

Bundesverband der Wertpapierfirmen an den deutschen Börsen e.V.
Herrengraben 31, 20459 Hamburg

Bundesministerium der Finanzen

Abteilung VII B 1
Wilhelmstraße 97
10117 Berlin
per Mail: VIIIB1@bmf.bund.de

Ihr Zeichen
VII B 1 – WK 5480/07/004
DOK 2009/0019122

Ihre Nachricht vom
20.01.2009

Ort_Datum
Hamburg, 26.01.2009

Konsultation des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes (EAEGÄndG)

**Sehr geehrter Herr Görß,
sehr geehrte Damen und Herren,**

im Rahmen der Konsultation des o.g. Gesetzentwurfs nehmen wir wie folgt Stellung:

1. Unangemessenes Konsultationsverfahren

Zunächst ist festzuhalten, dass die kurze Frist von nur wenigen Tagen zur Abgabe einer Stellungnahme in dieser Sache schlechterdings nicht nachzuvollziehen ist. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die hier umzusetzende Richtlinie erst im März (sic!) überhaupt formell in Kraft tritt. Hinzu kommt, dass der Gesetzentwurf sich (über die genannte Richtlinien-Transformation hinaus) bei genauem Hinsehen als eine „*lex Phoenix*“ darstellt und damit außerordentlich diffizile Rechtsfragen behandelt, die im Grunde nicht losgelöst von der nachrangigen Beitragsordnung beurteilt werden können. Dies gilt umso mehr, als die bisherige Fassung des EAEG erhebliche verfassungsrechtliche Mängel aufweist.

Vor diesem Hintergrund erscheint es dringend geboten, sich in dem vorgelegten Änderungsgesetz zunächst auf die Umsetzung der zu erwartenden europarechtlichen Vorschriften im Bereich der Einlagensicherung zu beschränken und die eigentliche Überarbeitung des unzulänglichen derzeitigen EAEG in einem gesonderten Gesetzentwurf und einem der Komplexität des zu regelnden Sachverhalts angemessenen Konsultationsverfahren (auch unter Einschluss etwaiger Änderungen der Beitragsordnung) zu behandeln.

**Bundesverband der Wertpapierfirmen
an den deutschen Börsen e.V.**

Sitz des Verbandes
Fasanenstraße 3
10623 Berlin

Postanschrift & Geschäftsstelle
Schillerstr. 20
60313 Frankfurt/Main

Tel.: (069) 92 10 16 91
Fax: (069) 92 10 16 92
mail@bwf-verband.de
www.bwf-verband.de

Vorstand
Prof. Dr. Jörg Franke (Vorsitzender)
Kai Jordan
Klaus Mathis
Dirk Freitag
Dr. Annette Kliffmüller-Frank
Ralf Nachbauer
Herbert Schuster
Michael Wilhelm

Geschäftsführer
Michael H. Sterzenbach
m.sterzenbach@bwf-verband.de

Justiziar
Dr. Hans Mewes
Herrengraben 31, 20459 Hamburg
Tel.: (040) 36 80 5 - 132
Fax: (040) 36 28 96
h.mewes@bwf-verband.de

Bankverbindung
Deutsche Bank PGK Frankfurt
BLZ 500 700 24, **Kto.** 0 18 32 10 00

2. Offene Strukturschwächen der hiesigen Entschädigungslandschaft werden weiterhin ignoriert

Das oben angeregte zweigeteilte Verfahren, erscheint schon deswegen zwingend geboten, weil die geplante Novellierung des EAEG erneut erhebliche „Webfehler“ enthält und in weiten Teilen erneut die verfassungsrechtlich kritischen Punkte des bisherigen Rechts übernimmt. Dabei werden die eigentlichen – im Übrigen seit langem bekannten – rechtlichen wie ökonomischen Defizite der deutschen Entschädigungsarchitektur, namentlich das

- *Fehlen einer sauberen Abgrenzung zwischen den Regelungsbereichen Einlagensicherung einerseits und Anlegerentschädigung andererseits, sowie die*
- *aus letztlich sachfremden Gründen vorgenommene Fragmentierung der bestehenden Sicherheitseinrichtungen*

noch nicht einmal angesprochen, geschweige denn einer verfassungskonformen und wirtschaftlich tragfähigen Lösung zugeführt. Dabei sind es genau diese beiden Punkte, die in erster Linie dafür verantwortlich sind, dass die bestehende Systemarchitektur nicht nur das verfassungsmäßig geforderte Prinzip der relativen Belastungsgleichheit eklatant verletzt, sondern darüber hinaus die Tragfähigkeit der Subsysteme unnötig geschwächt bzw. von vorn herein in Frage gestellt war.

Im Bereich der Anlegerentschädigung zeigt sich dies vor allem daran, dass die gemeinschaftsrechtlich vorgegebene materielle Entschädigungsgemeinschaft – nämlich die Gruppe aller Wertpapierfirmen bzw. Wertpapierdienstleister – durch Zuordnung zu randscharf voneinander abgegrenzten Entschädigungseinrichtungen fragmentiert wird. Diese Zersplitterung führt in der Folge dazu, dass in einem Entschädigungsfall stets nur eine zufällig betroffene Gruppe von Instituten bzw. Wertpapierfirmen zur Finanzierung herangezogen wird. Damit wird das verfassungsrechtliche Gebot der spezifischen Sachnähe einer durch die Erhebung von Sonderabgaben zu Finanzierungszwecken belasteten Gruppe nachhaltig konterkariert. Ohne hier *zumindest* die Implementierung sog. kommunizierender Röhren zwischen den einzelnen Entschädigungseinrichtungen vorzusehen – was vorliegend nicht beabsichtigt ist – wird sich an der Verfassungswidrigkeit des EAEG nichts ändern.

Wenn der vorliegende Gesetzentwurf demgegenüber den Eindruck zu erwecken versucht, es bedürfe lediglich der einen oder anderen Nachbesserung, aber keiner grundlegenden Neugestaltung, um die bestehenden Schwächen des EAEG zu heilen, so zeigt sich darin ein unverantwortliches Ausblenden der bestehenden Realitäten. Dies um so mehr, als man es längst nicht mehr mit einem isolierten Problem der Anlegerentschädigung zu tun hat, sondern spätestens durch den Fall „*Lehman-Brothers*“ offenkundig geworden ist, dass auch das bestehende System der Einlagensicherung mit den sich im Zuge der Finanzkrise materialisierenden Risiken bei weitem überfordert ist.

Mit anderen Worten, neben dem „Komapatienten“ EdW wurde auf die „Intensivstation der Entschädigungs- und Sicherungssysteme“ inzwischen auch die private Einlagensicherung eingeliefert. Beide „Patienten“ sind ganz offensichtlich nur deshalb noch am Leben, weil sie mit staatliche Finanzhilfen und Garantien in Millionen-, bzw. im Bereich der Einlagensicherung in Milliardenhöhe derzeit „künstlich beatmet“ werden. – Dabei ist es im Übrigen genau so wenig nachzuvollziehen, dass nach Maßgabe des geltenden EAEG die Regulierung des „Lehman-Schadens“ allein den privaten Banken obliegen soll, wie im „Fall Phoenix“ allein die EdW-Institute zur Regulierung herangezogen werden sollen. Dies umso mehr, als der Grad der geschäftlichen Kooperation zwischen Lehman-Brothers und dem Sparkassensektor nicht unbeachtlich gewesen ist. Waren es doch insbesondere Sparkassen, die im großen Stil Anlageprodukte von Lehman vertrieben haben. Auch wenn hierbei der Bereich der Einlagensicherung nicht unmittelbar betroffen ist, weil es sich im Fall der Lehman-Zertifikate rechtlich um Schuldverschreibungen handelt, so zeigt sich hierdurch doch, dass sich die tatsächlichen geschäftspolitischen Beziehungsgeflechte durch die oft beschworene „Säulenstruktur“ des hiesigen Kreditgewerbes längst nicht mehr adäquat abbilden lassen.

Dass im Hinblick auf eine EAEG-Reform dringender struktureller Handlungsbedarf besteht, musste dem Bundesministerium der Finanzen zudem spätestens seit Vorlage des selbst in Auftrag gegebenen Gutachten der Professoren Bigus und Leyens zur *Reform der Anlegerentschädigungseinrichtungen und Einlagensicherungssysteme in Deutschland* vom Februar letzten Jahres bekannt gewesen sein. Statt die dringend gebotene Systemreform anzustoßen, hat man seitens des BMF seinerzeit jedoch noch nicht einmal die öffentliche Diskussion gesucht und das Gutachten stattdessen klammheimlich „in der Schublade verschwinden lassen“.

Dass nunmehr, beinahe ein Jahr nach Vorlage des Bigus-Leyens-Gutachtens, ein Gesetzentwurf vorgelegt wird, der die eigentlichen Probleme weiterhin ausblendet und den dringend gebotenen politischen und gesetzgeberischen Willen zu einer Systemreform des hiesigen Entschädigungsrechts auch nicht ansatzweise erkennen lässt, passt insofern ins Bild. Dass sich die Kritik am bestehenden System jedoch längst nicht mehr auf den Bereich der Anlegerentschädigung und dort auf die der EdW zwangszugeordneten Institute beschränkt, belegen eindrucksvoll die vor wenigen Tagen veröffentlichten Äußerungen des *Exekutivkomitees des Internationalen Währungsfonds*. Dieses sah sich im Rahmen des vor kurzem abgeschlossenen „Country Assessments“ für Deutschland aufgefordert, offen die fragmentierte Struktur der hiesigen Einlagensicherung mit den sich hieraus ergebenden negativen Folgen für die Systemtragfähigkeit und die ungleiche Finanzierungsstruktur zu kritisieren

und sich dabei klar für einen Systemumbau unter Schaffung einer einheitlichen Sicherungsstruktur ausgesprochen hat!¹

3. Die Finanzierungsverantwortung der gesetzlichen Sicherungssysteme darf zukünftig nicht allein den Banken und Wertpapierfirmen überlassen bleiben

Die Auswirkungen der Finanzkrise, das von diesen ausgehende gesamtwirtschaftliche Gefährdungspotential und nicht zuletzt der konkrete Entschädigungsfall „Lehman Brothers“ machen deutlich, dass Sicherungssysteme, die sich allein über Abgaben der ihnen zugeordneten Unternehmen finanzieren nicht in jedem Fall den Regelungszweck der Sicherung der Stabilität und des Vertrauens in die Finanzmärkte gewährleisten können. Schon allein deshalb bedarf es notwendig auch einer gesetzlich geregelten Haftungs- bzw. Co-Finanzierungsverpflichtung des Staates, da jedes rein abgabenbasierte Sicherungssystem – aufgrund der Risikogranularität und der Systemkrisen immanenten drastisch steigenden und zudem stark korrelierten Ausfallrisiken – wirtschaftliche Grenzen der Belastbarkeit aufweist. Der vorliegende Gesetzentwurf zur Überarbeitung des EAEG geht indes weiterhin davon aus, dass es hinreichend, rechtlich unbedenklich und verantwortbar sei, die Finanzierung der Sicherungssysteme auch zukünftig allein in die Verantwortung der Unternehmen zu stellen.

Durch die Finanzkrise erscheinen nicht nur die Bedenken hinsichtlich der wirtschaftlichen Unzulänglichkeit, sondern auch die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit in einem neuen Licht. Dabei haben die Zweifel an der Verfassungskonformität eines rein abgabenfinanzierten Sicherungssystems nicht zuletzt durch die Äußerungen der Bundeskanzlerin in Ihrer Regierungserklärung vom 7. Oktober 2008 zur Lage auf den Finanzmärkten neue Nahrung bekommen: Denn wenn es aber bei der Sicherung der Einlagen „um nicht mehr und nicht weniger [geht] als um das Vertrauen in unsere Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung“, so die Bundeskanzlerin (BT16181, S. 21), dann kann das Interesse der Allgemeinheit an der Stabilität des Finanzsystems nicht geringer einzuschätzen sein, als das isolierte Brancheninteresse der Kreditwirtschaft.

Das übergeordnete Interesse und die daraus folgende besondere Verantwortung der mit einer Sonderabgabe belasteten Gruppe, bilden jedoch nach

¹ “Directors called for strengthened deposit insurance, a critical element of the financial safety net, given the risks associated with the existing multiple protection schemes that have typically relied on ex post burden-sharing. A base layer of mandatory deposit insurance-ex ante funded by contributions from all banks-would provide unified terms of protection for depositors and reduce incentives to shift deposits among the existing schemes. The evolving European Union rules should provide guidance on coverage limits.” - Quelle.: IMF Executive Board Concludes 2008 Article IV Consultation with Germany, Public Information Notice (PIN) No. 09/05, January 22, 2009 – im Internet: <http://www.imf.org/external/np/sec/pn/2009/pn0905.htm>

ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine zwingend notwendige Voraussetzung für eine grundgesetzkonforme abgabenbasierte Finanzierung – in diesem Fall der Einlagensicherung. Anderenfalls wären die gesetzlichen Sicherungssysteme, wie andere im Interesse der Allgemeinheit stehenden öffentlichen Aufgaben auch, über den Bundeshaushalt zu finanzieren.

Das überragende Allgemeininteresse an dem sowohl der Einlagensicherung als auch der Anlegerentschädigung eigenen Regelungszweck der *Förderung bzw. Sicherstellung der Stabilität und des Vertrauens in den Finanzsektor*, weit über die wirtschaftlichen Eigeninteressen des betroffenen Sektors hinaus, lässt sich dabei jedoch nicht allein an den verbalen Äußerungen der Bundeskanzlerin ablesen, sondern wird vom konkreten Handeln der Bundesregierung noch unterstrichen. Wie anders wäre es sonst zu erklären, dass die Bundesregierung im Falle Islands durch einen dreistelligen Millionenkredit ausländische Sicherungssysteme (sic!) alimentiert, um diesen die – wenngleich bisher nicht erfolgte – Rückzahlung der durch hiesige Bankkunden geleisteten Einlagen zu ermöglichen? ² Gäbe es kein übergeordnetes Allgemeininteresse an der Stabilität und dem Vertrauen in die Finanzwirtschaft, wäre zudem auch die vor wenigen Tagen bekannt gewordene milliardenschwere Staatsgarantie zum Zweck der Ermöglichung nicht nur der gesetzlichen, sondern eben auch der darüber weit hinausgehenden freiwilligen Einlagengarantie des privaten Banksektors wohl kaum zu rechtfertigen.³ All dies unterstreicht die bestehenden Bedenken gegen einer ausschließlichen Finanzierung der existierenden gesetzlichen Sicherungssysteme mittels der staatlichen Erhebung von Sonderabgaben. – Der vorgelegte Gesetzentwurf trägt diesen Bedenken in keiner Weise Rechnung.

Neben den bisher skizzierten grundlegenden Mängeln des vorgelegten Gesetzentwurfs möchten wir zu den dort vorgeschlagenen Änderungen im Einzelnen folgendes anmerken:

4. Wirtschaftliche Tragfähigkeit der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsfirmen (EdW) weiterhin nicht gegeben

Die EdW stellt auch auf der Grundlage des EAEGÄndG weiterhin keine tragfähige Entschädigungseinrichtung dar. Diese Entschädigungseinrichtung kleiner und kleinster Institute wird – wodurch offensichtlich auch das neue Recht

² Vgl. Reuters-Meldung vom 22.11.2008, zitiert nach Financial Times Deutschland, „Bund hilft deutschen Kaupthing-Kunden“, Internet:

<http://www.ftd.de/unternehmen/finanzdienstleister/:!sl%E4ndische-Pleite-Bank-Bund-hilft-deutschen-Kaupthing-Kunden/442073.html>

³ Vgl. Reuters-Meldung vom 22.01.2009: „Banken entschädigen Lehman-Kunden mit Staatshilfe“, Internet:

<http://de.reuters.com/article/topNews/idDEBEE50LoBL20090122>

nichts ändern soll – allein zur Finanzierung des Entschädigungsfalles Phoenix herangezogen. Selbst unter der mehr als optimistischen Annahme, dass sich die Jahresbeiträge der EdW-Institute⁴ auf dem aktuellen Niveau von ca. 3 Mio EUR stabilisieren ließen – es also weder zu weiteren Abwanderungen noch zu Beitragssenkungen in Folge der in Aussicht gestellten stärkeren „Risikoorientierung“ kommt – und die Verwaltungskosten der EdW durchgängig auf dem historischen Durchschnittswert von ca. 2 Mio EUR gehalten würden, ergäbe eine einfache Überschlagsrechnung, dass die EdW die Institute selbst dann durchgängig über zwei Jahrzehnte (sic!) in der Höhe der nach dem Gesetzesentwurf maximal vorgesehenen Sonderbeiträgen belasten müsste, um den „Phoenix-Fall“ – ohne die Berücksichtigung möglicher (Vor)Finanzierungskosten – zu regulieren⁵.

Unterstellt man auf Seiten der EdW indes Refinanzierungskosten in Höhe von 4,5% p.a. und in geringem Umfang von 1 Mio EUR zusätzliche jährliche Entschädigungszahlungen (oder eine entsprechenden Steigerung bei den Verwaltungsaufwendungen), so wäre die Entschädigungseinrichtung selbst bei dauerhafter maximaler Belastung ihrer Mitglieder niemals in der Lage das durch die Regulierung des „Phoenix-Falls“ entstandene Defizit abzutragen; ihr Verschuldungsgrad würde sich vielmehr kontinuierlich weiter erhöhen.

Damit aber hätte man es bei der EdW auch zukünftig mit einer nicht tragfähigen Entschädigungseinrichtung zu tun und der hiesige Gesetzgeber wäre auch weiterhin seiner gemeinschaftsrechtsrechtlichen Verpflichtung zur Errichtung tragfähiger Entschädigungseinrichtungen in den Mitgliedsstaaten nicht nachgekommen.

Es hätte auch erwartet werden können, dass sich das vorliegende Gesetzesvorhaben hinsichtlich der Tragfähigkeit der einzelnen „Subsysteme“ – und damit anlassbezogen insbesondere der EdW – vor dem Hintergrund entsprechender quantitativer Modellrechnungen und Plausibilisierungen vollzieht. Sollten solche angestellt worden sein, wäre hierüber zu berichten, um die nunmehr vorgesehene Beitragsstruktur verifizieren und rechtlich einschätzen zu können.

5. Vorgeschlagene Regelung zur Deckelung der Sonderbeiträge genügt weiterhin nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben

Auf der Grundlage der vorstehenden Erwägungen erhalten die Jahresbeiträge der EdW auf Dauer die Funktion reiner Berechnungsgrößen für die deutlich höheren und maßgeblicheren Sonderbeiträge und Sonderzahlungen, ohne die (überhaupt) „nichts mehr ginge“. Mutieren Sonderbeiträge und Sonderzahlungen – nicht zuletzt auch im Wege der nun ausdrücklich vorgesehenen

⁴ Als Berechnungsgröße für die dann zulässigen maximalen zusätzlichen Sonderbeiträge in Höhe des Fünffachen bzw. doppelten Jahresbeitrags.

⁵ Unterstellt wurde hierbei ein Gesamtentschädigungsvolumen von 180 Mio EUR.

„Tranchenbildung“ – damit faktisch zu regelmäßigen bzw. laufenden Beiträgen, so erhalten sie faktisch den Charakter von Jahresbeiträgen. Da dies „sehenden Auges“ schon im Rahmen der entsprechenden Rechtsetzung geschieht, handelt es sich um ein alles andere als austariertes Beitragssystem, das nur vordergründig den Eindruck erweckt, etwaige Sonderbeiträge oder Sonderzahlungen hätten – wie man im Übrigen auch schon vom Wortlaut her annehmen müsste – Ausnahmecharakter. Eine solche Beitragskonzeption kann vor dem Hintergrund der restriktiven rechtlichen Bewertung der Erhebung von Sonderabgaben zu Finanzierungszwecken keinen verfassungsrechtlichen Bestand haben.

Soweit der Gesetzesentwurf zur Änderung des EAEG vorsieht, dass die Höhe von Sonderbeiträgen und Sonderzahlungen in einem Abrechnungsjahr insgesamt das Fünffache des letzten Jahresbeitrages nicht überschreiten darf, genügt dies weder dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot noch dem aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz resultierenden Gesetzesvorbehalt. Es ist nämlich dem Gesetz in keiner Weise zu entnehmen, inwieweit wiederum eine Deckelung bzw. Obergrenze für die insoweit maßgeblichen Jahresbeiträge besteht. Eine solche könnte dann nur qua nachrangiger Rechtsverordnung normiert werden.

Bleibe es hier bei der bisherigen Beitragsverordnung bestünde eine Deckelung der Jahresbeiträge der Institute auf 10% des Jahresüberschusses und die Belastung könnte sich innerhalb eines Abrechnungsjahres sich auf insgesamt bis zu 60% des Jahresüberschusses belaufen. Eine solche Inanspruchnahme dürfte sich vor dem Hintergrund der Ausführungen des Verwaltungsgerichts Berlin in seinen „Phoenix-Eilentscheidungen“ vom September 2008 als unzumutbar darstellen.

6. Vorgaben zur Berücksichtigung des tatsächlichen Entschädigungsrisikos zu unbestimmt

Obwohl der Gesetzesentwurf „künftig auch das Risiko der der Entschädigungseinrichtung zugeordneten Institute, einen Entschädigungsfall herbeizuführen, zu berücksichtigen“ vorgibt, reicht die bloße Aufnahme des unbestimmten bzw. generalklauselartigen Begriffs „Risiko“ in § 8 Abs. 8 Satz 1, 2. Hs. EAEG-E keineswegs aus. Insbesondere ist nicht erkennbar, wie sich eine – dann zwingend notwendige – Novellierung der Beitragsverordnung darstellen könnte. Daher sollte zumindest in die Gesetzesbegründung des EAEGÄndG der Hinweis aufgenommen werden, dass im Bereich der Anlegerentschädigung eine sachgerechte Berücksichtigung des Risikos der Institute insbesondere geboten ist, als zahlreiche Institute einen ausschließlich institutionellen Kundenkreis haben und/oder gar keine Befugnis besitzen, sich Eigentum oder Besitz an Geldern und Wertpapieren von Kunden zu verschaffen (so dass jeweils das Risiko der Herbeiführung eines Entschädigungsfalles entfällt). Dabei wäre auch zu präzisieren, wie sich diese Umstände im Hinblick auf die Beitragsbe-

messung konkret auswirken sollen. Dies erscheint umso wichtiger, als trotz der stärkeren Risikoorientierung auch zukünftig – was allerdings sachgerecht wäre – nicht allein der Umfang des gesicherten Geschäfts zur Beitragsbemessung herangezogen werden soll.

Fakt ist auch, dass bereits heute die – im Vergleich mit den anderen Subsystemen gemessen an der relativen Belastung hohen – Jahresbeiträge der EdW kaum mehr als die dortigen Verwaltungskosten ausmachen. Nähme man die Vorgabe einer risikogerechten Beitragsbemessung ernst, würden (müssten) die Einnahmen der EdW weiter massiv sinken, da – wie oben skizziert – ein Großteil ihrer Mitgliedsinstitute keine oder nur geringe Entschädigungsrisiken aufweisen. Insoweit handelt es sich bei der nunmehr beabsichtigten „*Risikosensitivität*“ entweder um eine bloße gesetzliche Absicherung mit „*Feigenblattfunktion*“, oder eine auf dieser Grundlage ergehende sachgerechte materielle Beitragsregelung würde die fehlende Tragfähigkeit der EdW noch deutlicher bloßlegen.

Dass auch das EAEGÄndG keine einheitliche, risikogerechte und die gebotene relative Belastungsgleichheit sicherstellende Beitragsbemessung vorsieht und die Einbeziehung „*unterschiedlicher Geschäftsgegenstände und Risikoprofile*“ mehr als fadenscheinig ist, zeigt auch folgende Erwägung: Ein jedes Institut, das eine bestimmte – Entschädigungsansprüche begründende – Wertpapierdienstleistung erbringt, tut dies unter in soweit einheitlichen rechtlichen Bedingungen und aufsichtsrechtlicher Kontrolle. Das bedeutet, dass es auch nicht darauf ankommt (ankommen kann), ob bspw. das „*Finanzkommissionsgeschäft*“ oder die „*Finanzportfolioverwaltung*“ von einer Universalbank oder einem anderen hierauf spezialisierten Unternehmen erbracht wird. Der Grundsatz „*same business, same rules*“ ist daher zwingend so auszulegen, dass es einer gleichen Beitragsbemessung bei gleichem Geschäft bedarf. Folglich bedarf es einer einheitlichen und die Gleichbehandlung aller materiell im Bereich der Anlegerentschädigung erfassten Institute (Kreis sämtlicher EU-rechtlich erfasster Wertpapierfirmen) sicherstellenden Beitragsordnung. Eine solche gab es bislang nicht und es dürfte auch niemand ernstlich damit rechnen, dass der Verordnungsgeber das EAEGÄndG zum Anlass nehmen wird, die zwischen den Subeinrichtungen bestehenden fragmentierten Beitragsstrukturen aufzulösen.

7. Bonitätsproblem der Entschädigungseinrichtungen im Fall der notwendigen Kreditaufnahme weiterhin ungelöst

Soweit der Gesetzesentwurf die Kreditaufnahme der Entschädigungseinrichtungen bzw. der EdW regelt (§ 8 Abs. 4 Satz 1 EAEG-E: „*hat sie einen Kredit aufzunehmen*“), suggeriert dies, dass eine Kreditaufnahme im Belieben der Entschädigungseinrichtungen stünde. Dies ist zumindest bei der EdW – und wie die jüngsten Staatsgarantien zur Abwicklung des Entschädigungsfalls Lehman gezeigt haben, wohl auch bei den übrigen Entschädigungseinrichtungen

– keineswegs der Fall. Insoweit lässt der Gesetzesentwurf offen, was passiert, wenn eine solche Kreditaufnahme aus Bonitätsgründen – vor dem Hintergrund offensichtlicher mangelnden Tragfähigkeit der Entschädigungseinrichtung – kein gangbarer Weg ist. Dies dokumentieren sowohl der Phoenix- als auch der Lehman-Fall in eindruckender Weise.

Das EAEGÄndG lässt auch weiterhin die – vor allem aus Sicht betroffener Anleger – bedeutsame Frage offen, wer für die Entschädigungsleistungen einer Entschädigungseinrichtung (namentlich der EdW) einzustehen hätte, wenn diese mangels Tragfähigkeit, Bonität und Kreditwürdigkeit nicht in der Lage wäre, ihren gesetzlichen Entschädigungspflichten nachzukommen. Auch dieser Punkt hat vor der Historie des Phoenix-Falles einen höchst konkreten Hintergrund und ist angesichts des Rechtskonstrukts der EdW als Sondervermögen alles andere als evident. Insbesondere reicht es nicht aus, darauf zu vertrauen, dass eine solche Situation nicht eintreten und sich ansonsten – entsprechend der „bewährten“ Bewältigung der Bankenkrise – schon ein staatlicher Garant („Bund“) finden werde. Gerade bei der EdW hat man nach deren Implementierung schon viel zu lange darauf vertraut, dass deren mangelnde Tragfähigkeit nicht offen gelegt würde, die sich mit dem Phoenix-Fall dann allerdings doch realisiert hat.

Mit Blick auf die EdW ist daher zu fordern, dass eine Haftungsübernahme des Bundes, wie dies in der Vergangenheit auch bei anderen Sondervermögen geschehen ist, ausdrücklich gesetzlich fixiert wird.

8. Weiterhin unzureichende Trennung von Einlagensicherung und Anlegerentschädigung

Auch auf der Grundlage des EAEGÄndG ist nicht vorgesehen, die gebotene klare Trennung der Einlagensicherung von der Anlegerentschädigung herbeizuführen. Damit erweist sich der Gesetzesentwurf als ungeeignet, die Grundlage für ein transparentes, tragfähiges und den Grundsätzen der relativen Belastungsgleich orientiertes Entschädigungssystem zu schaffen, und perpetuiert zudem bekannte Unzulänglichkeiten des bestehenden Systems mit zum Teil nicht nur für die verpflichteten Institute, sondern auch den Kreis der Entschädigungsberechtigten gravierenden Auswirkungen:

So führt die (offensichtlich fortbestehende) „Einlagenfiktion“ des § 4 Abs. 2 S. 2 EAEG, wonach Wertpapierverbindlichkeiten von Einlagekreditinstituten generell als Einlagen gelten, „sofern sich die Verbindlichkeiten auf die Verpflichtung des Instituts beziehen, den Kunden Besitz oder Eigentum an Geldern zu verschaffen“ zum faktischen „Leerlauf“ der europarechtlich verbindlichen gesetzlichen Anlegerentschädigung, sofern die Entschädigungsobergrenze von 20.000 EUR durch tatsächliche Einlagen des Bankkunden bereits „ausgeschöpft“ wird. Zu einem darüber hinausgehenden Anlegerentschädigungsanspruch kann es demgegenüber nur unter äußerst unwahrscheinlichen Fallkonstruktionen, etwa im Falle der Unterschlagung physischer Wertpapiere,

kommen. Mit der ursprünglichen Intention des europäischen Richtliniengebers dürfte dies indes genau so wenig vereinbar sein wie der Umstand, dass die der EdW zugeordneten Institute nach dem Wortlaut des Gesetzes und der Verwaltungspraxis hinsichtlich der Entschädigung von erlaubniswidrig erbrachten Geschäften auch weiterhin verpflichtet blieben, ggf. erlaubniswidriges bzw. verbotenes Einlagengeschäft zu „sichern“ – was vom europäischen Richtliniengeber nie gewollt war.

Neben der der Abschaffung der Einlagenfiktion sollte eine Reform des EAEG daher zu einer rechtsklaren Trennung zwischen Einlagensicherung und Anlegerentschädigung durch Schaffung zweier Regelungskreise auf möglichst breiter Basis unter Einbeziehung sämtlicher in dem jeweiligen Sicherungsbe- reich tätigen Institute führen. Hieraus ergäbe sich für Universalbanken zwar eine Doppelzuordnung, aufgrund der abgegrenzten Risikokreise indes keine Doppelbelastung.

9. Vorgesehene Maßnahmen gegen die „Flucht“ aus bestehenden Entschädi- gungseinrichtungen nicht ursachengerecht und verfassungsrechtlich bedenk- lich

Die über §§ 6 Abs. 2 Satz 3 und 8 Abs. 5 EAEG-E vorgesehene übergangsweise „Doppelverpflichtung“ beim Wechsel eines Instituts in eine andere Entschädi- gungseinrichtung stößt schon deshalb auf verfassungsrechtliche Bedenken, weil hiermit die vorgeschlagenen Belastungsobergrenzen ausgehebelt wür- den. Ursächlich für die beschriebene „Flucht aus der Entschädigungseinrichtung“, der die Regelung ausweislich der Gesetzesbegründung entgegen wirken soll, ist die eklatante relative Belastungsungleichheit der bestehenden Struktur. Hier wäre es geboten, die Ursache des Problems zu beheben und nicht an Stelle dessen fragwürdige Hilfskonstruktionen einzuführen.

10. Anmerkungen zu weiteren vorgeschlagenen Änderungen des EAEG

- Nach wie vor verfassungswidrig erscheint die nunmehr in das Gesetz „hochgezogene“ Begrenzung der Inanspruchnahme der Institute in ausschließlich dem Fall, dass diese dadurch selber zu Entschädigungsfäl- len würden (vgl. § 8 Abs. 6 Satz 7 EAEG-E). Eine solche extreme Zumutbar- keitsgrenze führt das durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begründete Übermaß- und Strangulierungsverbot ad absurdum.
- In § 6 Abs. 7 EAEG-E müsste es im letzten Halbsatz heißen: „unverzüglich hiervon zu unterrichten“ (Änderung unterstrichen).
- In § 8 Abs. 3 Satz 5 EAEG-E müsste es statt der Worte „die Institute“ heißen: „das den Entschädigungsfall auslösende Institut“.
- § 8 Abs. 4 Satz 3 EAEG-E sollte gestrichen werden. Die Fälligkeit der Erhe- bung von Sonderabgaben zu Finanzierungszwecke lediglich auf der

Grundlage einer unbestimmten Fälligkeit von Kreditleistungen zu berechnen, ohne einen entsprechenden Verwaltungsakt (hier: Sonderzahlungsbescheid) zu erlassen, dürfte verfassungsrechtlich nicht statthaft sein.

- § 8 Abs. 3 Satz 1 EAEG-E müsste ergänzend vorsehen, dass die Verbände der Kredit- und Finanzdienstleistungswirtschaft in die Konsultation der Beitragsverordnung einbezogen werden. Dies erscheint vor dem Hintergrund der Bedeutung dieses Regelungswerkes im Hinblick auf die dortigen Ausgestaltungen grundrechtsrelevanter Eingriffe unumgänglich.
- Die Nummerierung b) und c) am Ende von Nr. 6 auf Seite 6 des Gesetzesentwurfs müsste richtigerweise c) und d) lauten.
- § 9 Abs. 1 EAEG-E normiert u.a. regelmäßige, also nicht Anlass bezogene Prüfungen der Institute. Die diesbezügliche Regelung, die zu durchaus signifikanten Belastungen der Institute führt, erscheint (auch unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung hierzu) zu unbestimmt und sollte zweckmäßigerweise zur näheren Ausgestaltung von einer Verordnungsermächtigung flankiert werden.
- § 9 Abs. 4 Satz 1 EAEG-E sollte nach dem Wort „*Prüfungen*“ klarstellend um die Worte „*der Institute*“ ergänzt werden.
- In der Übergangsregelung in § 19 Abs. 2 EAEG-E müsste, um mit der diesbezüglichen Gesetzesbegründung „*kompatibel*“ zu sein und den bezweckten Vertrauensschutz zu generieren, der Halbsatz „*die nach Ausscheiden des Instituts festgestellt werden*“ gestrichen werden. Eine Regelung unter Hinzuziehung dieses Halbsatzes wäre überflüssig, da sich der Regelungsgehalt dann bereits aus § 8 Abs. 5, 1. Hs. EAEG-E ergäbe.

11. Änderung des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes

Die geplante Änderung des FinDAG (Art. 3 EAEG-E) sollte um folgenden Punkt ergänzt werden:

- „ § 8 Abs. 2 Satz 1 FinDAG wird wie folgt geändert:

Der Fachbeirat besteht aus 25 Mitgliedern.“

Begründung:

Eine Mitwirkung der Finanzdienstleistungsinstitute im Fachbeirat der BaFin findet bislang nicht statt. Formal vertritt der BVI hier – qua Satzung der BaFin (vgl. dort § 8 Abs. 4 Satz 1 Nr. 7) – die Finanzdienstleistungsinstitute, ohne diesen gegenüber hier aber niemals in irgendeiner Weise etwas kommuniziert oder etwaige Abstimmungen hierzu herbeigeführt zu haben. Faktisch sind die Finanzdienstleistungsinstitute (und entsprechende Wertpapierhandelsbanken) daher hier vollständig ausgeschlossen – dies trotz der erheblichen Pflich-

tenstellung dieser Institute gegenüber der BaFin. Das für eine solche Behandlung bereits mehrfach geäußerte Argument, die Finanzdienstleistungswirtschaft sei für eine Mitwirkung zu zersplittert, überzeugt nicht, da es einen abgeschlossenen Kreis von Spitzenverbänden dieser Institute gibt und man sich hier – wie im Bankensektor, Stichwort ZKA – durchaus auch auf einen gemeinsamen Vertreter für die Mitwirkung im Fachbeirat verständigen könnte. Dem dient die angeregte Erweiterung des Fachbeirats von 24 auf 25 Personen. (In der Folge müsste dann auch die Satzung der BaFin in § 8 Abs. 4 technisch dergestalt angepasst werden, dass der BVI nicht länger die Finanzdienstleistungsinstitute vertritt, sondern ein eigener Vertreter dieser in den Fachbeirat bestellt wird.)

Mit freundlichen Grüßen

Michael H. Sterzenbach
Geschäftsführer

Dr. Hans Mewes
Justiziar