



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 8 C 37.09
VGH 6 A 1040/08

Verkündet
am 15. Dezember 2010
Hardtmann
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 15. Dezember 2010
durch die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. von Heimbürg,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Deiseroth und
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hauser, Dr. Held-Daab und
Dr. Kuhlmann

für Recht erkannt:

Das Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom
20. Mai 2009 wird aufgehoben.

Die Berufung der Kläger gegen das Urteil des Verwal-
tungsgerichts Frankfurt am Main vom 21. Februar 2008
wird zurückgewiesen.

Die Kläger tragen die Kosten des Berufungs- und des Re-
visionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Kläger wenden sich jeweils gegen einen Bescheid der Beklagten, den diese ihnen gegenüber wegen unerlaubten Betreibens des Einlagengeschäfts erlassen hat.
- 2 Die Kläger schlossen zwischen Mitte Juli 2003 und Ende Januar 2006 gemeinschaftlich sechzehn Darlehensverträge mit dreizehn Privatpersonen ab. Die einzelnen Darlehensbeträge beliefen sich auf Summen zwischen 5 000 € und

30 000 €. Insgesamt vereinnahmten die Kläger Gelder in Höhe von 213 000 €, die sie laut den Darlehensvereinbarungen zum Erwerb von Aktien verwenden wollten. In den Darlehensverträgen wurden u.a. eine jährliche Festverzinsung zwischen 6,5 % und 9 %, eine gewinnabhängige Zinserhöhung sowie eine Mindestlaufzeit der Darlehen vereinbart.

- 3 Mit gleichlautenden Bescheiden vom 10. August 2006 gab die Beklagte den Klägern jeweils gemäß § 37 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz - KWG) auf, das Einlagengeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG unverzüglich abzuwickeln, indem sie die Darlehen an die Einlagengläubiger zurückzahlten (I. der Verfügungen). Für den Fall der Nichtbefolgung dieser Anordnung wurde ein Zwangsgeld in Höhe von jeweils 25 000 € angedroht (II. der Verfügungen). Zudem wurde eine Gebühr von je 1 250 € festgesetzt (III. der Verfügungen). Unter Hinweis auf § 44c Abs. 1 KWG wurde den Klägern zudem aufgegeben, über die Art und Weise und den Umfang der Abwicklung zu berichten sowie die Rückzahlung der Darlehen zu belegen (IV. der Verfügungen). Für einen Verstoß gegen die Berichts- und Nachweispflicht wurde ein weiteres Zwangsgeld in Höhe von jeweils 25 000 € angedroht (V. der Verfügungen).
- 4 Die dagegen gerichteten Widersprüche der Kläger wies die Beklagte mit gleichlautenden Widerspruchsbescheiden vom 2. Oktober 2006 zurück.
- 5 Die Anfechtungsklagen der Kläger hat das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main mit Urteil vom 21. Februar 2008 abgewiesen. Die Voraussetzungen zum Erlass einer Abwicklungsanordnung nach § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG seien erfüllt. Die von den Klägern mit der Entgegennahme von Darlehen ausgeübte geschäftliche Tätigkeit stelle sich als Einlagengeschäft gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG dar, das im Sinne von § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG gewerbsmäßig betrieben werde. Die Beklagte habe auch ermessensgerecht entschieden. Die Abwicklung durch Rückzahlung der Einlagen sei als Regelfall vom Gesetzgeber intendiert. Den Klägern werde nichts rechtlich Unmögliches aufgegeben. Der Verstoß gegen die Erlaubnispflicht in § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG führe gemäß § 134 BGB zur Teilnichtigkeit der Darlehensverträge insoweit, als die Darle-

hensgeber die Belassung ihrer Einlage für eine bestimmte Zeit versprochen hätten. Das Vertrauen in die Stabilität des Finanzsystems wäre generell belastet, stünde die Fortsetzung verbotswidriger Bankgeschäfte zur Disposition der Vertragspartner. Die den Klägern aufgebene Berichts- und Nachweispflicht sei ebenso rechtlich unbedenklich wie die Zwangsgeldandrohungen und die Gebührenfestsetzung.

- 6 Auf die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof mit Urteil vom 20. Mai 2009 unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Bescheide der Beklagten vom 10. August 2006 und die Widerspruchsbescheide vom 2. Oktober 2006 aufgehoben. Die Abwicklungsanordnungen seien rechtswidrig und verletzen die Kläger in ihren Rechten. Hieraus folge auch die Rechtswidrigkeit der übrigen Verfügungen in den angegriffenen Bescheiden. Zwar seien die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG erfüllt. Die Beklagte habe aber das ihr in § 37 Abs. 1 KWG eingeräumte Ermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt. Wegen des vom Kreditwesengesetz neben dem Schutz der Integrität des Finanzplatzes Deutschland gleichrangig angestrebten Schutzes der Anleger dürfe die Anordnung der sofortigen Rückzahlung unerlaubt entgegengenommener Einlagen nicht ohne Beachtung der Anlegerinteressen und ohne Berücksichtigung der getroffenen zivilrechtlichen Vereinbarungen erfolgen. Die Beklagte habe das öffentliche Interesse an einer schnellen Beendigung unerlaubter Bankgeschäfte mit den privaten Belangen der Anleger abzuwägen und zu prüfen, ob unter ihrer Aufsicht und entsprechend ihren Weisungen eine zeitlich begrenzte Weiterführung der Geschäfte oder eine zeitlich gestaffelte Rückzahlung der Gelder in Betracht komme. Dabei müsse sie die zivilrechtlichen Gegebenheiten vollständig und richtig einschätzen. Diesen Anforderungen sei die Beklagte nicht gerecht geworden. Nicht zu folgen sei ihrer Auffassung, einer Berücksichtigung der aus dem Einlagengeschäft abgeleiteten vertraglichen Ansprüche und Interessen der Darlehensgläubiger bedürfe es schon deshalb nicht, weil die Darlehensverträge nach § 134 BGB (teil-)nichtig seien. Eine Gesamt- oder Teilnichtigkeit gemäß § 134 BGB liege nicht vor. Gegen eine Berücksichtigung der Anlegerinteressen lasse sich auch nicht einwenden, die Beklagte würde an einem effektiven Einschreiten gehindert, wenn sie die vertraglichen Vereinbarungen zu

beachten hätte. § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG ermächtigt sie auch zur Herbeiführung privatrechtsgestaltender Wirkungen durch Verwaltungsakt. Sie habe demnach bei ihrer Ermessensentscheidung die Wahl, die sofortige Rückzahlung der Einlage anzuordnen und den Anleger damit zu zwingen, auf eine vertragsgemäße Erfüllung zu verzichten, oder alternativ eine einvernehmliche Abwicklung zu gestatten. Von diesem Wahlrecht könne und müsse die Beklagte Gebrauch machen.

7 Die Beklagte hat die vom Verwaltungsgerichtshof zugelassene Revision eingelegt und rügt insbesondere eine Verletzung von § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG, § 40 VwVfG.

8 Sie beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 20. Mai 2009 die Berufung der Kläger gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 21. Februar 2008 zurückzuweisen.

9 Die Kläger beantragen,

die Revision zurückzuweisen.

10 Sie verteidigen das angefochtene Urteil.

II

11 Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Das angegriffene Urteil beruht auf der Verletzung von materiellem Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Zu Unrecht ist es darauf gestützt, die Beklagte habe das ihr in § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG eingeräumte Ermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt. Die Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO).

- 12 1. Der Verwaltungsgerichtshof hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG erfüllt sind. Nach dieser Regelung kann, wenn ohne die nach § 32 KWG erforderliche Erlaubnis Bankgeschäfte betrieben werden, die Beklagte die unverzügliche Abwicklung dieser Geschäfte gegenüber dem Unternehmen und den Mitgliedern seiner Organe anordnen. Einer Erlaubnis bedarf nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG, wer solche Geschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, im Inland betreiben will. Der Verwaltungsgerichtshof hat zu Recht ein gewerbsmäßiges Betreiben des Bankgeschäfts im Sinne von § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG durch die Kläger bejaht. Es liegt ein Bankgeschäft in Gestalt des Einlagengeschäfts nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG vor, weil sie im Sinne der 2. Alternative der Vorschrift durch die Entgegennahme der Darlehensbeträge unbedingt rückzahlbare Publikumsfelder angenommen haben. Dafür kommt es nicht darauf an, ob die Darlehensgeber zum „Freundes- oder Bekanntenkreis“ der Kläger gehörten; denn um Publikumsfelder handelt es sich schon dann, wenn die Geldgeber nicht verbundene Unternehmen sind (vgl. BTDruks 13/7142, S. 63). Das von den Klägern betriebene Einlagengeschäft ist auch als gewerbsmäßig zu qualifizieren. Ein Bankgeschäft wird gewerbsmäßig erbracht, wenn die Tätigkeit auf gewisse Dauer angelegt und auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist (vgl. Urteile vom 22. September 2004 - BVerwG 6 C 29.03 - BVerwGE 122, 29 <48> = Buchholz 451.61 KWG Nr. 19 S. 17 <32> und vom 22. April 2009 - BVerwG 8 C 2.09 - BVerwGE 133, 358 <Rn. 22> = Buchholz 451.61 KWG Nr. 24 S. 51 <Rn. 22>). Dies ist hier der Fall. Das Merkmal der Dauerhaftigkeit ist erfüllt, weil die Kläger über einen mehrjährigen Zeitraum wiederholt gleichartige Darlehensverträge abgeschlossen haben, deren Durchführung auf einen längeren Zeitraum ausgelegt ist. Ebenfalls rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht aus dem von den Klägern beabsichtigten Aktienerwerb und der vertraglich vereinbarten gewinnabhängigen Zinserhöhungsklausel (§ 3 des Darlehensvertrags) auf eine Gewinnerzielungsabsicht der Kläger geschlossen.
- 13 2. Bundesrechtswidrig ist jedoch die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, die gegenüber den Klägern erlassenen Abwicklungsanordnungen seien rechts-

widrig, weil die Beklagte das ihr eingeräumte Ermessen nicht entsprechend dem Zweck der Ermächtigung in § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG ausgeübt habe.

- 14 Die Ermessensentscheidung über die Anordnung der unverzüglichen Abwicklung erlaubniswidrig betriebener Bankgeschäfte oder erbrachter Finanzdienstleistungen nach § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG hat sich am Sinn und Zweck der Norm zu orientieren (vgl. § 40 VwVfG). Die dem angefochtenen Urteil zugrundeliegende Annahme, die Beklagte habe ermessensfehlerhaft gehandelt, indem sie die sofortige Rückzahlung der von den Klägern entgegengenommenen Einlagen ohne Beachtung des entgegenstehenden Interesses der Darlehensgläubiger an der Einhaltung der vertraglich getroffenen Fälligkeitsvereinbarungen angeordnet habe, wird dem nicht gerecht. Der Verwaltungsgerichtshof hat den Interessen der Darlehensgläubiger dadurch ein Gewicht beigemessen, das mit dem Normzweck nicht in Einklang steht. Denn der von § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG (auch) bezweckte Anlegerschutz ist nicht darauf ausgerichtet, das konkrete subjektive Interesse des einzelnen Anlegers zu berücksichtigen. Er dient vielmehr ausschließlich dem öffentlichen Interesse und ist auf einen objektivierten Schutz des Anlegerpublikums angelegt.
- 15 a) Nach seinem Wortlaut sieht § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG die Rechtsfolge der unverzüglichen Abwicklung der unerlaubten Geschäfte vor, ohne dass zusätzliche im Rahmen der Ermessensbetätigung zu berücksichtigende Erfordernisse normiert werden. Die Formulierung „unverzüglich“ lässt erkennen, dass die Maßnahme darauf gerichtet ist, die auf eine Vertragsdurchführung gerichtete Geschäftstätigkeit schnellst möglich zu beenden und eine umgehende Abwicklung der getätigten Geschäfte zu bewirken. Für die Annahme des Verwaltungsgerichtshofs, die Beklagte dürfe die sofortige Rückzahlung unerlaubt entgegengenommener Einlagen nicht ohne Beachtung entgegenstehender Anlegerinteressen und ohne Berücksichtigung der zwischen dem Unternehmen und den Anlegern geschlossenen zivilrechtlichen Vereinbarungen anordnen, gibt der Wortlaut des § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG nichts her. Solches lässt sich auch der Entstehungsgeschichte der Vorschrift nicht entnehmen (vgl. BTDrucks 13/7142 S. 36 und S. 91).

- 16 b) Regelungsziel der aufsichtsrechtlichen Befugnisnorm des § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG ist die Durchsetzung des Erlaubnisvorbehalts in § 32 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1 KWG durch die Möglichkeit, unerlaubte und verbotene Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen zu untersagen sowie die Abwicklung getätigter unerlaubter Geschäfte anzuordnen. Der Erlaubnisvorbehalt und damit gleichermaßen die daran anknüpfende Befugnisnorm dienen dazu, die Funktionsfähigkeit sowie die Integrität des Kredit- und Finanzmarkts zu schützen und damit die Stabilität des Finanzsystems zu wahren. Daneben bezwecken die Vorschriften auch den Ein- und Anlegerschutz (Urteile vom 27. März 1984 - BVerwG 1 C 125.80 - BVerwGE 69, 120 <125> = Buchholz 451.61 KWG Nr. 15 S. 18 <22>, vom 22. September 2004 a.a.O. S. 37 und 40 bzw. S. 23 und 25, vom 27. Februar 2008 - BVerwG 6 C 11.07 u.a. - BVerwGE 130, 262 <Rn. 44> = Buchholz 451.61 KWG Nr. 23 S. 31 <Rn. 44>, vom 22. April 2009 a.a.O. Rn. 26 und vom 24. Februar 2010 - BVerwG 8 C 10.09 - Buchholz 451.61 KWG Nr. 26 <Rn. 25>).
- 17 Der Ein- und Anlegerschutz nach § 37 Abs. 1 Satz 1, § 32 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG ist allerdings nicht darauf ausgerichtet, das subjektive Interesse des einzelnen Ein- oder Anlegers unter Berücksichtigung der von ihm mit dem betroffenen Unternehmen geschlossenen zivilrechtlichen Vereinbarungen in den Blick zu nehmen. Denn der Schutz der am Kredit- und Finanzmarkt als Ein- oder Anleger teilnehmenden Kunden erfolgt ausschließlich im öffentlichen Interesse, wie § 4 Abs. 4 des Gesetzes über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz - FinDAG - vom 22. April 2002 <BGBl I S. 1310>, zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes zur Umsetzung der geänderten Bankenrichtlinie und der geänderten Kapitaladäquanzrichtlinie vom 19. November 2010 <BGBl I S. 1592>), ausdrücklich klarstellt. Hiernach nimmt die Beklagte ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahr (so bereits § 6 Abs. 3 und später § 6 Abs. 4 KWG a.F.). Die Durchsetzung individueller Ansprüche fällt nicht in ihren Aufgabenbereich; privatrechtliche Ansprüche sind von ihr nicht zu prüfen (vgl. BTDrucks 14/7033 S. 34).

- 18 Der Ein- und Anlegerschutz ist mithin nicht individualisiert zu verstehen. Vielmehr wird der Kreis der Ein- und Anleger im Sinne eines Ein- und Anlegerpublikums in den Schutzzweck der §§ 37 Abs. 1 Satz 1, 32 Abs. 1 Satz 1 KWG einbezogen. Der einzelne Ein- oder Anleger wird durch die bankaufsichtsrechtliche Tätigkeit der Beklagten lediglich mittelbar - als bloße reflexartige Folgewirkung der im öffentlichen Interesse gegenüber den beaufsichtigten Unternehmen ergriffenen Maßnahmen - geschützt (vgl. BTDrucks 10/1441 S. 20).
- 19 Die zivilgerichtliche Rechtsprechung zur Qualifikation des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB (BGH, Urteil vom 21. April 2005 - III ZR 238/03 - NJW 2005, 2703 <2703 f.>) gibt keinen Anlass zu einer abweichenden Bewertung. Sie betrifft allein das zivilrechtliche Verhältnis der Betreiber von unerlaubten Bankgeschäften oder Finanzdienstleistungen zu ihren Kunden. Zur Frage, welche Funktion dem Ein- und Anlegerschutz im Rahmen des aufsichtsrechtlichen Verhältnisses der Beklagten zu den der Bankenaufsicht unterworfenen Unternehmen zukommt, verhält sich diese Rechtsprechung hingegen nicht.
- 20 Ebenso wenig fordert das europäische Unionsrecht ein anderes Normverständnis. Soweit für den Bankensektor ein Ein- und Anlegerschutz unionsrechtlich vorgegeben ist (vgl. z.B. Art. 5 sowie die Erwägungsgründe Nr. 5, 27, 46 und 57 der Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006, ABI EU Nr. L 177/1), steht dem eine mitgliedstaatliche Regelung nicht entgegen, wonach die Wahrnehmung aufsichtsrechtlicher Aufgaben nur im öffentlichen Interesse erfolgt (vgl. EuGH, Urteil vom 12. Oktober 2004 - Rs. C-222/02, Paul u.a. - Slg. 2004, I-9460 Rn. 47; BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 - III ZR 48/01 - BGHZ 162, 49 <59 f.>).
- 21 c) Systematische Erwägungen unterstützen das grammatikalisch und teleologisch gewonnene Auslegungsergebnis. Die Befugnis zur Abwicklungsanordnung nach § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG steht in unmittelbarem Sachzusammenhang mit der in derselben Vorschrift geregelten Anordnung der sofortigen Einstellung unerlaubter Geschäfte. § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG nennt die Maßnahme der Abwicklungsanordnung gleichrangig neben der Untersagungsverfügung,

ohne abweichende Anforderungen aufzustellen. Darin kommt zum Ausdruck, dass es im Interesse einer effektiven Bekämpfung unerlaubter Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen liegt, nicht allein die Fortsetzung der rechtswidrigen Geschäftstätigkeit mit sofortiger Wirkung zu unterbinden, sondern der Beklagten zugleich die Anordnung einer unverzüglichen Rückabwicklung der unerlaubten Geschäfte zu ermöglichen. In Bezug auf die Untersagung unerlaubter Geschäfte ist auf Grund des öffentlichen Interesses an einem Abstellen des rechtswidrigen Zustandes ein Einschreiten vorgezeichnet, wenn das ohne die erforderliche Erlaubnis tätige Unternehmen dem Ersuchen, die Geschäftstätigkeit einzustellen, nicht nachkommt (Urteile vom 22. September 2004 a.a.O. S. 49 bzw. S. 33 und vom 22. April 2009 a.a.O. Rn. 61 <insoweit nicht veröffentlicht in BVerwGE 133, 358>). Diesem Befund widerspricht ungeachtet der Frage, ob für die Abwicklungsanordnung gleichermaßen von einem vorgezeichneten Einschreiten auszugehen ist, die Annahme eines subjektivierten Ein- und Anlegerschutzes. Denn ein schnelles und wirksames Eingreifen, auf das § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG angelegt ist, wurde dadurch nachhaltig beeinträchtigt. Wäre die Beklagte gehalten, die Belange der Kunden des jeweiligen der Aufsicht unterworfenen Unternehmens vollständig und richtig einzuschätzen, also die Ein- oder Anlegerinteressen umfassend zu ermitteln, kann dies einen erheblichen Ermittlungsaufwand mit sich bringen oder - bei einer sehr großen Anzahl Betroffener - praktisch ausgeschlossen sein. Weitere praktische, ein effektives Eingreifen hindernde Schwierigkeiten können sich etwa ergeben, wenn die jeweiligen Kundeninteressen nicht homogen sind.

- 22 3. Die angegriffene Entscheidung beruht gemäß § 137 Abs. 1 VwGO auf der fehlerhaften Anwendung des § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG. Die Aufhebung der angefochtenen Bescheide ist darauf gestützt, die Abwicklungsanordnungen seien mangels ordnungsgemäßer Ermessensausübung rechtswidrig. Dieser Annahme liegt die wie dargelegt fehlerhafte Auslegung des von § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG verfolgten Zwecks zugrunde.
- 23 4. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO). Die gegenüber den Klägern erlassenen Abwicklungsanordnungen sind nicht aus anderen Gründen ermessensfehlerhaft und

damit rechtswidrig. Die weiteren Verfügungen in den angefochtenen Bescheiden lassen ebenfalls keine Rechtsfehler erkennen.

- 24 a) Die Beklagte hat von dem ihr nach § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG eingeräumten Ermessen in einer dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht und die rechtlichen Grenzen des Ermessens eingehalten (§ 40 VwVfG, § 114 VwGO). § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG verfolgt den Zweck, zur Sicherung der Stabilität des Finanzmarkts und zum Schutz des Anlegerpublikums den gesetzwidrigen Zustand unerlaubt betriebener Geschäfte nicht zu perpetuieren, sondern schnellstmöglich einen gesetzmäßigen Zustand wiederherzustellen. Dazu durfte die Beklagte hier die sofortige Rückzahlung der von den Klägern vereinnahmten Darlehensbeträge an die Darlehensgläubiger anordnen. Namentlich durfte sie davon ausgehen, mit dieser Maßnahme dem objektiv-rechtlich zu berücksichtigenden Belang des Anlegerschutzes hinreichend Rechnung zu tragen, weil ein Zuwarten und Dulden der weiteren Vertragsdurchführung mit der Gefahr einer Intensivierung des Ausfallrisikos behaftet sei. Die Beklagte war nicht verpflichtet, auf die - zumal rein spekulativen - Zinsgewinnerwartungen der Darlehensgläubiger Rücksicht zu nehmen. Denn § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG will das Vertrauen des Anlegerpublikums in die Sicherheit der Einlagen schützen. Die Vorschrift ist demgegenüber nicht darauf angelegt, das Interesse des einzelnen Vertragspartners zu sichern, dass sich eine mit der Einlage verbundene Gewinnerwartung erfüllt.
- 25 Die Anordnung der unverzüglichen Rückabwicklung der unerlaubt getätigten Darlehensgeschäfte ist auch nicht deshalb unverhältnismäßig, weil den Klägern im Hinblick auf die vertragliche Abrede einer Mindestlaufzeit und auf die vereinbarte Darlehenskündigungsklausel etwas rechtlich Unmögliches abverlangt würde. Die Beklagte durfte die Abwicklungsanordnungen ungeachtet der zwischen den Klägern und ihren Darlehensgläubigern getroffenen zivilrechtlichen Vereinbarungen erlassen.
- 26 Hierfür kommt es nicht darauf an, ob zivilrechtlich gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG von einer Gesamtnichtigkeit der Einlagengeschäfte auszugehen ist (z.B. Tettinger,

DStR 2006, 903 <903 f.>; offen gelassen von BGH, Urteil vom 21. März 2005 - II ZR 310/03 - NJW 2005, 1784 <1785>), ob eine auf die Fälligkeitsabrede beschränkte Teilnichtigkeit anzunehmen ist (vgl. z.B. Sack, in: Staudinger, BGB, Buch 1, Allgemeiner Teil 4, Neubearbeitung 2003, § 134 Rn. 258; Palm, in: Erman, BGB, Bd. I, 12. Aufl. 2008, § 134 Rn. 74; Mai, ZBB 2010, 222 <225 ff.>; in Verbindung mit einer Analogie zu § 15 Abs. 5 KWG: OVG Berlin, Beschluss vom 11. November 1983 - 1 S 16/83 - Beckmann/Bauer, Bankenaufsichtsrecht Entscheidungssammlung, § 37 Nr. 24 S. 42 <46>; Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rn. 1174) oder ob die Verträge vollumfänglich wirksam sind (z.B. Samm, in: Beck/Samm/Kokemoor, KWG, Bd. 2, Stand August 2010, § 32 Rn. 150, § 37 Rn. 51; Reischauer/Kleinhans, KWG, Bd. II, Stand Juni 2010, § 32 Rn. 9, § 37 Rn. 6; Fischer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 3. Aufl. 2008, § 32 Rn. 16). Dahinstehen kann hier auch, ob § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG, wie der Verwaltungsgerichtshof meint, zum Erlass privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte ermächtigt.

- 27 Bei der Abwicklungsanordnung nach § 37 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Maßnahme im aufsichtsrechtlichen Verhältnis der Beklagten zu dem betroffenen Unternehmen, die unabhängig von zivilrechtlichen Vereinbarungen im Vertragsverhältnis des Unternehmens zu dessen Kunden (Einlegern) ergehen kann. Denn die durch § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG eingeräumte Ermächtigung der Beklagten, das der Aufsicht unterworfenen Unternehmen öffentlich-rechtlich zur sofortigen Rückzahlung der Einlagen zu verpflichten, lässt den Bestand der zivilrechtlichen Vereinbarungen unberührt. Zwar mag die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zivilrechtlich zur Folge haben, dass sich das Leistungsverhältnis zwischen Unternehmen und Einlegern umgestaltet und sich die ursprünglichen Leistungsansprüche in Sekundäransprüche umwandeln. Dies ändert indes nichts daran, dass sie die vertraglichen Abreden als solche nicht beseitigt (zur Differenzierung zwischen öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeiten und zivilrechtlichen Vereinbarungen vgl. auch BGH, Urteil vom 24. Juli 2003 - IX ZB 4/03 - NJW-RR 2003, 1630 <1631>). Infolge dessen können etwaige Auswirkungen der Abwicklungsanordnung auf das Vertragsverhältnis zwischen Unternehmen

und Kunden dem Erlass der aufsichtsrechtlichen Maßnahme nicht entgegenstehen.

- 28 Die gegenüber den Klägern erlassenen Abwicklungsanordnungen erweisen sich auch im Übrigen als verhältnismäßig. Die Beklagte war insbesondere nicht gehalten, die Rückzahlungsanordnung der Höhe nach zu beschränken. Sie durfte vielmehr eine vollständige Rückzahlung sämtlicher Einlagen für erforderlich und angemessen halten. Soweit für den Fall, dass sich die Erlaubnispflicht aus dem Umfang des Geschäftsbetriebs ableitet, eine höhenmäßige Begrenzung der Rückzahlungsverpflichtung geboten sein kann (vgl. Urteil vom 25. Juni 1980 - BVerwG 1 C 13.74 - Buchholz 451.61 KWG Nr. 12), ist dies hier nicht einschlägig. Die Erlaubnispflicht des von den Klägern betriebenen Einlagengeschäfts ergibt sich aus dem Merkmal der Gewerbsmäßigkeit nach § 32 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 KWG, das anderen Kriterien folgt als das auf den Geschäftsumfang abstellende Erfordernis eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetriebs nach § 32 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 KWG.
- 29 b) Die Anordnung der Berichts- und Nachweispflicht nach Ziffer II der angegriffenen Bescheide ist ebenfalls rechtmäßig. Sie findet ihre Rechtsgrundlage in § 44 Abs. 1 Satz 1 KWG (vgl. Urteile vom 22. September 2004 a.a.O. S. 52 f. bzw. S. 35 f. und vom 22. April 2009 a.a.O. Rn. 63 <insoweit nicht veröffentlicht in BVerwGE 133, 358>).
- 30 Auch die Zwangsgeldandrohungen nach Ziffer II und V der Bescheide unterliegen keinen rechtlichen Bedenken. Sie finden ihre Rechtsgrundlage in § 17 FinDAG in der hier anzuwendenden Fassung des Art. 4b des Gesetzes zur Neuorganisation der Bundesfinanzverwaltung und zur Schaffung eines Refinanzierungsregisters vom 22. September 2005 (BGBl I S. 2809) i.V.m. § 11 Abs. 1, § 13 VwVG. Die Höhe der Zwangsgelder liegt mit jeweils 25 000 € im unteren Bereich des in § 17 Satz 4 FinDAG vorgegebenen Rahmens von bis zu 250 000 € und ist nicht unangemessen.
- 31 Die Gebührenfestsetzung nach Ziffer III der Bescheide entspricht § 14 Abs. 1 und 2 FinDAG i.V.m. § 2 Abs. 1 und Nr. 1.9 der Anlage zu § 2 Abs. 1 der Ver-

ordnung über die Erhebung von Gebühren und die Umlegung von Kosten nach dem Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDAGKostV) vom 29. April 2002 (BGBl I S. 1504, ber. S. 1847) in der bei Bescheiderlass geltenden Fassung des Art. 1 der Fünften Verordnung zur Änderung der FinDAGKostV vom 7. Februar 2006 (BGBl I S. 311). Die Festsetzung in Höhe von 1 250 € lässt angesichts des Gebührenrahmens von 1 000 bis 100 000 € keinen Rechtsfehler erkennen. Die Gebührenfestsetzung in den Widerspruchsbescheiden entspricht § 14 Abs. 1 FinDAG i.V.m. § 3 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 FinDAGKostV und ist mit einem Betrag von 300 € nicht unangemessen.

32 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Dr. von Heimburg

Dr. Deiseroth

Dr. Hauser

Dr. Held-Daab

Dr. Kuhlmann

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 100 000 € festgesetzt.

Dr. von Heimburg

Dr. Deiseroth

Dr. Hauser

Dr. Held-Daab

Dr. Kuhlmann

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Wirtschaftsverwaltungsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

FinDAG § 4 Abs. 4

KWG § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 32 Abs. 1 Satz 1, § 37 Abs. 1 Satz 1,
§ 44 Abs. 1 Satz 1

VwVfG § 40

BGB § 134

Stichworte:

Abwicklungsanordnung; Anlegerinteressen; Anlegerpublikum; Anlegerschutz; Bankgeschäft; Darlehen; Darlehensvertrag; Einlagengeschäft; Erlaubnispflicht; Ermessen; Ermessensausübung; Fälligkeitsabrede; gewerbsmäßig; Gewinnerzielungsabsicht; Nichtigkeit; Regelungszweck; Rückzahlung.

Leitsätze:

1. Der von § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG (auch) bezweckte Anlegerschutz ist nicht darauf ausgerichtet, das konkrete subjektive Interesse des einzelnen Anlegers zu sichern. Er erfolgt vielmehr ausschließlich im öffentlichen Interesse und ist auf einen objektivierten Schutz des Anlegerpublikums angelegt.

2. Bei der Abwicklungsanordnung nach § 37 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 32 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Maßnahme, die unabhängig von zivilrechtlichen Bestimmungen im Vertragsverhältnis zwischen dem der Aufsicht unterworfenen Unternehmen und dessen Kunden (Anlegern) ergehen kann.

Urteil des 8. Senats vom 15. Dezember 2010 - BVerwG 8 C 37.09

I. VG Frankfurt/Main vom 21.02.2008 - Az.: VG 1 E 5085/06 (1) -

II. VGH Kassel vom 20.05.2009 - Az.: VGH 6 A 1040/08 -