

Bundesverband der Wertpapierfirmen an den deutschen Börsen e.V.
Schillerstraße 20, 60313 Frankfurt/Main

Bundesministerium der Finanzen

Referat VII B 1

Herrn Martin Foelsch

11016 Berlin

per Mail: VII B1@bmf.bund.de

Ihr Zeichen

VII B 1 – WK 5480/08/10001

DOK: 2009/0439790

Ihre Nachricht vom

30.06.2009

Ort_ Datum

Frankfurt/Main, 16.07.2009

Referentenentwurf 4. Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Beiträge zu der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen bei der Kreditanstalt für Wiederaufbau (EdWBeitrV-E)

hier: Konsultation der Spitzenverbände des Finanzgewerbes und der Wirtschaft

Sehr geehrter Herr Foelsch, sehr geehrte Damen und Herren,

in dieser Sache danken wir Ihnen verbindlich für die Möglichkeit der Abgabe einer Stellungnahme im Rahmen der geplanten Novellierung der Beitragsverordnung der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdWBeitrV-E).

Gerne nehmen wir zum vorliegenden Referentenentwurf des Ministeriums wie folgt Stellung:

Hierbei soll und kann allerdings nicht verschwiegen werden, dass der Verordnungsentwurf im Kreise der betroffenen bwf Mitglieder mit großer Enttäuschung und mit einem hohen Maß berechtigten Unverständnisses aufgenommen wurde. Eine Reaktion, die nicht zuletzt im Lichte der derzeitigen globalen Wirtschafts- und Finanzkrise mit deren auf der Hand liegenden negativen Implikationen für die wirtschaftliche Prosperität auch der EdW-Institute und deren sich hieraus ergebender sinkenden Belastungsfähigkeit mehr als verständlich erscheint. Der Verordnungsgeber indes hat sich mit diesem so existentiellen Thema offensichtlich noch nicht einmal ansatzweise auseinandergesetzt und meint bei den EdW-Mitgliedern noch in deutlich höherem Umfang als bisher „aus dem Vollen schöpfen“ zu können.

Bundesverband der Wertpapierfirmen an den deutschen Börsen e.V.

Sitz des Verbandes

Fasanenstraße 3
10623 Berlin

Postanschrift & Geschäftsstelle

Börsenstraße 14
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-Franke
Ralf Nachbauer
Herbert Schuster
Frank Ulbricht
Michael Wilhelm

Geschäftsführer

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

Justiziar

Dr. Hans Mewes
Herrengaben 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

Dabei muss es aus Sicht der betroffenen Instituten geradezu wie Hohn klingen, wenn der Bundesfinanzminister wenige Tage nach Veröffentlichung des hier diskutierten Verordnungsentwurfs in seiner Key-Note anlässlich des Eurobörsentages 2009 in Frankfurt am Main vollmundig die im europäischen Vergleich „wettbewerbsfähige Gesamtabgabenquote in Deutschland“ rühmt, sich im Angesicht der dramatischen Auswirkungen der Finanzkrise deutlich für eine Vermeidung bzw. Abschwächung prozyklisch wirkender staatlicher Eingriffe ausspricht und nicht zuletzt mit Nachdruck darauf hinweist, dass eine wesentliche Herausforderung der Krise darin besteht, tatsächliche Risiken und Pflichten der sie verursachenden und tragenden Wirtschaftssubjekte wieder ins Gleichgewicht zu bringen.

Man muss es mit aller Deutlichkeit sagen: Den EdW-Zwangsmitglieder in der – in den Worten des Bundesfinanzministers – schwersten wirtschaftlichen Krise in der Bundesrepublik über die „normalen“ steuerlichen Abgaben hinaus (sic!) zukünftig 350% der bereits heute zumeist ungerechtfertigt hohen Jahresbeiträge in Rechnung stellen zu wollen und sie zudem bis zu einer Gesamthöhe von 45% des erwirtschafteten Jahresüberschusses (sic!) mit Sonderbeiträgen und Sonderzahlungen zu belasten, grenzt – ganz unabhängig von verfassungsrechtlichen Zumutbarkeitserwägungen – mit Verlaub ans Absurde.

Hinzu kommt, dass der Ordnungsgeber dem gesetzgeberischen Auftrag, das tatsächlich repräsentierte Entschädigungsrisiko im Rahmen der Novellierung des Beitragsrechts in gebotener Weise zu berücksichtigen, nicht im Entferntesten nachgekommen ist. Hierüber können auch einzelne „risikotechnische Arabesken“, wie der vorgeschlagene „Kundenstrukturausgleich“ (§2c EdWBeitrV-E) oder der in Aussicht gestellte „Versicherungsabschlag“ (§2d EdWBeitrV-E) nicht hinwegtäuschen. Mögen die vorgeschlagenen Korrekturen auch grundsätzlich begrüßenswert sein, so erscheint bereits deren Kalibrierung (Kundenstrukturzuschlag bis 20%, Versicherungsabschlag in Höhe von max. 15% der Beitragspflicht) mehr oder minder willkürlich zu sein. Jedenfalls schweigt sich die Ordnungsbegründung darüber aus, wie man zu diesen Ansätzen gekommen ist.

Konsequent und nachvollziehbar ist indes die vorgesehene Neuregelung des § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 EdWBeitrV-E, wonach Bruttoprovisionserträge, die nicht aus Wertpapierdienstleistungen stammen bei der Berechnung der Beitragslast unberücksichtigt bleiben sollen, zumal sachlogisch nur aus der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen und den hieraus entstehenden Verbindlichkeiten gegenüber entschädigungsberechtigten Kunden Entschädigungsansprüche erwachsen können. Der selben Logik folgend müssten allerdings auch Bruttoerträge, gleich welchen Ursprungs, aus Geschäften mit *nicht* entschädigungsberechtigten Kunden von der Bemessung der Beitragspflicht ausgenommen werden, da es in diesem Fall bereits am potentiellen Inhaber eines Entschädigungsanspruches fehlt. Dies ist jedoch, ganz offensichtlich aus reinen Opportunitätserwägungen mit Blick auf die Einnahmesituation der EdW, nicht geschehen. Vielmehr sollen nach dem Willen des Ordnungsgebers Firmen, wie etwa die seitens des bwf

vertretenen Börsenmakler, die praktisch ausschließlich mit institutionellen, nicht entschädigungspflichtigen Kunden kontrahieren, auch weiterhin einen substantiellen Anteil an den exorbitant steigenden EdW-Beitragslasten „schultern“.

Derartige Widersprüche und sich hieraus ergebende Verletzungen des Prinzips der relativen Belastungsgleichheit ergeben sich jedoch nicht nur innerhalb des EdW-Beitragsgefüges, sondern wie bisher auch gegenüber den anderen Entschädigungseinrichtungen. Bekanntlich knüpfen die beiden neben der EdW bestehenden Entschädigungseinrichtung im Rahmen der Beitragserhebung seit Jahr und Tag an der Bemessungsgrundlage „Verbindlichkeiten gegenüber Kunden“ an und es gibt unter Risikogesichtspunkten keinen belastbaren Grund, warum die EdW-Beitragserhebung hiervon weiterhin abweicht. Die Einsicht ist vielmehr trivial, dass es ohne das Vorhandensein von Verbindlichkeiten gegenüber (entschädigungsberechtigten) Kunden nicht zu Entschädigungsansprüchen kommen kann und der Umfang solcher Verbindlichkeiten daher – auch für die EdW – die Grundlage einer risikogerechten Beitragsbemessung sein sollte.

Demgegenüber bleibt auch die neugefasste Beitragsordnung weiterhin ein Sammelsurium von Beitragsklassen und Beitragsgruppen, deren Komplexität, Unübersichtlichkeit und abweichende Bemessungsgrundlage vor allem dazu dient, die bereits heute bestehende inkongruente Beitragslast der EdW-Institute gegenüber den Mitgliedern der übrigen Entschädigungseinrichtungen zu verschleiern. Darüber hinaus dürften auch „Kundenstrukturzusläge“ und Versicherungsabschlüsse nichts daran ändern, dass aus dem Kreis der EdW-Institute auch zukünftig Firmen ohne Zugriff auf Vermögenswerte ihrer Kunden und/oder ohne Geschäftsbeziehungen zu entschädigungsberechtigtem Klientel weiterhin die Hauptlast der Finanzierung der weiterhin nicht tragfähigen und in hohem Maße ineffizienten Entschädigungseinrichtung tragen müssen.

Dies vorausgeschickt, nehmen wir zum vorliegenden Referentenentwurf des Ministeriums wie folgt Stellung:

1. Nicht zu rechtfertigende ungleichgewichtige Belastung im Vergleich zu den gleichfalls Wertpapierdienstleistungen erbringenden Einlagenkreditinstitute

Das Verwaltungsgericht Berlin hat sich in den „Phoenix-Eilentscheidungen“ vom September 2008 ausdrücklich auch mit der problematischen Gruppenbildung nach Maßgabe des EAEG befasst. Hintergrund war die Tatsache, dass die im Bereich der Anlegerentschädigung bestehende materielle Entschädigungsgemeinschaft *sämtlicher* Wertpapierfirmen (EdW-Institute und Einlagenkreditinstitute in der Form von Universalbanken) im Rahmen des hiesigen Entschädigungsregimes verschiedenen Entschädigungseinrichtungen zugeordnet werden, die

- im Rahmen der Finanzierung konkreter Entschädigungsfälle *randscharf* von einander abgegrenzt sind (insoweit stets ausschließliche Inanspruchnahme nur eines Teils der Wertpapierfirmen) und

- sich durch höchst unterschiedliche Beitragsregime auszeichnen, in deren Rahmen die Institute der einzelnen Entschädigungseinrichtungen materiell völlig divergierend in Anspruch genommen werden.

Diesbezüglich hatte das Verwaltungsgericht auf Seite 26 f. der Urteilsausfertigungen angemahnt, dass der Gesetzgeber es im Rahmen seiner Überprüfungs- und Anpassungspflichten berücksichtigen müsse, wenn sich im Zuge der Abwicklung des Phoenix-Falles zeige, dass „den Wertpapierhandelsbanken [Anm.: Gemeint sind insoweit die der EdW zugeordneten Institute] durch die Gruppenbildung in § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 EAG im Vergleich zu den gleichfalls Wertpapierdienstleistungen erbringenden Einlagenkreditinstitute nicht zu rechtfertigende ungleichgewichtige Belastungen auferlegt wurden“ bzw. werden.

Zu konstatieren ist insoweit zunächst die Tatsache, dass nach Maßgabe des „alten“ EAEG die Finanzierung des Phoenix-Falles nur einem Teil der Wertpapierfirmen – nämlich denen der EdW – oblag und die Finanzierung von diesen „kleinen und mittleren“ Instituten, die Phoenix auch überhaupt nicht näher standen als die den anderen Entschädigungseinrichtungen zugeordneten Wertpapierfirmen, faktisch überhaupt nicht „geschultert“ werden konnte. Diese Tatsache hat der Gesetzgeber im Rahmen der soeben erfolgten Novellierung des EAEG – entgegen dem genannten Hinweis des Verwaltungsgerichts – nicht genutzt, die Gruppenbildung des § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 EAEG zu modifizieren¹ oder eine solche Modifizierung auch nur zu erwägen (vgl. Gesetzgebungsmaterialien zur EAEG-Novellierung).

Soweit der genannte Hinweis des Verwaltungsgerichts direkt dem – untätig gebliebenen – Gesetzgeber galt, bliebe Raum, dass sich der Verordnungsgeber vorliegend dem Anliegen des Verwaltungsgerichts annimmt. – Ob dies beabsichtigt ist, kann letztlich nur ein Vergleich der vorliegenden EdWBeitrV mit den (wohl aktuell ebenfalls anzupassenden) Beitragsverordnungen der Entschädigungseinrichtungen der privaten und öffentlich-rechtlichen Banken zeigen. – Da sich die vorliegend geplante EdWBeitrV als reine Lex Phoenix darstellt und dem ausschließlichen Zweck dient, die Finanzierung *dieses* Entschädigungsfalles auf dem Rücken der EdW-Mitglieder – nunmehr nicht allein über Sonder-, sondern verstärkt über massiv erhöhte Jahresbeiträge – zu generieren, dürfte ein Vergleich mit den beiden weiteren Beitragsordnungen zeigen, dass die dortigen Beiträge – wenn überhaupt – nicht in gleichem Maße erhöht werden (sollen). Vor allem wird interessant sein, zu ermitteln, ob die absolute Belastungsgrenze im Rahmen der jährlichen EAEG-

¹ Das Verwaltungsgericht (a.a.O.) hatte unter Bezug auf das vom BMF (sic!) eingeholte Bigus-/Leyens-Gutachten hier alternativ namentlich eine „Zusammenführung aller drei Entschädigungseinrichtungen“, eine „Überlauffinanzierung zwischen den Einrichtungen bei besonders großen Schadensfällen“ oder eine „doppelte Zuordnung der Einlagenkreditinstitute, die Wertpapiergeschäfte tätigen“ ausdrücklich angemahnt.

Beitragserhebung bei den Instituten der beiden anderen Entschädigungseinrichtungen auch auf 45% (sic!) des Jahresüberschusses festgeschrieben wird, wie es im Rahmen der künftigen Inanspruchnahme der EdW-Institute der Fall sein soll.

Sollte das geplante Regime der drei parallelen Beitragsverordnungen eine – im Sinne der genannten Erwägungen des Verwaltungsgerichts Berlin – nicht zu rechtfertigende ungleichgewichtige Belastung der den einzelnen Entschädigungseinrichtungen zugeordneten Institute – insbesondere zu Lasten der Mitglieder der EdW – aufweisen und dies im laufenden Rechtsetzungsverfahren nicht korrigiert werden, sind weitere Klagverfahren zur Klärung dieser Frage im Rahmen der konkreten Beitragserhebung der EdW klar vorgezeichnet.

2. §§ 1 Abs. 1 Satz 3, 5 Abs. 2 EdWBeitrV-E (betr. Rückstellungen und Beitragsobergrenze)

Die in § 5 Abs. 2 EdWBeitrV-E genannte – u.E. bereits per se völlig überzogene und unverhältnismäßige² – Obergrenze von 45% des Jahresüberschusses³ (bezogen auf die gesamte jährliche EdW-Beitragslast eines Instituts) wird unter Berücksichtigung der Rückstellungsregelung in § 1 Abs. Satz 3 EdWBeitrV-E zu Lasten der Institute faktisch ausgehebelt und ggf. noch deutlich überschritten. Dies illustriert folgender – keinesfalls exotischer – Beispielsfall:

Ein Institut mit einem regelmäßigen jährlichen Jahresüberschuss von EUR 1 Mio., das regelmäßig zu Jahresbeiträgen in Höhe der zulässigen Grenze von 10% gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 EdWBeitrV-E in Anspruch genommen wird, erfährt im Jahre 1 auf der Grundlage von § 5a Abs. 2 EdWBeitrV-E von einer anstehenden mehrjährigen Sonderbeitragserhebung in Teilbeträgen i.S.v. § 5a EdWBeitrV-E. Mit Blick auf eine absehbare und damit rückstellungsfähige Sonderbeitragserhebung im Jahre 2 von EUR 350.000 (zzgl. EUR 100.000 Jahresbeitrag = EUR 450.000 = 45% des Jahresüberschusses) bildet das Institut die entsprechende Rückstellung und reduziert den Jahresüberschuss zutreffend nach handels- und steuerrechtlichen Maßstäben. Soweit die Rückstellungsbildung auf der Grundlage der geplanten EdWBeitrV im Rahmen des relevanten Jahresüberschusses bei der Beitragserhebung der EdW im Jahre 2 nicht

² Hinzuweisen ist hier nur auf Folgendes: Diese Obergrenze soll offensichtlich zahlreichen Instituten gegenüber mehrjährig ausgenutzt werden, um die Phoenix-Lasten aufzubringen; erhoben würden dann letztlich als Sonderbeiträge bzw. Sonderzahlungen deklarierte verkappte weitere Jahresbeiträge. Zudem ergibt sich eine unzumutbare Belastung der Institute, die zur Ermittlung ihres Jahresüberschussergebnisses bereits Steuern in Höhe von gut 30% auf das Betriebsergebnisses entrichten mussten, und nunmehr noch einmal mit bis zu weiteren 45% auf den nach Steuern verbleibenden Jahresüberschuss in Anspruch genommen werden sollen.

³ Neben den sonstigen – insbesondere steuerinduzierten – Abgaben der Institute und deren sonstigen aufsichtsrechtlichen Inanspruchnahmen.

anerkannt werden soll, generiert die entsprechende Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 3 EdWBeitrV-E einen Beitragsbemessungsüberschuss, der tatsächlich nicht existiert und die handels- und steuerrechtlichen Bewertungsgrundsätze geradezu konterkariert. Ginge man hier von der tatsächlichen Ertragssituation des Instituts – und mithin von einem Jahresüberschuss in Höhe von EUR 650.000 (EUR 1 Mio. abzgl. zulässige Rückstellung von EUR 350.000) würde sich die Belastung des Instituts durch Jahres- und Sonderbeitrag im Jahre 2 in Höhe von EUR 450.000 auf einen Anteil von 69% des tatsächlichen Jahresüberschusses des Jahres 1 belaufen. Einer solchen – nur vermeintlich auf 45% des Jahresüberschusses des Instituts begrenzten – Beitragserhebung der EdW im Jahre 2 liegt eine *qua Rechtsverordnung* (und ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zustande gekommene) künstlich berechnete Ertragssituation des Instituts zugrunde, die mithin die gesetzlichen handels- und steuerrechtlichen Bewertungsgrundsätze außer Kraft setzen und überdies einen Eingriff in einkommensteuerrechtliche Regelungen darstellen würde.

Überdies wäre es zweckmäßig gewesen, eine klare Regelung aufzunehmen, dass drohende Sonderbeiträge und Sonderzahlungen als solches steuerrechtlich rückstellungsfähig sind. Es hat sich in den letzten Jahren gezeigt, dass hier allseits eine erhebliche Rechtsunsicherheit bestand. (Leider dürfte die Beitragsverordnung hierfür nicht die richtige Rechtsmaterie sein. Andererseits hat es der Gesetzgeber versäumt, eine solche Regelung im Zuge der Novellierung des Entschädigungsrechts in das EAG aufzunehmen.)

Hinzu kommt, dass die geplante Beitragserhebung einseitig an den Erträgen und dem Jahresüberschuss der Institute orientiert ist, andererseits die tatsächliche Liquiditätslage der Institute aber unberücksichtigt bleibt. Dies kann insbesondere in Fällen zu Verwerfungen führen, in denen ein Institut im Geschäftsjahr 1 einen besonders hohen Jahresgewinn bzw. Jahresüberschuss erwirtschaftet und diesen umfangreich ausgeschüttet hat. Fällt nun das Folgegeschäftsjahr wirtschaftlich erheblich schlechter aus und kommt es in diesem Jahr erwartungsgemäß zu einer EdW-Inanspruchnahme (Jahresbeiträge, Sonderbeiträge und Sonderzahlungen) in signifikanter Höhe auf der Grundlage es Vorjahresergebnisses, können sich erhebliche Liquiditätsprobleme des Instituts einstellen, die im Rahmen des EdW-Beitragsregimes außer Acht bleiben. – Hier hilft auch die Unzumutbarkeitsnorm des § 8 Abs. 6 Satz 7 EAEG nur bedingt, denn diese würde nur vor der Erhebung von Sonderbeiträgen oder Sonderzahlungen „schützen“, nicht aber vor der Inanspruchnahme für Jahresbeiträge, die in dem genannten Beispiel einen namhaften Betrag ausmachen und das – dann liquiditätsarme – Institut übermäßig belasten würden.

Kritisch anzumerken ist auch, dass durch das einseitige und undifferenzierte Abstellen auf den Jahresüberschuss der Institute als Begrenzung der Beitragserhebung zudem etwaige unternehmerisch begründete steuerliche Verlustvorträge der Institute materiell „ausgehebelt“ würden, da die betroffenen

Institute dann zwar keine entsprechenden Steuern, dafür aber entsprechend erhöhte EdW-Beiträge zu leisten haben, was im Ergebnis zu einer erheblichen Benachteiligung im Vergleich zu den Instituten führt, die keine solchen Verlustvorträge gebildet haben und entsprechend niedrigere EdW-Beiträge leisten müssen.

3. § 2 EdWBeitrV-E (betr. Berechnung des Jahresbeitrages)

- a) Soweit in § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 8 EdWBeitrV-E materielle Abweichungen zum bisherigen Beitragsrecht vorgenommen werden sollen, sollten solche Abweichungen im Begründungsteil der Verordnung erläutert werden. Einer solchen Begründung fehlt es bislang namentlich für die geplante Neuregelung in Nr. 7 (insbes. Erläuterung des Begriffs „Sicherungsgeschäfte“).

Soweit in Nr. 5 a.E. nunmehr beabsichtigt ist, Erträge von der sog. 90%-Regelung auszunehmen, die aus Geschäften mit entschädigungsberechtigten Endkunden *resultieren*, sollte in die Begründung der Verordnung der Hinweis aufgenommen werden, dass es sich hier um eine reine Klarstellung handelt, die die bisherige materielle Handhabung der Regelung nicht beeinträchtigt. Zudem sollte klargestellt werden, dass eine erfasste „Kette“ vom Institut zu einem entschädigungsberechtigten Endkunden stets auch noch daran zu messen ist, ob hier ein Entschädigungsfall des Instituts gegenüber dem Kunden überhaupt in Betracht kommt – was insbesondere bei einer Reihe von Vermittlungskonstellationen nicht der Fall ist. Auch der Fall, dass ein entschädigungsberechtigter Endkunde eine Wertpapierorder an eine Bank gibt, die diese dann im Wege des Finanzkommissionsgeschäfts (im eigenen Namen für fremde Rechnung) an ein anderes Institut – beispielsweise an einen Börsenmakler – weiterleitet bzw. vermittelt, kann definitiv nicht dazu führen, Erträge dieses Instituts als aus einem Geschäft mit einem entschädigungsberechtigten Endkunden resultierend anzusehen.

- b) Soweit die genannte Nr. 5 berücksichtigt, dass aus Geschäften mit nicht-entschädigungsberechtigten Kunden überhaupt keine Risiken im Hinblick auf den Eintritt eines Entschädigungsfalles resultieren, bleibt völlig unberücksichtigt, dass zahlreiche Institute überhaupt keine entschädigungsberechtigte Kunden haben, sondern ausschließlich mit institutionellen kontrahieren. Diese Institute – namentlich Wertpapierhandelsbanken und Finanzdienstleistungsinstitute in der Form von Börsenmaklern und Wertpapierhändlern werden – trotz der „Privilegierung“, die die sog. 90%-Regelung der Nr. 5 mit sich bringt – im Rahmen der EdW-Beitragserhebung massiv in Anspruch und „schultern gewissermaßen den Löwenanteil“ des Beitragsaufkommens – ohne ein Entschädigungsrisiko zu gene-

rieren.⁴ Hinzu kommt, dass diese Institute sich im Rahmen der Novellierung des Beitragsregimes auch noch mit einer 3,5fachen Erhöhung ihrer Jahresbeiträge konfrontiert sehen, während die Novellierung für sie andererseits keinerlei weitere Erleichterungen mit sich bringt – und insoweit von der allseits propagierten *risikoorientierteren Beitragsbemessung* keine Rede sein kann.⁵

Für die genannten Institute, die überhaupt keine entschädigungsberechtigten Kunden haben und damit kein Entschädigungsrisiko generieren, verstößt die geplante Beitragsinanspruchnahme massiv gegen deren Grundrechte. Es ist daher geboten, diese Institute allenfalls in Höhe eines die Verwaltungskosten der EdW mittragenden „Basisbeitrags“ in Anspruch zu nehmen, der durchaus auch höher ausfallen kann als die bislang in der EdWBeitrV-E vorgesehenen Mindestbeiträge.⁶

- c) Soweit in § 2 Abs. 2 Satz 3 EdWBeitrV-E vorgesehen ist, dass lediglich „ein Ermäßigungstatbestand des Satzes 2 angewandt werden“ kann, sollte hiervon die Nr. 7 (Aufwand aus Sicherungsgeschäften) ausgenommen und ggf. kumulativ zu den anderen Nummern in Ansatz gebracht werden. Dies rechtfertigt sich daraus, dass durch Sicherungsgeschäfte das Risiko des Eintritts bzw. der Umfang eines etwaigen Schadens stets gemindert und die Institute in diesem Fall gleichsam eine Art Versicherungsprämie „gegenüber“ dem Schadensfall erbringen würden.
- d) Soweit gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 8 EdWBeitrV-E – entsprechend dem bisherigen Recht – Ermäßigungstatbestände aufgeführt sind, sollen die Institute angesichts der neuen Rechtslage gemäß § 2 Abs. 2 Satz 4 i.V.m. Abs. 4 i.V.m. § 7 Abs. 7 EdWBeitrV-E entsprechende Anträge und Antragsunterlagen (sog. Beitragserhebungsbogen inkl. Wirtschaftsprüferbestätigung) in diesem Jahr zum 1. September einreichen.

⁴ Ebenfalls generieren auch Institute ohne Zugriff auf Kundenvermögen bei erlaubnisgerechtem Geschäft keinerlei Entschädigungsrisiko. Soweit sich in dieser Gruppe eine Reihe von Instituten findet (namentlich Börsenmakler in der Form von Finanzdienstleistungsinstituten), die *zudem* auch gar keine entschädigungsberechtigten Kunden haben, ist das Entschädigungsrisiko mithin gar „doppelt ausgeschlossen“ (sic!).

⁵ Klar ist, dass die EdW ohne das hohe Beitragsaufkommen bei den genannten Instituten finanziell nicht existieren könnte und die Beiträge dieser Institute vor allem den Zweck haben, den „Phoenix-Topf zu füllen“.

⁶ In diesem Zusammenhang könnte für die betreffenden Institute „aufsichtsrechtlich flankierend“ insbesondere auch die ausdrückliche Einschränkung in deren Erlaubnis nach § 32 KWG aufgenommen werden, dass die von der Erlaubnis umfassten Bankgeschäfte und/oder Finanzdienstleistungen ausschließlich gegenüber nicht-entschädigungsberechtigten Kunden und mithin nicht gegenüber Privatanlegern erbracht werden. – Einer solchen pragmatischen Einschränkung der Erlaubnis hat sich die BaFin bislang ausdrücklich widersetzt. Wohl wissend, dass man dadurch der EdW zwar einerseits völlig risikofreie Institute, andererseits aber auch die Masse ihrer größten Beitragszahler „entziehen“ würde.

Der Verordnungsentwurf sollte weiterhin dahingehend abgeändert werden, dass es der *nochmaligen* Einreichung von Antrag und Antragsunterlagen im Jahre 2009 nicht bedarf, soweit die Institute einen entsprechenden Antrag nach Maßgabe des bisherigen Rechts bereits zum 1. Juli 2009 gestellt und die entsprechenden Antragsunterlagen eingereicht haben. Eine erneute Antragstellung unter Beibringung erneuter Nachweise (Bestätigung Wirtschaftsprüfer) wäre eine unnötige Formalie und würde die Institute mit Kosten belasten, die sachlich nicht gerechtfertigt sind.

4. Zu § 2a EdWBeitrV-E (betr. Höhe des Beitragssatzes)

Ausweislich der Verordnungsbegründung werden die bisherigen Beitragssätze generell um das 3,5-fache erhöht. Das bedeutet im Ergebnis, dass Institute künftig mit einem Beitragssatz veranschlagt werden sollen, der dem 3,5-fachen des bisherigen Beitragssatzes entspricht.

Vor diesem Hintergrund ist der Beitragssatz der neuen Gruppe Nr. 7 mit 2,46% unzutreffend ermittelt und muss zwingend in einen Beitragssatz von lediglich 1,23 % abgeändert werden.

Die in der neuen Gruppe Nr. 7 erfassten Institute – Finanzdienstleistungsinstitute, die ggf. neben anderen Finanzdienstleistungen noch Eigenhandel (§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 4 KWG) und/oder Eigengeschäfte (§ 1 Abs. 1a Satz 3 KWG) betreiben und keine Befugnis haben, sich Eigentum oder Besitz an Geldern oder Wertpapieren von Kunden zu verschaffen – waren bislang gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, 2. Halbsatz EdWBeitrV erfasst und es galt insoweit ein Beitragssatz von 0,35 %. Eine 3,5-fache Erhöhung des Beitragssatzes führt deshalb zu einem neuen Beitragssatz von 1,23 % und nicht zu einem Beitragssatz von 2,46 %; was für die betreffenden Institute ansonsten eine etwa siebenfache Erhöhung (sic!) bedeuten würde.

Die vorstehenden Erwägungen gelten gleichermaßen für Wertpapierhandelsbanken (bisherige Gruppe Nr. 1), die wegen geringfügiger Erträge aus Bankgeschäften und mangels Befugnis, sich Eigentum oder Besitz an Geldern oder Wertpapieren von Kunden zu verschaffen, bislang eine „Umgruppierung“ in die Gruppe Nr. 5 erwirken konnten (im Falle des Betriebens von Eigenhandel und Eigengeschäften: Nr. 5, 2. Halbsatz) und damit einen relevanten Beitragssatz von 0,35 % erhalten haben. Solche Institute fallen nunmehr nach entsprechender Umgruppierung ebenfalls unter die neue Gruppe Nr. 7 und sollen den dort unzutreffenden Beitragssatz von 2,46 % – statt 1,23 % als das 3,5-fache – erhalten.

Ebenso unzutreffend wie der vorstehend für die neue Gruppe Nr. 7 geplante Beitragssatz von 2,46 % ist der in der neuen Gruppe Nr. 4 geplante Beitragssatz von ebenfalls 2,46 %. Hier werden Institute erfasst, die nach Maßgabe der bisherigen Beitragsverordnung in der Gruppe Nr. 3, 2. Halbsatz erfasst waren und für die mithin bisher ein Beitragssatz von 0,35 % galt, der korrekt

um das Dreifache erhöht nunmehr 1,23 % ausmachen müsse (nicht aber das etwa Siebenfache in Höhe von 2,46 %).

5. Zu § 2b EdWBeitrV-E (betr. abweichende Zuordnung zu den Beitragsgruppen)

Die geplante Regelung sieht unter Nr. 1 eine abweichende Zuordnung zu den Beitragsgruppen bzw. eine Umgruppierung u.a. dann vor, wenn ein Institut, dessen Erlaubnis keine Beschränkung erhält, sich Eigentum und Besitz an Geldern oder Wertpapieren von Kunden zu verschaffen (gilt insbesondere für Wertpapierhandelsbanken der alten und neuen Gruppe Nr. 1), nachweist, dass eine solche Befugnis „in allen im Zeitpunkt der Antragstellung bestehenden Verträgen mit Kunden ausgeschlossen“ ist. – Bislang reichte insoweit gemäß § 2 Abs. 4 i.V.m. Absatz 1 Satz 3 EdWBeitrV eine Bestätigung des Wirtschaftsprüfers zum Vorliegen der tatsächlichen Verhältnisse des Instituts aus, keine entsprechende Befugnis aufgrund der Kundenbeziehungen zu haben. Die geplante Neuregelung verschärft die hier bislang bestehenden Anforderungen damit erheblich und erfordert umfangreiche Anpassungen der Verträge der Institute mit deren Kunden, die innerhalb der kurzen Zeitspanne zwischen Inkrafttreten der Verordnung und dem 1. September 2009 (Ausschlussfrist für die Antragstellung gemäß der geplanten Regelung in § 7 Abs. 7 EdWBeitrV-E) faktisch nicht zu erbringen sind.

Unser Petition im vorstehenden Zusammenhang lautet daher wie folgt:

- **Vorrangig:** Die bisherige – in der Praxis bewährte (sic!) – Regelung zur Erbringung eines entsprechenden Nachweises der fehlenden Befugnis zum Zugriff auf Kundenvermögen wird beibehalten. Eines weitergehenden Nachweises des Ausschlusses der Befugnis zum Zugriff auf Kundenvermögen durch ausdrückliche Aufnahme in bestehende Kundenverträge bedarf es nicht.
- **Hilfsweise:** Die insoweit erhöhten Anforderungen an die Institute (ausdrücklicher Ausschluss der Befugnis in den Kundenverträgen) gelten nur insoweit, als es sich um Verträge mit entschädigungsberechtigten Kunden im Sinne von § 3 Abs. 1 EAEG handelt; für Verträge mit nicht-entschädigungsberechtigten Kunden bleibt bei der bislang bewährten Praxis des Nachweises. (Teleologisch wäre es angesichts des hiermit verbundenen Aufwandes für die Institute nicht vertretbar, die erhöhten Anforderungen auch auf Verträge mit nicht-entschädigungsberechtigten Kunden zu erstrecken.)
- **Höchst hilfsweise:** Die insoweit erhöhten Anforderungen an die Institute kommen materiell erstmalig im Zusammenhang mit der Beitragserhebung im Jahre 2010 als Gegenstand der Antragstellung per 01.07.2010 zum Tragen. (Zur Begründung könnte insoweit herangezogen werden, dass auch der individuelle Kundenstrukturzuschlag nach § 2b EdWBeitrV-

E erstmals im Hinblick auf die Jahresbeitragshebung 2010 materielle Rechtswirkung entfaltet.

- *Höchst hilfsweise*: In die geplante Übergangsregelung gemäß § 7 Abs. 7 EdWBeitrV-E wird eine angemessene Übergangsfrist aufgenommen und anstelle des Stichtages 1. September der Stichtag 1. November und anstelle des Stichtages 30. September der Stichtag 30. November aufgenommen.

Weiterhin sollte im Zusammenhang mit der Vorschrift des § 2b EdWBeitrV-E die Regelung aufgenommen werden, dass Umgruppierungsanträge, die von den Instituten in diesem Jahr bereits zum 1. Juli gestellt worden sind, rechtswirksam bleiben und es insoweit keiner weiteren Antragstellung und keiner Einreichung weitergehender Nachweise bedarf. – Eine erneute Antragstellung unter Beibringung erneuter Nachweise (Bestätigung Wirtschaftsprüfer) wäre – insbesondere vor dem Hintergrund materiell gleichbleibender Anforderungen, vgl. vorrangiges Petitum unter a) – eine unnötige Formalie und würde die Institute mit Kosten belasten, die sachlich nicht gerechtfertigt sind.

6. Zu § 2c EdWBeitrV-E (betr. Erhöhung des Jahresbeitrags)

Soweit die geplante Einführung des Kundenstrukturzuschlags ausschließlich auf *entschädigungsberechtigte* Gläubiger des Instituts abstellt, sollte auf eine gesonderte Angabe der Gläubigerzahl gegenüber der EdW jeweils zum 1. Juli verzichtet werden, wenn dem zu diesem Zeitpunkt der EdW bereits der relevante Prüfungsbericht des Instituts vorliegt und diesem zu entnehmen ist, dass das Institut keine entschädigungsberechtigten Gläubiger bzw. Kunden hat. (Entsprechendes gilt im Jahre 2009 für die Angabe gemäß § 7 Abs. 7 Satz 2 EdWBeitrV-E.)

7. Zu §§ 2 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. Abs. 6, 2b Abs. 3 Satz 5, 7 Abs. 7 EdWBeitrV-E (betr. Ausschlussfrist)

Die genannten Vorschriften sehen absolute Ausschlussfristen für Antragstellungen der Institute vor, aufgrund derer Privilegierungen in Anspruch genommen werden, die bei positiver Bescheidung zu einer Reduzierung der Beitragslast führen. Die Anordnung solcher – mit erheblichen Rechtsverlusten verbundenen – absoluter Ausschlussfristen im Wege einer Rechtsverordnung genügt nur dann dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Gesetzesvorbehalts, wenn sich im zugrunde liegenden Gesetz eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage findet. Vorliegend ist die generelle Verordnungsermächtigung in § 8 Abs. 8 EAEG als gesetzliche Rechtsgrundlage für die Regelung der monierten Ausschlussfristen in der Beitragsverordnung nicht hinreichend bestimmt genug. – Hier gilt es mithin im EAEG und/oder im weiteren Rechtsetzungsverfahren der EdWBeitrV nachzubessern.

8. §§ 2 Abs. 3 Satz 1, 2a Abs. 2 Satz 1 EdWBeitrV-E (betr. zu berücksichtigendes Geschäftsjahr der Institute)

Anders als bislang im Rahmen der Beitragserhebung auf die Verhältnisse der Institute im letzten Geschäftsjahr abzustellen, stellt der Verordnungsentwurf nunmehr auf die Verhältnisse im letzten vor dem 1. März des jeweiligen Abrechnungsjahres abgelaufenen Geschäftsjahres der Institute ab. – Materielle Änderungen für Institute, deren Geschäftsjahr dem Kalenderjahr entspricht, sind hiermit nicht verbunden.

Problematisch erscheint hier der beispielhaft anzuführende – aber tatsächlich existierende – Fall, dass das Ende des Geschäftsjahres eines Instituts auf den 31. März fällt: Für die Jahresbeitragserhebung 2009 (Abrechnungsjahr der EdW 2008/2009) müsste hier noch einmal auf genau dieselben Verhältnisse des Instituts abgestellt werden, die bereits im Zusammenhang mit der Jahresbeitragserhebung der EdW 2008 berücksichtigt worden sind (Verhältnisse des Instituts im Geschäftsjahr 01.04.2007 bis 31.03.2008). Im Rahmen der Beitragserhebung 2010, die gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 EAEG erst zum Ende des Abrechnungsjahres der EdW 2009/2010 stattfände, müsste dann auf Verhältnisse des Instituts zurückgegriffen werden, die bereits mehr als eineinhalb Jahre zurückliegen; Entsprechendes gilt für die Beitragserhebungen in den Folgejahren. – Zum Zwecke der Beitragsgerechtigkeit sollte daher auch weiterhin – wie bisher, vgl. § 2 Abs. 1 Satz 2 EdWBeitrV – generell auf die Verhältnisse der Institute in deren jeweils letzten Geschäftsjahr abgestellt werden.

Generell plädieren wir zudem dafür, das weitere Rechtsetzungsverfahren dazu zu nutzen, hinreichend klare Hinweise in die Verordnung bzw. deren Begründung aufzunehmen, aus denen sich ergibt, wie einerseits die einzelnen Neuregelungen verwaltungstechnisch „gelebt“ werden und wie andererseits die Institute etwaige neu normierte Anforderungen konkret erfüllen sollen. Die Verordnung wäre ansonsten – insbesondere vor dem Hintergrund, dass erste materielle Ausschluss- bzw. Präklusionsfristen bereits kurz nach Inkrafttreten der Verordnung zu Lasten der betroffenen Institute greifen sollen – zu unbestimmt.

Weiterhin erlauben wir uns den Hinweis, dass gegen das eingangs der Verordnungsbegründung erwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 2004 nach wie vor eine Verfassungsbeschwerde anhängig ist, die bekanntermaßen auch zur Entscheidung angenommen wird. Sollte der Verfassungsbeschwerde stattgegeben werden, beträfe die Rechtswirkungen des Urteils auch das nunmehr novellierte EAEG bzw. die zur Novellierung anstehende EdWBeitrV, denn die im Rahmen der Verfassungsbeschwerde gerügten strukturellen Webfehler des hiesigen Entschädigungsregimes bestehen auch nach Maßgabe des neuen Rechts unverändert fort.

Hinzu kommt, dass auch vor dem Hintergrund der des nunmehr geplanten Beitragsregimes keineswegs ersichtlich ist, wie die EdW den bekannten⁷ Rückzahlungsverpflichtungen aus dem Kredit des Bundes für die Entschädigung der Phoenix-Kunden nachkommen will. Dies insbesondere auch vor dem Hintergrund des zwischenzeitlichen „Abgangs“ namhafte EdW-Mitglieder, den signifikant steigenden Verwaltungskosten der EdW und der anhaltend schlechten wirtschaftlichen Situation der EdW-Mitglieder im Zuge der Finanzmarktkrise. Das neue Beitragsregime in der geplanten Form zu implementieren, ohne den oben unter 1. genannten Hinweis des Verwaltungsgerichts Berlin überhaupt erwogen zu haben, liefe darauf hinaus, auch weiterhin die fehlende finanzielle Tragfähigkeit der EdW bewusst in Kauf zu nehmen.

Angesichts der aufgeführten erheblichen materiellen Einwände gegen die geplante Novellierung der Beitragsverordnung, die sich in dieser oder ähnlicher Form auch in weiteren Stellungnahmen im anhängigen Konsultationsverfahren der Spitzenverbände finden dürften, halten wir zudem eine mündliche Anhörung der beteiligten Kreise im Rahmen des laufenden Konsultationsverfahrens für zwingend erforderlich.

Mit freundlichen Grüßen

Michael H. Sterzenbach
Geschäftsführer

Dr. Hans Mewes
Justiziar

⁷ Vgl. BT-Drucksache 16/11867 vom 06.02.2009, Beantwortung Frage 9.