

Rechtsanwalt Siegmund Kemm, Köln\*

## Die Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW) – eine verfassungswidrige Organisationsentscheidung des Gesetzgebers

Die volkswirtschaftliche Bedeutung staatlich vorgeschriebener Einlagensicherungssysteme wurde in Deutschland erstmals durch die Insolvenz der Herstatt-Bank im Jahre 1974 anschaulich verdeutlicht. Durch die zunehmende Komplexität der Finanzindustrie und das massiv gestiegene Anlagenvolumen ist deren wirtschaftliche Relevanz auch vor der derzeitigen Bankenkrise weiter erheblich angestiegen. Aus rechtlicher Sicht erfordert die staatliche Implementierung entsprechender Sicherungssysteme einen angemessenen Ausgleich der im Grundsatz allseitig berechtigten, teilweise gegenläufigen Interessen der zu schützenden Anleger, der die Sicherungseinrichtungen finanzierenden Institute sowie den Staat in doppelter Funktion, einerseits als Aufsicht über die Institute zur Verhinderung eines Sicherungsfalls und andererseits als Rahmengerber für die Sicherungssysteme. Ob dieser Interessenausgleich gelungen ist, wird als jüngster „Lackmustest“ derzeit vor den Verwaltungsgerichten im Fall Phoenix erprobt. Die kriminelle Insolvenz der Fa. Phoenix Kapitaldienst GmbH (Phoenix), einem vorgeblichen Anbieter von Waretermingeschäften hat zu einem möglicherweise erstattungspflichtigen Gesamtschaden in dreistelliger Millionenhöhe geführt. Betroffen hiervon ist nicht der nach der Herstatt-Insolvenz errichtete Einlagensicherungsfonds der privaten Banken, sondern die im Zuge der Einbeziehung von Finanzdienstleistungsinstituten in Aufsicht und Einlagensicherung errichtete Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW). Diesbezüglich hat das VG Berlin in Beschlüssen vom 17. 9. 2008 die Vollziehung von Sonderumlagebescheiden ausgesetzt, weil es die Bescheide für verfassungswidrig gehalten hat. Des Weiteren ist die EdW Gegenstand eines seit 2004 anhängigen Verfassungsbeschwerdeverfahrens. Dies gibt Anlass zu der Frage, ob die Organisation der EdW und die einfachrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen ihr und den ihr zwangsweise zugeordneten Wertpapierhandelsunternehmen mit höherrangigem Recht vereinbar sind. Der vorliegende Beitrag versucht, im Detail aufzuzeigen, dass die Organisation der EdW sowohl im deutschen Rechtssystem einzigartig ist als auch

den europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht gerecht wird.

### I. Einleitung

Durch die Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. 5. 1994 über Einlagensicherungssysteme<sup>1</sup> und die Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. 3. 1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger<sup>2</sup> wurden die Mitgliedsstaaten der EU verpflichtet, Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungssysteme zu errichten. Bei den Richtlinien geht es nur darum, die Einleger und Anleger vor der Insolvenz von Finanzinstituten zu schützen<sup>3</sup>. Die Bundesrepublik Deutschland hat diese Richtlinien umgesetzt durch das Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (EAG) vom 16. 7. 1998<sup>4</sup>. Danach sind Institute verpflichtet, ihre Einlagen und Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften durch Zugehörigkeit zu einer Entschädigungseinrichtung zu sichern (§ 2 EAG). Ein Entschädigungsfall tritt ein, wenn ein Institut wegen seiner Finanzlage nicht in der Lage ist, Einlagen zurückzuzahlen oder Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften zu erfüllen und keine Aussicht auf eine spätere Rückzahlung oder Erfüllung besteht (§ 1 V EAG). Einlegern und Anlegern, die Ansprüche aus Wertpapiergeschäften haben, kommt in diesem Fall ein Entschädigungsanspruch gegen die Entschädigungseinrichtung zu (§§ 3 f. EAG). Die Mittel für die Entschädigung werden allein durch „Beiträge“ der Institute erbracht (§ 8 I 1 EAG).

\* Der Verf. ist als Rechtsanwalt in der Sozietät *Jennißen Harren Lützenkirchen* tätig und hat als Prozessbevollmächtigter verschiedene Kläger u. a. in Parallelverfahren zu *VG Berlin*, ZIP 2008, 264 ff., vertreten.

1 Einlagensicherungsrichtlinie, ABIEG Nr. L 135 v. 31. 5. 1994, S. 5 ff.

2 Anlegerentschädigungsrichtlinie, ABIEG Nr. L 84 v. 26. 3. 1997, S. 22 ff.

3 Vgl. Art. 1 Nr. 3 Einlagensicherungsrichtlinie, Art. 2 II Anlegerentschädigungsrichtlinie.

4 BGBl I, 1842, zuletzt geändert durch Gesetz v. 21. 12. 2007, BGBl I, 3089.

Das EAG sieht vor, dass bei der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) insgesamt drei Entschädigungseinrichtungen als nichtrechtsfähige Sondervermögen des Bundes errichtet werden (§ 6 I 1 EAG). Im Einzelnen soll ein Sondervermögen gebildet werden für private Einlagenkreditinstitute (private Banken, §§ 6 I 1, 1 I Nr. 1 EAG), öffentlich-rechtliche Einlagenkreditinstitute (öffentliche Banken, §§ 6 I 2, 1 I Nr. 1 EAG) sowie Wertpapierhandelsunternehmen wie z. B. Anlagevermittler, Anlageberater und Finanzportfolioverwalter (§§ 6 I 2, 1 I Nrn. 2–4 EAG). Eine Sonderregelung sieht das EAG schließlich vor für Sparkassen und Genossenschaftsbanken, die sich unter bestimmten Voraussetzungen keiner Entschädigungseinrichtung anschließen müssen (Institutsschutz, § 12 EAG).

Gemäß § 7 EAG wird das Bundesfinanzministerium ermächtigt, die Aufgaben und Befugnisse einer Entschädigungseinrichtung durch Beleihung einer juristischen Person des Privatrechts zuzuweisen, wenn diese hinreichende Gewähr für die Erfüllung der Ansprüche der Entschädigungsberechtigten bietet. Von dieser Möglichkeit haben die öffentlichen Banken durch die Entschädigungseinrichtung des Bundesverbandes öffentlicher Banken Deutschlands GmbH (EÖB) und die privaten Banken durch die Entschädigungseinrichtung Deutscher Banken GmbH (EdB) Gebrauch gemacht. Das einzige nicht als separate juristische Person umgesetzte Sondervermögen ist danach die EdW. Ihr zugeordnet sind alle Institute, die keine Einlagenkreditinstitute sind.

## II. Organisationsrechtliche Ausgestaltung der EdW

1. Die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung<sup>5</sup> sowie der damaligen Regierungsfractionen<sup>6</sup> für die Organisationsform des rechtlich unselbstständigen Sondervermögens enthält nur wenige Anhaltspunkte. So heißt es darin nur, dass durch die Teilrechtsfähigkeit der Sondervermögen „grundsätzlich die Verwaltungsstruktur KfW genutzt werden (können), ohne neue Organe für die jeweilige Entschädigungseinrichtung schaffen zu müssen“<sup>7</sup>.

2. Die Organisationsform des Sondervermögens bedeutet zunächst, dass die EdW nicht körperschaftlich strukturiert ist, die ihr zugeordneten Institute daher gerade keinen Mitgliedsstatus haben. Insofern ist auch der im EAG verwendete Begriff des „Beitrags“ (vgl. § 8 I 1 EAG), insbesondere der Begriff des „Jahresbeitrags“ (vgl. § 8 II 1, III 1 EAG), der eine Mitgliedschaft suggeriert, missverständlich und sollte durch den Begriff der „Umlage“ ersetzt werden, denn bei den von der EdW abverlangten Abgaben geht es gerade nicht um klassische Mitgliedsbeiträge, d. h. Verbands- oder Vorzugslasten, sondern um atypische Sonderabgaben<sup>8</sup>.

Im Übrigen erschöpft sich die Rechtsbeziehung zwischen den Instituten einerseits und der EdW andererseits bemerkenswerter Weise in einer reinen Pflichtenstellung der Institute, mit der keinerlei Rechte korrespondieren.

a) Zunächst sind die Institute verpflichtet, Jahresumlagen (vgl. § 8 II 1, II EAG) bzw. einmalige Zahlungen (vgl. § 8 II 2 EAG) sowie Sonderumlagen (vgl. § 8 II 4 EAG) zu leisten.

b) Des Weiteren haben die Institute vielfältige Mitwirkungspflichten, die im Einzelnen in § 9 EAG geregelt sind. Zur Durchsetzung dieser Verpflichtungen hat die EdW lückenlose (Zwangs-)Befugnisse (vgl. §§ 8 IV, 9 I 2 und 4, III, VI EAG). Zudem haben Rechtsbehelfe gegen Maßnahmen der EdW mit Regelungsgehalt keine aufschiebende Wirkung (vgl. §§ 8 IV 3, 9 II 3 EAG), die Institute haben damit die Anfechtungslast.

c) Dagegen gibt es im EAG keine Bestimmung, die den Instituten eine strukturierte und inhaltlich ausgestaltete Rechtsstellung einräumt. Insbesondere haben sie hinsichtlich der Tätigkeit der EdW keine Informations-, Kontroll- oder Mitwirkungsrechte.

aa) Dies gilt zunächst für die Verpflichtung der EdW, die für die Entschädigung angesammelten Mittel anzulegen. Diese sind nach dem Gesichtspunkt der Risikomischung so anzulegen, dass möglichst große Sicherheit und ausreichende Liquidität der Anlagen bei angemessener Rentabilität gewährleistet sind (§ 8 I 4 EAG). Obwohl im EAG (auch) insoweit eine Rechtsverordnungsermächtigung besteht (vgl. § 8 III 2 EAG a. E.), gibt es keine konkretisierenden Bestimmungen, die die Tätigkeit der EdW diesbezüglich normativ steuern.

bb) Ferner unterliegt die EdW bei Entschädigungsverfahren und Entschädigungsfällen keiner Kontrolle der sie finanzierenden Institute. Dies gilt insbesondere für die Bewertung und Abwicklung der Entschädigungsfälle selbst. Aus den öffentlich bekannt gewordenen Informationen über den Fall „Phoenix“ ergeben sich bereits Zweifel, ob die Voraussetzungen einer Entschädigungspflicht vorliegen – beispielsweise, ob die von Phoenix durchgeführten Scheinbuchungen überhaupt entschädigungspflichtige Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften darstellen können.

Außerdem ist der von der EdW beabsichtigte Umgang mit der Verjährung von Entschädigungsansprüchen im Fall „Phoenix“ angreifbar. Gemäß § 3 III EAG verjähren die Ansprüche in fünf Jahren. Mangels abweichender Regelung im EAG beginnt die Verjährung mit der Anspruchsentstehung (vgl. § 200 BGB). Der Anspruch entsteht, wenn und soweit die Voraussetzungen der §§ 1 IV, 3 I, 4 EAG erfüllt sind. Ohne Belang ist dagegen, ob die EdW ihn nach § 5 IV 1 EAG festgestellt hat. Dennoch hat sie sich „auf die aus Anlegersicht günstige Interpretation für das Entstehen des Anspruchs und damit des Verjährungsbeginns festgelegt, wonach die Entschädigungsansprüche frühestens (!) fünf Jahre nach Feststellung der Ansprüche eines Anlegers durch die EdW ... verjähren würden. Gegebenfalls bestünde auch noch die Möglichkeit des Verzichts auf die Einrede der Verjährung“<sup>9</sup>.

Prinzipieller, weil viel gravierender, ist aber folgender Umstand: Da die EdW im Fall „Phoenix“ über keine nennenswerten Mittel verfügt, hat sie beabsichtigt, sich „in einer ersten Tranche“ durch Sonderumlagebescheide ca. 30 Millionen Euro zu verschaffen. Mit Beschlüssen vom 17. 9. 2008 hat das VG Berlin aber in mehreren Parallelverfahren die Aussetzung der Vollziehung der Bescheide angeordnet, weil es gegen die Umlage massive rechtsstaatliche Bedenken hat. Nunmehr hat die Bundesregierung der finanziell notleidenden EdW einen außerplanmäßigen Kredit i. H. von 128 Millionen Euro gewährt<sup>10</sup>. Damit sollen die Anleger entschädigt werden, die mit Phoenix Geschäfte gemacht haben bzw. von Phoenix betrogen worden sind. Zugleich beabsichtigt die Bundesregierung damit, einer bereits beim LG Berlin gegen die Bundesrepublik anhängig gemachten Staatshaftungsklage und einem möglichen EU-Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelhafter Umsetzung der o. g. Richtlinien entgegenzutreten. Nach dem gesetzlichen Konzept wird die EdW die o. g. Summe auf die Institute umlegen, ohne dass diese im

5 BR-Dr 257/98.

6 BT-Dr 13/10188.

7 BR-Dr 257/98, S. 29; BT-Dr 13/10188, S. 19.

8 Vgl. insoweit zutr. *BVerwG*, NW 2004, 3198.

9 Vgl. die Antwort der Bundesregierung v. 21. 4. 2008 (GZ VII B 1 – WK 5039/06/0001) auf die Frage des Bundestagsabgeordneten *Schäffler*.

10 Vgl. die Mitteilung der EdW v. 22. 12. 2008 ([www.e-d-w.de](http://www.e-d-w.de)).

Vorfeld Informationen über den geplanten Bundeskredit erhalten haben, geschweige denn auf die Modalitäten des Kreditvertrages Einfluss nehmen konnten, obwohl allein sie es wären, die die Kreditverbindlichkeiten nebst Zinsen letztlich zu tilgen hätten. Dieser Vorgang ist bereits deshalb bemerkenswert, weil das VG Berlin in den o. g. Beschlüssen zu Recht wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz für verfassungswidrig gehalten hat, dass weder im EAG noch in der so genannten Beitragsverordnung eine nähere Bestimmung über das Verhältnis zwischen Sonderumlageerhebung und Kreditaufnahme erfolgt sei. Bemerkenswert ist auch, dass sowohl Bundestagsabgeordnete als auch der Bundesfinanzminister massive Bedenken dagegen geäußert haben, dass der Staat bei hochspekulativen privaten Geldanlagen ein-springt<sup>11</sup>.

d) Da ausschließlich die Institute die EdW finanzieren, haben diese selbst dann die finanziellen Lasten zu tragen, wenn sie mit Rechtsbehelfen gegen die EdW obsiegen, denn das EAG trifft für diesen Fall keine Regelung, die den Bund verpflichtet, den Instituten die entsprechenden Kosten zu erstatten.

e) Abschließend ist schließlich darauf hinzuweisen, dass gem. § 5 V EAG im Entschädigungsfall lediglich die wirtschaftlich wertlosen Ansprüche der Anleger gegen das insolvente Institut auf die EdW übergeht. Dagegen werden werthaltige Ansprüche der Anleger gegen Dritte wie etwa Anlageberater oder -vermittler oder Wirtschaftsprüfer von der Legalzession nicht umfasst.

### III. Rechtliche Vorgaben für die organisatorische Ausgestaltung der EdW

#### 1. Europarecht

Einschlägig ist insoweit nur die Anlegerentschädigungsrichtlinie. Sie macht keine strikten organisationsrechtlichen Vorgaben. Sie fordert lediglich, dass im Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedsstaates zumindest ein System für die Anleger eingerichtet und amtlich anerkannt wird (Art. 2 I; Erwägungsgrund 4). Indem sie anordnet, dass das Entschädigungssystem geeignete Maßnahmen trifft, die Anleger so rasch wie möglich zu entschädigen (Art. 9 I; vgl. auch Erwägungsgrund 19), stellt sie sich Entschädigungseinrichtungen vor, die hinreichend solvent sind und nicht beim ersten größeren Entschädigungsfall finanziell notleidend werden. Immerhin findet sich in der Richtlinie der Hinweis darauf, dass in einer Reihe von Mitgliedsstaaten die Entschädigungssysteme unter der Verantwortung der Berufsverbände stehen, in anderen Mitgliedsstaaten dagegen gesetzlich angeordnet und eingerichtet sind. Diese Statusvielfalt sei nur hinsichtlich der Pflichtmitgliedschaft und dem Ausschluss vom System problematisch (Erwägungsgrund 19). Daraus wird deutlich, dass eine Entschädigungseinrichtung unter der Regie der Wertpapierhandelsunternehmen selbst jedenfalls richtlinienkonform wäre. Außerdem ist die Rede von „Mitgliedschaft“. Dies kann zumindest als Hinweis auf eine Körperschaftliche Binnenstruktur der Entschädigungseinrichtungen verstanden werden.

#### 2. Verfassungsrecht

a) *Allgemeines*. Die wichtigste systemprägende Aufgabe des Verfassungsrechts ist es, Aussagen über das Grundverhältnis des Bürgers zur Verwaltung zu treffen<sup>12</sup>. Die im Grundgesetz vorausgesetzte, aller staatlichen Gewalt vorgegebene Subjektstellung des Menschen durchzieht die gesamte Rechtsordnung<sup>13</sup>. Das Grundgesetz konstituiert damit eine Ordnung, in der der Einzelne der öffentlichen Gewalt nicht als Unter-

tan, sondern in einer gesicherten Position als Bürger gegenüber steht<sup>14</sup>. Die Grundrechte des Grundgesetzes beeinflussen maßgeblich Gesetzgebung und Rechtsprechung, Theorie und Praxis auf allen Gebieten des Rechts und haben so entscheidend zur Freiheitlichkeit von Staat und Gesellschaft beigetragen<sup>15</sup>. Das Grundgesetz bestimmt das Bürger-Staat-Verhältnis dabei asymmetrisch in der Unterscheidung von bürgerlicher Freiheit einerseits und staatlicher Kompetenz andererseits<sup>16</sup>. Der Bürger handelt in rechtlich verfasster Freiheit, staatliche Organe handeln ausschließlich innerhalb rechtlich zugeteilter Kompetenzen. Nach diesem grundgesetzlichen rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip ist die Freiheit des Bürgers damit grundsätzlich unbeschränkt, aber einschränkbar, die Staatsgewalt dagegen prinzipiell begrenzt und unterliegt einer strikten Zweckrationalität<sup>17</sup>. Diese Unterscheidung ist für das System des Verwaltungsrechts konstitutiv: Da Verwaltungshandeln kein Selbstzweck ist, ist es durchweg rechtfertigungsbedürftig und dem richtigen Maß und einer effizienten Ressourcenverwendung verpflichtet<sup>18</sup>. Die Verwaltung hat – mit anderen Worten – nur eine treuhänderische Stellung als Dienerin des Gemeinwohls inne.

b) *Freiheitsgrundrechte*. aa) Es gehört seit Langem zum Gemeingut der Grundrechtsdogmatik, dass die Freiheitsgrundrechte auch staatliche Verfahren und Organisation maßgeblich beeinflussen<sup>19</sup>. Es kann insoweit dahinstehen, ob in „Rechten auf Organisation und Verfahren“ eine eigenständige Grundrechtsfunktion zu sehen ist oder ob es „lediglich“ um eine der materiellen Grundrechtsgeltung dienende, an-nexe Grundrechtsdimension geht<sup>20</sup>. Offen bleiben kann auch, ob zwischen Verfahrensfragen einerseits und Organisationsfragen andererseits zu unterscheiden ist<sup>21</sup>, denn es besteht jedenfalls Konsens darüber, dass der Schutz der Freiheitsgrundrechte weitgehend entwertet wäre, wenn er nicht verfahrens- bzw. organisationsrechtlich flankiert würde. „Korrektes“ Verfahren ist Grundrechtsschutz. Der prozedurale Grundrechtsschutz muss daher ebenso ernst genommen werden wie der mittlerweile weitgehend eingewurzelte materielle Grundrechtsschutz. Die grundrechtlichen Verfahrensgarantien dürfen nicht umgangen werden<sup>22</sup>.

In der Rechtsprechung des BVerfG ist seit Langem anerkannt, dass die Verfahrensdimension der Grundrechte von eminenter Bedeutung für den Grundrechtsschutz schlechthin ist. So warnt bereits die Entscheidung des BVerfG zum Hamburger-U-Bahn-Bau vor einer Verfahrensgestaltung, die ausschließlich nach den Bedürfnissen der Verwaltung so eingerichtet wird, dass das Vorhaben möglichst reibungslos ausgeführt werden und der Bürger lediglich die von der Verwaltung geschaffenen vollendeten Tatsachen zur Kenntnis nehmen

11 Vgl. die auf die dpa gestützte Mitteilung der beck-aktuell-Redaktion v. 12. 12. 2008 sowie deren auf einen Bericht der SZ gestützte Mitteilung v. 24. 11. 2008.

12 Schmidt-Aßmann, Das allg. VerwR als Ordnungsidee, 2. Aufl. (2004), 1. Kap. Rdnr. 21.

13 Schmidt-Aßmann (o. Fußn. 12) unter Bezugnahme auf Dreier, in: Dreier, GG I, 2. Aufl. (2004), Art. 1 I Rdnrn. 39 ff.

14 Vgl. Schwachheim, in: Umbach/Clemens, GG I, Art. 19 IV Rdnr. 145; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG II, Art. 19 IV Rdnr. 1; vgl. i. Ü. bereits BVerwGE 1, 159 (161) = NJW 1954, 1541.

15 Pieroth/Schlink, Grundrechte, 24. Aufl. (2008), Rdnr. 40.

16 Schmidt-Aßmann (o. Fußn. 12), Rdnr. 26, unter Bezugnahme auf Hoffmann, VVDStRL 41, 92 (Hervorhebung im Original).

17 Vgl. Bethge, VVDStRL (1997), 6/11, 22.

18 Vgl. Schmidt-Aßmann (o. Fußn. 12), Rdnr. 26.

19 Vgl. etwa Hesse, Grundzüge des VerfR der BRp. Dtl., Neudruck der 20. Aufl. (1999), Rdnr. 358 m. w. Nachw.; Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 392 m. w. Nachw.

20 Vgl. zu dieser Kontroverse ausf. Cremer (o. Fußn. 19), S. 394 ff.

21 Vgl. dazu Dolderer, Objektive Grundrechtsgelände, 2000, S. 233 ff.

22 So prägnant Grimm, NVwZ 1985, 865 (872).

kann<sup>23</sup>. Das Verfahren müsse so gestaltet sein, dass nicht die „Gefahr einer Entwertung der materiellen Grundrechtspositionen besteht“<sup>24</sup>.

Für das Eigentumsgrundrecht hat das BVerfG entschieden, dass das Zwangsvollstreckungsrecht so ausgelegt werden muss, dass der Schuldner „gegenüber einer unverhältnismäßigen Verschleuderung seines Grundvermögens um Rechtsschutz nachsuchen könne“<sup>25</sup>. Dabei sind die Grundrechte auch und gerade dann Verfahrensrechte, wenn ein Verfahren weder der Verwirklichung eines bestimmten Grundrechts noch der Kontrolle seiner Ausübung, sondern der Rechtsverwirklichung Dritter oder bestimmter Gemeinwohlinteressen dient. Das dabei nachteilig betroffene Grundrecht muss durch Verfahrenspositionen geschützt werden<sup>26</sup>.

bb) Im vorliegenden Zusammenhang spricht zunächst Einiges dafür, dass das Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 I GG einschlägig ist. Im Schrifttum<sup>27</sup> und in der ständigen Rechtsprechung des BVerfG<sup>28</sup> ist geklärt, dass bei spürbaren tatsächlichen Auswirkungen durch Abgabenerhebungen die Berufsfreiheit erheblich beeinträchtigt werden kann<sup>29</sup>. Es ist aber gesichert, dass Art. 12 I GG eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung fordert<sup>30</sup>.

cc) Maßgebend sein könnte daneben das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit des Art. 9 I GG. Zwar sehen BVerfG und BVerwG dieses Grundrecht bei öffentlich-rechtlichen Zwangsvereinigungen als nicht einschlägig an<sup>31</sup>. Davon abgesehen, dass diese Rechtsprechung dogmatisch angreifbar<sup>32</sup>, ist zu beachten, dass die EdW eben gerade kein mitglied-schaftlicher Zwangsverband mit Mitwirkungsrechten der Untenehmen ist. Deren Grundrechtssphäre wird daher ungleich intensiver betroffen als bei staatlichen Zwangskorporationen. Daraus ergibt sich wiederum ein gesteigertes Schutzbedürfnis, dem wohl nur spezialgrundrechtlich Rechnung getragen werden kann<sup>33</sup>. Der verfahrens- und organisationsrechtliche Gehalt des Art. 9 I GG dürfte schließlich auch der klassischen abwehrrechtlichen Abwehrfunktion des Grundrechts zuzuordnen sein<sup>34</sup>.

dd) Sollte man demgegenüber annehmen, spezielle Freiheitsrechte seien nicht betroffen, wäre jedenfalls das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG einschlägig. Auch dieses Grundrecht beinhaltet Verfahrensgarantien<sup>35</sup>.

c) *Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 I GG)*. Bei Organisationsnormen ist der Gesetzgeber des Weiteren an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG gebunden. Danach ist wesentlich Gleiches gleich zu behandeln<sup>36</sup>. Die Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem ist unzulässig, wenn für die Differenzierung ein sachlicher Grund fehlt. Dabei sind die Anforderungen unterschiedlich. Sie reichen „je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ... von einem bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitsanforderungen“<sup>37</sup>. Das Verhältnis von Willkürverbot und Gebot verhältnismäßiger Gleichheit ist dabei in der Rechtsprechung des BVerfG nicht vollständig geklärt und in allgemeingültiger Weise wohl auch nicht zu klären<sup>38</sup>. Eindeutig ist allerdings die Verbindung des Gleichheitssatzes mit den Freiheitsgrundrechten, die in der neueren Rechtsprechung in den Vordergrund tritt, wenn es heißt, dass dem Gesetzgeber umso engere Grenzen gesetzt sind, „je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann“<sup>39</sup>. Da sich die zwangsweise Zuordnung der Institute handgreiflich und einschneidend auf deren freiheitsgrundrechtlich verbürgte Freiheitssphäre auswirkt, ist eine strikte

Prüfung der organisationsrechtlichen Bestimmungen über die EdW gefordert. Jedenfalls sind diese mit dem Gleichheitssatz dann nicht zu vereinbaren, wenn sich für diese Bestimmungen kein sachlicher Grund finden lässt.

d) *Art. 104 a ff. GG*. Es geht bei den Umlagen zur EdW schließlich nicht um reguläre Abgaben, sondern um ausnahmsweise unter strengen Voraussetzungen zulässige Sonderabgaben (s. o. unter II 2). Nach der Finanzverfassung sind staatliche Aufgaben aber primär durch Steuern zu finanzieren<sup>40</sup> (Prinzip des Steuerstaats)<sup>41</sup>. Andere Einnahmen dürfen dieses Prinzip nicht aushöhlen oder unterlaufen<sup>42</sup>.

Während die Besteuerungshoheit des Staates im Verhältnis zum Bürger somit stillschweigend vorausgesetzt wird<sup>43</sup>, sind Sonderabgaben verfassungsrechtlich grundsätzlich problematisch; denn bei ihnen besteht die Gefahr, dass eine „apokryphe Finanz- bzw. Steuerverfassung“ entsteht<sup>44</sup>. Wegen der gruppenbezogenen Finanzierungsverantwortlichkeit steht das Abgabenaufkommen nicht zur Erfüllung allgemeiner, nach parlamentarischer Bestimmung wechselnder Finanzaufgaben

23 Vgl. BVerfGE 45, 297 (330 ff.) = NJW 1977, 2349.

24 BVerfGE 63, 131 (143) = NJW 1983, 1179; vgl. i. Ü. BVerfGE 69, 315 (335) = NJW 1985, 2395 = NVwZ 1985, 898 L – Brokdorf.

25 BVerfGE 46, 325 (334 f.) = NJW 1978, 368.

26 Vgl. etwa *Denninger*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR V, § 113 Rdnr. 7.

27 Vgl. etwa *Tettinger/Mann*, in: *Sachs*, GG, Art. 12 Rdnr. 72.

28 Vgl. bereits BVerfGE 13, 181 (186) = NJW 1961, 2299; vgl. i. Ü. etwa BVerfGE 55, 7 (25 f.) = NJW 1981, 215; 75, 108 (153 f.) = NJW 1987, 3115; 81, 108 (121 f.) = NJW 1990, 2053.

29 Für die EdW-Jahresumlage die Einschlägigkeit der Berufsfreiheit wohl bejahend BVerwG, NJW 2004, 3198 (3204) m. w. Nachw.

30 Vgl. nur *Tettinger/Mann*, in: *Sachs* (o. Fußn. 27), Art. 12 Rdnr. 16 m. w. Nachw.

31 Vgl. BVerfGE 10, 89 (102) = NJW 1959, 1675; BVerfG, NVwZ 2007, 808 (811); BVerwGE 112, 69 = NVwZ-RR 2001, 93.

32 Vgl. die prägnante Kritik bei *Höfling*, in: *Sachs* (o. Fußn. 27), Art. 9 Rdnr. 22; ausf. *Hellermann*, Die so genannte negative Seite der Freiheitsrechte, 1993, S. 63 ff.

33 Vgl. zum diesbezüglichen Schutzgefälle zwischen speziellen Freiheitsgrundrechten einerseits und dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG andererseits BVerfGE 35, 382 (399) = NJW 1974, 227; 78, 179 (196 f.) = NJW 1988, 2290; 104, 337 (346) = NJW 2002, 663 = NVwZ 2002, 335 L.

34 Vgl. *Höfling*, in: *Sachs* (o. Fußn. 27), Art. 9 Rdnr. 22.

35 Vgl. etwa *Murswiek*, in: *Sachs* (o. Fußn. 27), Art. 2 Rdnr. 36.

36 Vgl. etwa BVerfGE 1, 14 (52); 76, 256 (329) = NVwZ 1988, 329 = NJW 1988, 1015; 78, 249 (287) = NJW 1988, 2529 = NVwZ 1988, 1017 L.

37 BVerfGE 88, 87 (96) = NJW 1993, 1517 = NVwZ 1993, 663 L; 89, 15 (22) = NJW 1994, 122; 92, 365 (407) = NVwZ 1996, 261 = NJW 1996, 185; 95, 267 (316) = NJW 1997, 1975 = NVwZ 1997, 885 L.

38 Vgl. *Osterlob*, in: *Sachs* (o. Fußn. 27), Art. 3 Rdnr. 90.

39 So BVerfGE 88, 87 (96) = NJW 1993, 1517 = NVwZ 1993, 663 L; 89, 15 (22) = NJW 1994, 122; 89, 69 (89) = NJW 1993, 2365; 90, 46 (56) = NZA 1994, 661; 91, 346 (363) = NJW 1995, 2977 = NVwZ 1996, 54 L; 95, 267 (316 f.) = NJW 1997, 1975 = NVwZ 1997, 885 L; 97, 271 (290 f.) = NJW 1998, 3109 = NVwZ 1998, 1172 L; 98, 365 (389) = NZA 1999, 194 = NVwZ 1999, 519 L; 99, 367 (388) = NJW 1999, 1535; 103, 172 (193) = NJW 2001, 1779 = NVwZ 2001, 795 L; 106, 166 (176) = FPR 2003, 106; 111, 141 (167) = NJW 2004, 2814 = NVwZ 2004, 1483 L – *Erster Senat*; ebenso die st. Rspr. des *Zweiten Senats*, vgl. etwa BVerfGE 110, 412 (432) = NJW-RR 2004, 1657 m. w. Nachw.

40 Vgl. BVerfGE 82, 159 (178) = NVwZ 1990, 53 = NJW 1991, 830 L; 93, 319 (342) = NVwZ 1996, 469 = NJW 1996, 2296 L; 101, 141 (147) = NVwZ 2000, 307; *Vogel/Waldhoff*, BK-GG, Art. 104 a ff. Vorb. 337 ff.; *Jachmann*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG III, 5. Aufl., Art. 105 Rdnr. 2; *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR IV, § 88 Rdnr. 45 ff., der von der „Grundsatzentscheidung für eine Steuerfinanzierung“ spricht.

41 Vgl. BVerfGE 78, 249 (267) = NJW 1988, 2529 = NVwZ 1988, 1017 L.

42 Vgl. *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 105 Rdnr. 2, 8.

43 Vgl. BVerfGE 45, 247 (301).

44 Vgl. *Vogel*, in: *Isensee/Kirchhof* (o. Fußn. 40), § 87 Rdnr. 47, unter Bezugnahme auf *Selmer*, Steuerinterventionismus und VerfR, 1972, S. 183 ff.; *Kirchhof*, in: *Isensee/Kirchhof* (o. Fußn. 40), § 88 Rdnr. 225; *Wendt*, in: *Isensee/Kirchhof* (o. Fußn. 40), § 104 Rdnr. 47.

des Staates zur Verfügung, sondern ist der Finanzierung einer bestimmten, die Gruppe der Abgabenschuldner verpflichteten Sachaufgabe vorbehalten. Aus dieser Zweckbindung des Abgabenaufkommens folgt, dass die durch die Sonderabgabe gewonnene Finanzkraft außerhalb des Haushaltsplans bleibt, die sich als haushaltsflüchtige Abgabe der periodischen parlamentarischen Haushaltskontrolle entzieht und das Prinzip der Haushaltsklarheit beeinträchtigt. Die Sonderabgabe finanziert eine „schwarze Kasse“, über die ein Organ der Exekutive ohne regelmäßige parlamentarische Anleitung und Kontrolle verfügt<sup>45</sup>. Daher ist jede Sonderabgabe – prinzipiell anders als die Steuer – einem erheblichen Rechtfertigungsdruck ausgesetzt<sup>46</sup>. Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss das Abgabenaufkommen eines solchen Parafiskus' überwiegend im Interesse der Abgabepflichtigen verwendet werden<sup>47</sup>. Dies ist bereits Zulässigkeitsvoraussetzung für die Erhebung der Abgabe. Schließlich stellen die Art. 104 a ff. GG auch organisationsrechtliche Anforderungen. So heißt es etwa in der Begründung des Gesetzes über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht [BaFin] (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz – FinDAG), dass die beaufsichtigten Institute im Verwaltungsrat der BaFin angemessen vertreten sein müssen, weil sie die Kosten der Aufsicht insbesondere durch Sonderabgaben alleine zu tragen haben<sup>48</sup>.

Das BVerwG hat zwar die Jahresumlage für mit dem Finanzverfassungsrecht vereinbar gehalten<sup>49</sup>. Davon abgesehen, dass diese Entscheidung mit einer Verfassungsbeschwerde angegriffen worden ist, wird die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Organisation der EdW dort aber nicht thematisiert.

#### IV. Bewertung

Misst man die organisationsrechtlichen Bestimmungen des EAG an diesen Maßstäben, wird deutlich, dass die Organisation der EdW mit höherrangigem Recht nicht vereinbar ist.

##### 1. Verfassungsrecht

a) *Freiheitsgrundrechte*. Es kann dahinstehen, welches der o.g. Grundrechte einschlägig ist. Da die Institute keinerlei Verfahrens- und Organisationsrechte haben, ist deren Rechtsstellung, die eine reine Pflichtenstellung ist, grundrechtswidrig.

Einfachrechtlich besteht zu Lasten der Institute insgesamt ein rechtsfreier Raum, der – soweit ersichtlich – in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland ohne Beispiel ist. Dies ist bemerkenswert, denn seit dem Strafgefangenenbeschlusses des BVerfG<sup>50</sup> vom 14. 3. 1972 ist die lückenlose Grundrechtsbindung der Staatsgewalt auch in so genannten Sonderrechtsverhältnissen allgemein anerkannt und sind beispielsweise auch Beamte, Soldaten und Strafgefangene mit einem Bündel an einfachrechtlich garantierten subjektiven öffentlichen Rechten ausgestattet, die deren Grundrechtsstatus konkretisieren.

b) *Allgemeiner Gleichheitssatz*. Diese vollständige Rechtlosigkeit ist auch unvereinbar mit Art. 3 I GG. Obwohl alles dafür spricht, dass vorliegend insoweit streng zu prüfen ist (s. o. III c), kann der zutreffende Prüfungsmaßstab offen bleiben, da die organisationsrechtliche Ausgestaltung der EdW selbst gegen das Willkürverbot verstößt. Sie ist – soweit ersichtlich – die einzige grundrechtsrelevante staatliche Organisation, bei der grundrechtsberechtigte Bürger rechtlos gestellt werden.

aa) Soweit ersichtlich, haben zunächst die Mitglieder sämtlicher öffentlich-rechtlicher Zwangsverbände, wie z. B. Handwerkskammern, Industrie- und Handelskammern, Rechts-

anwaltskammern, Versorgungswerke, Jagdgenossenschaften, Arbeitnehmerkammern, genossenschaftliche Prüfungsverbände sowie verfasste Studentenschaften eingehende und umfassende Informations-, Kontroll- und Mitbestimmungsrechte. Insofern hätte nahe gelegen, auch die EdW als öffentlich-rechtlichen Körperschaft zu organisieren<sup>51</sup>.

bb) Auch dies kann indes dahin stehen, denn auch dort, wo sich der Gesetzgeber für andere grundrechtsrelevante Organisationsformen entschieden hat, hat er durchgängig Verfahrens- und Organisationsrechte vorgesehen, die einfachrechtlich den verfassungsrechtlichen Grundrechtsstatus konkretisieren.

(1) So ist beispielsweise der Absatz-Förderungsfonds der Allgemeinen Forst- und Holzwirtschaft (Holzabsatzfonds) als Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet (vgl. § 1 des Gesetzes über den Holzabsatzfonds (Holzabsatzfondsgesetz – HafG v. 6. 10. 1998)<sup>52</sup>. Er wird (ausschließlich) finanziert von der Forst- und Holzwirtschaft (vgl. § 10 II–VI HafG). Seine Organe sind Vorstand und Verwaltungsrat. Der Vorstand führt die Geschäfte in eigener Verantwortung, aber nach den Beschlüssen des Verwaltungsrats, der wiederum die Satzung für den Holzabsatzfonds (§ 5 II 1 HafG) erlässt und den Vorstand beaufichtigt (§ 5 V HafG). Im Verwaltungsrat sitzen aber u. a. Vertreter der Forst- und Holzwirtschaft (vgl. § 5 I HafG).

(2) Parallel konstruiert ist der Absatz-Förderungsfonds der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft (Absatzfonds) nach dem Gesetz über die Errichtung eines zentralen Fonds zur Absatzförderung der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft<sup>53</sup>.

(3) Schließlich ist der so genannte Klärschlamm-Entschädigungsfonds – wie die EdW – ein nicht rechtsfähiges Sondervermögen des Bundes (vgl. § 1 I der Verordnung über den Klärschlamm-Entschädigungsfonds [Klärschlamm-Entschädigungsfonds-Verordnung – KlärEV] v. 20. 5. 1998)<sup>54</sup>. Dabei geht es um Folgendes:

Klärschlamm fällt an bei der Abwasserbeseitigung in Abwasserbehandlungsanlagen. Wer solche Anlagen betreibt und Klärschlamm zum Aufbringen auf landwirtschaftlich oder gärtnerisch genutzte Böden abgibt oder abgeben will, hat die Klärschlammverordnung zu beachten, die der Vermeidung von Gesundheits- und Umweltgefahren beim Aufbringen des Klärschlammes dient. Es geht um klassisches Gefahrenabwehr, die Klärschlammproduzenten sind echte Verantwortliche im polizei- und ordnungsrechtlichen Sinne. Zum Ausgleich von Schäden, die durch landbauliche Klärschlammverwertung entstehen können, hat sich der Gesetzgeber für ein Fondsmodell entschieden, das ausschließlich von Klärschlammherstellern finanziert werden soll<sup>55</sup>. Der Fonds wird von der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE) verwaltet. Die BLE führt seine Geschäfte und vertritt ihn nach

45 Vgl. Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof (o. Fußn. 40), § 88 Rdnr. 224.

46 Vgl. Schuppert, in: Umbach/Clemens, GG II, Art. 105 Rdnr. 38.

47 Vgl. bereits BVerfGE 55, 274 (315 f.) = NJW 1981, 329.

48 Vgl. BT-Dr 14/7033, S. 35 zu § 7 FinDAG.

49 BVerwG, NJW 2004, 3198.

50 Vgl. BVerfGE 33, 1 = NJW 1972, 811.

51 Vgl. insoweit auch die Gesetzesbegründung zu § 6 EAG, nach der die Institute grundsätzlich die Gelegenheit erhalten sollen, die im Gesetz vorgesehenen Aufgaben in Selbstverwaltung auszuüben – BR-Dr 257/98, S. 29; BT-Dr 13/10188, S. 19.

52 BGBl I, 3130.

53 Absatzfondsgesetz – AbsFondG i. d. F. der Bekanntmachung v. 4. 10. 2007 (BGBl I, 2342).

54 BGBl I, 1250.

55 Vgl. BVerfGE 110, 370 (371) = NVwZ 2004, 1477.

außen (§ 1 II KlärEV). Daneben besteht ein Beirat, der die BLE berät und der den Entscheidungen über Entschädigungsanträge zustimmen muss (§ 2 II 1 KlärEV). Im Beirat sitzen u. a. Vertreter der Klärschlammabgeber sowie der potenziell geschädigten Landwirte (vgl. § 2 I, III Nrn. 4, 5 und 7 KlärEV). Gerade deswegen, weil die Abgabepflichtigen selbst in maßgeblicher Entscheidungsposition sind, hat das BVerfG die Abgabe aber für verfassungsmäßig gehalten. So heißt es in der maßgeblichen Entscheidung, dass die Zusammensetzung des Beirats und die Auswahl seiner Mitglieder die Gewähr für eine sachliche und verantwortungsvolle Entschädigungspraxis des Fonds biete. Die widerstreitenden Interessen seien in einem ausgewogenen Verhältnis vertreten<sup>56</sup>.

In scharfem Kontrast dazu steht die rechtliche Situation der der EdW zwangsweise zugeordneten Institute. Obwohl diese durch ihre Tätigkeit, die den alleinigen Anknüpfungspunkt für die Erhebung der Sonderabgabe bildet, nicht einmal Gefahren im Sinne des Ordnungsrechts verursachen<sup>57</sup>, sind sie von jeder Einfluss- und Kontrollmöglichkeit auf die Tätigkeit der EdW ausgeschlossen und müssen sich innerhalb eines grundrechtswidrigen Arkanums bewegen.

c) *Art. 104 a ff. GG*. Da schließlich die durch das EAG vorgesehene Sonderabgabe nur dann mit dem Finanzverfassungsrecht vereinbar wäre, wenn die mit der Abgabe belasteten Institute Mitwirkungsbefugnisse hätten, ist die organisationsrechtliche Ausgestaltung auch insoweit verfassungswidrig.

d) Insgesamt befinden sich die Institute so in einer rechtlichen Pariastellung, die in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland ohne Beispiel ist. Informations-, Kontroll- und Mitwirkungsrechte der Institute sind aber verfassungsrechtlich unabdingbar, weil es um die Verwaltung einer haushaltsflüchtigen Sonderabgabe geht, bei der die parlamentarische, d. h. demokratische Kontrolle fehlt.

Schließlich genügt das tatsächliche Handeln der EdW weder dem rechtsstaatlichen Effizienzgebot noch den finanzverfassungsrechtlichen Anforderungen an Sonderabgaben, denn es ist in erheblichem Maße ineffizient. Insoweit ist zu verweisen auf das vom Bundesfinanzministerium in Auftrag gegebene Gutachten über die „Reform der Anlegerentschädigungseinrichtungen und Einlagensicherungssysteme in Deutschland“, nach dem 2005 und 2006, also acht Jahre nach Errichtung

der EdW immer noch nahezu 50% der Umlage für die Eigenverwaltung und gerade nicht für die Anlegerentschädigung, d. h. für den Zweck verwendet worden sind, der die alleinige Daseinsberechtigung der EdW überhaupt ist<sup>58</sup>. 2007 hat die EdW nach ihren eigenen Angaben, die aus den o. g. Gründen nicht verifiziert werden können, aus den Jahresumlagen 5,233 Millionen Euro eingenommen<sup>59</sup>. Davon hat sie wiederum nach einer „Vereinbarung zwischen der BaFin und der KfW“ aus dem Jahr 1998, die sich der Kenntnis der Institute entzieht, nicht weniger als 1,8876 Millionen Euro an die KfW weitergeleitet<sup>60</sup>. Geht man von 22 Arbeitstagen im Monat aus, hat die EdW pro „Fachkraft“ monatlich einen Betrag von 23 621,62 Euro an die KfW zu bezahlen. Das ist eine kaum zu glaubende Verschwendung von Mitteln, die allein zu Lasten der Institute geht.

Die Entschädigungseinrichtungen der Banken sind demgegenüber wesentlich effizienter<sup>61</sup>. Es spricht daher alles dafür, dass die EdW, gerade wegen ihrer organisationsrechtlichen Ausgestaltung, d. h. dem vollständigen Ausschluss der Institute von ihrer Willensbildung, ineffizient ist.

## 2. Europarecht

Wegen dieser Ineffizienz dürften die organisationsrechtlichen Bestimmungen im EAG auch nicht in Einklang sein mit der Anlegerentschädigungsrichtlinie.

## V. Ergebnis

Die organisationsrechtliche Ausgestaltung der EdW ist verfassungswidrig. Sie verstößt gegen Art. 3 I GG, 104 a ff. GG und entweder gegen Art. 12 I GG, 9 I GG oder Art. 2 I GG. Schließlich spricht Einiges dafür, dass sie auch die Anlegerentschädigungsrichtlinie verletzt. ■

56 Vgl. *BVerfGE* 110, 370 (395 f.) = NVwZ 2004, 1477.

57 Vgl. *BVerwG*, NJW 2004, 3198 (3201).

58 Vgl. Gutachten, S. 54 unter 1 a.

59 In der „Vereinbarung“ ist wohl ein so genannter Fachkrafttagesatz von 2100 DM (= 1073,71 Euro) vorgesehen, der nach dem Geschäftsbericht (nur) die Tätigkeit der mit Umlageerhebung und Entschädigungsfallbearbeitung befassten Sachbearbeiter betrifft, vgl. Geschäftsbericht, S. 7.

60 Vgl. Geschäftsbericht, S. 6, 22.

61 Vgl. das o. g. Gutachten, S. 54 m. Fußn. 123.