



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 8 C 2.09  
VG 1 E 4355/06 (V)

Verkündet  
am 22. April 2009  
Salli-Jarosch  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 22. April 2009  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Gödel,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Pagenkopf,  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. von Heimbürg,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Neumann und  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Hauser

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 5. Juli 2007 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz und Hauptverwaltung in St. Gallen. Sie wendet sich gegen einen Bescheid der Beklagten, der ihr Kreditgeschäft mit in Deutschland ansässigen Kunden als Betreiben eines erlaubnispflichtigen Bankgeschäfts im Inland einstuft, wegen fehlender Erlaubnis untersagt und die Abwicklung anordnet.
- 2 Die Klägerin verfügt in der Schweiz lediglich über eine Bewilligung zur Kreditvermittlung und unterliegt nicht der Eidgenössischen Bankenaufsicht. Sie vergibt Kleinkredite im Umfang von bis zu 3 500 € zum einen über das Internet, zum anderen über in der Bundesrepublik Deutschland tätige, selbstständige Kreditvermittler.
- 3 Von der deutschsprachigen Internetseite der Klägerin kann ein Antragsformular heruntergeladen werden, das als „Kreditgesuch“ überschrieben ist, die Vertragsbedingungen nennt und Angaben und Nachweise zur Identität und Bonität des Antragstellers verlangt. Es ist ausgefüllt per Post mit den beizufügenden Unterlagen an die Klägerin zu senden. Mit den inländischen Kreditvermittlern

schließt die Klägerin formularmäßige Provisionsverträge. Danach sind die Vermittler „weder Vertreter noch Bevollmächtigte“, verpflichten sich aber, „für“ die Klägerin nur Vermittlungsanträge zu bearbeiten, die deren Kreditrichtlinien entsprechen, und die Klägerin über alle für die Kreditgewährung wesentlichen persönlichen Umstände der Antragsteller zu informieren. Die Vermittler haften vertraglich für die Echtheit der Unterzeichnung der Kreditgesuche und für die sorgfältige Prüfung der Echtheit aller beigefügten Unterlagen.

- 4 Zunächst gewährte die Klägerin ihre Kredite nur deutschen Staatsbürgern mit Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland. Im Frühjahr 2003 erfuhr sie, dass die Beklagte dieses Kreditgeschäft nun - abweichend von der bisherigen Verwaltungspraxis - für erlaubnispflichtig hielt. Seither bietet die Klägerin ihre Kredite allen Arbeitnehmern an, die seit mindestens einem Jahr fest angestellt und nicht von laufenden Pfändungen oder Abtretungen betroffen sind. Rund 90 % der ca. 65 000 Darlehensforderungen mit einem Gesamtvolumen von rund 108 Mio. € resultieren aus Verträgen mit in Deutschland ansässigen Kunden.
- 5 Nach Anhörung mit Schreiben vom 22. Mai 2003 untersagte die Beklagte der Klägerin mit dem streitgegenständlichen Bescheid vom 22. August 2003, das Kreditgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 des Kreditwesengesetzes (KWG) gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordere, dadurch zu betreiben, dass die Klägerin in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Kunden, an die sie - auch unter Einschaltung von in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Kreditvermittlern - zielgerichtet herantrete, Gelddarlehen gewähre. Diese Kreditgeschäfte seien im Rahmen der geschlossenen Verträge schnellstmöglich abzuwickeln. Außerdem untersagte die Beklagte der Klägerin, für die Gewährung von Gelddarlehen gegenüber Kunden mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland zu werben. Zur Überprüfung der Abwicklung verlangte sie eine Aufstellung der für die Klägerin in Deutschland tätigen Kreditvermittler sowie eine halbjährlich zu aktualisierende Liste der Kreditnehmer aus Verträgen mit in Deutschland ansässigen Kunden. Daraus müsse auch die Höhe der bestehenden vertraglichen Forderungen hervorgehen. Für den Erlass der Verfügung erhob die Beklagte eine Gebühr von 5 000 €. Zur Begründung des Bescheides

fürte sie im Wesentlichen aus, eine Erlaubnispflicht für das Betreiben von Bankgeschäften nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG bestehe nicht nur bei physischer Präsenz des Kreditinstituts im Inland, sondern auch, wenn ein im Ausland ansässiges Unternehmen sich zielgerichtet an den Markt im Inland wende, um dort ansässigen Unternehmen oder Personen wiederholt und gewerbsmäßig Bankgeschäfte anzubieten. Das treffe auf die Klägerin zu, die sowohl über das Internet als auch über inländische Kreditvermittler gezielt an Kunden in Deutschland herantrete, um mit ihnen Kreditverträge abzuschließen. Die Untersagung dieses Geschäftsbetriebs und der Werbung dafür sei verhältnismäßig. Die Verpflichtung, Aufstellungen zu Verträgen und Kreditvermittlern vorzulegen, beruhe auf § 44c Abs. 1 KWG.

- 6 Dagegen erhob die Klägerin Widerspruch und suchte beim Verwaltungsgericht um vorläufigen Rechtsschutz nach. Am 11. November 2003 setzte die Beklagte die Vollziehung des angegriffenen Bescheides aus. Das Eilverfahren wurde mit Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 19. November 2003 - 9 G 4224/03 (V) - eingestellt. Mit Widerspruchsbescheid vom 18. Februar 2004 wies die Beklagte den eingelegten Widerspruch zurück.
- 7 Die Klägerin hat am 2. März 2004 Klage erhoben und vorgetragen, die Beklagte überdehne den Anwendungsbereich des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG. Außerdem missachte sie gemeinschafts- und völkerrechtliche Verpflichtungen, den Inlandsmarkt für grenzüberschreitende Dienstleistungen und Kapital auch aus Drittstaaten zu öffnen.
- 8 Nach Einholen einer Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2006 - Rs. C-452/04 - Slg. 2006, I-9521) hat das Verwaltungsgericht mit Urteil vom 5. Juli 2007, berichtigt durch Beschluss vom 26. Juli 2007, die Klage abgewiesen. Die Untersagungsverfügung sei rechtmäßig, weil die Klägerin ihr Kreditgeschäft ohne die erforderliche Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG im Inland betreibe. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift müsse das Inlandsmerkmal marktbezogen ausgelegt werden. Der Erlaubnisvorbehalt solle die Integrität des Kapital- und Finanzmarktes sichern. Dafür komme es weder auf den Sitz des Kreditinstituts noch auf dessen sonsti-

ge physische Präsenz im Inland an. Bankgeschäftliche Leistungen aus dem Ausland fielen unter den Erlaubnisvorbehalt, wenn ihr Angebot sich gezielt auf den Inlandsmarkt richte. Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Systematik des Gesetzes stünden dieser Auslegung nicht entgegen. Sie sei auch mit Gemeinschafts- und Völkerrecht vereinbar.

- 9 Mit der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Sprungrevision macht die Klägerin geltend, ihr Geschäft mit inländischen Kunden sei erlaubnisfrei. Das isolierte Kreditgeschäft dürfe nicht als Bankgeschäft i.S.d. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG eingeordnet werden, weil die Kreditgewährung gemeinschaftsrechtlich nur bei gleichzeitigem Betreiben des Einlagengeschäfts erlaubnispflichtig sei. Außerdem betreibe sie ihr Kreditgeschäft nicht im Inland. Dieses Merkmal sei instituts- oder geschäftsbezogen zu verstehen. Es setze voraus, dass der Betreiber im Inland physisch präsent sei und dort rechtsgeschäftliche Handlungen vornehme. Der Wortlaut der Regelung lasse weder eine Zielrichtung auf das Inland noch das Verursachen von Auswirkungen dort genügen. Nach § 53 KWG bestehe eine Erlaubnispflicht für ausländische Kreditinstitute nur, wenn sie Zweigstellen im Inland unterhielten. Die Werbung, die Vermittlung und die Anbahnung von Geschäften seien nach der Entstehungsgeschichte des § 53a KWG nicht erlaubnispflichtig. Das Erbringen grenzüberschreitender Dienstleistungen werde in § 53b KWG nur für Anbieter aus dem Europäischen Wirtschaftsraum und nur für den aktiven Dienstleistungsverkehr geregelt. Im Übrigen sei es erlaubnisfrei. Das gelte auch für die von § 53c KWG erfassten Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten wie der Schweiz. Andernfalls wäre § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 5 und 6 KWG überflüssig. Die verwaltungsgerichtliche Auslegung des Erlaubnisvorbehalts stehe auch in einem Wertungswiderspruch zu § 23 Abs. 1, § 25a Abs. 2 und § 32 Abs. 5 KWG sowie zu zahlreichen weiteren Vorschriften, wie etwa § 31 Abs. 10 und § 35 Abs. 2 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG), § 1 Abs. 1 des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) und § 16 Abs. 2 Nr. 2 des Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz - GwG) i.d.F. des Art. 2 des Gesetzes zur Ergänzung der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschebekämpfungsergänzungsgesetz - GwBekErgG) vom 13. August 2008 (BGBl I 1690).

- 10 Sinn und Zweck des Erlaubnisvorbehalts allein könnten die marktbezogene Auslegung nicht rechtfertigen. Das Kreditgeschäft lasse den Anlegerschutz unberührt. Der Verbraucherschutz werde vom Regelungszweck des Kreditwesengesetzes nicht umfasst. Das Schutzgut der Integrität und Funktionsfähigkeit des Bankensystems beziehe sich nur auf inländische Institute.
- 11 Die verwaltungsgerichtliche Auslegung des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG verstoße gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 20 Abs. 3 und Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz (GG) und gegen die Grundsätze der gemeinschafts- und völkerrechtskonformen Auslegung, da sie die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 56 ff. des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG) und die Verpflichtungen zur Marktöffnung nach dem General Agreement on Trade in Services (GATS) (BGBl II 1994 S. 1473) missachte.
- 12 Die Untersagungsverfügung verletze den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und sei ermessensfehlerhaft. Ihre Ziele ließen sich mangels Vollstreckungsmöglichkeiten im Ausland nicht durch ein Einschreiten gegen die Klägerin erreichen. Im Inland sei der Verbraucherschutz auch durch Warnungen und durch ein Vorgehen gegen die Kreditvermittler zu gewährleisten. Die übergangslose Untersagung der bisherigen Geschäftstätigkeit sei jedenfalls unzumutbar.
- 13 Die Klägerin beantragt,  
  
unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 5. Juli 2007 den Bescheid der Beklagten vom 22. August 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 18. Februar 2004 aufzuheben.
- 14 Die Beklagte beantragt,  
  
die Revision zurückzuweisen.
- 15 Sie verteidigt das angegriffene Urteil.

II

- 16 Die zulässige Sprungrevision der Klägerin hat keinen Erfolg. Das angegriffene Urteil verstößt nicht gegen Bundesrecht. Zutreffend hat das Verwaltungsgericht angenommen, dass die Kreditvergabe der Klägerin an inländische Kunden sowohl über im Inland tätige Kreditvermittler als auch über ihr Internetangebot ein erlaubnispflichtiges Betreiben eines Bankgeschäfts im Inland i.S.d. § 32 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz - KWG) darstellt und mangels Erlaubnis nach § 37 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 KWG untersagt werden durfte.
- 17 A. Nach § 37 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 KWG kann die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht die sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs und die unverzügliche Abwicklung dieser Geschäfte gegenüber dem Unternehmen und den Mitgliedern seiner Organe anordnen, wenn ohne die nach § 32 KWG erforderliche Erlaubnis Bankgeschäfte betrieben werden. Einer Erlaubnis bedarf nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG, wer solche Geschäfte gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs erfordert, im Inland betreiben will.
- 18 I. Das Verwaltungsgericht hat die Kreditvergabe durch die Klägerin zu Recht als Bankgeschäft i.S.d. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG eingeordnet.
- 19 1. Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG ist schon das Gewähren von Gelddarlehen oder Akzeptkrediten (Kreditgeschäft) als Bankgeschäft anzusehen, auch wenn nicht gleichzeitig das Einlagengeschäft nach Nr. 1 der Vorschrift betrieben wird. Nach dem Wortlaut und der Systematik der Regelung genügt das Betreiben eines der in § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG aufgezählten Geschäfte (Urteil vom 25. Juni 1980 - BVerwG 1 C 13.74 - Buchholz 451.61 KWG Nr. 12; VG Berlin, Urteil vom 19. August 1996 - VG 25 A 41.94 - WM 1997, 218, 221 f.). Das wird durch die Gesetzesmaterialien bestätigt (vgl. die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über das Kreditwesen vom 25. Mai 1959, BTDrucks 3/1114 S. 27).

- 20 2. Das Gemeinschaftsrecht verlangt keine Einschränkung des Anwendungsbereichs, die das isolierte Betreiben des Kreditgeschäfts nicht mehr als Bankgeschäft erscheinen ließe. Zwar setzt der gemeinschaftsrechtliche Begriff des Kreditinstituts nach Art. 4 Nr. 1 Buchst. a der Richtlinie 2006/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (Neufassung) - Bankenrichtlinie II - (ABI EG Nr. L 177 S. 1) das gleichzeitige Betreiben von Kredit- und Einlagen-geschäft voraus. Daraus folgt aber keine Pflicht zur gleichlautenden Begriffsbestimmung im nationalen Recht. Die engere gemeinschaftsrechtliche Definition des Kreditinstituts dient lediglich dazu, den Anwendungsbereich der Richtlinie einzugrenzen. Wie schon die Zweite Richtlinie des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG (89/646/EWG) - 2. Bankrechtskoordinierungsrichtlinie - (ABI EG Nr. L 386 S. 1) und die Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute - Bankenrichtlinie I - (ABI EG Nr. L 126 S. 1) hat die Bankenrichtlinie II zum Ziel, für den Teilbereich der Einlagenkreditinstitute (vgl. § 1 Abs. 3b KWG) und der als deren Tochtergesellschaften organisierten Finanzdienstleistungsinstitute eine Harmonisierung mitgliedstaatlicher Vorschriften und eine wechselseitige Anerkennung mitgliedstaatlicher Zulassungen zu gewährleisten.
- 21 Die Auffassung der Klägerin, jede nicht von der Richtlinie erfasste Bankgeschäftstätigkeit müsse erlaubnisfrei gestellt werden, widerspricht der Systematik und dem Sinn und Zweck der gemeinschaftsrechtlichen Regelung. Sie setzt keine Erlaubnisfreiheit grenzüberschreitender bankgeschäftlicher Tätigkeit voraus und strebt auch keine völlige Deregulierung an. Stattdessen gewährleistet sie ein gemeinschaftsrechtlich abgestimmtes Regulierungsniveau, um Zulassung und Aufsicht im Herkunftsstaat konzentrieren zu können. Nur wenn die Voraussetzungen einer Anerkennung der herkunftsstaatlichen Zulassung vorliegen, darf keine (weitere) Zulassung nach dem Recht des Aufnahmestaates verlangt werden. Dagegen sind die Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich nicht gehindert, für Institute wie die Klägerin, die ihren Sitz in einem Drittstaat haben



und nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, Erlaubnispflichten zu begründen oder beizubehalten (vgl. EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2006, a.a.O. Rn. 50; offen gelassen von VGH Kassel, Beschluss vom 21. Januar 2005 - 6 TG 1568/04 - WM 2005, 1123 <1124 ff.>). Die gegenteilige Annahme der Revision verkehrt die gemeinschaftsrechtliche Erleichterung des Marktzugangs für ausreichend beaufsichtigte Institute aus dem Europäischen Wirtschaftsraum in eine Zugangshürde und wendet die Privilegierung dieser Institute in eine sachlich nicht begründbare Diskriminierung gegenüber Anbietern aus Drittstaaten, bei denen vergleichbare aufsichtsrechtliche Standards nicht vorausgesetzt werden können, und die deshalb keine vergleichbare Gewähr für eine ordnungsgemäße Geschäftstätigkeit bieten.

- 22 II. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht ein gewerbsmäßiges Betreiben des Bankgeschäfts nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG bejaht. Dazu genügt, dass die Vergabe verzinslicher Kredite auf Gewinnerzielung ausgerichtet und auf gewisse Dauer angelegt ist (vgl. Urteil vom 22. September 2004 - BVerwG 6 C 29.03 - BVerwGE 122, 29 <48> = Buchholz 451.61 KWG Nr. 19). Wegen der gleichzeitigen Verwaltung von rund 65 000 Darlehensforderungen hat das Geschäft auch vollkaufmännischen Umfang (vgl. Urteil vom 25. Juni 1980 a.a.O.).
- 23 III. Die Annahme des Verwaltungsgerichts, die Klägerin betreibe das Kreditgeschäft im Inland, trifft sowohl für den Kreditvertrieb unter Einbeziehung der inländischen Kreditvermittler als auch für die Kreditvergabe aufgrund des Internetangebots zu. Allerdings bedarf die Auslegung des Betreibensbegriffs und des Inlandsmerkmals noch ergänzender Präzisierung, soweit das angegriffene Urteil allein auf die Zielrichtung des Angebots ausländischer Institute abstellt.
- 24 1. Ein Betreiben i.S.d. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG verlangt ein Handeln im eigenen Namen (Schäfer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 3. Aufl. 2008, § 1 Rn. 23). Darunter fällt das Anbieten von Krediten über den deutschsprachigen Internetauftritt der Klägerin ebenso wie die Kreditvergabe unter Einbeziehung inländischer Kreditvermittler. Deren Tätigkeit richtet sich erkennbar auf einen Vertragsschluss der Interessenten mit der Klägerin selbst.

- 25 a) Entgegen der Revision gehören zum Betreiben eines Bankgeschäfts nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG auch nicht allein der Abschluss und die Abwicklung der in Satz 2 der Regelung aufgezählten Rechtsgeschäfte, sondern bereits die wesentlichen zum Vertragsschluss hinführenden Schritte. So kann die Verbreitung konkreter Aufforderungen, ein Vertragsangebot abzugeben, ebenso genügen wie eine Vorprüfung der daraufhin gestellten Anträge.
- 26 Der Begriff des Betriebens ist dem allgemeinen Gewerberecht entlehnt. Dort erstreckt er sich über das rechtsgeschäftliche Handeln hinaus auch auf sonstige unternehmerisch-werbende Tätigkeiten, um eine effiziente Gewerbeaufsicht zu gewährleisten (vgl. Urteil vom 14. Juli 2003 - BVerwG 6 C 10.03 - Buchholz 451.20 § 35 GewO Nr. 70 m.w.N.; Beschluss vom 9. März 2004 - BVerwG 6 B 4.04 - GewArch 2004, 482). Entsprechend fordert der Regelungszweck des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG eine Auslegung des Betriebensbegriffs, die alle für die Vorbereitung und das Zustandekommen des konkreten Bankgeschäfts wesentlichen Schritte erfasst. Der Erlaubnisvorbehalt dient dazu, die Funktionsfähigkeit und die Integrität des deutschen Kredit- und Finanzmarkts und damit auch dessen Kunden zu schützen. Dieser Schutz erstreckt sich über die Liquiditätssicherung und den in § 6 Abs. 2 KWG genannten Anlegerschutz hinaus auf die volkswirtschaftlich wichtige Funktion der Kreditgewährung. So sollen Vorkehrungen auch gegen eine mangelhafte Kreditversorgung und den unerwarteten Entzug von Krediten getroffen werden (vgl. die Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes über das Kreditwesen vom 25. Mai 1959, BTDrucks 3/1114 S. 19 unter 1.). Dazu setzt der Erlaubnisvorbehalt nach § 32 Abs. 1 KWG nicht erst beim Abschluss einzelner Rechtsgeschäfte an, sondern erfasst die gesamte Geschäftstätigkeit einschließlich der Vorbereitung des konkreten Vertragsabschlusses.
- 27 Aus §§ 53, 53a KWG lässt sich kein Argument für eine engere, auf rechtsgeschäftliches Handeln beschränkte Auslegung des Betriebensbegriffs gewinnen. Beide Vorschriften treffen keine Aussage darüber, wie die erlaubnispflichtige Tätigkeit inländischer Zweigstellen ausländischer Unternehmen vom Tätigkeitsfeld bloß anzeigepflichtiger Repräsentanzen abzugrenzen ist. Das maßgebliche Kriterium ergibt sich allein aus § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG. Stellt die Tätigkeit der

inländischen Einrichtung sich als Teil des Betreibens eines Bankgeschäfts des ausländischen Instituts dar, greift der Erlaubnisvorbehalt ein. In diesem Fall ist die Einrichtung nach § 53 Abs. 1 KWG als erlaubnispflichtige Zweigstelle anzusehen. Beschränkt ihre Tätigkeit sich dagegen auf Maßnahmen im Vorfeld des Betreibens, ist sie als Repräsentanz nach § 53a KWG lediglich anzeigepflichtig.

- 28 Die Entstehungsgeschichte dieser Norm bestätigt, dass das Betreiben eines Bankgeschäfts nicht auf rechtsgeschäftliches Handeln beschränkt ist, sondern schon bei einer Einbeziehung in das Zustandekommen konkreter Verträge vorliegt (vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen vom 20. Mai 1975, BTDrucks 7/3657 S. 16). Eine Erlaubnisfreiheit aller dem Vertragsschluss vorausgehenden Schritte lässt sich entgegen der Auffassung der Revision auch nicht aus der Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 6. März 1997 herleiten. Dass eine Begründungserwägung neben der Werbung und der Vermittlung von Verträgen auch deren „Anbahnung“ für erlaubnisfrei hält (BTDrucks 13/7142 S. 66 unter ff), genügt dazu nicht. Die gegenteilige Ansicht der Klägerin überschätzt die Trennschärfe dieses Begriffs und verkennt den Stellenwert entstehungsgeschichtlicher Auslegung. Sie behandelt die Gesetzesbegründung als authentische Interpretation, statt sie dem Ertrag anderer Auslegungskriterien gegenüberzustellen. So zeigt ein Vergleich mit der aufsichtsrechtlichen Eingriffsermächtigung des § 37 Abs. 1 Satz 4 KWG, dass dieser die Einbeziehung in die Anbahnung von Verträgen der Einbeziehung in deren Abschluss oder Abwicklung gleichstellt.
- 29 Die Abgrenzung der wesentlichen, zum Vertragsschluss führenden Schritte von den erlaubnisfreien Aktivitäten im Vorfeld muss hier nicht abschließend geklärt werden. Das Zustandekommen eines Vertrages wird jedenfalls maßgeblich durch eine angebotsgleich konkretisierte, die Antragsprüfung vorstrukturierende Aufforderung zur Abgabe von Angeboten bestimmt. Gleiches gilt für Sachbearbeitungstätigkeiten wie die Vorprüfung von Anträgen anhand bestimmter Ablehnungskriterien.

- 30 b) Eine Aufforderung zur Abgabe von Angeboten ist angebotsgleich konkretisiert, wenn sie den wesentlichen Inhalt des Vertrages vorgibt. Erhebt sie darüber hinaus die vertragsrelevanten Daten, legt sie auch die Struktur der Antragsprüfung fest und bereitet die individuelle Annahmeentscheidung vor. Solche Offerten lassen dem Vertragspartner nur die Wahl, die vorgeschlagenen Bedingungen zu akzeptieren oder auf den Vertragsschluss zu verzichten. Ihr Verwender nutzt damit sämtliche Gestaltungsmöglichkeiten eines Angebots, ohne sich auf die Bindungswirkung einzulassen. Das ändert jedoch nichts an der prägenden Wirkung der Offerte für den nachfolgenden Vertragsschluss.
- 31 Das von der Klägerin verwendete Kreditgesuchs-Formular ist als solche Offerte einzuordnen. Sein Text enthält alle Bestandteile eines rechtsgeschäftlichen Angebots. Er konkretisiert sämtliche für den Kreditvertrag wesentlichen Abreden, nämlich die Kreditsumme, die Verzinsung, die Laufzeit und die Höhe der Raten. Darüber hinaus verlangt er die Mitteilung aller für den Vertragsschluss bedeutsamen persönlichen Daten. Gefordert werden nicht nur Angaben zur Individualisierung des Vertragspartners, sondern auch detaillierte Erklärungen zu den Voraussetzungen der Kreditwürdigkeit, nämlich zum Bestehen und der Dauer eines Beschäftigungsverhältnisses, dem Nettoverdienst sowie zu bestehenden Schulden, Lohnpfändungen oder -abtretungen und Unterhaltsverpflichtungen. Diese Angaben müssen durch Beifügen von Identitäts- und Bonitätsnachweisen belegt werden. Das ermöglicht eine rationelle Vorprüfung am Raster der von der Klägerin vorgegebenen Bonitätskriterien und bereitet die individuelle Entscheidung über die Annahme vor. Damit geht der Vordruck weit über eine bloße Werbung durch Darstellen und Anpreisen der Kredite hinaus.
- 32 Die Klägerin verbreitet dieses Kreditgesuchs-Formular über ihre deutschsprachige Internetseite. Sie hat den Text dort eingestellt, damit interessierte Nutzer ihn ausdrucken und als Antragsformular verwenden. Darüber hinaus verbreitet die Klägerin ihre Offerte auch über die ihr vertraglich verpflichteten Kreditvermittler, soweit diese das von ihr zur Verfügung gestellte Formular zur Vorbereitung konkreter Vertragsabschlüsse verwenden.

- 33 c) Unabhängig davon werden die Kreditvermittler für die Klägerin jedenfalls bankgeschäftlich tätig, indem sie die Vorprüfung von Kreditanträgen anhand von Kriterien übernehmen, die ihnen die formularmäßige Vermittlervereinbarung vorgibt.
- 34 Ziffer 3 der Vereinbarung verpflichtet die Vermittler, „für“ die Klägerin „nur Vermittlungen zu bearbeiten“, die deren Kreditrichtlinien entsprechen. Nach Ziffer 5 obliegt den Vermittlern, die Echtheit der Unterzeichnung des Kreditgesuchs und der beizufügenden Unterlagen zu prüfen. Ziffer 6 des Vertrages verlangt darüber hinaus, sämtliche die Kreditwürdigkeit betreffenden persönlichen Umstände der Antragsteller bis hin zur „ungeregelten Lebensführung“ zu beachten und der Klägerin mitzuteilen. Diese Vorprüfung für die Kreditgewährung relevanter Umstände stellt einen wesentlichen Schritt auf dem Weg zum Vertragsschluss dar. Sie entscheidet zwar nicht endgültig über die Annahme, nimmt aber bei negativem Ergebnis eine Ablehnung vorweg oder legt sie zumindest nahe. Soweit die Vermittler deshalb eine Antragsbearbeitung ablehnen, treffen sie sogar eine negative Vorauswahl.
- 35 Die vertragliche Einbeziehung der Kreditvermittler in das Zustandekommen konkreter Kreditverträge ist der Klägerin als Teil des Betreibens des eigenen Bankgeschäfts zuzurechnen. Dem steht nicht entgegen, dass die Vermittler vereinbarungsgemäß „weder Bevollmächtigte noch Vertreter“ der Klägerin sind. Da der Begriff des Betreibens nicht auf rechtsgeschäftliches Handeln beschränkt ist, kommt auch eine Zurechnung des Handelns Dritter nicht allein unter den Voraussetzungen rechtsgeschäftlicher Vertretung in Betracht. Es genügt, dass der Dritte auf Veranlassung des Betreibers oder mit dessen Willen in das Zustandekommen konkreter Bankgeschäfte einbezogen ist. Das Verbreiten konkreter Offerten im Namen des Betreibers und die Vorprüfung der Anträge gehen über eine erlaubnisfreie Vermittlung hinaus, weil diese auf den neutralen Nachweis von Abschlussgelegenheiten beschränkt ist (vgl. Vahldiek, a.a.O. § 53 Rn. 151 ff.). Auf die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder eine exklusive vertragliche Bindung des Dritten an das Kreditinstitut kommt es dabei nicht an. Dass § 2 Abs. 10 Satz 2 KWG dem Institut im letztgenannten Fall sämtliche Handlungen des vertraglich gebundenen Vermittlers zurechnet,

schließt eine Einzelzurechnung bei vertraglicher Übernahme bankgeschäftlicher Tätigkeiten nicht aus. Die Verpflichtungen müssen dem Dritten auch nicht ausdrücklich übertragen werden. Es genügt, dass er dem Betreiber vertraglich für ihre Nichterfüllung haftet. Entscheidend ist danach, dass die von der Klägerin verwendete Vermittlervereinbarung die Akquisitionstätigkeit der Vermittler an die Kreditrichtlinien der Klägerin bindet und wesentliche Teile der Antragsprüfung einschließlich der damit verbundenen Geschäftsrisiken auf die Vermittler abwälzt. Soweit sie ihnen die Prüfpflichten nicht ausdrücklich auferlegt, begründen ihre Haftungsregelungen entsprechende Obliegenheiten.

- 36 2. Die Klägerin betreibt das Kreditgeschäft i.S.d. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG auch im Inland. Dazu genügt, dass einem ausländischen Institut zurechenbare Teilakte des Betreibens eines Bankgeschäfts im Inland stattfinden. Das setzt weder einen inländischen Sitz des Instituts noch dessen sonstige physische Präsenz im Inland voraus. Erforderlich und ausreichend ist, dass wesentliche zum Vertragsschluss hinführende Schritte im Inland vorgenommen werden. Das kann sowohl durch im Inland tätige Dritte als auch mittels Telekommunikationsmedien geschehen.
- 37 a) § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG verlangt weder eine Beschränkung noch eine Konzentration der Geschäftstätigkeit auf das Inland. Der Tatbestand ist schon erfüllt, wenn ein ausländisches Institut Teilakte des Betreibens seines Geschäfts im Inland vornimmt oder durch Dritte vornehmen lässt. Das war bereits in der früheren Rechtsprechung und Literatur anerkannt (vgl. OVG Berlin, Beschluss vom 6. Juni 1979 - OVG I S 321/78 - in: Beckmann/Bauer, Bankaufsichtsrecht, § 53 Abs. 1 KWG Nr. 7; Samm, in: Beck/Samm/Kokemoor, Gesetz über das Kreditwesen - KWG, 135. Aktualisierung, Stand: Februar 2009, § 32 KWG Nr. 46 ff. m.w.N.). Kritik an diesem Ansatz (Samm, a.a.O. Rn. 49 f.; Hanten, WM 2003, 1412 <1415>) ist nur berechtigt, soweit im Inland tätige Dritte als „fiktive Zweigstellen“ behandelt wurden, obwohl sie nicht die entsprechenden organisatorischen Voraussetzungen erfüllten, sondern in anderer Weise in das Erbringen grenzüberschreitender Dienstleistungen einbezogen waren.

- 38 Der Einwand, ein Anknüpfen an inländische Teilakte sei wegen § 25a Abs. 2 KWG nicht mehr zulässig (Vahldiek, a.a.O. § 53 Rn. 26; Hanten, a.a.O.), greift nicht durch. § 25a Abs. 2 KWG begrenzt die Zulässigkeit von Aufgabenauslagerungen und stellt Anforderungen, die eine effiziente - mittelbare - Kontrolle der einlagernden Stellen ermöglichen sollen. Die Erlaubnispflicht der aus- wie einlagernden Stellen ergibt sich nach wie vor allein aus § 32 i.V.m. §§ 53 ff. KWG. Danach unterliegen einlagernde Stellen dem Erlaubnisvorbehalt nur, soweit sie Bankgeschäfte im eigenen Namen betreiben. Das auslagernde Kreditinstitut bleibt seinerseits erlaubnispflichtig, solange es selbst bankgeschäftlich tätig ist. Insbesondere lässt die Auslagerung unselbstständiger Teilaufgaben wie der Akquisition und der Antragsprüfung seine Erlaubnispflicht nicht entfallen. Ein Bankgeschäft wird - auch - am Ort der Ausführung wesentlicher Teilakte betrieben und kann nach dort geltendem Recht erlaubnispflichtig sein, ohne dass der Teilakt selbst als erlaubnispflichtiges Geschäft zu qualifizieren wäre.
- 39 b) Sowohl die Mitwirkung der Kreditvermittler am Zustandekommen konkreter Verträge als auch das Verbreiten des Kreditgesuchs-Formulars über das Internet sind als Teilakte des Betriebens eines Bankgeschäfts im Inland zu lokalisieren.
- 40 Die Kreditvermittler sind vertragsgemäß für die Klägerin im Inland tätig. Das gilt für die ihnen obliegende Vorprüfung der Kreditanträge ebenso wie für eine etwaige Verwendung des Kreditgesuchs-Formulars gegenüber ihren Kunden.
- 41 Das Verbreiten des Kreditgesuchs-Formulars über das Internet erfüllt als virtueller Marktauftritt der Klägerin im Inland ebenfalls das Ortsmerkmal des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG. Für die Lokalisierung einer per Telekommunikation unterbreiteten bankgeschäftlichen Offerte ist der Ort ihres bestimmungsgemäßen Zugangs maßgeblich. Das folgt aus dem Sinn und Zweck des § 32 KWG, den inländischen Kredit- und Finanzmarkt vor unseriösen oder nicht ausreichend beaufsichtigten ausländischen Anbietern zu schützen. Ob bei einer Verbreitung per Internet schon die Abrufbarkeit im Inland genügt, muss hier nicht geklärt werden (vgl. dazu Felke, Rechtsfragen des Kreditvertriebs über das Internet,

2003, S. 53, 55 m. Fn. 269 m.w.N.). Ein bestimmungsgemäßer Zugang der Mitteilung liegt jedenfalls vor, wenn ein im Inland abrufbarer Seiteninhalt konkret für inländische Internetnutzer bestimmt ist. Das erfordert keine ausdrückliche Umschreibung des Adressatenkreises. Es genügt ein gezielter Zuschnitt - auch - auf die inländische Zielgruppe. Der Einwand, mit dem Abruf einer im Ausland erstellten Seite begäben sich die inländischen Nutzer virtuell außerhalb des eigenen Staatsgebiets, verkennt, dass das Internet als Kommunikationsmittel keinen Gebietscharakter hat. Es ist weder exterritorialer Raum noch rechtsfreie Sphäre, die dem Geltungsanspruch nationaler Regelungen von vornherein entzogen wäre.

- 42 Nach den verwaltungsgerichtlichen Tatsachenfeststellungen, an die der Senat mangels Verfahrensrügen nach § 137 Abs. 2 VwGO gebunden ist, liegt ein bestimmungsgemäßer Zugang der Offerte im Inland vor. Die in Deutschland abrufbare, nicht mit einem disclaimer versehene deutschsprachige Internetseite der Klägerin lässt durch die Währungsangabe in Euro erkennen, dass das Kreditangebot für Kunden in deutschsprachigen Staaten der Europäischen Währungsgemeinschaft bestimmt ist. Dazu zählt neben Österreich auch die Bundesrepublik Deutschland. Die Verwendung der für das deutsche Bankensystem charakteristischen Bankleitzahl hat das Verwaltungsgericht revisionsrechtlich fehlerfrei als Indiz für einen Zuschnitt des Internetangebots auf den Inlandsmarkt gewertet. Diesen Zuschnitt bestätigt der Anteil der Verträge mit inländischen Kunden, der rund 90 % der Engagements beträgt.
- 43 c) Der Annahme, die Klägerin betreibe das Kreditgeschäft im Inland, steht schließlich nicht entgegen, dass sie ihren Sitz in einem Drittstaat hat und in der Bundesrepublik Deutschland weder eine Zweigstelle unterhält, noch Geschäftsbesuche vornimmt. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG setzt weder einen inländischen Sitz des Betreibers noch dessen dauernde oder vorübergehende physische Präsenz im Inland voraus. Dort können dem ausländischen Institut zurechenbare wesentliche, zum bankgeschäftlichen Vertragsschluss hinführende Schritte auch im Rahmen des Korrespondenzdienstleistungsverkehrs stattfinden, bei dem nicht der Anbieter, sondern nur die Dienstleistung selbst die Grenze zum Inland überquert. Ein bloßer Inlandsbezug einer auf das Ausland



beschränkten Geschäftstätigkeit genügt dagegen nicht, den Tatbestand des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG zu erfüllen.

- 44 Schon nach dem Wortlaut der Vorschrift bezieht die Ortsbestimmung „im Inland“ sich nicht auf den Betreiber, sondern auf das Betreiben des Bankgeschäfts. Dem entspricht die offene Formulierung des Subjekts („Wer ... betreiben will“). Die Gegenauffassung, die einen Inlandssitz für erforderlich hält (Samm, a.a.O. Rn. 40 m.w.N.), verkennt die Struktur des Erlaubnisvorbehalts. Die an § 32 KWG anknüpfende Untersagungsermächtigung in § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG stellt mit dem Gebrauch des Passivs ebenfalls nicht auf den Sitz oder Aufenthalt des Betreibers ab.
- 45 Die entstehungsgeschichtliche Erwägung, das Kreditwesengesetz gelte nicht für ausländische Kreditinstitute (BTDrucks 3/1114 S. 45 zu § 58 - jetzt: § 53 KWG), begründet keine Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs, sondern nur die Begrenzung der Aufsicht auf das Inlandsgeschäft. Dass dazu die Zweigstellen ausländischer Institute in § 53 Abs. 1 Satz 1 KWG als Inlandsinstitute fingiert und einer nach § 53 Abs. 2 KWG modifizierten Aufsicht unterworfen werden, rechtfertigt nicht die Annahme, das inländische Betreiben von Bankgeschäften ausländischer Institute sei nur bei Gründung einer Zweigstelle erlaubnispflichtig. § 53 KWG regelt keine Erlaubnispflicht, sondern setzt sie voraus. Sein Absatz 1 fingiert Zweigstellen als Inlandsinstitute, damit sie die für die Erlaubniserteilung erforderliche Voraussetzung eines inländischen Sitzes der Hauptverwaltung nach § 33 Abs. 1 Nr. 6 KWG erfüllen können. Gleichzeitig modifiziert § 53 Abs. 2 KWG die aufsichtsrechtlichen Pflichten der Zweigstellen-Institute mit Rücksicht auf ihre Abhängigkeit von der ausländischen Hauptniederlassung. Von diesem begrenzten Regelungsgehalt geht auch § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG aus, da er für die Erforderlichkeit einer Erlaubnis nur auf § 32 KWG, und nicht (auch) auf § 53 KWG verweist. Das Scheitern der Diskussionsentwürfe zu einer Neufassung des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG ist für die entstehungsgeschichtliche Auslegung unergiebig. Mangels belegbarer Äußerungen des Gesetzgebers bleibt unklar, ob die vom Bundesamt vorgeschlagene gesetzliche Konkretisierung des Betriebens im Inland wegen inhaltlicher Über-

einstimmung mit der bisherigen Regelung für überflüssig gehalten oder als unerwünschte Ausweitung abgelehnt wurde.

- 46 Aus dem systematischen Zusammenhang ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision weder eine Erlaubnisfreiheit grenzüberschreitender Bankdienstleistungen für Institute mit Sitz in einem Drittstaat (vgl. dessen Definition in § 1 Abs. 5a Satz 2 KWG), noch eine Erlaubnisfreiheit für Korrespondenzdienstleistungen schlechthin.
- 47 Aus § 53b Abs. 1 Satz 1 KWG ist beides nicht abzuleiten. Er setzt das gemeinschaftsrechtliche Konzept des „Europäischen Passes“ um und gestattet Instituten mit Sitz im Europäischen Wirtschaftsraum, die im Herkunftsstaat zugelassen sind und ausreichend beaufsichtigt werden, im Inland ohne (zusätzliche) Erlaubnis im Rahmen einer Zweigniederlassung oder im Wege des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs tätig zu werden. Der privilegierende Charakter dieser Regelung verbietet den Umkehrschluss, die grenzüberschreitende Tätigkeit von Drittstaats-Instituten, die keine vergleichbare Gewähr für eine seriöse und ordnungsgemäße Tätigkeit bieten, sei erst recht erlaubnisfrei. Dabei geht § 53b Abs. 1 Satz 1 KWG ausdrücklich davon aus, dass eine grundsätzlich erlaubnispflichtige bankgeschäftliche Tätigkeit im Inland auch im Wege des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs betrieben werden kann. Dieser aus Art. 49 f. EG entwickelte Begriff erfasst auch Korrespondenzdienstleistungen (vgl. Müller/Graff, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 49 EGV Rn. 33 ff.; Kluth, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 49 EGV Rn. 24 ff.; Ohler, WM 2002, 162 <165>). Aus den Gesetzesmaterialien zu § 53b KWG ergibt sich für die Begriffsverwendung im Kreditwesengesetz nichts Abweichendes (vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das Kreditwesen und anderer Vorschriften über Kreditinstitute vom 8. Oktober 1992 (BTDrucks 12/3377 S. 42 f.) und die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 6. März 1997 (BTDrucks 13/7142 S. 96), der die aktive Form grenzüberschreitender Dienstleistungen hervorhebt, andere Formen aber nicht ausschließt.) Nur die von der passiven Dienstleistungsfreiheit gedeckte „Nut-

zung im Ausland“, bei der inländische Kunden den Anbieter im Ausland aufsuchen, um seine Leistung in Anspruch zu nehmen, kann das Inlandsmerkmal nicht erfüllen. Diese Auslegung entspricht auch dem Regelungszweck des Gesetzes. Der Schutz des inländischen Kredit- und Finanzmarkts vor unseriösen oder nicht ausreichend beaufsichtigten Anbietern knüpft an den Absatz von Leistungen im Inland an. Unerheblich ist dagegen, ob dieser auf eine aktiv grenzüberschreitende Tätigkeit zurückzuführen ist oder auf die Nutzung von Telekommunikationsmedien, die ein Aufsuchen des Geschäftspartners überflüssig machen.

- 48 Entgegen der Auffassung der Revision zwingt auch die - unverbindliche - Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen über den freien Dienstleistungsverkehr und das Allgemeininteresse in der Zweiten Bankenrichtlinie (97/C 209/04) (ABI EG Nr. C 209 S. 6) nicht dazu, § 53b KWG eine Erlaubnisfreiheit von Korrespondenzdienstleistungen zu entnehmen. Gegenstand der Mitteilung ist ausdrücklich nicht die Reichweite des Erlaubnisvorbehalts, sondern nur der Umfang der Mitteilungspflicht nach Art. 20 Abs. 1 der Zweiten Bankrechtskoordinierungsrichtlinie (vgl. nunmehr Art. 28 Abs. 1 der Bankenrichtlinie II und § 53b Abs. 2a KWG). Danach hat jedes Kreditinstitut, das beabsichtigt, seine Tätigkeiten erstmals im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats im Wege des freien Dienstleistungsverkehrs auszuüben, der zuständigen Behörde des Herkunftsmitgliedstaats diejenigen unter die gegenseitige Anerkennung fallenden Tätigkeiten mitzuteilen, die es ausüben möchte. Die Kommission schlägt vor, diese Mitteilungspflicht auf Fälle aktiver grenzüberschreitender Dienstleistung zu beschränken, bei denen die vertragstypische Leistung vor Ort erbracht wird. Sie verwarft sich jedoch ausdrücklich dagegen, daraus eine entsprechende Einschränkung des Anwendungsbereichs der gegenseitigen Anerkennung mitgliedstaatlicher Zulassungen und der herkunftsstaatlichen Kontrolle abzuleiten (ABI EG Nr. C 209 S. 6 <8>). So begründet sie ihren weiteren Vorschlag, jede Form der Werbung und jedes Angebot von Korrespondenzdienstleistungen von der Verpflichtung zur vorherigen Mitteilung zu befreien (a.a.O. S. 8 f.), nur mit einem Vereinfachungsinteresse, und nicht mit Auslegungsargumenten. Art. 37 der Richtlinie bestätigt, dass deren Anwendungsbereich sich auch auf Korrespondenzdienstleistungen erstreckt. Er gestattet Kreditinstituten mit Sitz in einem

Mitgliedstaat, ihre Dienstleistungen über alle verfügbaren Kommunikationskanäle im Aufnahmemitgliedstaat anzubieten.

- 49 Für Drittstaats-Institute bestätigt § 53c Nr. 1 KWG die Erlaubnispflicht grenzüberschreitender Bankgeschäftstätigkeit im Inland. Er erlaubt ein Erstrecken der - privilegierenden - Regelungen über die grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit von Unternehmen mit Sitz im Europäischen Wirtschaftsraum auf Drittstaats-Unternehmen nur, soweit die Bundesrepublik dazu aufgrund gemeinschaftlicher Abkommen verpflichtet ist und eine Zulassung im Herkunftsstaat sowie eine ausreichende Aufsicht gewährleistet sind.
- 50 d) Entgegen der Revision steht die Annahme, Bankgeschäfte könnten im Wege grenzüberschreitender Korrespondenzdienstleistungen im Inland betrieben werden und nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG erlaubnispflichtig sein, auch nicht in unauflösbarem Widerspruch zu sonstigen gesetzlichen Regelungen.
- 51 § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 5 und 6 KWG, der die Vermittlung von Einlagengeschäften mit Drittstaats-Unternehmen und die Besorgung von Zahlungsaufträgen als erlaubnispflichtige Finanzdienstleistungen qualifiziert, lässt nicht auf eine prinzipielle Erlaubnisfreiheit etwa vermittelter grenzüberschreitender Geschäfte schließen. Ob er eine Erlaubnisfreiheit nicht von der Regelung erfasster Vermittlungstätigkeiten nahelegt, kann offen bleiben, da die Tätigkeit der Kreditvermittler hier nicht auf eine bloße Vermittlung beschränkt ist.
- 52 Aus § 1 Abs. 1 Satz 1 des Außenwirtschaftsgesetzes (AWG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 26. Juni 2006 (BGBl I S. 1386), geändert durch Art. 10 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Finanzverwaltungsgesetzes und anderer Gesetze vom 13. Dezember 2007 (BGBl I S. 2897, 2902), folgt keine Erlaubnisfreiheit grenzüberschreitender bankgeschäftlicher Leistungen durch Drittstaats-Institute. Nach § 1 Abs. 2 AWG lässt der Grundsatz der Freiheit des Waren-, Dienstleistungs-, Kapital-, Zahlungs- und sonstigen Wirtschaftsverkehrs mit fremden Wirtschaftsgebieten Vorschriften in anderen Gesetzen unberührt. Dazu gehören die Regelungen des Kreditwesengesetzes, soweit sie die Betätigung von Gebietsfremden im deutschen Wirtschaftsraum den gleichen Be-

schränkungen unterwerfen wie diejenige von Gebietsansässigen (vgl. den Regierungsentwurf des Außenwirtschaftsgesetzes vom 15. Oktober 1959, BTDrucks 3/1285 S. 233). Das trifft auf den Erlaubnisvorbehalt für das Betreiben von Bankgeschäften im Inland nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG zu.

- 53 Ein systematischer Widerspruch zu § 32 Abs. 5 KWG und § 16 Abs. 2 Nr. 2 Geldwäschegesetz (GwG) ist nicht zu erkennen. Diese Vorschriften betreffen die Führung eines Institutsregisters bzw. die laufende Aufsicht der Bundesanstalt über Inlandsinstitute und als solche fingierte Zweigstellen ausländischer Unternehmen. Indem die Klägerin daraus auf eine Begrenzung des Erlaubnisvorbehalts auf solche Institute schließt, verkennt sie den Unterschied zwischen Erlaubnispflicht und Erlaubnisfähigkeit. Erstere erstreckt sich nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG auf jedes - auch grenzüberschreitende - Betreiben von Bankgeschäften und jedes Erbringen von Finanzdienstleistungen im Inland, gleich ob durch in- oder ausländische Institute. Erlaubnisfähig ist eine danach erlaubnispflichtige Geschäftstätigkeit nach § 33 Abs. 1 Nr. 6 KWG jedoch nur, wenn das betreffende Institut seine Hauptverwaltung im Inland hat. Das wird bei ausländischen Instituten durch die Fiktion ihrer Zweigstellen als Inlandsinstitute nach § 53 Abs. 1 KWG gewährleistet. Die grenzüberschreitende Tätigkeit ausländischer Institute außerhalb von Zweigniederlassungen ist gesetzlich nur unter den Voraussetzungen der §§ 53b f. KWG zulässig, und im Übrigen nach dem Willen des Gesetzgebers weder erlaubnisfrei noch erlaubnisfähig. Soweit sie zulässig ist, erübrigt sich ein Erstrecken der Inlandsaufsicht auf die ausländischen Institute wegen der in §§ 53b f. KWG vorausgesetzten ausreichenden Aufsicht im Herkunftsstaat.
- 54 § 31 Abs. 10 und § 35 Abs. 2 des Gesetzes über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz - WpHG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl I S. 2708), jeweils zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission (Finanzmarkttrichtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 16. Juli 2007 (BGBl I S. 1330), lassen keine Rückschlüsse auf die Reichweite des Erlaubnisvorbehalts gegenüber Drittstaats-Instituten zu. Nach § 31 Abs. 10 WpHG gelten die in § 31 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 bis 9, §§ 31a, 31b, 31d und

31e WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen normierten Verhaltensregeln entsprechend für Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat, die Wertpapierdienstleistungen oder Wertpapiernebenleistungen gegenüber Kunden mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland oder einer inländischen Geschäftsleitung erbringen, sofern nicht die Wertpapierdienstleistung oder Wertpapiernebenleistung einschließlich der damit im Zusammenhang stehenden Nebenleistungen ausschließlich in einem Drittstaat erbracht wird. Diese Umschreibung des persönlichen Anwendungsbereichs der Analogie kann wegen der Verschiedenheit des Regelungszwecks und der Regelungssystematik nicht zur Begrenzung des Inlandsmerkmals in § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG herangezogen werden. § 31 Abs. 10 WpHG soll klarstellen, dass Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat, soweit sie im Wege des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs im Inland tätig sind, denselben Verhaltensregeln unterliegen wie inländische Institute und Zweigstellen ausländischer Unternehmen. Dabei wird die Zulässigkeit der Inlandstätigkeit nach den dafür einschlägigen Regeln vorausgesetzt, ohne deren Auslegung zu präjudizieren. Eine Anerkennung herkunftsstaatlicher Zulassungen oder gar eine völlige Erlaubnisfreiheit der grenzüberschreitenden Geschäftstätigkeit von Drittstaats-Instituten ist § 31 Abs. 10 WpHG nicht zu entnehmen. Der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung bleibt vielmehr auf Unternehmen aus dem Europäischen Wirtschaftsraum im Rahmen des „Europäischen Passes“ beschränkt (vgl. den Regierungsentwurf des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission <Finanzmarkt-Richtlinie-Umsetzungsgesetz> vom 12. Januar 2007, BTDrucks 16/4028 S. 65 zu Buchst. d). Auch § 35 Abs. 2 WpHG, der aufsichtsrechtliche Befugnisse der Bundesanstalt gegenüber Drittstaats-Unternehmen regelt, setzt eine Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Geschäftstätigkeit nach den einschlägigen Vorschriften voraus. Insoweit kann auf die Ausführungen zu § 32 Abs. 5 KWG und § 16 Abs. 2 Nr. 2 GwG Bezug genommen werden.

- 55 e) Die Annahme, ein Bankgeschäft könne auch im Wege des Korrespondenzdienstleistungsverkehrs i.S.d. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG im Inland betrieben werden, steht auch mit dem Grundgesetz, dem Gemeinschaftsrecht und dem von

der Klägerin angeführten Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen in Einklang.

- 56 Diese Auslegung verstößt nicht gegen verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsätze. Eine Verletzung des Art. 103 Abs. 2 GG scheidet aus, weil die Anwendung des Erlaubnisvorbehalts hier nicht den Straftatbestand des § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG ausfüllen, sondern nur das aufsichtsrechtliche Einschreiten rechtfertigen soll. Ein verwaltungsrechtlicher Erlaubnistatbestand, auf den eine Strafvorschrift Bezug nimmt, unterliegt den Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG nur, soweit er zur Ausfüllung der strafrechtlichen Blankettnorm herangezogen und damit selbst zum Teil der Strafrechtsnorm wird (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 5. April 2006 - 1 BvR 2780/04 - NJW 2006, 3340 <3341>).
- 57 Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot und der Vorbehalt des Gesetzes nach Art. 20 Abs. 3 GG sind ebenfalls nicht verletzt. Das Tatbestandsmerkmal des Betreibens im Inland ist hinreichend bestimmt, weil es auslegungsfähig ist und sein möglicher Wortsinn der Interpretation eine hinreichend klare Grenze zieht. Der Vorwurf der Revision, das Verwaltungsgericht habe eine eindeutige gesetzgeberische Entscheidung durch eine judikative, im Gesetzgebungsverfahren nicht erreichbare Lösung ersetzt, entbehrt angesichts divergierender Auffassungen zur Auslegung des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG jeder Grundlage.
- 58 Die Annahme, Geschäfte könnten im Inland auch ohne Sitz oder physische Präsenz des Anbieters durch Einbeziehen rechtlich selbstständiger Dritter oder die Nutzung von Telekommunikationsmedien betrieben werden, ist auch mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Für die grundsätzliche Einbeziehung von Korrespondenzdienstleistungen in den Erlaubnisvorbehalt kann auf die Ausführungen zum Begriff der grenzüberschreitenden Dienstleistungen und zur oben zitierten Mitteilung der Kommission verwiesen werden. Hinsichtlich der Erlaubnispflicht grenzüberschreitender Bankgeschäftstätigkeit von Drittstaats-Instituten wie der Klägerin hat der Europäische Gerichtshof im Vorlageverfahren mit Urteil vom 3. Oktober 2006 (a.a.O. Rn. 25, 46 ff., 49) geklärt, dass eine

Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 f. EG und auf die nur reflexartig beeinträchtigte Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 56 ff. EG ausscheidet.

- 59 Ein Völkerrechtsverstoß liegt ebenfalls nicht vor. Das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services - GATS - BGBl II 1994 S. 1473, 1643) zählt nicht zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts i.S.d. Art. 25 Satz 1 und 2 GG (vgl. BFH, Beschluss vom 17. November 2004 - I R 75/01 - BFH/NV 2005, 690 f.; VGH Mannheim, Urteil vom 8. Mai 2008 - 2 S 2163/06 - juris Rn. 34). Der Grundsatz völkerrechtsfreundlicher Interpretation (Rojahn, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 24 Rn. 2 f.) steht der Annahme eines Erlaubnisvorbehalts für grenzüberschreitende Bankgeschäfte nicht entgegen. Er ist jedenfalls vom Grundsatz des prudential carve-out nach Art. XIV GATS i.V.m. Abschn. 2 Buchst. a der Anlage zu Finanzdienstleistungen gedeckt. Dieser Grundsatz gestattet verhältnismäßige Beschränkungen des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs zum Schutz von Gemeinwohlzielen wie der Integrität und Stabilität des inländischen Kredit- und Finanzmarkts (vgl. Art. VI Abs. 1 GATS). Der Erlaubnisvorbehalt widerspricht auch nicht den Pflichten, die sich aus der dem GATS angefügten Vereinbarung über Verpflichtungen bei Finanzdienstleistungen ergeben. Ihr Abschnitt B Nr. 3 verlangt nur die in § 32 Abs. 1 KWG verwirklichte Gleichstellung Nichtgebietsansässiger mit Inländern. Abschnitt B Nr. 4 Buchst. c i.V.m. Abschnitt 5 Buchst. a Ziff. VI betrifft den nicht vom Erlaubnisvorbehalt erfassten Fall der „Nutzung im Ausland“.
- 60 IV. Über die danach für beide Vertriebswege erforderliche Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG verfügt die Klägerin nicht. Ihr wurde auch keine Befreiung von der Erlaubnispflicht nach § 2 Abs. 4 Satz 1 KWG erteilt.
- 61 V. Zu Recht hält das angegriffene Urteil die Untersagungsverfügung für ermessensfehlerfrei. Ein Einschreiten im Wege der Untersagung ist nach § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG vorgezeichnet, wenn das ohne die erforderliche Erlaubnis tätige Kreditinstitut dem Ersuchen, die Geschäftstätigkeit einzustellen, nicht nachkommt (vgl. Urteil vom 22. September 2004 - BVerwG 6 C 29.03 - a.a.O. S. 49). Die Untersagung wäre selbst bei Fehlen ausländischer Vollstreckungs-



möglichkeiten kein ungeeignetes Mittel, den gesetzlichen Zweck der Marktsicherung zu erreichen. Es genügt, dass mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 3. Juli 2007 - 1 BvR 2186/06 - GewArch 2008, 28 <30>). Das von der Revision alternativ vorgeschlagene Vorgehen gegen die inländischen Kreditvermittler und eine Warnung der inländischen Verbraucher wären zwar für die Klägerin mildere, aber nicht ebenso wirksame Mittel, die Integrität des inländischen Kredit- und Finanzmarkts zu sichern. Die Untersagung ist auch nicht mangels ausdrücklicher Übergangsregel unzumutbar. § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG sieht bei nicht erlaubten Bankgeschäften die sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs vor. Die Anhörung drei Monate vor Erlass der Untersagungsverfügung und die behördliche Aussetzung der Vollziehung im November 2003 ließen der Klägerin ausreichend Zeit, um eine Erlaubnis nachzusuchen und gegebenenfalls ihre Vertriebswege den gesetzlichen Erfordernissen anzupassen.

- 62 B. Das Werbeverbot und die Abwicklungsanordnung nach Ziffern II und III des angegriffenen Bescheides sind ebenfalls rechtmäßig. § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG ermächtigt zur Untersagung der Werbung für erlaubnispflichtige, aber nicht erlaubte Bankgeschäfte, weil diese Werbung Bestandteil des Geschäftsbetriebs ist (vgl. Urteil vom 22. September 2004 - BVerwG 6 C 29.03 - a.a.O. S. 51). Der Erlass einer Abwicklungsanordnung ist ebenfalls von § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG gedeckt.
- 63 C. Die Verpflichtung der Klägerin nach Ziffer V des Bescheides, im Zuge der Abwicklung die dort geforderten Auskünfte zu erteilen und Unterlagen vorzulegen, hat das Verwaltungsgericht im Ergebnis zutreffend als rechtmäßig beurteilt. Diese Anordnungen finden ihre Rechtsgrundlage in § 44 Abs. 1 Satz 1 KWG (vgl. Urteil vom 22. September 2004 a.a.O. S. 52 f.).
- 64 D. Die Gebührenfestsetzung entspricht § 14 Abs. 1 und 2 des Gesetzes über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht vom 22. April 2002 (BGBl I S. 1310) in der bei Erlass des Bescheides geltenden Fassung der Änderung durch Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Mineralölsteuergesetzes und anderer Gesetze vom 23. Juli 2002 (BGBl I S. 2778, 2780) i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 1,

Abs. 2 Nr. 1 Buchst. j der Verordnung über die Erhebung von Gebühren und die Umlegung von Kosten nach dem Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz vom 29. April 2002 (BGBl I S. 1504, ber. S. 1847) in der hier anzuwendenden Fassung der Zweiten Verordnung zur Änderung dieser Verordnung vom 4. Juli 2003 (BGBl I S. 1105). Angesichts des Gebührenrahmens von 1 000 bis 100 000 € lässt die Festsetzung in Höhe von 5 000 € keinen Rechtsfehler erkennen.

65 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Gödel

Dr. Pagenkopf

Dr. von Heimburg

Neumann

Dr. Hauser

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

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 3 000 000 € festgesetzt.

Die Streitwertfestsetzung richtet sich nach § 47 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 GKG. Maßgeblich war der erwartete Jahresgewinn, den die Antragstellerin im zugehörigen Eilverfahren dargelegt hat (vgl. Beschluss des VGH Kassel vom 30. Juli 2004 - 6 TE 1658/04 -).

Gödel

Dr. Pagenkopf

Dr. von Heimburg

Neumann

Dr. Hauser

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Wirtschaftsverwaltungsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

GG	Art. 20 Abs. 3, Art. 25, Art. 103 Abs. 2
KWG	§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, § 32 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5, § 37 Abs. 1 Satz 1, § 54 Abs. 1 Nr. 2
GwG	§ 16 Abs. 2 Nr. 2
AWG	§ 1 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2
WpHG	§ 31 Abs. 10, § 35 Abs. 2
EG	Art. 49 f., Art. 56 f.
Richtlinie 2006/48/EG	Art. 4 Nr. 1 Buchst. a, Art. 23 f., Art. 37
GATS	Art. VI Abs. 1, Art. XIV

Stichworte:

Bankgeschäft; Kreditgeschäft; Erlaubnispflicht; Erlaubnisvorbehalt; Betreiben; Inland; Dritte; physische Präsenz; Zweigstelle; Zweigniederlassung; Teilakt; grenzüberschreitender Dienstleistungsverkehr; Korrespondenzdienstleistung; Telekommunikation; Internet.

Leitsätze:

1. Das Kreditgeschäft ist auch ohne gleichzeitiges Betreiben des Einlagengeschäfts ein Bankgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG.
2. Das Betreiben eines Bankgeschäfts i.S.d. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG umfasst nicht nur rechtsgeschäftliches Handeln, sondern alle wesentlichen zum Vertragsschluss hinführenden Schritte.
3. Im Inland wird ein Bankgeschäft i.S.d. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG auch betrieben, wenn ein Kreditinstitut bankgeschäftliche Leistungen dort ohne eigene physische Präsenz im Wege des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs erbringt.

Urteil des 8. Senats vom 22. April 2009 - BVerwG 8 C 2.09

I. VG Frankfurt am Main vom 05.07.2007 - Az.: VG 1 E 4355/06 (V) -