angebot bzw. der erste Zulassungsantrag nach Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Juli 2005 erfolgt.
- 21 Für frühere Sachverhalte gilt die Übergangsvorschrift des § 31 Abs. 1 WpPG. Mit der Verwendung des Wortes „bereits“ stellt § 31 Abs. 1 Satz 1 WpPG - in gleicher Weise wie die ausdrückliche Regelung in § 31 Abs. 1 Satz 2 WpPG - auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Wertpapierprospektgesetzes ab. § 31

Abs. 1 Satz 2 WpPG legt - ohne Wahlrecht - Deutschland als Herkunftsstaat fest, soweit Drittstaatemittenten im Zeitraum vom 1. Januar 2004 bis 1. Juli 2005, d.h. nach Inkrafttreten der Prospektrichtlinie (siehe Art. 32), innerhalb von EU und EWR erstmals in Deutschland Wertpapiere öffentlich angeboten haben oder der erste Antrag auf Zulassung von Wertpapieren zum Handel an einem in der EU oder EWR gelegenen organisierten Markt in Deutschland gestellt wurde. Da die A. demgegenüber schon im Februar 2000 an der Frankfurter Wertpapierbörse zum Handel zugelassen worden ist, findet hier § 31 Abs. 1 Satz 1 WpPG Anwendung. Danach können Drittstaatemittenten, deren Wertpapiere bereits zum Handel an einem organisierten Markt zugelassen sind, die Bundesanstalt als für sie zuständige Behörde im Sinne des § 2 Nr. 13 Buchst. c WpPG wählen und haben dies der Bundesanstalt bis zum 31. Dezember 2005 mitzuteilen. Die Vorschrift spricht zwar - ebenso wie die entsprechende Bestimmung des Art. 30 Abs. 1 der Prospektrichtlinie - von der Wahl der zuständigen Behörde; die Bezugnahme auf § 2 Nr. 13 Buchst. c WpPG - bzw. Art. 2 Abs. 1 Buchst. m) Ziff. iii) der Richtlinie - macht aber deutlich, dass damit lediglich die Folge aus der in der genannten Vorschrift geregelten Wahl des Herkunftsstaats herausgestellt wird (so auch BTDrucks 15/4999, S. 10). Zur Auswahl stehen dabei die EU- oder EWR-Staaten, in denen die Wertpapiere an einem regulierten Markt zugelassen sind.

- 22 aa) Eine Wahl im Sinne einer willentlichen Bestimmung des Herkunftsstaats setzt eine Auswahlmöglichkeit voraus. Fehlt es daran, ist sie entbehrlich.
- 23 Eine Auswahl zwischen mehreren potentiellen Herkunftsstaaten kann der Emittent angesichts des hierfür maßgeblichen Anknüpfungspunkts nur dann treffen, wenn eine Zulassung in mehreren EU-/EWR-Staaten besteht. Beschränkt sich die Zulassung indessen - wie hier - auf lediglich einen Staat, ist für eine Wahl kein Raum. Die Bestimmung des Herkunftsstaats richtet sich dann allein nach den objektiven Umständen (vgl. Heidelberg, in: Schwark/Zimmer, a.a.O. § 31 WpPG Rn. 6).
- 24 Insoweit gilt nichts anderes als bei der Regelung des § 2 Nr. 13 Buchst. c WpPG. Dort ist die (Aus)Wahlmöglichkeit auf eine Alternative reduziert: Der

Emittent kann entweder das Land des ersten Angebots oder das der ersten Zulassung als Herkunftsstaat bestimmen. Sind die beiden identisch, erübrigt sich eine Wahl. Das ist die zwingende Konsequenz einer Regelung, die für die zur Auswahl stehenden Staaten zwei Anknüpfungspunkte benennt, die sich nicht zwingend unterscheiden müssen, sondern die sich decken können (vgl. auch Zickler/von Falkenhausen, BB 2009, 1994).

- 25 Einer solchen am Regelungszweck ausgerichteten teleologischen Auslegung steht der Wortlaut der Norm nicht entgegen. Aus diesem folgt entgegen der Ansicht der Beklagten nicht, dass von der Bestimmung eines Herkunftsstaats erst dann ausgegangen werden kann, wenn der Emittent von der ihm in einer solchen Situation eröffneten lediglich formalen Wahlmöglichkeit Gebrauch gemacht hat. Die Formulierung, wonach die Drittstaatemittenten die Bundesanstalt als zuständige Behörde wählen können, ist nicht so zu verstehen, dass diesen eine bloße Option eingeräumt ist, die es ihnen freistellt, einen Herkunftsstaat zu bestimmen oder nicht. Das ergibt sich aus der hier erforderlichen richtlinienkonformen Auslegung. Dabei ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht lediglich auf den Wortlaut der Richtlinie in der deutschen Fassung abzustellen. Vielmehr ist die maßgebliche Bedeutung der Richtlinie grundsätzlich einer vergleichenden Betrachtung ihrer Fassungen in allen Amtssprachen der EU zu entnehmen (siehe etwa Weiler, ZEuP 2010, 861 <866 f.> m.w.N.). Wenn auch eine dermaßen umfassende Analyse in der Praxis schwerlich geleistet werden kann, so zeigt aber bereits der Blick in die französische, englische, spanische und italienische Fassung der Übergangsvorschrift des Art. 30 Abs. 1 der Richtlinie, dass dort jeweils auf ein Hilfsverb, das auf eine bloße Handlungsmöglichkeit hindeutet, verzichtet und somit allein auf den Vorgang der Wahl bzw. der Bezeichnung des Herkunftsstaats abgestellt wird (choisissent; shall choose, designarán; scelgono). Vor diesem Hintergrund kann der Wortlaut des § 31 Abs. 1 Satz 1 WpPG nicht zum Beleg dafür herangezogen werden, dass der Gesetzgeber die Bestimmung eines Herkunftsstaats in das Belieben des Drittstaatemittenten gestellt habe.

- 26 Die Auslegung der Übergangsvorschrift in dem Sinne, dass in der gegebenen Fallkonstellation die Bestimmung des Herkunftsstaats die Abgabe einer Erklä-

nung nicht voraussetzt, wird schließlich bestätigt durch die vom Ausschuss der europäischen Wertpapieraufsichtsbehörden geäußerte Rechtsauffassung (Committee of European Securities Regulators - CESR -, eingesetzt durch Beschluss der Kommission vom 6. Juni 2001 - K<2001>1501 -; mittlerweile gemäß Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 <ABl. L 331 vom 15. Dezember 2010> ersetzt durch die Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde <European Securities and Markets Authority - ESMA ->; siehe Frequently asked questions regarding Prospectuses: Common positions agreed by CESR Members, 12<sup>th</sup> Updated Version - November 2010 - Ref. CESR/10-1337, 12. Notification which third country issuers are required to make under Article 30.1 Directive - July 2006). Die Tatsache, dass sich das CESR mit dieser Frage befasst hat, ist entgegen der von der Beklagten geäußerten Rechtsansicht kein Hinweis darauf, dass es sich dabei um eine lückenfüllende Rechtsfortbildung handelt. Unbeachtlich ist auch, dass es sich bei den diesbezüglichen Äußerungen, die sich auf der sogenannten Stufe 3 der Rechtsetzung nach dem sogenannten Lamfallussy-Verfahren bewegen, nicht um rechtsverbindliche Festlegungen handelt (vgl. etwa Möllers, ZEuP 2008, 480 <490 ff.>; Hupka, WM 2009, 1351 <1352 f.>; siehe auch CESR/10-1337, Introduction - The context and status of this „Q and A“). Sie geben allerdings eine gemeinsame Rechtsauffassung der mit dieser Rechtsfrage befassten Behörden wieder, die eine Richtigkeitsvermutung für sich beanspruchen kann (vgl. Möllers, NZG 2010, 285 <286>).

- 27 Unbeachtlich ist der Einwand der Beklagten, dass mit diesem Verständnis der Vorschrift die Entscheidung nicht für alle im Rahmen von § 31 Abs. 1 Satz 1 WpPG vorstellbaren Fallkonstellationen vorgezeichnet sei und es praktische Probleme bei den dann notwendigen Tatsachenfeststellungen geben könne. Denn zu entscheiden ist allein über den vorliegenden Fall, bei dem die erheblichen Sachverhaltselemente geklärt sind.
- 28 Die von der Beklagten aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Grundfragen der Gesetzesbindung der Rechtsprechung und der Reichweite des Gesetzesvorbehalts in der Eingriffsverwaltung stellen sich nicht. Denn sie knüpfen an die Auffassung an, dass die Rechtsanwendung auf einem Analogieschluss beruhe. Die

teleologische Reduktion der Norm ist indessen Ergebnis einer methodengerechten Auslegung, so dass es schon an einer Regelungslücke als der ersten Voraussetzung einer Analogie fehlt. Bezüglich des in Art. 103 Abs. 2 GG enthaltenen besonderen Bestimmtheitsgebots bleibt festzuhalten, dass dieses nur im entsprechenden Regelungszusammenhang zu beachten ist, d.h. nur insoweit, als die Zulässigkeit der Verhängung einer straf- bzw. ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktion in Rede steht (vgl. etwa BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 19. Juni 2007 - 1 BvR 1290/05 - NVwZ 2007, 1172 = <juris Rn. 28>, vom 28. April 2009 - 1 BvR 224/07 - NVwZ 2009, 905 = <juris Rn. 12> und vom 17. November 2009 - 1 BvR 2717/08 - NJW 2010, 754 = <juris Rn. 14 f.>, sowie Tautges, BB 2010, 1291 <1294> m.w.N.).

- 29 bb) Deutschland ist schließlich auch dann Herkunftsstaat der A., wenn man auch im vorliegenden Fall am Erfordernis einer Wahl durch den Emittenten festhalten wollte. Denn eine solche Wahl hat die A. zwar nicht ausdrücklich, aber jedenfalls konkludent dadurch getroffen, dass sie ein jährliches Dokument gemäß § 10 WpPG für das Jahr 2006 auf ihrer Website veröffentlicht hat.
- 30 Diese Tatsache hat die Klägerin bereits vor dem Verwaltungsgericht unter Vorlage eines entsprechenden Computerausdrucks vorgetragen. Das Verwaltungsgericht hat hierzu Feststellungen, die den Senat gemäß § 137 Abs. 2 VwGO binden, nicht getroffen. Die Beklagte zieht das Vorbringen der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 14. Dezember 2010 allerdings nicht in Zweifel. Im angefochtenen Bescheid ist lediglich festgehalten, dass die A. das sogenannte „Zehnerdokument“ nicht gemäß § 10 Abs. 2 WpPG bei der Beklagten hinterlegt habe. Vor diesem Hintergrund ist der Senat nicht gehindert, diesen unstreitigen Sachverhalt seiner Entscheidung zugrunde zu legen (vgl. Neumann, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Aufl. 2010 § 137 Rn. 148 m.w.N.). Er trägt die Annahme einer willentlichen, wenn auch konkludenten Bestimmung des Herkunftsstaats.
- 31 Über die Art der Ausübung des Wahlrechts treffen weder § 31 Abs. 1 Satz 1 noch § 2 Nr. 13 WpPG eine Regelung. Besondere Förmlichkeiten sind deswegen nicht einzuhalten; vielmehr reicht demnach für die Wahl jede Willensäußerung aus, die hinreichend deutlich zu erkennen gibt, dass der Emittent sich ei-

nem bestimmten nationalen Regelungs- und Aufsichtsregime unterwerfen will. Das ist etwa dann der Fall, wenn das Zehnerdokument bei der Behörde hinterlegt wird (vgl. etwa Heidelberg, in: Schwark/Zimmer, a.a.O. § 2 WpPG Rn. 77). Aber auch schon die Veröffentlichung eines Dokuments unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Vorschriften des deutschen Kapitalmarktrechts lässt an dem Willen, sich dem am Börsenplatz geltenden Recht zu unterwerfen, keinen Zweifel aufkommen. § 31 Abs. 1 Satz 1 WpPG schreibt allerdings noch eine fristgerechte Mitteilung an die Beklagte vor. Deren Fehlen ist aber unbeachtlich. Denn der Fristbestimmung kommt ein eigenständiger materiell-rechtlicher Gehalt im Sinne einer Ausschlussfrist nicht zu. Mit der Normierung eines Endtermins soll der Emittent lediglich verpflichtet werden, seine Wahl im Interesse der Rechtsklarheit innerhalb eines angemessenen Zeitraums gegenüber der Beklagten kundzutun. Mit diesem allein verfahrensrechtlichen Regelungsziel wäre es aber nicht zu vereinbaren, die Versäumung dieser Frist dadurch noch zu belohnen, dass der Emittent sich weiterhin und auf Dauer den im Interesse eines transparenten Finanzmarkts und des Anlegerschutzes normierten kapitalmarktrechtlichen Verpflichtungen entziehen kann.

32 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Sailer

Krauß

Guttenberger

Schipper

Brandt

## B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstands für das Revisionsverfahren wird gemäß § 47 Abs. 1, § 52 Abs. 2 GKG auf 5 000 € festgesetzt.

Sailer

Krauß

Brandt



Sachgebiet:	BVerwGE:	nein
Informationsfreiheitsrecht	Fachpresse	ja

#### Rechtsquellen:

IFG	§ 3 Nr. 1 Buchst. d, Nr. 4
WpHG	§ 2 Abs. 6 und 7, § 8 Abs. 1 Satz 1, § 21 Abs. 1, § 26 Abs. 1
WpPG	§ 2 Nr. 13 Buchst. c, §§ 10, 31 Abs. 1 Satz 1

#### Stichworte:

Informationszugang; Wertpapieraufsicht; BaFin; Geheimhaltungspflicht; Dienstverschwiegenheit; Geschäftsgeheimnis; Stimmrechtsmeldung; Veröffentlichungspflicht; Drittstaatemittent; Herkunftsstaat; Inlandsemittent.

#### Leitsätze:

1. § 3 Nr. 1 Buchst. d IFG gibt der BaFin nicht das Recht, im Aufgabenfeld der Wertpapieraufsicht den Informationszugang generell zu verweigern.
2. § 8 Abs. 1 Satz 1 WpHG ist eine dem Geheimnisschutz dienende Vorschrift im Sinne von § 3 Nr. 4 IFG.
3. Die Bestimmung des Herkunftsstaats nach § 31 Abs. 1 Satz 1 WpPG richtet sich allein nach den objektiven Umständen, wenn eine Auswahlmöglichkeit nicht besteht.

Urteil des 7. Senats vom 24. Mai 2011 - BVerwG 7 C 6.10

I. VG Frankfurt am Main vom 26.03.2010 - Az.: VG 7 K 1496/09.F(3) -