

leistet lediglich die Nutzung der Gaststätte in der bisherigen gewohnten Form. Auch ist damit der ausschließliche Zweck, den das Gesetz verlangt, nicht mehr erfüllt, selbst wenn die Satzung des Vereins das Rauchen als alleinigen Gegenstand angibt. Die tatsächliche Zielsetzung der Clubmitgliedschaft unabhängig vom deklarierten Satzungsgegenstand ist der Zutritt zu bestimmten Gaststätten. Die in der Regel von den Gaststättenverbänden initiierten Clubs sind erkennbar darauf angelegt, den Gastwirten ein möglichst großes Publikum zu erhalten, das Rauchen ist lediglich ein Mittel hierzu, nicht jedoch ausschließlicher Zweck, wie das Gesetz es fordert. Der statuarische Satzungszweck ist dementsprechend für eine Einordnung als privilegierter Verein nicht entscheidend, sondern das tatsächliche Ziel der Mitgliedschaft. Bei Clubmitgliedschaften, die rund um die Uhr am Eingang erworben werden können und die typischerweise von den Gaststättenverbänden initiiert sind, steht der ausschließliche Tabakkonsum eindeutig nicht im Vordergrund, sondern die bloße Nutzung der Gaststätte. Solche Raucherclubs sind daher keine Vereine oder Gesellschaften im Sinne des Nichtraucherschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen.

Die gegenläufige Praxis in einigen Großstädten wie Köln oder Düsseldorf zeigt, dass durch den Missbrauch des gesetzlichen Ausnahmetatbestandes der vor Inkrafttreten des Nichtraucherschutzgesetzes bestehende Rechtszustand flächendeckend wieder hergestellt wird, was dem Gesetzeszweck klar widerspricht. Die Ausnahme wird zur Regel. Die Vollzugshinweise des nordrheinwestfälischen Gesundheitsministeriums¹⁹, die im Übrigen lediglich Auslegungshinweise ohne Verbindlichkeit sind, greifen daher zu kurz, wenn sie lediglich die am Eingang erworbene Mitgliedschaft „für einen Abend oder eine Veranstaltung“ für nicht ausreichend erklären.

Bisweilen wird auch der fehlende ausschließliche Charakter als Raucherclub mit dem gleichzeitigen Angebot von Speisen und Getränken durch den Gastwirt begründet²⁰. Der tatsächliche Zweck des Erwerbs der Clubmitgliedschaft sei der Konsum von Speisen und Getränken, nicht das Rauchen. Diese Argumentation deckt sich im Wesentlichen mit der hier vertretenen Begründung. Die Vollzugshinweise, die dar-

legen, dass der Inhaber einer Gaststätte, der die Räumlichkeiten einem Raucherclub zur Verfügung stellt, nicht in der Abgabe von Speisen und Getränken beschränkt sei, stehen dazu nicht in Widerspruch, soweit es sich um einen der seltenen Raucherclubs im Sinne des Gesetzes handelt. „Raucherclubs“, deren faktischer, primärer Zweck der Zugang zur Gaststätte und damit auch zu Speisen und Getränken ist, dürfen selbstverständlich ebenfalls bewirtet werden, jedoch unter Einhaltung der Regelungen des Nichtraucherschutzgesetzes Nordrhein-Westfalen, d. h. unter Beachtung des Rauchverbots.

VI. Ergebnis

Der Gaststättenbegriff des Gaststättengesetzes gilt auch für die gesetzlichen Regelungen zum Nichtraucherschutz der Länder. Raucherclubs sind dementsprechend keine geschlossenen Gesellschaften, die aus dem Gaststättenbegriff herausfallen, wenn sie auf Mitgliederzuwachs ausgerichtet sind. Davon ist allerdings bei einer dauerhaft einem Raucherclub überlassenen Gaststätte, bei der die Mitgliedschaft am Eingang erworben werden kann, stets auszugehen, da die Gaststätte von neuen Besuchern lebt. Auch das bayerische Gesundheitsministerium hat dies nunmehr nach der jüngsten Gesetzesnovelle klargestellt und hält Raucherclubs daher generell für unzulässig. Die gesetzliche Ausnahme in Nordrhein-Westfalen betrifft nur echte Raucherclubs, deren ausschließlicher Zweck der Tabakkonsum ist, nicht jedoch solche üblicherweise anzutreffenden Clubs, die erst den Zugang zu einer Gaststätte eröffnen. Die fehlende Umsetzung der Nichtraucherschutzgesetze in einigen Bundesländern und Kommunen lässt Zweifel an der Gesetzestreue der entsprechenden Behördenleiter aufkommen und zeigt, dass der Datenschutz in der Bundesrepublik derzeit einen höheren Stellenwert zu genießen scheint als der Gesundheitsschutz. ■

¹⁹ www.mags.nrw.de/03_Gesundheit/1_Aufklaerung_und_Vorbeugung/Nichtraucherschutz.

²⁰ So die Stadt Euskirchen www.euskirchen.de/index.php?id=727&page=4 und wohl auch die Stadt Arnsberg, vgl. Urt. des VG Arnsberg v. 2. 7. 2008 – 14 L 452/08, BeckRS 2008, 37887.

Zur Rechtsprechung

Rechtsanwalt Professor Dr. Christofer Lenz, Stuttgart*

Wem nützt eigentlich die Bankenaufsicht?

I. Einleitung

Die von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) wahrgenommene so genannte Bankenaufsicht ist im Zuge der Finanzmarktkrise ins Gerede gekommen. Die Arbeit der BaFin ist als unzureichend kritisiert worden. Sie war im Zusammenhang mit dem Fall der Hypo Real Estate Gegenstand eines Untersuchungsausschusses¹. Wohl auch deshalb soll die Bankenaufsicht nach den Plänen der neuen schwarz-gelben Bundesregierung von der BaFin in den Bereich der Bundesbank überführt werden². In diesem Zusammenhang wird sich der Gesetzgeber bald mit der Frage beschäftigen müssen, wem die Bankenaufsicht eigentlich nützt

oder nützen soll. Diese Frage bedarf nicht nur einer politischen, sondern auch einer rechtlichen Beantwortung.

II. Entscheidung des Zweiten Senats

Auf die Frage, wem die Bankenaufsicht rechtlich nützt, hat das BVerfG mit einem nach der Bundestagswahl veröffent-

* Besprechung von BVerfG (Zweiter Senat), Beschl. v. 16. 9. 2009 – 2 BvR 852/07, NVwZ 2010, 35 (in diesem Heft). – Der Verf. ist Partner von Oppenländer Rechtsanwälte und Mitglied des Verfassungsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer.

¹ Vgl. den Abschlussbericht des 2. Untersuchungsausschusses, BT-Dr 16/14000.

² Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, S. 54.

lichten Beschluss vom 16. 9. 2009 eine erste Teilantwort gegeben – allerdings ohne auf die aktuelle Finanzmarktkrise und die darin deutlich gewordenen Unzulänglichkeiten der Bankenaufsicht auch nur mit einem Wort einzugehen. Anlass war die Verfassungsbeschwerde eines ebenfalls der Aufsicht durch die BaFin unterliegenden Finanzportfolioverwalters gegen seine Heranziehung zur Finanzierung der BaFin im Wege einer Umlage (§ 16 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz, FinDAG) in Höhe von 500 Euro (2002) und 1250 Euro (2003). Der *Zweite Senat* hat diesen eher bagatelarischen Fall dazu genutzt, die von der Verfassungsbeschwerde so gar nicht aufgeworfene (Vor-)Frage zu beantworten, ob die Umlagefinanzierung der Aufsichtstätigkeit der BaFin durch eine Umlage der überwachten Institute und Einrichtungen als solche verfassungsmäßig ist. Möglich war das, weil das *BVerfG* der Verfassungsbeschwerde seit Langem auch die Aufgabe zumisst, das objektive Verfassungsrecht zu wahren sowie seiner Aus- und Fortbildung zu dienen³.

Der *Zweite Senat* hat in der Umlage nach § 16 FinDAG keine Steuer, keine Gebühr, keinen Beitrag und keine Ausgleichsabgabe gesehen, sondern eine ähnlich einer Steuer voraussetzungslos erhobene Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion⁴. Solche Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion hatte der *Zweite Senat* allein im Jahr 2009 schon in zwei Fällen (Absatzfonds der Forst- und Holzwirtschaft; Absatzfonds der Land- und Ernährungswirtschaft) für verfassungswidrig erklärt, weil es an der besonderen Finanzierungsverantwortung der abgabepflichtigen Wirtschaftskreise fehlte⁵. Das Vorliegen einer solchen besonderen Finanzierungsverantwortung hängt nach der Rechtsprechung von drei ursprünglich getrennten, jetzt aber als „Merkmalsgruppe“ zusammengefassten Voraussetzungen ab: Sachnähe zu dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck, daraus ableitbare Finanzierungsverantwortung und gruppennützliche Verwendung des Abgabenaufkommens⁶. Die BaFin-Umlage erfüllt nach der Beurteilung des *BVerfG* all diese Voraussetzungen. Die Einnahmen aus der Umlage würden „gruppennützig“, also zum Nutzen der Gruppe der überwachten Finanzinstitutionen verwendet, weil die Gesamtgruppe der Abgabenschuldner von einer ihrem Verantwortungsbereich zuzurechnenden Aufgabe entlastet werde⁷. Dem stehe nicht entgegen, dass die staatliche Aufsicht über die Banken und Finanzinstitutionen auch das Interesse der Allgemeinheit an einer funktionsfähigen Gesamtwirtschaft stützen soll. Denn eine solche Förderung des Gemeinwohls sei notwendige Voraussetzung jeder staatlichen Aktivität, auch einer solchen des Sonderabgabengesetzgebers⁸.

III. Bewertung

Das Ergebnis des *BVerfG* ist keineswegs selbstverständlich. In weiten Teilen der Literatur war die Verfassungsmäßigkeit der Umlage in Zweifel gezogen worden, weil andernfalls auch in nahezu allen anderen Wirtschaftszweigen die Tätigkeit der jeweiligen staatlichen Aufsichtsbehörden statt durch Steuern über entsprechende (sonderabgaberechtliche) Umlagen finanziert werden könnte⁹. Der *Zweite Senat* stand deshalb vor der Aufgabe, für den Bereich der Finanzmarktaufsicht einen deutlichen Unterschied zu anderen Bereichen der Wirtschaftsaufsicht herauszuarbeiten. Dazu arbeitet er mit seiner ständigen Formel, wonach die gesonderte Überwälzung der Finanzierungslast durch Sonderabgaben ihre Rechtfertigung in einer Verantwortlichkeit für die Folgen „gruppenspezifischer Zustände und Verhaltensweisen“ finden

muss und für die Bankenaufsicht auch findet¹⁰. Die Besonderheit des Finanzmarkts soll darin liegen, dass Fehlentwicklungen, denen die Aufsicht vorbeugen soll, anders als in sonstigen Wirtschaftsbereichen nicht nur das einzelne Unternehmen, sondern im besonderen Maße den Markt insgesamt betreffen. Wenn Schwierigkeiten eines Instituts zu Verlusten der Einleger führen, könne dadurch leicht auch das Vertrauen in die anderen Institute beeinträchtigt werden¹¹. Diesen plausiblen Hinweis auf eine (generelle?) Systemrelevanz von Finanzinstituten, die bei anderen Wirtschaftsunternehmen fehlt, verbindet der *Zweite Senat* nicht etwa mit einem Verweis auf die aktuelle, internationale Finanzmarktkrise¹², sondern greift auf die „Erfahrung im Zusammenhang mit der Bankenkrise 1931 zurück. Sie habe gezeigt, dass der Zusammenbruch eines Großinstituts das Wirtschaftsgefüge eines ganzen Landes in schwere Gefahr bringen kann¹³. Ein Hinweis auf Lehman oder Hypo Real Estate hätte näher gelegen.

IV. Amtshaftungsrechtliche Konsequenzen

Offengelassen hat der *Zweite Senat*, was jenseits der finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Umlage aus seiner Bejahung der Gruppennützlichkeits der so finanzierten Bankenaufsicht folgt. Wenn die BaFin-Umlage und damit die Bankenaufsicht selbst zum Nutzen der auf eigene Kosten überwachten Institute erfolgt¹⁴, können sich daraus amtschaftungsrechtliche Konsequenzen ergeben.

1. Schon bislang ist anerkannt, dass eine rechtswidrige Wahrnehmung der Aufsichtsaufgabe gegenüber einem Institut Amtshaftungsansprüche dieses Instituts gegenüber der BaFin begründen kann. Praktisch geworden ist das bislang nur in Fällen, in denen Maßnahmen der Bankenaufsicht deshalb rechtswidrig waren, weil sie zu weitgehend und zu

3 *BVerfG*, NVwZ 2010, 35 Rdnr. 12 (in diesem Heft); *BVerfGE* 113, 29 (46 f.) = NJW 2005, 1917 m. w. Nachw. – Durchsuchung; *BVerfGE* 98, 218 (243) = NJW 1998, 2515 = NVwZ 1998, 946 L – Rechtsschreibereform.

4 *BVerfG*, NVwZ 2010, 35 Rdnrn. 16–19 (in diesem Heft).

5 *BVerfG*, NVwZ 2009, 1030 (1031) – Absatzfonds der Forst- und Holzwirtschaft; *BVerfG*, NVwZ 2009, 641 (642) – Absatzfonds der Land- und Ernährungswirtschaft.

6 *BVerfG*, NVwZ 2010, 35 Rdnr. 21 (in diesem Heft).

7 *BVerfG*, NVwZ 2010, 35 Rdnr. 27 m. w. Nachw. zur Rspr. (in diesem Heft).

8 *BVerfG*, NVwZ 2010, 35 Rdnr. 26 (in diesem Heft).

9 Lindemann, in: Boos u. a., KWG, 3. Aufl. (2008), § 16 FinDAG Rdnr. 66; Kube, JZ 2007, 471 (474); Mückl, DÖV 2006, 797 (802); grdl. schon Ehlers/Achelpöbler, NVwZ 1993, 1025 (1029 f.); a. A. zu § 16 FinDAG aber *BVerfG*, NVwZ-RR 2007, 192 ff., und im Ergebnis auch der – im Beschluss des *Zweiten Senats* mit keinem Wort erwähnte – Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des *Ersten Senats* vom 27. 2. 2007 – 1 BvR 3139/06 (NVwZ-RR 2007, 433).

10 *BVerfG*, NVwZ 2010, 35 Rdnr. 24 (in diesem Heft), m. Hinweis auf *BVerfG*, DVBl 2009, 375 (377).

11 *BVerfG*, NVwZ 2010, 35 Rdnr. 24 (in diesem Heft).

12 Zu deren Bewältigung hat der Bundesgesetzgeber Gesetze mit außergewöhnlichem Inhalt erlassen, insbesondere das Gesetz zur Umsetzung des Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG) vom 17. 10. 2008 (BGBl I, 1982), und das Gesetz zur weiteren Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz – FMStErgG) v. 7. 4. 2009, BGBl I, 725, welches auch das so genannte Rettungsübernahmegesetz enthält. Die Kammern des *Ersten Senats* des *BVerfG* haben zu diesen Regelungen schon eine Reihe von Entscheidungen getroffen, vgl. Beschl. v. 23. 6. 2009 – 1 BvR 927/09, NJW 2009, 2875 = NZG 2009, 1112, v. 5. 5. 2009 – 1 BvR 971/09, BeckRS 2009, 34033, v. 26. 3. 2009 – 1 BvR 119/09, NJW 2009, 1331 = NZG 2009, 512, und v. 26. 2. 2009 – 1 BvR 390/09. Darauf geht der *Zweite Senat* in seinem Beschluss vom 16. 9. 2009 nicht ein.

13 *BVerfG*, NVwZ 2010, 35 Rdnr. 24 (in diesem Heft).

14 Vgl. *BVerfG*, NVwZ 2010, 35 Rdnr. 27 zur „Gruppennützigkeit“ (in diesem Heft).

ambitioniert waren¹⁵. Viel spannender ist aber die umgekehrte Konstellation, also die Frage nach einer Amtshaftungspflicht in Fällen, in denen die Rechtswidrigkeit daraus folgt, dass die Bankenaufsicht untätig geblieben oder jedenfalls nicht in ausreichendem Umfang tätig geworden ist.

2. Wenn der *Zweite Senat* jetzt entschieden hat, dass spezieller Schutzzweck der Regelungen über die Banken- und Finanzmarktaufsicht die Erhaltung eines funktionsfähigen Finanzmarktes ist¹⁶ und damit zugleich die Gesamtgruppe der abgabepflichtigen Finanzeinrichtungen von einer ihrem Verantwortungsbereich zuzurechnenden Aufgabe entlastet wird¹⁷, dann legt das nahe, dass die Tätigkeit der BaFin im amtshaftungsrechtlichen Sinne einen Drittbezug nicht nur gegenüber dem konkret überwachten Institut, sondern gegenüber allen anderen abgabepflichtigen Finanzinstituten hat¹⁸. Konkret würde das bedeuten: Lässt die BaFin durch rechtswidrige Ausübung bzw. Vernachlässigung ihrer Aufsichtspflicht gegenüber einem Finanzinstitut eine systemische Krise entstehen, die alle oder jedenfalls viele an sich unbeteiligte Finanzinstitute finanziell beeinträchtigt, dann können diese anderen Finanzinstitute diesen Schaden im Wege der Amtshaftung nach Art. 34 GG, § 839 BGB ersetzt verlangen.

§ 4 IV FinDAG steht dem nicht entgegen. Dort ist zwar normiert, dass die BaFin ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahrnimmt. Der *BGH* hat zu dieser Norm aber klargestellt, dass der amtshaftungsrechtliche Schutz der von der BaFin überwachten Finanzunternehmen unberührt bleibe¹⁹.

3. Mit der Norm des § 4 IV FinDAG wollte der Gesetzgeber lediglich sicherstellen, dass die Bankenaufsicht – rechtlich gesehen – den Bankkunden/Einleger nicht schützt. Anlass für die gesetzliche Verneinung des Drittbezugs war die frühere Rechtsprechung des *BGH*, wonach die Bankenaufsicht nach den Vorschriften des Kreditwesengesetzes auch das Ziel hätte, die Gläubiger des einzelnen Kreditinstituts vor Verlusten zu schützen²⁰. Der *BGH* hat die Stoßrichtung von § 4 IV FinDAG im Jahr 2005 dahingehend beschrieben, die Anerkennung einer Staatshaftung im Bereich der Bankaufsicht gegenüber dritten Personen, die nicht der Aufsicht unterliegen, begründe die Gefahr von zu weitgehenden Maßnahmen der die Aufsicht ausübenden Personen. Dadurch würde nach Ansicht des *BGH* die „bisherige marktwirtschaftskonforme Aufsichtskonzeption gefährdet, die den Banken einen sehr großen Spielraum für eine eigenverantwortliche wirtschaftliche Betätigung belässt“²¹. Die Bankkunden blieben danach auf den Einlegerschutz im Rahmen der Einlagensicherungseinrichtungen des Kreditgewerbes verwiesen²². Gerade ordnungspolitisch trägt die vom *BGH* angeführte Begründung nicht. Marktwirtschaft lebt von der Einhaltung und Durchsetzung des gesetzlichen Rahmens (z. B. bei der Eigenkapitalausstattung), nicht aber davon, dass die Aufsicht gegenüber schwarzen Schafen im Bankbereich die Augen zudrückt.

Der gesetzgeberische Ausschluss eines Drittbezugs der aus der Bankenaufsicht folgenden Amtspflichten ist aber auch verfassungsrechtlich problematisch. Der Präsident des *BVerfG*, *Papier*, sieht in § 4 IV FinDAG einen verkappten, unter einem Formenmissbrauch verfügten Haftungsausschluss, für den überwiegende Gründe des Gemeinwohls zur Rechtfertigung erforderlich sind, aber nicht vorliegen²³. Der *BGH* hatte § 4 IV FinDAG im Jahr 2005 zwar noch als verfassungskonform angesehen²⁴. Schon damals hat der jetzige deutsche Richter am *EuGH*, *v. Danwitz*, dem *BGH*

aber zu Recht vorgeworfen, der eigentlich relevante Grund für die Versagung des amtshaftungsrechtlichen Schutzes der Bankkunden gegenüber der Bankenaufsicht sei der fiskalisch motivierte Schutz des Bundeshaushalts²⁵. Die aktuelle Finanzmarktkrise zeigt jedoch, dass eine übermäßig zurückgenommene Bankenaufsicht den Bundeshaushalt letztlich nicht ent-, sondern erheblich belastet.

Zu dem vom *BGH* entschiedenen Fall der *BVH-Bank* hatte *v. Danwitz* schon 2005 weitsichtig formuliert: „Die im vorliegenden Fall dokumentierte Untätigkeit der zuständigen Bundesanstalt und ihre fehlende amtshaftungsrechtliche Sanktionierung signalisieren klaren Handlungsbedarf“²⁶. Man kann nicht sagen, dass die BaFin in der Finanzmarktkrise der Jahre 2008/2009 ein besseres Bild abgegeben hat. Lediglich der früheren Bundesregierung kann zugute gehalten werden, dass sie durch die rechtlich wohl unverbindliche Garantie von Bundeskanzlerin *Merkel* und Bundesfinanzminister *Steinbrück* verhindert hat, dass die Versäumnisse der BaFin bei den Bankkunden zu unmittelbaren Schäden geführt haben.

Die neu gewählte Bundesregierung und die sie tragenden politischen Kräfte haben allen Anlass, den bisherigen Ausschluss des Drittbezugs bei der bevorstehenden Novellierung der Bankenaufsicht im Rahmen ihrer Überführung von der BaFin zur Bundesbank einer Überprüfung zu unterziehen.

V. Zukunft der Umlage

Ungeachtet der generellen Billigung der Umlage nach § 16 FinDAG durch den Beschluss des *BVerfG* vom 16. 9. 2009 ist jedenfalls für den Bankenteil der Aufsicht über den Finanzmarkt die bisherige Refinanzierung der Aufsichtskosten über die Umlage in Frage gestellt. Denn die Bundesbank, die nach dem Koalitionsvertrag für die Bankenaufsicht zuständig werden soll, finanziert sich bislang nicht über solche Umlagen. In der Vergangenheit hat die Bundesbank in einer Umlagefinanzierung die Möglichkeit einer Einflussnahme der Finanzmarktteilnehmer auf ihre Budgetführung und damit auf ihre Unabhängigkeit gesehen²⁷. Wenn trotzdem aus Anlass der Übertragung der Aufgabe Bankenaufsicht von der BaFin auf die Bundesbank auch dieser die Möglichkeit gegeben werden soll, von den zu überwachenden Banken zur Deckung der durch Gebühren nicht ausgeglichenen Überwachungskosten eine Umlage zu erheben, sollten die Grenzen einer solchen Umlage deutlicher markiert werden. Von

15 Vgl. *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 13. 7. 2006 – 1 U 239/05, BeckRS 2006, 10074 – rechtswidrige Abberufung eines Bankvorstandes durch die BaFin.

16 *BVerfG*, NVwZ 2010, 35 Rdnr. 25 (in diesem Heft).

17 *BVerfG*, NVwZ 2010, 35 Rdnr. 27 (in diesem Heft).

18 Vgl. generell zum Drittbezug bei der Amtshaftung *Papier*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 34 GG Rdnrn. 180 ff. (Stand: Januar 2009).

19 *BGHZ* 162, 49 = NJW 2005, 742 = NVwZ 2005, 608 L = JZ 2005, 724 (727).

20 *BGHZ* 75, 120 (122 f.) = NJW 1979, 1879 – Herstatt-Bank; *BGHZ* 74, 144 (148 ff.) = NJW 1979, 1354 – Wetterstein; s. auch *BGHZ* 162, 49 = NJW 2005, 742 = NVwZ 2005, 608 L = JZ 2005, 724. Das *BVerfG* hatte allerdings – nicht ganz untypisch für Verwaltungsrichter – das Bestehen einer Schutzrichtung der Versicherungsaufsicht zu Gunsten der Versicherungskunden verneint, *BVerwGE* 61, 59 (64 f.).

21 *BGHZ* 162, 49 = NJW 2005, 742 = NVwZ 2005, 608 L = JZ 2005, 724 (726).

22 *BGHZ* 162, 49 = NJW 2005, 742 = NVwZ 2005, 608 L = JZ 2005, 724 (726 f.).

23 *Papier*, in: *Maunz/Dürig* (o. Fußn. 18), Art. 34 GG Rdnr. 190.

24 *BGHZ* 162, 49 = NJW 2005, 742 = NVwZ 2005, 608 L = JZ 2005, 724 (727 f.).

25 *v. Danwitz*, JZ 2005, 729 (730).

26 *v. Danwitz*, JZ 2005, 729 (731).

27 Vgl. *BT-Dr* 14/8389, S. 108, 110.

der Umlage auszuschließen sind jedenfalls die Kosten, die von der Aufsichtsbehörde durch amtspflichtwidriges Verhalten verursacht werden²⁸.

Solche Amtshaftungskosten sind nicht sonderabgabefähig, weil sie nicht „gruppennützig“ verwandt werden und weil es beim finanziellen Ausgleich von Fehlern der staatlichen Bankenaufsicht nicht um die Wahrnehmung einer Verantwortlichkeit der Banken für die Folgen gruppenspezifischer Zustände und Verhaltensweisen geht. Das gilt ganz unabhängig davon, ob im Wege der Amtshaftung Schäden eines einzelnen Instituts wegen rechtswidriger Aktivitäten der Aufsicht, Schäden verschiedener Banken wegen rechtswidriger Untätigkeit der Aufsicht gegenüber unsoliden Banken oder Schäden der Bankkunden wegen rechtswidriger Untätigkeit der Bankenaufsicht refinanziert werden sollen. Refinanziert werden können solche Kosten einer rechtswidrigen Bankenaufsicht mangels besonderer Finanzierungsverantwortung der zu überwachenden Banken nur über Steuern, also aus dem Bundeshaushalt. Das entspricht nicht nur den finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben für Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion, sondern auch der in Art. 34 GG angelegten

Staats(haushalts)bezogenheit der Amtshaftung. BaFin wie Bundesbank sind Anstalten. Als solche verfügen sie anders als die in Art. 34 GG erwähnten Körperschaften nicht über zu einer allgemeinen Refinanzierung verpflichtete Mitglieder. Auch deshalb sind sie darauf angewiesen, Amtshaftungsansprüche durch Rückgriff auf den allgemeinen Haushalt der staatlichen Trägerkörperschaft zu bestreiten, hier des Bundes. Am einfachsten ließe sich das erreichen, wenn gesetzlich klargestellt wird, dass trotz der Dienstherrenfähigkeit der aufsichtsführenden Anstalt der Bund bei der Bankenaufsicht selbst haftende Körperschaft für Ansprüche nach Art. 34 GG, § 839 BGB ist²⁹. ■

- 28 Vgl. in diesem Sinne zur geltenden Rechtslage *Fricke*, *VersR* 2007, 300 (304 f.); s. auch *Seidel*, *DB* 2005, 651, zu der Parallelproblematik bei § 17 d FinDAG. Auf die besondere Problematik, dass andernfalls ein Finanzmarktteilnehmer auch noch für den Schaden indirekt mit haftet, der daraus entsteht, dass ein Beschäftigter der Aufsichtsbehörde ihm gegenüber in Ausübung des öffentlichen Amtes Unrecht getan hat, weist *Lindemann*, in: *Boos*, *KWG*, 3. Aufl. (2008), § 13 FinDAG Rdnr. 10, hin.
- 29 In diesem Sinne auch die kleine Anfrage der FDP-Bundestagsfraktion, *BT-Dr* 16/5878, S. 5.

Mitteilungen

Symposium zum Niedersächsischen Kommunalverfassungsrecht

Das neue einheitliche Niedersächsische Kommunalverfassungsgesetz

I. Thematik

Am 4. 11. 2009 fand in Hannover das vom Niedersächsischen Ministerium für Inneres, Sport und Integration und dem Interdisziplinären Forum „Der Staat in der Veränderung“ an der Leibniz Universität Hannover veranstaltete Symposium zum niedersächsischen Kommunalverfassungsrecht statt. Im Zentrum der Betrachtungen stand der Entwurf eines einheitlichen Kommunalverfassungsgesetzes für Niedersachsen. Unter den Teilnehmern befanden sich neben Vertretern der Wissenschaft und des Innenministeriums zahlreiche niedersächsische Landtagsabgeordnete und haupt- und ehrenamtlich tätige Vertreterinnen und Vertreter der Kommunen.

II. Die einzelnen Vorträge

Das Symposium begann mit dem Eröffnungsvortrag des Niedersächsischen Innenministers *Uwe Schönemann*. *Schönemann* stellte die wesentlichen Erwägungen zur Einführung eines einheitlichen Kommunalverfassungsgesetzes vor. Grundlage aller Überlegungen sei das zentrale Anliegen der Innenpolitik der Niedersächsischen Landesregierung, die Kommunen und Landkreise zu stärken, um deren Leistungsfähigkeit zu erhöhen. Dazu gehöre auch eine erhebliche Stärkung des kommunalpolitischen Ehrenamtes. Dies sei aber nur im Rahmen eines vernünftigen kommunalverfassungsrechtlichen Rahmens möglich. Daher habe man sich entschlossen, die bestehenden Gesetze zur Kommunalverfassung in einer einheitlichen Kodifikation zusammenzufassen und zu konzentrieren, was unnötige Dopplungen und verwirrende Verweisungen vermeide. Daneben sei die in Zusammenarbeit mit der Gesellschaft für deutsche Sprache vereinfachte Rechtssprache des neuen Gesetzes von großer Bedeutung, da dadurch ehrenamtlich tätigen juristischen Laien auf kommunaler Ebene die Arbeit erleichtert werde. Daneben unterstrich *Schönemann*, dass mit der Reform auch erhebliche

materielle Änderungen verbunden seien, die das Ziel hätten, die Eigenverantwortlichkeit der Kommunen zu stärken.

Anschließend folgte ein Vortrag von Professor *Dr. Veith Mehde*, Leibniz Universität Hannover, über „Neuere Entwicklungen im Kommunalrecht der Bundesländer“. *Mehde* betonte, dass die niedersächsische Reform des Kommunalverfassungsrechts im Kontext der Reformen in den anderen Flächenländern zu betrachten sei. Dabei sieht er einen „Wettbewerb der Rechtsordnungen“, der sich durch einen Wettstreit um die besten Lösungen auszeichne. Selbstverständlich könne aber auch eine Koordination zwischen den Ländern erfolgreich sein, wie die flächendeckende Einführung der Doppik zeige. Weiter wies *Mehde* auf die zunehmenden Konvergenzen des Kommunalverfassungsrechts bis zum Ende der 1990er Jahre hin. Der Schwerpunkt seiner Betrachtung lag jedoch auf der darauf folgenden Entwicklung. Dabei stellte er zunächst Fragen demokratischer Legitimation in den Vordergrund. *Mehde* nannte in diesem Zusammenhang die Einführung der Direktwahl des Hauptverwaltungsbeamten, die Abschaffung der 5%-Klauseln und die Verstärkung plebiszitärer Elemente in den Kommunalverfassungen. Trotz der vereinzelt Abschlaffung der Direkt- bzw. Stichwahl des Hauptverwaltungsbeamten machte er einen allgemeinen Trend zur Stärkung des Ehrenamtes und bürgerschaftlicher Elemente aus. Abschließend stellte er die neueren Entwicklungen des Kommunalwirtschaftsrechts dar. Dabei seien insbesondere die kommunale Anstalt als neue Rechtsform, eine Verschärfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für kommunalwirtschaftliche Betätigung und subjektive Rechte des Bürgers gegen die wirtschaftliche Betätigung einer Kommune hervorzuheben.

Als dritte Referentin sprach Professorin *Dr. Annette Zimmer*, Institut für Politikwissenschaft der Universität Münster, über die „Möglichkeiten der Stärkung des Ehrenamtes“. Historisch betrachtet sei das kommunalpolitische Ehrenamt seit seinen Anfängen im 19. Jahrhundert bis in die 1970er Jahre im We-