

[Redacted]
Kanzlei



**OBERVERWALTUNGSGERICHT
BERLIN-BRANDENBURG**

BESCHLUSS

OVG 1 S 151.11
VG 4 L 152.11 Berlin

In der Verwaltungsstreitsache

[Redacted]
[Redacted]

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

bevollmächtigt:

[Redacted]

g e g e n

die EdW - Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandels-
unternehmen -, Behrenstraße 31, 10117 Berlin,

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte White & Case, Kurfürstendamm 32, 10719 Berlin,

hat der 1. Senat durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht
[Redacted] den Richter am Oberverwaltungsgericht *[Redacted]* und die Richterin am
Oberverwaltungsgericht *[Redacted]* am 4. Januar 2012 beschlossen:

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des
Verwaltungsgerichts Berlin vom 7. Juli 2011 wird zurückgewie-
sen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird auf 3.744 EUR festgesetzt.

Gründe

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Das für die Prüfung des Oberverwaltungsgerichts nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO maßgebliche Beschwerdevorbringen rechtfertigt eine Änderung des angefochtenen Beschlusses nicht.

I.

Die Antragstellerin wendet sich im Wege vorläufigen Rechtsschutzes gegen die mit Bescheid der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW) vom 30. August 2010 zu ihren Lasten festgesetzte Sonderzahlung nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (EAEG) in Höhe von 14.979,76 Euro. Ihren Antrag auf Aussetzung der Vollziehung lehnte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) mit Bescheid vom 11. Januar 2011 ab. Das Verwaltungsgericht hat die Anordnung der durch die Einlegung des Widerspruchs der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 8. September 2010 gemäß § 8 Abs. 9 Satz 3 EAEG und im Übrigen auch nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 VwGO ausgeschlossenen aufschiebenden Wirkung mit dem Beschluss vom 7. Juli 2011 abgelehnt und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Die Erhebung der Sonderzahlung sei nicht deswegen rechtswidrig, weil - mangels Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften (§ 1 Abs. 3 und 4, § 4 Abs. 1 Satz 1 EAEG) - kein Entschädigungsfall im Sinne von § 1 Abs. 5 EAEG gegeben sei; zur Entscheidung dieser Rechtsfrage, die Grund und Höhe des Entschädigungsanspruchs betreffe, seien gemäß § 3 Abs. 4 EAEG nur die Zivilgerichte zuständig. In der Zivilgerichtsbarkeit sei höchstrichterlich geklärt, dass im Falle der Insolvenz der Phoenix Kapitaldienst GmbH (Phoenix) Entschädigungen nach dem EAEG zu gewähren seien; im Umfang von insgesamt rd. 140 Millionen Euro seien Entschädigungen auch schon ausgekehrt worden. Soweit die Antragsgegnerin insofern rechtskräftig verurteilt worden und deswegen zu Entschädigungsleistungen verpflichtet sei, könne sie sich wegen des dafür aufgenommenen

Kredits unter den Voraussetzungen von § 8 Abs. 4 EAEG refinanzieren und entsprechende Sonderzahlungen auch von der Antragstellerin verlangen. Ungeachtet dessen halte es die Kammer für ausgeschlossen, die gefestigte Rechtsprechung der sachnäheren Zivilgerichte nach überschlägiger Prüfung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für fehlerhaft zu erklären. Die Regelungen der Verordnung über die Beiträge zu der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen bei der Kreditanstalt für Wiederaufbau (EdWBeitrV) seien mit höherrangigem Recht vereinbar. Ohne Erfolg rüge die Antragstellerin die Berücksichtigung von nach § 340g HGB gebildeten Sonderposten für allgemeine Bankrisiken, die es ermögliche, die Bemessungsgrenze für die Jahresbeiträge und damit auch die Bemessungsgrundlage für die Sonderzahlungen zu reduzieren. Wohl unbedenklich knüpfe die Kappungsgrenze in § 1 Abs. 1 Satz 2 EdWBeitrV an den Jahresüberschuss an und nehme damit die den Instituten im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen eröffneten bilanziellen Gestaltungsmöglichkeiten in Kauf. Zwar sei nicht zu verkennen, dass dies unter Umständen zu Belastungsverschiebungen führen könne, die die Beitragsgerechtigkeit in Frage stellten. Der insoweit bestehende Entscheidungs- und Wertungsspielraum des Normgebers sei jedoch – zumal im summarischen Verfahren – zu respektieren. Selbstredend dürfe indessen eine solche Bilanzposition dann nicht anerkannt werden, wenn die Voraussetzungen zu ihrer Bildung nicht gegeben seien, sondern wahrheitswidrig behauptet würden. Eine dadurch bedingte Rechtswidrigkeit der Veranlagung des betroffenen Instituts lasse die Rechtmäßigkeit des gegenüber der Antragsgegnerin erlassenen Sonderzahlungsbescheides unberührt. Auch Funktion und Bestand der Entschädigungseinrichtung würden durch die Einwände der Antragstellerin nicht in Frage gestellt. Es sei nicht überwiegend wahrscheinlich, dass bereits jetzt eine Systemkorrektur geboten sei. Auch die voraussichtlich noch Jahre in Anspruch nehmende Abwicklung des Entschädigungsfalls „Phoenix“ biete dafür keinen Anhalt. Es liege in der Natur eines zulässigerweise gegliederten Entschädigungssystems, dass sich die Auswirkungen eines Entschädigungsfallens auf den Teil, in dem er sich ereigne, und die ihm zugeordneten Institute beschränkten; dagegen sei solange nichts einzuwenden, wie sich die daraus ergebenden Belastungen im Rahmen des Zumutbaren hielten. Dafür sei durch die in der Beitragsverordnung geregelten Obergrenzen gesorgt. Ein Verstoß der in § 5 Abs. 2 Satz 1 EdWBeitrV festgelegten Obergrenze, wonach die Summe sämtlicher von einem Institut zu erbringenden Beitragsleistungen nicht mehr als 45 v.H. des nach § 1 EdWBeitrV ermittelten

Jahresüberschusses betragen dürfe, gegen den Gesetzesvorbehalt liege nicht vor. Die gesetzliche Belastungsobergrenze gemäß § 8 Abs. 6 Satz 5 EAEG sei nicht zugleich als Anordnung aufzufassen, dass Sonderbeiträge und Sonderzahlungen auch in diesem Ausmaß erhoben werden müssten. Auch aus der gesetzlichen Ermächtigung für die Regelung einer Obergrenze für den Jahresbeitrag in der Verordnung könne nicht geschlossen werden, dass der Verordnungsgeber keine umfassende Belastungsobergrenze festlegen dürfe. Ein Gleichheitsverstoß lasse sich nicht durch Vergleiche mit den Belastungen der der Entschädigungseinrichtung der Banken zugeordneten Bankinstitute begründen. Unterschiedliche Belastungen müssten in dem gegliederten System der Entschädigungseinrichtungen, für das sich der Gesetzgeber entschieden habe, hingenommen werden, zumal es sich um eine Betrachtung handele, die sich bei Eintritt eines größeren Entschädigungsfalls in der EdB sofort relativieren würde. Die Annahme, dass die Konstruktion der Antragsgegnerin finanziell nicht tragfähig sei, sei jedenfalls gegenwärtig nicht gerechtfertigt; dem Staat stünden gegebenenfalls verschiedene Wege offen, die Einrichtung unter Beibehaltung der originären Finanzierungsverantwortung der zugeordneten Institute zu stützen. Mit Bescheid der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen vom 26. August 2011 wurde der Widerspruch der Antragstellerin zurückgewiesen; sie hat dagegen am 27. September 2011 beim Verwaltungsgericht Klage erhoben (VG 4 K 334.11).

Mit der Beschwerde verfolgt die Antragstellerin das vorläufige Rechtsschutzbegehren weiter. Sie macht geltend: Die Rechtmäßigkeit des angegriffenen Bescheides sei ernstlich zweifelhaft, weil die Sonderzahlungen für einen Sachverhalt erhoben würden, der vom EAEG nicht als Entschädigungsfall erfasst werde. Das Verwaltungsgericht hätte als Vorfrage prüfen müssen, ob die angeforderte Sonderzahlung tatsächlich zur Bedienung eines für rechtmäßig erfolgende Entschädigungszahlungen aufgenommenen Darlehens gedient habe, und hätte sich insoweit mit dem erstinstanzlichen Vorbringen dazu auseinandersetzen müssen, warum das Phoenix Managed Account kein Finanzkommissionsgeschäft gewesen sei und damit keine Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften zum Gegenstand gehabt habe. Außerdem sei die Beitragsverordnung nicht mit höherrangigem Recht vereinbar. Die Berechnung der Sonderzahlung knüpfe an den Jahresbeitrag an. Dessen Höhe lasse sich durch die an den Jahresüberschuss anknüpfende Kappungsgrenze (§ 1 Abs. 1 Satz 2 EdWBtrV) über bilanzielle Gestaltungsmög-

lichkeiten, insbesondere die Bildung von Rückstellungen für allgemeine Bankrisiken (§ 340g HGB), steuern. Gleiches gelte für die Belastungsobergrenze in § 5 Abs. 2 Satz 1 und 2 EdWBeitrV, die ebenfalls an den letzten festgestellten Jahresüberschuss anknüpfe. Die insoweit eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten führten zu einem Verstoß gegen die relative Belastungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) und stellten überdies auf Dauer die Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerin infrage, weil eine zeitnahe Rückführung der zur Bewältigung der Phoenix-Entschädigungsfälle aufgenommenen Kredite bei einer hauptsächlichen Inanspruchnahme der finanzschwächeren Mitglieder der Antragsgegnerin nicht möglich sei. Die Zahl der angeschlossenen Institute, die entsprechende Rückstellungen nach § 340g HGB gebildet hätten, sei nach den Jahresabschlüssen 2008 und 2009 von vier auf über 50 gestiegen; 5,8 Millionen Euro seien bei der Sonderzahlung 2010 infolge der Kappungen nicht festsetzbar gewesen und müssten nun auf die Sonderzahlung 2011 „vorgetragen“ werden, so dass die angeschlossenen Institute, deren Zahlungspflicht keiner Kappung unterliege, zunehmend belastet würden. Für die Regelung der Belastungsobergrenze in der Beitragsverordnung fehle die gesetzliche Grundlage. Erweise sich die Kappungsobergrenze in § 5 Abs. 2 Satz 1 EdWBeitrV als unwirksam, ergebe sich daraus für die Sonderzahlungserhebung 2010 eine völlig andere Verteilung des Finanzierungsbedarfs. Es sei nicht „folgerichtig“, wenn einerseits Rückstellungen für die Beitragsleistung nach dem EAEG die beitragsmindernde Wirkung genommen werde, diese andererseits aber bei Rückstellungen für allgemeine Bankrisiken anerkannt werde. Die sich daraus ergebenden Fragestellungen dürften auch nicht nur bloß summarisch abgehandelt werden, weil nicht gesichert sei, dass die Antragsgegnerin im Falle eines Obsiegens der Antragstellerin im Hauptsacheverfahren die geleistete Sonderzahlung erstatten könne.

II.

Die Antragstellerin zeigt zunächst keine Rechtsposition auf, nach der sie eine über die für das vorläufige Rechtsschutzverfahren charakteristische summarische Prüfung hinausgehende Vollprüfung beanspruchen kann. Insbesondere folgt dies nicht aus einem etwa bestehenden Erstattungsrisiko, sollte die Antragstellerin im Hauptsacheverfahren obsiegen. Dass ein solches Risiko durch den streitigen Betrag der Sonderzahlung in Höhe von knapp 15.000 Euro nicht ausgelöst wird, bedarf keiner näheren Ausführungen; dies gilt aber auch, wenn dafür die im Jahre

2010 insgesamt festgesetzten Sonderzahlungsbeträge in Höhe von über 20 Millionen Euro in den Blick genommen werden. Die Beschränkung der Haftung der Antragsgegnerin auf ihr Vermögen gemäß § 8 Abs. 10 Satz 1 EAEG gilt allein für die Entschädigungsansprüche der Anleger gemäß § 3 Abs. 1 EAEG, nicht aber für ihre sonstigen Verbindlichkeiten, zu denen auch die in Rede stehenden Erstattungsansprüche gehören würden. Insoweit bestehen keine Bedenken, dass der Bund für unselbständige Sondervermögen eintreten wird (vgl. ausdrücklich BT-Drs. 16/12255 vom 16. März 2009, S. 15), so dass ein Insolvenzrisiko nicht gegeben ist (ebenso LG Berlin, Urteil vom 11. Februar 2009 – 23.O.44/08 – juris Rn. 25). Nach dem danach auch in Bezug auf die Sonderzahlung anzulegenden Prüfungsmaßstab gemäß § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO (vgl. Senatsbeschluss vom 1. April 2010 - OVG 1 S 52.09 - juris Rn. 10) bestehen weder ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides noch stellt dessen Vollziehung für die Antragstellerin eine unbillige Härte dar.

Rechtsgrundlage des angegriffenen Bescheides ist zunächst § 8 Abs. 4 Sätze 1 und 2 EAEG. Danach hat die EdW einen Kredit aufzunehmen, soweit sie ihren Mittelbedarf durch die Erhebung von Sonderbeiträgen nicht rechtzeitig zur Erfüllung ihrer Pflichten nach § 5 Abs. 4 EAEG decken kann. Kann sie den Kredit voraussichtlich nicht aus dem verfügbaren Vermögen bedienen, hat sie für Tilgung, Zins und Kosten Sonderzahlungen zu erheben, deren Höhe sich gemäß § 8 Abs. 6 Satz 1 EAEG nach dem Verhältnis des zuletzt fälligen vollen Jahresbeitrags des einzelnen Instituts zur Gesamtsumme der Jahresbeiträge, der einmaligen Zahlungen und, in den Fällen des Satzes 3, der fiktiven Jahresbeiträge aller nach Absatz 5 beitrags- oder zahlungspflichtigen Institute bemisst. Gemäß § 8 Abs. 8 Satz 1 EAEG ist das Nähere über die Jahresbeiträge, die einmaligen Zahlungen, die Sonderbeiträge und die Sonderzahlungen in der EdWBeitrV geregelt; hinsichtlich der Jahres- und Sonderbeiträge sowie der Sonderzahlungen sind Art und Umfang der gesicherten Geschäfte, das Geschäftsvolumen und die Anzahl, Größe, Geschäftsstruktur und das Risiko der der Entschädigungseinrichtung zugeordneten Institute, einen Entschädigungsfall herbeizuführen, zu berücksichtigen. Die Berechnung der Jahresbeiträge folgt aus §§ 1 ff. EdWBeitrV, wobei die Summe der Sonderbeiträge und Sonderzahlungen sowie einer gegebenenfalls erhobenen einmaligen Zahlung eines Instituts in einem Abrechnungsjahr zusammen mit dem zuletzt festgesetzten Jahresbeitrag insgesamt 45 Prozent des nach

§ 1 Absatz 1 Sätze 2 und 3 EdWBeitrV ermittelten Jahresüberschusses nicht übersteigen darf (Belastungsobergrenze, vgl § 5 Abs. 2 Satz 1 EdWBeitrV). Ausgehend von den eingangs genannten Regelungen in § 8 Abs. 4 EAEG bestehen keine ernstlichen Zweifel, dass die EdW im Zusammenhang mit der „Phoenix-Insolvenz“ erhebliche Entschädigungsleistungen gemäß § 3 Abs. 1 EAEG zu erbringen hat und sie die angefochtene Sonderabgabe zur Refinanzierung der in diesem Zusammenhang gewährten Darlehen des Bundes (vgl. BT-Drs. 16/11867 vom 6. Februar 2009, S. 4) erheben durfte.

Die Antragstellerin dringt mit Ihrem Einwand nicht durch, es liege kein Entschädigungsfall im Sinne von § 1 Abs. 5 EAEG vor, weil die Verbindlichkeiten aus dem Anlagemodell Phoenix Managed Account nicht aus Wertpapiergeschäften gemäß § 1 Abs. 3 und 4 EAEG i.V.m. den dort genannten Vorschriften des Gesetzes über das Kreditwesen oder Dienstleistungen und Nebendienstleistungen (KWG) resultierten.

Die Feststellung dieses Entschädigungsfalles durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen nach § 5 Abs. 1 EAEG mit Bescheid vom 15. März 2005 dürfte einen Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung im Sinne von § 35 Satz 2 VwVfG darstellen, der gemäß § 1 Abs. 5 Satz 4 EAEG im Bundesanzeiger (Nr. 54 vom 18. März 2005, S. 4095) veröffentlicht wurde, und es dürfte danach viel dafür sprechen, dass er gemäß § 58 Abs. 2 Satz 1 VwGO nach Ablauf eines Jahres auch bestandskräftig geworden ist, weil die nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EAEG statthafter Rechtsbehelfe (Widerspruch und Anfechtungsklage) nicht eingelegt worden sind. Nach der gesetzlichen Definition des Entschädigungsfalles in § 1 Abs. 5 EAEG beinhaltet dessen Feststellung, dass die nicht mehr erfüllbaren Verbindlichkeiten zumindest auch aus Wertpapiergeschäften im Sinne des § 1 Abs. 3 und 4 EAEG stammen. Die Frage nach Bestandskraft und inhaltlicher Reichweite der vorgenannten Feststellung bedarf hier jedoch ebenso wenig einer Entscheidung wie die Richtigkeit der erstinstanzlichen Begründung, wonach die Frage, ob es sich bei dem Anlagemodell des Phoenix Managed Account um Wertpapiergeschäfte im Sinne von § 1 Abs. 3 EAEG handelte, nach der Rechtswegzuweisung in § 3 Abs. 4 EAEG nur den Zivilgerichten obliege und durch die Verwaltungsgerichte auch nicht als Vorfrage inzident zu prüfen sei. Hierauf kommt es für die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides schon deshalb nicht an, weil die

materiell-rechtlichen Voraussetzungen eines Entschädigungsfalles nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz auch nach Ansicht des Senats vorliegen.

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 20. September 2011 (XI ZR 434/10 - juris Rn. 15, 22 ff.; vgl. schon Urteil vom 23. November 2010 - XI ZR 26/10 - juris Rn. 12 f.) und 25. Oktober 2011 (XI ZR 67/11 - juris Rn. 17) erneut ausdrücklich klargestellt, dass es sich bei dem Anlagemodell Phoenix Managed Account um ein Finanzkommissionsgeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG und nicht um einen dem EAEG nicht unterfallenden sogenannten Organismus für gemeinsame Anlagen gehandelt hat und diese Auslegung mit Gemeinschaftsrecht in Einklang steht (vgl. BGH, a.a.O. Rn. 17; ebenso VG Berlin, 1. Kammer, Beschluss vom 17. September 2008 - 1 A 74.08 - WM 2008, 2113, juris Rn. 34). In dem Urteil vom 20. September 2011 hat sich der Bundesgerichtshof auch mit dem von der Beschwerde in Bezug genommenem Urteil des 9. Zivilsenats vom 10. Februar 2011 (IX ZR 49/19 - juris) auseinandergesetzt und zustimmend auf das bankenaufsichtsrechtliche Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Februar 2008 (6 C 11.07 u.a. - BVerwGE 130, 262 - juris Rn. 23 und 51, 56) Bezug genommen. Nach Maßgabe der vorgenannten BGH-Entscheidung (a.a.O. Rn. 50) sind die aus dem Entschädigungsfall Phoenix resultierenden Entschädigungsansprüche auch fällig. Dieser Rechtsprechung folgt der beschließende Senat, der schon bisher vom Vorliegen eines (festgestellten) Entschädigungsfalles ausgegangen ist (vgl. Urteile vom 15. April 2010 - OVG 1 B 22.09 - und vom 31. August 2011 - OVG 1 B 47.09 und 49.09 -).

Es ist auch nicht überwiegend wahrscheinlich, dass die Heranziehung der Antragstellerin zur Sonderzahlung 2010 aus den von ihr angeführten Gründen gegen höherrangiges Recht verstößt.

Die relative Belastungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) der der Antragsgegnerin angeschlossenen Institute ist nach dem Bemessungssystem der Beitragsleistungen nach dem EAEG und der hierzu erlassenen EdW-Beitragsverordnung voraussichtlich gewahrt. Nach der Rechtsprechung des Senats bestehen gegen die Bemessung der Jahresbeiträge auf der Grundlage des § 8 Abs. 8 Satz 1 EAEG (bis zum 30. Juni 2009; § 8 Abs. 3 Satz 1 EAEG) und der §§ 2 bis 2 d EdWBeltrV keine

durchgreifenden Bedenken; sie berücksichtigt sowohl die Art und den Umfang der gesicherten Geschäfte, das Geschäftsvolumen als auch Anzahl, Größe, Geschäftsstruktur und das Risiko der der EdW zugeordneten Institute, einen Entschädigungsfall herbeizuführen, hinreichend differenziert (vgl. Urteil vom 31. August 2011 – OVG 1 B 47.09 – juris Rn. 33 m.w.N.). Die Einführung einer Obergrenze (Kappungsgrenze) für den Jahresbeitrag gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 EdWBeitrV, wonach der Jahresbeitrag höchstens 10 Prozent des Jahresüberschusses zuzüglich des Aufwandes der auf Grund einer Gewinngemeinschaft, eines Gewinnabführungs- oder Teilgewinnabführungsvertrages abgeführten Gewinnen betragen darf, füllt die Ermächtigung nach § 8 Abs. 2 Satz 3 EAEG aus und ist unter dem Gesichtspunkt der Belastungsgleichheit nicht zu beanstanden. Der Verordnungsgeber hat durch § 1 Abs. 1 Satz 3 EdWBeitrV sichergestellt, dass die Bildung und Auflösung von Rückstellungen der Institute für Beitragspflichten nach dem EAEG bei der Ermittlung des Jahresüberschusses nicht berücksichtigt wird. Auf diese Weise wird erreicht, dass der Jahresbeitrag nicht durch Rückstellungen für Beitragsleistungen, die den Jahresüberschuss reduzieren und das frühere Eingreifen der Kappungsgrenze bewirken, gemindert werden kann.

Dem Argument der Antragstellerin, dass die Beitragshöhe darüber hinaus durch bilanzrechtlich zulässige Rückstellungen, insbesondere solchen nach § 340g HGB für die Absicherung allgemeiner Bankrisiken, gesenkt werden könne, ist entgegenzuhalten, dass diese Möglichkeiten grundsätzlich allen Instituten offenstehen – soweit sie nicht ohnehin durch § 340e Abs. 4 HGB in der ab 29. Mai 2009 geltenden Fassung des Art. 1 Nr. 73 Buchstabe b des Bilanzmodernisierungsgesetzes vom 25. Mai 2009 (BGBl. I S. 1102) gehalten sind, einen Sonderposten „Fonds für allgemeine Bankrisiken“ in bestimmtem Umfang zu bilden - und das Bemessungssystem daran anknüpft, wie die Geschäftstätigkeit der angeschlossenen Institute jeweils rechtlich und tatsächlich ausgestaltet ist. Das schließt grundsätzlich Beeinflussungen der Beitragshöhe und damit einhergehende Unterschiede in der Belastung durch den Jahresbeitrag und an dessen Höhe anknüpfende Sonderbeiträge oder -zahlungen ein, ohne dass im gegebenen Zusammenhang eine Sachwidrigkeit der Anknüpfung an diese Unterschiede über den festgestellten Jahresüberschuss ersichtlich wäre. Das Verwaltungsgericht und die Antragsgegnerin weisen zutreffend darauf hin, dass die geltenden Vorschriften wenig Raum dafür lassen, bilanzrechtlich zulässige Rückstellungen nach § 340g HGB nicht zu berücksichti-

gen, und dass ihre Nichtberücksichtigung einen – de lege ferenda allerdings auch nicht ausgeschlossenen - Ausnahmetatbestand in dem bisherigen Bemessungssystem des Gesetz- und Verordnungsgebers darstellen würde; eine entsprechende Regelung bedürfte gerade vor dem Hintergrund der Gleichbehandlung der angeschlossenen Institute besonderer Rechtfertigung und müsste auch die Pflicht zur Bildung solcher Rückstellungen berücksichtigen.

Es gelingt der Beschwerde auch nicht, belastungsverschiebende Auswirkungen darzustellen, die außerhalb des Gestaltungsermessens der beteiligten Normgeber lägen. Das Verwaltungsgericht und die Antragsgegnerin haben zu Recht darauf hingewiesen, dass eine rechtswidrige Beitragsbemessung gegenüber anderen der EdW zugeordneten Instituten grundsätzlich ohne Auswirkung auf die Verpflichtung der Antragstellerin zur Leistung von Sonderzahlungen ist. Soweit mit der Bildung von Rückstellungen nach § 340g HGB nicht die Absicherung allgemeiner Bankrisiken, sondern der Zweck verfolgt würde, die Beitragslast gegenüber der Antragsgegnerin herabzusetzen, erschiene dies allerdings rechtswidrig und müsste dazu führen, solche Rückstellungen für die Ermittlung des Jahresüberschusses in der Gewinn- und Verlustrechnung unberücksichtigt zu lassen. Ob solche Sachverhalte nachweisbar vorliegen, entzieht sich einer Prüfung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren der Antragstellerin; der Senat geht allerdings unter Berücksichtigung der Ausführungen der Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren davon aus, dass die Antragsgegnerin und ihre Aufsichtsbehörde die Bilanzen der zur EdW gehörenden Institute, die solche Rückstellungen tätigen, vor dem Hintergrund des durch den Entschädigungsfall Phoenix ausgelösten Refinanzierungsbedarfs der Entschädigungseinrichtung außerordentlich sorgfältig auf etwaige Manipulationen überprüfen werden. Grundsätzlich richtet sich die Höhe der streitbefangenen Sonderzahlung gemäß § 8 Abs. 6 Satz 1 EAEG nach dem Verhältnis des zuletzt fälligen Jahresbeitrages des einzelnen Instituts und – vereinfacht dargestellt – der Gesamtsumme der Jahresbeiträge der beitragspflichtigen Institute. Ein aufgrund des Eingreifens der Kappungsgrenze geringerer Jahresbeitrag führt auch zu einer Verminderung der Gesamtsumme der Beiträge aller Institute. Das bedeutet zwar tendenziell eine stärkere prozentuale Beteiligung derjenigen Beitragszahler ohne eine Kappung des Jahresbeitrages, der eine Entlastung derjenigen Zahler mit einer solchen Kappung entspricht, was die Antragstellerin offenbar mit ihrem Hinweis auf das System der kommunizierenden Röhren meint. Gewisse Verschie-

bungen in diesem Sinne, insbesondere wenn sie aus tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten folgen, die dem eigentlichen Bemessungssystem vorgelagert sind, bedeuten aber noch nicht ohne Weiteres, dass der einzelne Beitragszahler - auch im Verhältnis zu anderen - bereits jenseits der Zumutbarkeitsgrenze belastet wird. Diese Grenze hat der Gesetzgeber für Sonderbeiträge und Sonderzahlungen in § 8 Abs. 6 Satz 5 und 6 EAEG näher festgelegt, wonach grundsätzlich die Sonderzahlungen das Fünffache des zuletzt fälligen Jahresbeitrages nicht übersteigen dürfen und bei Anfall in drei aufeinander folgenden Abrechnungsjahren in den unmittelbar folgenden nur noch das Zweifache des letzten Jahresbeitrages.

Die Antragstellerin kann auch nicht mit Erfolg rügen, dass der Verordnungsgeber in § 5 Abs. 2 Satz 1 EdWBeitrV eine Belastungsobergrenze für alle Betroffenen eingeführt hat, wonach die Gesamtheit aller zu leistenden Beiträge zur Antragsgegnerin in einem Abrechnungsjahr 45 Prozent des Jahresüberschusses des letzten festgestellten Jahresabschlusses nicht übersteigen darf. Diese Regelung geht davon aus, dass dem Betroffenen mehr als die Hälfte des erwirtschafteten Jahresüberschusses verbleiben muss; sie stellt sicher, dass die Sonderabgabe keine erdrosselnde Wirkung hat. Eine solche Regelung ist von der allgemeinen Verordnungsermächtigung in § 8 Abs. 8 Satz 1 EAEG gedeckt. Sie wird weder durch das Petitum des Gesetzgebers, eine Obergrenze für die Jahresbeiträge in der Verordnung zu regeln, noch von der Belastungsgrenze für Sonderbeiträge und Sonderzahlungen in § 8 Abs. 6 Sätze 5 und 6 EAEG ausgeschlossen; eher könnte aus der Notwendigkeit, diese speziellen Belastungsobergrenzen in der Verordnung auszugestalten und miteinander zu harmonisieren, auf die Erforderlichkeit der Regelung einer absoluten Belastungsgrenze geschlossen werden. Inhaltlich ist die Anknüpfung dieser Belastungsobergrenze an den letzten festgestellten Jahresabschluss als dem zeitnächsten Beleg für die Leistungsfähigkeit des einzelnen Instituts systemgerecht und folgerichtig. Auch diese Regelung geht wiederum - wie die Verweisung in § 5 Abs. 2 Satz 1 EdWBeitrV auf § 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 EdWBeitrV zeigt - von einer Ermittlung des Jahresüberschusses nach dem geltenden Bilanzrecht aus und nimmt damit alle sich insoweit auswirkenden Unterschiede der individuellen Ausgestaltung der angeschlossenen Institute nach Rechtsform und konkreter Geschäftstätigkeit als tatsächlich vorgegeben auf. Zulässigerweise gebildete Sonderposten nach § 340g HGB vermindern danach den

Jahresüberschuss und führen dazu, dass die Belastungsobergrenze bereits bei geringeren Überschussbeträgen eingreift. Das gilt aber wiederum von den angesprochenen sachlichen Unterschieden ausgehend grundsätzlich für alle Betroffenen gleichermaßen. Es kann sich im Übrigen im selben Abrechnungsjahr auch nicht zu Lasten anderer Beitragszahler auswirken, weil diese Kappung individueller Natur ist und auch im Bereich der Sonderzahlungen nicht dazu führt, dass ein danach uneinbringbarer Anteil eines Instituts den anderen in gleichem Maße anwächst, von „kommunizierenden Röhren“ demnach keine Rede sein kann. Eine jahresübergreifende Betrachtung vermag einen Verstoß gegen die relative Belastungsgleichheit nicht zu begründen, zumal wenn die Leistungsfähigkeit der der Antragsgegnerin angeschlossenen Institute in den einzelnen Geschäftsjahren – wie es den Anschein hat – erheblichen Schwankungen unterliegt.

Die Einwände der Beschwerde sind hiernach weniger für die Frage einer systembedingt übermäßigen Belastung der Antragstellerin durch die streitbefangene Festsetzung von Bedeutung, sondern mehr für die dauerhafte Funktions- und Leistungsfähigkeit der durch den Entschädigungsfall Phoenix belasteten Antragsgegnerin. Denn es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die – nach grundsätzlich nicht zu beanstandenden formalen Gruppenmerkmalen ihrer Mitglieder gebildete (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. November 2009 – 2 BvR 1387/04 – juris Rn. 70; BVerwG, Urteil vom 21. April 2004 – 6 C 20.03 – BVerwGE 120, 311; Urteile des Senats vom 11. Dezember 2008 – OVG 1 B 22.03 – juris, vom 18. November 2009 – OVG 1 B 24.08 – juris, und vom 15. April 2010 – OVG 1 B 22.09 -) - Entschädigungseinrichtung bisher nicht in der Lage ist, den notwendigen Mittelbedarf zur Deckung der zur Bewältigung des Entschädigungsfalls Phoenix aufgenommenen Kredite durch hierfür erhobene Sonderzahlungen aufzubringen. Es mag auch Einiges dafür sprechen, dass das von der Beschwerde beschriebene Szenario eines durch laufende Unterdeckung in den einzelnen Abrechnungsjahren sich aufbauenden zusätzlichen Refinanzierungsbedarfs eintreten könnte. Auf die Problematik einer solchen Entwicklung hat bereits das Bundesverfassungsgericht hingewiesen (Beschluss vom 24. November 2009, a.a.O. Rn. 79). Denn es könnte die bisherige Segmentierung und Separierung nach unterschiedlichen Institutsgruppen infrage stellen, wenn das Maß der Inpflichtnahme der verschiedenen Unternehmensgruppen durch eine Ausfallhaftung jeweils für ihre eigenen Gruppenangehörigen mittel- und langfristig gravierende Niveauunterschiede aufweist, ob-

wohl ein gruppenübergreifendes Interesse am marktstabilisierenden Vertrauen von Anlegern gegeben ist und institutionelle und sachliche gegenseitige Verflechtungen zwischen dem Wertpapierhandel und dem Einlagenkreditgeschäft bestehen. Fraglich ist deshalb, ob nicht gewährleistet sein muss, dass die Kostenbelastung für die Vorsorgemaßnahmen zur Erhaltung des Vertrauens in den Finanzmarkt insgesamt fair und verhältnismäßig gleich verteilt ist und nicht eine Gruppe mit sehr hohen Kosten belastet wird, während eine andere Gruppe weitgehend verschont bleibt, trotzdem aber zumindest mittelbar Nutzen aus stabilisierenden Effekten der Haftungsleistungen anderer ziehen kann (vgl. BVerfG, a.a.O.). Allein diese Bedenken führen aber noch nicht dazu, dass die Gruppenverantwortung innerhalb der einzelnen Entschädigungseinrichtung der durch die oben geschilderte Rechtslage vor einer übermäßigen individuellen Belastung - auch im Verhältnis zueinander - abgesicherten Mitglieder endet und der Entschädigungsaufwand etwa allein von der Allgemeinheit aufzubringen wäre (vgl. auch § 8 Abs. 10 Satz 1 EAEG). Dies hätte erst recht für eine durch gruppenübergreifende Interessen begründete übergreifende Finanzierungsverantwortung zu gelten.

Die aktuell gegebene Situation begründet nach dem Stand des Beschwerdeverfahrens und dem Prüfungsmaßstab im vorläufigen Rechtsschutzverfahren eine Unwirksamkeit der untergesetzlichen Rechtsgrundlagen aus solchen Gründen nicht. Sie wirft jenseits der durch die Belastungsobergrenze sichergestellten Zumutbarkeit der von der Antragstellerin zu tragenden Gesamtbelastung möglicherweise - auch das hängt von der künftigen Entwicklung des Finanzmarktes und der Geschäftstätigkeit der Wertpapierhandelsunternehmen ab - die Frage auf, wie der notwendige Mittelbedarf der Einrichtung mittel- und langfristig sichergestellt werden kann und ob dies weiterhin nur in Finanzierungsverantwortung der jeweiligen Institutsgruppe geschehen kann. Das Verwaltungsgericht geht zu Recht und ohne, dass das Beschwerdevorbringen dies durchgreifend erschüttern würde, davon aus, dass es zur Lösung einer sich insoweit etwa abzeichnenden Problematik verschiedene Möglichkeiten gibt und eine mangelnde Eignung des gegliederten Entschädigungssystems und seiner Finanzierung durch Sonderabgaben gegenwärtig nicht festgestellt werden kann. Insofern sind auch Eingriffe in das Bemessungssystem der Sonderbeiträge und -zahlungen zu prüfen, die eine Berücksichtigung von Rückstellungen nach § 340g HGB für die Ermittlung des Jahresüberschusses insoweit ausnahmsweise beschränken oder ausschließen. Das ließe sich bei der

