



HESSISCHER VERWALTUNGSGERICHTSHOF

BESCHLUSS

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der C.S. Management GmbH,
vertreten durch ihren Geschäftsführer Christian Schlesiger,
Dornhofstraße 34, 63263 Neu-Isenburg,

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

bevollmächtigt: Rechtsanwalt Dr. Mathias Jung und Kollegen,
Klingelhöferstraße 4, 10785 Berlin,

gegen

die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht,
Graurheindorfer Straße 108, 53117 Bonn,

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

wegen Wirtschafts- u. Wirtschaftsverwaltungsrechts

hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof - 6. Senat - durch

Vorsitzenden Richter am Hess. VGH Dr. Schulz,
Richterin am Hess. VGH Fischer,
Richter am VG Ehrmanntraut

am 14. Februar 2006 beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 6. Mai 2005 abgeändert. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die Verfügung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht vom 13. August 2004 wird insoweit wiederhergestellt, als die Antragsgegnerin angeordnet hat, die Antragstellerin habe ihren Geschäftsbetrieb einzustellen, soweit sie als geschäftsführende Komplementärin der Vario-

Renta Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG das Finanzkommissionsgeschäft ohne die erforderliche Erlaubnis betreibe.

Die Antragstellerin hat 3/5, die Antragsgegnerin 2/5 der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu tragen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragsgegnerin in vollem Umfang auferlegt.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 80.000,- € festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragstellerin ist persönlich haftende und geschäftsführende Gesellschafterin der Vario-Renta Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG (künftig: Vario-Renta). Diese Gesellschaft bietet Kapitalanlagemöglichkeiten in unterschiedlicher Form und unter unterschiedlicher Bezeichnung an. Dabei leisten die Anleger Kommanditeinlagen, die von einer Treuhandkommanditistin, der Aurelium Treuhandgesellschaft mbH (künftig: Aurelium), gehalten und von der Vario-Renta entsprechend der von den Anlegern gewählten Form angelegt werden. Die Antragsgegnerin erblickt hierin ein genehmigungsbedürftiges Finanzkommissionsgeschäft. Eine Genehmigung liegt nicht vor.

Am 13. August 2004 erließ die Antragsgegnerin eine an die Antragstellerin gerichtete Verfügung, unter deren Nr. I sie der Antragstellerin aufgab, ihren durch Finanzkommissionsgeschäfte erfolgenden Geschäftsbetrieb als Komplementärin der Vario-Renta einzustellen. Zugleich ordnete sie die unverzügliche Abwicklung der Finanzkommissionsgeschäfte an und bestellte den Rechtsanwalt Henningsmeier zum Abwickler (Nr. II). Sie gab der Antragstellerin auf, die Tätigkeit des Abwicklers zu dulden und zu unterstützen (III.1.2), verbot ihr, den Anlegern die Umstellung der den Einlagen zugrunde liegenden Verträge anzubieten (Nr. III.3) und entzog ihr die Verfügungsbefugnis über die Konten der Vario-Renta (III.4). Für den Fall des Verstoßes gegen die vorstehend genannten Anordnungen drohte die Behörde unter Anordnung des Sofortvollzuges ein Zwangsgeld von jeweils 50.000,- € an (Nr. IV und VIII) und erhob für den Erlass des Verwaltungsakts eine Gebühr von 5.000,- € (V).

Am 17. Dezember 2004 erließ die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin eine weitere Verfügung, die ausdrücklich der Klarstellung der Verfügung vom 13. August 2004 dienen sollte. Hier regelte sie Einzelheiten zur Abwicklung der von der ursprünglichen Verfügung betroffenen Geschäfte (Nr. I), stellte klar, dass die Abwicklung nach Nr. I ausschließlich dem Abwickler übertragen worden sei (Nr. II.1) und traf Regelungen zu dessen Verfügungsrecht über die Konten der Antragstellerin (Nr. II.2). Außerdem regelte die Antragsgegnerin die Duldungs- und Auskunftspflichten der Antragstellerin gegenüber dem Abwickler im Einzelnen (Nr. III). Sie sah vor, dass die Antragstellerin neue Verträge nur mit Zustimmung der Antragsgegnerin abschließen und auf die entsprechenden Vertragsschlüsse gerichtete Angebote nur mit Zustimmung der Antragsgegnerin unterbreiten dürfe (Nr. IV). Hinsichtlich der beiden zuletzt genannten Punkte drohte die Behörde der Antragstellerin für den Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld von jeweils 50.000,- € an und ersetzte auf diese Weise die unter Nr. IV der Verfügung vom 13. August 2004 enthaltene Androhung (Nr. VI). Weiterhin verfügte die Antragsgegnerin, dass die auf Anderkonten des Abwicklers gehaltenen Gelder der Antragstellerin dort zu bleiben hätten (Nr. V), drohte auch insoweit für den Fall des Verstoßes ein Zwangsgeld in Höhe von 50.000,- € an (Nr. VI) und stellte schließlich klar, dass die unter Nr. V der Verfügung vom 13. August 2004 festgesetzte Gebühr von 5.000,- € auch die Verfügung vom 17. Dezember 2004 erfasse (Nr. VII).

Vergleichbare Anordnungen traf die Antragsgegnerin auch gegenüber der Vario-Renta, die sich hiergegen bisher vergeblich um einstweiligen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz bemühte. Die in einem dieser Verfahren getroffene ablehnende Entscheidung ist Gegenstand eines auf § 80 Abs. 7 VwGO gestützten Abänderungsantrags der Vario-Renta, der im ersten Rechtszug ohne Erfolg blieb und im Beschwerdeverfahren unter dem Az.: 6 TG 1456/05 vor dem beschließenden Senat anhängig ist.

Der von der Antragsgegnerin sowohl für die Vario-Renta als auch für die Antragstellerin bestellte Abwickler stellte für beide Gesellschaften Insolvenzanträge beim Amtsgericht Hamburg. Während der die Vario-Renta betreffende Antrag bisher erfolglos blieb und derzeit beim Bundesgerichtshof anhängig ist, eröffnete das Amtsgericht Hamburg über das Vermögen der Antragstellerin mit Beschluss vom 2. November 2005 das Insolvenzverfahren und bestellte den Insolvenzverwalter Dr. Undritz.

Ebenso wie die Vario-Renta hat auch die Antragstellerin gegenüber der an sie gerichteten Verfügung der Antragsgegnerin um einstweiligen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz nachgesucht. Durch Beschluss vom 6. Mai 2005 stellte das Verwaltungsgericht das Verfahren im Hinblick auf von den Beteiligten abgegebene Erledigungserklärungen zum Teil ein und lehnte den Rechtsschutzantrag der Antragstellerin im Übrigen ab. Hiergegen richtet sich die vorliegende Beschwerde. Der Insolvenzverwalter hat das Streitverhältnis am 28. Oktober 2005 freigegeben; die Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin haben sich mit einem am 11. November 2005 bei dem beschließenden Senat eingegangenen Schriftsatz zur Sache geäußert. Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass die von ihr als Komplementärin der Vario-Renta betriebenen Geschäfte nach dem Kreditwesengesetz unter keinem denkbaren Gesichtspunkt genehmigungsbedürftig seien.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 6. Mai 2005 (Az.: 1 G 7009/04 (V)) insoweit aufzuheben, als der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs der Beschwerdeführerin hinsichtlich Ziffer I. der Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 13. August 2004 abgelehnt wurde; sowie
2. die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Beschwerdeführerin vom 16. August 2004 gegen Ziffer I der Verfügung der Antragsgegnerin vom 13. August 2004 (Gz.: Q 33-71.30 (18785) - De) anzuordnen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zu verwerfen, hilfsweise zurückzuweisen,

und hält an der von ihr angenommenen Genehmigungsbefreiung der streitbefangenen Tätigkeit der Antragstellerin fest.

Dem Senat liegen als Grundlage für die getroffene Entscheidung folgende Akten vor: die Prozessakten des vorliegenden Verfahrens (5 Hefter) sowie der die Vario-Renta betreffenden Beschwerdeverfahren 6 TG 1446/05 (4 Hefter), 6 TG 495/05 (2 Hefter) und 6 TG 3676/04 (5 Hefter); ferner die Vario-Renta betreffende Behördenakten der Antragsgegnerin (12 Hefter Nr. 1 – 11) und schließlich zwei von den Bevollmächtigten der Antragstellerin und der Vario-Renta eingereichte Ordner.

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Sie richtet sich gegen die von der Antragsgegnerin verfügte Einstellung des Geschäftsbetriebs der Antragstellerin als Komplementärin der Vario-Renta entsprechend der Nr. I der Verfügung vom 13. August 2004. Bei dem im Beschwerdeantrag angeführten Datum des 16. August 2004 handelt es sich offensichtlich um ein Versehen. Das Verwaltungsgericht hätte das Verfahren in diesem Punkt nicht einstellen dürfen; es ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Beteiligten auch insoweit übereinstimmende Erledigungserklärungen abgegeben hätten. Es trifft zwar zu, dass hinsichtlich der Verfügung vom 13. August 2004 Erledigungserklärungen beider Beteiligten vom 9. Februar und 22. Februar 2005 vorliegen. Jedoch weist die Antragstellerin zur Begründung der Beschwerde zutreffend darauf hin, dass die Erklärungen nur insoweit rechtliche Wirksamkeit entfalten können, als ein Rechtsstreit über die Verfügung vom 13. August 2004 überhaupt anhängig geworden war. Dies war jedoch bis zum 22. Februar 2005 hinsichtlich der Nr. I der genannten Verfügung nicht der Fall. Sie war in dem Rechtsschutzantrag der Antragstellerin in seiner ursprünglichen Gestalt im Schriftsatz vom 27. Dezember 2004 nicht enthalten, sondern wurde erst durch den Antrag vom 19. April 2005 in das Begehren auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung einbezogen.

In Ausübung des ihm durch § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO eingeräumten Ermessens hält es der beschließende Senat aufgrund des nunmehr im zweiten Rechtszug anhängig gewordenen Antrags für angebracht, die aufschiebende Wirkung des von der Antragstellerin gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 13. August 2004 erhobenen Widerspruchs hinsichtlich der dort unter Nr. I verfügten Einstellung des Geschäftsbetriebs anzuordnen,

weil das dahingehende Interesse der Antragstellerin das von der Antragsgegnerin geltend gemachte öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der Verfügung überwiegt. Ebenso wie die in der Verfügung angeordnete Abwicklung der bereits getroffenen Geschäfte trifft auch die für die Zukunft verfügte Einstellung des Betriebs den Kern der geschäftlichen Tätigkeit der Antragstellerin. Dies gilt selbst für den Fall, dass die Vario-Renta zwischenzeitlich voll beendet und erloschen sein sollte. Anlass für diese Annahme gibt ein Beschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 19. Dezember 2005 – 67a IN 395/05 –, der in einem anderen Beschwerdeverfahren zur Kenntnis des Senats gelangt ist. Diesem Beschluss ist zu entnehmen, dass über das Vermögen der Aurelium aufgrund eines rechtskräftig gewordenen weiteren Beschlusses des Amtsgerichts Hamburg vom 15. August 2005 – 67a IN 190/05 – das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist. Da bei der hier streitbefangenen Kapitalanlage die von den Anlegern geleisteten Kommanditeinlagen von der Aurelium treuhänderisch gehalten werden, liegt es nahe, dass diese Gesellschaft als Treuhandkommanditistin zugleich einzige Kommanditistin ist. In diesem Falle würde die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen nach § 161 Abs. 2 i.V.m. § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 HGB zu ihrem Ausscheiden aus der Vario-Renta führen, falls nicht abweichende vertragliche Bestimmungen eingreifen. Mit dem Ausscheiden der Aurelium würde ihr Anteil am Gesellschaftsvermögen nach § 161 Abs. 2 i.V.m. § 105 Abs. 3 HGB und § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB der als einziger Gesellschafterin verbleibenden Komplementärin, also der Antragstellerin des vorliegenden Verfahrens, zuwachsen. Die Vario-Renta als Kommanditgesellschaft wäre damit ohne Liquidation voll beendet und erloschen. Das Interesse der Antragstellerin an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs wird hierdurch jedoch nicht in Frage gestellt. Es erscheint nämlich unter mehreren Gesichtspunkten möglich, dass sie nach erfolgreichem Abschluss des Beschwerdeverfahrens den aufgrund der Verfügung der Antragsgegnerin vom 13. August 2004 verbotenen Geschäftsbetrieb fortsetzt oder wieder aufnimmt. Zum einen ist es nicht ausgeschlossen, dass einzelne Anleger aufgrund einer ihnen durch den Gesellschaftsvertrag der Vario-Renta (Behördenakten – BA – Bl. 92 ff.) eröffneten Möglichkeit aus der bloßen Treugeberstellung in eine Kommanditistenstellung übergetreten sind (§ 5 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags). In diesem Falle bestünde die Vario-Renta nach einem etwaigen Ausscheiden der Aurelium zwischen der Antragstellerin als Komplementärin und den selbst als Kommanditisten in die Vario-Renta eingetretenen Anlegern fort. Überdies sieht § 26 Abs. 1c des Vertrages zwar

vor, dass ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, wenn über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Für den Fall, dass auf diese oder andere Weise die Treuhandkommanditistin ausscheidet, bestimmt § 26 Abs. 4 jedoch, dass die Treugeber in einer Gesellschafterversammlung oder durch schriftliche Abstimmung eine neue Treuhandkommanditistin wählen, die im Wege der Sonderrechtsnachfolge alle Rechte und Pflichten der ausgeschiedenen Treuhandkommanditisten übernimmt. Hier lässt sich der Wille der Vertragsschließenden erkennen, die Kommanditgesellschaft in jedem Falle fortzusetzen oder – wenn dies wie bei einer Vollbeendigung rechtlich nicht möglich sein sollte – neu zu gründen.

Dem daraus ersichtlichen bedeutenden Interesse der Antragstellerin an einer Fortführung des Betriebs stehen keine hinreichenden öffentlichen Interessen gegenüber, die es rechtfertigen könnten, von der Anordnung der aufschiebenden Wirkung abzusehen. Zwar haben nach § 49 des Kreditwesengesetzes - KWG - Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Maßnahmen der Antragsgegnerin, die wie im vorliegenden Fall auf der Grundlage des § 37 KWG getroffen werden, keine aufschiebende Wirkung. Deren Anordnung ist jedoch geboten, wenn wie hier durchgreifende rechtliche Zweifel an der Befugnis der Behörde zum Einschreiten bestehen. Nach § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG kann die Antragsgegnerin die sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs und die unverzügliche Abwicklung der Geschäfte anordnen, wenn ohne die nach § 32 KWG erforderliche Erlaubnis Bankgeschäfte betrieben oder Finanzdienstleistungen erbracht oder nach § 3 KWG verbotene Geschäfte betrieben werden. Der Inhalt der dem Senat als Grundlage für die hier zu treffende Entscheidung zur Verfügung stehenden Akten lässt nicht erkennen, dass eine dieser Voraussetzungen vorliegt. Dagegen sind die Ausführungen der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren geeignet, grundlegende und letzten Endes erhebliche Zweifel an der Genehmigungsbedürftigkeit der von der Antragstellerin als Komplementärin der Vario-Renta betriebenen Geschäfte zu wecken. Der Streitstoff unterscheidet sich dabei von dem, der dem Senat in dem von der Vario-Renta anhängig gemachten Beschwerdeverfahren 6 TG 3676/04 unterbreitet wurde und der die hinreichende Bestimmtheit des dort streitbefangenen Verwaltungsakts betraf.

Nach Lage der Akten ist davon auszugehen, dass es sich bei den genannten Geschäften um einen genehmigungsfreien Handel mit Finanzinstrumenten für eigene Rechnung nach

§ 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 KWG handelt. Die Anleger sind als Treugeber über die Aurellum als Treuhandkommanditistin an der Vario-Renta beteiligt. Gesellschaftsrechtliche Bedenken gegen die Wirksamkeit der Beteiligung sind nicht ersichtlich; insbesondere verfügen die Anleger über Mitgliedschaftsrechte, die ihnen eine Mitwirkung an der Willensbildung der Kommanditgesellschaft ermöglichen. Der von der streitbefangenen Verfügung betroffene Handel mit Finanzinstrumenten stellt sich daher als ein Eigengeschäft dar, das die Gesellschafter der Vario-Renta einschließlich der Treugeber in einer für Personengesellschaften typischen gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit betreiben. Eine Dienstleistung für andere (zu diesem Abgrenzungsmerkmal vgl. BR-Drs. 963/96 S. 66), d.h. zu Personen außerhalb des Kreises der Gesellschafter, liegt nicht vor. Die für die Anleger als Treugeber bestehende Rechtsstellung in der Kommanditgesellschaft schließt die Anwendung von Schutzvorschriften des Kreditwesengesetzes, die für Eigengeschäfte keine Geltung beanspruchen, aus. Im Einzelnen stellt sich die Rechtslage wie folgt dar:

Der beschließende Senat vermag sich der Würdigung der von der Vario-Renta betriebenen Geschäfte als Finanzkommissionsgeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG und damit als Bankgeschäfte durch die Antragsgegnerin nicht anzuschließen. Diese rechtliche Wertung sprengt nach Auffassung des Senats den vom Gesetz vorgegebenen Rahmen.

Durch einen Vergleich der heute geltenden Bestimmungen mit der in früheren Zeiten herrschenden Rechtslage wird deutlich, dass es sich bei den in § 1 Abs. 1 und 1a KWG aufgeführten Tatbestandsmerkmalen für Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen, die nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG der Erlaubnis bedürfen, um eine abschließende Aufzählung handelt. Die in dem heute geltenden Kreditwesengesetz enthaltenen Vorschriften gehen in ihrem Ursprung zurück auf das Reichsgesetz über das Kreditwesen vom 5. Dezember 1934 (RGBl. S. 1203), dem nach seinem § 1 Abs. 1 Satz 1 alle Unternehmungen unterlagen, die Bank- oder Sparkassengeschäfte im Inland betrieben (Kreditinstitute). Vier dieser Geschäfte führte § 1 Abs. 2 des Gesetzes auf, wobei der lediglich beispielhafte Charakter der Aufzählung durch das Wort "insbesondere" deutlich wurde. Zu den Geschäften gehörte die Anschaffung und Veräußerung von Wertpapieren für andere (§ 1 Abs. 1 Satz 2b). Auch in § 1 Abs. 3 aaO kam zum Ausdruck, dass der Begriff des Kreditinstituts nicht abschlie-

ßend durch den Betrieb der in § 1 Abs. 1 Satz 2 aufgezählten Geschäfte umrissen werden sollte. § 1 Abs. 3 des Gesetzes sah nämlich vor, dass die Reichsregierung andere Arten von Geschäften bezeichnen konnte, durch deren Betrieb eine Unternehmung Kreditinstitut im Sinne des Gesetzes wurde.

Diese Rechtslage erfuhr bereits durch das Gesetz über das Kreditwesen vom 10. Juli 1961 (BGBl. S. 881) eine erhebliche Veränderung. § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG 1961 enthielt nämlich eine abschließende Aufzählung der Bankgeschäfte, die nach § 32 Abs. 1 KWG 1961 einer Erlaubnis des damaligen Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen bedurften. Wie sich aus der Begründung des zugrunde liegenden Gesetzentwurfs ergibt, wollte der Gesetzgeber den Begriff des Bankgeschäfts durch eine erschöpfende Aufzählung klar abgrenzen, weil sich an die Eigenschaft als Kreditinstitut weitreichende Rechtsfolgen knüpften. Gleichwohl konnte der Bundesminister für Wirtschaft nach § 1 Abs. 1 Satz 3 KWG 1961 durch Rechtsverordnung weitere Geschäfte als Bankgeschäfte bezeichnen, wenn dies nach der Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung des mit dem Gesetz verfolgten Aufsichtszwecks gerechtfertigt war. Hiermit wollte der Gesetzgeber neuen Arten bankgeschäftlicher Betätigung, die sich herausbilden konnten und deren Überwachung geboten war, Rechnung tragen (vgl. hier BT-Drs. 3/1114, S. 27).

In der heute geltenden Fassung des Kreditwesengesetzes ist eine Verordnungsermächtigung nicht mehr enthalten. Dagegen ist es in § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG bei der abschließenden Aufzählung der Bankgeschäfte geblieben. Der Gesetzgeber hält es also auch heute erkennbar für geboten, den Begriff des Bankgeschäfts im Hinblick auf die damit verbundenen Rechtsfolgen klar abzugrenzen. Soweit sich gegenwärtig neuartige Formen bankgeschäftlicher Betätigung entwickeln, sind sie nur innerhalb der Tatbestände des § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG als Bankgeschäfte im Rechtssinne mit der Folge der Genehmigungsbedürftigkeit anzusehen. Tätigkeiten, die sich im Wege der Auslegung keinem der einzelnen Tatbestände zuordnen lassen, sind genehmigungsfrei. Eine Ausnahme bilden die in § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG genannten Finanzdienstleistungen, die aufgrund von Vorgaben aus dem Recht der Europäischen Gemeinschaft in das Kreditwesengesetz eingeführt wurden und nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG ebenfalls genehmigungspflichtig sind. Dabei ist jedoch her-

vorzuheben, dass auch die Finanzdienstleistungen in einem abschließenden Katalog einzelner Tatbestände aufgezählt werden.

Die Tatsachen, die sich den Akten entnehmen lassen, die der vorliegenden Entscheidung zu Grunde liegen, legen den Schluss nahe, dass es sich bei der Tätigkeit der Antragstellerin um einen Handel mit Finanzinstrumenten für eigene Rechnung, also um sog. Eigengeschäfte handelt. Die von der streitbefangenen Verfügung erfasste Tätigkeit besteht aus Geschäften, die die Antragstellerin als Komplementärin der Vario-Renta vornimmt. Es trifft zwar zu, dass das bei der betroffenen Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten eingesetzte Kapital von Dritten stammt. Diese Personen beteiligen sich jedoch in einer dem Gesellschaftsrecht unterliegenden Art und Weise mit Kommanditeinlagen an der Vario-Renta, wobei sie grundsätzlich nicht selbst als Kommanditisten nach außen - etwa im Handelsregister - in Erscheinung treten, sondern ihre Einlagen von der Aurelium als Treuhandkommanditistin halten lassen. Als Kommanditgesellschaft kann die Vario-Renta nach § 161 Abs. 2 i.V.m. § 124 Abs. 1 HGB unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, mithin auch mit Finanzinstrumenten für eigene Rechnung handeln. Dabei ist es zivilrechtlich ohne Belang, dass das als Kommanditeinlage eingebrachte Kapital aus der Hand von Treugebern stammt, während ein Treuhänder die Stellung des Kommanditisten einnimmt. Angesichts der das Recht der Kommanditgesellschaft beherrschenden Vertragsfreiheit bestehen gegen die Rechtsform der mit einem Treuhandverhältnis verbundenen Publikumsgesellschaft keine durchgreifenden Bedenken. Allerdings unterliegen der Gesellschaftsvertrag und die Treuhandabrede im Zivilrechtsstreit einer inhaltlichen Kontrolle durch die Gerichte, wenn die Gesellschafter keinen Einfluss auf die Zusammensetzung der Gesellschaft haben, weil sie sich mit dem Ziel einer kapitalmäßigen Beteiligung und mehr oder weniger zufällig zusammengefunden haben (vgl. BGH, Urteil vom 09.11.1987 – II ZR 100/87 – BGHZ 102, 172, 178 und Urteil v. 21.03.1988 – II ZR 135/87 – BGHZ 104, 50, 53 ff.). Hier ist es entscheidend, dass den Anlegern aus der nicht am gesetzlichen Leitbild orientierten Gestaltung des Gesellschaftsvertrags und aus ihrer nur mittelbaren Beteiligung keine Rechtsnachteile entstehen dürfen, die das Gleichgewicht der Rechte der an den Verträgen beteiligten Personen in Frage stellen (ähnlich für die stille Gesellschaft: BGH, Urteil v. 07.02.1994 – II ZR 191/92, BGHZ 125, 74, 79). Anhaltspunkte

dafür, dass die entsprechenden Verträge der Vario-Renta und der Aurelium mit den Anlegern unter diesem Gesichtspunkt als nichtig anzusehen wären, bestehen nicht.

Darüber hinaus lässt die aus den Akten ersichtliche Vertragsgestaltung auch nicht erkennen, dass eine verwaltungsrechtliche Genehmigungsbedürftigkeit vorläge. Dies gilt auch dann, wenn wirtschaftliche Gesichtspunkte und in diesem Zusammenhang der von dem Kreditwesengesetz unter anderem und an hervorragender Stelle verfolgte Zweck des Schutzes der Anleger ins Auge gefasst werden. Der Anlegerschutz erschiene besonders dann gefährdet, wenn der hier gewählten Rechtsform der Kommanditgesellschaft keine hinreichende gesellschaftsrechtliche Verbundenheit entspräche. Ähnlich wie bei der zivilrechtlichen Inhaltskontrolle der Gesellschaftsverträge und der Treuhandabreden ist es auch in diesem Zusammenhang entscheidend, dass den Anlegern ein hinreichendes Mitspracherecht bei der Tätigkeit der Gesellschaft und insbesondere im Verhältnis zum Treuhänder verbleibt (vgl. zur Bedeutung der Rechtsstellung der Gesellschafter bei der Abgrenzung zwischen genehmigungsfreiem Eigengeschäft und genehmigungspflichtiger Finanzdienstleistung: BVerwG, Urteil v. 22.09.2004 - 6 C 29.03 - Umdruck S. 13; zur zivilrechtlichen Bedeutung der Kontrolle der Leitungsorgane einer Gesellschaft durch die nur über einen Treuhänder an der Gesellschaft beteiligten Anleger: BGHZ 104, 50, 54 ff.). In dieser Hinsicht lassen die für die Tätigkeit der Antragstellerin, der Vario-Renta und der Aurelium maßgeblichen Verträge jedoch keine Mängel erkennen.

Die Grundlage für diese Würdigung findet sich zum einen im Gesellschaftsvertrag der Vario-Renta (Bl. 92 ff. BA), zum anderen in dem Treuhandvertrag, den die Anleger mit der Aurelium abschließen (Bl. 104 BA). Bemerkenswert ist zunächst, dass die Anleger jederzeit aus der bloßen Treugeberstellung in eine Kommanditistenstellung übertreten können (§ 5 Abs. 3 Gesellschaftsvertrag, § 8 Treuhandvertrag). Aber auch als Treugeber verfügen sie bei Gesellschafterbeschlüssen über ein eigenes Stimmrecht (§ 5 Abs. 2 und § 11 Gesellschaftsvertrag, § 6 Abs. 1 Treuhandvertrag). Treugeber, die mindestens 30 % des Gesellschaftskapitals vertreten, können überdies die Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung beantragen (§ 12 Abs. 2 Satz 2 Gesellschaftsvertrag). Die Anleger haben auch als bloße Treugeber Kontrollrechte, die ihnen ein Anrecht auf Mitteilung des Jahresabschlusses der Gesellschaft und die Möglichkeit der Einsicht in die Bücher

geben. Sie sind über alle wesentlichen Geschäftsvorgänge zu informieren (§ 2 Abs. 2 und § 9 Treuhandvertrag). Insgesamt haben die Anleger damit die Möglichkeit, auf verschiedenen Wegen auf die Willensbildung der Gesellschaft Einfluss zu nehmen. Eine Abweichung von zentralen und zwingenden gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen (vgl. hierzu Dreher, ZIP 2004, 2161, 2165, 2169) liegt nicht vor.

Mithin treten die Anleger der Vario-Renta nicht als außenstehende Geschäftspartner gegenüber, sondern sind mit ihr gesellschaftsrechtlich verbunden. Die ihnen durch ihre gesellschaftsvertraglich begründete Stellung gegebenen Mitwirkungsrechte lassen nicht erkennen, weshalb es unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des Kreditwesengesetzes und wirtschaftlicher Gesichtspunkte nötig sein sollte, die streitbefangenen Geschäfte der Vario-Renta entgegen den ihr durch § 161 Abs. 2 i.V.m. § 124 Abs. 1 HGB gegebenen Handlungsmöglichkeiten als Handel für fremde Rechnung zu betrachten. Vielmehr ist es geboten, die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten als Handel der Vario-Renta für eigene Rechnung im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 KWG anzusehen, während es sich verbietet, die Geschäfte als Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten lediglich im Namen der Kommanditgesellschaft, aber für fremde Rechnung, nämlich für die der Treugeber, im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG zu bewerten.

Auf Grund der vorstehenden Erwägungen ist es entbehrlich zu klären, ob sich die Auslegung des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG durch die Antragsgegnerin mit Abschnitt A Nr. 1 des Anhangs der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10.05.1993 über Wertpapierdienstleistungen (ABl. L 141, S. 27) vereinbaren ließe oder ob es hierzu einer nationalen Vorschrift bedürfte, die klar erkennen ließe, dass sie nicht der Umsetzung der Richtlinie dient, sondern auf Grund des autonomen Willens des nationalen Gesetzgebers die Anwendung der Bestimmungen der Richtlinie auf von ihr nicht erfasste Geschäfte ausdehnt (hierzu EuGH, Urteil v. 21.11.2002 – Rs C-356/00, WM 2003, 1113).

Eine Genehmigungsbedürftigkeit für die von der Antragstellerin betriebenen Geschäfte ergibt sich, soweit die vorliegenden Akten eine abschließende rechtliche Beurteilung erlauben, auch nicht unter anderen Gesichtspunkten. Entgegen der von dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main in neueren Entscheidungen in vergleichbaren Fällen mehrfach ver-

tretenen Auffassung liegt insbesondere kein Investmentgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 KWG vor. Das Kreditwesengesetz bezieht sich hier ausdrücklich auf die in § 7 Abs. 2 des Investmentgesetzes bezeichneten Geschäfte. Dabei handelt es sich um die dort beschriebenen Geschäfte von Kapitalanlagegesellschaften, nämlich zum einen die Verwaltung von Investmentvermögen, und zum anderen verschiedene in § 7 Abs. 2 Nr. 1 bis 7 InvG aufgezählte Dienstleistungen und Nebendienstleistungen. Der Begriff der Investmentvermögen wird in § 1 Satz 2 InvG als Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage, die nach dem Grundsatz der Risikomischung in Vermögensgegenständen im Sinne des § 2 Abs. 4 InvG angelegt sind, bestimmt. Kapitalanlagegesellschaften ihrerseits sind nach § 6 Abs. 1 Satz 1 InvG Kreditinstitute, deren Geschäftsbereich darauf gerichtet ist, Sondervermögen zu verwalten und die bereits angesprochenen Dienstleistungen oder Nebendienstleistungen nach § 7 Abs. 2 InvG zu erbringen. Als Sondervermögen bezeichnet das Investmentgesetz in § 2 Abs. 2 Investmentfonds, die von einer Kapitalanlagegesellschaft für Rechnung der Anleger nach Maßgabe dieses Gesetzes und den Vertragsbedingungen, nach denen sich das Rechtsverhältnis der Kapitalanlagegesellschaft zu den Anlegern bestimmt, verwaltet werden, und bei denen die Anleger das Recht zur Rückgabe der Anteile haben.

Es bedarf keiner näheren Klärung, inwiefern die beschriebenen Merkmale auf die von der Vario-Renta angebotenen Anlageformen zutreffen. Entscheidend ist, dass Kapitalanlagegesellschaften nach § 6 Abs. 1 Satz 2 InvG nur in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung betrieben werden dürfen und dass der Genehmigungstatbestand des Bankgeschäfts in Form des Investmentgeschäfts nach § 32 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 KWG durch die Verweisung auf § 7 Abs. 2 InvG sich ausdrücklich nur auf Geschäfte von Kapitalanlagegesellschaften, also von Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung, bezieht.

Es ist einzuräumen, dass sich die Notwendigkeit, für derartige Geschäfte eine Erlaubnis der Antragsgegnerin einzuholen, bei dieser Betrachtungsweise überflüssigerweise auf zwei Rechtsvorschriften stützen lässt, nämlich auf § 7 Abs. 1 Satz 1 InvG und auf die genannten Vorschriften des § 32 Abs. 1 Satz 1 und § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 KWG. Hierin mag man zu Recht einen systematischen Mangel im Nebeneinander beider Gesetze erblicken. Es ver-

bietet sich allerdings, dem § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG durch eine mit dem Investmentgesetz nicht in Einklang stehende Ausdehnung des Begriffs des Investmentgeschäfts einen zusätzlichen Anwendungsbereich im Bereich der Personenhandelsgesellschaften zu verschaffen, um der Vorschrift auf diese Weise neben § 7 Abs. 1 InvG eine eigenständige Bedeutung zu verleihen. Hiergegen spricht zunächst der bereits im Zusammenhang mit der Erörterung des Finanzkommissionsgeschäfts hervorgehobene abschließende Charakter der in § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG aufgeführten Bankgeschäfte. Mit einem in der Verwaltungspraxis möglicherweise deutlich werdenden Überwachungsbedürfnis lässt sich eine Ausdehnung des Genehmigungstatbestandes beim Investmentgeschäft ebensowenig wie beim Finanzkommissionsgeschäft begründen, weil auch hier zu berücksichtigen ist, dass sich der Gesetzgeber selbst erkennbar die abschließende Grenzziehung zwischen genehmigungsfreien und genehmigungsbedürftigen Geschäften vorbehalten hat. Dabei ist im vorliegenden Zusammenhang zu berücksichtigen, dass jedenfalls durch das Investmentgesetz als solches kollektive Anlageformen in Personenhandelsgesellschaften gerade nicht erfasst werden sollten, wie sich aus der Begründung des dem Gesetz zugrundeliegenden Regierungsentwurfs ergibt (BR-Drs. 609/03, S. 168). Unter diesen Umständen hätte die Erfassung solcher Anlageformen durch die in § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG enthaltene Aufzählung von Bankgeschäften in einer eindeutigeren und klareren Weise erfolgen müssen als gerade durch eine Verweisung auf die unter Nr. 6 der Bestimmung herangezogenen Geschäfte von Kapitalanlagegesellschaften im Sinne des Investmentgesetzes.

Die von der Vario-Renta betriebenen Geschäfte stellen sich schließlich auch nicht als genehmigungsbedürftige Finanzdienstleistungen in Gestalt des Eigenhandels für andere nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 4 KWG dar. Beim Eigenhandel in diesem Sinne tritt der Händler dem Kunden als Verkäufer oder Käufer von Finanzinstrumenten gegenüber und verpflichtet sich dementsprechend nach § 433 BGB dazu, den Kaufvertrag zu einem bestimmten Preis zu erfüllen. Bei dieser Vertragsgestaltung trägt der Eigenhändler das Risiko, sich am Markt zu einem höheren als dem mit dem Kunden vereinbarten Preis mit den gehandelten Finanzinstrumenten eindecken zu müssen oder hierfür einen geringeren Preis am Markt zu erzielen (vgl. Fülber in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 132; Oelkers, Der Begriff des „Eigenhandels für andere“ im KWG, WM 2001, 340 ff.). An einer solchen für den Abschluss von Kaufverträgen kennzeichnenden Vertragsgestaltung

fehlt es im Verhältnis zwischen der Vario-Renta und den als Treugebern der Aurelium auftretenden Anlegern.

Nach § 154 Abs. 1 VwGO hat die im Beschwerdeverfahren unterlegene Antragsgegnerin die Kosten des zweiten Rechtszuges zu tragen. Die für den ersten Rechtszug im vorliegenden Beschluss einheitlich gefasste Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Da das Verwaltungsgericht das Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin teilweise zu Unrecht abgelehnt hat, erscheint es angemessen, ihr nur 3/5 der Kosten und der Antragsgegnerin 2/5 aufzuerlegen.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1, § 52 Abs. 1 und § 53 Abs. 3 Nr. 2 GKG. Dabei lehnt sich der Senat an die von den Beteiligten nicht in Frage gestellte Festsetzung durch das Verwaltungsgericht für den ersten Rechtszug an.

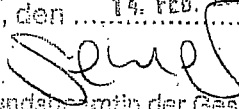
Dieser Beschluss ist nach § 152 Abs. 1 VwGO unanfechtbar.

Dr. Schulz

Fischer

Ehrmanntraut



Ausfertigt
Kassel, den 14. FEB. 2006

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Hess. Verwaltungsgerichtshofes