

BVerwG, Urteil vom 8. Juli 2009 - 8 C 4/09

Leitsatz

Ein Finanzkommissionsgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG meint den Handel mit Finanzinstrumenten, bei dem die das Kommissionsgeschäft i.S.d. §§ 383 ff. HGB prägenden Merkmale gewahrt sind - Bestätigung der Rechtsprechung des 6. Senats - Urteil vom 27. Februar 2008 - BVerwG 6 C 11.07 und 6 C 12.07 - (BVerwGE 130, 362 <266 ff.>).

Tatbestand

Die Klägerin wendet sich gegen verschiedene bankaufsichtsrechtliche Verfügungen der Beklagten, mit denen diese u.a. deren Tätigkeit als Betreiben eines erlaubnispflichtigen Bankgeschäfts einstuft, wegen fehlender Erlaubnis untersagt und die Abwicklung der Gesellschaft anordnet.

Die Klägerin ist alleinige Komplementärin der durch das Ausscheiden der einzigen Kommanditistin, der A...gesellschaft mbH, liquidationslos erloschenen und voll beendeten F...gesellschaft mbH u. Co. KG - (im Folgenden: F...GmbH u. Co. KG).

Das Geldanlagemodell der F...GmbH u. Co. KG sah nach dem Emissionsprospekt, Stand 17. Dezember 2001, vor, dass sich die Anleger an der F...GmbH u. Co. KG "beteiligen". Nach den Angaben im Emissionsprospekt sollte insgesamt Gesellschaftskapital in Höhe von 92,5 Mio. € eingeworben werden. Maßgebliche Grundlagen des Geldanlagemodells waren der Gesellschaftsvertrag der F...GmbH u. Co. KG sowie der von den Anlegern jeweils mit der A...gesellschaft mbH zu schließende Treuhandvertrag. Die Anleger sollten sich auf diese Weise als Treugeber mit der Treuhandkommanditistin A...gesellschaft mbH als Treuhänderin an der F...GmbH u. Co. KG beteiligen (§ 5 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags). Die Anleger als Treugeber konnten nach dem Vertrag zwischen einer Beteiligung mit einer Einmalzahlung ab 500 € zuzüglich 3 % Agio, mit monatlichen Ratenzahlungen ab 50 € zuzüglich 5 % Agio oder einer Kombination aus beiden wählen, wobei vier verschiedene Portfolios mit unterschiedlichen Investitionsschwerpunkten zur Anlage zur Verfügung standen.

Die verfahrensgegenständlichen bankaufsichtsrechtlichen Verfügungen vom 22. und 30. September 2004 beinhalten u.a. ein Unterlassungsgebot für die Klägerin, den Anlegern zwecks Aufhebung, Abwicklung und Änderung der bestehenden Verträge neue vertragliche Vereinbarungen anzubieten oder mit den Anlegern abzuschließen, ebenso das Verbot, das Finanzkommissionsgeschäft gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, in bestimmter Weise zu betreiben, weiterhin die Anordnung der unverzüglichen Abwicklung der unerlaubt betriebenen Finanzkommissionsgeschäfte, sowie die Bestellung eines Abwicklers mit bestimmten Befugnissen und schließlich die Androhung eines Zwangsgeldes und die Festsetzung einer Verwaltungsgebühr.

Zur Begründung führte die Beklagte im Wesentlichen aus, dass die Geschäftstätigkeit der F...GmbH u. Co. KG sich wirtschaftlich als Handeln für fremde - der Anleger - Rechnung darstelle und damit ein Finanzkommissionsgeschäft i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG sei. Da die Klägerin für dieses Bankgeschäft keine Erlaubnis habe, sei die Tätigkeit nach § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG zu untersagen gewesen. Dies gelte unabhängig von der Frage, ob die Änderungen des Gesellschaftsvertrags vom 17. September 2004 wirksam geworden seien, würde sich doch auch nach dem neuen Gesellschaftsvertrag die Entgegennahme von Anlegergeldern als Handeln für fremde Rechnung darstellen.

Mit Bescheid vom 17. Dezember 2004 konkretisierte die Beklagte die in der Verfügung vom 30. September 2004 angeordnete Abwicklung und ordnete zusätzlich die sofortige Vollziehung der in den Bescheiden vom 22. September und 30. September 2004 getroffenen Weisungen an. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung wurde später aufgehoben.

Die Klägerin hat gegen sämtliche Bescheide am 1. Oktober 2004 und 23. Dezember 2004 Widerspruch eingelegt, der erfolglos blieb.

Am 22. April 2005 und - nach Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses - erneut am 15. August 2005 wurde über das Vermögen der Kommanditistin, der A...gesellschaft mbH, das Insolvenzverfahren eröffnet, am 15. August 2005 über das Vermögen der Klägerin und am 19. Dezember 2005 über das Sondervermögen der liquidationslos erloschenen und voll beendeten F...GmbH u. Co. KG.

Zur Begründung ihrer am 21. Juli 2006 erhobenen Klage mit dem Antrag, die erlassenen Bescheide der Beklagten in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20. Juni 2006 aufzuheben, hat die Klägerin im Wesentlichen vorgetragen, sie sei auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und ihrer Auflösung klagebefugt, da der Insolvenzverwalter das streitige Verwaltungsrechtsverhältnis aus der Insolvenzmasse und dem Insolvenzbeschluss mit Erklärung vom 15. Juli 2006 freigegeben habe. Da es der Klägerin ohne Weiteres möglich wäre, die begonnenen Geschäfte fortzuführen, habe sie auch ein Rechtsschutzinteresse.

Die bankaufsichtsrechtlichen Maßnahmen der Beklagten seien rechtswidrig. Sie bedürfe keiner Genehmigung nach § 32 KWG, da sie kein Finanzkommissionsgeschäft i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG betreibe. Sie handele im eigenen Namen, jedoch nicht für fremde Rechnung. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise der Beklagten hinsichtlich des Finanzkommissionsgeschäfts nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG werde weder durch eine nationale noch eine europarechtskonforme Auslegung gestützt. Es sei mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auf die konkrete gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung abzustellen. Die Klägerin sei mit den Anlegern auch gesellschaftlich verbunden, insbesondere liege zwischen Anlegern und der Klägerin eine gemeinsame Zweckverfolgung im gesellschaftsrechtlichen Sinne vor. Dass ein Handeln für eigene Rechnung der Gesellschaft gegeben sei, zeige auch der Gesellschaftsvertrag, der die Anleger als Treugeber mit zahlreichen Rechten ausstatte, welche Einflussmöglichkeiten auf die Treuhandkommanditistin eröffneten. Auch würden keine einzelnen Transaktionen der Anleger abgewickelt und dem Vermögen eines einzelnen Anlegers zugeordnet. Vielmehr gebe es nur ein Betriebsvermögen, was das Handeln für eigene Rechnung der Gesellschaft deutlich mache. Ein anderer Eingriffstatbestand des KWG komme nicht in Betracht.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten und hat Klageabweisung beantragt.

Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 11. Oktober 2007 die genannten Bescheide der Beklagten in der Fassung des Widerspruchsbescheids aufgehoben. Die Klage sei zulässig und begründet. Die auf der Rechtsgrundlage des § 37 Abs. 1 Satz 1 KWG ergangenen Bescheide seien rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten, da die Klägerin kein Finanzkommissionsgeschäft i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG betreibe, für das sie nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG der Erlaubnis bedürfe.

Dies ergebe sich aus einer richtlinienkonformen Auslegung des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG, der mit der 6. KWG-Novelle (Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung von EG-Richtlinien zur Harmonisierung bank- und wertpapieraufsichtsrechtlicher Vorschriften vom 22. Oktober 1997) eingeführt wurde. Mit der Vorschrift habe der Gesetzgeber Anhang Abschnitt A Nr. 1 Buchst. b der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG vom 10. Mai 1993 umsetzen wollen. Auch eine historische Betrachtung ergebe, dass der Richtlinienetzgeber mit dem "Auftrag" das Kommissionsgeschäft herkömmlicher Prägung gemeint habe. Dieses Ergebnis werde gestützt durch systematische Erwägungen.

Auch aus nationalem Recht folge die Beschränkung auf Kommissionsgeschäfte i.S.v. §§ 383 ff. HGB. Die Reichweite des Begriffs des Finanzkommissionsgeschäfts nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG sei anhand aller Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung zu klären. Danach ginge die einhellige Literaturlage von einer Gleichsetzung des Finanzkommissionsgeschäfts mit dem handelsrechtlichen Kommissionsgeschäft nach §§ 383 ff. HGB aus. Da es im Falle kollektiver Anlagemodelle an jeglichem Eigentumserwerb des Anlegers fehle, dieser vielmehr nur wirtschaftlich am Geschäftsergebnis beteiligt sei, liege kein Kommissionsgeschäft vor.

Da die Beklagte der Klägerin ausdrücklich untersagt habe, das Finanzkommissionsgeschäft i.S.v. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG gewerbsmäßig zu betreiben, könne dahinstehen, ob die Geschäftstätigkeit der Klägerin einem anderen Erlaubnistatbestand des KWG unterfalle.

Ihre gegen dieses Urteil gerichtete, vom Verwaltungsgericht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsache zugelassene Sprungrevision begründet die Beklagte mit materiellrechtlichen Rügen.

Sie beantragt,

die Klage unter Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 11. Oktober 2007 abzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil und beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Zum Fortgang der Insolvenzverfahren während des Revisionsverfahrens sind Auskünfte bei den Insolvenzverwaltern und beim Insolvenzgericht eingeholt worden. Alle drei Insolvenzverfahren sind bisher nicht abgeschlossen. Auf die vorgelegten Berichte gemäß § 156 InsO und die Jahresberichte des Insolvenzverwalters der letzten Jahre wird verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist zulässig, aber unbegründet.

Das Urteil des Verwaltungsgerichts beruht nicht auf der Verletzung von Bundesrecht, § 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

1. Mit dem Verwaltungsgericht geht der Senat davon aus, dass die vorliegende Klage zulässig ist.

Als Adressatin des Bescheids ist die Klägerin für die Anfechtungsklage prozessführungsbefugt. Über ihr Vermögen ist zwar das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Der Insolvenzverwalter hat aber das hier streitige Verwaltungsrechtsverhältnis aus dem Insolvenzbeschluss freigegeben. Damit hat die Klägerin - unabhängig von der Frage, ob dieser Anspruch in die Insolvenzmasse gefallen war - die Prozessführungsbefugnis jedenfalls wieder gewonnen (BGH, Urteil vom 21. Oktober 1965 - I a ZR 144/63 - NJW 1966, 51). Mit der Freigabe des streitbefangenen Vermögensgegenstandes durch den Insolvenzverwalter wird der Gegenstand des Rechtsstreits freies Vermögen des Schuldners, der den Prozess weiterführen kann (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 240 Rn. 11).

Die Zulässigkeit der Klage scheidet auch nicht am allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis. Dieses wird für jede Verfahrenshandlung verlangt, um den Missbrauch prozessualer Rechte zu verhindern. Damit sollen aber nur solche Verfahren ausgeschlossen werden, in denen der Kläger mit der Klage eine Verbesserung seiner Rechtsstellung nicht erreichen kann, die Klage also zurzeit nutzlos ist (vgl. Beschluss vom 28. August 1987 - BVerwG 4 N 3.86 - BVerwGE 78, 85 <91> = Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 74 S. 17 f. betr. einen Normenkontrollantrag gegen einen Bebauungsplan). Obwohl im Hinblick auf das Insolvenzverfahren und die inzwischen vergangene Zeit die Wahrscheinlichkeit, dass die Klägerin ihre Geschäftstätigkeit fortsetzen kann, eher gering ist, kann das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis hier nicht verneint werden. Denn es ist nicht auszuschließen, dass sich aus einer Aufhebung der angefochtenen Bescheide weitere für die Klägerin positive Folgewirkungen ergeben. Das reicht für die Annahme des allgemeinen Rechtsschutzinteresses aus.

2. Das Verwaltungsgericht hat auch ohne Verstoß gegen Bundesrecht die Begründetheit der Klage bejaht. Die angefochtenen Bescheide sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten.

Die Beklagte hat die Klägerin allerdings zu Recht als Adressatin der Verpflichtungen der angefochtenen Bescheide angesehen. Für die Frage, ob eine erlaubnispflichtige Tätigkeit vorliegt, ist zwar auf die Geschäftstätigkeit der inzwischen liquidationslos erloschenen und voll beendeten F...GmbH u. Co. KG abzustellen, deren Komplementärin die Klägerin ist. Träger einer entsprechenden Erlaubnis nach § 32 KWG kann aber nur eine natürliche oder juristische Person, d.h. hier die Klägerin, sein. Deshalb ist auch an sie eine auf § 37 KWG gestützte Untersagungsverfügung zu richten. Unabhängig davon hat die Beklagte auch die KG mit einer hier nicht streitgegenständlichen Untersagungsverfügung in Anspruch genommen.

Ein auf § 37 KWG gestütztes Einschreiten setzt voraus, dass die Klägerin nach § 32 KWG erlaubnispflichtige Bankgeschäfte betrieben oder Finanzdienstleistungen erbracht hat. Was solche Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen sind, ergibt sich aus der gesetzlichen Begriffsbestimmung des § 1 Abs. 1 bzw. Abs. 1a KWG. Die Beklagte hat zu Unrecht angenommen, dass es sich bei der Tätigkeit der Klägerin um Finanzkommissionsgeschäfte i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG handelt. Das würde voraussetzen, dass die Klägerin im eigenen Namen für fremde Rechnung Finanzinstrumente angeschafft und veräußert hat. Die Klägerin betrieb nicht das Finanzkommissionsgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG. Sie schaffte zwar im eigenen Namen Finanzinstrumente an und veräußerte sie. Dies geschah aber nicht für fremde, sondern für eigene Rechnung. Damit verließ das Geschäftsmodell den Typus des Finanzkommissionsgeschäfts.

Zwar stützt sich die Beklagte auf eine sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise. Danach soll ein Handeln "für fremde Rechnung" immer dann vorliegen, wenn die materiellen Vor- und Nachteile des Geschäfts nicht dem Abschließenden, sondern seinem Auftraggeber zugute kommen oder zur Last fallen sollen, wenn es sich also um ein rechtlich eigenes, wirtschaftlich aber fremdes Geschäft handelt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, von der abzuweichen für den Senat keine Veranlassung besteht, meint das Finanzkommissionsgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG aber den Handel mit Finanzinstrumenten, bei dem die das Kommissionsgeschäft i.S.d. §§ 383 ff. HGB prägenden Merkmale gewahrt sind, also die typischen Eigenschaften des Kommissionsgeschäfts vorliegen (vgl. Urteil vom 27. Februar 2008 - BVerwG 6 C 11.07 - BVerwGE 130, 262 <266 ff.>). Anderenfalls würde der Tatbestand des Finanzkommissionsgeschäfts zu einem allgemeinen Auffangtatbestand für Geldanlagegeschäfte aller Art, sofern die Gelder der Anleger in Finanzinstrumenten angelegt werden. Damit würde im Ergebnis auch die Vermögensverwaltung umfasst und damit die im Gesetz deutlich formulierten Unterschiede zwischen den beiden Geschäftsgruppen "Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten" (Effektengeschäft) und "Vermögensverwaltung" eingeebnet (Urteil vom 27. Februar 2008 a.a.O. S. 268). Hätte der Gesetzgeber die Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten, soweit sich diese bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Dienstleistung für andere darstellt, einer Erlaubnispflicht unterwerfen wollen, so hätte es nahegelegen, dieses Geschäft in einem umfassend formulierten Tatbestand zusammenzufassen, wie er es durch das Änderungsgesetz vom 20. März 2009 (BGBl I S. 607) mit der Einfügung der Nummer 11 in § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG getan hat.

Die Tatbestände des § 1 KWG sind auf bestimmte Geschäftstypen und nicht auf Risiken zugeschnitten. Die Erlaubnispflichtigkeit eines bestimmten Geschäfts richtet sich mithin nicht danach, wie hoch das damit verbundene Risiko für die Anleger ist, sondern danach, ob es einem der in § 1 Abs. 1, 1a KWG umschriebenen Geschäftstypen zugeordnet werden kann. Diese Systematik steht einer Deutung des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG als Generalklausel für die Anlage fremder Gelder in Finanzinstrumenten entgegen. Fällt ein Geschäftsmodell in den Bereich der Vermögensverwaltung, kann es nur nach den dafür geltenden Bestimmungen erlaubnispflichtig sein. Eine Erlaubnispflicht für derartige Dienstleistungen kann nicht durch erweiternde Auslegung der für andere Geschäftstätigkeiten geltenden Erlaubnistatbestände erreicht werden (Urteil vom 27. Februar 2008 a.a.O. S. 270 f.).

Deshalb liegt ein Handeln "für fremde Rechnung" im Rahmen eines Finanzkommissionsgeschäfts gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG nur dann vor, wenn ein Unternehmen im Wege der Kommission, wie sie in den §§ 383 ff. HGB geregelt ist, für einen Kunden tätig wird. Diese Vorschriften sehen vor, dass der Kommittent weisungsbefugt ist (§ 384 Abs. 1 HGB), der Kommissionär den Kommittenten von der Ausführung der Kommission benachrichtigt (§ 384 Abs. 2 Halbs. 1 HGB), der Kommissionär dem Kommittenten über das Geschäft Rechenschaft ablegt (§ 384 Abs. 2 Halbs. 2 HGB) und das Eigentum an den angeschafften Finanzinstrumenten vom Kommissionär auf den Kommittenten übertragen wird (§ 384 Abs. 2 Halbs. 2 HGB). Da § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG nicht auf die Einzelheiten der §§ 383 ff. HGB, sondern nur auf den handelsrechtlichen Typus des Kommissionsgeschäfts Bezug nimmt, liegt ein Finanzkommissionsgeschäft i.S.d. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG auch dann vor, wenn nicht alle Merkmale des Kommissionsgeschäfts nach §§ 383 ff. HGB gegeben sind. Entscheidend ist vielmehr, dass das zwischen dem Unternehmen und seinem Kunden abgeschlossene Rechtsgeschäft hinreichende Ähnlichkeit mit dem in §§ 383 ff. HGB geregelten Typus des Kommissionsgeschäfts aufweist, um noch diesem Typus zugeordnet werden zu können (Urteil vom 27. Februar 2008 a.a.O. S. 278 f.).

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die Anleger waren gegenüber der Klägerin weder weisungsbefugt noch wurden sie von der Ausführung des Handels mit Finanzinstrumenten benachrichtigt oder ihnen über die einzelnen Geschäfte Rechenschaft abgelegt. Sie erhielten auch nicht das Eigentum an den angeschafften Finanzinstrumenten übertragen, sondern partizipierten nur aufgrund eines schuldrechtlichen Anspruchs wertmäßig an der Entwicklung der Geschäftstätigkeit der Klägerin. Diese übte ihre Geschäfte für die F...GmbH u. Co. KG aus und übertrug dieser das Eigentum an den angeschafften Finanzinstrumenten.

Grundsätzlich können wegen der Abdingbarkeit der einzelnen Rechte und Pflichten des Kommissionärs zwar auch kommissionsähnliche Geschäfte den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG erfüllen. Wenn aber alle den Typus des Kommissionsgeschäfts ausmachenden Verpflichtungen abbedungen werden, bleibt nichts mehr übrig, um aus den abgeschlossenen Rechtsgeschäften eine hinreichende Ähnlichkeit mit dem im HGB geregelten Typus des Kommissionsgeschäfts festzustellen. Deshalb ergibt sich aus § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG nicht die Erlaubnispflichtigkeit der Geschäftstätigkeit der Klägerin.

3. Das Verwaltungsgericht hat auch nicht gegen Bundesrecht verstoßen, indem es nicht den Tatbestand einer erlaubnispflichtigen Finanzportfolioverwaltung gemäß § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG untersucht hat. Denn eine derartige Finanzportfolioverwaltung liegt im Falle der Klägerin schon von vornherein nicht vor.

Zum rechtlichen Tatbestand der Finanzportfolioverwaltung gehört die Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum. Der Finanzportfolioverwalter ist "für andere" tätig und handelt daher regelmäßig nicht im eigenen Namen, sondern als Bevollmächtigter seiner Kunden (Urteil vom 27. Februar 2008 a.a.O. S. 282; ebenso Begründung zum Gesetzentwurf zur Fortentwicklung des Pfandbriefrechts, BTDrucks 16/11130 S. 43: "... umfasst die Finanzportfolioverwaltung Dienstleistungen in offener und verdeckter Stellvertretung auf Einzelkundenbasis"). Hier ist die Klägerin stets im eigenen Namen aufgetreten und hat für eigene Rechnung gehandelt. Sie hat damit keine Fremdvermögensverwaltung betrieben, sondern die Verwaltung des eigenen Vermögens der Gesellschaft, das durch die Einzahlungen der Anleger begründet wurde.

Darüber hinaus fehlt es an dem Merkmal der Verwaltung "einzelner ... Vermögen". Zwar bedeutet diese Formulierung nicht, dass die einzelnen Kundenvermögen jeweils getrennt in einzelnen Portfolios anzulegen wären. Vielmehr können in einem Portfolio Vermögen verschiedener Kunden zusammengefasst werden (Urteil vom 22. September 2004 - BVerwG 6 C 29.03 - BVerwGE 122, 29 <35> = Buchholz 451.61 KWG Nr. 19). Hier handelt es sich aber nicht um eine Zusammenfassung der Vermögen verschiedener Kunden, sondern um die Zusammenführung einer unbestimmten Vielzahl von Anlegern, die ohne weitergehende Verbindung untereinander der Klägerin Gelder zur Verfügung stellten, ohne dass ihr dafür Gegenwerte in Form von Finanzinstrumenten übereignet wurden. Vielmehr wurden sie nur über schuldrechtliche Ansprüche an dem wirtschaftlichen (Miss-)Erfolg der Tätigkeit der Klägerin beteiligt.

4. Die Bescheide der Beklagten können auch nicht auf den mit Wirkung vom 26. März 2009 neu geschaffenen Tatbestand der Anlageverwaltung nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 11 KWG gestützt werden. Zwar legt der Senat seiner Prüfung die Rechtslage zugrunde, die das Berufungsgericht zu berücksichtigen hätte, wenn es nunmehr anstelle des Revisionsgerichts entschiede, weil die angefochtenen Bescheide auf Dauerwirkung angelegt sind (vgl. Urteil vom 1. November 2005 - BVerwG 1 C 21.04 - BVerwGE 124, 276 <279 f.> = Buchholz 402.25 § 73 AsylVfG Nr. 15). Der Senat kann aber wegen der Übergangsregelung des § 64I Satz 2 KWG die gesetzliche Neuregelung nicht berücksichtigen. Auch wenn man, wie die Beklagte, davon ausgehen wollte, dass die Tätigkeit der Klägerin nicht die Voraussetzungen des Satzes 2 des § 64I KWG erfüllt, so würde die Anwendung dennoch daran scheitern, dass der Gesetzgeber dem Erlaubnistatbestand keine Rückwirkung beigemessen hat. Da die Klägerin somit nach § 32 KWG keiner Erlaubnis bedarf, fehlt es an der Voraussetzung, gemäß § 37 KWG einzuschreiten.