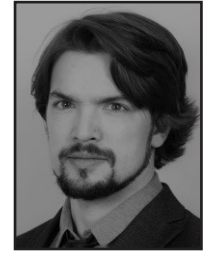


Geheimnisschutz im Finanzmarktrecht im Lichte europarechtlicher Entwicklungen – Sieben Siegel auf Zeit?



MARCO DWORSCHAK

Abstract*

Das europäische Finanzmarktrecht verpflichtet Aufsichtsbehörden¹ aufgrund strikter Geheimhaltungsvorschriften zur Verschwiegenheit über ihre Aufsichtstätigkeit und die von ihr betroffenen Unternehmen. Das Verwaltungshandeln der Aufsichtsbehörden wird damit von einem weitgehenden »Arkanprinzip« geprägt. Nur ausnahmsweise wird dieses bei überwiegenden Offenlegungsinteressen durchbrochen.

Rezente Entscheidungen des EuGH liefern neue Anhaltspunkte, unter welchen Bedingungen eine Offenlegung von Informationen oder Dokumenten möglich ist bzw unter welchen Voraussetzungen Einzelpersonen, die ein entsprechendes berechtigtes Interesse nachweisen, die Möglichkeit haben, auf Aufsichtsakten zuzugreifen.

Mit seinem »Baumeister«-Urteil² traf der EuGH 2018 weitergehende Klarstellungen hinsichtlich des von den Finanzmarktaufsichtsbehörden zu wahrenden Geheimnisschutzes. Der EuGH verfestigte seine bisherige Rspr, wonach der Behörde vorliegende »vertrauliche Informationen« nach einem Zeitraum von fünf Jahren nicht länger als aktuell und damit nicht mehr als vertraulich anzusehen sind. Sie unterliegen dann grundsätzlich nicht mehr dem Geschäfts- bzw Berufsgeheimnis. Es sei denn das von einer Offenlegung betroffene Unternehmen weist nach, dass die angeforderten Informationen weiterhin wesentlicher Bestandteil ihrer eigenen wirtschaftlichen Stellung sind, und bei Offenlegung ein schwerer wirtschaftlicher Nachteil drohen würde.

Im September 2018 folgten zwei weitere Erkenntnisse³, die weiteren Aufschluss über finanzmarktrechtliche Geheimnisschutzbestimmungen geben; etwa inwieweit Informationen, die zur Verteidigung gegen Aufsichtsmaßnahmen und (strafrechtlicher) Sanktionen oder zur Vorbereitung von zivil- und handelsrechtlichen Ansprüchen erforderlich sind, einer Offenlegung zugänglich sind. Aus den Erkenntnissen ergeben sich grundsätzliche Fragen zur Reichweite finanzmarktrechtlicher Geheimnisschutzbestimmungen, die im Beitrag diskutiert werden.

Darüber hinaus wurde das juristische Feld des Geheimnisschutzes aufgrund der mit 9. Juni 2018 von den EU-Mitgliedstaaten umzusetzenden europäischen GeschäftsgeheimnisRL⁴ um eine weitere Facette reicher, die Fragen hinsichtlich der graduellen Unterscheidung verschiedener Geheimnisschutzbestimmungen aufwirft; diese sollen zusammen mit Fragen zur Reichweite der Offenlegungsmöglichkeiten nachstehend erörtert werden. Abschließend wird deren Bedeutung für die Praxis der liechtensteinischen Finanzmarktaufsichtsbehörde und der von ihr beaufsichtigten Unternehmen skizziert.

Schlagworte

Amtsgeheimnis, Berufsgeheimnis, Dokumentenzugang, EigenkapitalRL, Finanzmarktaufsicht, Geheimnisschutz, Geschäftsgeheimnis, Informationsfreiheit, Liechtenstein, MiFID II, Offenlegung, vertrauliche Informationen

Rechtsquellen

Art 267, 339 AEUV; Art 20 Abs 3 B-VG (Ö); Art 53 Abs 1, 56 CRD IV; Art 6, 90 Abs 1 DS-GVO; Art 8 EMRK; Art 122 EWRA; Art 11a Abs 4 FIU-G (LIE); § 14 FMABG (Ö); Art 2 Abs 1 lit a – c, 5 Abs 2, 8 GeschäftsgeheimnisRL 2016/943/EU; Art 16, 47 Abs 3, 52 Abs 1 GRC; § 1 Abs 1 IFG (D); Art 29 Abs 1, 31 Abs 2 lit c InfoG (LIE); § 9 KWG (D); Art 32 Abs 1 LV (LIE); Art 54 Abs 1 und 4 MiFID I Rl 2004/39/EG, Art 76 Abs 1 und 4, 81 Abs 5, 88 MiFID II RL

* Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird auf geschlechtsspezifische Formulierungen verzichtet. Soweit personenbezogene Bezeichnungen nur auf ein Geschlecht bezogen angeführt sind, beziehen sich diese stets auf Frauen und Männer in gleicher Weise.

¹ Nachstehend vereinzelt auch als Aufsichtsbehörden, Finanzaufsichtsbehörden, etc bezeichnet.

² EuGH 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/BaFin*.

³ EuGH 13.09.2018, C-594/16, *Buccioni/Banca d'Italia*; EuGH 13.09.2018, C-358/16, *UBS*.

⁴ RL 2016/943/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.07.2016 über den Schutz vertraulichen Know-Hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (nachfolgend GeschäftsgeheimnisRL), ABl L 2016/157, 1.

2014/65/EU; Art 64 ff Solvency II-RL; Art 102 Abs 1 UCITS-RL; Art 28 VO 1/2003/EG; Art 35 VO 2017/1129/EU; EuGH 19.06.2018, C-15/16 (Baumeister/Bafin); EuGH 13.09.2018, C-594/16 (Buccioni/Banca d'Italia); EuGH 13.09.2018, C-358/16 (UBS).

Inhaltsübersicht

I.	Neue Weichenstellung – Das »Baumeister-Verfahren«	243
II.	Folgerkenntnisse »Buccioni« und Rechtssache C-358/16 – weitere Akzentuierung des finanzmarktrechtlichen Geheimnisschutzes	244
	A. »Buccioni« – Klarstellungen zum bankenrechtlichen Geheimnisschutz	244
	B. Rechtssache C-358/16: Notwendigkeit der Übermittlung von Informationen zur Strafverteidigung	245
III.	Sind die jüngeren Erkenntnisse auf das geltende (europäische) Recht zu übertragen?	245
IV.	Kriterien zur Geheimniswahrung durch Aufsichtsbehörden	246
V.	Abgrenzungskriterien vertraulicher Informationen von sonstigen Informationen	248
VI.	Unterschiede zwischen Berufs- und Geschäftsgeheimnissen	249
VII.	Geheimhaltungsinteressen als Tatbestandskorrektiv zur Prüfung des Geschäftsgeheimnisses	251
VIII.	Relevanz der GeschäftsgeheimnisRL für Aufsichtsbehörden	252
IX.	Verbindlichkeit der Erkenntnisse für Liechtenstein	253
X.	Ergebnisse	255

I. Neue Weichenstellung – Das »Baumeister-Verfahren«⁵

Zur Ausgangslage: Bei Herrn *Baumeister* handelt es sich um einen geschädigten Anleger der 2005 insolventen und mittlerweile aufgelösten *Phoenix Kapitaldienst Gesellschaft*, deren Geschäftsmodell auf einem betrügerischen Schneeballsystem basierte. *Baumeister* begehrte bei der deutschen Finanzmarktaufsichtsbehörde (BaFin) Zugang zu bestimmten, die Phoenix betreffenden Dokumenten; insbesondere verlangte Herr *Baumeister* – gestützt auf § 1 Abs 1 des deutschen IFG⁶ – Zugang zu Sonderprüfprotokollen, Wirtschaftsprüfberichten, internen Stellungnahmen und interner Korrespondenz hinsichtlich der die Phoenix betreffenden Aufsichtstätigkeit der BaFin. Der Dokumentenzugang wurde ihm unter Bezugnahme auf die in § 9 KWG⁷ verankerte Verschwiegenheitspflicht verweigert. Der weitere Verfahrensgang bis zum deutschen Bundesverwaltungsgericht⁸ mündete im gegenständlichen Vorabentscheidungsverfahren beim EuGH, der um Beantwortung der nachstehenden Vorlagefragen ersucht wurde.⁹

Die dem Vorabentscheidungsersuchen zugrundeliegende, mittlerweile ausser Kraft getretene, Bestimmung des Art 54 Abs 1 der MiFID I¹⁰ regelte unter dem Titel des Berufsgeheimnisses, dass Behörden (und deren Organe und Organwalter usw) so genannte »vertrauliche Informationen, die sie in ihrer beruflichen Eigenschaft erhalten, an keine Person oder Behörde weitergeben (dürfen)«. Eine Einschränkung bestand, wenn diese Informationen in allgemeiner oder zusammengefasster Fassung übermittelt werden¹¹.

Die Vorlagefragen lauteten zusammengefasst,

- ▷ ob sämtliche unternehmensbezogenen Angaben, die ein beaufsichtigtes Unternehmen an die Aufsichtsbehörde übermittelt hat, als »vertrauliche Information« zu behandeln sind,
- ▷ ob es zur »Qualifizierung einer unternehmensbezogenen Angabe als schutzwürdiges Interesse« aus-

schliesslich auf den Zeitpunkt der Übermittlung durch die Aufsichtsbehörde ankommt und

- ▷ ob ggfs eine zeitliche Schranke anzunehmen ist, nach deren Ablauf angenommen werden darf, dass eine Angabe ihren wirtschaftlichen Wert und damit ihre Schutzwürdigkeit verloren hat?¹²

Der EuGH bestätigte die Grundregel, dass Berufsgeheimnisse strikt zu wahren sind und ihre Weitergabe prinzipiell verboten ist.¹³ Von ihr darf nur in abschliessend bezeichneten Fällen ausnahmsweise abgegangen werden.¹⁴ Gleichzeitig ergeben sich aus dem Urteilstenor jedoch weitreichende Einschnitte in diese Grundregel.

So präzisierte der EuGH, dass **nicht sämtliche der Behörde vorliegende Informationen ohne weitere Voraussetzung als vertraulich anzusehen sind** und dem Berufsgeheimnis nach Art 54 Abs 1 MiFID I unterliegen. Dem Richtlinienwortlaut kann nicht unterstellt werden, »dass alle Informationen, die das überwachte Unternehmen betreffen und von ihm an die zuständige Behörde übermittelt wurden, sowie alle in der Überwachungsakte enthaltenen Äusserungen dieser Behörde, einschliesslich ihrer Korrespondenz mit anderen Stellen, zwangsläufig als vertraulich anzusehen sind.«¹⁵ Nach nunmehr gefestigter Rspr¹⁶ sind auch ursprünglich vertrauliche Informationen nach einem Zeitablauf von fünf Jahren »als nicht mehr vertraulich anzusehen«, ausser es gelingt der sich auf die Vertraulichkeit berufenden Partei, nachzuweisen, »dass die Informationen trotz ihres Alters immer noch wesentliche Bestandteile ihrer eigenen wirtschaftlichen Stellung oder der von betroffenen Dritten sind«^{17, 18}. Des Weiteren sprach der EuGH, die Reichweite des Berufsgeheimnisses weiter einschränkend, aus, dass die Vertraulichkeit von Informationen (also deren Schutzwürdigkeit), stets zum Zeitpunkt des Antrags auf Dokumentenzugang zu beurteilen ist und zwar unabhängig von ihrer ursprünglichen Einstufung.¹⁹ Demgemäss wurden die Schranken der Schutzwürdigkeit von Berufsgeheimnissen sowohl nach ihrem Inhalt, als auch zeitlich, neu vermessen.

5 EuGH 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/BaFin*.

6 Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz – IFG) dBGBl I 2015, 3154.

7 Gesetz über das Kreditwesen (KWG) dBGBl I 2017, 2446, § 9.

8 BVwG, Beschluss vom 03.05.2016, 7 C 7.15.

9 EuGH 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/BaFin* Rz 12–19; vgl auch EuGH Pressemitteilung Nr. 86/18 vom 19. Juni 2018 zum Urteil in der Rechtssache C-15/16; genauer *Kottmann*, EuGH: Finanzmarktaufsicht: Herausgabe von Informationen über Unternehmen seitens der BaFin, EuZW 2018/6978, 699.

10 RL 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der RL 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der RL 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und zur Aufhebung der RL 93/22/EWG des Rates, ABl L 2004/145, 1 (nachfolgend kurz MiFID I).

11 MiFID I Art 51 Abs 1.

12 Vgl EuGH 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/BaFin* Rz 20.

13 EuGH 24.06.1986, Rs 53/85 *AKZO Chemie/EK*, Rz 28; EuGH 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/BaFin* Rz 33.

14 EuGH 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/BaFin* Rz 38, 43.

15 aaO Rz 34.

16 Vgl bereits EuGH 14.03.2017, C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission* Rz 64.

17 EuGH 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/BaFin* Rz 54.

18 Vgl *Kottmann*, EuGH: Finanzmarktaufsicht: Herausgabe von Informationen über Unternehmen seitens der BaFin, EuZW 2018, 697 f.

19 EuGH 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/BaFin* Rz 51.

II. Folgeerkenntnisse »Buccioni« und Rechtssache C-358/16 – weitere Akzentuierung des finanzmarktrechtlichen Geheimnisschutzes

Wenige Monate nach der *Baumeister*-Entscheidung ergingen am 13. September 2018 zwei weitere Erkenntnisse des EuGH, die wesentlich für die Auslegung finanzmarktrechtlicher Geheimnisschutzbestimmungen sind. Es handelte sich in beiden Fällen um Vorabentscheidungsverfahren nach Art 267 AEUV, in denen einerseits – ähnlich *Baumeister* – um Auslegung von Art 54 Abs 1 und 3 MiFID I, und andererseits um Auslegung ihres bankenrechtlichen Pendant in Art 53 Abs 1 der CRD IV²⁰, ersucht wurde. Beide Erkenntnisse schärfen die Kriterien, wonach eine Offenlegung von vertraulichen Informationen möglich ist.

A. »Buccioni« – Klarstellungen zum bankenrechtlichen Geheimnisschutz

Der *Buccioni*-Rechtssache liegt das Informationsersuchen eines Kontoinhabers einer zwangsabgewickelten und liquidierten Bank an die »Banca d'Italia« (BdI)²¹ zugrunde. Der Beschwerdeführer war aufgrund seiner den Einlagensicherungsbetrag von EUR 100.000,- übersteigenden Einlage mit der Zwangsabwicklung in seinem Vermögen geschädigt worden.²² Er beantragte bei der BdI die Weitergabe verschiedener Dokumente, die in Zusammenhang mit der Beaufsichtigung des liquidierten Kreditinstitutes stehen; diese Dokumente sollten der Beurteilung dienen, ob eine Zivilklage aussichtsreich wäre.²³

Der Zugang zu den angefragten Dokumenten wurde mit Verweis auf das, Art 53 Abs 1 CRD IV²⁴ umsetzende, nationale italienische Recht verweigert und führte nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges zur Vorlage durch den italienischen Staatsrat²⁵.²⁶ Dieser er-

suchte um Klärung, ob die geltend gemachte Geheimnisschutzbestimmung der Weitergabe vertraulicher Informationen durch Aufsichtsbehörden entgegensteht, wenn die gewünschten Informationen ggfs zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche, die in Zusammenhang mit der Zwangsabwicklung eines Kreditinstitutes stehen, notwendig sein könnten.²⁷

Der EuGH gelangte zum Ergebnis, dass die Geheimnisschutzbestimmung des Art 53 Abs 1 CRD IV derart auszulegen ist, dass sie der Weitergabe von Informationen nicht prinzipiell entgegensteht, sondern unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist. Der Informationssuchende hat anhand konkret zu bezeichnender Indizien **glaubhaft zu machen** (arg »die plausibel vermuten lassen«), dass die begehrten Informationen in weiterer Folge zur Einleitung eines zivil- oder handelsrechtlichen Verfahrens, wegen möglicher Entschädigungsansprüche aufgrund der Zwangsabwicklung eines Kreditinstitutes, relevant sein könnten.²⁸ Dass sie zwingend zur klagsweisen Geltendmachung von Ansprüchen erforderlich sind, ist nicht die Rede. Es genügt, dass die Informationen bloss potentiell Relevanz für ein Zivilverfahren haben könnten.

Der EuGH geht in seinen Ausführungen noch weiter: unter Berufung auf Effektivitätserwägungen wäre es geschädigten Anlegern **unzumutbar, erst eine verfahrenseinleitende zivil- oder handelsrechtliche Klage zu erheben**, um im Zuge dessen Zugang zu Informationen zu erhalten. Der Richtlinienbestimmung kann also kein Bedeutungsgehalt beigemessen werden, wonach Informationen betreffend insolvente oder liquidierte Kreditinstitute nur in »bereits eingeleiteten zivil- oder handelsrechtlichen Verfahren weitergegeben werden können«.²⁹ Die praktische Wirksamkeit der Geheimhaltungsbestimmung kann auch in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren – wie im Falle des Ausgangsverfahrens bei der nationalen Bankaufsichtsbehörde – gewährleistet werden.³⁰ Der Informationswerber hat bei dieser zumindest den möglichen Gegenstand eines zivilrechtlichen Verfahrens, für das die angeforderten Informationen bzw Dokumente benötigt werden, konkret zu bezeichnen. Die solcherart erhaltenen Informationen dürfen lediglich **zweckgebunden zur (Beweis)Führung** in den beabsichtigten Zivilverfahren verwendet werden.³¹

Vor Weitergabe vertraulicher Informationen haben die Behörden und Gerichte stets eine Interessenabwägung vorzunehmen, in der das Interesse des Informa-

20 RL 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinie 2006/48/EG und 2006/49/EG und 2006/49/EG, ABl. L 2013/176, 338 (EigenkapitalRL oder CRD IV).

21 Italienische Zentralbank und Teil des Europäischen Zentralbankensystems mit aufsichtsrechtlicher Funktion.

22 EuGH 13. 09. 2018, C-594/16, *Buccioni/Banca d'Italia* Rz 13.

23 AaO Rz 14.

24 Die Richtlinienbestimmung enthält eine Art 54 Abs 1 MiFID I ähnliche Verpflichtung für Aufsichtsbehörden zur Geheimhaltung über ihre behördliche Tätigkeit.

25 Der italienische Staatsrat (Consiglio di stato) erfüllt die Funktion des obersten Verwaltungsgerichtes in Italien.

26 EuGH 13. 09. 2018, C-594/16, *Buccioni/Banca d'Italia* Rz 18.

27 AaO Rz 19.

28 AaO Rz 38.

29 AaO Rz 33, 35.

30 AaO Rz 34.

31 AaO Rz 38, 40.

tionswerbers, »über die in Rede stehenden Informationen zu verfügen«, gegen allgemeine (und private) Geheimhaltungsinteressen abzuwägen sind.³²

B. Rechtssache C-358/16³³: Notwendigkeit der Übermittlung von Informationen zur Strafverteidigung

Im nationalen Ausgangsverfahren richtete der ehemalige, von einer Verwaltungssanktion betroffene Geschäftsführer eines Finanzinstitutes ein Informationsersuchen an die luxemburgische Finanzmarktaufsichtsbehörde (CSSF)³⁴. Dem Geschäftsführer wurde von der CSSF die Niederlegung seiner Leitungsfunktionen aufgetragen, da er wegen behaupteter Verstrickung in den »Madoff-Betrug« als nicht länger vertrauenswürdig angesehen wurde.³⁵ Mit seinem Informationsersuchen begehrte er die Übermittlung von diversen Aufsichtsunterlagen, die für seine Verteidigung gegen die Verwaltungssanktion (den Entzug der Leitungsfunktion) für notwendig erachtete. Letztlich verweigerte die CSSF, unter Verweis auf ihre nach Art 54 MiFID I bestehende Geheimhaltungspflicht, den Zugang zu den angefragten Dokumenten.³⁶

Der luxemburgische Verwaltungsgerichtshof ersuchte im Wege der Vorabentscheidung um Klärung zweier Vorlagefragen, nämlich einerseits,

- ▷ ob eine Verwaltungssanktion wie im Ausgangsverfahren unter das Strafrecht fällt und damit von der Geheimhaltungspflicht nach Art 54 Abs 3 MiFID I ausgenommen werden kann und
- ▷ in welcher Wechselwirkung die Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses mit den Erfordernissen eines fairen Verfahrens steht.³⁷

Im Ergebnis sprach der EuGH aus, dass eine Verwaltungssanktion, wie im Ausgangsverfahren der Entzug der Geschäftsleitungsfunktion durch die Aufsichtsbehörde, keinem dem Strafrecht zuzuordnenden Fall entspricht. Deshalb ist die in Rede stehende Ausnahmebestimmung (Art 54 Abs 3 MiFID I) nicht anwendbar. Der EuGH kam allerdings unter Berücksichtigung der Anforderungen des Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf, auf ein faires Verfahren und der Wahrung der Verteidigungsrechte³⁸, zum Ergebnis, dass dieser Schutz

auch von Verwaltungsunterworfenen geltend gemacht werden kann³⁹.

Ebenso ist »das Recht auf Weitergabe von Unterlagen, die für die Verteidigung erheblich sind«, weder unbegrenzt noch absolut. »(D)er Schutz der Vertraulichkeit von Informationen«, die unter das Berufsgeheimnis fallen, muss »in einer Weise gewährleistet und durchgesetzt werden (...), die mit der Wahrung der Verteidigungsrechte vereinbar ist.«⁴⁰

Es obliegt in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens dem zuständigen Gericht in jedem Einzelfall, vor Weitergabe von Informationen und Dokumenten die einander gegenüberstehenden Interessen (Geheimhaltungs- versus Offenlegungsinteressen) abzuwägen. Es ist Sache des zuständigen nationalen Gerichts, zu prüfen, ob die begehrten Informationen einen objektiven Zusammenhang mit den gegen sie gerichteten Beschwerdepunkten aufweisen.⁴¹

III. Sind die jüngeren Erkenntnisse auf das geltende (europäische) Recht zu übertragen?

Da als Auslegungsgegenstand in zwei der vorangehend beschriebenen Verfahren Art 54 Abs 1 MiFID I releviert wurde und diese Bestimmung mit Inkrafttreten der MiFID II⁴² nicht länger zum geltenden Unionsrechtsbestand gehört, ist zu prüfen, ob die gewonnenen Erkenntnisse auf die geltende Rechtslage zu übertragen sind.

Dazu ist anzumerken, dass die frühere Geheimhaltungsbestimmung mit geringen Abweichungen gleichlautend in Art 76 Abs 1 MiFID II übernommen wurde. Sowohl Art 54 Abs 1 MiFID I, als auch der nunmehr geltende Art 76 Abs 1 MiFID II, verpflichten die Mitgliedstaaten unter dem Titel des Berufsgeheimnisses sicherzustellen, dass die mit der Wertpapieraufsicht beauftragten Behörden sowie die von diesen bestellten Sachverständigen und Wirtschaftsprüfer dem Berufsgeheimnis unterliegen.

Über die in Anhang IV der MiFID II enthaltene Entsprechungstabelle wurde klargestellt, dass Art 54 MiFID I und Art 76 MiFID II (dh sämtliche ihrer Absätze) einander entsprechen.⁴³ Auch der EuGH stützt seine Argumentation zur Auslegung der alten Richtlinien-

32 AaO Rz 39 (mVa EuGH 14.02.2008, C-450/06, *Varec/Belgien* Rz 51 und 52; mwN).

33 EuGH 13.09.2018, Rs C-358/16, *UBS*.

34 »Commission de surveillance du secteur financier«.

35 AaO Rz 14.

36 AaO Rz 18.

37 AaO Rz 26.

38 Grundrechtlich verbürgt in Art 6 und 13 EMRK, sowie Art 47 GRC; EuGH 13.09.2018, C-358/16, *UBS* Rz 49.

39 EuGH 13.09.2018, C-358/16, *UBS* Rz 56.

40 AaO Rz 68.

41 AaO Rz 69.

42 RL 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.05.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der RL 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABL L 2014/173, 349 (nachfolgend kurz MiFID II).

43 MiFID II, Anhang IV, Entsprechungstabelle nach Art 94, wonach Bezugnahmen auf die MiFID I im Sinne des geltenden Rechts zu lesen sind.

bestimmung auf eine nunmehr in Art 76 getroffene Klarstellung.⁴⁴ Die jüngeren Erkenntnisse lassen sich damit auf die geltende Rechtslage übertragen.

IV. Kriterien zur Geheimniswahrung durch Aufsichtsbehörden

Auf den ersten Blick scheinen die Erkenntnisse einen leichteren Zugang zu von Finanzmarktaufsichtsbehörden gehaltenen Dokumenten bzw Informationen zu etablieren. Sie entpuppen sich aus nachstehenden Gründen jedoch als »Danaergeschenke«, die eine diffizile Einzelfallprüfung durch Behörden und Gerichte erforderlich machen. In den Entscheidungsgründen wurde ausdrücklich die nach ständiger Judikatur bestehende Grundregel gefestigt, wonach das Berufsgeheimnis zu wahren ist.⁴⁵ Dh es ist weiterhin von einem grundsätzlichen Verbot der Weitergabe vertraulicher Informationen auszugehen, von dem lediglich in abschliessend aufgezählten Fällen abgegangen werden darf.⁴⁶

Der EuGH präzierte in seiner jüngeren Rspr eingehend, wann von der Vertraulichkeit von Informationen ausgegangen werden kann und welches Ausmass die Ausnahmebestimmungen der Richtlinien aufweisen.

Diese Klarstellungen waren erforderlich, da Art 54 Abs 1 MiFID I (nunmehr Art 76 Abs 1 MiFID II⁴⁷), wie auch Art 53 Abs 1 CRD IV, keine nähere Definition oder Kriterien darüber enthalten, was unter »vertraulichen Informationen« zu verstehen ist.⁴⁸ Jedoch impliziert der Wortlaut der Richtlinienbestimmungen, dass zwischen »vertraulichen« und sonstigen Informationen, die nicht vertraulich zu behandeln sind, zu unterscheiden ist.⁴⁹

Wann jedoch sind Informationen vertraulich? Nach Baumeister werden verschiedene Kriterien etabliert: es sind jedenfalls solche Informationen als vertraulich einzustufen, wenn diese **nicht öffentlich zugänglich** sind und deren **Weitergabe eine Gefahr einer Interessenbeeinträchtigung oder der (behördlichen) Aufsichtstätigkeit** bedeutet⁵⁰. Nach der hier vertretenen Ansicht dürfte diese Annahme auf den überwiegenden Teil der bei Aufsichtsbehörden vorliegenden Informationen zutreffen, und wird damit durch die Rspr die **gesetzliche**

Vermutung der Vertraulichkeit der bei Aufsichtsbehörden vorliegenden Informationen gefestigt (selbst wenn der EuGH festhält, dass nicht automatisch sämtliche der bei Aufsichtsbehörden vorliegenden Informationen selbstverständlich als vertraulich anzusehen sind). Die Weitergabe solcher (vertraulicher) Informationen darf nur in allgemeiner oder zusammengefasster Form erfolgen, die keine Rückschlüsse auf einzelne Marktteilnehmer (seien es Wertpapierfirmen, Banken oder andere natürliche oder juristische Personen) ermöglicht. Aufsichtstätigkeit bedeutet nun zwangsläufig eine Überwachung verschiedenster Marktteilnehmer und mündet in einer Generierung von unternehmens- und personenbezogenen Daten. *Wann darf aber nun billigerweise davon ausgegangen werden, dass bei den Finanzmarktaufsichtsbehörden vorliegende Informationen keinen Bezug zu einzelnen Marktteilnehmern aufweisen?*

Es ist wohl davon auszugehen, dass sämtliche die geschäftliche Tätigkeit von Wertpapierfirmen, Kreditinstituten, ua betreffenden Informationen dem nach Art 54 MiFID I und Art 53 Abs 1 CRD IV vermittelten Geheimnisschutz unterliegen. Dieser Schutz besteht wohl bis festgestellt wurde, ob diese bereits öffentlich verfügbar sind und keine Beeinträchtigung der Aufsichtstätigkeit oder von Interessen Dritter bzw der Informationsbereiter, bedeuten kann. Insbesondere im Hinblick auf die Unwiderrufbarkeit einer einmal erfolgten Offenlegung erscheint die vorläufige Annahme der Vertraulichkeit und zumindest eine entsprechende Überprüfung durch die Aufsichtsbehörde als durchaus zweckmässig und geboten. Wie viele der bei Finanzmarktaufsichtsbehörden vorhandenen Informationen bzw Dokumente nach Vornahme einer solchen Prüfung als nicht vertraulich einzuordnen wären, bleibt wohl der Rechtsstatsachenforschung vorbehalten, und muss an dieser Stelle unbeantwortet bleiben.

Nach Zeitablauf von fünf Jahren verlieren Informationen nach nunmehr gefestigter EuGH-Rspr ihre grundsätzliche Schutzwürdigkeit, soweit ihre Vertraulichkeit ausschliesslich mit den wirtschaftlichen Interessen der betroffenen Unternehmen begründet wurde. Ab diesem Zeitpunkt greift eine **Beweislastumkehr** zulasten jener Partei, die sich auf die Vertraulichkeit beruft und geltend macht, dass den Informationen trotz des Zeitablaufs wesentliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt. Sie hat ausnahmsweise nachzuweisen, »dass die Informationen trotz ihres Alters immer noch wesentliche Bestandteile ihrer eigenen wirtschaftlichen Stellung oder der von betroffenen Dritten sind.«⁵¹

Beachtenswert erscheint des Weiteren eine Anmerkung des Gerichtshofes, wonach es den Mitgliedsstaa-

44 EuGH 13.09.2018, C-594/16, *Buccioni/Banca d'Italia* Rz 45.

45 Bereits EuGH 24.06.1986, Rs 53/85, *AKZO Chemie/EK* Rz 28; Urteil 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/BaFin* Rz 33; EuGH 13.09.2018, C-358/16, *UBS* Rz 38; EuGH 13.09.2018, C-594/16 *Buccioni/Banca d'Italia* Rz 29.

46 Urteil 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/BaFin* Rz 38; EuGH 13.09.2018, C-358/16, *UBS* Rz 39; EuGH 13.09.2018, C-594/16, *Buccioni/Banca d'Italia* Rz 30.

47 MiFID II RL 2014/65/EU ABl L 2014/173, 349, Art 76 Abs 1.

48 EuGH 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/BaFin* Rz 22.

49 AaO.

50 AaO Rz 46.

51 AaO Rz 54; EuGH 14.03.2017, C-162/15 P, *Evonik Degussa/Kommission* Rz 64.

ten freisteht, »den Schutz vor der Weitergabe auf den gesamten Inhalt der Überwachungsakten der zuständigen Behörden zu erstrecken« oder aber weitergehenden Informationszugang zu gewähren, sofern keine vertraulichen, dh schutzwürdigen Informationen betroffen sind.⁵² Die MiFID-Vorgaben stellen somit lediglich **Mindeststandards** zum Schutze von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen dar.⁵³ Ein allgemeines Zugangsrecht der Öffentlichkeit zu Informationen, die bei Behörden vorliegen, soll durch Art 54 Abs 1 MiFID-I nicht vermittelt werden (ebenso wenig wie durch Art 53 Abs 1 CRD IV); auch die Ausübung eines nationalen Informations- oder Dokumentenzugangsrechts wird nicht näher regelt.⁵⁴

Nach der hier vertretenen Ansicht ist jedoch offenkundig, dass bestehende Informationszugangsrechte durch die Richtlinienbestimmungen (zumindest) eine mittelbar nähere Ausgestaltung erfahren, da der darin etablierte Geheimnisschutz eine massive Informations- bzw Offenlegungsschranke bedeutet, die insbesondere auch nationalen Informationsrechten entgegenstehen kann. Zunächst wirken das MiFID-Berufsgeheimnis, sowie die bankenrechtliche Geheimhaltungspflicht, als spezialrechtliche Schranken gegenüber behördengerichteten Informations- bzw Auskunftsbegehren.

In Fällen, in denen Aufsichtsbehörden sich auf die von ihnen zu wahrenen Geheimnisschutzbestimmungen berufen, um Informationersuchen abzulehnen, die auf zur Verteidigung gegen Straf- und Verwaltungsmassnahmen notwendige Aktenteile und Dokumente abzielen, kann die **Entscheidung und Interessenabwägung über Umfang der zu gewährenden Informationen nur durch eine übergeordnete unabhängige Instanz** erfolgen. Eine solche Vorgehensweise trägt dem Umstand Rechnung, dass kein unbegrenztes Zugangsrecht zu Unterlagen besteht, die für die Verteidigung erheblich sein können⁵⁵; ebenso wird so, durch eine unabhängige (gerichtliche) Würdigung und Interessenabwägung, der Schutz der Vertraulichkeit von Informationen und dem diesfalls gegenüberstehendem Interesse auf Wahrung der Verteidigungsrechte gewährleistet.⁵⁶

Der EuGH hielt dazu fest, dass es nicht allein Sache der sanktionierenden Behörde sein kann, den Umfang der für die Verteidigung notwendigen Dokumente zu bestimmen. Sie hat jedoch die Möglichkeit, bestimmte Aktenteile »vom Verwaltungsverfahren« auszuschliessen, »die in keinem Zusammenhang mit den Sach- und Rechtsausführungen« der Verwaltungsanktion ste-

hen.⁵⁷ Die Behörde hat folglich die Möglichkeit, über die Erheblichkeit bestimmter Aktenteile (mit anfechtbarer Verfügung) selbstständig zu entscheiden.

MaW: Die von einem Informationsansuchen erfassten Verfahrensakten sind – in einem Fall, wie in dem des Ausgangsverfahrens, in dem die das Informationersuchen abweisende Entscheidung gerichtsanhängig war – von der Aufsichtsbehörde an das zuständige (Verwaltungs)Gericht zu übermitteln, dem die Entscheidung über den Informationszugang obliegt.⁵⁸

Problembehaftet erscheint dabei die Formulierung des EuGH, dass die Verwaltungsbehörde die Möglichkeit hat, bestimmte Aktenteile vom Verwaltungsverfahren auszuschliessen, sofern diese »in keinem Zusammenhang mit den Sach- und Rechtsausführungen der Verwaltungsanktion stehen«⁵⁹. Die Behörde hätte also streng genommen in einem vorgelagerten Schritt die Möglichkeit, über die Erheblichkeit bestimmter Aktenteile selbstständig zu entscheiden. Nun ist gerade der staatsinterne Informationsaustausch vom Grundsatz gegenseitigen Vertrauens geprägt. Jedoch ist hier kritisch zu hinterfragen, ob eine derartige, einem Beschwerdeverfahren vorgeschaltete, Eingriffsmöglichkeit – ohne den Aufsichtsbehörden böswillige Verkürzung von Akten unterstellen zu wollen – im Einklang mit den Grundsätzen eines fairen Verfahrens stehen kann. Wenn dem Gericht als Entscheidungsgrundlage über die Erheblichkeit verschiedener Informationen und Dokumente lediglich der (von der Behörde gekürzte) Beschwerdeakt zur Verfügung gestellt würde, wäre die praktische Wirksamkeit der zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe wohl in Zweifel zu ziehen. Daher kann dem Urteil – nach der hier vertretenen Ansicht – nicht unterstellt werden, dass dem Gericht zur Überprüfung der Behördenentscheidung lediglich ein verkürzter Verfahrensakt zur Verfügung gestellt werden darf (und stünde eine solche Vorgehensweise nicht in Einklang mit den für das österreichische Verwaltungsgerichtsverfahren geltenden Verfahrensbestimmungen). Vielmehr ist dem Gericht der gesamte Verfahrensakt zur Überprüfung der Erheblichkeit bestimmter Aktenteile zur Verfügung zu stellen.⁶⁰

Eine Diskrepanz im Umgang mit Informationersuchen scheint bei der Berücksichtigung der Verteidigungsrechte von durch Aufsichtsmassnahmen Be-

52 EuGH 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/Bafin* Rz 44.

53 *Kottmann*, EuGH: Finanzmarktaufsicht: Herausgabe von Informationen über Unternehmen seitens der BaFin, EuZW 2018, 697 f.

54 EuGH 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/Bafin* Rz 39.

55 EuGH 13.09.2018, C-358/16, *UBS* Rz 68.

56 AaO Rz 69.

57 AaO Rz 67.

58 AaO Rz 70.

59 AaO Rz 67; vgl dazu Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) BGBl Nr 51/1991, § 17 Abs 3, wonach ua von der Akteneinsicht jene Aktenbestandteile ausgenommen sind, deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder Dritter bedeuten würde.

60 Siehe Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, BGBl I Nr 33/2013, insbesondere §§ 8a Abs 6, 13 Abs 5, 14 Abs 2 und 3, 15 Abs 2 und 3, 16 Abs 2.

troffene im Vergleich zur möglichen Durchsetzung zivil- und handelsrechtlicher Ansprüche von durch Zwangsabwicklung geschädigter Personen zu bestehen:

Grundsätzlich kann im Falle, dass Informationen als Beurteilungsgrundlage, ob eine zivil- oder handelsrechtliche Klage wegen der Zwangsabwicklung von Finanz- und Kreditinstituten aussichtsreich ist, begehrt werden, vom Grundsatz der Geheimhaltung⁶¹ von vertraulichen Informationen abgewichen werden. Voraussetzung dafür ist ua, dass sich die **gewünschten Informationen nicht auf Dritte beziehen**, die an Versuchen zur Rettung eines zwangsabgewickelten Kreditinstitutes beteiligt waren. Die Entscheidung über die Informationserteilung liegt hier jedoch bei der Aufsichtsbehörde, an die das Informationsersuchen gerichtet war, und ist nicht per se von einem übergeordneten Gericht⁶² vorzunehmen. Die praktische Wirksamkeit des Geheimnisschutzes kann auch im Verwaltungsverfahren (durch die Aufsichtsbehörde) sichergestellt werden⁶³.

Voraussetzung ist diesfalls, dass vom Informationssuchenden anhand **konkret zu bezeichnender Indizien** die Relevanz der angefragten Unterlagen für ein zivil- oder handelsrechtliches Verfahren **glaubhaft gemacht** wird. Ob ein solches Verfahren bereits behängt, ist dabei völlig unerheblich. Die Glaubhaftmachung, dass die Informationen für die Vorbereitung einer Klage möglicherweise bedeutsam sein könnten bzw dass sie als Entscheidungsgrundlage dienen, ob eine Klage angestrengt werden soll oder ob eine solche aussichtslos wäre, ist ausreichend. Es wäre dem Informationswerber nicht zumutbar, erst ein gerichtliches Verfahren einzuleiten und anschliessend die Informationsbegehren an die Aufsichtsbehörden zu richten.⁶⁴ Die möglichen klagsweise geltend zu machenden (Schadenersatz)Ansprüche können (wie im Ausgangsverfahren) **mit der Zwangsabwicklung eines Kreditinstitutes in Zusammenhang** stehen.⁶⁵ Gleiches ist – aufgrund der wortgleichen Ausgestaltung anderer finanzmarktrechtlicher Geheimhaltungsbestimmungen⁶⁶ – auch für »andere« insolvente oder zwangsabgewickelte Finanzinstitute anzunehmen.

Eine praktische Folge der jüngeren Rspr ist eine – im Kontext des Finanzmarktrechts zu erkennende – intensivierte Auseinandersetzung der Aufsichtsbehörden und Gerichte mit den an sie gerichteten Informations-

begehren, die sich an den nunmehr durch die EuGH-Rspr geschärften Kriterien zu richten hat.

V. Abgrenzungskriterien vertraulicher Informationen von sonstigen Informationen

Eine trennscharfe Abgrenzung ist nach der lex lata nicht möglich. Jedoch ergeben sich aus den jüngeren EuGH-Entscheidungen einige Anhaltspunkte, anhand derer eine Unterscheidung vorgenommen werden kann.

Nach ständiger EuGH-Judikatur ist zur Differenzierung von Informationen, die bei Aufsichtsbehörden über die von ihnen beaufsichtigten Unternehmen vorhanden sind, und deren Geheimhaltungskategorien ua zu prüfen, ob sie von wirtschaftlicher Bedeutung⁶⁷ (für das betroffene Unternehmen) sind oder eben keinen wirtschaftlichen Wert (mehr) aufweisen.⁶⁸

Wann Informationen von **wirtschaftlicher Relevanz** sind, ist weder anhand klarer Richtlinienbestimmungen, noch anhand der nunmehr vorhandenen Rspr, klar zu bestimmen. Zur Ermittlung ihrer rechtlichen Schutzwürdigkeit ist jedenfalls auf den Inhalt der Informationen abzustellen, dh ob diese ein **»wesentlicher Bestandteil« der wirtschaftlichen Stellung eines Unternehmens oder eines betroffenen Dritten** sind, deren **Veröffentlichung einen schweren Nachteil** für sie bedeuten könnte; die Vertraulichkeit besteht in einem solchen Fall auch nach Zeitablauf von fünf Jahren weiterhin (siehe oben)⁶⁹. Informationen über Geschäftsbeziehungen oder Preispolitiken dürften per se nicht darunter fallen⁷⁰. Wann ein »schwerer«, »ernsthafter« oder »schwerwiegender« Nachteil für ein Unternehmen entstehen könnte bleibt unklar und wird in Einzelfallentscheidungen zu klären sein.

Für die Ermittlung, ob Informationen vertraulich zu behandeln sind, sind jedoch nicht nur private Geheimhaltungsgründe ausschlaggebend. Der EuGH stellt bei der Abgrenzung »vertraulicher Informationen« von »(anderen) Informationen« – in Fortführung seiner Entscheidung in der Rechtssache *Altmann* – sowohl auf

61 Siehe bereits EuGH 24.06.1986, Rs 53/85, *AKZO Chemie/EK* Rz 28; EuGH 19.05.1994 C-36/92 P *SEP/EK* Rz 37; EuGH 14.02.2008, C-450/06 *Varec/Belgien* Rz 49; EuGH 19.06.2018, C15/16 *Baumeister/BaFin* Rz 53.

62 Vgl dazu EuGH 13.09.2018, C-358/16, *UBS* Rz 70.

63 EuGH 13.09.2018, C-594/16, *Buccioni/Banca d'Italia* Rz 34.

64 AaO Rz 38 und 40.

65 AaO Rz 40.

66 Siehe etwa MiFID II RL 2014/65/EU ABl L 2014/173, 349, Art 76 Abs 2; Art 102 Abs 1 UCITS-RL, etc.

67 Diese Neuerung bedeutet eine Neuerung im Hinblick auf die bisherige Judikatur des öVfGH (vgl VfSlg 3141, 5358, 11.623, ua), wonach von keiner rechtlichen Betroffenheit auszugehen war, wenn lediglich wirtschaftliche Interessen beeinträchtigt wurden. Zur Annahme eines Eingriffes in eine rechtlich geschützte Interessensphäre hatten besondere Umstände vorzuliegen. Eine solche Betroffenheit wäre nunmehr bei den durch eine Offenlegung von Informationen befürchteten »schweren Nachteilen« gegeben.

68 EuGH 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/Bafin* Rz 54 mVa EuGH 14.03.2017, C-162/15 P, *Evonik Degussa GmbH/Kommission* Rz 65.

69 EuGH 14.03.2017, C-162/15 P, *Evonik Degussa GmbH/Kommission* Rz 64.

70 AaO Rz 65.

den Schutz spezieller Interessen der unmittelbar betroffenen Firmen, als auch des allgemeinen Interesses an der »Stabilität des Finanzsystems innerhalb der Union« und am »normalen Funktionieren der Unionsmärkte für Finanzmärkte« als Grundregel ab⁷¹. Neben das private Geheimhaltungsinteresse werden also auch öffentliche Geheimhaltungsinteressen gestellt, welche eine vertrauliche Behandlung, also Geheimhaltung, erfordern. Der EuGH betonte seinem Spruchkörper ausdrücklich, dass die Erwägungen betreffend den Zeitablauf nicht für Informationen gelten, deren Vertraulichkeit »aus anderen Gründen« als ihrer wirtschaftlichen Bedeutung herrührt.⁷² Sinngemäß kommt eine »Verjährung« der Vertraulichkeit nach Zeitablauf von fünf Jahren, die auf der Wahrung öffentlicher Interessen beruht, damit für den EuGH nicht in Frage.

VI. Unterschiede zwischen Berufs- und Geschäftsgeheimnissen

Die behandelten EuGH Entscheidungen festigten den Grundsatz der Geheimhaltung von Unterlagen, die unter das Geschäftsgeheimnis fallen.⁷³ Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Berufs- und Geschäftsgeheimnis wurde vom EuGH allerdings nicht vorgenommen, wenngleich bereits zum Ausdruck gekommen ist, dass Geschäftsgeheimnisse besonders weitgehend geschützt werden. Eine Abstufung hinsichtlich der graduell verschiedenen Schutzwürdigkeit von Berufs- und Geschäftsgeheimnis wurde ersichtlich.⁷⁴

Das Primärrecht kennt in Art 339 AEUV (wie auch beinahe gleichlautend Art 122 des EWR-Abkommens) lediglich den Begriff des Berufsgeheimnisses, nicht hingegen den des Geschäftsgeheimnisses. Beide Bestimmungen des Europäischen Vertragswerks verbieten es Mitgliedern der EU-Organe⁷⁵, ihren Beamten und sonstigen Bediensteten während und nach Beendigung ihrer Amtstätigkeit Auskünfte zu erteilen, die ihrem Wesen nach unter das »Berufsgeheimnis« fallen. Diese Auskunftsschranke gilt »insbesondere für Auskünfte über Unternehmen sowie deren Geschäftsbeziehungen oder Kostenelemente«.⁷⁶

Hinsichtlich unternehmensbezogener vertraulicher Informationen wurde das Sekundärrecht mit der nunmehr geltenden GeschäftsgeheimnisRL um eine Facette reicher. Diese enthält in Art 2 Z 1 eine Begriffsbestimmung für das Geschäftsgeheimnis. Die MiFID-Vorgaben und andere Sparten des europäischen Finanzmarktrechts⁷⁷ behandeln hingegen allgemein – ohne eine Legaldefinition bzw Abgrenzung anzubieten – das Berufsgeheimnis bzw Geheimhaltungspflichten. Der EuGH wiederum spricht in Auslegung dieser Bestimmungen (siehe oben) sowohl von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen als auch sonstigen vertraulichen Informationen.⁷⁸ In Ermangelung einer entsprechenden Vorlagefrage, wurde eine begriffliche Abgrenzung bislang nicht vorgenommen. Mit der jüngeren GeschäftsgeheimnisRL ist nunmehr *prima vista* eine Klarstellung hinsichtlich der Diversifizierung der unionsrechtlichen Geheimnisschutztatbestände zu erhoffen, zumal bislang eine genaue Unterscheidung bzw Abgrenzung weder im Primärrecht noch im Sekundärrecht vorgenommen wurde.⁷⁹

Nur das Schrifttum gab Aufschluss darüber, ob Berufs- und Geschäftsgeheimnisse im rechtlichen Sinne unterschiedliche Inhalte für schützenswert erachten oder ob es sich schlichtweg um Synonyme handelt⁸⁰: **Das Berufsgeheimnis erfasst als Überbegriff auch Ge-**

71 EuGH 13.09.2018, C-594/16, *Buccioni/Banca d'italia* Rz 29; EuGH, Urteil 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/Bafin* Rz 33 mit Verweis auf EuGH 12.11.2014, C-140/13, *Altmann u.a./BaFin* Rz 33.

72 EuGH, Urteil 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/Bafin* Rz 56, Spruchpunkt 3.

73 Bereits EuGH 24.06.1986, Rs 53/85, *AKZO Chemie/EK*, Rz 28.

74 AaO Rz 27, 28.

75 Nach Art 13 Abs 1 EUV; siehe *Brühann* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*⁷ (2015), Art 339 AEUV, Rz 4 ff.

76 Siehe aaO Rz 11, Rz 14.

77 Vgl etwa RL 2009/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (nachfolgend UCITS), ABL L 2009/302, 32, Art 102 Abs 1; vgl RL 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABL L 2009/335, 1, Art 64–71; vgl VO 2017/1129/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichten ist und zur Aufhebung der RL 2003/71/EG, ABL L 2017/168, 12, Art 35; vergleichbare und ähnlich lautende, auf das »Berufsgeheimnis« abstellende Bestimmungen enthalten sämtliche Sekundärrechtsakte mit Bezug zum Kapitalmarktrecht.

78 Vgl bereits EuGH 24.06.1986, Rs 53/85 *AKZO Chemie/EK*, Rz 28; EuGH 12.11.2014, C-140/13, *Altmann u.a./BaFin* Rz 33; EuGH 14.03.2017, C-162/15 P, *Evonik Degussa GmbH/Kommission* Rz 78, 87; EuGH, Urteil 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/Bafin* Rz 33; EuGH 13.09.2018, C-594/16, *Buccioni/Banca d'italia* Rz 29.

79 Vgl VO 2016/679/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (kurz DSGVO), ABL L 2016/119, 1: siehe ErwG 63 – hier wird sowohl auf Geschäfts-, als auch Berufsgeheimnisse Bezug genommen, ohne jedoch zwischen diesen begrifflich zu differenzieren, geschweige denn Anhaltspunkte für deren Unterscheidung zu liefern. Auch in Art 90 Abs 1 DSGVO vom Berufsgeheimnis und »gleichwertigen Geheimhaltungspflichten« die Rede.

80 Vgl *Brühann* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*⁷, Art 339 AEUV, Rz 13 ff (mwN); *Rauer*, *Richtlinienentwurf: Europaweit einheitlicher Schutz von Geschäftsgeheimnissen*, GRUR-Prax 2014, 2; EuG 12.10.2007, T-474/04, *Pergann Hilfsstoffe/Kommission* Rz 64.

schäftsgeheimnisse von Unternehmen.⁸¹ Diese Klarstellung wird unter Verweis⁸² auf eine weiterführende Kommissionsmitteilung⁸³ untermauert, der zufolge unter »Berufsgeheimnis« sowohl »Geschäftsgeheimnisse« als auch »sonstige vertrauliche Informationen« zu verstehen sind.⁸⁴ Auch die EFTA-Überwachungsbehörde hatte bereits klargestellt, dass »sowohl Geschäftsgeheimnisse als auch sonstige vertrauliche Auskünfte unter das Berufsgeheimnis fallen.«⁸⁵

Geschäftsgeheimnisse liegen nach der erwähnten Kommissionsmitteilung dann vor, wenn bereits die **Preisgabe** und nicht erst die Veröffentlichung einer unternehmensbezogenen Information, die Geschäftstätigkeit des betroffenen Unternehmens schwer beeinträchtigen könnte. Mit »Veröffentlichung« ist demnach die Mitteilung an die Öffentlichkeit gemeint; von »Preisgabe« ist dann auszugehen, wenn eine Information (nur) an einen Dritten weitergegeben wird. An Geschäftsgeheimnissen besteht dementsprechend ein **höheres Geheimhaltungsinteresse**, als gegenüber anderen vertraulichen Informationen bzw Berufsgeheimnissen. Anzumerken bleibt, dass im Schrifttum in beiden Fällen auf das Geheimhaltungsinteresse abgestellt wird (dazu im Weiteren näher). Als Beispiele werden »technische und/oder finanzielle Angaben in Bezug auf das Know-How eines Unternehmens, (...), Produktionsgeheimnisse (...), Marktanteile (...)⁸⁶ etc. angeführt.⁸⁶ Geschäftsgeheimnisse fallen also unter das Berufsgeheimnis, bzw stellen eine besonders schützenswerte Kategorie von Berufsgeheimnissen dar.⁸⁷

Mit der Schaffung der Legaldefinition in Art 2 Abs 1 lit a–c der GeschäftsgeheimnisRL wollte der Unionsgesetzgeber eine möglichst einheitliche homogene Bedeutung des Geschäftsgeheimnisses festlegen, ohne

dabei den Schutzbereich einzuengen.⁸⁸ Das ist ihm nach der hier vertretenen Ansicht nicht gelungen, denn eine homogene Definition hätte eine Abgrenzung zum Überbegriff des Berufsgeheimnisses wie auch die verschiedenen Geheimhaltungsinteressen ausdrücklich mitberücksichtigen müssen, um die hier und im Schrifttum diskutierten Abgrenzungsfragen zu vermeiden.

Nach der **neuen Richtliniendefinition** haben Geschäftsgeheimnisse bestimmte **kumulative Kriterien** aufzuweisen. Es handelt sich dabei um Informationen, die »weder in ihrer **Gesamtheit noch** in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile« den damit üblicherweise befassten Personen und Kreisen (wohl Fachleute gemeint) **allgemein bekannt oder zugänglich** sind. Damit sind solche Informationen als geheim anzusehen.⁸⁹ Sie haben Gegenstand **angemessener Geheimhaltungsmassnahmen** durch die Person zu sein, welche die rechtmässige Kontrolle über die Informationen besitzt.⁹⁰

Solchen Informationen kommt **kraft ihrer Geheimniseigenschaft ein kommerzieller Wert** zu.⁹¹ Den Erwägungsgründen zufolge werden insbesondere »wertvolles Know-How«⁹², Geschäftsdaten, wie Kundeninformationen oder Lieferanten, Businesspläne, etc. erfasst. Durch das weite Spektrum möglicher schutzwürdiger Informationen, ist eine abschliessende Aufzählung hier – wie auch im Richtlinienext – schlicht unmöglich; immerhin wird klargestellt, dass die Schaffung eines verstärkten Geheimnisschutzes als eine Ergänzung bzw Alternative zu Rechten des geistigen Eigentums geschaffen wurde.⁹³ Der kommerzielle Wert eines Geschäftsgeheimnis kann möglicherweise in einer »Vorreiterrendite« bestehen, die durch eine innovative (geheime) Geschäftsidee erwirtschaftet werden könnte.⁹⁴ Die Preisgabe einer solchen Information könnte folglich mit dem Verlust der Innovationsstellung des betroffenen Unternehmens und der kalkulierten Vorreiterrendite und damit verbundenen Schädigung einhergehen.

Zwar liessen sich auch Informationen über rechtswidrige Geschäftspraktiken der Legaldefinition unterordnen, jedoch ergäbe sich daraus eine systemwidrige Unterschützstellung, die etwa im Kapitalmarktrecht etablierten Hinweisgebersystemen (»Whistle-Blowing«) zuwiderliefe. Der Unionsgesetzgeber hat jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es nicht Zweck und Ziel der Geheimnisschutz-RL ist, Whistleblowing-Aktivitätä-

81 Brühann in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht⁷, Art 339 AEUV, Rz 14.

82 Etwa Kellerbauer in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht⁷ (2015), Art 28 VO 1/2003/EG, Rz 8.

83 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 VO 139/2004/EG, ABl C 2005/325, 7, Punkt 3.2.

84 Dabei ist anzumerken, dass die ins Treffen geführte Kommissionsmitteilung nicht explizit vom Berufsgeheimnis spricht, sondern als Überbegriff von »vertraulichen Informationen«, die bei systematischer Betrachtung unter Bezugnahme auf den allgemeinen (und nicht bloss auf das unionsrechtliche Wettbewerbsrecht abstellenden) Art 339 AEUV als Berufsgeheimnisse zu verstehen sind.

85 Siehe EFTA-Überwachungsbehörde, Beschluss 18.02.2004 15/04/KOL, ABl 2006/154, 27, Punkt. 9 C.3, 2.

86 Jaeckel, Das Recht der Europäischen Union (64. EL Mai 2018), AEUV, Art 339, Rz 19–23; Brühann in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht⁷ (2015), Art 339 AEUV, Rz 14; Berglez in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 339 AEUV (2013), Rz 16, mwN.

87 Siehe Brühann in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht⁷ (2015), Art 339 AEUV, Rz 14.

88 GeschäftsgeheimnisRL ErwG 14.

89 GeschäftsgeheimnisRL Art 2 Z 1 lit a.

90 AaO Art 2 Z 1 lit c; vgl Kalbfus, Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen nach der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie, GRUR-Prax 2017, 391.

91 GeschäftsgeheimnisRL, Art 2 Z 1 lit b.

92 AaO ErwG 1.

93 AaO ErwG 2.

94 AaO ErwG 4.

ten einzuschränken. Rechtswidrige Geschäftspraktiken, an denen freilich ein öffentliches Offenlegungsinteresse besteht, können somit nicht Inhalt eines Geschäftsgeheimnisses im Sinne der hier behandelten Richtlinie sein.⁹⁵ Gleiches gilt für das Berufsgeheimnis.

Hinsichtlich des kommerziellen Wertes, der geheimen Informationen beizumessen ist, sind die Richtlinienbestimmungen mit den Ausführungen im *Baumeister* Erkenntnis weitestgehend kongruent (in dem ja auch explizit auf Geschäftsgeheimnisse abgestellt wird⁹⁶). Auch dort wird auf die wirtschaftliche Bedeutsamkeit der (geheim gehaltenen) Information abgestellt; Anders als in Legaldefinition der Geschäftsgeheimnis-RL wurde vom EuGH jedoch für wesentlich erachtet, dass die Weitergabe (der geheimen Information) die Gefahr einer Interessenbeeinträchtigung bedeuten könnte⁹⁷.

Klar ist auch, dass nach der Konzeption der hier behandelten Geheimnisschutzbestimmungen, das von Organen und Organwaltern der Aufsichtsbehörden zu wahrende Berufsgeheimnis und Geheimnispflicht, als Amtsgeheimnis zu verstehen ist,⁹⁸ da sie durch Aufsichts- bzw Amtstätigkeit in Erfahrung gebracht werden (siehe auch Punkt VIII.).⁹⁹ Daraus ergeben sich weitere nationale graduelle Unterscheidungen; so steht etwa in Österreich die Amtsverschwiegenheit in Verfassungsrang¹⁰⁰, in sämtlichen anderen EWR-Staaten hingegen nicht (eine genauere Ausführung dazu wird hier jedoch nicht vorgenommen).

VII. Geheimhaltungsinteressen als Tatbestandskorrektiv zur Prüfung des Geschäftsgeheimnisses

Die Legaldefinition des Geschäftsgeheimnis erkennt im – unterschiedlich gestalteten privaten bzw unternehmerischen – Geheimhaltungsinteresse von Geschäftsgeheimnissen augenscheinlich kein ausdrücklich vorgesehenes Tatbestandselement.¹⁰¹ Das erscheint zunächst problematisch. Zwar wird für (zivil)gerichtliche Verfahren in der GeschäftsgeheimnisRL eine Interessenab-

wägung ausdrücklich angeordnet¹⁰², nicht jedoch auch explizit für Verwaltungsverfahren. Die ein Geheimhaltungsinteresse (vermeintlich) nicht berücksichtigende Legaldefinition könnte im Bereich öffentlicher Informationszugangsrechte (aufgrund deren unterschiedlicher nationaler Ausgestaltung) ein Problemfeld eröffnen. Etwa wenn eine Interessenabwägung in den Verwaltungsbestimmungen (zB Informationsfreiheitsgesetz, oä) nicht ausdrücklich angeordnet wäre.¹⁰³

Mit zu bedenken ist hierzu das europäische Primärrecht, wonach Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse dem Schutzbereich von Art 16 GRC (»unternehmerische Freiheit«) zugeordnet werden.¹⁰⁴ Diese Freiheit gilt nicht unbegrenzt. Auch sie unterliegt der allgemeinen Schrankenregelung nach Art 52 Abs 1 GRC. Ein Eingriff in die »unternehmerische Freiheit« steht demnach unter einfachem Gesetzesvorbehalt, dh Einschränkungen bzw Verletzungen von Geschäftsgeheimnissen (dh Offenlegungsfälle) bedürfen einer einfachgesetzlichen Grundlage.¹⁰⁵ Das Fehlen einer Abwägungsanordnung zwischen Informationszugangsrecht einerseits und Geheimnisschutz andererseits würde Verwaltungsbehörden vor erhebliche Probleme in der Rechtsanwendung stellen.

Dieses Problem lässt sich lösen, indem unter Zuhilfenahme der voranstehend behandelten einschlägigen Rechtsprechung des EuGH zu Berufsgeheimnissen¹⁰⁶ in (privaten) Geheimhaltungsinteressen jedoch ein **ungeschriebenes** Tatbestandselement erkannt wird, das als Tatbestandskorrektiv einem zu weitgehenden Schutzbereich entgegen wirkt.¹⁰⁷ Für die Annahme eines vom Richtlinientext implizierten Geheimhaltungsinteresses spricht das dritte Legalkriterium, das Vorliegen **angemessener Geheimhaltungsmassnahmen**, durch die Person, welche die rechtmässige Kontrolle über die Informationen besitzt¹⁰⁸. Freilich unterliegen lediglich Informationen solchen »Massnahmen«, die der Inhaber beabsichtigt geheim zu halten bzw die niemand sonst bekannt werden sollen. MaW: Wenn kein Interesse an der Geheimhaltung besteht, werden keine Geheimhaltungsmassnahmen getroffen.

95 Vgl aaO ErWG 20.

96 EuGH 18.06.2018, C-15/16, *Baumeister/Bafin* Rz 52–54, 57.

97 Vgl aaO Rz 33.

98 Vgl *Brühann* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*⁷, Art 339 AEUV, Rz 13; *Berglez* in Mayer/Stöger (Hrsg), *EUV/AEUV Art 339 AEUV*, Rz 15.

99 Vgl *Brühann* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), *Europäisches Unionsrecht*⁷, Art 339 AEUV, Rz 13; für die österreichische Rechtslage siehe *Schimka* in Weiling, *Kommentar ZaDiG* (2017), § 62 Rz 2, wonach Mitarbeiter der FMA »bereits gem Art 20 Abs 3 B-VG sowie § 14 Abs 2 FMABG (...) zur Wahrung der Amtsverschwiegenheit« verpflichtet sind.

100 Siehe Art 20 Abs 3 Bundesverfassungsgesetz, ÖBGBI 1930/1.

101 *Goldhammer*, Geschäftsgeheimnis-Richtlinie und Informationsfreiheit, NVwZ 2017, 1810.

102 GeschäftsgeheimnisRL, Art 11 Abs 2 lit e bis g.

103 *Goldhammer*, Geschäftsgeheimnis-Richtlinie und Informationsfreiheit, NVwZ 2017, 1812.

104 *Wollenschläger* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, *Europäisches Unionsrecht*⁷, GRC, Art 16, Rz 8 (mwN).

105 *Wollenschläger* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, *Europäisches Unionsrecht*⁷, GRC, Art 15, Rz 34.

106 Vgl EuGH 19.06.2018, C-15/16, *Baumeister/BaFin* Rz 33.

107 Vgl *Goldhammer*, Geschäftsgeheimnis-Richtlinie und Informationsfreiheit, NVwZ 2017, 1812.

108 GeschäftsgeheimnisRL, Art 2 Z 1 lit c; vgl *Kalbfus*, Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen nach der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie, GRUR-Prax 2017, 391.

Für die Heranziehung berechtigter (Geheimhaltungs)interessen als Tatbestandskorrektiv¹⁰⁹ spricht auch der dem »effet utile« immanente Zweckmässigkeitsgedanke, um dem Geschäftsgeheimnisschutz die in der RL beabsichtigte möglichst einheitliche (»homogene«) Bedeutung zukommen zu lassen. Eine überschüssende Regelung war zudem gerade nicht vom Unionsgesetzgeber intendiert.¹¹⁰

Das Geheimhaltungsinteresse erscheint als Tatbestandskorrektiv auch hinsichtlich der möglichen »Verjährung« von Geschäftsgeheimnissen bedeutsam: Die GeschäftsgeheimnisRL trifft im Unterschied zur Judikatur des EuGH keine Klarstellung darüber, nach welchem Zeitpunkt davon auszugehen ist, dass bestimmte Informationen ihre Vertraulichkeit verlieren (können).¹¹¹

Während laut GeschäftsgeheimnisRL Informationen einen kommerziellen Wert kraft ihrer Geheimniseigenschaft haben, lassen die finanzmarkt- und wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen zum Berufsgeheimnis nach gefestigter Judikatur des EuGH eine Auslegung zu, wonach Informationen nach Zeitablauf ihre Vertraulichkeit und damit Schutzwürdigkeit verlieren. Aufgrund schwindender Aktualität sind sie nicht länger von wirtschaftlicher Bedeutung. Daraus resultiert auf den ersten Blick ein Wertungswiderspruch zwischen EuGH-Judikatur und Richtlinienbestimmung. Dieser Wertungswiderspruch ist im Behördenverfahren nur durch Vornahme einer Interessenabwägung zu lösen. Es wirkt dahingehend als Tatbestandskorrektiv: Wenn an einem Geschäftsgeheimnis kein weiteres berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht, ist es auch nicht länger vertraulich zu behandeln.

Die Bemühung ein Geheimhaltungsinteresses als ungeschriebenes normatives Tatbestandskorrektiv heranzuziehen, dürfte auf den Bereich nationaler Informationszugangsrechte beschränkt bleiben, die keine Abwägungsanordnung vorsehen.¹¹² Denn das Unionsrecht sieht im Zusammenhang öffentlich-rechtlichen Informationszugangs, eine Abwägung öffentlicher und privater Offenlegungs- bzw Geheimhaltungsinteressen explizit vor.¹¹³

VIII. Relevanz der GeschäftsgeheimnisRL für Aufsichtsbehörden

Ausgehend von dem vorangehend aufgezeigten differenzierten Begriffsverständnis von Berufs- und Geschäftsgeheimnissen ergibt sich die Frage, ob die GeschäftsgeheimnisRL für (Finanz)Aufsichtsbehörden einschlägig bzw anzuwenden ist?

Wenn – wie hier – der in AEUV, GeschäftsgeheimnisRL und im finanzmarktrechtlichen Sekundärrecht vorgesehene Geheimnisschutz verglichen werden soll, darf ua der vom Gesetzgeber vorgesehene Adressatenkreis nicht ausgeklammert werden. Die GeschäftsgeheimnisRL soll vorrangig harmonisierten (zivil)rechtlichen (Mindest)Schutz von Geschäftsgeheimnissen bieten und den von einer Verletzung Betroffenen (*inter privatos*) entsprechende Rechtsbehelfe verschaffen.¹¹⁴

Ausdrücklich nicht von der GeschäftsgeheimnisRL berührt werden Vorschriften, welche aus Gründen des öffentlichen Interesses die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen gebieten oder solche Vorschriften, wonach Behörden die Offenlegung von durch Unternehmen vorgelegte Informationen gestattet wird.¹¹⁵

Des Weiteren gilt der Erwerb, die Nutzung oder die Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen dann als rechtmässig, wenn diese durch Unionsrecht oder nationales Recht vorgesehen sind.¹¹⁶

MaW: die nach den finanzmarktrechtlichen Bestimmungen vorgesehenen Offenlegungs- bzw Geheimhaltungspflichten gegenüber der Öffentlichkeit bzw Behörden und Gerichten werden prinzipiell durch die GeschäftsgeheimnisRL nicht betroffen.

Dennoch ist die Frage, ob durch den von der GeschäftsgeheimnisRL beabsichtigten Geheimnisschutz auch behördenseitig zu berücksichtigende Verschärfungen des Geheimnisschutzes eintreten, nach hier vertretener Ansicht berechtigt. Verschärfungen sind dem Richtlinienwortlaut (auch ausserhalb des Zivilrechts) zufolge möglich, da es den Mitgliedsstaaten freisteht, weitergehenden Schutz vorzusehen;¹¹⁷ allerdings bedingt hier ggfs bereits das Unionsrecht eine strengere Geheimhaltungsvorschrift, deren verpflichtende behördenseitige Wahrung anzunehmen wäre, wenn ein Geschäftsgeheimnis in Form eines Amtsgeheimnisses

109 Goldhammer, Geschäftsgeheimnis-Richtlinie und Informationsfreiheit, NVwZ 2017, 1812.

110 GeschäftsgeheimnisRL, ErWG 14, 21.

111 Eine zeitliche Komponente ergibt sich lediglich aus Art 8 Abs 2 GeschäftsgeheimnisRL, wonach der Unionsgesetzgeber eine höchstens sechsjährige Verjährungsfrist für Ansprüche vorgibt, die aus einer Verletzung von Geheimhaltungspflichten resultieren.

112 Vgl die von Goldhammer behandelten Abgrenzungsfälle (FN 107).

113 Vgl bspw VO 1049/2001/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (TransparenzVO), ABl L 2001/145, 43, Art 4 Abs 2; RL 2003/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.11.2003 über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (PSI-RL), ABl L 2003/345, 90, Art 1

Abs 3; RL 2003/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.01.2003 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen und zur Aufhebung der RL 90/313/EWG des Rates (UI-RL), ABl L 2003/41, 26, Art 4 Abs 2 lit d.

114 GeschäftsgeheimnisRL, ErWG 10.

115 AaO Art 1 Abs 2 lit b und c.

116 GeschäftsgeheimnisRL, Art 3 Abs 2.

117 Vgl dazu GeschäftsgeheimnisRL, Art 1 Abs 1 S 2; Goldhammer, Geschäftsgeheimnis-Richtlinie und Informationsfreiheit, NVwZ 2017, 1811.

auftritt (wie es bei von Aufsichtsbehörden gehaltenen Informationen anzunehmen ist, siehe Punkt VI.).

Der Zweck der Wahrung der als Amtsgeheimnis von den Behörden zu berücksichtigender Berufs- oder Geschäftsgeheimnisse dient sowohl der Wahrung des Vertrauens in die Amtstätigkeit von Behörden, als auch dem Schutz privater Interessen. Eine Behörde wird dann (zwingend) mittelbar als Interessenwahrerin von Parteien und anderen von einer Offenlegung potentiell Betroffenen tätig, deren sensible private Daten von den Behörden geheim zu halten sind. Im Dreiecksverhältnis zwischen Informationswerber, Behörde und Betroffenen, können dabei Sachverhaltskonstellationen auftreten, in denen betroffene Unternehmen im Unwissen darüber sind, dass eine Behörde über entsprechende als Berufsgeheimnis bzw Geschäftsgeheimnis zu würdigende Informationen verfügt (bspw bei Informationsübermittlung im Wege der Amtshilfe oder wenn die Behörde originär Informationen erstellt, wie Sachverständigengutachten)¹¹⁸. In Fällen, in denen Geschäftsgeheimnisse von Behörden gehalten werden, darf sie das (private) Geheimhaltungsinteresse bei Prüfung einer möglichen Offenlegung nicht ignorieren. Geschäftsgeheimnisse umfassen besonders sensible Informationen, da bereits bei deren Preisgabe ein potentieller Schaden für von einer Offenlegung betroffene Unternehmer eintreten kann. Daher hat die Behörde zwangsläufig einen strengeren Prüfmasstab anzulegen. Behelfsmässig werden sich deshalb wohl auch Behörden an der neuen Legaldefinition zu orientieren haben.

Die Legaldefinition der GeschäftsgeheimnisRL wirkt somit mittelbar auf Fälle, in denen Informationsansprüche gegenüber Behörden geltend gemacht werden und wird daher von den Aufsichtsbehörden zu berücksichtigen sein.

IX. Verbindlichkeit der Erkenntnisse für Liechtenstein

Das nach der MiFID II vorgesehene Berufsgeheimnis fügt sich in ein komplexes Gefüge aus völker- und unions- bzw EWR-rechtlichen, als auch nach dem nationalen liechtensteinischen Recht vorgesehenen Transparenz- und Geheimhaltungsbestimmungen, ein.

Die GeschäftsgeheimnisRL zählt derzeit weder zum EWR-Rechtsbestand, noch wurde sie durch autonome Rechtsübernahme ins liechtensteinische Recht implementiert. Demgegenüber gehören sowohl MiFID II als auch CRD IV aufgrund autonomer dynamischer Rechts-

übernahme¹¹⁹ ins Vermögensverwaltungsgesetz¹²⁰ bzw ins Bankengesetz¹²¹ (und an anderer Stelle) – trotz ausstehender Aufnahme in das EWR-Abkommen¹²² – zum liechtensteinischen Rechtsbestand. Dadurch entfalten die Richtlinien, und die von ihnen vermittelten Schutzgarantien, Rechtsverbindlichkeit in Liechtenstein.

Eine Bindungswirkung der Judikatur des EuGH besteht nach gängiger im Schrifttum vertretener Ansicht für Liechtenstein zwar nicht. Es sprechen aber gute Gründe dafür, dass sich sowohl StGH als auch EFTA-Gerichtshof an der dynamischen europäischen Entwicklung orientieren und in ihre Erwägungen zumindest einbeziehen.¹²³ Nach *Baudenbacher* bedeutet das jedoch nicht, dass der EFTA-GH in jedem Fall der Rspr des EuGH folgt. Vielmehr hat er das Recht und die Pflicht, unabhängig zu prüfen, ob der EuGH-Judikatur entsprochen wird oder nicht.¹²⁴ Es besteht im Sinne prozeduraler Homogenität ein beiderseitiges Interesse der Gerichtshöfe, sich bei der Interpretation des Unionsrecht vice versa an der vorhandenen Judikatur zu orientieren und ggfs im Rahmen judiziellen Dialogs zu bereinigen.¹²⁵

Die eingangs behandelten EuGH-Entscheidungen dürften damit zumindest von den EFTA-Behörden und -Gerichten mitberücksichtigt werden, sofern Auslegungsfragen über die Reichweite des von der FMA zu wahrenen Geheimnisschutzes aufkommen sollten. Jedenfalls verlangt die MiFID II für den grenzüberschreitenden Informationsaustausch mit Drittländern, dass die ausländischen Behörden zu gewährleisten haben, »dass die übermittelten Informationen zumindest in dem in Art 76 vorgeschriebenem Umfang dem Berufsgeheimnis unterliegen«¹²⁶. Art 76 (und auch Art 88) MiFID II sowie Art 53 Abs 1 CRD IV stellen jedenfalls kein Hindernis dar, wenn die Übermittlung vertraulicher Informationen zur Erfüllung der Aufgaben der nationa-

119 Vgl *Jenni*, Dynamische Rechtsübernahme, NZZ 276/01, 21.

120 Gesetz vom 25. November 2005 über die Vermögensverwaltung (VVG), LGBL 2005/278.

121 Gesetz vom 21. Oktober 1992 über die Banken und Wertpapierfirmen (BankG), LGBL 1992/108.

122 Der Entwurf der Entscheidung des Gemeinsamen Ausschusses zur Aufnahme der RL in das EWR-Abkommen wurde am 01.12.2017 an die Kommission übermittelt <<http://www.efta.int/eea-lex/32014L0065>> (30.08.2018).

123 So jedenfalls für die Grundrechtsentwicklung eindeutig zu bestätigen; vgl StGH 27.10.2014, 2014/061, 4.4.3, zur Frage der Reichweite des Grundrechtsschutzes von Verfahrensgarantien, wonach »die Gewährleistung des Art 47 Abs 3 GRC als Ausdruck eines sich dynamisch entwickelnden europäischen Standards mit in die Erwägungen einzubeziehen (ist)«.

124 *Baudenbacher*, Grundfreiheiten und Grundrechte im EWR-Recht, 780.

125 *Baudenbacher*, Der EFTA-Gerichtshof ist unabhängig, NZZ 2018 vom 26.07.2018 <<https://www.nzz.ch/meinung/wie-un-abhaengig-ist-der-efta-gerichtshof-ld.1398959>> (abgerufen am 15.10.2018).

126 Siehe MiFID II RL 2014/65/EU ABL L 2014/173, 349, Art 88 Abs 1.

118 *Goldhammer*, Geschäftsgeheimnis-Richtlinie und Informationsfreiheit, NVwZ 2017, 1813.

len und europäischen Aufsichtsbehörden erforderlich sind.¹²⁷

Ungeachtet dessen, gestaltet sich der Geheimnisschutz unter Berücksichtigung der liechtensteinischen Verfassungsrealität noch komplexer. Nach Art 32 Abs 1 LV ist das Brief- und Schriftengeheimnis als verfassungsrechtlich gewährleisteter Schutzbereich anerkannt.¹²⁸ Sein Schutzbereich ist nach Judikatur des StGH mit Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat und Familienlebens, das auch den Schutz privater und geschäftlicher Korrespondenz erfasst) gleichzusetzen.¹²⁹ Damit ist nach der hier vertretenen Ansicht wohl auch das Berufsgeheimnis erfasst. Dafür spricht bereits – ohne sich in einem weitreichenden Analogieschluss zu vergehen – die Rspr des StGH, wonach das Bank(kunden)geheimnis »als Teilgehalt des grundrechtlichen Anspruches auf Geheim- und Privatsphäre gemäss Art 32 LV geschützt ist«¹³⁰. Gleiches muss wohl insbesondere für amtswegig zu berücksichtigende (Berufs)geheimnisse gelten. Wenn dem Schriftengeheimnis in der liechtensteinischen Judikatur ein extensiver Bedeutungsgehalt beigemessen wird, ist auch dem (das Bankgeheimnis miterfassenden) Berufs- und Geschäftsgeheimnis eine verfassungsrechtliche Schutzdimension zu unterstellen; eine solche wäre – auch wenn weitere grundrechtliche Ausführungen dazu an dieser Stelle vorbehalten bleiben – jedenfalls nicht schrankenlos. Eine Beschränkung ist – im Umkehrschluss zu einem extensiv auszulegenden Berufsgeheimnis – nur in eng begrenzten Fällen bzw restriktiv möglich. Immerhin können der Geheimhaltung berechnete Offenlegungsansprüche entgegenstehen. So gebietet die in Liechtenstein etablierte Interessentheorie, im Falle von zwischen Privaten geltend gemachten Auskunftsbeghären, eine Abwägung zwischen Offenlegungs- und Geheimhaltungsinteressen.¹³¹ Für Behörden ist diese gesetzlich angeordnet: Denn bereits auf einfachgesetzlicher Grundlage räumt das liechtensteinische Recht die Möglichkeit ein, dass an Behörden, Ämter und Gerichte Informationsanfragen gerichtet werden können; die Rede ist grundsätzlich von »amtlichen Unterlagen«. Dementsprechend wird wohl auf das gesamthafte (hoheitliche) Staatshandeln abgestellt. Solche als Akteneinsichtsrechte bzw im Wege formloser Anfragen¹³² mögliche, staatsgerichtete Infor-

mationsbeghären sind prinzipiell Personen zugänglich, die ein »berechtigtes Interesse« geltend machen können. Damit sind in erster Linie natürlich Verfahrensparteien erfasst, deren berechtigtes Interesse bereits kraft entsprechender materieller Anspruchsgrundlage anzunehmen ist.¹³³

Nur eingeschränkt liegt Rspr zur Frage vor, inwieweit auch anderen nicht verfahrensbeteiligten Personen ein »Akteneinsichtsrecht« nach Art 29 Abs 1 Informationsgesetz gebührt. Zumindest wurde in einer rezenten Entscheidung des VGH klargestellt, dass »(b)eim Begriff des ›berechtigten Interesses‹ ein grosszügiger Massstab anzulegen« ist; freilich gilt das Recht auf Einsicht in amtliche Unterlagen nicht vorbehaltlos.¹³⁴ In Zusammenschau mit der vergleichsweise älteren Judikatur des StGH war nach Vornahme einer Interessenabwägung bei Bestehen eines Geschäftsgeheimnisses ein überwiegendes (privates) Interesse an der Geheimhaltung zu erkennen.¹³⁵ Das entspricht auch dem Wortlaut von Art 31 Abs 2 lit c Informationsgesetz¹³⁶, wonach bei Bestehen eines Geschäfts- und Berufsgeheimnisses ein privates Interesse auf Geheimhaltung überwiegt.

Spezialgesetzlich bestehen auf Grundlage des Finanzmarktaufsichtsgesetzes besondere Akteneinsichtsrechte für Informationsinhaber und »betroffene Personen«; darüber hinaus sieht das FIUG als weitergehende spezialgesetzliche Grundlage vor, dass gegenüber der FIU formlose Anfragen nach Art 29 Informationsgesetz nicht möglich sind.¹³⁷

Da das liechtensteinische Recht eine Legaldefinition des Berufs- oder Geschäftsgeheimnisses vermissen lässt und im Rahmen judiziellen Dialogs auf weitestgehenden Gleichklang zwischen Judikatur des EFTA-GH und des EuGH geachtet wird, ist eine Klarstellung bzw Präzisierung auch für Liechtenstein möglich. Eine die jüngere Judikatur des EuGH berücksichtigende (richtlinienkonforme) Auslegung des liechtensteinischen Finanzmarktaufsichtsrechts, unter mittelbarem Einfluss der für das Geschäftsgeheimnis massgeblichen Legaldefinition, würde den von den liechtensteinischen Finanzmarktaufsichtsbehörden zu wahrende Geheimnisschutz unter veränderte rechtliche Rahmenbedingungen stellen.

Letztlich bleibt natürlich zunächst die Verwaltungspraxis der FMA und der nachgeordneten Instanzen abzuwarten, um den Einfluss der hier behandelten

127 Siehe MiFID II RL 2014/65/EU ABl L 2014/173, 349, Art 81 Abs 5; CRD IV RL 2013/36/EU, Art 56.

128 Verfassung des Fürstentums Liechtenstein vom 5. Oktober 1921, LGBl. Nr. 1921/15.

129 Vgl zuletzt StGH 15.03.2016, 2015/026 (entspricht GE 2018, 58); Beck/Kley, Freiheit der Person, Hausrecht sowie Brief- und Schriftengeheimnis in Grundrechtspraxis in Liechtenstein, Rz 6. StGH 31.03.2009, 2008/63, ErWG 9.1; Beck/Kley, aaO Rz 17.

130 Siehe OGH 06.04.2018, 09 CG 2016/353 (GE 2018, 296), 11.19.

131 Sofern eine vertiefte Interessenabwägung nach Art 31 Informationsgesetz indiziert ist, besteht keine Möglichkeit zur Einbringung einer formlosen Anfrage.

133 StGH 20.12.2010, 2010/089 (GE 22014/298).

134 VGH 09.05.2018, 2017/133, Leitsatz (= LES 2018/105); vgl GE 2018/200.

135 StGH 01.03.2010, 2009/107, 4.2.

136 Gesetz vom 19. Mai 1999 über die Information der Bevölkerung (Informationsgesetz), LGBl 1999/159, Art 31 Abs 2 lit c.

137 Gesetz vom 14.03.2002 über die Stabstelle Financial Intelligence Unit (FIU-Gesetz), LGBl 2002/057, Art 11a Abs 4; vgl dazu VGH 10.06.2015, 2015/030 (GE 2015, 144).

Entwicklungen auf EU-Ebene endgültig einschätzen zu können. Für eine Orientierung an der EuGH Rspr spricht, dass Liechtenstein mit der autonomen Rechtsübernahme der MiFID II und der Eigenkapitalrichtlinie Anlegern und Finanzmarktteilnehmern harmonisierte und mit dem EU-Raum gleichwertige rechtliche Rahmenbedingungen gewähren wollte und tatsächlich gewährleistet.

Im Sinne eines abgestuften Geheimnisschutzes wurde auch bereits vom Fürstlichen Obersten Gerichtshof in ständiger Judikatur festgestellt, dass der als Ausdruck des *ordre public* in Liechtenstein zu wahrende (allgemeine) Geheimnisschutz nicht absolut, sondern nur relativ wirke.¹³⁸

Wären Informationsersuchen bzw Anfragen mit einer strengeren Geheimhaltungspraxis im liechtensteinischen Finanzmarktaufsichtsrecht konfrontiert, als es das Unionsrecht neuerlich gebietet, wäre zumindest eine punktuelle Schlechterstellung des Anlegerschutzes anzunehmen.

X. Ergebnisse

Durch die hier behandelten Erkenntnisse werden die Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht zu gläsernen Einrichtungen. Aber es wurden klare Kriterien etabliert, die ein Abgehen vom strikten Geheimnisschutz bedeuten. Die an den Vorlagegegenstand gebundene Rspr des EuGH lässt freilich noch weitere Anwendungsfragen offen¹³⁹: Etwa das Zusammenspiel zwischen finanzmarktrechtlichen Geheimhaltungsgeboten und der durch die EMRK und Grundrechtecharta verbrieften Informationsfreiheit. Eine Entscheidung zur Abwägung finanzmarktrechtlicher Geheimnisschutzbestimmungen und journalistischer Informationsbegehren, liegt damit derzeit (noch) nicht vor.

Die Entscheidungen sind dennoch richtungsweisend: Von einem absoluten Geheimhaltungsgebot ist bei Vorliegen berechtigter Interessen von Einzelpersonen abzugehen, wenn diese nach einzelfallbezogener Interessenabwägung überwiegen. Ein solches Überwiegen ist dann anzunehmen, wenn eine Offenlegung von Informationen und Dokumenten zur Vorbereitung der eigenen (Straf)Verteidigung oder zur Durchsetzung zivil- und handelsrechtlicher Ansprüche erforderlich ist.

Pro futuro wird also einerseits auf die Person des Informationswerbers abzustellen und der Zweck des Informationsersuchens zu berücksichtigen sein.

Des Weiteren ist einer Entscheidung über die Geheimhaltung stets die Art und Beschaffenheit angeforderter Informationen zugrunde zu legen. Etwa ob es sich um unternehmensbezogene Informationen handelt, an denen ein Geheimhaltungsinteresse der Betroffenen bestehen könnte, da eine Offenlegung möglicherweise zum wirtschaftlichen Nachteil des betroffenen Unternehmens gereicht. So ist mitunter zwischen verschiedenen Kategorien an Geheimhaltungsgründen zu unterscheiden, etwa, ob die angeforderte Information gar ein besonders schützenswertes Geschäftsgeheimnis darstellen könnte.

Geheimhaltungsverpflichtungen finden eine weitere Grenze durch Zeitablauf: Nach fünf Jahren ist davon auszugehen, dass auch bislang »vertrauliche Informationen« ihre Aktualität verlieren. Der Gegenbeweis hat durch das von einer Offenlegung betroffene Unternehmen erbracht zu werden. Das bedingt die Durchführung eines eigenen Informationszugangsverfahrens unter Wahrung der Interessen der Betroffenen und eine abschliessende einzelfallbezogene Interessenabwägung. Die Aktualität der angefragten Informationen ist stets zum Zeitpunkt des Informationsbegehrens neu zu beurteilen.

Nach dem nunmehrigen Fallrecht des EuGH tun sich damit klare Anwendungsfälle auf, in denen von bedingungsloser Geheimniswahrung abzugehen sein wird. Ob der solcherart relativierte finanzmarktrechtliche Geheimnisschutz auch in der Praxis gelebt wird, bleibt hingegen abzuwarten.

Jedenfalls dürfte davon auszugehen sein, dass Finanzmarktaufsichtsbehörden ihre Entscheidungen über Informationszugänge einer intensivierten Abwägung zugrunde legen werden, um so den durch die Judikatur geschärften Offenlegungskriterien Rechnung zu tragen.

Korrespondenz:

Mag. Marco Dworschak, Propter Homines
Lehrstuhl für Bank- und Finanzmarktrecht, Universität
Liechtenstein, Institut für Wirtschaftsrecht
Fürst-Franz-Josef-Strasse, 9490 Vaduz, Liechtenstein .
Telefon +423 265 11 11, Direkt +423 265 13 76
Mail: marco.dworschak@uni.li

¹³⁸ OGH 28.09.1992 LES 1993 S 116; OGH Beschluss vom 04.05.2012 11 RS.2010.331, wonach »in abgestufter Weise der Wert der durch den Geheimnisschutz abgeschirmten Information aus der Geheimnissphäre einer Person oder Verbandsperson stet in Beziehung zum Wert ihrer Offenlegung gesetzt werden« müsse.

¹³⁹ Vgl Verfahrensordnung des Gerichtshofs vom 25.09.2012 idFv ABl L 2016/217, 69.