



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

BVerwG 8 C 10.09  
VGH 6 A 713/08

Verkündet  
am 24. Februar 2010  
Ende  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 24. Februar 2010  
durch die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. von Heimburg,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth und  
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hauser, Schipper und  
Dr. Held-Daab

für Recht erkannt:

Das Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom  
5. November 2008 wird aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin zu 1 wird zurückgewiesen.  
Hinsichtlich der Klägerin zu 2 wird die Sache zur ander-  
weitigen Verhandlung und Entscheidung an den  
Hessischen Verwaltungsgerichtshof zurückverwiesen.

Von den Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfah-  
rens trägt die Klägerin zu 1 die Hälfte. Im Übrigen bleibt  
die Kostenentscheidung der Schlussentscheidung vorbe-  
halten.

#### G r ü n d e :

I

- 1 Die Klägerinnen wenden sich gegen mehrere Bescheide der Beklagten, die diese ihnen gegenüber wegen unerlaubter Finanzportfolioverwaltung gleichlautend erlassen hat.
- 2 Die Klägerinnen wurden jeweils am 2. Juli 2002 durch die Herren ... Q. und ... F. gegründet, zum jeweiligen Geschäftsführer wurde ... F., T., British Virgin Islands, bestellt. Mit Schreiben vom 30. August 2002 wandte sich Herr ... K., dem als geschäftsführendem Gesellschafter der ...1 Fonds GbR der Rechtsvorgänger der Beklagten mit Bescheid vom 8. August 2001 gemäß § 37 KWG die Finanzportfolioverwaltung im Sinne von § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG untersagt und aufgegeben hatte, die unerlaubt betriebenen Geschäfte rückabzu-

wickeln, an die Gesellschafter der „...1 Fonds GbR“. Er teilte mit, dass „geänderte gesetzliche Rahmenbedingungen“ es notwendig machten, die Gesellschaftsanteile der ...1 Fonds GbR in eine neue Gesellschaft, die ...1 Invest GbR - die Klägerin zu 1 -, mit einem geänderten Vertrag zu überführen, und bat um Zustimmung.

- 3 Mit Bescheiden vom 3. Juli 2003 untersagte die Beklagte den Klägerinnen jeweils gemäß § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG, die Finanzportfolioverwaltung im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG insbesondere durch die Verwaltung des in Finanzinstrumenten angelegten Beteiligungskapitals der Gesellschafter zu erbringen (I. der Verfügungen) und gab ihnen auf, den jeweiligen Anteilswert der Gesellschafter zu errechnen und auszuzahlen (II. der Verfügungen). Für einen Verstoß gegen die Untersagungsverfügung oder die Abwicklungsanordnung wurde ein Zwangsgeld in Höhe von jeweils 100 000 € angedroht (III. der Verfügungen). Unter Hinweis auf § 44c Abs. 1 KWG wurde den Klägerinnen aufgegeben, bestimmte Unterlagen, unter anderem eine alphabetische Liste der aktuellen Gesellschafter, vorzulegen (V. der Verfügungen) und die Auskehr der Anteilswerte an die Gesellschafter nachzuweisen (VI. der Verfügungen). Für einen Verstoß gegen die Vorlage- und Nachweispflicht wurde ein weiteres Zwangsgeld in Höhe von jeweils 100 000 € angedroht (VII. der Verfügungen).
- 4 Der dagegen gerichtete Widerspruch der Klägerin zu 1 wurde mit Widerspruchsbescheid vom 13. Juni 2005, der der Klägerin zu 2 mit Widerspruchsbescheid vom 24. Juni 2005 zurückgewiesen.
- 5 Mit gleichlautenden Bescheiden vom 4. August 2003 setzte die Beklagte gegen beide Klägerinnen das unter VII. der Verfügungen vom 3. Juli 2003 angedrohte Zwangsgeld in Höhe von 100 000 € fest und drohte ein weiteres Zwangsgeld in Höhe von 150 000 € an. Gegen diese Bescheide legten die Klägerinnen ebenfalls Widerspruch ein, der gegenüber der Klägerin zu 1 mit Widerspruchsbescheid vom 16. Juni 2005 und gegenüber der Klägerin zu 2 mit Widerspruchsbescheid vom 4. Juli 2005 zurückgewiesen wurde.

- 6 Mit Schreiben vom 2. September 2003 mahnte die Beklagte die Zahlung der festgesetzten Zwangsgelder an und setzte dafür Gebühren und Auslagen fest. Die Widersprüche der Klägerinnen dagegen wurden mit Widerspruchsbescheiden vom 17. Juni 2005 (Klägerin zu 1) und 7. Juli 2005 (Klägerin zu 2) zurückgewiesen.
- 7 Mit wiederum gleichlautenden Bescheiden vom 10. September 2003 bestellte die Beklagte Rechtsanwalt Dr. ... P. zum Abwickler der von den Klägerinnen ohne Erlaubnis betriebenen Finanzportfolioverwaltungsgeschäfte und übertrug diesem jeweils die Befugnisse eines geschäftsführenden Gesellschafters. Die Widersprüche der Klägerinnen dagegen wurden mit Widerspruchsbescheiden vom 17. Juni 2005 (Klägerin zu 1) und vom 5. Juli 2005 (Klägerin zu 2) zurückgewiesen.
- 8 Die Anfechtungsklagen der Klägerinnen, mit denen sie die Aufhebung der Bescheide vom 3. Juli 2003, 4. August 2003, 2. September 2003 und 10. September 2003 sowie der jeweiligen Widerspruchsbescheide beantragten, wies das Verwaltungsgericht mit Urteilen vom 8. November 2007 jeweils hinsichtlich der Mahnungen vom 2. September 2003 als unstatthaft und hinsichtlich der übrigen Bescheide als unbegründet ab.
- 9 Der Verwaltungsgerichtshof hat die Berufungen wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen und mit Urteil vom 5. November 2008 die Urteile des Verwaltungsgerichts vom 8. November 2007 abgeändert und die jeweiligen Bescheide der Beklagten vom 3. Juli 2003, 4. August 2003, 2. September 2003 und 10. September 2003 sowie die Widerspruchsbescheide der Beklagten vom 13. Juni 2005, 16. Juni 2005 und 17. Juni 2005 sowie vom 24. Juni 2005, 4. Juli 2005, 7. Juli 2005 und 5. Juli 2005 aufgehoben. Die Anfechtungsklagen der Klägerinnen seien statthaft und begründet. Auch bei den Mahnungen vom 2. September 2003 handele es sich um Bescheide, weil zwar die Mahnung selbst keine unmittelbaren Rechtswirkungen entfalte und daher grundsätzlich nicht mit Rechtsbehelfen angefochten werden könne, aber die Festsetzung von Mahngebühren gemäß § 19 Abs. 2 VwVG einen Verwaltungsakt darstelle, der mit Widerspruch und Anfechtungsklage angreifbar sei.

- 10 Die Grundverfügungen vom 3. Juli 2003 seien rechtswidrig. Daraus folge zwangsläufig auch die Rechtswidrigkeit der Folgebescheide. Die Klägerinnen betrieben keine Finanzportfolioverwaltung. Damit fehle es an einem nach § 32 KWG erlaubnispflichtigen Erbringen von Finanzdienstleistungen, so dass die Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG nicht vorlägen. Die Klägerinnen verwalteten ihr Gesellschaftsvermögen als eigenes Vermögen, so dass es an dem für die Annahme einer Finanzportfolioverwaltung erforderlichen Handeln „für andere“ mangle. Das Bundesverwaltungsgericht habe in seinem Urteil vom 22. September 2004 (BVerwG 6 C 29.03 - BVerwGE 122, 29 <37 ff.>) im Hinblick auf die starke Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters gegenüber den Mitgesellschaftern angenommen, dass trotz der gesellschaftsrechtlichen Einbindung die Mitgesellschafter im Verhältnis zum geschäftsführenden Gesellschafter „andere“ blieben, denen der Geschäftsführer seine Dienste erbringe. Dieser Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei in der Literatur kritisch begegnet worden. Die Rechtsauffassung, die GbR selbst sei als Finanzdienstleistungsinstitut im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG zu betrachten, welches die Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum (Finanzportfolioverwaltung) betreibe, lasse sich allerdings weder der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts noch der Literatur entnehmen. Nach der rechtsdogmatischen Einordnung könne eine Außengesellschaft bürgerlichen Rechts im Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründen und besitze insoweit Rechtsfähigkeit. Demzufolge verwalte sie ihr Gesellschaftsvermögen als eigenes Vermögen. Dem Schutzzweck des KWG sei damit Genüge getan, die Vermögensverwaltungstätigkeit eines allein geschäftsführungsbefugten Mitgesellschafter einer GbR als eine gegenüber den einzelnen Mitgesellschaftern als „anderen“ erbrachte Finanzdienstleistung zu qualifizieren. Auch § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG rechtfertige es nicht, die GbR selbst als Finanzportfolioverwalter in Anspruch zu nehmen. Die Regelung, dass die Beklagte ihre Anordnungen „gegenüber dem Unternehmen und den Mitgliedern seiner Organe“ treffen könne, ermögliche bei unerlaubter Geschäftstätigkeit eines Unternehmens den Durchgriff auf die für das Unternehmen handelnden Verantwortlichen; einen Durchgriff in umgekehrter Richtung erlaube sie dagegen nicht. Dass die Tätig-

keit der Klägerinnen als Eigengeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 3 KWG erlaubnisbedürftig sei, nehme die Beklagte selbst nicht an.

11 Die Beklagte hat die zugelassene Revision eingelegt und rügt insbesondere eine Verletzung des § 37 i.V.m. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG.

12 Die Beklagte beantragt,

unter Aufhebung des Urteils des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 5. November 2008 die Berufung der Klägerinnen zurückzuweisen.

13 Die Klägerinnen beantragen,

die Revision zurückzuweisen.

14 Sie verteidigen das angefochtene Urteil.

## II

15 Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs verletzt Bundesrecht und stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO).

16 1. Der Verwaltungsgerichtshof hat allerdings zu Recht angenommen, dass die Anfechtungsklagen der Klägerinnen zulässig sind. Auch die Bescheide vom 2. September 2003, mit denen nicht nur eine Mahnung ausgesprochen, sondern auch Mahngebühren und Auslagen festgesetzt wurden, stellen Verwaltungsakte dar, die mit Widerspruch und Anfechtungsklage angefochten werden können.

17 2. Die Klage der Klägerin zu 1 ist aber unbegründet (a). Hinsichtlich der Klägerin zu 2 ist eine abschließende Entscheidung nicht möglich, weil insoweit das Berufungsgericht noch weitere Tatsachen feststellen muss (b).

- 18 a) Das angefochtene Urteil verletzt Bundesrecht, weil es den von § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG erfassten Adressatenkreis zu eng gefasst hat. Nach dieser Regelung kann, wenn ohne die nach § 32 KWG erforderliche Erlaubnis Bankgeschäfte betrieben oder Finanzdienstleistungen erbracht werden, die Beklagte die sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs und die unverzügliche Abwicklung dieser Geschäfte gegenüber dem Unternehmen und den Mitgliedern seiner Organe anordnen. Das Berufungsgericht hat daraus geschlossen, dass die durch das 4. Finanzmarktförderungsgesetz im Jahr 2002 eingeführte Möglichkeit, direkt gegen die Mitglieder der Organe des Unternehmens vorzugehen, nicht „einen Durchgriff in umgekehrter Richtung“ erlaube. Diese Auffassung geht fehl, weil sie verkennt, dass die Inanspruchnahme der Gesellschaft keinen Durchgriff erfordert. Finanzdienstleistungen, die der Geschäftsführer satzungsgemäß im Namen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erbringt, werden dieser wegen ihrer organschaftlichen Vertretung durch den Geschäftsführer zugerechnet. Insoweit kann die Gesellschaft selbst als Unternehmen nach § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG Adressatin einer aufsichtsrechtlichen Verfügung sein. Nur wenn statt ihrer oder neben ihr (auch) ihre Organmitglieder in Anspruch genommen werden, ist ein Durchgriff auf diese als natürliche Personen erforderlich.
- 19 Die Einordnung der Klägerin zu 1 als (Finanzdienstleistungs-)Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3, § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG scheidet entgegen der Auffassung der Klägerin nicht daran, dass sie als Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur teilrechtsfähig und nicht als juristische Person organisiert ist. Der Unternehmensbegriff des Kreditwesengesetzes ist weit gefasst und schließt das Betreiben von Kredit- und Finanzgeschäften durch teilrechtsfähige Personengesellschaften mit ein. Das ergibt sich aus der ausdrücklichen Erwähnung von Personenhandelsgesellschaften in § 2b Abs. 2 KWG sowie daraus, dass der Tatbestand der Erlaubnispflicht nach § 32 KWG („Wer ... betreiben ... will ...“) keine besondere Rechtsform des Betreibers oder Dienstleisters voraussetzt. Erfasst werden alle Subjekte, die zumindest teilrechtsfähig sind und daher im Geschäftsverkehr unter eigenem Namen auftreten und berechtigt oder verpflichtet werden können. Dass die für ihre Geschäftstätigkeit erforderliche

Erlaubnis bei nicht und nur teilweise rechtsfähigen Unternehmensträgern nur deren Organmitgliedern erteilt werden kann, schließt die Erlaubnispflichtigkeit der Betätigung des Unternehmens selbst und die Zulässigkeit aufsichtsrechtlichen Vorgehens gegen einen zumindest teilrechtsfähigen Unternehmensträger nicht aus.

- 20 Die Beklagte durfte nach § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG gegen die Klägerin zu 1 vorgehen, weil diese ohne die nach § 32 KWG erforderliche Erlaubnis durch ihren Geschäftsführer Finanzdienstleistungen in Form der Finanzportfolioverwaltung im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG erbracht hat.
- 21 Die Finanzportfolioverwaltung setzt die Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum voraus und kann in offener oder verdeckter Stellvertretung erbracht werden (vgl. BTDrucks 16/11130 S. 43).
- 22 Die Klägerin zu 1, deren Unternehmensgegenstand nach § 2 Nr. 2.1 des Gesellschaftsvertrags unter anderem die gemeinsame und private Durchführung von spekulativen börslichen und außerbörslichen Anlagegeschäften ist, hat sich damit auch dem ausdrücklichen Zweck verschrieben, die als Einlagen erbrachten Gelder der Gesellschafter in verdeckter Stellvertretung für diese anzulegen. Denn gemäß § 2 Nr. 2.2 des Gesellschaftsvertrags wird die Gesellschaft die Anlagegeschäfte im eigenen Namen eingehen. Die Klägerin zu 1 bestreitet nicht, dass die Anlage zumindest auch in Finanzinstrumenten erfolgt.
- 23 Aufgrund der besonderen Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags, der keinerlei Mitwirkungsrechte der Gesellschafter bei den Anlageentscheidungen oder in der Geschäftsführung vorsieht, sondern jegliches Handeln dem geschäftsführenden Mitgesellschafter überträgt, ist das Bundesverwaltungsgericht bereits in seiner Entscheidung vom 22. September 2004 - BVerwG 6 C 29.03 - (BVerwGE 122, 29 = Buchholz 451.61 KWG Nr. 19) zu dem Ergebnis gekommen, dass der Geschäftsführer einer solchen GbR Finanzportfolioverwaltung betreibt, weil die Gesellschafter, deren Vermögen er verwaltet, für ihn „andere“ im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG sind. Die Gesellschaftsverträge der



Klägerinnen sind nach ihren Angaben mit dem der „...1 Fonds GbR“, der der Entscheidung vom 22. September 2004 zu Grunde lag, insoweit deckungsgleich. Ebenso wie bei der „...1 Fonds GbR“ handelt auch bei der Klägerin zu 1 der als Geschäftsführer allein vertretungsberechtigte Gesellschafter nicht im eigenen Namen, sondern namens der GbR. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die ihrem allein geschäftsführungsbefugten Mitgesellschafter solche Handlungsmöglichkeiten eröffnet, muss sich dessen Handeln als eigenes zurechnen lassen. Die Gesellschafter, deren in die GbR eingebrachten Einlagen er verwaltet, sind für ihn im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG „andere“, auch wenn es sich aufgrund der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags gesellschaftsrechtlich um Gesellschaftsvermögen der GbR handelt.

- 24 Entgegen der Auffassung der Klägerinnen kommt es für das Tatbestandsmerkmal „für andere“ im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG nicht auf die gesellschaftsrechtliche Eingliederung des zu verwaltenden Vermögens in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts an. Die Anerkennung der beschränkten Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bedeutet nicht, dass sie den Status einer juristischen Person besitzt (vgl. BGH, Urteile vom 29. Januar 2001 - II ZR 331/00 - BGHZ 146, 341 <343> und vom 23. Oktober 2001 - XI ZR 63/01 - BGHZ 149, 80 <84>). Die beschränkte Rechtsfähigkeit führt zwar dazu, dass die Gesellschaft als Gesamthandsgemeinschaft im Rechtsverkehr grundsätzlich, das heißt „soweit nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstehen“ (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 a.a.O.), eigene Rechte und Pflichten begründen kann, ohne juristische Person zu sein. Daraus lässt sich jedoch für die Auslegung von § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG nichts ableiten. Fragestellungen, die dem Bereich des Kreditwesengesetzes zuzuordnen sind, waren in den angeführten Entscheidungen zur Anerkennung der beschränkten Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht von Belang. Die beschränkte Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ändert nichts daran, dass es sich jedenfalls bei der hier vorliegenden Vertragsgestaltung um die Zusammenführung einer unbestimmten Vielzahl von Anlegern handelt, die ohne weitergehende Verbindung untereinander jeweils Leistungen der Klägerin, erbracht durch ihren Geschäftsführer, entgegennehmen wollen (Urteil vom 22. September 2004 a.a.O. S. 39). Der Bundesgerichtshof hat im Urteil vom 23. Oktober 2001

(a.a.O.) zu Recht hervorgehoben, dass für die Anwendbarkeit eines Gesetzes nicht maßgeblich ist, ob der Gesellschaft bürgerlichen Rechts Rechtsfähigkeit zukommt, sondern der Schutzzweck des in Rede stehenden Gesetzes (so auch bereits Urteil vom 22. September 2004 a.a.O. S. 39). Dementsprechend hat der 11. Senat des Bundesgerichtshofs entschieden, dass die Anerkennung der beschränkten Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht hindert, die Schutzvorschriften des Verbrauchercreditwesengesetzes anzuwenden (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2001 a.a.O.).

- 25 Der Schutzzweck der Norm (§ 37 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG), die zunächst der Umsetzung der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie (Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen <ABI EU Nr. L 141 S. 27 ff.>) und nunmehr der Finanzmarkttrichtlinie MiFID (Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates <ABI EG Nr. L 145 S. 1 ff.>) dient, besteht in der Wahrung der Stabilität des Finanzsystems und dem Anlegerschutz (Urteil vom 22. September 2004 a.a.O. S. 39 f.). Dieser Schutzzweck gebietet ein Verständnis dahin, dass für die Bestimmung, wer „andere“ im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG sind, nicht auf das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts abgestellt wird, sondern dass das Verhältnis des für die GbR handelnden und allein entscheidungsbefugten Geschäftsführers gegenüber den Gesellschaftern betrachtet wird. Der Vermögensverwalter darf nicht im Zusammenhang mit seiner Dienstleistung ein Gebilde schaffen, um sich dem Schutzmechanismus des Gesetzes zu Lasten der wirklichen Anleger zu entziehen. Daneben dient die Unterstellung der Vermögensverwaltertätigkeit des allein vertretungsberechtigten geschäftsführenden Gesellschafters jedenfalls einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts des vorliegenden Zuschnitts, für die er gesellschaftsrechtlich handelt, unter § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG auch der Stabilität des Finanzmarktes, da sie das Vertrauen der Anleger in die Sicherheit des Finanzmarktes erhöht (vgl. Urteil vom 22. September 2004 a.a.O. S. 40).

- 26 Es handelt sich auch um die Verwaltung „einzelner“ Vermögen. Dies setzt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht voraus, dass die einzelnen Kundenvermögen getrennt in einzelnen Portfolios anzulegen wären. Vielmehr können in einem Portfolio Vermögen verschiedener Kunden zusammengefasst werden (Urteil vom 22. September 2004 a.a.O. S. 35).
- 27 Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie ebenso wie die Finanzmarktrichtlinie die hier vorliegende Konstellation gerade nicht als „einzelne Vermögen“ gesehen habe. Insoweit erübrigt sich eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof. Die Auslegung des in der Wertpapierdienstleistungs- und der Finanzmarktrichtlinie verwendeten Begriffs der „einzelnen Vermögen“ ist hier nicht entscheidungserheblich, weil selbst eine engere Begriffsverwendung der Richtlinien einer den Begriff weiter verstehenden nationalen Regelung nicht entgegenstünde. Die Richtlinien führen nur eine Teilharmonisierung des Wertpapier- und Finanzdienstleistungsrechts der Mitgliedstaaten herbei (vgl. Erwägungsgrund 3 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie a.a.O.). Da sie bereits im nationalen Recht umgesetzt wurden, sind sie nicht unmittelbar anzuwenden. Sie regeln nur Mindeststandards (vgl. BTDrucks 13/7142 S. 55) und schließen nicht die Befugnis des Gesetzgebers aus, darüber hinausgehende Regelungen zum Schutz der Anleger zu treffen (vgl. Erwägungsgründe 27 f., 33 der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie a.a.O.). Die nationalen Regelungen dürfen zwar nicht den Zielen der Richtlinien zuwiderlaufen. Das ist hier aber nicht der Fall, weil auch die Richtlinien den Schutz der Anleger bezwecken. In Ermangelung eines Widerspruchs bedarf es deshalb keiner richtlinienkonformen Auslegung des KWG. Eine Verletzung von Grundfreiheiten, die solchen nationalen Regelungen entgegengehalten werden könnte, ist weder geltend gemacht, noch erkennbar.
- 28 Unproblematisch ist schließlich, dass die Vermögensverwaltung „mit Entscheidungsspielraum“ erfolgt. Die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags ist dergestalt, dass die Anleger durch die Einzahlung der Einlage Gesellschafter werden, in dieser Position aber von jeglicher Mitwirkung ausgeschlossen sind. Sie haben weder das Recht, auf den An- oder Verkauf einzelner Finanzinstrumente

Einfluss zu nehmen, noch haben sie praktisch auch nur die Möglichkeit, auf die Einberufung einer Gesellschafterversammlung hinzuwirken und in dieser gegebenenfalls auf die Geschäftsführung Einfluss zu nehmen. Diese obliegt ausschließlich dem geschäftsführenden Mitgesellschafter, der alle Entscheidungen trifft.

- 29 Die Ermessensausübung der Beklagten nach § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG ist nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat von ihrem Ermessen in einer dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht und die gesetzlichen Grenzen nicht überschritten (§ 114 VwGO).
- 30 Auch die weiteren Verfügungen sind nicht zu beanstanden. Die Zwangsgeldandrohung findet ihre Rechtsgrundlage in § 17 FinDAG i.V.m. §§ 11, 13 VwVG. Danach kann für jeden Fall der Nichtbefolgung ein Zwangsgeld in Höhe bis zu 250 000 € angedroht werden. Das hier angedrohte Zwangsgeld in Höhe von jeweils 100 000 € hält sich innerhalb des der Behörde insoweit zustehenden Ermessensspielraums.
- 31 Da Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Verfügungen gemäß § 49 KWG keine aufschiebende Wirkung haben und für die Zwangsgeldandrohungen die sofortige Vollziehung angeordnet war, konnte das Zwangsgeld mit Bescheid vom 4. August 2003 festgesetzt und ein neues, zur Durchsetzung der Verpflichtung höheres Zwangsgeld angedroht werden. Die Verpflichtung, die angeforderten Unterlagen vorzulegen, hatte sich nicht dadurch erledigt, dass bei der Beklagten bereits Unterlagen der Klägerin zu 1 aufgrund einer Beschlagnahme vom Juni 2003 vorlagen. Die Verpflichtung durch den angefochtenen Bescheid vom 3. Juli 2003 zielte unter anderem darauf ab, eine alphabetische Liste der aktuellen Gesellschafter vorzulegen. Allein durch eine Durchsicht der beschlagnahmten Unterlagen hätte die Beklagte nicht mit Sicherheit feststellen können, dass, falls eine entsprechende Liste mit dabei war, es sich um die Liste der aktuellen Gesellschafter handelte. Deshalb hatte die Klägerin die Pflicht, ihrerseits die Unterlagen vorzulegen oder anzugeben, in welchen der beschlagnahmten Unterlagen sich die geforderten Dokumente und Angaben zu den Gesellschaftern befanden.

- 32 Da das Zwangsgeld nicht fristgemäß gezahlt worden war, konnte die Beklagte die Zahlung anmahnen und dafür Gebühren und Auslagen festsetzen (§ 19 Abs. 1 VwVG).
- 33 Die Bestellung des Abwicklers durch Bescheid vom 10. September 2003 findet ihre Rechtsgrundlage in § 37 Abs. 1 Satz 2 KWG. Die Rechtmäßigkeit dieser Verfügung scheidet nicht daran, dass sie zu unbestimmt wäre. Die Beklagte übertrug dem Abwickler Dr. P. die Befugnisse eines geschäftsführenden Gesellschafters für sämtliche Maßnahmen, die erforderlich sind, um der Abwicklung der unerlaubt erbrachten Finanzportfolioverwaltung sowie dem Auskunft- und Vorlageersuchen gemäß dem Bescheid vom 3. Juli 2003 nachzukommen. Im Folgenden werden die Befugnisse des Abwicklers für die im Rahmen der Finanzportfolioverwaltungstätigkeit vorzunehmenden Maßnahmen konkretisiert. Daraus ist hinreichend bestimmt und eindeutig zu entnehmen, dass der Abwickler die der Klägerin zu 1 durch den Bescheid vom 3. Juli 2003 auferlegten Verpflichtungen für die Klägerin zu 1 durchzuführen hat. Eine detailliertere Vorgabe der erforderlichen Maßnahmen durch die Behörde ist nicht möglich, weil sich der Abwickler zunächst einen Überblick über die tatsächlichen Verhältnisse und die notwendigen Maßnahmen bei der Klägerin zu 1 verschaffen muss.
- 34 b) Für die Klägerin zu 2 lässt sich die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bescheide aufgrund der bisherigen tatsächlichen Feststellungen nicht abschließend klären. Sie trägt vor, sie habe nicht selbst mit Finanzinstrumenten gehandelt, sondern sich nur an der Klägerin zu 1 beteiligt. Zwar ergeben sich aus den Akten Zweifel an dieser Behauptung; so hat z.B. die ... Treuhandverwaltung GmbH der Beklagten Aufstellungen übersandt über Konten, die sie als Zahlungstreuhänderin für beide Klägerinnen eröffnet habe sowie Aufstellungen über Einzahlungen und Auszahlungen von bzw. an Gesellschafter beider Klägerinnen. Insoweit fehlt es aber - nach seiner Rechtsauffassung konsequent - an hinreichenden tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, um eine Finanzportfolioverwaltung auch der Klägerin zu 2 anzunehmen. Auf die Revision der Beklagten war deshalb im Verfahren der Klägerin zu 2 das Urteil des

Berufungsgerichts aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).

- 35 3. Soweit die Kosten des Verfahrens der Klägerin zu 1 auferlegt wurden, beruht die Entscheidung auf § 154 Abs. 1 VwGO. Hinsichtlich der Klägerin zu 2 steht eine abschließende Entscheidung noch aus, so dass insoweit auch noch keine Kostenentscheidung zu treffen war.

Dr. von Heimburg

Dr. Deiseroth

Dr. Hauser

Schipper

Dr. Held-Daab

### B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 810 000 € festgesetzt.

Dr. von Heimburg

Dr. Deiseroth

Dr. Hauser

Schipper

Dr. Held-Daab

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Wirtschaftsverwaltungsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

KWG § 37 Abs. 1, § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3

Stichworte:

Finanzdienstleistungsaufsicht; Finanzportfolioverwaltung; Finanzinstrumente; Gesellschaft bürgerlichen Rechts; Gesellschafter; geschäftsführender Gesellschafter; Geschäftsführer; Untersagung von Finanzdienstleistungen; Abwicklungsanordnung.

Leitsatz:

Auch gegenüber einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Geschäftsführer für die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Mitgesellschafter Finanzportfolioverwaltung ohne die erforderliche Erlaubnis erbringt, kann die sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs und die Abwicklung der Geschäfte angeordnet werden (Fortführung von BVerwG, Urteil vom 22. September 2004 - BVerwG 6 C 29.03 - BVerwGE 122, 29 = Buchholz 451.61 KWG Nr. 19).

Urteil des 8. Senats vom 24. Februar 2010 - BVerwG 8 C 10.09

I. VG Frankfurt/Main vom 08.11.2007 - Az.: VG 1 E 2256/05 (1) und  
1 E 2429/05 (1) -

II. VGH Kassel vom 05.11.2008 - Az.: VGH 6 A 713/08 -