



VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

BESCHLUSS

In der Verwaltungsstreitsache

der X-GmbH, xxxxx,

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte(r) :

Rechtsanwälte MAKS,

Oppenheimer Landstraße 3, 60594 Frankfurt am Main,

g e g e n

die EdW Entschädigungseinrichtung der,
Wertpapierunternehmen,
Behrenstraße 31, 10117 Berlin,

Antragsgegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte(r) :

Rechtsanwälte White & Case,

Kurfürstendamm 32, 10719 Berlin,

hat die 1. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin
durch

den Vizepräsidenten des Verwaltungsgerichts Dr. Rueß,
den Richter am Verwaltungsgericht Marticke,
die Richterin Wulff

am 17. September 2008 beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin/des Antragstellers gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 18. Dezember 2007 wird angeordnet.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Wert des Verfahrensgegenstandes wird auf 185.475,00 Euro festgesetzt.

Gründe

Die Antragstellerin¹ gehört aufgrund der ihr von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (im Folgenden: Bundesanstalt) nach dem Kreditwesengesetz - KWG - erteilten Erlaubnis der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (Antragsgegnerin) an und entrichtet an sie Jahresbeiträge nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (EAEG). Sie begehrt Eilrechtsschutz gegen einen Sonderbeitragsbescheid der Antragsgegnerin über 741.900,-- Euro.

Mit Bescheid vom 15. März 2005 stellte die Bundesanstalt gemäß § 5 Abs. 1 EAEG fest, dass das Institut Phoenix Kapitaldienst GmbH mit Sitz in Frankfurt (im Folgenden: Phoenix) aus Gründen, die mit seiner Finanzlage unmittelbar zusammenhingen, nicht in der Lage sei, Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften zu erfüllen, und keine Aussicht auf eine spätere Erfüllung bestehe (Entschädigungsfall i.S.d. § 1 Abs. 5 EAEG). Phoenix war 1976 gegründet worden. Ab dem 1. Januar 1998 wurde sie durch das 6. Kreditwesen-Änderungsgesetz der Aufsicht der Bundesanstalt unterstellt; sie verfügte über eine fiktive Erlaubnis gem. § 32 KWG als Wertpapierhandelsbank für das Finanzkommissionsgeschäft und die Finanzportfolioverwaltung. Seit Mitte der 90er Jahre entwickelte und vertrieb sie das Geschäftsmodell „Phoenix Managed Account“, eine von ihr verwaltete Anlage in Derivaten. Dabei leisteten die Anleger die vereinbarten Einzahlungen auf Konten von Phoenix bei Kreditinstituten ein. Die Einzahlungen wurden vermischt und von Phoenix als Operativkonto für Rechnung aller Konten geführt. Wegen der aus Sicht der Bundesanstalt fehlenden Trennung der Kundengelder voneinander und vom Vermögen der Phoenix erließ die Bundesanstalt im März 2000 gegen die Phoenix eine Missstandsanordnung; die hiergegen gerichtete Klage der Phoenix blieb ohne Erfolg (letztinstanzlich BVerwGE 116, 198). Diese Verfügung der Bundesanstalt wurde von Phoenix nicht umgesetzt. Später stellte sich heraus, dass Phoenix seit 1999 betrügerisch nach Art eines Schneeballsystems vorging, indem sie Konten und Geschäftsergebnisse fingierte und neu angeworbene Anlagen teilweise zur Erfüllung von Rückzahlungsverpflichtungen anderer Anleger einschließlich angeblicher Gewinne sowie zur Deckung von Gebühren und Provisionen verwendete. Einige verantwortliche von Phoenix wurden deshalb strafrechtlich belangt.

¹ Wenn im Text von „Antragstellerin“ die Rede ist, gilt dies auch für männliche Antragsteller des konkreten Verfahrens. Mit „die Antragsteller“ sind Antragstellerinnen und Antragsteller aus Parallelverfahren gemeint.

Am 1. Juli 2005 eröffnete das Amtsgericht Frankfurt am Main das Insolvenzverfahren über Phoenix. Den vom Insolvenzverwalter aufgestellten und der Mehrheit der Gläubiger gebilligten Insolvenzplan bestätigte das Insolvenzgericht mit Beschluss vom 19. April 2007. Auf Beschwerde einiger Gläubiger hob das Landgericht Frankfurt am Main diesen Beschluss auf und lehnte die Bestätigung des Insolvenzplans ab (Beschluss vom 29. Oktober 2007, ZIP 2007, 2229 = NZI 2008, 110). Gegen diese Entscheidung wurden Rechtsmittel zum Bundesgerichtshof eingelegt, über die noch nicht entschieden ist.

Die mit der Phoenix-Insolvenz verbundenen Entschädigungsansprüche der Anleger gegen die Antragsgegnerin werden unter Berücksichtigung des nach Einleitung des Insolvenzverfahrens sichergestellten Phoenix-Vermögens von etwa 236 Millionen Euro auf insgesamt etwa 200 Millionen Euro geschätzt. Der Antragsgegnerin liegen ca. 30.000 Entschädigungsanträge von Phoenix-Anlegern vor, deren Bearbeitung im Frühjahr 2008 aufgenommen wurde.

Mit Bescheid vom 18. Dezember 2007 setzte die Antragsgegnerin gegenüber der Antragstellerin einen Sonderbeitrag in der eingangs genannten Höhe fest. Zur Begründung führte sie aus, es bestehe zur Durchführung des ersten Verfahrensabschnitts im Entschädigungsverfahren Phoenix ein Finanzbedarf in Höhe von 28.731.000 Euro. Es sollten im Jahre 2008 Teilentscheidungen über Ansprüche von 6.000 Anlegern getroffen werden, bei denen mit einer durchschnittlichen Entschädigungsleistung in Höhe von 5.298 Euro zu rechnen sei. Dem mit dem hiergegen gerichteten Widerspruch verbundenen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung dieses Bescheides entsprach die Bundesanstalt nicht.

Der Antrag der Antragstellerin,

die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 18. Dezember 2008 anzuordnen,

hat Erfolg.

A) Der Antrag ist zulässig.

I. Das Verwaltungsgericht Berlin ist für den Antrag nach § 52 Abs. 2 Satz 1 VwGO örtlich zuständig, da Gegenstand des Verfahrens der Verwaltungsakt einer Bundesbehörde mit Sitz in Berlin ist. Behörde i.S. der genannten Bestimmung ist jede abgrenzbare Verwaltungseinheit, die nach außen hin selbständig tätig wird und Verwal-

tungsakte erlässt, wobei es nicht darauf ankommt, ob es sich um eine Bundesbehörde i.S. von Art. 87 Abs. 1 GG handelt. Dass die Antragsgegnerin in diesem Sinne als Behörde anzusehen ist, ergibt sich aus § 6 Abs. 1 EAEG, wonach sie als nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes errichtet wird und unter eigenem Namen klagen und verklagt werden kann, sowie aus § 6 Abs. 3 EAEG, wonach die Antragsgegnerin die Beiträge der ihr zugeordneten Institute einzuziehen und im Entschädigungsfall auszuzahlen hat (VG Köln, Beschluss vom 15. April 2008 - 14 K 975/08 m.w.N. [jetzt VG 1 A 102.08]).

II. Der Antrag ist nach § 80 Abs. 5 VwGO statthaft; denn der Widerspruch gegen den Sonderbeitragsbescheid hat nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO in Verbindung mit § 8 Abs. 4 Satz 3 EAEG keine aufschiebende Wirkung. Der Antrag ist auch im Übrigen zulässig, da der Widerspruch fristgerecht erhoben und der nach § 80 Abs. 6 VwGO erforderliche Antrag bei der Behörde auf Aussetzung der Vollziehung von dieser abgelehnt wurde.

B) Der Antrag hat auch in der Sache Erfolg.

I. Das Gericht ordnet die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs an, da ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes bestehen (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 4 Satz 3 VwGO).

1. Allerdings erscheint zweifelhaft, ob sich der Prüfungsmaßstab im vorliegenden Verfahren aus § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO ergibt mit der Folge, dass für die Aussetzung der Vollziehung ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsaktes oder eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte erforderlich sind. Zwar ist bei der Anforderung öffentlicher Abgaben und Kosten i.S. von § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, zu denen auch Sonderabgaben mit Finanzierungszweck (Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl. 2008, Rdn. 681, 686 m.w.N.; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 80 Rdn. 57 m.w.N.) und damit die auf dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz beruhenden „Beiträge“ (vgl. zur Rechtsnatur derselben BVerwGE 120, 311, 317 f.) gehören, der für die Behörde geltende Entscheidungsmaßstab des § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO auch für die gerichtliche Entscheidung gem. § 80 Abs. 5 VwGO maßgeblich (vgl. vgl. Finkelnburg u.a., a.a.O. Rdn. 980 m.w.N. Fn. 113). Hier wird der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung jedoch durch das Fachgesetz selbst angeordnet (§ 8 Abs. 4 Satz 3 EAEG), so dass

ein Fall des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO vorzuliegen scheint, für den der Entscheidungsmaßstab in § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO nach herrschender Auffassung nicht gilt (vgl. Finkelnburg u.a., a.a.O. Rdn. 834 ff m.w.N.).

Aus der Entstehungsgeschichte des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes ergibt sich indes nicht, dass mit dem fachgesetzlichen Ausschluss der aufschiebenden Wirkung in § 8 Abs. 4 Satz 3 EAEG ein von § 80 Abs 1 Satz 1 Nr. 1, Abs 4 Satz 3 VwGO abweichender Prüfungsmaßstab für die Aussetzung der Vollziehung eingeführt werden sollte. § 8 Abs. 4 des Gesetzentwurfs zur Umsetzung der EG-Einlagensicherungsrichtlinie und der EG-Anlegerentschädigungsrichtlinie (BT-Drs. 13/10188) enthielt den Gesetz gewordenen Satz 3 noch nicht; dieser wurde erst auf Vorschlag des Finanzausschusses (BT-Drs. 13/10846) eingefügt. Ausweislich der hierfür gegebenen Begründung (BT-Drs. 13/10846, S. 24) sollte diese Regelung die Leistungsfähigkeit der Entschädigungseinrichtung sicherstellen, die während der Verfahrensdauer im Falle eines Streits über die Beitragshöhe nicht durch die aufschiebende Wirkung gefährdet werden dürfe. Dies deckt sich mit dem Sinn und Zweck der Regelung in § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO, eine Deckung des Finanzbedarfs der öffentlichen Hand unabhängig von schwebenden Rechtsstreitigkeiten zu gewährleisten (vgl. Finkelnburg u.a., a.a.O. Rdn. 681, 832 m.w.N.). Bezogen auf die Belange der Abgabepflichtigen wird die sofortige Vollziehbarkeit in den Fällen des § 80 Abs 1 Nr. 1 VwGO – abgesehen von dem in § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO angesprochenen Fall einer besonderen Härte – dadurch gerechtfertigt, dass ein Rückforderungsanspruch des Abgabeschuldners bei einem späteren Obsiegen im Hauptsacheverfahren wegen Insolvenzunfähigkeit der öffentlichen Hand gesichert ist, so dass dem Betroffenen durch die Erfüllung einer sofort vollziehbaren Abgabepflicht kein irreparabler Schaden droht (vgl. Finkelnburg u.a., a.a.O. Rdn. 832 Fn. 15; OVG Berlin, NVwZ-RR 2005, 304, 305).

Ob die Entschädigungseinrichtung, bei der es sich nach § 6 Abs. 1 EAEG um ein nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes handelt, insolvenzunfähig ist und die Durchsetzung möglicher Erstattungsansprüche der Antragsteller gegen sie deshalb gesichert ist, erscheint indes fraglich. Nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 der Insolvenzordnung - InsO - ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Bundes unzulässig. Unselbständige Sondervermögen des Bundes sind zwar mangels Rechtspersönlichkeit trotz getrennter Bewirtschaftung der Mittel Teil des Bundesvermögens. § 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO steht aber der Insolvenzfähigkeit öffentlich-rechtlicher Sondervermögen dann nicht entgegen, wenn in dem Errichtungsgesetz eine Haftung des Bundes für

Verbindlichkeiten des Sondervermögens ausgeschlossen bzw. die Haftung des Sondervermögens auf eben dieses beschränkt ist. Infolge der auf ihr Vermögen beschränkten Haftung der Entschädigungseinrichtung könnte dann trotz ihrer Eigenschaft als unselbständiges Sondervermögen des Bundes eine Insolvenzfähigkeit in sinngemäßer Anwendung des § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO in Betracht kommen; danach kann das Insolvenzverfahren auch über einen Nachlass oder über das Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft eröffnet werden. Hieraus wird von einigen Autoren der allgemeine Rechtsgedanke abgeleitet, dass auch einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen, das eine haftungsrechtliche Absonderung erfahren hat, Insolvenzfähigkeit zukommt (Gundlach, DÖV 1999, 815, 819 f.; in diese Richtung auch: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, 11. Lieferung Juni 2007, Art. 110 GG Rdn. 46). Dafür spricht, dass bei einer haftungsrechtlichen Beschränkung auf ein bestimmtes Vermögen ein praktisches Bedürfnis für die Sicherung der gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger durch das Insolvenzverfahren besteht.

Zur Frage, ob der Bund für Schulden seiner unselbständigen Sondervermögen einstehen muss, gibt es unterschiedliche gesetzliche Regelungen (vgl. § 4 Abs. 2 des Sondervermögensgesetzes ERPG; § 4 des Erblastentilgungsfonds-Gesetzes, § 9 Abs. 1 Satz 4 des Gesetzes über die Entschädigung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen, § 3 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Kinderbetreuungsausbau“). Das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz bestimmt in § 8 Abs. 5 Satz 1, dass die Entschädigungseinrichtung für die Erfüllung der (Entschädigungs-)Verpflichtungen nach § 3 Abs. 1 nur mit dem auf Grund der Beitragsleistungen nach Abzug der Kosten zur Verfügung stehenden Vermögen haftet, was eine Einstandspflicht des Bundes ausschließt. Bei sinnreicher Auslegung gilt dies auch im Verhältnis zu den der Entschädigungseinrichtung zugeordneten Instituten, insbesondere in Bezug auf Erstattungsansprüche, die diesen wegen zu Unrecht entrichteter Beiträge erwachsen. Mit dem vom Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz bezweckten Anlegerschutz wäre es schwerlich vereinbar, erstattungsberechtigte Institute gegenüber entschädigungsberechtigten Anlegern zu bevorzugen. Dass möglicherweise Anleger direkt aus Art. 4 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 der Anlegerentschädigungsrichtlinie 97/9/EG wegen mangelhafter Umsetzung der Richtlinie (zur Haftung allgemein: Jürgen Schwarze [Hrsg.], EU-Kommentar, Art. 249 Rdn. 27 m.w.N.) bei Überschuldung der Entschädigungseinrichtung Ansprüche gegen den Bund zustehen, müsste insoweit außer Acht bleiben, da es sich um sekundäre Amtshaftungsansprüche handelt.

Gegen eine analoge Anwendbarkeit des § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO auf unselbständige öffentlich-rechtliche Sondervermögen spricht allerdings, dass es zweifelhaft erscheint, ob sich der Bund trotz der gegebenen Personenidentität mit dem Sondervermögen durch einfachgesetzliche Regelungen jeglicher Einstandspflicht für dieses Vermögen entziehen kann. Insoweit verweist die Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 15. September 2008 (nur in einigen Verfahren eingereicht) zu Recht auf die Erwägungen des Gesetzgebers bei der Neuregelung von Art. 115 GG im Jahr 1969: „Aufgrund der Einheitlichkeit des Rechtssubjekts Bund und kraft Sachzusammenhangs kann der Bund aber seine Sondervermögen nicht notleidend werden lassen“ (BT-Drs. V/3040, S. 47).

Letztlich kann die Frage, ob der strenge Maßstab des § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO trotz nicht klar gesicherter Erstattung im Falle eines Erfolgs im Hauptsacheverfahren hier anwendbar ist, jedoch offen bleiben, da der Antrag auch dann Erfolg hat, wenn man der Prüfung diese Kriterien zugrunde legt.

2. Ernstliche Zweifel i.S. von § 80 Abs 4 Satz 3 VwGO liegen vor, wenn nach der im einstweiligen Rechtschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung der Erfolg des Widerspruchs wahrscheinlicher ist als ein Unterliegen (Finkelnburg u.a., a.a.O. Rdn. 829 m.w.N.; zur Beitragspflicht nach EAEG ebenso st. Rspr. des VG Berlin, vgl. Beschluss vom 29. November 2005 - VG 25 A 246.03 - Abdr. S. 5; OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2006, 356; a.A. Kopp/Schenke, a.a.O. § 80 VwGO Rdn. 116 m. Fn. 217: gleiche Wahrscheinlichkeit genügt). Soweit die Übereinstimmung von Normen mit höherrangigem Recht in Frage steht, hat das Gericht im Aussetzungsverfahren auch zu prüfen, ob es hieran ernstliche Zweifel hat (vgl. Finkelnburg u.a., a.a.O. Rdn. 922; OVG Hamburg, NVwZ 2006, 949).

II. Rechtsgrundlage des angegriffenen Bescheides ist § 8 Abs. 2 Satz 4 EAEG vom 16. Juli 1998 (BGBl. I S. 1842), hier anwendbar i.d.F. des Art. 12 des Gesetzes vom 15. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2676, 2733), i.V.m. § 5 der Verordnung über die Beiträge zu der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierunternehmen bei der Kreditanstalt für Wiederaufbau (BeitragsVO) vom 19. August 1999 (BGBl. I S. 1891), hier anwendbar i.d.F. der Verordnung vom 5. Juni 2003 (BGBl. I S. 849). Danach hat die Entschädigungseinrichtung Sonderbeiträge zu erheben und Kredite aufzunehmen, wenn dies zur Durchführung des Entschädigungsverfahrens erforderlich ist; zur Zahlung der Sonderbeiträge in der in § 5 Abs. 2 BeitragsVO genannten Höhe sind Insti-

tute verpflichtet, die der Entschädigungseinrichtung zum Zeitpunkt ihrer Erhebung angehören.

Gemessen an diesen Bestimmungen bestehen zwar keine ernstlichen Zweifel an der dem angegriffenen Bescheid zugrunde liegenden Einschätzung der Antragsgegnerin, dass sie im Zusammenhang mit der Phoenix-Insolvenz Entschädigungsforderungen der Anleger ausgesetzt ist, was gedankliche Voraussetzung für mögliche Sonderbeitragspflichten der der Antragsgegnerin zugeordneten Institute ist (nachf. 1). Ein die Erhebung von Sonderbeiträgen rechtfertigender Mittelbedarf entfällt auch nicht deshalb, weil der Antragsgegnerin ihrerseits Schadensersatzansprüche gegen Dritte zustehen oder sie sich Schadensersatzsprüchen der Institute gegenüber sieht (nachf. 2). Die Sonderbeiträge sind jedoch noch nicht fällig (nachf. 3). Ob die Antragsgegnerin sich ohne Ermessensfehler für die Erhebung von Sonderbeiträgen und gegen eine Kreditaufnahme entschieden hat, kann offen bleiben (nachf. 4). Weiterhin bestehen ernstliche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der die Sonderbeitragspflicht begründenden Regelungen im Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (nachf. 5) und in der hierzu erlassenen Beitragsverordnung (nachf. 6).

1. Es bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Feststellung der Antragsgegnerin, dass die Gläubiger der insolventen Phoenix, die Gelder im „Phoenix Managed Account“ angelegt haben, Ansprüche auf Entschädigung gemäß § 3 Abs. 1 EAEG gegen die Entschädigungseinrichtung geltend machen können.

a) Im Rahmen der Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Erhebung eines Sonderbeitrages vorliegen (§ 8 Abs. 2 Satz 4, 1. Alt. EAEG), hat das Verwaltungsgericht festzustellen, ob Mittel benötigt werden, um Ansprüche gegen die Entschädigungseinrichtung zu befriedigen (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 3 EAEG). Ob derartige Ansprüche bestehen, entscheiden zwar bei Streitigkeiten zwischen Anlegern und der Entschädigungseinrichtung über Grund und Höhe des Entschädigungsanspruchs die Zivilgerichte (§ 3 Abs. 4 EAEG). Soweit rechtskräftige Entscheidungen vorliegen, wird damit auch die Zahlungspflicht der Antragsgegnerin festgestellt. In deren Verhältnis zu den ihr zugeordneten Instituten hat aber das Verwaltungsgericht darüber zu befinden, ob Entschädigungsansprüche der Anleger gegeben sind. Denn anderenfalls hätten die Institute insbesondere in Fällen, in denen Anleger und Antragsgegnerin einvernehmlich von einem Anspruch ausgehen, keine Möglichkeit, diese Frage gerichtlich klären zu lassen. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Bundesanstalt am 15. März 2005 den Entschädigungsfall hinsichtlich Phoenix festgestellt hat. Un-

geachtet der Frage, ob es sich hier um eine der Bestandskraft fähige Allgemeinverfügung i.S. von § 35 Satz 2 VwVfG handelt, entbindet sie die Antragsgegnerin nicht von ihrer Verpflichtung, in jedem Einzelfall die Ansprüche der Gläubiger von Phoenix zu prüfen (§ 5 Abs. 4 Satz 1 EAEG).

b) Der Entschädigungsanspruch richtet sich nach Höhe und Umfang der dem Gläubiger des Instituts (Anleger) gegenüber bestehenden „Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften“ (§ 4 Abs. 1 Satz 1 EAEG). Wertpapiergeschäfte sind gemäß § 1 Abs. 3 EAEG Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4, 5 oder 10 oder Abs. 1a Satz 2 Nrn. 1 bis 4 KWG. Gemäß § 1 Abs. 4 EAEG sind Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften Verpflichtungen eines Instituts zur Rückzahlung von Geldern, die Anlegern aus Wertpapiergeschäften geschuldet werden oder gehören und die für deren Rechnung im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften gehalten werden.

aa) Bei den vertraglichen Beziehungen zwischen den Gläubigern und Phoenix ging es um Wertpapiergeschäfte. Es handelte sich bei dem Geschäftsmodell des „Phoenix Managed Account“ um ein Finanzkommissionsgeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG. Dieses Bankgeschäft ist dadurch gekennzeichnet, dass Finanzinstrumente in eigenem Namen für fremde Rechnung angeschafft und veräußert werden.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem bankenaufsichtsrechtlichen Urteil vom 27. Februar 2008 (6 C 11.07, WM 2008, 1359, juris) die Auffassung vertreten, dass mit Finanzkommissionsgeschäft nur der Handel mit Finanzinstrumenten im Wege des Kommissionsgeschäfts gemäß § 383 ff. HGB gemeint ist (formeller Begriff) und es nicht ausreicht, dass es sich bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise um ein fremdes Geschäft handelt (a.a.O. Rdn. 26). Die Systematik des § 1 KWG spreche für eine formale Anknüpfung. So unterscheidet das Gesetz klar zwischen den so genannten Effektengeschäften (Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten) einerseits und der Vermögensverwaltung andererseits. Bei den Effektengeschäften wiederum werde danach differenziert, ob diese rechtlich in fremdem Namen auf fremde Rechnung (Abschlussvermittlung), in eigenem Namen für fremde Rechnung (Finanzkommission) oder in eigenem Namen auf eigene Rechnung für andere (Eigenhandel) ausgeführt würden. Das Finanzkommissionsgeschäft könne deshalb nicht im Wege einer wirtschaftlichen Betrachtung als Auffangtatbestand auf Geschäftsmodelle ausgeweitet werden, die die Anlage von Investitionsgeldern in Fi-

nanzinstrumenten und damit die Vermögensverwaltung zum Gegenstand hätten, so in dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall bei einem ausdrücklichen Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung.

Ein Finanzkommissionsgeschäft liegt danach vor, wenn das Rechtsgeschäft hinreichende Ähnlichkeit mit dem in §§ 383 ff. HGB geregelten Typus des Kommissionsgeschäfts aufweist, um noch diesem Typus zugeordnet werden zu können (BVerwG, a.a.O. Rdn. 51). Das Kommissionsgeschäft nach §§ 383 ff. HGB ist dadurch gekennzeichnet, dass der Kommittent weisungsbefugt ist (§ 383 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 Satz 2 HGB).

Aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für den „Phoenix Managed Account“ - AGB - ergibt sich eindeutig, dass Phoenix in eigenem Namen auf fremde Rechnung zu handeln versprach: Nach Nr. 1.1 AGB besorgte Phoenix Geschäfte der Kunden, indem sie Geldbeträge der Kunden in Termingeschäften für gemeinsame Rechnung zu Spekulationszwecken mit Vorrang von Stillhaltergeschäften einsetzte (Nr. 1.4 AGB). Phoenix handelte nach Nr. 2.1 AGB gegenüber Dritten in eigenem Namen auf Rechnung der Gemeinschaft der Beteiligten (laut Überschrift Nr. 2 AGB als „verdeckte Stellvertretung“). Es wurden Konten ausschließlich für Gelder des „Phoenix Managed Account“ eingerichtet und als Treuhandkonten geführt (Nr. 5.1 AGB). Allerdings erfüllte das Phoenix-Geschäftsmodell nicht die weiteren typischen Elemente eines Kommissionsgeschäfts. Es bestand kein Weisungsrecht der Anleger, es wurde keine Rechenschaft über einzelne Geschäfte abgelegt, und das Eigentum an den erworbenen Finanzinstrumenten wurde nicht auf die Anleger übertragen. Immerhin verpflichtete sich Phoenix, die vereinnahmten Gelder nur für bestimmte Finanzgeschäfte zu verwenden und gestand ihren Kunden bestimmte Einsichtsrechte zu. Der Kunde erhielt gemäß Nr. 5.2 AGB monatlich eine Übersicht über die Entwicklung und den Wert seiner Beteiligung. Er konnte den Prüfungsbericht des Wirtschaftsprüfers einsehen und durch einen Wirtschaftsprüfer die Geschäftsunterlagen des „Phoenix Managed Account“ einsehen lassen (Nrn. 6.1 und 6.2 AGB).

Darüber hinaus weist der „Phoenix Managed Account“ Merkmale anderer Finanzdienstleistungen auf, ohne deren Voraussetzungen vollständig zu erfüllen: Die Ge-

schäftsbesorgung enthielt Elemente einer Vermögensverwaltung, die sie vom üblichen „Effektengeschäft“ unterschied. § 1 Abs. 1a Satz Nr. 3 KWG definiert Finanzportfolioverwaltung als Verwaltung einzelner in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere mit Entscheidungsspielraum. Phoenix stand eine eigene Entscheidungsbefugnis zu, für welche Geschäfte die Gelder verwendet werden sollten. Die Kunden von Phoenix nahmen an dem für die Vermögensverwaltung typischen Risiko des Wertverlusts während des „Haltens“ eines Finanzinstruments und dem „Gegenpartierisiko“ teil. Andererseits werden im Rahmen der Finanzportfolioverwaltung regelmäßig fremde Finanzinstrumente verwaltet, die im Eigentum der Kunden stehen. Die Wertpapiere der Kunden müssen bei einer Depotbank hinterlegt werden (§ 34a Abs. 2 WpHG). Der „Phoenix Managed Account“ stand demgegenüber im Eigentum von Phoenix. Zudem geht es bei der Finanzportfolioverwaltung um die getrennte Anlage einzelner Vermögenswerte, während im „Phoenix Managed Account“ die Anlagen der Kunden gemeinschaftlich verwaltet wurden. Insoweit trug er Züge einer kollektiven Anlage bzw. eines Investmentvermögens, wie sie früher im Kapitalanlagegesetz und heute im Investmentgesetz - InvG - geregelt sind. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Phoenix sprechen in Ziff. 1 von „Kollektivanlage“ und „Finanzpool“. Dabei erfüllt der „Phoenix Managed Account“ allerdings nicht die formellen Voraussetzungen an ein Investmentvermögen. Dieses ist gemäß § 1 Satz 2 InvG ein Vermögen zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage, das nach dem Grundsatz der Risikomischung in bestimmte Vermögensgegenstände angelegt wird. Zu den gesetzlich erlaubten Vermögensgegenständen zählen nicht Optionen auf Waretermingeschäfte (§ 51 Abs. 1 InvG). Auch die Investmentrichtlinie 85/611/EWG, deren Umsetzung das Investmentgesetz dient, erlaubt den „Organismen zur gemeinsamen Anlage in Wertpapieren“ keine Waretermingeschäfte (Art. 19 Abs. 1 g). Demgegenüber plante Phoenix die Spekulation auch mit Optionen auf Waretermingeschäfte, wie sich aus dem Prospekt ergibt. Das Investmentgesetz stellt darüber hinaus in Umsetzung europarechtlicher Vorgaben bestimmte Mindestvoraussetzungen an Kapitalanlagegesellschaften wie Mindestkapital und Bildung eines Aufsichtsrats und schreibt in § 20 Abs. 1 vor, dass das Investmentvermögen von einer Depotbank verwaltet wird. Auch diese Voraussetzungen erfüllte Phoenix nicht.

In Kenntnis dieser Sachlage hat das Bundesverwaltungsgericht in einer bankenaufsichtsrechtlichen Entscheidung im Jahre 2002 den „Phoenix Managed Account“ als Finanzkommissionsgeschäft klassifiziert (Urteil vom 24. April 2002 – 6 C 2.02 - BVerwGE 116, 198) und bestätigt, dass die Vermischung der Gelder verschiedener Kunden auf einem Gemeinschaftskonto das Gebot zur Trennung der Gelder der ein-

zelen Kunden in § 34a des Wertpapierhandelsgesetzes - WpHG - a.F. missachtet. Die Einordnung des Bankgeschäfts war dabei allerdings nicht umstritten und auch nicht mit der Revision angegriffen worden. Das Bundesverwaltungsgericht hat an dieser Zuordnung in seiner Entscheidung vom 27. Februar 2008 ausdrücklich festgehalten (a.a.O. Rdn. 56). Grundlage der Tätigkeit von Phoenix seien Verträge über den Handel mit Finanzinstrumenten in eigenem Namen für fremde Rechnung der Kunden gewesen, die zur Einordnung der Tätigkeit als Finanzkommissionsgeschäft geführt hätten. Das Gericht habe 2002 nicht etwa ein kollektives Anlagemodell unter den Begriff des Finanzkommissionsgeschäfts gefasst, sondern vielmehr ausgehend von einem vertraglich vereinbarten Finanzkommissionsgeschäft die „Kollektivierung“ der Kundengelder in einem „Finanzpool“ als Verstoß gegen die Pflichten eines Finanzkommissionärs angesehen.

Die Kammer schließt sich dieser Zuordnung an. Beim „Phoenix Managed Account“ handelte es sich um eine auf der Grundlage der Vertragsfreiheit für den grauen Kapitalmarkt entwickelte Mischform eines Wertpapiergeschäfts, das Elemente verschiedener Bankgeschäfte und Anlageformen aufweist, ohne die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen auch nur einer dieser Geschäftsarten vollständig zu erfüllen. Es ist letztlich eine Wertungsfrage, ob man diese Geldanlageform wegen ihrer prägenden Züge und auch im Interesse des Anlegerschutzes unter den Begriff der Finanzkommission subsumiert. Das Geschäftsmodell erfüllte jedenfalls – anders als der im Frühjahr 2008 vom Bundesverwaltungsgericht entschiedene Fall – das zentrale formale Kriterium eines Finanzkommissionsgeschäfts, nämlich den Handel mit Wertpapieren in eigenem Namen für fremde Rechnung.

Für diese Einordnung spricht nach Auffassung der Kammer entscheidend Sinn und Zweck des europarechtlich geprägten Anlegerschutzsystems. Das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz soll insbesondere einen Mindestschutz für Anleger und Einleger gewährleisten und das Vertrauen in das Finanzsystem stärken. Die Anlegerentschädigung ergänzt die staatliche Finanzdienstleistungsaufsicht, da kein Aufsichtssystem einen vollständigen Schutz bieten kann (Erwägungsgrund 3 der Anlegerentschädigungsrichtlinie 97/9/EG). Die Anlegerentschädigungsrichtlinie gibt den Mitgliedstaaten in Art. 2 verpflichtend vor, alle auf der Grundlage der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG zugelassenen Wertpapierfirmen – vorbehaltlich hier nicht einschlägiger Ausnahmefälle – in einem Entschädigungssystem zu erfassen. Die 1976 gegründete Phoenix Kapitaldienst GmbH wurde ab dem 1. Januar 1998 infolge der 6. Novelle des Kreditwesengesetzes als Wertpapierhandelsbank

qualifiziert und damit der Finanzdienstleistungsaufsicht unterstellt. Sie verfügte über die Erlaubnis gemäß § 32 KWG für das Finanzkommissionsgeschäft und die Finanzportfolioverwaltung. Die Einordnung des „Phoenix Managed Account“ als Finanzkommissionsgeschäft war zwischen der Phoenix und der Aufsichtsbehörde unstrittig und wurde im Jahre 2002 auch vom Bundesverwaltungsgericht in Kenntnis der allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht in Frage gestellt. Wegen ihrer bankenrechtlichen Erlaubnis war die Phoenix der Antragsgegnerin gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 EAEG zugeordnet. Sie zahlte erhebliche Jahresbeiträge und warb gegenüber ihren Kunden mit der Zugehörigkeit zur Sicherungseinrichtung, auf die sie gemäß § 23a Abs. 1 KWG hinzuweisen hatte. Zwar begründet all dies keine förmliche Bindungswirkung für das Vorliegen von Entschädigungsansprüchen. Würde aber nun aufgrund einer neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur bankenaufsichtsrechtlichen Definition des Finanzkommissionsgeschäfts nachträglich festgestellt, dass es sich beim „Phoenix Managed Account“ von vorneherein nicht einmal um ein Wertpapiergeschäft im Sinne von § 1 Abs. 3 EAEG handelte, so würde damit das Vertrauen der Anleger nicht nur von Phoenix in die Verlässlichkeit des Anlegerentschädigungssystems und mittelbar in das Finanzsystem nachhaltig erschüttert. Dies wäre nur zu verantworten, wenn die bisherige Einordnung des Geschäftsmodells eindeutig falsch und eine andere Subsumtion zwingend und unabweisbar wäre. Das ist jedoch nicht der Fall, weil der „Phoenix Managed Account“ das entscheidende formale Merkmal der Definition des Finanzkommissionsgeschäfts in § Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG erfüllt.

Dieses Auslegungsergebnis ist auch mit den europarechtlichen Vorgaben in Art. 2 Abs. 2 h) der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG und Art. 2 Abs. 1 h) der MiFiD-Richtlinie für Finanzinstrumente (2004/39/EG) vereinbar. Danach gilt die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie nicht für „Organismen zur gemeinsamen Anlage“ unabhängig davon, ob sie auf Gemeinschaftsebene koordiniert werden. In den Erwägungsgründen der Richtlinie wird dies damit begründet, dass hierfür besondere, unmittelbar auf ihre Tätigkeit zugeschnittene Regeln gelten. Einige Antragsteller sind der Auffassung, dass der „Phoenix Managed Account“ eine derartige kollektive Anlage darstelle und Phoenix deshalb nicht als Wertpapierhandelsbank hätte zugelassen und der Antragsgegnerin zugeordnet werden dürfen. Zwar ist die Definition der kollektiven Anlagen in der Ausschlussvorschrift weiter als die Definition der „Organismen zur gemeinsamen Anlage in Wertpapieren“ in der Investmentrichtlinie 85/611/EWG, weil sie das Anlageobjekt nicht näher eingrenzt. Daher wäre es nach dem Wortlaut denkbar, die kollektive Anlage in Optionen auf Warentermingeschäfte unter dem Begriff des „Organismus zur gemeinsamen Anlage“ zu erfassen. Nach

Sinn und Zweck des Anwendungsausschlusses soll dieser aber lediglich vorhandenen speziellen Regelungen Rechnung tragen. Solche Bestimmungen gibt es europarechtlich für Kollektivanlagen in Wertpapieren und in Deutschland für Kapitalanlagegesellschaften, nicht aber für den „Phoenix Managed Account“. Deshalb war und ist es europarechtlich nicht ausgeschlossen, das Geschäftsmodell nach seinen prägenden Merkmalen als Finanzkommissionsgeschäft einzuordnen, obwohl es entgegen den zwingenden, dafür vorgesehenen Normen kollektive Züge aufwies. Soweit das Bundesfinanzministerium als Reaktion auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Februar 2008 einen Gesetzentwurf vorbereitet, der künftig in § 1 Abs. 1 KWG als Nr. 6 die so genannte „Anlagenverwaltung“ zum Bankgeschäft erklären soll, die kollektive Anlagen außerhalb des Investmentgesetzes erfasst, hat dies keine Auswirkung auf die rechtliche Einordnung eines Geschäftsmodells für die Vergangenheit.

bb) Phoenix hat gegenüber ihren Anlegern Verbindlichkeiten aus dem „Phoenix Managed Account“ im Sinne von § 1 Abs. 4 EAEG, die sie infolge der Insolvenz nicht erfüllen kann. In den Schutzbereich der Vorschrift fallen nach der Gesetzesbegründung nur vertragliche Hauptleistungspflichten des Instituts. Schadensersatzansprüche aus Beratungsfehlern sind beispielsweise nicht erfasst (BT-Drs. 13/10188, S. 16). Allerdings soll ein Entschädigungsanspruch auch bestehen, wenn ein Institut Gelder von Kunden unterschlagen oder veruntreut hat (a.a.O. sowie BT-Drs. 14/8017, S. 140). Dies entspricht der Zielsetzung der Anlegerentschädigungsrichtlinie 97/9/EG (Erwägungsgrund 3).

Die Phoenix-Kunden hatten nach Nr. 13.1 AGB nach Beendigung des Vertrages Anspruch auf Auszahlung des Guthabens gemäß der Bewertung zum Ende der laufenden Abrechnungsperiode. Es besteht also eine Verpflichtung des Instituts zur Rückzahlung von Geldern, die dem Kunden aus Wertpapiergeschäften geschuldet werden und die für deren Rechnung im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften gehalten werden. Der Anspruch auf Auszahlung des Anteils des Kunden am noch vorhandenen Anlagevermögen wird aus der Konkursmasse weitgehend befriedigt werden, sei es im Wege der Aussonderung oder sei es über die Quote der Insolvenzgläubiger, bei denen es sich ganz überwiegend um Anleger handelt.

Die zentrale Entschädigungsposition besteht aus dem Schadensersatzanspruch der Gläubiger, so gestellt zu werden, als hätte sich Phoenix vertragsgetreu verhalten. Der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung vertraglicher Pflichten aus § 280

Abs. 1 BGB n.F. bzw. positiver Forderungsverletzung stellt eine Verbindlichkeit aus Wertpapiergeschäften im Sinne von § 1 Abs. 4 EASG dar, weil es um die Verletzung vertraglicher Hauptpflichten geht. Phoenix hat die Hauptleistungspflicht zur Anlage der Geldbeträge der Kunden in Termingeschäften verletzt. In den letzten Jahren hatte Phoenix die eingehenden Anlegergelder kaum noch in Optionsgeschäften und Futures investiert, sondern im Wesentlichen auf Girokonten gehalten. Die Verletzung dieser Pflicht dürfte allerdings keine Schäden verursacht, sondern die Anleger eher vor weiteren Verlusten bewahrt haben. Verletzt ist aber darüber hinaus die Hauptleistungspflicht von Phoenix, das Vermögen der Kunden treuhänderisch zu verwalten und nur für die vertraglich vereinbarten Zwecke zu verwenden. Die Gesellschaft leistete unter Verstoß gegen die treuhänderische Bindung überhöhte Zahlungen an sich selbst und an ausscheidende Anleger. Durch gefälschte Belege wurden auf einem nicht existierenden Konto bei einem Broker in London Gewinne und ein Guthaben im dreistelligen Millionenbereich fingiert. Den Anlegern wurde in monatlichen Abrechnungen ein profitables Engagement vorgespiegelt. Phoenix vereinnahmte für nicht erzielte Gewinne eine 30%ige Gewinnbeteiligung, eine Verwaltungsgebühr in Höhe von monatlich einem Prozent des „Phoenix Managed Account“, der in diesem Umfang gar nicht vorhanden war, und zahlte ausscheidenden Anlegern ein Guthaben in der vorgetäuschten Höhe aus, da das Betrugssystem sonst aufgefliegen wäre. Das Argument einiger Antragsteller, den Kunden sei betrügerisch eine von vorneherein wertlose Anlage verkauft worden, und dies falle nicht in den Schutzbereich der Anlegerentschädigung, greift demgegenüber nicht durch. Das Anlegerentschädigungssystem bewahrt den Anleger zwar nicht vor Wertverlusten von Finanzinstrumenten oder davor, dass ein solches Instrument von vornherein nicht den versprochenen Wert hat. Es soll aber (auch) davor schützen, dass ein Wertpapierhandelsunternehmen Kundengelder veruntreut und deshalb insolvent wird. Im Falle Phoenix war auch bei Eintritt der Insolvenz noch Vermögen vorhanden. Mit seinem Eintritt erhielt jeder Anleger einen Anspruch auf einen Anteil am vorhandenen Vermögen des „Phoenix Managed Account“, der dem Verhältnis seines Anteils zum jeweiligen gesamten Vermögen des Anlagepools entsprach. Die Schädigung der bisherigen Anleger durch die Veruntreuungen der Geschäftsleitung ging nicht zu Lasten der neuen Anleger. Der Wert des Anteils der Neukunden wurde erst durch die darauffolgenden unzulässigen Auszahlungen geschmälert.

Die Entschädigungseinrichtung kommt allerdings nicht für Verluste auf, die aus vertragsgemäßen Termingeschäften von Phoenix entstanden sind. Diese entsprechen dem Kursrisiko, das immer mit Spekulationen verbunden ist und zu Lasten des Anle-

gers geht. Um diese Verluste den einzelnen Anlegern zeitlich und der Höhe nach korrekt zuordnen zu können, müsste die gesamte Phoenix-Buchhaltung zumindest auf den Monat genau unter der Prämisse rechtmäßigen Verhaltens nachkalkuliert werden. Die Gläubiger haben ferner keinen Anspruch gegen die Entschädigungseinrichtung auf die fiktiven Gewinne, die Phoenix in monatlichen Übersichten ausgewiesen hat. Ihr Entschädigungsanspruch ist vielmehr auf das beschränkt, was sie bei vertragsgemäßigem Verhalten von Phoenix erhalten hätten. Denkbare Ansprüche aus abstraktem Schuldanerkenntnis wären keine Verbindlichkeiten von Phoenix aus Wertpapiergeschäften, sondern beruhen wohl auf einer Schenkung.

2. Ernstliche Zweifel daran, dass Mittel für die Entschädigung der Phoenix-Gläubiger benötigt werden, die die Antragsgegnerin weder aus ihrem Vermögen noch aus den laufenden Einnahmen bestreiten kann, ergeben sich nicht aus möglichen Schadensersatzansprüchen der Antragsgegnerin gegen die Sonderprüfer oder die Bundesanstalt. Ebenso wenig kann die Antragstellerin der Erhebung eines Sonderbeitrages den Einwand unzulässiger Rechtsausübung wegen möglicher eigener Schadensersatzansprüche gegen die Antragsgegnerin entgegenhalten.

a) Die Klage der Antragsgegnerin auf Schadensersatz gegen die Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft Ernst & Young wurde in erster und zweiter Instanz abgewiesen und ist derzeit in der Revision beim Bundesgerichtshof anhängig. Die Bundesanstalt hatte die Wirtschaftsprüfer mit Durchführung einer am 7. August 2002 angeordneten Sonderprüfung gemäß § 44 Abs. 1 Satz 2 KWG beauftragt. Der am 31. Mai 2003 erstattete Bericht deckte die Manipulationen von Phoenix mit einem nicht existierenden Brokerkonto in London nicht auf. Das Landgericht Stuttgart (Urteil vom 1. August 2007) und das Oberlandesgericht Stuttgart (Urteil vom 13. Mai 2008, WM 2008, 1308) vertraten die Auffassung, dass der Prüfungsauftrag der Bundesanstalt kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (hier: der Antragsgegnerin) gewesen sei und auch kein Fall der Drittschadensliquidation vorliege. Selbst wenn die Klage beim Bundesgerichtshof Erfolg haben sollte, würde der mögliche Schadensersatz nicht die gesamte, von der Antragstellerin zu leistende Entschädigungssumme abdecken, da höchstens der Schaden zu ersetzen wäre, der dadurch entstanden ist, dass das kriminelle Verhalten der Geschäftsleitung der Phoenix nicht bereits im Frühjahr 2003 aufgedeckt worden ist. Damit würde der Mittelbedarf jedenfalls für einen ersten Teilbetrag der Gesamtentschädigung nicht entfallen.

b) Einige Antragsteller sind der Auffassung, dass das kriminelle System von Phoenix früher entdeckt worden wäre, wenn die Bundesanstalt die Trennung der Kundenkonten zügig durchgesetzt hätte oder intensivere Prüfungen hätte durchführen lassen. Die Bundesanstalt habe damit ihre Pflichten gegenüber der Antragsgegnerin, zu der sie in einem Sonderrechtsverhältnis stehe, verletzt. Die daraus resultierenden Schadensersatzansprüche der Antragsgegnerin könnten zur Entschädigung der Anleger verwandt werden, so dass für einen Sonderbeitrag kein Finanzbedarf bestehe.

Nach Auffassung der Kammer hat die Bundesanstalt keine gegenüber der Antragsgegnerin oder den ihr zugeordneten Instituten bestehende Amtspflicht verletzt (§ 839 BGB, Art. 34 Satz 1 GG). Der Entstehung von Schadensersatzansprüchen steht die Bestimmung des § 4 Abs. 4 des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes - FinDAG - (§ 6 Abs. 4 KWG a.F., § 4 Abs. 2 WpHG a.F.) entgegen, wonach die Bundesanstalt ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahrnimmt. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte damit ausdrücklich klargestellt werden, dass „Amtspflichten gegenüber durch das Wirken des Bundesaufsichtsamtes nur mittelbar geschützte Personen oder Personenkreisen ... nicht begründet“ werden (BT-Drs. 10/1441, S. 20). Damit scheiden Amtshaftungsansprüche von Anlegern ausdrücklich aus. Amtspflichten der Bundesanstalt bestehen mithin nur gegenüber den von ihr geprüften Instituten und anderen Personen, gegenüber denen sie Entscheidungen trifft. Mit diesem Inhalt ist die genannte Bestimmung nicht verfassungswidrig (Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20. Januar 2005, BGHZ 162,49) und auch mit der Anlegerentschädigungsrichtlinie vereinbar (Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 12. Oktober 2004, BB 2004, 2428).

Zwischen Bundesanstalt und Antragsgegnerin besteht hinsichtlich der Prüfung von Instituten, die der Antragsgegnerin zugeordnet sind, kein Sonderrechtsverhältnis. Vielmehr handeln beide Behörden insoweit aus jeweils eigener Zuständigkeit unabhängig voneinander. Die Aufsichtsmaßnahmen der Bundesanstalt in Bezug auf Phoenix dienen nicht dem Schutz der Antragsgegnerin. Zu diesem Ergebnis kommen auch das Landgericht Stuttgart im Urteil vom 1. August 2007 (Umdruck S. 29 f.) und das Oberlandesgericht Stuttgart im hierzu ergangenen Berufungsurteil vom 13. Mai 2008 (a.a.O.). Den Schutz der Antragsteller vor Inanspruchnahme bezweckten die Aufsichtsmaßnahmen nur mittelbar und reflexartig. Würde man insoweit Amtspflichten oder Pflichten aus einem Sonderrechtsverhältnis gegenüber der Antragsgegnerin oder den Antragstellern statuieren, so müsste die Bundesanstalt im Ergeb-

nis für die Entschädigung der Anleger der Phoenix aufkommen, was § 4 Abs. 4 Fin-DAG gerade ausschließt.

c) Die Antragsteller setzen der Erhebung des Sonderbeitrags durch die Antragstellerin den Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegen, da sie der Auffassung sind, die Antragstellerin selbst sei ihnen gegenüber aus Amtspflichtverletzung gemäß § 839 BGB zur Freistellung von der Finanzierung der Entschädigung der Phoenix-Gläubiger verpflichtet.

Nach Auffassung der Kammer kann einer Zahlungsverpflichtung auf der Grundlage eines gemäß § 8 Abs. 2 Satz 4 EAEG rechtmäßig erhobenen Sonderbeitrages der Einwand unzulässiger Rechtsausübung nicht entgegengehalten werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs hängt es vom Einzelfall ab, ob § 242 BGB im Rahmen des Abgabenrechts Anwendung findet (BFH, Beschluss vom 21. April 1999 – VII B 274/97 –, juris). Das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz soll eine zügige Entschädigung von Anlegern sicherstellen. Dem Schutz der Anleger ist besser gedient, wenn die Institute zunächst den Sonderbeitrag leisten und später gesondert Gegenansprüche gerichtlich geltend machen. Hierfür spricht auch der Rechtsgedanke des § 226 Abs. 3 AO, der dem Steuerpflichtigen eine Aufrechnung gegen Ansprüche aus dem Steuerverhältnis nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Gegenansprüchen erlaubt (zur Aufrechnung mit Amtshaftungsansprüchen vgl. BFH, Beschluss vom 17. März 2000 – VII 40/99 –, juris). Bei den öffentlich-rechtlich auferlegten, der Finanzierung öffentlicher Aufgaben dienenden und deshalb sofort vollziehbaren Abgabenbescheiden soll der Abgabenschuldner im Grundsatz zunächst seine Leistung erbringen, bevor über Einwände gegen die Rechtmäßigkeit oder auch über Gegenansprüche abschließend entschieden wird.

Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin nach Überzeugung der Kammer keine gegenüber den Mitgliedsinstituten bestehenden Pflichten verletzt. Zwar begründet § 9 Abs. 1 Satz 2 EAEG Amtspflichten der Antragsgegnerin gegenüber den Mitgliedsinstituten. Nach dieser Vorschrift darf die Entschädigungseinrichtung bei den ihr zugeordneten Instituten Prüfungen zur Einschätzung der Gefahr des Eintritts eines Entschädigungsfalls vornehmen. Die Vermeidung des Eintritts von Entschädigungsfällen dient (auch und gerade) den Interessen der zugeordneten Institute.

Diese Amtspflichten hat die Antragsgegnerin aber in Bezug auf Phoenix nicht verletzt. Nach den Prüfungsrichtlinien sollen regelmäßig alle drei Jahre Prüfungen

durchgeführt werden. Soweit die Bundesanstalt entsprechende Maßnahmen ergreift, verzichtet die Antragsgegnerin regelmäßig zwei Jahre lang auf eine eigene Prüfung. Nachdem die Bundesanstalt ab dem Jahr 2000 aufsichtsrechtlich gegen Phoenix vorgegangen war und 2002 vor dem Bundesverwaltungsgericht obsiegt hatte, ordnete sie eine Sonderprüfung nach § 44 Abs. 1 Satz 2 KWG an, die im Frühjahr 2003 abgeschlossen wurde. Im Frühjahr 2005 trat die Insolvenz ein. Wegen der Aufsichtsmaßnahmen der Bundesanstalt und der von ihr angeordneten Sonderprüfung durfte die Antragsgegnerin aus Gründen der Verfahrensökonomie auf die Anordnung eigener Prüfungen nach § 9 Abs. 1 Satz 2 EAEG verzichten. Soweit einzelne Antragsteller rügen, dass im Rahmen der Sonderprüfung nie die Kundengelder und Anlagenbestände der Phoenix überprüft worden seien, ist dem entgegenzuhalten, dass eine Prüfung nach § 35 Abs. 2 WpHG der Bundesanstalt und nicht der Antragsgegnerin oblag. Von der Vermischung von Kundengeldern bei Phoenix abgesehen lagen zum damaligen Zeitpunkt keine weiteren konkreten Anhaltspunkte vor, die eine über die vorgenommene Sonderprüfung hinausgehende Prüfung zwingend hätten geboten erscheinen lassen.

Entgegen der Ansicht einiger Antragsteller hat sich die Antragsgegnerin auch ein mögliches Verschulden der Bundesanstalt nicht als eigenes Verschulden zurechnen zu lassen. Beide Behörden handelten insoweit auf der Grundlage eigener Kompetenzen nebeneinander. Die Antragsgegnerin hat keine Weisungsrechte gegenüber der Bundesanstalt, und diese ist keine Erfüllungsgehilfin der Antragsgegnerin.

3. Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Bescheides sieht das Gericht hingegen in Bezug auf die Fälligkeit der Sonderbeiträge bei Erlass des Beitragsbescheides.

a) Weder das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz noch die Beitragsverordnung bieten eine Rechtsgrundlage dafür, Sonderbeiträge – wie hier geschehen – bereits zu erheben, wenn zwar absehbar ist, dass das Entschädigungsvolumen die vorhandenen Mittel der Entschädigungseinrichtung übersteigen wird, wenn aber Entschädigungsansprüche – geschweige denn in einer die vorhandenen Mittel übersteigenden Umfang – weder festgestellt noch ausgezahlt wurden.

Ausdrückliche Regelungen zur Fälligkeit von Sonderbeiträgen enthalten weder das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz selbst noch die zu diesem Gesetz ergangene Beitragsverordnung (zur Fälligkeit der Jahresbeiträge s. dagegen

§ 8 Abs. 2 Satz 1 EAEG). Nach § 8 Abs. 2 Satz 4 EAEG sind Sonderbeiträge zu erheben und Kredite aufzunehmen, wenn dies zur Durchführung des Entschädigungsverfahrens notwendig ist. Notwendig können Sonderbeitragshebung und Kreditaufnahme aber nur dann sein, wenn fällige Entschädigungsansprüche aus den vorhandenen Mitteln der Entschädigungseinrichtung nicht befriedigt werden können. Damit wird auch das mögliche Volumen der Sonderbeitragspflicht bzw. der Kreditaufnahme fixiert. Es bemisst sich nach der Differenz zwischen den zu befriedigenden Entschädigungsansprüchen und den hierfür verfügbaren Mitteln, bezogen auf eine bestimmte Abrechnungsperiode, etwa ein Beitragsjahr bzw. einen Stichtag (z.B. Jahresende). Wegen ihrer Funktion, einen zusätzlichen Aufwand abzudecken, muss die Sonderabgabe – anders als der Jahresbeitrag – als kosten- oder aufwandsdeckende Abgabe qualifiziert werden. Wie hoch der abzudeckende (zusätzliche) Aufwand ist, kann bezogen auf die Abrechnungsperiode erst im Nachhinein genau ermittelt werden. Als kostendeckende Abgaben sind Sonderbeitragsforderungen nach Sinn und Zweck der vorhandenen Regelungen mithin erst dann fällig und können durch Beitragsbescheid geltend gemacht werden, wenn Entschädigungsansprüche nach Grund und Höhe festgestellt und damit spätestens drei Monate später fällig sind (§ 5 Abs. 4 Satz 1 EAEG), ohne die Erhebung von Sonderbeiträgen aber nicht mehr erfüllt werden können.

Fällige Entschädigungsansprüche, die aus dem Vermögen der Antragsgegnerin nicht befriedigt werden konnten, lagen im Zeitpunkt des Erlasses des Beitragsbescheides nicht vor. Die Prüfung und Feststellung der Ansprüche nach § 5 Abs. 4 Satz 1 EAEG gestaltet sich im Entschädigungsfall Phoenix deshalb schwierig, weil Gewinne, Verluste und Vergütungen/Kosten aus der tatsächlichen Handelstätigkeit von Phoenix gegen Scheingewinne, die in gefälschten Kontoauszügen ausgewiesen waren, und mit diesen verbundene irreguläre Vergütungen/Kosten abzugrenzen sind und festgestellt werden muss, wie sich die von den einzelnen Kunden eingezahlten Geldbeträge unter Berücksichtigung tatsächlich angefallener Gewinne, Verluste/Kosten im Lauf der Zeit entwickelt haben. Unklar ist des Weiteren, ob und in welchem Umfang die Anleger in Bezug auf die bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorhandenen Finanzmittel von Phoenix Aussonderungsrechte gegen den Insolvenzverwalter haben. Die Voraussetzungen für eine abschließende Prüfung von Entschädigungsansprüchen durch die Antragsgegnerin sind derzeit in vollem Umfang nur für solche Ansprüche gegeben, die von Aussonderungsrechten dem Grunde und der Höhe nach nicht berührt sind, weil der Anteil der Anleger am Stichtag so hoch war, dass ihnen die maximale Entschädigungssumme von 20.000,- € auch bei Abzug möglicher

Entschädigungsansprüche zustand (Antragserwiderung zu A IV 1 b). Auch soweit Ansprüche nach Abzug möglicher Aussonderungsrechte mit Sicherheit zumindest teilweise begründet sind (Antragserwiderung a.a.O.), wird die Antragsgegnerin eine (teilweise) Fälligkeit des Entschädigungsanspruchs in diesem Umfang annehmen können. Soweit solche Entschädigungsansprüche konkret erfüllt werden sollen oder erfüllt wurden und der Kapitalstock der Antragsgegnerin hierfür nicht ausreicht, werden Sonderbeitragsforderungen gegen die der Entschädigungseinrichtung angehörenden Institute fällig.

Derartige konkreten, den Mittelbestand der Antragsgegnerin überschreitenden Entschädigungszahlungen liegen dem angegriffenen Bescheid indes nicht zugrunde. Die Antragsgegnerin hat das im angegriffenen Bescheid für 2008 angenommene Sonderbeitragsvolumen nicht aufwandsbezogen konkret berechnet, sondern hat im Vorhinein grob abgeschätzt, welche Entschädigungsansprüche mit zumutbaren Anstrengungen im Jahr 2008 würden abgearbeitet werden können, über welche Mittel sie voraussichtlich verfügen wird und welcher zusätzliche Finanzierungsbedarf deshalb besteht. Die Prüfung und Bescheidung konkreter Entschädigungsansprüche begann erst im März 2008. Damit hat die Antragsgegnerin der Sache nach nicht Sonderbeiträge für festgestellte, sondern Vorausleistungen auf künftig entstehende Sonderbeitragspflichten erhoben. Vorausleistungen dienen als herkömmliche Sonderform von Beiträgen der Vorfinanzierung künftig entstehender Aufwendungen (vgl. z.B. § 8 Abs. 8 KAG NW) oder in Gestalt von Vorauszahlungen auf voraussichtlich für den Vorauszahlungszeitraum geschuldete Steuern (vgl. z.B. § 37 EStG zu Einkommensteuervorauszahlungen), wenn eine endgültige Beitrags- oder Steuerpflicht noch nicht entstanden ist.

Die Erhebung von Vorausleistungen setzt – wie jede Abgabepflicht – eine hierzu ermächtigende Rechtsgrundlage voraus (zu den kommunalen Beiträgen s. Driehaus, Kommunalabgabenrecht, § 8 KAG NW Rn. 128 ff.), die hier – wie dargelegt – nicht besteht. Der Einwand der Antragsgegnerin, die Erhebung von Sonderbeiträgen sei ungeachtet der Feststellung der Entschädigungsansprüche gem. § 8 Abs. 2 Satz 4 EAEG erforderlich gewesen, um sie mit den für die Entschädigung benötigten Mitteln auszustatten (Antragserwiderung B II 1 b aa), überzeugt nicht. Das Merkmal der Erforderlichkeit ist tatbestandliche, die Befugnisse der Antragsgegnerin begrenzende Voraussetzung für die Erhebung des Sonderbeitrags – insbesondere mit Rücksicht auf die Liquidität des Entschädigungsfonds und in Abgrenzung zur Kreditaufnahme – und erweitert die Befugnisse der Antragsgegnerin bei der Sonderbeitragshebung

nicht auf die Erhebung von Vorausleistungen. Auch § 5 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz EAEG, wonach die Entschädigungseinrichtung geeignete Maßnahmen trifft, um die Gläubiger innerhalb von drei Monaten nach Eintritt des Entschädigungsfalls zu entschädigen, bietet keine Grundlage für die Erhebung von Vorausleistungen auf künftige Sonderbeitragspflichten. Die Beschaffung der Mittel der Entschädigungseinrichtung ist nach der Gesetzessystematik, wie schon aus der Paragraphenüberschrift hervorgeht, in § 8 EAEG geregelt. § 5 EAEG betrifft dagegen das Entschädigungsverfahren und dessen administrative Abwicklung, nicht aber die Beschaffung der erforderlichen Mittel. Unabhängig davon bietet ein Gesetz, das die Behörde zu „geeigneten Maßnahmen“ im Rahmen eines Entschädigungsverfahrens ermächtigt, nach den verfassungsmäßigen Bestimmtheitsanforderungen keine geeignete Grundlage für die Erhebung von Abgaben oder Vorausleistungen.

Mangels einer (auf einer Prognose anstehender Entschädigungsansprüche beruhenden) Vorausleistungspflicht der Institute war die Antragsgegnerin gehalten, sich die erforderlichen Mittel durch Kredite zu beschaffen, wozu § 8 Abs. 2 Satz 4 EAEG sie ermächtigt, oder die Erfüllung der definitiv festgestellten und zuerkannten Entschädigungsansprüche aufzuschieben, bis die erforderlichen Mittel durch die Sonderbeitragshebung aufgebracht sind.

b) Wenn man entgegen der hier entwickelten Auffassung und mit der Antragsgegnerin dem Gesetz und der Beitragsverordnung entnehmen wollte, dass Sonderbeiträge auch im Vorhinein erhoben werden können, um die Entschädigungseinrichtung für die zu erwartenden Entschädigungszahlungen mit den erforderlichen Mitteln auszustatten, wäre eine Festsetzung des Beitragsvolumens auf Grundlage einer Schätzung – wie hier geschehen – mit dem abgabenrechtlichen Bestimmtheitsgebot zwar nicht grundsätzlich unvereinbar. Allerdings ist die Schätzung der Antragsgegnerin anhand der von ihr nur bruchstückhaft vorgelegten Verwaltungsvorgänge nur bedingt nachvollziehbar. Sie war im Dezember 2007 mit großen Unsicherheiten belastet, weil die Höhe der festzustellenden Entschädigungsansprüche (§ 5 Abs. 4 Satz 1 EAEG) wegen der im Raum stehenden insolvenzrechtlichen Fragen (insbes. betr. Aussonderungsrechte der Anleger) sowie der ungemein schwierigen Ermittlung des der Entschädigung zugrunde zu legenden Anteils der einzelnen Anleger (insbes. wegen der kollektiven Anlageform und der betrügerischen Manipulationen der Phoenix-Verantwortlichen) noch nicht klar absehbar war. Darüber hinaus hing das zu prognostizierende Entschädigungs- und damit Beitragsvolumen entscheidend vom avisierten Personal- und Mitteleinsatz der Entschädigungseinrichtung ab. Die Schät-

zung der Antragsgegnerin ist überdies schon heute überholt. Ihr Verfahrensbevollmächtigter hat im Erörterungstermin der Kammer erklärt, dass das mit den Beitragsbescheiden für das Jahr 2008 angestrebte Sonderbeitragsvolumen von ca. 32 Millionen Euro in diesem Jahr wegen verzögerter Zuarbeit des Insolvenzverwalters nur zu einem geringen Teil an die Anleger ausgezahlt werden kann, so dass über eine zweite Tranche von Sonderbeiträgen nicht – wie geplant – bereits Ende 2008, sondern frühestens Mitte 2009 befunden werden könne.

c) Ausgehend von den vorstehenden Darlegungen zur Fälligkeit der Sonderbeiträge sieht die Kammer allerdings entgegen der Auffassung zahlreicher Antragsteller keine durchgreifenden Bedenken gegen die von der Antragsgegnerin geplante Erhebung von Sonderbeiträgen in Abschnitten oder Tranchen. Im Gegenteil: Da die Notwendigkeit der Erhebung von Sonderbeiträgen nach jetziger Gesetzeslage nur im Nachhinein für einen bestimmten Zeitabschnitt (z.B. ein Beitragsjahr) bzw. bezogen auf einen bestimmten Stichtag festgestellt werden kann und es praktisch ausgeschlossen erscheint, alle aus die Phoenix-Insolvenz herrührenden Entschädigungsansprüche in einem Beitragsjahr abzuwickeln, werden Sonderbeiträge – unabhängig von anderen sich hierbei stellenden Rechtsfragen – so lange zu erheben sein, wie die Abwicklung dieses Entschädigungsfalls und anderer hinzukommender Schadensfälle andauert und die aus Jahres- und Einmalbeiträgen stammenden laufenden Mittel der Entschädigungseinrichtung hierfür nicht ausreichen.

4. Offen bleiben kann im vorliegenden Verfahren, ob die Entscheidung der Antragsgegnerin, von einer Kreditaufnahme zur Abdeckung der zu erwartenden Finanzierungslücken abzusehen und stattdessen Sonderbeiträge zu erheben, ungeachtet der fehlenden Fälligkeit eines Sonderbeitrags Ermessensfehler aufwies.

Nach § 8 Abs. 2 Satz 4 EAEG hat die Entschädigungseinrichtung Sonderbeiträge zu erheben und Kredite aufzunehmen, wenn dies zur Durchführung des Entschädigungsverfahrens erforderlich ist. Da weder diese Bestimmung noch § 5 BeitragsVO einen Vorrang des einen vor dem anderen Finanzierungsinstrument vorschreibt, liegt die diesbezügliche Entscheidung im pflichtgemäßen Ermessen der Antragsgegnerin. Ob sie hiervon in einer dem Gesetz entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat, kann die Kammer auf der Grundlage des ihr vorliegenden Materials nicht beurteilen. Die von der Antragsgegnerin eingereichten Verwaltungsvorgänge betreffen jeweils die Beitragserhebung im Einzelfall. Der Vorlauf der Beitragserhebung, insbesondere die Entscheidungsprozesse bei der Antragstellerin, der Bundesanstalt und im Ver-

hältnis dieser sowie weiterer involvierter Institutionen (Bundesfinanzministerium, Haushaltsausschuss des Bundestages usw.) sind – auch nach Einreichung ergänzender kopierter Unterlagen im Verfahren VG 1 A 161.08 – unvollständig. Aus ihnen lässt sich insbesondere nicht ablesen, dass und warum eine Kreditaufnahme mangels Erteilung einer Bundesbürgschaft trotz der eine Kreditaufnahme ermöglichenden gesetzlichen Regelung ausschied. Die Kammer hat von einer Auflage an die Antragsgegnerin, vollständige Verwaltungsvorgänge einschließlich des Generalvorgangs zum Entschädigungsfall Phoenix und möglicher Vorgänge der Bundesanstalt einzureichen, Abstand genommen, weil der Antrag aus anderen Gründen Erfolg hat.

5. Ernstliche Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides bestehen auch hinsichtlich der Vereinbarkeit der Regelungen des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes zur Erhebung von Sonderbeiträgen mit dem Grundgesetz.

a) Nach Auffassung der Kammer erscheint allerdings zweifelsfrei, dass es sich bei dem Sonderbeitrag um eine Sonderabgabe zu Finanzierungszwecken handelt, die die von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Sonderabgabe erfüllt. Bei den Wertpapierhandelsunternehmen handelt es sich um eine homogene Gruppe, die in einer spezifischen Sachnähe zur Gewährleistung des Anlegerschutzes steht, aus der eine besondere Gruppenverantwortung folgt, wobei die Abgabe gruppennützig verwendet wird. Insoweit kann auf das Urteil der Kammer vom 15. April 2008 (VG 1 A 174.07) verwiesen werden, das im Anschluss an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 120, 311) und in Auseinandersetzung mit dem Vortrag der Beteiligten im anhängigen Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht den Jahresbeitrag 2000 als rechtmäßig eingestuft hat. Der streitbefangene Sonderbeitrag gibt jedoch Anlass zu folgenden ergänzenden Ausführungen:

aa) Bisher hat der Gesetzgeber seine Pflicht zur regelmäßigen Überprüfung der Notwendigkeit der Sonderabgabe nach Ansicht der Kammer nicht verletzt. Nach Errichtung des Anlegerschutzsystems im Jahre 1998 durfte er zunächst einige Zeit abwarten, damit die Funktionsfähigkeit des Entschädigungssystems in der Praxis erprobt werden kann. Es bestand keine Anpassungspflicht, solange die Zulässigkeit der Sonderabgabe noch nicht höchstrichterlich bestätigt war (so geschehen mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. April 2004 - BVerwGE 120, 311). Es ist darüber hinaus fraglich, ob eine Überprüfungspflicht bereits angenommen werden

kann, bevor das Bundesverfassungsgericht in der gegen das vorgenannte Urteil erhobenen Verfassungsbeschwerde (Aktenzeichen 2 BvR 1387/04) über die Zulässigkeit der Sonderabgabe entschieden hat. Andererseits wird das Entschädigungssystem durch den im März 2005 festgesetzten Phoenix-Entschädigungsfall derart bis an seine Grenzen belastet, dass der Gesetzgeber hierauf wird reagieren müssen. Dabei steht ihm allerdings ein weiter zeitlicher Gestaltungsspielraum zu. Er ist befugt abzuwarten, ob die Abwicklung dieses Entschädigungsfalls auf der Grundlage von Sonderbeiträgen gelingt und wie sich die Rechtsprechung dazu verhalten wird. Abgesehen davon hat das Bundesfinanzministerium bereits eine wissenschaftliche Studie zur „Reform der Anlegerentschädigungseinrichtungen und Einlagensicherungssysteme in Deutschland“ (Autoren Bigus und Leyens, 28. April 2008) anfertigen lassen, die Grundlage künftiger Überlegungen sein soll.

bb) Einige Antragsteller sind der Auffassung, dass ein uneingeschränktes Entstehenmüssen für kriminelles Verhalten von Konkurrenten die sonderabgabenrechtliche Gruppenverantwortung in unzulässiger Weise überstrapaziert. In der Tat wirkt sich das Entschädigungssystem als ein außergewöhnliches und weitreichendes Modell eines Opferschutzes bei Vermögensdelikten aus. Nach dem Willen des EU-Richtlinien- und des Gesetzgebers soll die Entschädigungseinrichtung aber auch für durch kriminelles Unrecht verursachte Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften eintreten. Wie im Urteil der Kammer vom 15. April 2008 ausgeführt, schließen es die Grundsätze über die Zulässigkeit von Sonderabgaben nicht von vorneherein aus, auch die Beseitigung der Folgen eines Fehlverhaltens von Mitgliedern der Gruppe zu finanzieren (BVerfGE 113, 128, 152). Würden durch Straftaten begründete Entschädigungsansprüche insgesamt ausgeschlossen, wäre der Aufbau eines funktionsfähigen Entschädigungssystems nicht möglich. Da Insolvenzen von Instituten regelmäßig durch Fehlentscheidungen und Fehlverhalten der Verantwortlichen (mit)verursacht werden, die häufig auch strafrechtlich relevant sind, würde ein Ausschluss der Eintrittspflicht für durch kriminelles Unrecht verursachte Ausfälle zu einem höchst lückenhaften, unsicheren und wenig wirksamen System führen. Ob die Einstandspflicht für kriminelles Unrecht de lege ferenda auf das europarechtlich zwingend erforderliche Maß beschränkt werden kann und soll, wird der Gesetzgeber zu prüfen haben.

cc) Einige Antragsteller wenden sich gegen die Gruppenbildung der Sonderabgabe insoweit, als Wertpapierhandelsgeschäfte von Einlagenkreditinstituten nicht zu einer Abgabepflicht an die Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen

führen. Die Einlagenkreditinstitute nehmen mit ihren Wertpapiergeschäften am selben Markt teil wie die Wertpapierhandelsbanken und stehen mit diesen in direkter Konkurrenz. Der Umstand, dass diese Einlagenkreditinstitute Beiträge zu ihrem eigenen Sicherungssystem (Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH, §§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 7 Abs. 1 Satz 1 EAEG i.V.m. Verordnung vom 24. August 1998, BGBl. I S. 2391 und Entschädigungseinrichtung des Bundesverbandes öffentlicher Banken Deutschlands GmbH, §§ 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 7 Abs. 1 Satz 1 EAEG i.V.m. Verordnung vom 24. August 1998, BGBl. I S. 2390) leisten müssen und dass eine doppelte Zuordnung vermieden werden sollte, stellt allerdings einen sachlichen Grund dar, der die unterschiedliche Zuordnung zu den Entschädigungssystemen und die damit verbundene Ungleichbehandlung zumindest bei Schaffung des Entschädigungssystems rechtfertigte. Ein andersartiges Risikopotential und eine unterschiedliche Nähe zur Gefahr kriminell verursachter Entschädigungsfälle, wie sie von Seiten der Einlagenbanken in die Diskussion gebracht werden (vgl. Herdegen, WM 2008, 329), vermag die Kammer dagegen insoweit nicht zu erkennen. Gerade die größten Beitragszahler der Antragsgegnerin sind Wertpapierhandelsbanken, die überwiegend Geschäfte mit institutionellen Kunden tätigen und dem Risiko unseriöser Institute wie Phoenix, die Zugriff auf Kundengelder hatte, in keiner Weise näher stehen als die Wertpapiergeschäfte betreibenden Einlagenkreditinstitute. Sollte sich im Zuge der Abwicklung des Phoenix-Falles erweisen, dass den Wertpapierhandelsbanken durch die Gruppenbildung in § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 EAG im Vergleich zu den gleichfalls Wertpapierdienstleistungen erbringenden Einlagenkreditinstituten nicht zu rechtfertigende ungleichgewichtige Belastungen auferlegt wurden, so wird der Gesetzgeber dies im Rahmen seiner Überprüfungs- und Anpassungspflichten zu berücksichtigen haben (ebenso VG Berlin, Urteil vom 2. Februar 2007 – VG 25 A 159.03 - , Abdruck S. 11). Im Gutachten von Bigus und Leyens wird beispielsweise eine Zusammenführung aller drei Entschädigungseinrichtungen, aber auch eine „Überlauffinanzierung“ zwischen den Einrichtungen bei besonders großen Schadensfällen diskutiert. Denkbar wäre auch eine doppelte Zuordnung der Einlagenkreditinstitute, die Wertpapiergeschäfte tätigen, soweit die jeweiligen Entschädigungssysteme unterschiedliche Risiken und Entschädigungsansprüche abdecken und dies bei der Bemessung der Beiträge berücksichtigt wird.

dd) Die gruppennützige Verwendung der Abgabe wird auch nicht durch überhöhte Verwaltungskosten in Frage gestellt (vgl. dazu schon BVerwGE 120, 311, 325, 335 f.). Nach Auffassung der Kammer bestehen keine ernsthaften Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Sonderbeitrags wegen der Höhe der Verwaltungskosten.

Über die Angemessenheit der Verwaltungskosten wird die Kammer demnächst in einem Hauptsacheverfahren zum Jahresbeitrag 2006 entscheiden (VG 1 A 314.07). Die von der Antragsgegnerin im dortigen Verfahren vorgelegten Statistiken zeigen zwar, dass der Anteil der Verwaltungskosten nach wie vor recht hoch ist und zu einem großen Teil auf die Beitragserhebung im Gegensatz zur Entschädigungssachbearbeitung entfällt. Darüber hinaus ist die Abrechnung der Verwaltungskosten mit der Kreditanstalt für Wiederaufbau (vgl. § 6 Abs. 4 Satz 3 EAEG) auf der Grundlage so genannter „Fachkrafttage“ zu je 1.073,71 Euro intransparent, so dass das Gericht die Angemessenheit nur mit Mühe überprüfen kann. Gleichwohl hat die Antragsgegnerin die Mittelverwendung für 2006 und 2007 insgesamt nachvollziehbar aufgeschlüsselt und statistisches Material vorgelegt, so dass eine positive Entwicklung und Normalisierung der Verwaltungskosten erkennbar wird: Ab 1998 bis 2004 nahm der Umfang der Entschädigungszahlungen im Vergleich zu den Verwaltungskosten stetig zu. Gleichzeitig ging der Anteil der Verwaltungskosten, der auf die Beitragserhebung entfällt, stetig zurück. Der danach zu beobachtende erneute Anstieg der Verwaltungskosten ist der Durchführung des Entschädigungsverfahrens im Fall Phoenix geschuldet, die im Vorfeld künftiger Entschädigungszahlungen erhebliche Verwaltungskosten verursacht. Insoweit erscheint es im Ergebnis nicht überwiegend wahrscheinlich, dass sich die Verwaltungskosten im Hauptsacheverfahren als unangemessen erweisen werden.

ee) Viele Antragsteller machen geltend, das Entschädigungssystem habe mit dem Phoenix-Fall seine Untauglichkeit bewiesen, sei deshalb verfassungswidrig und verstoße darüber hinaus gegen die in der Anlegerentschädigungsrichtlinie (97/9/EG) enthaltene Verpflichtung der EU-Staaten, ein leistungsfähiges Entschädigungssystem zu schaffen, das die Zahlung von Entschädigungen und den Schutz der Anleger gewährleistet (Erwägungsgrund 24) und dessen Finanzierungskapazität in einem angemessenen Verhältnis zu ihren Verbindlichkeiten steht (Erwägungsgrund 23). Die Kammer hält diese Einschätzung für verfrüht. Die Durchführung des Entschädigungsverfahrens im Fall Phoenix ist für sämtliche Beteiligte ein langwieriger und kostspieliger Lernprozess, dessen Ausgang noch nicht absehbar ist. Zwar hat sich die Entschädigungsleistung entgegen der Intention der Richtlinie und entgegen der Drei-Monatsfrist in § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 EAEG bereits um mehrere Jahre verzögert. Dies kann aber nicht der Antragsgegnerin angelastet werden, sondern beruht auf der Dauer des Insolvenzverfahrens, in dem bislang die Höhe der ausgefallenen Forderungen und mögliche Aussonderungsrechte noch immer nicht verbindlich feststehen. Ob die Entschädigungseinrichtung in der Lage sein wird, die ange-

meldeten etwa 30.000 Entschädigungsfälle ordnungsgemäß abzuwickeln, wird nicht zuletzt davon abhängen, ob die notwendigen Mittel durch Sonderbeiträge oder Kreditaufnahme beschafft werden können. Dies wird sich noch erweisen müssen, spricht aber nicht gegen die Funktionsfähigkeit der Entschädigungseinrichtung als solcher. Jedes Entschädigungssystem, das ungleich große Mitglieder und dabei besonders schwer wiegende Einzelrisiken abzusichern hat, kann an die Grenzen seiner Belastbarkeit stoßen, wenn eines der größten Mitglieder insolvent wird (vgl. Bigus/Leyens a.a.O., S. 34, 63). Eine solche außergewöhnliche Belastung eines Entschädigungssystems kann zwar eine Anpassung des Systems für die Zukunft und möglicherweise ausnahmsweise auch eine Stützung durch den Staat erfordern, spricht aber nicht gegen die Erhebung von Sonderbeiträgen im Rahmen des Zulässigen und Zumutbaren.

b) Zweifelhaft erscheint der Kammer aber, ob das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz hinreichend bestimmte gesetzliche Regelungen zur Sonderabgabepflicht, insbesondere eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechende Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung betreffend die Erhebung von Sonderbeiträgen, enthält.

Das in Art. 20 Abs. 3 GG und in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG verankerte Rechtsstaatsprinzip begründet das Gebot hinreichender Bestimmtheit der Gesetze (vgl. zum Folgenden etwa BVerfGE 108, 186 = juris Rdn. 172 ff. m.w.N. - Altenpflegeumlage; BVerwGE 120, 311, 327 - EAEG-Jahresbeitrag). Gesetzliche Tatbestände sind so zu fassen, dass die Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten daran ausrichten können. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen sind, lässt sich indes nicht generell und abstrakt festlegen, sondern hängt auch von der Eigenart des Regelungsgegenstands und dem Zweck der betroffenen Norm ab sowie davon, in welchem Ausmaß Grundrechte betroffen sind. Auch für öffentlich-rechtliche Abgaben gelten keine einheitlichen, generell-abstrakt formulierbaren Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit des Gesetzes; vielmehr kommt es auch hier auf die Eigenart des geregelten Sachbereichs wie auf das Betroffensein von Grundrechten an. Für alle Abgaben gilt als allgemeiner Grundsatz, dass abgabebegründende Tatbestände so bestimmt sein müssen, dass der Abgabepflichtige die auf ihn entfallende Abgabe – in gewissem Umfang (vgl. BVerfGE 13, 153, 160) – vorausberechnen kann. Insoweit fordert das Bestimmtheitsgebot im Bereich des Gebühren- und Beitragsrechts, aber auch bei – wie hier – kosten- oder aufwandsorientierten Sonderabgaben, eine dem jeweiligen Zusammenhang angemessene Regelungsdichte,

die eine willkürliche Handhabung durch die Behörden ausschließt (BVerfGE 108, 186 a.a.O.; vgl. auch BVerwGE 105, 144, 147, m.w.N.; 120, 311, 327).

Soweit der Gesetzgeber gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG die Festlegung der Abgabepflicht an den Ordnungsgeber delegiert, müssen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen im Gesetz bestimmt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Bestimmtheitsgebot in ständiger Rechtsprechung (s. z.B. BVerfGE 113, 167, Rn. 277 m.w.N. – Risikostrukturausgleich in der GKV) konkretisiert. Danach soll sich das Parlament seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entäußern können, dass es einen Teil seiner Gesetzgebungsmacht der Exekutive überträgt, ohne die Grenzen dieser Kompetenzen bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, dass schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll. Die Ermächtigung muss in ihrem Wortlaut nicht so genau wie irgend möglich gefasst sein; sie hat nur hinreichend bestimmt zu sein. Dazu genügt es, wenn sich die dort geforderte Bestimmtheit durch Auslegung nach den allgemein gültigen Auslegungsmethoden ermitteln lässt. Auch die Entstehungsgeschichte der Norm kann herangezogen werden. Welche Bestimmtheitsanforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, ist von den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes sowie der Intensität der Maßnahme abhängig. Die Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm muss vor allem der Grundrechtsrelevanz der Regelung entsprechen, zu der ermächtigt wird. Greift die Regelung erheblich in die Rechtsstellung des Betroffenen ein, so müssen höhere Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung gestellt werden, als wenn es sich um einen Regelungsbereich handelt, der die Grundrechtsausübung weniger tangiert. In Anwendung dieser Grundsätze hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 21. April 2004 (BVerwGE 120, 311 juris Rn. 45) die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen zur Erhebung von Jahresbeiträgen nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz mit der Erwägung bejaht, bei kostenorientierten Sonderabgaben fordere das Bestimmtheitsgebot eine dem jeweiligen Zusammenhang angemessene Regelungsdichte, die eine willkürliche Handhabung durch die ermächtigten Behörden ausschließt (im Anschluss an BVerfGE 108, 186 juris Rn. 173 - Altenpflegeumlage).

Gemessen an diesen Anforderungen bestehen erhebliche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit einiger Bestimmungen zur Erhebung von Sonderbeiträgen im Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz einschließlich der hierzu

ergangenen Verordnungsermächtigung, da das Gesetz die bei der Erhebung von Sonderbeiträgen zu treffenden Entscheidungen nur ungenügend selbst steuert und in unzulässiger Weise dem Ordnungsgeber und der Verwaltungspraxis überlässt.

Nach § 8 Abs. 1 EAEG werden die Mittel für die Durchführung der Entschädigung durch Beiträge der Institute an die Entschädigungseinrichtung erbracht, der sie zugeordnet sind; diese Beiträge müssen die Ansprüche der Entschädigungseinrichtung, die entstehenden verwaltungs- und sonstigen Kosten abdecken, die durch die Tätigkeit der Entschädigungseinrichtung entstehen. Die Entschädigungseinrichtung hat Sonderbeiträge zu erheben und Kredite aufzunehmen, wenn dies zur Durchführung des Entschädigungsverfahrens erforderlich ist (§ 8 Abs. 2 Satz 4 EAEG). Nach § 8 Abs. 3 EAEG regelt das Nähere über die Jahresbeiträge und die einmaligen Zahlungen das Bundesministerium der Finanzen durch Rechtsverordnung nach Anhörung der Entschädigungseinrichtungen; hinsichtlich der Jahresbeiträge sind Art und Umfang der gesicherten Geschäfte sowie die Anzahl, Größe und Geschäftsstruktur der der Entschädigungseinrichtung zugeordneten Institute zu berücksichtigen; die Verpflichtung zur Zahlung eines erstmaligen Beitrags nach § 19 bleibt unberührt; die Rechtsverordnung kann auch Bestimmungen zur Erhebung von Verzugszinsen für verspätet geleistete Beiträge, zu den Sonderbeiträgen, zur Kreditaufnahme und zur Anlage der Mittel enthalten.

Diese Vorschriften werden den Anforderungen an eine hinreichend bestimmte Regelung der Sonderabgabepflicht und an eine hinreichend bestimmte Verordnungsermächtigung nicht gerecht.

Zwar konnte der Gesetzgeber nicht vorhersehen, ob, wann und in welchem Ausmaß Entschädigungsfälle eintreten würden, die nicht mehr aus dem Vermögen und den laufenden Einnahmen der Entschädigungseinrichtung abgedeckt werden können. Nachdem nun aber wie nach dem Phoenix-Zusammenbruch ein schwerwiegender Entschädigungsfall eingetreten und die Höhe der Entschädigungszahlungen absehbar wird, ist für die der Entschädigungseinrichtung zugeordneten Institute an Hand der bestehenden Regelungen noch immer nicht hinreichend erkennbar, ob, wann und in welcher Höhe sie mit Sonderbeiträgen zu rechnen haben. Das Gesetz enthält namentlich keine oder keine ausreichenden Vorgaben darüber,

aa) ob es für die Sonderbeitragspflicht (allein) auf die Zugehörigkeit zur Entschädigungseinrichtung am Tag des Bescheiderlasses ankommen kann und soll,

- bb) anhand welcher Bemessungskriterien der für einen Sonderbeitrag erforderliche Gesamtbetrag auf die einzelnen Institute umzulegen ist,
- cc) wann eine Finanzierung durch Sonderbeitrag und wann durch Kredit zu erfolgen hat und
- dd) ob es für den Sonderbeitrag eine Zumutbarkeitsgrenze geben soll.

Die weitreichende, normativ nicht oder doch nur durch allgemeine Prinzipien gesteuerte Entscheidungsspielraum der Entschädigungseinrichtung ist nach Einschätzung der Kammer mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit von Sonderabgaben nicht vereinbar. Dazu im Einzelnen:

zu aa) Unzureichend sind die vorhandenen Regelungen zunächst in Bezug auf die persönlichen Voraussetzungen der Sonderbeitragspflicht, d.h. die Festlegung des Kreises der sonderabgabepflichtigen Institute. Wer abgabepflichtig ist, muss sich hinreichend bestimmt aus den die Abgabepflicht begründenden Rechtsnormen ergeben (vgl. zu Steuern §§ 38, 43 AO; zur Beitragserhebung Driehaus, KommunalabgabenR, § 2 KAG NW Rn. 50 ff. 62 ff.; § 8 KAG NW Rdn. 54 ff.; zu Sonderabgaben BVerfGE 108, 186 Rn. 172 f. - Altenpflegeumlage). Wenn die Gruppe der in Betracht kommenden Abgabepflichtigen Änderungen unterliegt, wie dies immer der Fall ist, wenn die Abgabe personen- und nicht vermögens-, insbesondere grundstücksbezogen erhoben wird, muss auch der Zeitpunkt festgelegt werden, zu dem die Abgabepflicht entsteht. Dies ist im Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz nur unvollkommen geschehen.

Nach § 8 Abs. 1 Sätze 1 und 2 EAEG werden die Mittel für die Durchführung der Entschädigung durch Beiträge „der Institute“ erbracht; „die Institute“ sind verpflichtet, Beiträge an die Entschädigungseinrichtung zu leisten, der sie zugeordnet sind. Diese Regelung ist entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht dahin gehend zu verstehen, dass (nur) diejenigen Institute sonderbeitragspflichtig sind, die der Entschädigungseinrichtung im Zeitpunkt des Erlasses eines Beitragsbescheides angehören. Diese Auslegung überinterpretiert die Bestimmung, die die Grundlage für die Heranziehung der der Entschädigungseinrichtung angehörenden Institute zu Beiträgen bildet, ohne deren Inhalt näher auszugestalten. Sie ist auch deshalb nicht angingig, weil die Regelung, würde man sie so verstehen, gegen das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) verstieße und deshalb verfassungswidrig wäre. Die zeitliche Fixierung der Abgabepflichtigkeit nach dem Zeitpunkt des Erlass des Bescheides ist zwar im (kommunalrechtlichen) Beitragsrecht eine abgabenrechtlich unbedenkliche

Regelungsoption (vgl. Driehaus, a.a.O. § 8 Rn. 67 ff.). Grund dafür ist, dass bei den Beiträgen eine durch Zeitablauf bedingte Veränderung der Abgabepflicht nur auf der Ebene der persönlichen Beitragspflicht geben kann, während sich die sachliche Beitragspflicht auf das betroffene Grundstück bezieht. Änderungen in der persönlichen Beitragspflicht (z.B. bei Eigentumswechsel) können sich auf die – für die Bemessung der Beiträge maßgebliche – sachliche Beitragspflicht und das Beitragsaufkommen insgesamt mithin nicht auswirken. Anders ist es hier. Da es aber bei den kostendeckenden Sonderbeiträgen nur eine persönliche Beitragspflicht gibt (bezogen auf die der Antragsgegnerin zugeordneten Institute), kann diese nicht allein an den Zeitpunkt des Erlasses der Bescheide anknüpfen. Sonst hinge es allein vom Verhalten der Behörde ab, wer beitragspflichtig ist. Dies wäre mit dem Erfordernis der Objektivität, Vorhersehbarkeit und Willkürfreiheit der Abgabenerhebung nicht zu vereinbaren. Knüpfte die Beitragspflicht allein an den Zeitpunkt des Erlasses des Bescheides an, würde sich das Ausscheiden und Hinzukommen von Instituten nach Feststellung des Entschädigungsfalls unmittelbar auf die persönliche Beitragspflicht und das Beitragsaufkommen auswirken, und eine Flucht aus der Sonderbeitragspflicht im Zeitraum zwischen der Feststellung des Entschädigungsfalls und der Erhebung der Sonderbeiträge wäre möglich. Dies zeigt sich gerade im Entschädigungsfall Phoenix, bei dem zwischen der Feststellung des Entschädigungsfalls und der Erhebung des angegriffenen Sonderbeitrags eine Zeitspanne von mehr als 2 ½ Jahren lag, in dem nach Angaben der Antragsgegnerin 201 Institute aus der Entschädigungseinrichtung ausschieden, weil sie eine Einlagenkreditinstituterlaubnis beantragten und erhielten oder den Geschäftsbetrieb aufgaben bzw. ins Ausland verlegten, während 164 Institute hinzukamen, die damit nach der bestehenden Gesetzeslage für einen Schadensfall haften, der vor ihrem Eintritt in die Entschädigungseinrichtung eingetreten ist. Die Festlegung der Beitragspflichtigen ist deshalb ohne einen objektiven, außerhalb der Einflussphäre der Entschädigungseinrichtung liegenden – zumindest zusätzlichen – Anknüpfungspunkt mit dem Willkürverbot nicht in Einklang zu bringen.

Ein erforderlicher objektiver Anhaltspunkt für die Bestimmung der persönlichen Beitragspflicht wird dann sichtbar, wenn man – anders als die Antragsgegnerin – davon ausgeht, dass Sonderbeiträge nach dem derzeitigen Rechtszustand erst fällig werden können, wenn nach einem bestimmten Zeitraum (z.B. Beitragsjahr) bzw. zu einem bestimmten Stichtag feststeht, dass die Mittel der Entschädigungseinrichtung deren Aufwand (Entschädigungszahlungen, Kosten usw.) nicht gedeckt haben (s.o. 3.). In diesem Fall trifft die Beitragspflicht jedenfalls diejenigen Institute, die der Entschädigungseinrichtung eben am Ende dieses Abrechnungszeitraums angehören.

Damit ist nach dem Gesetz ein objektiver, nicht allein vom Handeln der Antragsgegnerin abhängiger Anknüpfungspunkt für die Abgabepflicht gegeben. Aus § 8 Abs. 2 Satz 1 EAEG, wonach die Institute verpflichtet sind, jeweils zum 30. September Jahresbeiträge zu leisten, lässt sich weiterhin entnehmen, dass Grundlage der Ermittlung des Finanzbedarfs der Entschädigungseinrichtung das mit dem Beitragsjahr identische Kalenderjahr ist. Stellt sich zum Ende eines Beitragsjahr heraus, dass die Entschädigungseinrichtung mehr ausgegeben als eingenommen hat, können Sonderbeiträge von denjenigen Instituten erhoben werden, die der Entschädigungseinrichtung zum „Bilanzstichtag“ angehören. Gleichwohl ist die Regelung in einem wesentlichen Punkt lückenhaft. Geregelt ist nämlich nicht, in welchem Umfang solche Institute für ein eingetretenes Defizit eintreten müssen, die im Lauf des Beitragsjahrs aus der Entschädigungseinrichtung ausgeschieden oder ihr zugeordnet worden sind. Würde der Gesetz- oder Verordnungsgeber erlauben, Vorauszahlungen für Sonderbeiträge zu erheben, wäre wiederum offen, an welches zusätzliche objektive Kriterium neben dem Tag des Bescheiderlasses die Beitragspflicht anknüpfen soll.

zu bb) Nicht den Bestimmtheitsanforderungen entsprechen die Beitragsregelungen sowie die die Verordnungsermächtigung auch insoweit, als es die Höhe der Sonderbeitragspflicht der einzelnen Institute betrifft.

Die erforderlichen Regelungen zum Gesamtumfang des Beitragsaufkommens enthält § 8 Abs. 1 EAEG, wonach die zu erhebenden Beiträge die Ansprüche gegen die Entschädigungseinrichtung und die entstehenden (Verwaltungs-)Kosten abdecken müssen (Aufwands- und Kostendeckungsprinzip). Was die Höhe zu erhebender Sonderbeiträge angeht, schweigt das Gesetz. § 8 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 EAEG (Maßgeblichkeit von Art und Umfang der gesicherten Geschäfte sowie Anzahl, Größe und Geschäftsstruktur der zugeordneten Institute) bezieht sich seinem ausdrücklichen Wortlaut nach nur auf die Jahresbeiträge. Eine entsprechende Anwendung dieser Bestimmung auf Sonderbeiträge erscheint wegen Fehlens einer planwidrigen Regelungslücke ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus § 8 Abs. 3 Satz 2 EAEG, wonach die Rechtsverordnung auch Bestimmungen zur Erhebung von Verzugszinsen für verspätet geleistete Beiträge, zu den Sonderbeiträgen, zur Kreditaufnahme und zur Anlage der Mittel enthalten kann. Diese unmittelbar an die Bestimmung über die Bemessung der Jahresbeiträge anschließende Regelung kann nach Wortlaut, Sinn und Systematik des § 8 Abs. 3 EAEG nur so verstanden werden, dass die Festlegung der Höhe der von den einzelnen Instituten zu entrichtenden Sonderbeiträge insgesamt der Verordnung anheimgestellt werden sollte. Ansonsten hätten in § 8 Abs. 2 Satz 2

EAEG die Worte „hinsichtlich der Jahresbeiträge“ entfallen können und müsste § 8 Abs. 3 Satz 3 EAEG einen die Verordnungsermächtigung relativierenden Zusatz (etwa: „sowie weitere Regelungen zu den Sonderbeiträgen“ o.ä.) enthalten.

Der in § 8 Abs. 3 Satz 2 EAEG enthaltene Maßstab für die Bemessung der Jahresbeiträge erscheint nach dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelungen auch nicht alternativlos und damit für die Sonderbeitragsbemessung selbstverständlich gültig, ohne dass es einer eigens hierfür geltenden Bestimmung bedürfte. Einen abweichenden Beitragsmaßstab enthält § 19 EAEG, der für erstmalige Beiträge an bestimmte Bilanzpositionen und das haftende Eigenkapital anknüpft. Auch eine Kombination dieser Kriterien mit denen in § 8 Abs. 3 Satz 2 EAEG wäre – etwa im Interesse einer Vermeidung von Zufallsergebnissen, die mit dem alleinigen Abstellen auf die Höhe des Jahresbeitrags angesichts jährlicher Ertragsschwankungen verbunden sein könnten – denkbar.

zu cc) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Bestimmtheit der Beitragsregelungen einschließlich der Verordnungsermächtigung bestehen weiterhin, soweit es die Alternative Sonderbeitragserhebung und Kreditaufnahme für die Finanzierung von Entschädigungsansprüchen angeht, für die die Mittel der Entschädigungseinrichtung nicht ausreichen. Das Gesetz stellt in § 8 Abs. 2 Satz 4 EAEG die Sonderbeitragserhebung und die Aufnahme von Krediten gleichrangig nebeneinander, macht beide Finanzierungsalternativen von der Erforderlichkeit abhängig und überlässt in § 8 Abs. 3 Satz 2 EAEG die Regelung von Einzelheiten, insbesondere der Frage, unter welchen Voraussetzungen Sonderbeiträge zu erheben und/oder Kredite aufzunehmen sind, der Beitragsverordnung. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ergibt sich ein Vorrang des Sonderbeitrags auch nicht aus den allgemeinen finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben zur Kreditaufnahme in Artt. 115 Abs. 1 und 109 Abs. 5 GG sowie 104 Abs. 1 EG-Vertrag, die eine zu geringe Regelungsdichte zur Steuerung von Kreditaufnahmen im Einzelfall aufweisen. Trotz der schweren Vorhersehbarkeit von Art und Umfang einzelner Entschädigungsfälle und möglicher Probleme bei ihrer Bewältigung, die genauere Vorgaben im Gesetz nur bedingt erlaubt (vgl. BVerwGE 120, 311, 329), durfte aus der Sicht der Kammer die Frage, welche Finanzierungsart – Sonderbeitrag oder Kreditaufnahme – Vorrang genießt, nicht gänzlich offen bleiben, da hiervon der Umfang und Zeitpunkt der Abgabepflicht unmittelbar abhängt und eine eindeutige Aussage darüber, welche der beiden Finanzierungsvarianten bei Prüfung der Erforderlichkeit die mildere und deshalb vorzugswürdige darstellt, nicht möglich ist.

zu dd) Schließlich hätte das Gesetz auch eine Regelung über eine Beitragsobergrenze (Opfergrenze) treffen müssen. Die – wie die Antragsgegnerin meint – nach dem Gesamtzusammenhang der bestehenden Regelungen unbeschränkte Einstandspflicht der beitragspflichtigen Institute bezieht sich zunächst nur auf den Finanzbedarf der Entschädigungseinrichtung insgesamt. Das Anlegerentschädigungssystem ist so konzipiert, dass die Finanzierungsverantwortung allein und ausschließlich bei den der Antragsgegnerin zugeordneten Instituten liegen soll. Würde jedoch auch in Bezug auf die individuelle Beitragspflicht eines jeden Instituts von einer unbeschränkten Einstandspflicht ausgegangen, so wäre dies verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar und kann deshalb dem Gesetz auch nicht entnommen werden. Sie kann wegen des – wie im Entschädigungsfall Phoenix – unkalkulierbaren, aber extrem hohen Finanzbedarfs der Entschädigungseinrichtung und wegen des Zusammentreffens von Jahres- und Sonderbeitragspflicht die Zumutbarkeitsgrenze überschreiten und damit in die Grundrechte der Institute aus Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG eingreifen. Hinzu kommt, dass die mangels einer gesetzlichen Regelung im Einzelfall gebotene Festlegung einer Opfergrenze durch die zur Überprüfung der Beitragsbescheide berufenen Gerichte das Entschädigungssystem insgesamt in Frage stellen könnte. Denn hieraus könnten nicht zu schließende Finanzierungslücken entstehen, da das Gesetz neben der Kreditaufnahme und der Erhebung von Sonderbeiträgen keine weitere Finanzierungsoption für die Entschädigungseinrichtung enthält (zu weiteren Bedenken gegen eine Beitragsobergrenze bei Sonderabgaben s. Wende, NVwZ 2006, 765 ff. betr. Umlage nach § 17d FinDAG). Eine unbeschränkte Finanzierungsverantwortung der Institute insgesamt kann mit einer Zumutbarkeitsgrenze für die Institute im Einzelfall nur dadurch in Einklang gebracht werden, dass ein extrem hoher Finanzierungsbedarf gegebenenfalls mit Hilfe mehrerer Tranchen von Sonderbeiträgen oder durch Kreditaufnahme auf einen längeren Zeitraum verteilt wird. Doch selbst dann sind Entschädigungsfälle denkbar, die die Belastbarkeit der Institute insgesamt überfordern.

6. Die Rechtmäßigkeit des Beitragsbescheids erscheint auch deshalb ernstlich zweifelhaft, weil verfassungsrechtliche Bedenken gegen Regelungen in der Beitragsverordnung bestehen.

a) Dies gilt zunächst für die – bereits angesprochene – Alternative zwischen Sonderbeitragserhebung und Kreditaufnahme für die Aufbringung der Entschädigungsmittel bei nicht ausreichenden Kapitalstock der Entschädigungseinrichtung. § 5

Abs. 1 BeitragsVO ordnet die Sonderbeitragserhebung bei „Erforderlichkeit nach § 8 Abs. 2 Satz 3 EAEG“ an. Damit rekuriert die Beitragsverordnung offenbar auf § 8 Abs. 2 Satz 4 EAEG, der - wie dargelegt - Sonderbeitragserhebung und Kreditaufnahme gleichrangig nebeneinanderstellt und von der Erforderlichkeit abhängig macht. Offen bleibt auch auf der Ebene der Verordnung, wann eine Kreditaufnahme und wann eine Sonderbeitragserhebung als erforderlich anzusehen ist und welches nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gegenüber den betroffenen Instituten das mildere Mittel darstellt. Damit bleibt es der Entscheidung der Behörde überlassen, ob der Sonderbeitrag in voller Höhe oder nur in Höhe des laufenden Kreditfinanzierungsaufwands (vgl. § 5 Abs. 5 BeitragsVO) erhoben wird. Die wirtschaftlichen Unterschiede beider Finanzierungsmöglichkeiten sind beträchtlich. Während die Kreditaufnahme einerseits mit zusätzlichen Kosten (Kreditzinsen) verbunden ist, andererseits aber die Beitragslast auf den Zinsbindungs- und Tilgungszeitraum verteilt wird und damit bezogen auf das jeweilige Beitragsjahr eine geringere Sonderbeitragslast zur Folge hat; vermeidet der volle Ausgleich einer Deckungslücke durch einmalige Sonderbeiträge einerseits den Anfall von Kreditzinsen, kann andererseits aber - zumal in Kombination mit den weiter zu entrichtenden Jahresbeiträgen - zu einer unangemessen hohen Abgabenlast im Erhebungsjahr führen. Bei der Kreditaufnahme ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Institute die Finanzierungskosten für den einmaligen Sonderbeitrag sparen. Mit der Wahl zwischen Sonderbeitrag und Kreditaufnahme wird gleichzeitig festgelegt, welche Institute letztlich mit den Kosten des Sonderbedarf belastet werden – mit dem Sonderbeitrag die derzeitigen Mitgliedsinstitute, während mit einer gestreckten Finanzierung künftige Mitglieder belastet und ausscheidende Institute freigestellt werden. Mit dem Gebot normgesteuerter Abgabenerhebung ist dies schwerlich zu vereinbaren.

b) Gemessen am Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) erscheint weiterhin die Regelung in § 5 Abs. 3 BeitragsVO zur persönlichen Sonderbeitragspflicht bedenklich, wonach zur Zahlung von Sonderbeiträgen diejenigen Institute verpflichtet sind, die der Entschädigungseinrichtung zum Zeitpunkt der Erhebung der Sonderbeiträge zugeordnet sind. Hierzu wird auf die Ausführungen oben zu I 2 a) verwiesen.

Allerdings verstößt es nach Auffassung der Kammer nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG und die Beitragsgerechtigkeit, wenn – wie im Verfahren VG 1 A 97.08 – ein Institut in Anspruch genommen wird, obwohl es erst nach Feststellung des Entschädigungsfalls Phoenix der Antragsgegnerin zugeordnet worden ist. Neu hinzutretende Institute kommen sofort in den Genuss des Anlegerschutzes und partizipieren an Guthaben

und finanziellen Belastungen der Antragsgegnerin in der Lage, in der sich deren Vermögen gerade befindet. In normalen Zeiten bildet die Entschädigungseinrichtung über Einmalzahlungen und die regelmäßigen Jahresbeiträge Rücklagen für künftige Schadensfälle, von denen neu eintretende Institute profitieren. Umgekehrt ist die Entschädigungseinrichtung gemäß § 8 Abs. 2 Satz 4 EAEG befugt, Kredite aufzunehmen, mit deren Tilgung auch später hinzukommende Institute belastet werden. Vor diesem Hintergrund ist es systemgerecht und sachlich gerechtfertigt, neu zugeordnete Institute auch zur Leistung von Sonderbeiträgen zur Durchführung bereits eingetretener Entschädigungsfälle mit heranzuziehen.

Schwieriger zu beurteilen ist dagegen das Ausscheiden von Instituten aus der Entschädigungseinrichtung nach Feststellung eines Entschädigungsfalls. Zum Zeitpunkt der Insolvenz eines Instituts waren die ausscheidenden Institute Mitglieder der Risikogemeinschaft. Die Entschädigungsansprüche entstehen dem Grunde nach mit der Insolvenz, und es ist zumindest unbefriedigend, wenn sich Institute ihrer absehbaren, dem Grunde nach gegebenen Mitverantwortung vergleichsweise leicht durch Beantragung einer Erlaubnis für Einlagenkreditgeschäfte oder durch Verlagerung ihrer Tätigkeit ins europäische Ausland entziehen können. Gegen eine nachwirkende Beteiligung an Sonderbeiträgen spricht allerdings, dass das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz die Erhebung von Sonderbeiträgen nicht an den Eintritt eines Entschädigungsfalls, sondern an eine Finanzierungslücke anknüpft, die auch durch mehrere Entschädigungsfälle verursacht sein kann. Andererseits bezieht sich der Wortlaut des § 8 Abs. 2 Satz 4 für die Erforderlichkeit des Sonderbeitrags auf die „Durchführung des Entschädigungsverfahrens“ (im Singular) und stellt damit einen Zusammenhang zu einem individuellen Entschädigungsfall her. Im Ergebnis hält die Kammer eine Nachhaftung ausscheidender Institute für verfassungsrechtlich unbedenklich, jedoch nicht für zwingend geboten.

c) Nach Auffassung der Kammer verstößt es nicht gegen § 5 Abs. 3 BeitragsVO a.F. und den Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 3 Abs. 1 GG, dass die Antragsgegnerin keine Sonderbeiträge von den Anlageberatern erhoben hat, denen gemäß § 64i Abs. 1 Satz 2 KWG (eingefügt durch Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz vom 16. Juli 2007, BGBl. I S. 1330) rückwirkend zum 1. November 2007 eine fiktiven Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 KWG erteilt wurde. Die früher erlaubnisfrei tätigen Anlageberater üben seit diesem Zeitpunkt eine erlaubnispflichtige Finanzdienstleistung im Sinne von § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1a KWG i.d.F. des vorgenannten Gesetzes aus. Für die Anlageberater, die bislang noch keine Erlaubnis für Bankgeschäfte oder Fi-

nanzdienstleistungen innehatten und die bis zum 31. Januar 2008 einen Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zur Anlageberatung gestellt haben, gilt die Erlaubnis gemäß § 32 Abs. 1 KWG für die Anlageberatung gemäß § 64i Abs. 1 Satz 2 KWG ab dem 1. November 2007 bis zur Entscheidung der Bundesanstalt als vorläufig erteilt. Am 18. Dezember 2007, dem Tag des Erlasses des Sonderbeitragsbescheides, hatte nach Angaben der Antragsgegnerin erst ein Anlageberater einen entsprechenden Antrag bei der Bundesanstalt gestellt, wobei ihr nicht bekannt ist, ob der Antrag bereits vollständig war. Inzwischen sind ihr 17 Anlageberater aufgrund von § 64i Abs. 1 Satz 2 KWG zugeordnet. Die Zuordnung ergibt sich aus § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 1 Abs. 1 Nr. 3 EAEG. Es ist aber zweifelhaft, ob auch diese Zuordnung mit Rückwirkungsfiction erfolgt oder, wie die Antragsgegnerin meint, erst nach Ablauf der Antragsfrist am 31. Januar 2008, wofür Gründe der Rechtssicherheit sprechen. Anderenfalls wäre unklar, ab welchem Zeitpunkt für diese Institute der Anlegerschutz gilt und ab wann sie Jahresbeiträge zu leisten haben. Selbst wenn man im Fall einer mit Rückwirkung erteilten Erlaubnisfiction auch von einer Zuordnungsfiction zur Entschädigungseinrichtung ausgehen würde, kann jedenfalls nicht davon gesprochen werden, dass das entsprechende Institut der Entschädigungseinrichtung „zum Zeitpunkt der Erhebung der Sonderbeiträge“ (§ 5 Abs. 3 BeitragsVO a.F.) bereits zugeordnet gewesen sei. Anderenfalls wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, bei der Verteilung der Gesamtsumme des Sonderbeitrags auf die Institute zu berücksichtigen, dass möglicherweise rückwirkend weitere Institute hinzukommen, die ihr noch nicht bekannt waren und von denen noch keine Unterlagen vorlagen, die eine Berechnung der Höhe des Sonderbeitrages nach § 5 Abs. 2 Satz 2 BeitragsVO erlaubt hätten. Die durch Verordnung vom 26. August 2008 (BGBl. I S. 1783) mit Rückwirkung zum 1. November 2007 erlassene Vorschrift des § 5 Abs. 3 Satz 2 BeitragsVO, die die betroffenen Anlageberater ausdrücklich von der Sonderabgabe ausnimmt, solange noch keine einmalige Zahlung fällig oder kein Jahresbeitrag zu leisten war, hat insoweit nur klarstellende Bedeutung. Sie führt entgegen der Ansicht einiger Antragsteller nicht zu einer rückwirkenden Aufhebung der Beitragspflicht, weil diese von vorneherein nicht bestand.

d) Anlass zu erheblichen Bedenken geben aber die Regelungen über die Beitragshöhe. Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 BeitragsVO richtet sich die Höhe des Sonderbeitrags nach dem zuletzt zu zahlenden Jahresbeitrag. Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 ff. BeitragsVO beträgt die Höhe des Jahresbeitrags der Antragstellerin einen je nach der erteilten Genehmigung unterschiedlichen Prozentsatz der Bruttoprovisionserträge und der Bruttoerträge aus Finanzgeschäften nach dem letzten vor dem 1. Juli

festgestellten Jahresabschluss. Nach § 2 Abs. 2 Nr. 4 BeitragsVO können 90 % der Bruttoprovisionserträge, die nicht aus Wertpapiergeschäften nach § 1 Abs. 3 EAEG stammen, unberücksichtigt bleiben. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 ff. BeitragsVO ist danach so zu verstehen, dass er auch Bruttoprovisionserträge aus anderen als Finanzgeschäften erfasst. Ob dies mit der Bestimmung in § 6 Abs. 3, 2. Halbs. EAEG vereinbar ist, wonach die Jahresbeiträge nach Art und Umfang der gesicherten Geschäfte sowie Anzahl, Größe und Geschäftsstruktur der der Beklagten zugeordneten Institute zu berücksichtigen ist, erscheint zumindest zweifelhaft. Dass unter „gesicherten Geschäften“ nur Wertpapiergeschäfte zu verstehen sind, lässt sich der Entschädigungsregelung in § 4 Abs. 1 EAEG entnehmen, der den Entschädigungsanspruch an den bestehenden Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften orientiert, und der Legaldefinition des Wertpapiergeschäfts in § 1 Abs. 4 EAEG. Aber auch bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung der Beitragsregelung an Hand der Grundsätze zur Zulässigkeit von Sonderabgaben dürften in die Beitragsbemessungsgrundlage nur solche Erträge eingehen können, die sich auf das zu sichernde Finanzdienstleistungssystem beziehen. Denn nur insoweit profitiert ein Institut unmittelbar oder mittelbar von den Vorteilen des Anlegerschutzsystems. Die Kammer sieht davon ab, diese den Gegenstand des noch offenen Hauptsacheverfahrens VG 1 A 40.08 bildenden Frage zu vertiefen. Dies würde Erhebungen zur Jahresbeitragsberechnung für das Antrag stellende Institut voraussetzen, die das Verfahren verzögern würden, dem ohnehin erfolgreichen Begehren der Antragstellerseite aber nur zu einem geringen Teil zum Erfolg verhelfen könnten.

e) Unter dem Blickwinkel der Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG bestehen Bedenken auch hinsichtlich der Begrenzung der Sonderbeitragspflicht. Zwar ist im Einzelnen umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Abgabe eine erdrosselnde Wirkung erlangt und damit gegen Art. 2, 12 und/oder Art. 14 GG verstößt (vgl. Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 2 Rdn. 26 und Art. 14 Rdn. 32a). Eindeutig ist aber, dass es eine verfassungsrechtliche Zumutbarkeitsgrenze für die Belastung mit Abgaben gibt, auch wenn die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dafür bislang keine klaren Vorgaben macht. Steuergesetze dürfen keine erdrosselnde, den notwendigen Lebensunterhalt gefährdende Wirkung haben (BVerfGE 87, 153, 169). Die Steuerbelastung darf nicht so hoch sein, dass es unmöglich wird, einen gewählten Beruf ganz oder teilweise zur wirtschaftlichen Grundlage der Lebensführung zu machen (BVerwGE 123, 218, 235f.). Dabei darf nicht jede Steuer und Abgabe isoliert betrachtet werden, sondern es ist auf die kumulierte Wirkung sämtlicher öffentlicher Abgaben abzustellen. Aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 GG lässt sich aller-

dings keine allgemein verbindliche, absolute Belastungsobergrenze für Steuern in der Nähe von 50 % („Halbteilungsgrundsatz“) ableiten (BVerfGE 115, 97, 114). Unter diesen Voraussetzungen kann der strittige Sonderbeitrag gleichwohl im Einzelfall eine erdrosselnde Wirkung entfalten.

§ 5 Abs. 4 BeitragsVO stellt keine ausreichende Sicherung gegen unzumutbare Abgabenlasten dar. Danach kann die Entschädigungseinrichtung ein Institut mit Zustimmung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht von der Verpflichtung zur Leistung von Sonderbeiträgen ganz oder teilweise befreien, wenn zu befürchten ist, dass durch die Zahlung des Sonderbeitrags in voller Höhe bei diesem Institut der Entschädigungsfall eintreten würde. Da der Entschädigungsfall gleichbedeutend mit der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens ist (§ 1 Abs. 5 EAEG), besteht eine unbedingte Beitragspflicht bis an die Grenze der Insolvenz, und auch im Falle drohender Insolvenz bedarf es einer Entscheidung der Antragsgegnerin mit Zustimmung ihrer Aufsichtsbehörde. Eine Regelung über die Abgabenhöhe, die eine Opfergrenze erst zieht, wenn dem Betroffenen die Existenzvernichtung droht, genügt nicht den Anforderungen der Art. 2, 12 und 14 GG an öffentliche Abgaben.

Der gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 BeitragsVO auf 10% des Jahresüberschusses begrenzte Jahresbeitrag 2007 und der strittige Sonderbeitrag, der etwa das 6,6-fache des Jahresbeitrags ausmacht, können zusammen eine Höhe von maximal 76 % des Jahresüberschusses im Bezugsjahr 2006 erreichen. Soweit ein Institut wegen geringer Gewinne oder wegen Verlusten im Jahr 2006 lediglich mit dem Mindestjahresbeitrag in Höhe von 300,-- Euro und einem Sonderbeitrag in Höhe von 2000,-- Euro belastet wird, mag dies zumutbar sein, solange daraus keine Existenzbedrohung folgt. Sobald aber ein Institut beträchtliche Gewinne gemacht hat, überschreitet es deutlich das Maß des wirtschaftlich Zumutbaren, wenn mehr als drei Viertel des Jahresüberschusses des vorausgehenden Geschäftsjahr allein von den Beiträgen zur Antragsgegnerin aufgezehrt werden, zumal das betroffene Institut auch noch die allgemeinen Steuerbelastung tragen muss und im Entschädigungsfall Phoenix damit rechnen muss, noch über viele Jahre in vergleichbarer Höhe mit Sonderbeiträgen belastet zu werden. Im vorliegenden Verfahren ließ sich in den meisten Fällen weder dem Vortrag der Antragsteller noch dem Verwaltungsvorgang entnehmen, welcher Anteil des Jahresüberschusses 2006 von der Antragsgegnerin beansprucht wird. Die Kammer hat auf nähere Ermittlungen verzichtet, da der Eilantrag ohnehin Erfolg hat. Allerdings ergibt sich aus dem Vortrag der Antragstellerin im Verfahren VG 1 A 160.08, dass der Sonderbeitrag von 905.700,-- Euro zusammen mit dem Jahresbeitrag 2007

die Höhe von etwa drei Vierteln des Jahresgewinns 2006 erreicht und damit nach dem oben Gesagten die Zumutbarkeitsgrenze überschreitet.

f) Im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes kann offenbleiben, ob und inwieweit die Bemessung des Sonderbeitrags nach dem Einmalbeitrag in solchen Fällen, in denen ein Jahresbeitrag noch nicht zu leisten war (§ 5 Abs. 3 Satz 2 BeitragsVO), zu einer Art. 3 Abs. 1 GG widersprechenden Benachteiligung der hier von betroffenen Institute führt. Dies hängt davon ab, ob der Jahresbeitrag – wie die Kammer nach ihren Erkenntnissen aus anderen Verfahren vermutet – regelmäßig erheblich höher liegt als der im Folgejahr fällige Jahresbeitrag (so besonders krass im Verfahren VG 1 A 145.08, wo der Sonderbeitrag anhand der Einmalzahlung 155.000,-- Euro und auf der Grundlage des Jahresbeitrags 2007 lediglich 2.000,-- Euro betrug). Sollte dies der Fall sein, wäre ein Anknüpfen an den Einmalbeitrag bei der Sonderbeitragsbemessung ohne die Möglichkeit einer nachträglichen Korrektur anhand der die Wirtschaftskraft des Unternehmens besser abbildenden Jahresbeiträge möglicher Weise gleichheitswidrig. Die entsprechenden Ermittlungen erscheinen jedoch auch insoweit in Anbetracht der Übrigen zum Erfolg des Antrags führenden Gesichtspunkte aus Gründen der Verfahrensökonomie nicht angezeigt.

g) Ebenfalls keiner Entscheidung in diesem Verfahren bedarf die Frage, ob und inwieweit die Ausübung von bilanzrechtlichen Wahlmöglichkeiten und insbesondere den Jahresüberschuss reduzierende Rückstellungen für künftige Sonderbeitragsleistungen im Phoenix-Fall, die nach Angaben von Antragstellern im Erörterungstermin von Wirtschaftsprüfer zu Wirtschaftsprüfer unterschiedlich gehandhabt werden, zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung bei Erhebung der Jahresbeiträge und damit auch bei der Berechnung der Höhe der Sonderbeiträge führt. Während Steuerbilanzen abgabenrechtliche Korrekturen der Handelsbilanz nach einheitlichen Maßstäben erlauben, sehen das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz und die Beitragsverordnung keine sonderabgabenbezogene Korrektur des festgestellten Jahresabschlusses als Grundlage der Erhebung des Jahresbeitrages nach § 2 BeitragsVO vor. Soweit ersichtlich, stellt sich diese Frage aber noch nicht für das Bezugsjahr 2006 und den jetzt erhobenen Sonderbeitrag, sondern erstmals für den Jahresbeitrag 2008.

III. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Anordnung der aufschiebenden Wirkung über die Feststellung ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Bescheides hinaus eine Interessenabwägung erfordert, wie die Antragsgegnerin

meint. Die geforderte Berücksichtigung der Interessen der zu entschädigenden Anleger von Phoenix kann zu keinem anderen Ergebnis führen, weil die Antragsgegnerin die Möglichkeit hat, die Entschädigungszahlungen zunächst durch Kreditaufnahme zu finanzieren (§ 8 Abs. 2 Satz 4 EAEG).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO, die Streitwertfestsetzung beruht auf § 39 ff., 52 f. GKG i.V.m. Nr. 1.5 des Streitwertkatalog des Bundesverwaltungsgerichts (1/4 des geforderten Sonderbeitrags).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Sachentscheidung ist die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zulässig. Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, schriftlich einzulegen. Die Frist für die Einlegung der Beschwerde endet zwei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses. Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses schriftlich zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Gegen die Streitwertfestsetzung ist die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 Euro übersteigt.

Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, schriftlich einzulegen. Sie ist innerhalb von sechs Monaten einzulegen, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat.

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde, und zwar sowohl hinsichtlich der Sachentscheidung als auch der Streitwertfestsetzung. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte und Rechtslehrer an einer Hochschule im Sinn des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus können auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 der Verwaltungsgerichtsordnung bezeichneten Personen und Organisationen auftreten. Ein als Bevollmächtigter zugelassener Beteiligter kann sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; das Beschäftigungsverhältnis kann auch zu einer anderen Behörde, juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem der genannten Zusammenschlüsse bestehen. Richter dürfen nicht vor dem Gericht, ehrenamtliche Richter nicht vor einem Spruchkörper auftreten, dem sie angehören.

Dr. Rueß

Marticke

Wulff

Ru/Ra

Ausgefertigt

(T. Raab)
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle