

## **BVI<sup>1</sup>-Stellungnahme zu den Verfassungsbeschwerden über EdW-Jahresbeiträge** **Aktenzeichen: 2 BvR 243/15 und 2 BvR 244/15**

### **I. Allgemeine Anmerkungen**

Die praktischen Erfahrungen seit Inkrafttreten des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes (EAEG) im Jahr 1998 haben gezeigt, dass die Anlegerentschädigung neben der Einlagensicherung sowie dem neu geschaffenen Restrukturierungsfonds ein weiteres wichtiges und notwendiges Element ist, um das Vertrauen der Anleger in den Finanzmarkt zu erhalten und zu stärken. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die bisher festgestellten Anlegerentschädigungsfälle regelmäßig auf strafbarem Handeln beruhen (z. B. Betrug, Untreue, Unterschlagung).

Die Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW) hat seit ihrer Einrichtung mit der Abwicklung und Bearbeitung von insgesamt 21 Entschädigungsfällen mit einem Gesamtentschädigungsvolumen von knapp 300 Mio. Euro zu dieser Stabilität erheblich beigetragen. Dies konnte nur aufgrund der finanziellen Beiträge (Einmalzahlungen, Jahresbeiträge und Sonderzahlungen) der der EdW zugeordneten Unternehmen erreicht werden. Wir betonen daher ausdrücklich, dass unsere betroffenen Mitglieder, die der EdW zugeordnet sind, ihre Finanzierungsverantwortung für ein Anlegerentschädigungssystem sehr ernst nehmen und diese in keinster Weise generell ablehnen.<sup>2</sup>

Von diesem Sicherungssystem und funktionierenden Finanzmärkten profitieren alle Unternehmen, die nach der Anlegerentschädigungsrichtlinie einer Sicherungseinrichtung zugeordnet sein müssen. Hierzu zählen nicht nur die der EdW zugeordneten Unternehmen (Kapitalverwaltungsgesellschaften, Vermögensverwalter und Wertpapierhändler), sondern auch Banken, die Wertpapierdienstleistungen erbringen. Denn sie unterliegen aufgrund dieser Tätigkeiten ebenfalls einer Sicherungspflicht in einem Anlegerentschädigungssystem und ziehen mittelbar Nutzen aus den stabilisierenden Effekten der EdW.

In der Gesamtschau der gesetzlichen Anlegerentschädigung ist die bestehende Finanzierungslast spätestens seit dem Entschädigungsfall der Phoenix Kapitaldienst GmbH mit einem Entschädigungsvolumen von über 260 Mio. Euro und dem daraufhin geänderten Beitragssystem durch die Gesetzesnovelle in 2009 allerdings unverhältnismäßig und einseitig auf die der EdW zugeordneten Unternehmen konzentriert. Infolge des Phoenix-Falls erhöhten sich die jährlichen Beiträge der EdW-Institute um das 3,5fache. Zusätzlich müssen sie seit 2010 bis voraussichtlich 2017 hohe Sonderzahlungen bis zum Fünffachen ihres Jahresbeitrages leisten. Dies führt im Vergleich zu den übrigen inländischen und ausländischen Unternehmen, die ebenfalls einem Anlegerentschädigungssystem angehören müssen und nicht der EdW zugeordnet sind, zu ungleichgewichtigen Belastungen.

Insbesondere weichen die jeweils geltenden Beitragsbemessungsvorgaben sowie die Kriterien, welche Wertpapiergeschäfte überhaupt eine Beitragspflicht nach sich ziehen, in den gesetzlichen Anlegerent-

---

<sup>1</sup> Der BVI vertritt die Interessen der deutschen Investmentindustrie. Seine 95 Mitglieder verwalten über 2,6 Billionen Euro in OGAWs, AIFs und Vermögensverwaltungsmandaten.

Mit der Interessenvertretung der Mitglieder engagiert sich der BVI für bessere Rahmenbedingungen für die Investmentanleger. Die Mitgliedsgesellschaften des BVI betreuen direkt oder indirekt das Vermögen von rund 50 Millionen Menschen in rund 21 Millionen Haushalten.

<sup>2</sup> a.A.: EdW in ihrem Tätigkeitsbericht 2015, Seite 24: „Dennoch klagten Institute auch gegen Beitragsbescheide in der maßgeblichen Fassung der EdWBeitrV vom 17.08.2009, weil sie weiterhin grundsätzlich ihre Finanzierungsverantwortung ablehnen.“



schädigungssystemen erheblich voneinander ab. Der EdW-Beitrag richtet sich danach, wie hoch die Erträge aus den Wertpapiergeschäften des jeweiligen Unternehmens sind. Hat es Zugriff auf die Wertpapiere und Gelder der Kunden, erhöht sich der Jahresbeitrag. Bei den Einrichtungen der privaten und öffentlichen Banken, EdB und EdÖ, ist das anders. Dort spielen Erträge aus Wertpapiergeschäften für die Berechnung der Beiträge keine Rolle. Ein Beispiel: Bei acht Millionen Euro Ertrag aus Wertpapiergeschäften müsste eine Bank (ohne Berücksichtigung ihres tatsächlichen Einlagengeschäfts) nur den jeweils geltenden Mindestbeitrag zwischen 5.000 und 15.000 Euro zahlen. Ein EdW-Institut müsste der EdW dagegen zwischen 98.400 und 308.000 Euro überweisen, also etwa das 20fache. Das führt zu gewaltigen Unterschieden, die auch nicht durch übergreifende Regelungen innerhalb der gesetzlichen Anlegerentschädigungseinrichtungen ausgeglichen werden. Aus diesen Gründen bedarf es dringend einer verfassungsmäßigen Überprüfung des in Deutschland implementierten Anlegerentschädigungssystems.

Der Ansatz eines angemessenen und übergreifenden Sicherungssystems mit dem Ziel, das Vertrauen auf ein funktionierendes Entschädigungssystem zu erhalten, wurde bereits bei der Anpassung der gesetzlichen Einlagensicherungssysteme infolge der Finanzkrise berücksichtigt. Zum einen wurden die gesetzlichen Entschädigungseinrichtungen der Banken gleichermaßen im Rahmen der EAEG-Reformen von 2009 und 2015 überarbeitet, um die geänderte Einlagensicherungsrichtlinie umzusetzen. Die damit verbundenen Änderungen dienten ausdrücklich dazu, das Vertrauen der Einleger in die europäischen Banken und in das finanzielle Sicherheitsnetz der EU zu erhalten.<sup>3</sup> Zum anderen hat der Gesetzgeber im Rahmen des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes die Banken gestützt und Rahmenbedingungen geschaffen, um etwaige Liquiditätsengpässe zu überwinden und die Finanzmarktstabilität zu stärken.<sup>4</sup> Durch diese Stützungsmaßnahmen hat der Gesetzgeber außerdem im Bereich der Einlagensicherung den Grundsatz übergangen, dass nur der Entschädigungsfonds für die Einlagensicherungsansprüche haftet.<sup>5</sup> Im Bereich der Einlagensicherung fand damit systemübergreifend eine gleichmäßige Verteilung der sich hieraus ergebenden Kostenbelastung auf die betroffenen Banken statt.

Dieser Maßstab des Vertrauens in die Finanzsysteme darf nicht nur einseitig für die Einlagensicherung gelten, sondern muss auch zwingend für die Anlegerentschädigung zur Sicherung von Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften herangezogen werden. Die Anlegerentschädigungsrichtlinie misst dem Vertrauen in das Finanzsystem unabhängig von der Einlagensicherung gleichermaßen eine wesentliche Bedeutung zu. Das Argument, dass Wertpapiergeschäfte erbringende Einlagenkreditinstitute bereits zu erheblichen Zahlungen an die Einlagensicherungssysteme sowie den Restrukturierungsfonds verpflichtet sind und insoweit keine gravierenden Niveauunterschiede im Vergleich zu den EdW-Instituten existieren, kann daher nicht herangezogen werden. Denn diese Zahlungspflichten sind von den Sicherungspflichten für ein Anlegerentschädigungssystem strikt zu trennen. Bei der Bewertung von ungleichgewichtigen Belastungen kann es daher nur auf die Beitragspflicht zur Finanzierung von Entschädigungsansprüchen für Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften auf Grundlage der Anlegerentschädigungsrichtlinie ankommen, die nicht mit zusätzlichen Zahlungspflichten aufgrund anderer Rechtsgrundlagen mit anderen Regelungszielen verglichen werden dürfen, zu denen im Übrigen die EdW-Institute überhaupt nicht verpflichtet sind.

Der Maßstab des Vertrauens in die Finanzsysteme gilt gleichermaßen auch für die EdW-Institute. Ein Beitragssystem, das die Finanzierungslast für Anlegerentschädigungsansprüche gerecht auf alle siche-

<sup>3</sup> Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2009/14/EG zur Änderung der Richtlinie 94/19/EG über Einlagensicherungssysteme im Hinblick auf die Deckungssumme und die Auszahlungsfrist vom 11. März 2009; ABl. EU Nr. L 68, 13.03.2009.

<sup>4</sup> Vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG), BT-Drs. 16/10600, S. 9.

<sup>5</sup> Vgl. § 8 Abs. 10 EAEG (neu: § 22 Abs. 4 EinStG bzw. § 8 Abs. 11 AnlEntG).



rungspflichtigen Unternehmen im Anwendungsbereich der Anlegerentschädigungsrichtlinie verteilt, ist deshalb auch als Vorsorgemaßnahme zur Erhaltung des Vertrauens der EdW-Institute in die Finanzmarktregulierung zwingend erforderlich. Dieses Vertrauen wurde durch die bisherige gesetzliche Regelung erheblich erschüttert, was auch die zahlreichen Widerspruchsverfahren und gerichtlichen Verfahren gegen die Beitragsfestsetzungen der EdW beweisen. Alleine die Anzahl der verwaltungsgerichtlichen Verfahren liegt im dreistelligen Bereich. Ein weiteres Festhalten an diesem System ohne grundlegende Änderungen ist auch nicht geeignet, das Vertrauen der EdW-Institute in ein gesetzliches Sicherungssystem wieder herzustellen oder aus der EdW eine finanziell tragfähige Einrichtung zu machen.

Da wir von der Rechtswidrigkeit des bestehenden gesetzlichen Systems überzeugt und eine Vielzahl der sich stellenden rechtlichen Fragen nach wie vor nur unzureichend beantwortet sind, haben wir unseren Mitgliedern entsprechende Muster-Widersprüche gegen die Jahresbeiträge und Sonderzahlungen zur Verfügung gestellt. Exemplarisch fügen wir Ihnen die Musterwidersprüche gegen die Jahresbeiträge und Sonderzahlungen für das Jahr 2010 (**Anlagen 1 und 2**) und das Jahr 2015 (**Anlagen 3 und 4**) bei. Wir möchten daher im Nachfolgenden nur auf die wesentlichen praktischen Probleme eingehen und verweisen hinsichtlich der rechtlichen Ausführungen auf die Musterwidersprüche sowie die weiteren von unseren Mitgliedern in diversen verwaltungsgerichtlichen Verfahren geltend gemachten Argumente. Die entsprechenden verwaltungsgerichtlichen Akten haben sie bereits angefordert.

## **II. Betroffenheit der Mitglieder des BVI**

### **1. Kapitalverwaltungsgesellschaften**

Von den derzeit der EdW zugeordneten 743 Unternehmen sind 43 Kapitalverwaltungsgesellschaften.<sup>6</sup> Die Anzahl der Kapitalverwaltungsgesellschaften innerhalb der EdW hat sich in den letzten zehn Jahren fast verdoppelt. Auch wenn sie im Verhältnis zur Gesamtzahl der EdW-Unternehmen nur einen geringen Anteil ausmachen, gehören sie zu den größten Beitragszahlern und leisten damit einen wesentlichen Beitrag zur Finanzierung der EdW. Allein die jährlichen Gesamtbeiträge (Jahresbeitrag und Sonderzahlung) von nur einzelnen Kapitalverwaltungsgesellschaften lagen seit 2009 zeitweise im Millionen-Euro-Bereich.

Kapitalverwaltungsgesellschaften werden der EdW nur zugeordnet, soweit sie neben der Fondsverwaltung (sog. kollektive Vermögenverwaltung) sicherungspflichtige Wertpapierdienstleistungen (Finanzportfolioverwaltung, Anlageberatung, Anteilscheinkontenverwaltung) als zusätzliche Dienstleistungen gegenüber Kunden erbringen. Allein die kollektive Vermögensverwaltung als Kerngeschäft von Kapitalverwaltungsgesellschaften löst daher keine Zuordnung und Sicherungspflicht in einem Anlegerentschädigungssystem aus.

### **2. Sonderfall: Verwaltung fremder Fonds**

Unter anderem als Reaktion auf die fehlenden finanziellen Mittel infolge des Phoenix-Falls qualifizierte der deutsche Gesetzgeber seit Ende 2007 die sogenannte Verwaltung fremder Fonds durch Kapitalverwaltungsgesellschaften als Teil der (individuellen) Finanzportfolioverwaltung und damit als Dienstleistung, die eine Zuordnung zur EdW und eine entsprechende Beitragspflicht zur Folge hat.

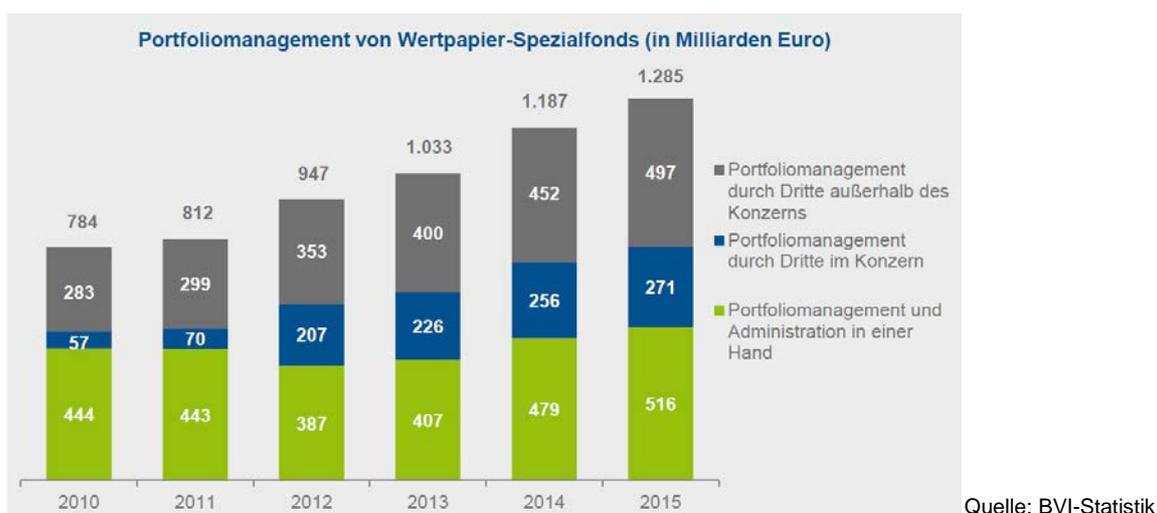
Dies betrifft folgenden Fall, der in der Fondspraxis immer mehr an Bedeutung gewinnt: Eine Kapitalverwaltungsgesellschaft darf bei der Verwaltung von Fonds bestimmte Tätigkeiten auslagern, wozu

---

<sup>6</sup> Vgl. EdW-Tätigkeitsbericht für 2015.

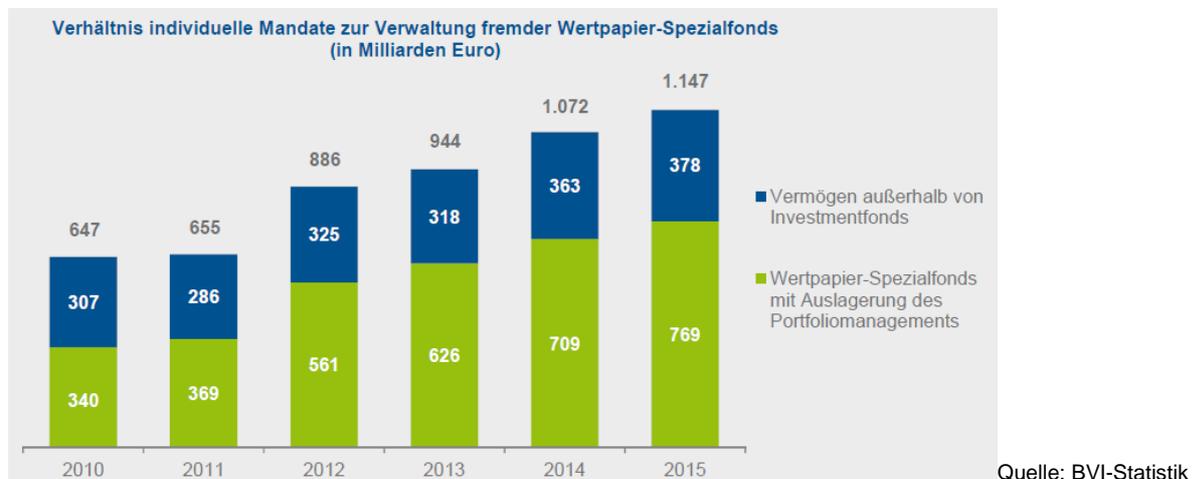
auch die Entscheidung über den Kauf oder Verkauf von Vermögenswerten für den verwalteten Fonds zählt (Portfolioverwaltung). Diese Übertragung der Portfolioverwaltung darf nur auf ein anderes Unternehmen (Auslagerungsunternehmen) erfolgen, das für Zwecke der Vermögensverwaltung zugelassen ist und einer wirksamen öffentlichen Aufsicht unterliegt. Hierzu zählen z. B. andere Kapitalverwaltungsgesellschaften oder Finanzdienstleistungsinstitute mit der Erlaubnis zur Finanzportfolioverwaltung im Sinne des KWG.

Von der Möglichkeit der Auslagerung der Fondsverwaltung wird in der Praxis insbesondere bei sogenannten Spezialfonds mit institutionellen Anlegern (z. B. Versicherer, Banken etc.) Gebrauch gemacht. In diesen Fällen werden entweder die Fondsverwaltung für einen Fonds insgesamt oder nur einzelne Segmente eines Fonds auf ein auf die jeweilige Anlagestrategie spezialisiertes Auslagerungsunternehmen übertragen. Im Jahr 2015 haben von den Wertpapier-Spezialfonds mit einem verwalteten Fondsvolumen von insgesamt 1,285 Billionen Euro rund 60 Prozent die Anlageentscheidungen auf spezialisierte Verwalter im In- und Ausland übertragen. Bei den übrigen 40 Prozent der Spezialfonds liegt das Portfoliomanagement in der Hand der aufliegenden Kapitalverwaltungsgesellschaft. Die ausgelagerten Portfoliomanagementleistungen werden überwiegend von Gesellschaften außerhalb des Konzernkreises erbracht (39 Prozent). Für 21 Prozent der Vermögenswerte treffen konzerninterne Dritte die Anlageentscheidungen.



Betrachtet man im Sinne der deutschen gesetzlichen Interpretation die als Wertpapierdienstleistung sicherungspflichtige Finanzportfolioverwaltung als Summe der Portfolioverwaltung außerhalb von Investmentfonds (individuelle Mandate) und der Verwaltung fremder Fonds, ergibt sich folgendes Bild: Im Jahr 2015 machte die Verwaltung fremder Wertpapier-Spezialfonds im Verhältnis zu den individuellen Mandaten einen erheblichen Anteil von über 65 Prozent aus.<sup>7</sup> Die für die EdW beitragsrelevanten Erträge aus der Finanzportfolioverwaltung basieren daher überwiegend aus Erträgen aus der Verwaltung fremder Fonds.

<sup>7</sup> Unberücksichtigt ist die ausgelagerte Portfolioverwaltung bei Wertpapier-Publikumsfonds. Zudem spiegeln die Zahlen das Gesamtengagement unserer Mitglieder im In- und Ausland wieder, so dass diese nicht deckungsgleich mit den für die EdW-Beitragsbemessung relevanten Zahlen sind.



### 3. Finanzdienstleistungsinstitute

Zu unseren Mitgliedern zählen neben Kapitalverwaltungsgesellschaften auch Finanzdienstleistungsinstitute, die ebenfalls der EdW zugeordnet sind. Ihr Tätigkeitsschwerpunkt liegt in der Finanzportfolioverwaltung, die sie als Auslagerungsunternehmen und Verwalter fremder Fonds im Auftrag einer Kapitalverwaltungsgesellschaft wahrnehmen. Daneben verwalten sie auch individuelle Mandate außerhalb von Investmentfonds und erbringen ggf. weitere Wertpapierdienstleistungen wie z. B. die Anlageberatung.

### 4. Regelmäßig keine entschädigungsberechtigten Kunden und Unverhältnismäßigkeit

Unsere Mitgliedsgesellschaften erbringen ihre Dienstleistungen, mit denen sie der EdW zugeordnet werden, regelmäßig gegenüber institutionellen Kunden, die selbst **keinen** Anspruch auf Entschädigung haben. Privatkunden mit einem etwaigen Entschädigungsanspruch sind bei den von unseren Mitgliedern angebotenen Geschäftsmodellen regelmäßig bei der sog. Anteilscheinkontenverwaltung (d. h. dem auf Fondsanteile beschränkten Depotgeschäft)<sup>8</sup> zu verzeichnen. Die Erträge aus diesen Geschäften sind jedoch im Verhältnis zu den Erträgen aus den individuellen Mandaten und der Verwaltung fremder Fonds nicht nennenswert.

Im Ergebnis werden unsere Mitgliedsgesellschaften aufgrund ihrer Geschäfte in erheblichem Umfang zur Finanzierung der EdW herangezogen, obwohl diese regelmäßig keine Entschädigungsansprüche begründen und die meisten ihrer Kunden selbst niemals als Gläubiger von Entschädigungszahlungen profitieren können. Entschädigungsfälle sind im Übrigen in unserem Mitgliederkreis noch nie entstanden.

Hinzu kommt, dass das Geschäftsmodell der Verwaltung von Fonds (und damit auch die Verwaltung fremder Fonds) überhaupt nicht vom Anwendungsbereich der geltenden Anlegerentschädigungsrichtlinie erfasst ist. In der für die Anlegerentschädigung maßgeblichen Rechtsbeziehung ist immer die auslagernde Kapitalverwaltungsgesellschaft (professioneller) Kunde und als Treuhänder der im Fonds verwalteten Anlegergelder niemals entschädigungsberechtigt. Auch die Anleger des Fonds haben aufgrund der kollektiven Vermögensverwaltung keinen Entschädigungsanspruch. Vielmehr existieren für das besondere Treuhandverhältnis der Kapitalverwaltungsgesellschaft gegenüber den in den Fonds investierenden Anlegern Sonderregeln, die auf EU-Ebene die OGAW- und AIFM-Richtlinien festlegen

<sup>8</sup> Vgl. § 20 Abs. 2 Nr. 3 bzw. § 20 Abs. 3 Nr. 4 KAGB.



und welche in Deutschland im KAGB umgesetzt sind. Es ist daher systemwidrig und in höchstem Maße unverhältnismäßig, dass die aus diesen Geschäften im Auslagerungsfall generierten Erträge elementar zur Finanzierung der EdW beitragen.

Vor diesem Hintergrund erlauben wir uns auf die in diesem Zusammenhang ebenfalls beim Bundesverfassungsgericht anhängigen Verfassungsbeschwerden zweier Kapitalverwaltungsgesellschaften aufmerksam zu machen, die bei der Beurteilung ungleichgewichtiger Belastungen von EdW-Beiträgen nicht außer Acht gelassen werden dürfen (vgl. Aktenzeichen: 2 BvR 2302/15, 2 BvR 2303/15, 2 BvR 2304/15, 2 BvR 2305/15, 2 BvR 2306/15, 2 BvR 2307/15, 2 BvR 2321/15.).

### **III. Das EdW-Beitragssystem**

Die EAEG-Novelle in 2009 hat einzelne Kritikpunkte bei der Finanzierung der EdW aufgegriffen und beseitigt. Erwähnenswert sind insbesondere die gesetzlich verankerte risikoorientierte Beitragserhebung sowie die Kappungsgrenzen für Sonderbeiträge und Sonderzahlungen. Auch die zusätzlichen Prüfpflichten der Deutschen Bundesbank bei den der EdW zugeordneten Unternehmen sind dazu geeignet, einen Entschädigungsfall frühzeitig erkennen zu können.

Allerdings haben die EAEG-Novelle in 2009 und die darauf folgenden Anpassungen der EdW-Beitragsverordnung das ohnehin schon komplizierte Beitragssystem durch weitere komplexe und für den Praktiker kaum zu bewältigende Regeln mit vielen Fallstricken erweitert. In der Wahrnehmung unserer Mitglieder zielten diese Regeln allein darauf ab, so viel Geld wie möglich einzusammeln, um den Phoenix-Fall abwickeln zu können. Die wesentlichen Fallstricke ergeben sich für folgende Sachverhalte:

#### **1. Komplexes Antrags- und Nachweisverfahren mit Ausschlussfristen und Zuschlägen**

Die EdW-Jahresbeiträge knüpfen an die erzielten Bruttoprovisionserträge und Bruttoerträge aus Finanzgeschäften an, die im Jahresabschluss ausgewiesen werden. Diese werden als beitragsrelevante Erträge mit dem jeweiligen risikoorientierten Beitragssatz des Unternehmens multipliziert. Dieses System ist grundsätzlich geeignet, dem gesetzlichen Kriterium der risikoorientierten Beitragsmessung gerecht zu werden. Denn besonders riskante Geschäfte, die die Gefahr eines Entschädigungsfalls bergen, sollen auch zu höheren Beiträgen führen.

Komplex wird das System jedoch dadurch, dass zunächst alle von einem EdW-Unternehmen erzielten Erträge bei Ermittlung des beitragsrelevanten Betrages herangezogen werden und nur auf Antrag des Unternehmens und aufgrund von beizubringenden Nachweisen entweder komplett oder teilweise abgezogen werden dürfen. Können Nachweise nicht erbracht werden oder wird der Antrag verspätet gestellt, müssen die Erträge aus sämtlichen und damit auch aus nicht sicherungspflichtigen Wertpapiergeschäften (z. B. auch das gesamte Fondsgeschäft) berücksichtigt werden. Allein die Vorbereitung der bei der EdW einzureichenden Unterlagen, zu stellenden Anträge und abzugebenden Erklärungen bindet erhebliche Ressourcen unserer Mitglieder.

Reicht ein Unternehmen der EdW Nachweise für die ohnehin schon komplizierte Beitragsermittlung nicht oder nicht rechtzeitig ein, ist die EdW außerdem befugt, hohe Zuschläge auf die Beiträge zu erheben. Die der EdB und der EdÖ zugeordneten Institute müssen zwar auch Nachweise bei den Entschädigungseinrichtungen einreichen. Zuschläge für Verspätungen, die zur Erhöhung des Jahresbeitrags führen, sind in deren Beitragsverordnungen nicht vorgesehen. Dies gilt ebenfalls für die in der EdW-Beitragsverordnung festgelegten Ausschlussfristen (echte Notfristen) und damit verbundenen Rechtsfolgen und Risiken.

## **2. Beitragspflicht trotz nicht entschädigungsberechtigter Kunden**

Wie eingangs ausgeführt, erkennen unsere Mitglieder die Finanzierungsverantwortung für ein Anlegerentschädigungssystem an. Die Beitragszumessung durch die EdW-Beitragsverordnung muss sich jedoch auch an den Maßstäben der gesetzlichen Vorgaben orientieren, die sich durch die EAEG-Novelle in 2009 verändert und mit der „risikoorientierten Beitragsbemessung“ ein neues gesetzliches Kriterium eingeführt haben. Es darf daher durchaus die Frage aufgeworfen werden, ob die der EdW-Beitragsverordnung zugrunde liegende Beitragszumessung aufgrund der erzielten Erträge bei einem generellen Nichtvorhandensein von nicht entschädigungsberechtigten Kunden der Höhe nach angemessen oder vielmehr in diesen Fällen nicht nur ein Mindestbeitrag gerechtfertigt ist. Allein die mit der Beitragszumessung verbundene Antrags- und Nachweispflicht, um die Bemessungsgrundlage der beitragsrelevanten Erträge anstelle von 100 Prozent auf zehn Prozent zu reduzieren, ist fehleranfällig und bestraft zusätzlich diejenigen Unternehmen, von denen ohnehin keine Entschädigungsfälle ausgehen können.

## **3. Ungleichbehandlung auch innerhalb der EdW**

Das Beitragssystem der EdW wirft nicht nur Fragen im Vergleich zu den nicht der EdW zugeordneten Wertpapierdienstleistungen erbringenden Einlagenkreditinstituten auf. Ungleichgewichtige Belastungen sind auch innerhalb der EdW angelegt. Beispielhaft sind hier die Behandlung von bilanziellen Rückstellungen<sup>9</sup> sowie die generelle Heranziehung zu einem höheren Beitragssatz für alle vom EdW-Unternehmen erbrachten Dienstleistungen, auch wenn der höhere Beitragssatz nur für einen Teilbereich der insgesamt vom EdW-Unternehmen erbrachten Dienstleistungen und für die anderen Dienstleistungen ein niedrigerer Beitragssatz gilt (sog. Ansteckungsgefahr).

## **4. BaFin als Verordnungsgeber**

Die in § 8 Abs. 9 Satz 3 AnlEntG enthaltene Möglichkeit und in der EdW-Beitragsverordnung vollzogene Übertragung der Verordnungsermächtigung vom Bundesministerium für Finanzen (BMF) auf die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) sehen wir als äußerst bedenklich an. Denn der BaFin werden im AnlEntG verschiedene Pflichten zugewiesen, die eine Beitragspflicht auslösen (z. B. wann ein Institut überhaupt einer Entschädigungseinrichtung zugeordnet wird). Zudem hat die BaFin als Widerspruchsbehörde über etwaige Widersprüche der EdW-Institute gegen die Beitragsbescheide zu entscheiden. Vor dem Hintergrund der Vielzahl der aktuell anhängigen Widerspruchsverfahren im Entschädigungsverfahren der Phoenix Kapitaldienst GmbH und der damit verbundenen Beitragserhebungen ist die vom Verordnungsgeber zu fordernde „Unabhängigkeit“ damit nicht mehr gegeben. Das BMF verfügt nach unserer Einschätzung über ausreichende Expertise in diesem Bereich und sollte federführend bei solchen wichtigen Entscheidungen, die das Finanzmarktsystem betreffen, als Verordnungsgeber tätig werden. Dies hat das BMF bereits bis zur fünften Änderungen der EdWBeitrV hinreichend unter Beweis gestellt.

---

<sup>9</sup> Die damit verbundene Ungleichbehandlung wurde durch die letzte Anpassung im AnlEntG beseitigt, bestand aber Jahre zuvor und ist bei der Würdigung des Beitragssystems seit 2009 bis 2015 mit zu berücksichtigen.

## IV. Das Beitragssystem der EdB und EdÖ

### 1. Per se keine Berücksichtigung von Erträgen aus Wertpapiergeschäften

Das in den jeweiligen Verordnungen festgelegte Beitragssystem der gesetzlichen Entschädigungseinrichtungen der EdB und EdÖ knüpft bei der Jahresbeitragserhebung für Einlagenkreditinstitute jeweils an der Bilanzposition „Verbindlichkeiten gegenüber Kunden“ des letzten aufgestellten Jahresabschlusses an. Eine Differenzierung für die Sicherungspflicht von Einlagen und derjenigen von Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften findet bei der Beitragserhebung innerhalb der EdB und EdÖ nicht statt. Die Verbindlichkeiten gegenüber Kunden setzen sich allein aus Spareinlagen, täglich fälligen Geldern und Termineinlagen einschließlich Sparbriefen zusammen. Die von einem Einlagenkreditinstitut erbrachten Wertpapiergeschäfte (z. B. das Depotgeschäft, die Finanzportfolioverwaltung und die Anlageberatung) fallen nicht unter diese Position. Erträge aus diesen Wertpapiergeschäften werden dementsprechend bei der Beitragsbemessung der EdB und EdÖ überhaupt nicht berücksichtigt. Dieser Umstand allein führt bereits zu ungleichgewichtigen Belastungen zwischen Unternehmen, die einerseits der EdW und die andererseits der EdB und EdÖ zugeordnet sind.

### 2. Verschärfung der Fragmentierung der gesetzlichen Finanzierungssysteme durch Gesetzesnovelle 2015

Darüber hinaus ist es im Zuge der letzten EAEG-Novelle im Jahr 2015 nicht gelungen, die bestehenden Vorgaben aus der Einlagensicherungsrichtlinie einerseits und der Anlegerentschädigungsrichtlinie andererseits in zwei Gesetzen vollständig zu entflechten.

Nach den Vorgaben des EinSiG<sup>10</sup> bzw. des früheren EAEG<sup>11</sup> werden bei den gesetzlichen Einlagensicherungssystemen der EdB und EdÖ Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften den Einlagen gleichgestellt. Eine solche Gleichstellung kann grundsätzlich sachgerecht sein. Voraussetzung ist jedoch, dass dadurch (wie ursprünglich vom Gesetzgeber bei Inkrafttreten des EAEG in 1998 begründet) allein eine unterschiedliche Zuordnung eines Wertpapierdienstleistungen erbringenden Einlagenkreditinstituts zu verschiedenen Sicherungseinrichtungen und Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden werden.<sup>12</sup> Die Beitragsbemessungsregeln zur Finanzierung von Anlegerentschädigungsansprüchen müssen dann jedoch bei allen gesetzlichen Sicherungseinrichtungen vergleichbar sein. Dies ist insbesondere bei folgenden Punkten nicht der Fall:

- a. Keine Sicherung von Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften ohne Wertpapier-/Kundengeldzugriff

Im Vergleich zu den sicherungspflichtigen und damit der Beitragszumessung unterliegenden Geschäften innerhalb der EdW ist in der Gleichstellung von Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften mit Einlagen bereits ein wesentlicher systematischer Bruch zu erkennen. Denn innerhalb der EdB und EdÖ sollen nur solche Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften eines Einlagenkreditinstituts sicherungspflichtig und damit grundsätzlich beitragsrelevant sein, bei denen die Verbindlichkeiten des Einlagenkreditinstituts darin bestehen, den Kunden Besitz oder Eigentum an Geld zu verschaffen. Wertpapiergeschäfte, bei denen das Einlagenkreditinstitut also keine Befugnis hat, sich Eigentum oder Besitz an den Kundengeldern zunächst selbst zu verschaffen, werden überhaupt nicht gesichert und unterliegen damit erst recht keiner Beitragspflicht.

<sup>10</sup> Vgl. § 2 Abs. 3 Satz 3 EinSiG.

<sup>11</sup> Vgl. § 4 Abs. 2 Satz 2 EAEG.

<sup>12</sup> Vgl. Gesetzesbegründung zu § 4 Abs. 2 EAEG, BT-Drs. 13/10188.

Damit schafft bereits diese gesetzliche Regelung Wertungsunterschiede, die erheblichen Einfluss auf das jeweilige Beitrags- und Sicherungssystem in der gesetzlichen Anlegerentschädigung haben. Denn innerhalb der EdW unterliegen auch Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften ohne Wertpapier-/Kundengeldzugriff einer Sicherungs- und Beitragspflicht mit einem Beitragssatz von 1,25 Prozent. Die Befugnis, auf Wertpapiere bzw. Kundengelder zuzugreifen, wird in der EdW als Ausdruck der Risikozumessung mit einem höheren Beitragssatz von 3,85 Prozent berücksichtigt.

Erschwerend kommt hinzu, dass die EdW-Beitragsverordnung von einer Vermutung ausgeht, dass zunächst alle der EdW zugeordneten Unternehmen befugt sind, sich Eigentum oder Besitz an Geldern oder Wertpapieren ihrer Kunden zu verschaffen. Diese Vermutung kann nur durch ein umständliches Verfahren entkräftet werden, indem das EdW-Unternehmen mit seiner von der BaFin erteilten Erlaubnis oder durch eine eidesstattliche Versicherung nachweist, dass die entsprechende Befugnis gegenüber den Kunden nicht besteht.

Gerade für Kapitalverwaltungsgesellschaften ist dieser Nachweis kaum zu erbringen. Denn die von der BaFin erteilten Erlaubnisse enthalten regelmäßig keine Aussagen darüber, ob die Kapitalverwaltungsgesellschaft sich Eigentum oder Besitz an Kundengeldern oder Wertpapieren verschaffen kann. Im Gegensatz zu den nach dem KWG lizenzierten Unternehmen ist dies nach den gesetzlichen Vorgaben des KAGB kein Kriterium für die Erteilung der Erlaubnis einer Kapitalverwaltungsgesellschaft. Den dann nur noch möglichen Nachweis über eine eidesstattliche Versicherung nehmen die Geschäftsleiter einer Kapitalverwaltungsgesellschaft aus geschäftspolitischen Gründen mit Blick auf die rechtlichen Auswirkungen einer solchen Erklärung im Regelfall nicht in Anspruch. Dies führt letztlich zu der Konsequenz, dass Kapitalverwaltungsgesellschaften mit dem höheren Beitragssatz „bestraft“ werden, obwohl sie in den meisten Fällen überhaupt keinen Zugriff auf Kundengelder bzw. deren Wertpapiere haben. Dies ist im Vergleich zu Einlagenkreditinstituten eine wesentliche Ungleichbehandlung.

#### b. Unterschiedliche Finanzierungsmaßstäbe

Da Ansprüche aufgrund von Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften nach den Vorgaben der Anlegerentschädigungsrichtlinie anders als nach der Einlagensicherungsrichtlinie entschädigt werden (z. B. im Hinblick auf die Entschädigungshöhe), sollen die gesetzlichen Einlagensicherungs-systeme, die auch Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften sichern, diese nach Maßgabe des AnEntG entschädigen. Damit soll sichergestellt werden, dass alle Anleger bei der Entschädigung ihrer Ansprüche nach den Vorgaben der Anlegerentschädigungsrichtlinie gleich behandelt werden.

Dieser Logik folgt das EinSiG jedoch nicht, soweit es um die Finanzierung der gesetzlichen Sicherungseinrichtungen geht. Die zuletzt geänderte Einlagensicherungsrichtlinie sieht erstmals Grundsätze vor, wie Einlagensicherungseinrichtungen finanziert werden müssen. Damit weicht sie von der Anlegerentschädigungsrichtlinie ab, die keine Finanzierungsregeln enthält und diese vielmehr der Gestaltungsfreiheit der jeweiligen EU-Mitgliedsstaaten überlässt. Infolge dessen sah das EAEG bislang zur Finanzierung aller Sicherungseinrichtungen einheitliche Beitragsregeln vor.<sup>13</sup> Die Gesetzesnovelle 2015 änderte diesen Status quo. Das EinSiG regelt nun verschiedene Finanzierungssysteme, nämlich einerseits die Finanzierung der Sicherung von dem Anwendungsbereich der Einlagensicherungsrichtlinie unterliegenden Einlagen und andererseits die Finanzierung der Sicherung von Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften. Da jedoch über das neue EinSiG aufgrund bloßer nationaler Wertung Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften mit Einlagen gleichgestellt werden, unterliegt die Sicherung von

---

<sup>13</sup> Hiervon ist jedoch die Umsetzung in den jeweiligen Beitragsverordnungen der EdW, EdB und EdÖ zu unterscheiden.

Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften bei den gesetzlichen Einlagensicherungseinrichtungen nun auch den Finanzierungsvorgaben der Einlagensicherungsrichtlinie. Damit wurden zugleich zwei unterschiedliche Systeme zur Finanzierung der Sicherung von Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften geschaffen: Einlagenkreditinstitute werden begünstigt, indem die von ihnen erbrachten und nach der Anlegerentschädigungsrichtlinie sicherungspflichtigen Wertpapiergeschäfte (z. B. Depotkundengeschäft, Anlageberatung, Finanzportfolioverwaltung) in dem Finanzierungssystem der Einlagensicherungsrichtlinie, das ausschließlich die Risiken aus Einlagen (ohne Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften) im Blick hat, überhaupt nicht berücksichtigt werden.

Die letzte Umsetzung der Einlagensicherungsrichtlinie hat in Deutschland daher dazu geführt, dass die dort verankerten Finanzierungsvorgaben einseitig auf das Wertpapiergeschäft von Banken mit Kundengeldzugriff übertragen wurden, die für EdW-Institute geltenden Finanzierungsmaßstäbe hingegen auf Grundlage nationaler und hiervon abweichender Vorgaben angesetzt werden. Der Systembruch vollzieht sich damit nicht mehr nur auf Ebene der jeweiligen Beitragsverordnungen, wie dies unter den Vorgaben des EAEG noch der Fall war, sondern seit letztem Jahr bereits auf Gesetzesebene. Die Finanzierungsverantwortung für Anlegerentschädigungsansprüche folgt damit weiterhin einem fragmentierten System mit erheblichen Unterschieden.

## **V. Notwendigkeit der Neuregulierung des gesetzlichen Anlegerentschädigungssystems**

Wegen der aufgezeigten Probleme und der verfassungsrechtlichen Bedenken aufgrund der ungleichgewichtigen Belastungen hinsichtlich des bestehenden Beitragssystems für Anlegerentschädigungseinrichtungen halten wir eine Neuregulierung des deutschen Anlegerentschädigungssystems für zwingend erforderlich.

Insbesondere bedarf es einer gesetzlichen Regelung, dass alle Wertpapiergeschäfte erbringende Unternehmen (also Einlagenkreditinstitute und EdW-Institute) hinsichtlich der Finanzierung der gesetzlichen Anlegerentschädigungseinrichtungen nach gleichen Grundsätzen behandelt werden. Zudem besteht dringender Klarstellungsbedarf, welche Wertpapiergeschäfte mit welchen Befugnissen sicherungs- und beitragspflichtig sind. Mit einer Neugestaltung könnte gleichzeitig die Verteilung der einzelnen Beiträge neu geregelt werden. So dürften Unternehmen nicht zu einer ertragsabhängigen Zahlung herangezogen werden, deren Dienstleistungen grundsätzlich keine Entschädigungsansprüche begründen und deren Kunden selbst niemals von Entschädigungszahlungen profitieren können.

Entsprechenden Handlungsbedarf hat auch die Politik bereits erkannt, indem das BMF im Vorfeld der EAEG-Reform 2009 ein Gutachten zur „Reform der Anlegerentschädigungseinrichtungen und Einlagensicherungssysteme in Deutschland“ in Auftrag gegeben hat. In dem im April 2008 als wissenschaftliche Studie veröffentlichten Gutachten schlagen die Gutachter tiefgreifende Änderungen der Anlegerentschädigungseinrichtungen vor, die in dem Gesetzespaket zur Änderung des EAEG in 2009 aufgrund der dringend notwendigen Umsetzung der europäischen Vorgaben der Einlagensicherungsrichtlinie nicht berücksichtigt wurden. Auch der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum damaligen Gesetzesentwurf festgestellt, dass durch die im EAEG geänderten Maßnahmen die bestehenden strukturellen Mängel nicht behoben werden können und vielmehr eine grundlegende Reform der Anlegerentschädigungssysteme zu prüfen ist.<sup>14</sup> Aus Sicht der Politik besteht auch weiterhin Handlungsbedarf. So haben zuletzt die Koalitionsfraktionen der CDU/CSU und SPD in 2014 bei der Gesetzesnovelle zur Aufspaltung des EAEG in ein Einlagensicherungsgesetz (EinSiG) und ein Anlegerentschädigungsgesetz (An-

---

<sup>14</sup> BR-Drs. 170/09 vom 03.04.2009.



lEntG) darauf hingewiesen, dass die bestehenden Vorgaben zur Finanzierung der Entschädigungssysteme für Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften im Falle einer Änderung der Anlegerentschädigungsrichtlinie überprüft werden müssten.<sup>15</sup>

Dabei bezieht sich die Politik auf die seit 2009 auf EU-Ebene diskutierten Vorschläge zur Änderung der Anlegerentschädigungsrichtlinie, die auch EU-einheitliche Vorgaben zur Finanzierung der Entschädigungssysteme umfassen sollen und die nicht mit denen der Einlagensicherungsrichtlinie identisch sind. Der deutsche Gesetzgeber müsste daher spätestens bei der Umsetzung dieser Vorgaben die Finanzierungssysteme für alle gesetzlichen Anlegerentschädigungssysteme nach gleichen Maßstäben behandeln. Aus unserer Sicht darf jedoch nicht gewartet werden, bis die Anlegerentschädigungsrichtlinie überarbeitet wird und deren Vorgaben dann in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Dringender Handlungsbedarf besteht bereits aufgrund der aktuellen Rechtslage.

---

<sup>15</sup> Vgl. Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drs. 18/4451, S. 98.