

Dr. André-M. Szesny, LL.M., RA

§ 4 Abs. 3 WpHG: Mitwirkungspflicht trotz Selbstbelastungsgefahr?

Gegenstand des nachfolgenden Beitrags ist das Spannungsverhältnis zwischen den Mitwirkungspflichten von Emittenten und anderen Betroffenen im Aufsichtsverfahren der BaFin auf der einen Seite und dem strafprozessualen Recht, nicht an der eigenen Verurteilung mitwirken zu müssen, auf der anderen. Das Problem ist latent: Es stellt sich immer dann, wenn die BaFin gem. § 4 WpHG wegen „Missständen“ ermittelt, die zugleich auch eine Straftat darstellen können, also beim Verdacht auf ein Insiderdelikt oder eine Marktmanipulation. Am Beispiel der Unterlagenvorlagepflicht nach dem WpHG kommt der Autor zu dem Ergebnis, dass im Finanzmarktaufsichtsrecht gebotene strafprozessuale Schutzinstrumente fehlen. Er fordert ein ausdrücklich geregeltes Vorlageverweigerungsrecht bei Selbstbeziehungsgefahr.

I. Einleitung und Problemaufriss

Die jüngste Finanzmarktkrise hat zu einer lebhaften Diskussion über die Effektivität der Finanzmarktaufsicht geführt. Erst Ende 2009 trafen sich die EU-Finanzminister und einigten sich auf ein neues Europäisches Finanzaufsichtssystem¹. Auch das in Deutschland bei seiner Einführung geradezu umjubelte „integrierte“ (also in der BaFin zentralisierte) Aufsichtssystem² steht knapp acht Jahre später wieder zur Disposition. Teilweise polemisch vorgetragene Kritik an mutmaßlich mangelnder Effektivität der zentralen Aufsichtsinstanz BaFin bei der Verfolgung von Insiderdelikten³, behördeninterne Unregelmäßigkeiten⁴ und schließlich der (Selbst-)Vorwurf, die Finanzkrise nicht vorhergesehen, zumindest aber nicht zu Genüge „gemanagt“ zu haben⁵, führen zu neuen Ideen über eine neue Finanzmarktaufsicht.

Doch bei genauerem Hinsehen darf die BaFin so Einiges. Insbesondere bei Ermittlungen von Verstößen gegen die Insider- und Manipulationsverbote eröffnet ihr die noch recht neue Befugnisnorm des § 4 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG)⁶ weit reichende Ermittlungskompetenzen. Während in Abs. 1 und Abs. 2 präventive Maßnahmen beschrieben sind, regelt Abs. 3 Eingriffsbefugnisse der BaFin bei Anhaltspunkten für bereits eingetretene Missstände. Gemäß § 4 Abs. 3 kann die BaFin von jedermann (etwa dem Emittenten, ihm nahestehenden Unternehmen, Mitarbeitern dieser Unternehmen, Angehörigen von Insidern usw.) Auskünfte über Transaktionen, die Vorlage von Unterlagen und die Überlassung von Kopien verlangen, „soweit dies aufgrund von Anhaltspunkten für die Überwachung der Einhaltung eines Verbots oder Gebots erforderlich ist“⁸. Solche Anhaltspunkte für Ge- und Verbotverstöße enthalten regelmäßig⁹ auch Verdachtsmomente für Straftaten i.S. von § 38 Abs. 1 i. V. mit 14 Abs. 1 oder § 38 Abs. 2 i. V. mit § 20a Abs. 1¹⁰. Es handelt sich insoweit also – anders als die anlassunabhängigen Ermittlungsbefugnisse des § 4 Abs. 1 und Abs. 2 – um *verdachtsabhängige* Beweiserhebungen durch Inpflichtnahme des Betroffenen: Die Anhaltspunkte müssen vorliegen, bevor die BaFin um Auskunft und Unterlagenvorlage ersuchen

kann¹¹. Die Verweigerung der Auskunft oder der Unterlagenvorlage kann mit einem Bußgeld bis zu 50 000 € geahndet werden¹². Tatsächliche Umstände, die den Verdacht einer Straftat begründen oder erhärten, muss die BaFin an die Strafverfolgungsbehörden weiterleiten (§ 4 Abs. 5).

Das Problem liegt auf der Hand: Durch die „vorgeschalteten“ oder gem. § 4 Abs. 5 S. 4 parallel zum Strafverfahren laufenden Ermittlungen der BaFin werden Staatsanwaltschaften und Strafgerichte von den erheblichen Problemen der Sachverhaltsermittlung, die durch die zulässige Nichtmitwirkung des Beschuldigten üblicherweise entstehen, befreit¹³, während sich der Mitwirkungspflichtige durch Befolgung des Auskunfts- und Vorlageersuchen der BaFin ggf. selbst belastet.

Es stellt sich die Frage, ob durch diese Systematik die Schutzprinzipien des Strafprozessrechts im vorgeschalteten¹⁴ oder gem. § 4 Abs. 5 S. 4 parallel laufenden Verwaltungsverfahren ausgehöhlt werden, indem über die gegenüber der BaFin zu erfüllenden Mitwirkungspflichten auch die Staatsanwaltschaft außerhalb der Regelungen der StPO Beweismaterial für die Straftaten nach § 38, aber auch andere kapitalmarktbezogene Delikte des Kern- und Nebenstrafrechts sammelt. Eine solche zwangsweise Durchsetzung von Mitwirkungspflichten könnte insbesondere im Konflikt mit dem Verbot des Selbstbeziehungszwangs (*nemo tenetur se ipsum accusare*) stehen¹⁵, das in sämt-

1 Pressemitteilung „Einigkeit über neue EU-Finanzaufsicht“ des Bundesfinanzministeriums vom 21.12.2009 (www.bundesfinanzministerium.de).

2 Vgl. BT-Drucks. 14/7033, S. 31 f.; BT-Drucks. 14/8017, S. 90; BaFin-Jahresbericht 2002/Teil A, S. 178: „Wenn die Trennlinien auf dem Markt immer mehr verschwinden, können sie nicht durch eine geteilte Aufsicht künstlich am Leben erhalten werden.“

3 Am 16.5.2007 titelte die Süddeutsche Zeitung „Die überflüssigste Behörde der Welt.“

4 Spiegel Online vom 24.11.2009: „Rechnungshof rügt Finanzaufsicht“ (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,663062,00.html>); [manager-magazin.de](http://www.manager-magazin.de) vom 24.11.2006: „Sanio endgültig entlastet“ (<http://www.manager-magazin.de/koepfe/artikel/0,2828,450596,00.html>).

5 Spiegel Online vom 28.5.2009: „BaFin-Präsident räumt schwere Fehler ein“ (<http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,627326,00.html>).

6 §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des WpHG.

7 Näher zur Entwicklung der Finanzmarktaufsichtsstruktur Szesny, Finanzmarktaufsicht und Strafprozess, 2008, S. 2 ff.

8 Zum Umfang des Ersuchens näher Szesny (Fn. 7), S. 40 ff.; *Altenhain*, in: Kölner Kommentar zum WpHG, 2007, § 4 Rn. 115 ff.; *Dreyling/Döhmel*, in: Assmann/Schneider, WpHG, 5. Aufl. 2009, § 4 Rn. 34 ff.; VG Frankfurt, WM 2009, 948; VGH Kassel, WM 2009, 2004 m. abl. Anm. *Schantz*, WM 2009, 2112 ff.

9 Ob Anhaltspunkte i. S. von § 4 Abs. 3 WpHG einem strafrechtlichen Anfangsverdacht entsprechen, ist umstritten. Dafür Szesny (Fn. 7), S. 46 ff.; *Schlette/Bouchon*, in: Fuchs, WpHG, 2009, § 4 Rn. 37; *Rauscher*, Das Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel und seine Kompetenzen bei der Aufklärung von Insiderstraftaten, 1999, S. 99; *Habetha*, WM 1996, 2133, 2140; a. A. *Schröder*, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2008, X 2, Rn. 211; *ders.*, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 2. Aufl. 2010, Rn. 728; *Dreyling/Döhmel* (Fn. 8), § 4, Rn. 33; *Altenhain* (Fn. 8), § 4 Rn. 111.

10 Näher *Ransiek*, DZWir 1995, 53, 54 f.; vgl. auch *Schröder*, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht (Fn. 9), Rn. 743d, der insbesondere dort einen „bestimmten Tatverdacht“ annimmt, „wo es um zurückliegende Verbotverstöße nach §§ 14, 20a WpHG geht“.

11 A. A. *Dreyling/Döhmel* (Fn. 8), § 4 Rn. 33.

12 § 39 Abs. 3 Nr. 1a), Abs. 4.

13 Vgl. *Füllkrug*, MDR 1989, 119.

14 Zu diesbezüglichen praktischen Problemen *Schröder*, NStZ 1998, 552, 555; *Benner*, ZRP 2001, 450; *Sanio*, FAZ v. 5.6.2003, S. 23; *Möller*, WM 2002, 309, 311; *Godenzi*, FP 2008, 61, 65.

15 Zum *nemo tenetur*-Prinzip näher BVerfGE 56, 37, 49; *Kraft*, Das nemo-tenetur-Prinzip, 2002, S. 141 ff.; *Reiß*, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren, 1987, S. 172; *Rogall*, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 59 ff.; *Schneider*, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips auf der Basis eines generalpräventiv-funktionalen Schuldmodells, 1991, S. 28 f.; *Paefgen*, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986, S. 69.

lichen staatlichen Verfahren, also auch im Aufsichtsverfahren nach dem WpHG Geltung beansprucht.

II. Einschränkungen des Auskunfts- und Vorlagezwangs

1. Auskunftsverweigerungsrecht

Der Gesetzgeber hat dieser Problematik durch die Schaffung eines Auskunftsverweigerungsrechts zumindest teilweise Rechnung getragen. Es besteht Einigkeit darüber, dass Auskunftspflichten in staatlichen Verfahren unter den *nemo tenetur*-Grundsatz fallen¹⁶. Auskunftsverweigerungsrechte sollen eine erzwungene Selbstbelastung verhindern¹⁷. Dementsprechend enthält § 4 Abs. 9 ein Verweigerungsrecht für den Fall, dass der Betroffene sich durch die Auskunft einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit selbst bezichtigen würde.

2. Einschränkungen des Zwangs zur Unterlagenvorlage

Anders als bei der Auskunft sieht das WpHG für den Fall, dass sich der Betroffene durch die Unterlagenvorlage in die Gefahr der Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit begäbe, Schutzmechanismen nicht vor. Allerdings liegt die Möglichkeit der Selbstbelastung auch durch die erzwungene Unterlagenvorlage auf der Hand. In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob sich die Selbstbelastungsfreiheit auch auf den Zwang zur Dokumentenvorlage bezieht, und – falls ja – wie das Interesse des Betroffenen, sich nicht selbst belasten zu müssen, auf der einen Seite und ein etwaiges Informationsinteresse Dritter auf der anderen einem angemessenen Ausgleich zugeführt werden kann.

a) Der Meinungsstand

Das BVerfG hat in seinem Gemeinschuldnerbeschluss deutlich gemacht, dass es andere erzwingbare Mitwirkungspflichten, deren Erfüllung zu strafrechtlichen Nachteilen führen kann, für nicht mit der erzwingbaren Aussagepflicht vergleichbar hält. Es handele sich bei jenen Pflichten nicht um aktive Mitwirkungspflichten, sondern lediglich um „passive [...] Duldungs- und Verhaltenspflichten“, die „in die personale Freiheit der Willensentschließung jedenfalls weniger ein[greifen] als die Nötigung, durch eigene Äußerungen strafbare Handlungen offenbaren zu müssen“¹⁸. Diese Abgrenzung der erzwungenen Äußerung von sonstigen Mitwirkungspflichten lässt den Schluss zu, dass der Senat die Unterlagenvorlage nicht zu den von *nemo tenetur* geschützten Mitwirkungsakten zählt.

Auch die Rechtsprechung im Übrigen lehnt ein über das Auskunftsverweigerungsrecht hinausgehendes Mitwirkungsverweigerungsrecht ab¹⁹, weil in der Auskunft ein aktiver Mitwirkungsakt, in der Unterlagenvorlage hingegen nur ein passives Geschehenlassen durch Duldung der Einsichtnahme liege. Hingegen nimmt der EGMR zumindest bezüglich freiwillig angefertigter Unterlagen ein Vorlagenverweigerungsrecht an^{20, 21}.

Soweit das Schrifttum von der Rechtsprechung abweicht, ist die Lage unübersichtlich. Ein Teil stellt die sonstigen Mitwirkungspflichten – auch die Vorlage bereits vorhandener Unterlagen – der Auskunftspflicht gleich²². Vereinzelt wird dabei in Abkehr von der überwiegend vertretenen Differenzierung zwischen aktiven und passiven Verhaltensweisen darauf abgestellt, ob der Wille des Betroffenen lediglich überwältigt (*vis absoluta*) oder aber positiv für die Zwecke gegen ihn

selbst eingespannt wird (*vis compulsiva*)²³. Solange nicht auf die Willensbildung des Betroffenen eingewirkt, sondern lediglich sein entgegenstehender Wille überwunden werde, sei danach der Zwang zur Mitwirkung zulässig²⁴. Es wird also nicht anhand des Mitwirkungsaktes selbst entschieden, sondern anhand des Zwangs, mittels dessen er herbeigeführt werden soll²⁵. Die Ergebnisse beider Varianten dürften dennoch identisch sein²⁶.

Soweit in der Literatur – entweder auf der Grundlage der Einordnung der Mitwirkungspflicht als aktives Handeln oder der Identifikation des Zwangs zur Mitwirkung als willensbeugende Gewalt – davon ausgegangen wird, dass durch den Zwang zur Unterlagenvorlage *nemo tenetur* betroffen ist, werden hieraus unterschiedliche Konsequenzen gezogen: Sautter will das Interesse des Betroffenen an der Verhinderung einer Selbstbelastung dann zurücktreten lassen, wenn die aufzudeckende Straftat nach ihrer Schwere und der Bedeutung einer Verurteilung für die Existenz des Betroffenen nicht ins Gewicht fällt²⁷. Stürmer zufolge müsse dagegen überall dort ein Weigerungsrecht angenommen werden, wo im Rahmen erzwingbarer öffentlich-rechtlicher Aufklärungspflichten weder ein Verweigerungsrecht noch ein Verwertungsverbot ausdrücklich geregelt ist. Dort allerdings, wo das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der „wahren Rechtslage“, an der Aufklärung also, besonders schwer wiegt, sei ein Verwertungsverbot angebracht²⁸. Auch Bittmann/Rudolph nehmen unter Bezugnahme auf den Gemeinschuldnerbeschluss ein Verwertungsverbot an, soweit sich die Mitwirkungspflicht des Schuldners auf etwas bezieht, was geeignet ist, in einem Ermittlungs- oder Strafverfahren Beweis gegen ihn zu führen²⁹.

Gallandi differenziert danach, ob der Schwerpunkt der Ermittlungen im Strafrecht oder im Verwaltungsrecht liegt. Am Beispiel von § 54 KWG unterstellt er, dass zwischen den strafbedrohten Zuwiderhandlungen gegen kapitalmarktrechtliche Ge- und Verbote einerseits und „echter“ (scil.: „schwerer“) Wirtschaftskriminalität andererseits ein qualitativer Unterschied besteht³⁰. Der wegen schweren Kreditbetrugs, Betrugs oder Untreue verfolgte Beschuldigte dürfe nicht gleichgesetzt werden mit einem Verantwortlichen für Bankgeschäfte, der „typischerweise redlich und legal“ handle und nur die speziellen kreditwesensrechtlichen Vorschriften nicht beachte³¹. Werde „nur“ wegen einer Kapitalmarktstraftat ermittelt, dürfe die Unterlagenvorlage verlangt werden. Richte sich die Ermittlung dagegen auf die Aufdeckung schwerer Delikte, dominiere das Strafverfahren, und das Verwaltungs-

16 Vgl. Art. 52 Abs. 5 der Brandenburgischen Verfassung, §§ 55, 115 Abs. 3, 128 Abs. 1 S. 2, 136 Abs. 1 S. 2, 163a Abs. 3 S. 2, 163a Abs. 4 S. 1 und 243 Abs. 4 S. 1 StPO; Art. 14 Abs. 3 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966 (BGBl. II 1973, 1534).

17 Näher Reiß (Fn. 15), S. 193 ff.

18 BVerfGE 56, 37, 42 f.; vgl. BGHSt (GrS) 42, 139, 152 = NStZ 1996, 502, 504.

19 VG Berlin, NJW 1988, 1105 ff.; BVerwG, DÖV 1984, 73, 74; BVerfGE 55, 144, 150; EuGH, 29.6.2006 – C 301/04 P, Rn. 44.

20 EGMR, NJW 2002, 499, 501 f. – J. B./Schweiz.

21 Der Rechtsprechung im Kern folgend Dahs/Wimmer, NJW 1960, 2217, 2218 ff.; Dingeldey, JA 1984, 407, 408; Kühl, JuS 1986, 115, 117; Mäder, Betriebliche Offenbarungspflichten und Schutz vor Selbstbelastung, 1997, S. 103; Nothelfer, Die Freiheit von Selbstbeziehungszwang, 1989, S. 89 ff.; Rogall (Fn. 15), S. 158; Wohlers/Goedenz, AJP 2005, 1045, 1047.

22 Stürmer, NJW 1981, 1757, 1761; Sautter, AcP 161 (1962), 215, 249; Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 83; Gallandi, wistra 1987, 127, 128; Bärlein/Panaris/Rehmsmeier, NJW 2002, 1825, 1828; Altenhain (Fn. 8), § 4 Rn. 165; Schröder, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht (Fn. 9), Rn. 743.

23 Vgl. Keller, Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, 1989, S. 136; Rüping, JR 1974, 135, 139.

24 Grünwald, JZ 1981, 423, 428; vgl. Keller (Fn. 23), S. 136; Reiß (Fn. 15), S. 177 f. unter Hinweis auf die historische Abkehr vom Inquisitionsprozess.

25 Kritisch Mäder (Fn. 21), S. 103.

26 Ebenso Reiß (Fn. 15), S. 177 sowie – aus der Sicht der a. A. – Mäder (Fn. 21), S. 103.

27 Sautter, AcP 161 (1962), 215, 249 ff.

28 Stürmer, NJW 1981, 1757, 1761.

29 Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81, 83.

30 Gallandi, wistra 1987, 127, 129.

31 Gallandi, wistra 1987, 127, 129.

verfahren müsse ruhen. Die Unterlagenvorlage dürfe dann nicht verlangt werden.

*Bärlein/Panaris/Rehmsmeier*³² verlangen ein umfassendes Verweigerungsrecht ab dem Übergang in das bußgeld- oder strafrechtliche Ermittlungsverfahren. Dort, wo die Grenze zum repressiven Bereich überschritten werde, trete ein grundlegender Wechsel in der Rechtslage und den Rechtspositionen beider Seiten ein. Da diese Grenze wegen der Doppelzuständigkeit als Aufsichts- und Verfolgungsbehörde immer unklar bleibe, bestehe ein Verweigerungsrecht, sobald tatsächliche Anhaltspunkte für eine Ordnungswidrigkeit (oder Straftat) vorliegen, also ein Anfangsverdacht bestehe³³.

*Schröder*³⁴ bejaht im parallel zum Bußgeld- bzw. Strafverfahren geführten Aufsichtsverfahren ein Vorlageverweigerungsrecht des sich durch die Vorlage ggf. selbst bezichtigenden Betroffenen. Da es beim Verdacht des Insiderhandels oder der Marktmanipulation um einen konkreten, einzelnen ggf. strafbaren Verbotsverstoß gehe, seien strafprozessuale Grundsätze anzuwenden³⁵. Ermittle die BaFin hingegen, ohne dass bereits ein Straf- oder Bußgeldverfahren geführt wird, bestehe dagegen grundsätzlich kein Vorlageverweigerungsrecht: Die Gefahr der Selbstbelastung im rein aufsichtsrechtlichen Verfahren genüge nicht, die erzwungene Unterlagen Vorlage als Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit anzusehen³⁶. Wenn aber schon im Verwaltungsverfahren ein strafprozessualer Anfangsverdacht bestehe, was insbesondere bei in der Vergangenheit liegenden Verbotsverstößen gem. §§ 14, 20a der Fall sei, müsse der Betroffene ihn belastende Unterlagen nicht vorlegen, wenn die BaFin ihn aufsichtsrechtlich (und damit im „falschen“ Verfahren) hierzu auffordere³⁷.

b) Eigene Position

aa) Zur Anwendung des nemo tenetur-Prinzips auf die erzwungene Unterlagen Vorlage

Die ablehnende Haltung der Rechtsprechung und eines Teils der Literatur gegenüber der Einbeziehung von Vorlagepflichten in den Schutzbereich von *nemo tenetur* beruht vor allem auf der Annahme, dass die Vorlage von Unterlagen als lediglich passive Duldung der Einsichtnahme nicht denselben Menschenwürdebezug aufweise wie die aktive mündliche oder schriftliche Auskunft³⁸. Sofern man der Differenzierung zwischen aktiven und passiven Verhaltensweisen überhaupt zustimmen mag³⁹, ist die Einordnung der Unterlagen Vorlage als lediglich passiver Akt durchaus zweifelhaft. Die Vorlage ist ein physischer Akt, der mehr ist als die ledigliche Duldung der Einsichtnahme⁴⁰. Sie geht der Einsichtnahme durch die BaFin-Beamten voraus; ohne sie wäre die Einsichtnahme jedenfalls in solche Dokumente, die der BaFin nicht ohne Weiteres zugänglich sind oder deren Existenz ihr unbekannt ist, nicht möglich, solange sie nicht im Rahmen einer (strafprozessualen) Durchsuchung aufgefunden werden. Die Unterlagen Vorlage bringt deshalb auch immer gleichzeitig die von *nemo tenetur* zweifellos erfasste Preisgabe von Informationen mit sich, nämlich darüber, dass relevante Unterlagen existieren, und gegebenenfalls auch, wo sich diese befinden. Sie ist daher insgesamt als aktives Mitwirkungsverhalten zu qualifizieren, das selbst nach den von der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Literatur aufgestellten Grundsätzen unter den *nemo tenetur*-Satz zu subsumieren wäre: In der Unterlagen Vorlage liegt ein unvertretbarer Mitwirkungsakt, der allein vom Betroffenen vorgenommen werden kann, weil er die Kontrolle über die Dokumente hat. Die Unterlagen Vorlage bringt für den Betroffenen also nicht lediglich das Risiko einer ungünstigen Tat-

sachenwürdigung mit sich⁴¹. Vielmehr trägt der Betroffene auch bei der Unterlagen Vorlage den für die Selbstbezichtigung entscheidenden Teil selbst bei. Schon daraus folgt, dass der *nemo tenetur*-Grundsatz auf die Unterlagen Vorlage anzuwenden ist.

bb) Analyse des einfachgesetzlichen Umfeldes der Unterlagen Vorlage nach WpHG

Nahrung findet diese Argumentation darin, dass der Gesetzgeber, wenn auch nur sporadisch, im Wirtschaftsverwaltungsrecht bereits Vorlageverweigerungsrechte für den Fall der Selbstbezichtigungsgefahr geregelt hat (§ 22 Abs. 1 S. 2 ArbSchG und § 342b Abs. 4 S. 2 HGB). Und auch die Konzeption des Strafverfahrensrechts sieht entsprechende Schutzinstrumente vor: Der Beschuldigte muss im Strafverfahren Sachen nicht herausgeben, die zum Beweis gegen ihn verwendet werden können⁴², und gegen den nach § 55 StPO Auskunftsverweigerungsberechtigten dürfen Zwangsmittel nach § 95 Abs. 1 StPO mit dem Ziel der Vorlage oder Herausgabe von Beweisgegenständen nicht festgesetzt werden (§ 95 Abs. 2 S. 2 StPO analog)⁴³. Der Beschuldigte kann im Strafverfahren also immer dann, wenn er etwas Belastendes preisgeben würde, die Mitwirkung verweigern – unabhängig davon, ob es um eine Auskunft oder die Herausgabe von Sachen geht⁴⁴. Die StPO ermöglicht gegenüber dem Betroffenen, der sich durch die Vorlage von Unterlagen selbst belasten würde, allein die Durchsuchung und die Einsichtnahme in Papiere gemäß § 110 StPO. Hier wird die Beweisermittlung ohne jegliche erzwingbare Mitwirkung des Beschuldigten betrieben.

In der Unterlagen Vorlage gemäß § 4 Abs. 3 liegt folglich ein Mehr an Selbstbeteiligung, als das Strafverfahren *de lege lata* zulässt⁴⁵. Denn solange das Verwaltungsverfahren der BaFin andauert, ist der Betroffene vorlagepflichtig. In diesem Stadium hat die Staatsanwaltschaft regelmäßig noch keine Ermittlungen gegen ihn aufgenommen, die ihn zum Beschuldigten i.S. des § 95 Abs. 1 StPO qualifizieren⁴⁶ oder die Anwendung des § 95 Abs. 2 S. 2 StPO zulassen. Erst wenn die BaFin die den strafrechtlichen Verdacht begründenden Tatsachen der Staatsanwaltschaft anzeigt, muss der Verdächtige als Beschuldigter behandelt werden⁴⁷. In diesem Zeitpunkt wird er aber die selbstbelastenden Unterlagen bereits vorgelegt haben, so dass die Ausnahme von der Editionsspflicht des § 95 Abs. 1 StPO ihn nicht mehr schützt. Auch der Schutz des Zwangsmittelverbots analog § 95 Abs. 2 S. 2 StPO er-

32 *Bärlein/Panaris/Rehmsmeier*, NJW 2002, 1825, 1828 f.

33 *Bärlein/Panaris/Rehmsmeier*, NJW 2002, 1825, 1829.

34 *Schröder* (Fn. 9), Rn. 743 ff.

35 *Schröder* (Fn. 9), Rn. 743, 743e.

36 *Schröder* (Fn. 9), Rn. 743b f. Diese Differenzierung zwischen den Verfahrensstadien gründet auf der Ansicht *Schröders*, dass die BaFin bereits unterhalb der Schwelle eines strafprozessualen Anfangsverdachts tätig werden könne (vgl. dazu Fn. 9f.), was – selbst wenn man dieser Auffassung näherträte – bei Ermittlungen wegen Verbotsverstößen gegen die §§ 14, 20a in der Praxis auch angesichts der niedrigen Verdachtsschwelle des § 152 Abs. 2 StPO kaum vorkommen dürfte.

37 *Schröder* (Fn. 9), Rn. 743d.

38 Vgl. allein VG Berlin, NJW 1988, 1105, 1107.

39 Kritisch *Verrel*, NStZ 1997, 415, 417; *Reiß* (Fn. 15), S. 171, 176; *Wolfflast*, NStZ 1987, 103, 104.

40 Ebenso *Joecks*, in: *Franzen/Gast/Joecks Steuerstrafrecht*, 7. Aufl. 2009, § 393 Rn. 24.

41 So aber VG Berlin, NJW 1988, 1105, 1107.

42 *Meyer-Göbner*, StPO, 52. Aufl. 2009, § 95 Rn. 5; *Schäfer*, in: *Löwe-Rosenberg*, StPO, 25. Aufl. 2003, 29. Liefg., § 95 Rn. 14; vgl. *Reiß* (Fn. 15), S. 176 ff.

43 OLG Celle, NJW 1963, 406; *Meyer-Göbner* (Fn. 42), § 95, Rn. 10; *Nack*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 6. Aufl. 2008, § 95 Rn. 6; vgl. auch *Schröder* (Fn. 9), Rn. 743, 743e, der § 95 Abs. 2 S. 2 StPO allerdings nicht explizit nennt.

44 Vgl. *Queck*, Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, 2005, S. 206.

45 Ebenso *Gallandi*, wistra 1987, 127, 128 f.; *Stürmer*, NJW 1981, 1757, 1761; *Rogall* (Fn. 15), S. 150 und passim; *Geppert*, in: *FS Spendel*, 1992, S. 655, 675 f.; *Bärlein/Panaris/Rehmsmeier*, NJW 2002, 1825 ff.; vgl. *EGMR*, NJW 2002, 499, 501; *Schröder/Hansen*, ZBB 2003, 113, 120. A. A. VG Berlin, NJW 1988, 1105, 1106 f.; *BVerfGE* 55, 144, 150 f.; *BVerwG DÖV* 1984, 73, 74; offengelassen von *Hartung*, NJW 1988, 1070, 1072.

46 Zur Beschuldigteneigenschaft *Meyer-Göbner* (Fn. 38), Einl. 76 ff.

47 Ebenso *Schröder* (Fn. 9), Rn. 743.

reicht ihn nicht mehr. Das hat zur Konsequenz, dass immer dann, wenn die BaFin zeitlich vor der Staatsanwaltschaft wegen des Verdachts von Verstößen gegen wertpapierhandelsrechtliche Vorschriften ermittelt, die auch straf- oder bußgeldbedroht sind, dem davon Betroffenen weniger Verfahrensrechte zustehen als demjenigen, gegen den die Staatsanwaltschaft sofort – mit oder ohne Zuhilfenahme der BaFin – ermittelt. Denn gegen ihn ist im Verwaltungsverfahren die Anwendung von Zwangsmitteln zur – sich unter Umständen selbstbelastend auswirkenden – Durchsetzung seiner Vorlagepflicht zumindest nicht ausgeschlossen⁴⁸.

Selbst dem Steuerpflichtigen kommt ein intensiverer Schutz vor Selbstbelastung durch Unterlagen zu als dem Betroffenen im finanzmarktaufsichtsrechtlichen Verfahren: Gemäß § 393 Abs. 1 S. 2 AO sind die Androhung⁴⁹ und die Verhängung von Zwangsmitteln gegen den Steuerpflichtigen zur Durchsetzung der ihm obliegenden Mitwirkungspflichten unzulässig, wenn er dadurch gezwungen würde, sich selbst wegen einer von ihm begangenen Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit zu belasten. Da sich das Zwangsmittelverbot nicht nur auf die Auskunft, sondern auf sämtliche in § 90 AO genannten Mitwirkungspflichten bezieht, darf der Steuerpflichtige nicht dazu gezwungen werden, Beweismittel zu nennen geschweige denn diese vorzulegen. Dieses Zwangsmittelverbot gilt nicht erst ab Einleitung des Strafverfahrens, sondern auch dann, wenn der Steuerpflichtige schon vorher gezwungen wäre, sich selbst wegen einer Steuerstraftat oder Steuerordnungswidrigkeit zu belasten⁵⁰. Der Steuerpflichtige kann also, ohne dass überhaupt ein Verfahren gegen ihn eingeleitet oder angedacht ist, die Mitwirkung unterlassen, ohne Verwaltungszwang befürchten zu müssen⁵¹.

Dass im Aufsichtsverfahren nach dem WpHG Anderes gelten müsste, ist nicht ersichtlich: Mit dem Sinn und Zweck der Unterlagenvorlage, „der BaFin im öffentlichen Interesse die Aufklärung von möglicherweise gesetzeswidrigen Sachverhalten zu ermöglichen“, lässt sich die Andersbehandlung des nach WpHG Vorlagepflichtigen im Vergleich zum Beschuldigten im Strafprozess, dem Betroffenen der arbeitschutz- und handelsrechtlichen Ersuchen und dem Steuerpflichtigen jedenfalls nicht rechtfertigen⁵². Denn das allgemeine öffentliche Interesse an der Aufklärung wertpapierhandelsrechtswidrigen (und damit regelmäßig ordnungswidrigen oder strafbaren) Verhaltens i.S. der §§ 14, 20a wiegt nicht schwerer als das Allgemeininteresse an der Strafverfolgung nach den Regeln der StPO bzw. der AO.

cc) Zwischenfazit

Sowohl verfassungsrechtliche Erwägungen als auch die Analyse des einfachgesetzlichen Umfeldes der wertpapierhandelsrechtlichen Unterlagenvorlage führen zu dem Schluss, dass dem gem. § 4 Abs. 3 Vorlagepflichtigen Schutzinstrumente vor Selbstbelastung an die Seite zu stellen sind, die man im WpHG indes vergeblich sucht.

3. Rechtliche Umsetzung des gebotenen Schutzes

Es stellt sich die Frage, wie der demzufolge gebotene Schutz des von Aufsichtsmaßnahmen der BaFin Betroffenen unter Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an der Vermeidung von Missständen auf dem Kapitalmarkt umzusetzen ist. Konkret ist die Entscheidung zu treffen zwischen einem Vorlageverweigerungsrecht bei Selbstbeachtigungsgefahr und einem strafprozessualen Verwertungsverbot des durch die erzwungene Unterlagenvorlage erlangten Beweismaterials.

a) Keine Analogie zu bestehenden Regelungen

Der zur Unterlagenvorlage Verpflichtete kann vor einem Zwang zur Selbstbelastung nicht durch eine entsprechende Anwendung bereits gesetzlich geregelter Verweigerungsrechte geschützt werden. Wortlaut und Systematik des in § 4 Abs. 9 WpHG geregelten Auskunftsverweigerungsrechts lassen eine Analogie nicht zu⁵³. Dazu kommt, dass der Gesetzgeber andernorts bereits Vorlageverweigerungsrechte geschaffen hat, also de lege lata eine Differenzierung zwischen Auskunft- und Vorlageverweigerungsrechten besteht. Aus diesem Grunde ist auch eine verfassungskonforme Auslegung des Auskunftsverweigerungsrechts, um dieses auf die Vorlagepflicht zu erstrecken, ausgeschlossen. Dasselbe gilt für eine entsprechende Anwendung des § 55 StPO⁵⁴. Schließlich wird zurecht darauf hingewiesen, dass dem Gesetzgeber bei der Schaffung der kapitalmarktrechtlichen Straftatbestände die Problematik der „Doppelverfolgung“ – nämlich der verwaltungsrechtlichen einerseits und der strafrechtlichen andererseits – bewusst gewesen sein dürfte⁵⁵, es also an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Aus demselben Grunde verbietet sich auch eine entsprechende Anwendung des Zwangsmittelverbotes des § 95 Abs. 2 S. 2 StPO.

b) Abwägung divergierender Interessen

Ohnehin könnte die analoge Anwendung der vorgenannten Vorschriften dem Betroffenen keinen ausreichenden Schutz gegen Zwang zur Selbstbelastung gewährleisten und gleichzeitig schutzbedürftige Informationsinteressen Dritter angemessen berücksichtigen. Wie ein Ausgleich zwischen den kollidierenden Interessen des Vorlagepflichtigen auf der einen Seite und etwaig bestehenden Aufklärungsinteressen Dritter beziehungsweise der Allgemeinheit auf der anderen erfolgen kann, zeigt das *BVerfG* in seinem Gemeinschuldnerbeschluss auf⁵⁶. Hier stellt sich der *Senat* auf den Standpunkt, dass die Rechtsordnung ein ausnahmsloses Gebot, dass niemand zu Auskünften oder sonstigen Handlungen gezwungen werden darf, durch die er eine von ihm begangene strafbare Handlung offenbart, nicht kenne. Art und Umfang des durch das Persönlichkeitsrecht gewährleisteten Schutzes hingen davon ab, ob und inwieweit andere auf die Information der Auskunftsperson angewiesen sind⁵⁷. Es bestehe deshalb ein Unterschied zwischen einem strafprozessual Beschuldigten und solchen Personen, „die aus besonderen Rechtsgründen rechtsgeschäftlich oder gesetzlich verpflichtet sind, einem anderen oder einer Behörde die für diese notwendigen Informationen zu erteilen. Hier kollidiert das Interesse des Auskunftspflichtigen mit dem Informationsbedürfnis anderer, deren Belange in unterschiedlicher Weise berücksichtigt werden“⁵⁸. Wenn die unterlassene Mitwirkung des Verpflichteten zu Lasten Dritter gehe und die Auskünfte der Erfüllung eines berechtigten Informationsbedürfnisses dienten, sei der Gesetzgeber befugt, die Belange der verschiedenen Beteiligten gegeneinander abzuwägen⁵⁹. Dabei könne die

48 Hartung, NJW 1988, 1070, 1071; vgl. § 56 Abs. 3 Nr. 9 KWG.

49 Joecks (Fn. 40), Rn. 29.

50 Seibel, in: Lippross, Basiskommentar Steuerrecht, 1999, 1. Lfg., § 393, Rn. 7.

51 Freilich bleibt der Finanzbehörde die Möglichkeit der Schätzung, die naturgemäß so vorgenommen wird, dass der – vermeintliche – Steueranspruch des Fiskus in voller Höhe erfüllt wird, dem Steuerpflichtigen jedenfalls aber nicht zum Vorteil gereicht.

52 So aber Schäfer, in: Park (Hrsg.), Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2008, Teil 2, Rn. 32.

53 Insofern zustimmungswürdig VG Berlin, NJW 1988, 1105, 1106; näher Szesny (Fn. 7), S. 92 f. sowie 106; zust. Schröder (Fn. 9), Rn. 743a; a. A. Altenhain (Fn. 8), § 4, Rn. 165.

54 Ebenso Hartung, NJW 1988, 1070, 1071.

55 Hartung, NJW 1988, 1070, 1071.

56 Siehe oben II. 2. a).

57 BVerfGE 56, 37, 45 f.

58 BVerfGE 56, 37, 45.

59 BVerfGE 56, 37, 49; vgl. BGHSt 37, 340, 342.

Selbstbeziehungsfreiheit zurücktreten⁶⁰. Dem *nemo tenetur*-Prinzip sei in diesen Fällen dadurch Rechnung zu tragen, dass die Auskunft in einem folgenden Strafverfahren nicht verwertet werden dürfe⁶¹.

Nach dieser Rechtsprechung ist ein Verweigerungsrecht jedenfalls dann zu verneinen, wenn 1. ein schutzwürdiges Interesse Dritter (oder der Allgemeinheit) an der Information besteht, die der Betroffene wegen drohender Strafverfolgung nicht preisgeben will, und 2. dieses Interesse das Verweigerungsinteresse des Betroffenen überwiegt. Nur dann muss der Betroffene mitwirken und insoweit einen entsprechenden Eingriff in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht hinnehmen.

Die Übertragung dieser Lösung auf § 4 Abs. 3 bedarf zunächst der Identifizierung derjenigen Interessen an der Unterlagen Vorlage, die dem Verweigerungsinteresse des Betroffenen gegenüberstehen könnten: Im Allgemeinen dient die Finanzmarktaufsicht der Schaffung des Vertrauens bei Anlegern und Marktteilnehmern sowie der Stabilisierung des nationalen und internationalen Finanzsystems. Zudem soll sie die Solvenz der Finanzinstitute auch im Kundeninteresse sicherstellen⁶². Das Insiderrecht (§§ 12–16b) soll das Vertrauen des Anlegerpublikums in eine ordnungsgemäße Abwicklung der Wertpapiergeschäfte schützen⁶³ und stärken⁶⁴; darüber hinaus entfaltet es einen überindividuellen Vermögensschutz⁶⁵. Das Verbot der Marktmanipulation (§ 20a) schützt die Zuverlässigkeit und Wahrheit der Preisbildung an Börsen und Märkten⁶⁶ und daneben das Anlegervermögen⁶⁷. Insoweit wird sowohl der Überwachung des Insiderhandels als auch der Bekämpfung der Marktmanipulation eine präventive Funktion zugeschrieben⁶⁸.

Das konkrete Instrumentarium zur Erreichung dieses Ziels hält § 4 bereit: Gemäß § 4 Abs. 1 hat die BaFin Missständen (insbesondere Verbotverstößen⁶⁹) entgegenzuwirken, die die ordnungsgemäße Durchführung des Wertpapierhandels beeinträchtigen können. Ausdrücklich bestimmt § 4 Abs. 2 S. 1, dass die BaFin die Einhaltung der Verbote und Gebote des WpHG überwacht und Anordnungen treffen kann, die zu ihrer Durchsetzung erforderlich sind.

Allerdings weist das verdachtsgebundene aufsichtsrechtliche Instrumentarium des § 4 Abs. 3 der BaFin keine spezifischen Kompetenzen zur Erreichung dieser Präventivziele – der Beseitigung von Gefahren und der Vermeidung von Schäden – zu. Das wertpapierhandelsrechtliche Auskunfts- und Vorlageersuchen richtet sich bei Anhaltspunkten für Verstöße gegen die §§ 14, 20a allein auf bereits abgeschlossene Transaktionen in den Wertpapierkonten der Auftraggeber von Wertpapiergeschäften für eigene und fremde Rechnung sowie auf die Ermittlung etwaiger Hintermänner⁷⁰. Vergeblich sucht man etwa nach einer Befugnis, getätigte Geschäfte rückabzuwickeln, oder anderen typischen Präventiveingriffen wie etwa die in den §§ 35 ff. KWG geregelten Maßnahmen. Das verwundert nicht: Präventivmaßnahmen kommen im Zeitpunkt eines Ersuchens gem. § 4 Abs. 3 bereits deshalb nicht mehr wirksam zum Zuge, weil der zu vermeidende Missstand durch ein Ersuchen gemäß § 4 Abs. 3 erst nach Abschluss des relevanten, die Untersuchung auslösenden Geschäfts aufgedeckt wird⁷¹. Hinweise auf zukünftige verbotene Geschäfte oder Täuschungshandlungen sind den gemäß § 4 Abs. 3 vorgelegten Unterlagen naturgemäß nicht zu entnehmen. Die Präventivwirkung dieser Regelung erschöpft sich in der Verhinderung der dem unzulässigen Geschäft allenfalls reflexartig nachfolgenden Handelsaktivitäten. Insoweit besteht kein Unterschied zu rein strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen. Es drohen weder ein Vertiefungs-

schaden noch weitere konkrete Manipulationshandlungen oder Insidergeschäfte. Bei den Maßnahmen gemäß § 4 Abs. 3 geht es also – anders als etwa bei § 44c Abs. 1 KWG⁷² – letztlich nur noch um die Aufdeckung verbots- und damit ordnungswidrigen oder gar strafbaren Verhaltens⁷³.

In diesem Zeitpunkt besteht kein Allgemeininteresse mehr an der Verhinderung des konkreten Missstands, denn dieser ist bereits eingetreten. Ein polizeirechtliches Präventivziel kann die Beweiserhebung durch Unterlagen Vorlage damit nicht rechtfertigen. Und auch das allein verbleibende staatliche Interesse an der Aufklärung von Straftaten kann dem Verweigerungsinteresse des Pflichtigen nicht entgegengehalten werden. Denn während das Aufsichts- und Verwaltungsrecht dem präventiven Individual- und Allgemeingüterschutz dient und die Erhaltung konkreter Rechtsgüter im Blick hat, was noch ein frühzeitiges und umfassendes staatliches Eingreifen rechtfertigen mag, enthält die „schlichte Konfrontation mit staatlicher Macht im Strafprozess“ keinen derartigen Gemeinschafts- oder Sozialbezug⁷⁴, der es rechtfertigen würde, den Betroffenen selbst oder Dritte für staatliche Zwecke einzuspannen⁷⁵.

c) Schlussfolgerung

Aus diesem Grunde darf die Vorlage von Unterlagen verweigern, wer sich hierdurch in die Gefahr der Strafverfolgung begeben würde. Dies gilt nicht nur für die Dauer eines parallel laufenden Strafverfahrens, sondern bereits im „vorgeschalteten“ Aufsichtsverfahren der BaFin⁷⁶. Mangels gesetzlichen Anknüpfungspunktes für ein solches Recht ist die Aufnahme einer entsprechenden ausdrücklichen Regelung nicht nur wünschenswert, sondern auch verfassungsrechtlich geboten.

Das Vorlageverweigerungsrecht ist auch juristischen Personen zuzubilligen⁷⁷. Die h.M. verneint dies zwar mit dem Hinweis, dass die Selbstbelastungsfreiheit in der Menschenwürde gründe. Dieser Menschenwürdebezug ist indes nicht zwingend. Auch das Rechtsstaatsprinzip, die allgemeine Handlungsfreiheit, das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Recht auf rechtliches Gehör und der *fair trial*-Grundsatz aus Art. 6 Abs. 1 EMRK werden als Begründung des *nemo tenetur*-Prinzips herangezogen⁷⁸. Nimmt man die empfindlichen Konsequenzen in Blick, die ein Strafverfahren bzw. eine Verurteilung

60 Vgl. BVerfGE 56, 37, 49 f.

61 BVerfGE 56, 37, 51.

62 BaFin-Jahresbericht 2002/Teil A, S. 11; ähnlich in Bezug auf das KWG Szagunn/Haug/Ergenzinger, Gesetz über das Kreditwesen, 6. Aufl. 1997, Einleitung S. 67. Zur Möglichkeit der Abwägung eines Allgemeininteresses mit dem individuellen Schweigegüterinteresse Schröder/Hansen, ZBB 2003, 113, 119; vgl. Geppert (Fn. 45), S. 655 ff., 676; Hartung, NJW 1988, 1070, 1071; Gallandi, wistra 1987, 127, 128; Michalke, NJW 1990, 417, 419; Böse, Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung, 2005, S. 213.

63 Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 12/7918, S. 95; Kumpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 16.62.

64 In diese Richtung Schröder (Fn. 9), Rn. 109.

65 Schröder (Fn. 9), Rn. 109 mit dortiger Fn. 179.

66 Fleischer, NJW 2002, 2977, 2979; Vogel, in: Assmann/Schneider (Fn. 8) § 20a Rn. 26.

67 Tripmaker, wistra 2002, 288, 291; Altenhain, BB 2002, 1874, 1875.

68 Carl/Klos, wistra 1995, 10, 13; Rauscher (Fn. 9), S. 88; Dreyling, in: Assmann/Schneider, WpHG, 3. Aufl. 2003, § 16 Rn. 4 sowie § 18 Rn. 2; Dreyling/Döhmel (Fn. 8), § 4 Rn. 2 („gewerbepolizeilicher Aspekt“).

69 BVerfGE 123, 203 ff.; Schröder (Fn. 9), Rn. 720.

70 Dreyling/Döhmel (Fn. 8), § 4, Rn. 20, 33 a. E.; Szesny (Fn. 7), S. 52 f.

71 Böse (Fn. 62), S. 229.

72 Siehe dazu Szesny (Fn. 7), S. 109 ff.

73 Vgl. Begr. des RegE BT-Drucks. 12/6679, S. 42; Dreyling/Schäfer, Insiderrecht und Ad hoc-Publizität, 2001, Rn. 204; Dreyling (Fn. 68), § 16, Rn. 4; Dreyling/Döhmel (Fn. 8), § 4 Rn. 28; Wittich, FAZ v. 21.12.2001, 27.

74 Vgl. Rogall (Fn. 15), S. 147 f.; Geppert (Fn. 45), S. 655 ff., 676; ähnlich Böse (Fn. 62), S. 3 ff.

75 I. E. ebenso, wenn auch mit abweichender Begründung Schröder (Fn. 9), Rn. 743.

76 A. A. Schröder (Fn. 9), Rn. 743c.

77 Ausführlich Szesny (Fn. 7), S. 77 ff.; i. E. ebenso Minoggio, wistra 2003, 121 ff.; Weiß, NJW 1999, 2236, 2237. Schröder (Fn. 22), Rn. 735a, nimmt ein Auskunftsverweigerungsrecht für juristische Personen an, wenn gegen sie ein Bußgeldverfahren eingeleitet wurde.

78 Nachweise bei Szesny (Fn. 7), S. 63 ff. mit Fn. 296 ff.

eines Unternehmensangehörigen für die juristische Person haben kann (Unternehmensgeldbuße, Verfall, Einziehung), und erkennt man, dass das Prozessrecht dem durch eine gewisse Subjektivierung von Unternehmen insbesondere durch die Einräumung von Beteiligungsrechten Rechnung trägt⁷⁹, wird man ein Mitwirkungsverweigerungsrecht von Unternehmen schwerlich verneinen können⁸⁰.

III. Fazit

Folgendes Ergebnis lässt sich zusammenfassen:

- Die erzwungene Vorlage von Unterlagen fällt ebenso wie die Auskunftspflicht unter die Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*).
- Die im Aufsichtsverfahren der BaFin erzwungene Unterlagen Vorlage zur Ermittlung von Insidergeschäften oder marktmanipulativen Täuschungshandlungen i.S. von § 4 Abs. 3 ist eine repressive Ermittlungsmaßnahme⁸¹, die der Informationssammlung für ein späteres Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren dient.
- Da bei Anhaltspunkten für wertpapierhandelsrechtliche Missstände in Form strafbedrohter Verbotsverstöße das Auskunfts- und Unterlagen Vorlageersuchen der BaFin nicht geeignet ist, etwaige Gefahren für den Kapitalmarkt oder das Anlegervertrauen zu beseitigen, sondern nur noch der Verfolgung des Verbotsverstoßes dient, besteht für

denjenigen, der sich durch die Mitwirkung selbst belasten würde, nicht nur ein Auskunfts-, sondern auch ein Vorlageverweigerungsrecht. Dieses Recht ist auch juristischen Personen einzuräumen.

- Der Gesetzgeber ist aufgerufen, neben dem de lege lata existierenden Auskunftsverweigerungsrecht ein Vorlageverweigerungsrecht im WpHG zu installieren und nach Vorbild des § 4 Abs. 9 S. 2 mit einer entsprechenden Belehrungspflicht zu versehen.

// Autor

Dr. André-M. Szesny, LL.M., ist Rechtsanwalt im Düsseldorf Büro von Heuking Kühn Lüer Wojtek und Mitbegründer der dortigen Praxisgruppe Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. Er berät Unternehmen auf dem Gebiet der Criminal Compliance und ist als Strafverteidiger im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts tätig. Ein Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt im Bereich des Kapitalmarktstrafrechts.



⁷⁹ §§ 444 Abs. 1 S. 1 StPO, 88 OWiG; § 431 Abs. 3 StPO.

⁸⁰ Zumindest der EuGH hat dies für das Kartellverfahren anerkannt: EuGH, 18.10.1989 – Rs. 374/87 – Orkem – Slg. 1989, 3283, Rn. 35 sowie Leitsatz 3; EuGH, 29.6.2006 – C 301/04 P, Rn. 42.

⁸¹ Vgl. ebenso Habetha, WM 1996, 2133, 2138; Carl/Klos, wistra 1995, 10, 14; vgl. Beck, in: Schwark, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 3. Aufl. 2004, § 4 Rn. 15.

Professor Dr. Markus Roth

Zur unentgeltlichen Überlassung von Unterlagen an den Handelsvertreter

Fortentwicklung der Pflichten des Unternehmers nach § 86a Abs. 1 HGB

Nach § 86a HGB hat der Unternehmer dem Handelsvertreter die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. In aktuellen Entscheidungen nehmen das OLG Köln und das OLG Celle an, dass dies unentgeltlich zu erfolgen hat und zudem der Handelsvertreter nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden kann, welche Unterlagen erforderlich sind. Von dieser Rechtsfortbildung betroffen sind insbesondere Produkte der private Altersvorsorge vertreibende Mehrfachagenten, die ihrerseits mit Untervertretern Handelsvertreterverträge abschließen. Der Beitrag geht der dem BGH vorliegenden Frage nach, inwieweit eine zwingende Pflicht zur unentgeltlichen Überlassung mit der Konzeption des Handelsvertreters als selbständigem Kaufmann vereinbar ist und entwickelt ein alternatives Schutzkonzept.

I. Einleitung

Nach § 86a Abs. 1 HGB hat der Unternehmer dem Handelsvertreter die erforderlichen Unterlagen wie Muster, Zeichnungen, Preislisten, Werbetrucksachen, Geschäftsbedingungen zur Verfügung zu stellen. Die Pflicht zur Überlassung dieser Unterlagen ist nach § 86a Abs. 3 HGB

unabdingbar. Die (ober)landesgerichtliche Rechtsprechung zur Überlassung von Musterkollektionen und das Schrifttum folgern daraus eine unabdingbare Pflicht zur unentgeltlichen Überlassung erforderlicher Unterlagen:¹ Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser nach neuerer Ansicht das gesamte Handelsvertreterrecht betreffenden Frage fehlt.² Der vorliegende Beitrag soll diese Lücke schließen. Aktuellen Anlass hierfür geben Entscheidungen des OLG Köln³ sowie insbesondere des OLG Celle,⁴ die eine Pflicht zur unentgeltlichen Überlassung von Werbematerial und weiterer Unterlagen nach Ermessen des Handelsvertreters annehmen, soweit der Unternehmer diese Unterlagen (gegen oder ohne Entgelt) dem Handelsvertreter überhaupt anbietet. Aufgrund der Konzeption des Handelsvertreters als selbständigem Kaufmann erscheint eine unabdingbare Pflicht des Unternehmers zur unentgeltli-

¹ Zu Musterkollektionen OLG München, BB 1999, 2320, 2321; zuvor etwa das LG Nürnberg-Fürth, BB 1997, 493 sowie das LG Stuttgart, HVR Nr. 690. Aus der Kommentarliteratur GroßkommHGB/Emde, 5. Aufl. 2008, Rn. 74; Röhrich/Graf von Westphalen/Thume, HGB, 3. Aufl. 2008, § 86a Rn. 2.

² Zu Musterkollektionen Thume, BB 1995, 1913, zu Werbezeitschriften Thelen, VersR 2009, 1025.

³ OLG Köln, 11.9.2009 – 19 U 64/09, zuvor bereits OLG Köln, r + s 2009, 87.

⁴ OLG Celle, 10.12.2009 – 11 U 50/09, BB 2010, 1052 mit Komm. Hesse, und 10.12.2009 – 11 U 51/09, GWR 2010, 11, dazu kritisch Evers, VW 2010, 137, ferner Hesse, a. a. O.