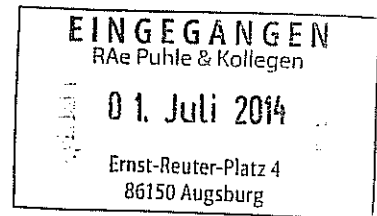


Au 5 K 13.1957



Bayerisches Verwaltungsgericht Augsburg

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

Ihr Finanzpartner GmbH
vertreten durch die Geschäftsführer
Poststr. 27, 87439 Kempten

- Klägerin -

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Dr. Puhle & Kollegen
Ernst-Reuter-Platz 4, 86150 Augsburg

gegen

Industrie- und Handelskammer München u. Oberbayern
Balanstr. 55-59, 81541 München

- Beklagte -

wegen

Vollzugs der Gewerbeordnung

erlässt das Bayerische Verwaltungsgericht Augsburg, 5. Kammer,

durch den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Endres als Vorsitzenden,
die Richterin am Verwaltungsgericht Hörmann,
den Richter am Verwaltungsgericht Weber,
den ehrenamtlichen Richter Behrsing,
den ehrenamtlichen Richter Britzlmair

ohne mündliche Verhandlung

am 26. Juni 2014

folgendes

Urteil:

- I. Es wird festgestellt, dass die der Klägerin mit Bescheid der Beklagten vom 27. Oktober 2013 erteilte Erlaubnis nach § 34 f Abs. 1 Satz 1 GewO nicht mit Ablauf des 31. Dezember 2014 erlischt, sondern darüber hinaus ohne Erbringung eines Sachkundenachweises fortbesteht.
- II. Die Kosten des Verfahrens trägt die Beklagte.
- III. Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht die Klägerin vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin begehrt mit ihrer Klage die Feststellung, dass eine ihr von der Beklagten erteilte Erlaubnis zur Tätigkeit als Finanzanlagenvermittler nicht mit Ablauf des 1. Januar 2015 erlischt, sondern über diesen Zeitpunkt hinaus unverändert fortbesteht.
- 2 Die Klägerin betreibt seit ca. 30 Jahren Beratungs-, Vermittlungs- und Betreuungsdienstleistungen auf dem Gebiet der Finanzanlagen mit einem Kundenstamm von ca. 750 Personen und einem Investmentbestand von ca. 25 Millionen Euro.
- 3 Der Klägerin wurde am 28. Juni 1995 von Seiten der Stadt Kempten (Allgäu) eine Erlaubnis für die Vermittlung des Abschlusses von Verträgen über den Erwerb von Anteilscheinen einer Kapitalanlagegesellschaft erteilt (§ 34 c Gewerbeordnung - GewO a.F.)
- 4 Am 14. August 1995 wurde der Klägerin durch die Stadt Kempten (Allgäu) eine weitere Erlaubnis für die Vermittlung des Abschlusses von Verträgen über den Erwerb von ausländischen Investmentanteilen erteilt.

- 5 Daneben ist die Klägerin im Besitz einer am 31. Juli 2008 von der Industrie- und Handelskammer München und Oberbayern ausgestellten Erlaubnis nach § 34 d Abs. 1 GewO für die Tätigkeit als Versicherungsvermittler.
- 6 Mit Formblatt vom 22. Mai 2013 beantragte die Klägerin bei der Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern die Erteilung einer Erlaubnis als Finanzanlagenvermittler nach § 34 f Abs. 1 GewO sowie die Eintragung in das Vermittlerregister nach §§ 34 f Abs. 5, 11 a GewO im vereinfachten Verfahren.
- 7 Dem Antrag beigefügt war zum einen eine Bestätigung der Allianzversicherungs-Aktiengesellschaft vom 18. April 2013 über das Bestehen einer Berufshaftpflichtversicherung für die Tätigkeiten als Finanzanlagenvermittler. Weiter wurden von der Klägerin Prüfungsberichte gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) für die Jahre 2006 bis 2011, sämtlich erstellt am 30. April 2013 vorgelegt. Aus diesen Prüfungsberichten ergibt sich, dass die Klägerin durchgehend Anlagevermittlung betrieben hat.
- 8 Mit Schreiben vom 20. August 2013 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass eine Anerkennung der Prüfberichte für die drei Geschäftsführer nicht möglich sei, da sämtliche Prüfungsberichte erst im Jahr 2013 erstellt worden seien.
- 9 Der Klägerin wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.
- 10 Mit Bescheid der Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern vom 27. Oktober 2013 wurde der Klägerin auf deren Antrag vom 22. Mai 2013 eine Erlaubnis nach § 34 f Abs. 1 Satz 1 GewO für die Anlageberatung und den Abschluss von Verträgen über den Erwerb von Finanzanlagen erteilt.
- 11 In den Hinweisen zu diesem Bescheid ist auf Seite 8 ausgeführt, dass die Klägerin die Sachkunde aller drei Geschäftsführer im erforderlichen Umfang bis zum 1. Januar 2015 der örtlich zuständigen Erlaubnisbehörde nachzuweisen habe. Sofern und soweit bis zu diesem Zeitpunkt kein Nachweis erfolge, erlösche die erteilte Erlaubnis automatisch, ohne dass es hierzu einer Aufhebung bedürfe. Zur Begründung ist im

Wesentlichen ausgeführt, dass die Erlaubnis nach § 34 f Abs.1 Satz 1 GewO im vereinfachten Verfahren gemäß § 157 Abs. 2 Satz 1 und 3 GewO unter Vorlage einer Erlaubnis nach § 34 c Abs. 1 Satz 1 GewO a.F. als Anlagevermittler erteilt werde. Eine Überprüfung der Zuverlässigkeit und geordneter Vermögensverhältnisse sei nicht notwendig gewesen (§ 157 Abs. 2 Satz 3 GewO). Auch habe die Klägerin die notwendige Berufshaftpflichtversicherung nachgewiesen. Die vorgelegten Prüfungsberichte könnten jedoch keine Befreiung von der Sachkundeprüfung gemäß § 157 Abs. 3 Satz 4 und 5 GewO (sogenannte „Alte Hasen-Regelung“) rechtfertigen. Gemäß § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO haben selbständig tätige Anlagevermittler oder Anlageberater die ununterbrochene Tätigkeit durch Vorlage der erteilten Erlaubnis und die lückenlose Vorlage der Prüfungsberichte nach § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV nachzuweisen. Aufgrund von § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV a.F. müsse der jeweilige Prüfungsbericht bis spätestens zum 31. Dezember des darauffolgenden Jahres der zuständigen Erlaubnisbehörde übermittelt werden. Die Klägerin habe jedoch sämtliche Prüfungsberichte erst im Jahr 2013 erstellen lassen. Somit werde die gesetzlich vorgesehene Abgabefrist für die Jahre 2006 bis 2011 von den Vertretern der Klägerin nicht eingehalten. Durch den expliziten Hinweis in § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO stelle der Gesetzgeber klar, dass nur die Personen sich auf die Vorschrift berufen könnten, die den Prüfungsbericht rechtmäßig, d.h. inhaltlich korrekt und fristgemäß eingereicht hätten. Eine großzügigere Auslegung würde trotz Prüfung durch einen Wirtschaftsprüfer die Gefahren unzutreffender Angaben zur gewerbsmäßigen Tätigkeit zu sehr beflügeln und stünde der gebotenen engen Auslegung des § 157 GewO als Ausnahmetatbestand entgegen. Die vorgelegten Prüfungsberichte seien wegen der verspäteten Vorlage nicht rechtmäßig und daher nicht anzuerkennen.

12 Auf den weiteren Inhalt des Bescheides der Beklagten vom 27. Oktober 2013 wird ergänzend verwiesen.

13 Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 11. Dezember 2013 Klage erhoben und beantragt,

14 es wird festgestellt, dass die mit Bescheid der Beklagten vom 27. Oktober 2013 erteilte Erlaubnis nach § 34 f

Abs. 1 Satz 1 GewO nicht mit Ablauf des 1. Januar 2015 gemäß § 157 Abs. 3 Satz 3 GewO erlischt, sondern darüber hinaus gilt.

- 15 Die Klägerin gehe davon aus, dass die eingereichten Prüfberichte dem § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO entsprächen und daher die gesetzliche Folge nicht eintreten werde. Der Verweis auf § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV sei offensichtlich nur in materieller Hinsicht, nicht aber in formeller Hinsicht gemeint. Definiert werden sollten lediglich der notwendige Inhalt des Prüfberichtes, nicht jedoch die formellen Anforderungen an diesen. Dem Gesetzgeber sei es bei dem Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagevermittlung- und Vermögensanlagerechts vom 6. Dezember 2011 offenkundig auf einen optimierten Anlegerschutz angekommen. Daher habe er die erfolgreich abgelegte Prüfung zur Voraussetzung der Erlaubnis nach § 34 f Abs. 1 Satz 1 GewO gemacht. Gleichzeitig habe er aber gesehen, dass es Personen gebe, die bereits seit Jahren ohne Beanstandung am Markt tätig seien. Bei diesen Personen ersetze die jahrelange Erfahrung den Sachkundenachweis durch eine Prüfung. Aus praktischen Gründen habe sich der Gesetzgeber dafür entschieden, als Nachweis für die Erfahrung Prüfberichte gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV heranzuziehen, weil diese bei den betroffenen Personen ohnehin vorliegen würden und weil sie genau die Fragestellungen beinhalteten, auf welche es auch für die Sachkundeprüfung ankomme. Für die Erfahrung eines Anlagevermittlers und dessen Beanstandungsfreiheit seiner bisherigen Tätigkeit komme es nicht darauf an, zu welchem Zeitpunkt die Prüfberichte erstellt und eingereicht worden seien. Die Berichte würden vom beauftragten Prüfer anhand der Geschäftsdaten des Vermittlers für den zu prüfenden Zeitraum erstellt. Eine Fälschung dieser Daten bzw. des Berichts könne durch die fristgerechte Einreichung nicht verhindert werden. Auch ein fristgerecht eingereichter Prüfbericht könne gefälscht oder erfunden sein. Der Gesetzgeber sei bei Einführung der Prüfpflicht davon ausgegangen, dass die unabhängigen Wirtschaftsprüfer vertrauenswürdig seien und die Berichte anhand der Daten der Vermittler korrekt erstellen würden. Es sei nicht ersichtlich, weshalb dieses Vertrauen nur bei zeitnah, innerhalb der Frist des § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV erstellten Berichten gerechtfertigt sein solle. Im Zusammenhang des § 157 Abs. 3 GewO gehe es außerdem allein um die Frage der Sachkunde. Diese könne über eine Sachkundeprüfung nachgewiesen werden, wel-

che durch den Nachweis von lückenloser Erfahrung seit 2006 ersetzt werden könne. Würde man in diesem Zusammenhang auf die formellen Anforderungen des § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV abstellen, so würde man zu dem Ergebnis gelangen, dass die Erfahrung dessen, der die Prüfberichte nicht fristgemäß eingereicht habe, weniger wertvoll sein, als diejenigen dessen, der die Prüfberichte erst nachträglich angefertigt habe. Das vereinfachte Verfahren nach § 157 Abs. 2, 3 GewO verzichte auf die gemäß § 34 f Abs. 2 GewO ansonsten notwendige Prüfung von Zuverlässigkeit und Vermögenssituation des jeweiligen Antragstellers. Dieser Verzicht auf die Prüfung der Zuverlässigkeit würde umgangen werden, wenn es letztlich doch wieder auf die Erfüllung von Pflichten in der Vergangenheit ankäme. Nach alledem sei festzustellen, dass der Sachkundenachweis gemäß § 157 Abs. 3 Satz 4 GewO für die Klägerin nicht erforderlich sei, sodass die mit Bescheid der Beklagten vom 27. Oktober 2013 erteilte Erlaubnis nicht mit Ablauf des 1. Januar 2015 erlösche. Dieses Klageziel könne mit einer Gestaltungs- oder Leistungsklage nicht erreicht werden, weshalb die subsidiäre Feststellungsklage statthaft sei.

16 Auf den weiteren Vortrag im Schriftsatz der Klägerin vom 11. Dezember 2013 wird ergänzend Bezug genommen.

17 Die Beklagte ist der Klage mit Schriftsatz vom 16. Januar 2014 entgegengetreten und beantragt,

18 die Klage abzuweisen.

19 Die Klage sei bereits gemäß § 43 Abs. 2 VwGO unzulässig, da hier vorrangig eine Verpflichtungsklage gegen den am 23. November 2013 zugestellten Bescheid der Beklagten vom 27. Oktober 2013 erhoben werden müsse. Mit der hier vorliegenden Klage begehre die Klägerin die Nichterforderlichkeit einer Sachkundeprüfung anzuerkennen. Die Klägerin verlange daher eine bestimmte Leistung in der Gestalt, dass die Beklagte einen erneuten Bescheid unter Zugrundelegung und unter Berücksichtigung der von der Klägerin vorgelegten Prüfungsberichte erlasse.

20 Hilfsweise sei die Klage jedoch jedenfalls unbegründet. Die von der Klägerin vorgelegten Prüfungsberichte könnten auf Grund der fehlenden Rechtsgrundlage keine Rechtswirkung i.S.d. § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV a.F. entfalten. Der Besitzstandsschutz in § 157 Abs. 3 GewO stelle eine Ausnahmeregelung dar, die nach dem politischen Willen eng auszulegen sei. Der Bund-Länder-Ausschuss Gewerberecht habe sich in seiner Frühjahrsitzung 2013 eingehend mit der Thematik Bestandsschutz befasst und klargestellt, dass es bei selbständigen Vermittlern nach § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO zum Nachweis der ununterbrochenen, lückenlosen Tätigkeit neben der Vorlage der entsprechenden Erlaubnis nach § 34 c GewO ausschließlich auf die rechtmäßig, d.h. inhaltlich korrekten und fristgemäß eingereichten Prüfungsberichte i.S.d. § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV in dessen Fassung bis zum 31. Dezember 2012, ankomme. Letzterer verpflichte den Gewerbetreibenden jedoch dazu, den Prüfungsbericht bis zum 31. Dezember des folgenden Jahres der zuständigen Behörde zu übermitteln. Normadressat des § 16 MaBV a.F. sei der Gewerbetreibende selbst gewesen. Angesichts des eindeutigen Wortlautes der gesetzlichen Bestimmungen könne nicht auf andere Unterlagen abgestellt werden. Daraus folge, dass der Nachweis der gesetzeskonformen ununterbrochenen selbständigen Tätigkeit durch lückenlose Vorlage der Prüfberichte erbracht werden müsse. Das Gesetz lasse hierzu keine weitere Ausnahme zu. Der Verweis in § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO auf § 16 MaBV a.F. betreffe entgegen der Auffassung der Klägerin nicht nur die materiellen, sondern auch die formellen Voraussetzungen. Der Gesetzgeber gehe davon aus, dass nur derjenige Gewerbetreibende den ordnungsgemäßen Nachweis über seine ununterbrochene Tätigkeit im Bereich der Anlagevermittlung und/oder-Beratung i.S.d. § 34 c GewO a.F. führen könne, der lückenlos die Prüfberichte gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV a.F. vorgelegt habe. Insoweit habe der Gesetzgeber gänzlich auf diese Bestimmung verwiesen und damit als Voraussetzung für den Nachweis nicht nur die Erstellung der Prüfungsberichte bis zum in § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV genannten Zeitraum verlangt, sondern auch, dass die Prüfungsberichte bei der zuständigen Behörde bis zum 31. Dezember des Folgejahres eingereicht worden seien. Die Klägerin sei darauf hinzuweisen, dass die Vorlage von Prüfungsberichten eine Pflicht sei, die es unaufgefordert zu erfüllen gelte. Die zuständige Gewerbebehörde sei nicht verpflichtet, den Gewerbetreibenden an seine Berufspflichten zu erinnern.

- 21 Auf den weiteren Inhalt des Klageerwiderungsschriftsatzes vom 16. Januar 2014 wird ergänzend verwiesen.
- 22 Die Klägerin hat ihr Vorbringen mit Schreiben vom 30. Januar 2014 ergänzt und vertieft.
- 23 Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 4. Juni 2014 erneut zum Verfahren Stellung genommen. Auf den Inhalt des Schriftsatzes wird Bezug genommen.
- 24 Am 5. Juni 2014 fand mündliche Verhandlung statt. Für den Hergang der Sitzung wird auf die hierüber gefertigte Niederschrift verwiesen. In der Sitzung haben die Beteiligten auf weitere mündliche Verhandlung verzichtet und sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt.
- 25 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das wechselseitige Vorbringen der Beteiligten, die Gerichtsakte und die von der Beklagten vorgelegte Behördenakte nebst Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

- 26 Die Klage, über die das Gericht mit Einverständnis der Beteiligten ohne weitere mündliche Verhandlung entscheiden konnte (§ 101 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO -), ist zulässig und begründet.
- 27 1. Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten ist die Klage als Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO zulässig. Die Klägerin kann nicht gemäß § 42 Abs. 2 Satz 1 VwGO auf eine vorrangige Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage verwiesen werden. Die von der Klägerin angegriffenen Ausführungen der Beklagten zur Erforderlichkeit eines Sachkundenachweises bis zum Ablaufdatum des 31. Dezember 2014 im Bescheid vom 27. Oktober 2013 sind als Hinweis auf die objekti-

ve Rechtslage und nicht als Regelung i.S.d. Art. 35 Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz (BayVwVfG) bzw. als Nebenbestimmung i.S.v. Art. 36 BayVwVfG zu qualifizieren. Für einen Feststellungsantrag spricht weiter, dass die Klägerin mit dem bestandskräftig gewordenen Bescheid der Beklagten vom 27. Oktober 2013 bereits eine Zulassung als Finanzanlagenvermittler erhalten hat und ihr eigentliches Begehren nicht darauf gerichtet ist, eine erneute Anerkennung über den 1. Januar 2015 hinaus zu erhalten, sondern festzustellen, dass die bestandskräftig gewordene Anerkennung auch über den 1. Januar 2015 hinaus fortbesteht. Schließlich erlischt mit Ablauf des 1. Januar 2015 die Zulassung der Klägerin automatisch und ohne weitere behördliche Intervention. Die Erlaubnis zur Finanzanlagenvermittlung ist der Klägerin im Bescheid vom 27. Oktober 2013 auf der Grundlage von § 34 f Abs. 2 i.V.m. § 157 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 und 2 GewO erteilt worden. Danach haben Gewerbetreibende, die am 1. Januar 2013 über eine Erlaubnis gemäß § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GewO verfügten, für die Weiterausübung ihrer Vermittlungstätigkeit eine Erlaubnis gemäß § 34 f Abs. 1 GewO zu beantragen. Voraussetzung für die Erteilung einer solchen Genehmigung ist u.a. die Erbringung eines Sachkundenachweises gemäß § 34 f Abs. 2 Nr. 4 GewO. § 157 Abs. 3 Satz 1 GewO bestimmt weiter, dass Gewerbetreibende i.S.d. § 157 Abs. 2 Satz 1 GewO verpflichtet sind, diesen Sachkundenachweis spätestens bis zum 1. Januar 2015 zu erbringen. Bis zum Ablauf dieses Datums erhalten Gewerbetreibende eine Zulassung zur Finanzanlagenvermittlung unabhängig von der Erbringung eines Sachkundenachweises. Der Hinweis im Bescheid der Beklagten vom 27. Oktober 2013 verweist auf diese objektive Rechtslage und erläutert diese. Hinweise auf bestehende gesetzliche Beschränkungen erteilter Erlaubnisse stellen jedoch keine Verwaltungsakte bzw. Nebenbestimmungen zu solchen dar, denn nicht von ihnen, sondern von der gesetzlichen Regelung an sich gehen die Rechtswirkungen aus (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 14. Aufl. 2013, § 36 Rn. 7).

28 Die Frage der Fortgeltung der Zulassung der Klägerin als Finanzanlagenvermittler nach § 157 Abs. 3 GewO über den 1. Januar 2015 hinaus ist ein Streit über das Bestehen oder Nichtbestehen eines konkreten Rechtsverhältnisses zwischen den Beteiligten i.S.d. § 43 Abs. 1 VwGO. Inmitten steht die Frage der Rechtsbeziehung

zwischen der Klägerin und der Beklagten, soweit sie den Fortbestand der Zulassung nach Ablauf des 31. Dezember 2014 betrifft.

29 Der Klägerin kommt auch das gemäß § 43 Abs. 1 VwGO erforderliche Feststellungsinteresse zu. Sie ist durch den Umstand, bis spätestens zum 1. Januar 2015 einen Sachkundenachweis erbringen zu müssen, rechtlich und wirtschaftlich betroffen. Die betroffenen Geschäftsführer der Klägerin haben sich entsprechend vorzubereiten; scheitert der Sachkundenachweis, ist es für die Klägerin ausgeschlossen, ihre gewerbliche Tätigkeit unverändert auszuüben. Unschädlich ist, dass die Klägerin ihre Feststellungsklage bereits im Dezember 2013 erhoben hat. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis ist auch die Verpflichtung erst künftig fällig werdenden Leistungen, sofern diese Leistungen aufgrund eines bereits gegenwärtig feststehenden Sachverhalts zu erbringen sein werden und nur noch die Fälligkeit aufgeschoben ist (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 43 Rn. 18). Die Klägerin kann insbesondere nicht darauf verwiesen werden, das Erlöschen ihrer Erlaubnis kraft Gesetzes am 1. Januar 2015 abzuwarten und danach einen Antrag auf erneute Zulassung zur Finanzanlagevermittlung zu stellen. Da die Klägerin bereits zum jetzigen Zeitpunkt verpflichtet wäre, die entsprechenden Vorbereitungskurse für den Sachkundenachweis der Geschäftsführer zu belegen, ist die Feststellungsklage bereits vor Ablauf des 31. Dezember 2014 zulässig.

30 Der Klägerin kann schließlich auch eine Klagebefugnis entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO nicht abgesprochen werden. Die Zulässigkeit einer Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine Klagebefugnis entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO voraus (vgl. BVerwG, U.v. 28.11.2007 – 9 Z 10/07 – BVerwGE 130, 52). Zur Vermeidung von Popularklagen ist diese Vorschrift für die Feststellungsklage entsprechend heranzuziehen. Danach ist eine Feststellungsklage nur zulässig, wenn es dem Rechtsuchenden um die Verwirklichung eigener Rechte geht. Dass ihm solche Rechte zustehen, muss nach seinem Vorbringen zumindest möglich erscheinen (vgl. BayVG, B.v. 7.4.2014 – 2 ZB 12.2332 – juris Rn. 3; BVerwG, U.v. 13.7.1973 – VII C 6.72 – BVerwGE 44, 1 ff.). Da jedenfalls nicht unter jedem denkbaren Ge-

sichtspunkt ausgeschlossen ist, dass die Anerkennung der Klägerin gemäß § 157 Abs. 3 Satz 4 und 5 GewO nicht mit Ablauf des 1. Januar 2015 erlischt und die Klägerin von ihrem subjektiven Recht der Zulassung zur Finanzanlagenvermittlung weiter Gebrauch machen darf, ist die Klägerin klagebefugt.

31 2. Die Klage ist begründet. Die der Klägerin erteilte Erlaubnis zur Vermittlung von Finanzanlagen vom 27. Oktober 2013 besteht über den 1. Januar 2015 hinaus fort, ohne dass es hierfür der Erbringung eines Sachkundenachweises durch die Klägerin bedarf. Die Beklagte hat die erteilte Erlaubnis daher unzutreffend mit dem Hinweis versehen, dass die Klägerin bis zum 1. Januar 2015 einen Sachkundenachweis zu erbringen hat. Vielmehr kann die Klägerin sich erfolgreich auf die Regelung in § 157 Abs. 3 Satz 4 GewO stützen.

32 Ausgangspunkt ist das Gesetz zur Neuregelung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts vom 6. Dezember 2011, mit dem der Gesetzgeber für gewerbliche Finanzanlagenvermittler ein neues Erlaubnisverfahren nach §§ 34 f und 34 g GewO eingeführt hat. War für die Erlaubnis zur Anlageberatung und Anlagevermittlung gemäß § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 3 GewO bisher nur der Nachweis der Zuverlässigkeit und der geordneten Vermögensverhältnisse erforderlich, wurden die Anforderungen an den Gewerbetreibenden mit der Neuregelung erheblich verschärft und als neue Erlaubnisvoraussetzungen eine Berufshaftpflichtversicherung und Sachkundenachweis eingeführt. Nach § 34 f Abs. 2 Nr. 4 GewO ist die Erteilung einer Erlaubnis zur Tätigkeit als Finanzanlagenvermittler u.a. dann zu versagen, wenn der Gewerbetreibende den nunmehr gemäß der Neuregelung erforderlichen Sachkundenachweis nicht erbringt. Zu der Neuregelung des § 34 f GewO wurden in § 157 Abs. 2 und 3 GewO Übergangsregelungen für Finanzanlagenvermittler, die bereits eine Erlaubnis nach § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 3 GewO besitzen, geschaffen. Für bereits als Finanzanlagenvermittler tätige Personen sieht die Übergangsregelung in § 157 Abs. 3 Satz 1 GewO vor, dass diese den Sachkundenachweis nicht sofort erbringen müssen. Derartigen Gewerbetreibenden wird bis zum 1. Januar 2015 eine Frist zum Ablegen der erforderlichen Sachkundeprüfung eingeräumt. Abweichend hiervon regelt § 157

Abs. 3 Satz 4 GewO, dass Personen, die seit dem 1. Januar 2006 ununterbrochen unselbständig oder selbständig als Anlagenvermittler oder Anlagenberater gemäß § 34 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 3 GewO in der bis zum 31. Dezember 2012 geltenden Fassung tätig waren, keiner Sachkundeprüfung bedürfen. § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO präzisiert den erforderlichen Nachweis einer ununterbrochenen Tätigkeit dahingehend, dass selbständige Gewerbetreibende lückenlos die nach § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV erforderlichen jährlichen Prüfungstestate vorzulegen haben.

33 Unter den Beteiligten unstreitig ist, dass die Klägerin bereits seit dem 1. Januar 2006 als Finanzanlagenvermittlerin tätig ist. Streitig unter den Beteiligten ist vielmehr ausschließlich die Frage, welche Anforderungen an die Feststellung der nach § 157 Abs. 3 Satz 4 GewO erforderliche langjährige Tätigkeit des Gewerbetreibenden zu stellen sind.

34 Entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten steht § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO der erforderlichen langjährigen Tätigkeit der Klägerin nicht entgegen. Dabei ist unschädlich, dass die von der Klägerin vorgelegten Berichte für die Jahre 2006 bis 2011 sämtlich erst am 30. April 2013 erstellt worden sind. Die Klägerin hat mit der Vorlage der Prüfungsberichte für die Jahre 2006 bis 2011 durch den Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Manfred Lechner, 82031 Grünwald, die gesetzlichen Anforderungen, die § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO normiert, erfüllt. Nicht geeignet, die Privilegierung zu beseitigen, ist dabei der Umstand, dass die Berichte für die Jahre 2006 bis 2011 nicht innerhalb der Frist des § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV a.F. eingereicht worden sind. § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV a.F. verlangte, dass der Gewerbetreibende auf seine Kosten die Einhaltung der sich aus den §§ 2 bis 14 MaBV ergebenden Verpflichtungen für jedes Kalenderjahr durch einen geeigneten Prüfer prüfen zu lassen und der zuständigen Behörde den Prüfungsbericht bis spätestens zum 31. Dezember des darauf folgenden Jahres zu übermitteln hatte. Unter den Beteiligten unstreitig ist, dass die Klägerin diese für die Geschäftsjahre 2006 bis 2011 geltenden Fristen mit Erstellung sämtlicher Prüfungsberichte erst am 30. April 2013 nicht gewahrt hat. Dies steht jedoch einer Inanspruchnahme der die Klägerin begünstigenden Ausnahmegesetzgebung des § 157 Abs. 3 Satz 4 und 5

GewO nicht entgegen. Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck der getroffenen gesetzlichen Regelung. Weder dem Wortlaut der Sätze 4 und 5 des § 157 Abs. 3 GewO selbst ist eine Frist für die Vorlage der Prüfungsberichte zu entnehmen, noch ergibt sich eindeutig, dass durch die Verweisung auf § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV a.F. auch dessen Frist miteinbezogen werden sollte. Insbesondere ist in der Forderung eines „lückenlosen“ Nachweises in § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO keine Frist bestimmt, sondern betrifft diese lediglich den Nachweis durchgehender Tätigkeit in den Jahren 2006 bis 2011 (vgl. VG Sigmaringen, U.v. 30.1.2014 – 2 K 2675/13 – nicht veröffentlicht).

35 § 157 Abs. 3 Satz 4 GewO wollte ersichtlich eine Besitzstandsschutzregelung für langjährig im Markt tätige Finanzanlagenvermittler schaffen, die unter bestimmten Voraussetzungen vom Nachweis der Sachkunde befreit sind. Die vom Gesetz geforderte lückenlose Vorlage der Berichte nach der MaBV a.F. verfolgte daher den alleinigen Zweck, die langjährige Tätigkeit des jeweiligen Finanzanlagenvermittlers zu belegen. Dies gilt umso mehr, als die Frage der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden gemäß § 34 f Abs. 2 Nr. 1 GewO gesondert zu prüfen ist bzw. eine erneute Regelprüfung der Zuverlässigkeit und der Vermögensverhältnisse gemäß § 157 Abs. 2 Satz 2 GewO entfällt, da diese Voraussetzungen bereits bei Erteilung der Erlaubnis nach § 34 c GewO behördlich überprüft wurden. Dient aber die von § 157 Abs. 3 Satz 5 GewO geforderte Vorlage der Prüftestate allein dem Nachweis langjähriger Tätigkeit des Gewerbetreibenden am Markt und sind insoweit keine Rückschlüsse auf die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden veranlasst, ist dieser Nachweis grundsätzlich unabhängig davon, wann das jeweilige Prüftestat gefertigt wurde. Da das jeweilige Prüftestat darüber hinaus auch keine Angaben enthält, die die Sachkunde des Gewerbetreibenden betreffen, sondern lediglich geprüft wird, ob Sicherungs-, Anzeige-, Aufzeichnungs- und Nachweispflichten nach der MaBV a.F. eingehalten wurden, erweisen sich auch nachträglich erstellte Berichte nicht als grundsätzlich ungeeignet zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels, einen Nachweis langjähriger Tätigkeit als Finanzanlagenvermittler zu führen (vgl. VG Sigmaringen, U.v. 30.1.2014, a.a.O.; a.A. VG Oldenburg, U.v.2 8.11.2013 – 12 A 5544/13 – nicht veröffentlicht).

36 Schließlicly vermag auch der von der Beklagten erfolgte Hinweis darauf, dass unter Verstoß gegen die Vorlagepflicht aus § 16 Abs. 1 Satz 1 MaBV a.F. verspätet vorgelegte Testate unberücksichtigt bleiben müssten, weil deren Berücksichtigung die Gefahr der „Geschichtserfindung“ gewerbsmäßiger Tätigkeit zu stark fördern und im Grundsatz der gebotenen engen Auslegung des § 157 GewO als Ausnahmetatbestand entgegenstünde, kein anderes rechtliches Ergebnis zu begründen. Das von der Beklagten angesprochene Problem der Fälschungssicherheit von Prüftestaten gemäß § 16 MaBV a.F. (vgl. Schönleiter in Landmann/Rohmer, GewO, Stand: September 2013, § 157 Rn. 31 2. Spiegelstrich; Schönleiter, GewArch 2013, 392 ff.) kann auch durch die von der Beklagten geforderte fristgerechte Einreichung des Prüftestats bis zum Ablauf des Folgejahres nicht verhindert werden. Mit der Forderung eines Ablaufdatums, bis zu dem der Nachweis der zuständigen Behörde vorgelegt werden muss, lässt sich dem Problem gefälschter bzw. geschönter Prüftestate nicht begegnen. Auch ist nicht ersichtlich, warum der fristgerecht i.S.d. § 16 Abs. 1 MaBV a.F. vorgelegte Prüfbericht ein höheres Vertrauen in eine tatsächlich ausgeübte Tätigkeit des Gewerbetreibenden als Finanzanlagenvermittler genießen sollte, als ein nachträglich erstellter. Ist aber ausschlaggebend für die Inanspruchnahme der Besitzstandschutzregelung in § 157 Abs. 3 Satz 4 GewO, dass eine ununterbrochene Tätigkeit als Finanzanlagenvermittler in den Jahren 2006 bis 2011 tatsächlich stattgefunden hat, ist auch der von der Klägerin im April 2013 erstellte jeweilige Prüfbericht für die Jahre 2006 bis 2011 durchaus geeignet, diesen Nachweis zu erbringen (vgl. i.d.S. auch Glückert, GewArch 2012, 465 ff.). Verdeutlicht wird dies auch dadurch, dass unstreitig nicht ausreichend für die Inanspruchnahme des Besitzstandschutzes die Vorlage eines sogenannten Negativattest im Sinne von § 16 Abs. 1 Satz 2 MaBV ist, da ein solches gerade belegt, dass der Gewerbetreibende nicht ununterbrochen in der Anlageberatung und –vermittlung tätig war (vgl. Schönleiter in Landmann/Rohmer, a.a.O., § 157 Rn. 32). Damit entfällt der Besitzstandschutz in den Fällen, in denen der Vermittler zwar seit 2006 ununterbrochen in der Anlageberatung oder –vermittlung tätig war, aber für ein oder mehrere Jahre das Prüfungstestat nicht vorgelegt hat. Zu welchem Zeitpunkt diese Vorlage erfolgt, ist nach Sinn und Zweck der in § 157

Abs. 3 Satz 4 und 5 GewO getroffenen Regelung und dem Ziel, den Nachweis über die langjährige Tätigkeit in der Finanzanlagebranche zu belegen, hingegen unerheblich. Maßgeblich ist, dass den für die Jahre 2006 bis 2011 vollständig vorgelegten Prüftestaten zu entnehmen ist, dass der jeweilige Gewerbetreibende in der entsprechenden Branche tätig war. Daran hat das Gericht vorliegend keine Zweifel und es ist auch nicht ersichtlich, dass die Beklagte eine Finanzanlageberatung bzw. –vermittlung durch die Klägerin in den Jahren 2006 bis 2011 grundsätzlich in Abrede stellt.

- 37 Schließlich führt auch der Umstand, dass die nichtfristgerechte Vorlage der Prüfberichte entgegen der Vorschrift in § 16 Abs. 1 Satz MaVB a.F. eine Ordnungswidrigkeit i.S.v. § 144 Abs. 2 Nr. 6 GewO, § 18 Abs. 1 Nr. 12 MaBV darstellt, zu keinem anderen rechtlichen Ergebnis. Da der Vorlagezeitpunkt des Prüfungstestates für den Nachweis der ununterbrochenen beruflichen Tätigkeit und die hieraus folgende Inanspruchnahme der Besitzstandsschutzregelung in § 157 Abs. 3 Satz 4 GewO unerheblich ist, lassen sich aus der Tatsache, dass die verspätete Vorlage des Prüftestats bußgeldbewehrt ist, keine Rückschlüsse zu Lasten der Klägerin ziehen. Die Besitzstandsschutzregelung in § 157 Abs. 3 Satz 4 GewO steht selbständig neben der Möglichkeit, gegen die Klägerin ein Bußgeldverfahren einzuleiten.
- 38 Da die Klägerin einen Nachweis ununterbrochener Tätigkeit im Bereich der Finanzanlageberatung bzw. –vermittlung in ausreichender Form erbracht hat, ist sie nicht verpflichtet, einen Sachkundenachweis bis spätestens 1. Januar 2015 zu erbringen. Die Feststellungsklage war daher erfolgreich.
- 39 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Als im Verfahren unterlegen hat die Beklagte die Kosten des Verfahrens zu tragen.
- 40 Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenforderung folgt aus § 167 Abs. 1 VwGO in Verbindung mit §§ 708 Nr. 11, 711 Zivilprozessordnung (ZPO).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung zu, wenn sie vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zugelassen wird. Die Zulassung der Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils beim Bayerischen Verwaltungsgericht Augsburg,

Hausanschrift: Kornhausgasse 4, 86152 Augsburg, oder

Postfachanschrift: Postfach 11 23 43, 86048 Augsburg,

schriftlich zu beantragen.

Der Antrag muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof,

Hausanschrift in München: Ludwigstr. 23, 80539 München, oder

Postfachanschrift in München: Postfach 34 01 48, München,

Hausanschrift in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach

einzureichen. Die Berufung ist nur zuzulassen, wenn

1. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,
2. die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,
3. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
4. das Urteil von einer Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs, des Bundesverwaltungsgerichts, des gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder
5. wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof müssen sich die Beteiligten durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind die in § 67 Absatz 2 Satz 1 und Absatz 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen zugelassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich auch durch die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO genannten Personen vertreten lassen.

Der Antragsschrift sollen 4 Abschriften beigelegt werden.

Dr. Endres

Hörmann

Weber

Beschluss:

Der Streitwert wird auf 5.000,-- EUR festgesetzt (§ 52 Abs. 2 Gerichtskostengesetz – GKG -)

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten die Beschwerde an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200,-- EUR übersteigt oder die Beschwerde zugelassen worden ist.

Die Beschwerde ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, beim Bayerischen Verwaltungsgericht Augsburg,

Hausanschrift: Kornhausgasse 4, 86152 Augsburg, oder

Postfachanschrift: Postfach 11 23 43, 86048 Augsburg,

schriftlich einzureichen oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einzulegen; § 129a der Zivilprozessordnung gilt entsprechend. Der Mitwirkung eines Bevollmächtigten bedarf es hierzu nicht.

Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde auch noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Der Beschwerdeschrift sollen 4 Abschriften beigefügt werden.

Dr. Endres

Hörmann

Weber