

**Vorab per Fax: 030/227-36844
030/227-36206**

Herrn Abgeordneten
Eduard Oswald, MdB
Vorsitzender des Finanzausschusses
Deutscher Bundestag
Paul-Löbe-Haus
Platz der Republik 1
11011 Berlin

**C:\DOKUME~1\NB\LOKALE~1\Temp
\MRG86.ADR**

Frankfurt am Main, den 21.04.2009
Az.: 00167/09 Ni/sc

**Geszentwurf der Bundesregierung “Entwurf eines Gesetzes zur
Änderung des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes
und anderer Gesetze” – BT-Drucksache 16/12255, die sowie die “Stel-
lungnahme des Bundesrates und die Gegenäußerung der Bun-
desregierung dazu” – BT-Drucksache 16/12299, sowie dem Antrag der
Fraktion der FDP “Reform der Anlegerentschädigung in Deutschland”
– BT-Drucksache 16/11458**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

ich danke Ihnen verbindlich für die erneute Einladung zur der anstehenden
Anhörung im Finanzausschuss des Deutschen Bundestages zur Reform der
Anlegerentschädigung in Deutschland, der ich wieder gerne nachkomme. Im
Vorfeld der Anhörung zur geplanten Änderung des Einlagensicherungs- und
Anlegerentschädigungsgesetzes (Art. 1) und des Finanzdienstleistungsauf-
sichtsgesetzes (Art. 3) nehmen wir wie folgt Stellung:

I. Rechtliche und tatsächliche Grundlagen der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW)

Die EdW geht zurück auf die Umsetzung der Richtlinie 97/9/EWG des europäischen Parla-

ments und des Rates vom 03.03.1997 über System für die Entschädigung der Anleger (Anlegerentschädigungsrichtlinie) (Abl EG Nr. L 84/22 vom 26.03.1997). Die vorstehende Richtlinie versteht sich als Ergänzung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10.05.1993 über Wertpapierdienstleistungen (Wertpapierdienstleistungsrichtlinie) (Abl L 141 vom 11.06.1993, S. 27). Beide Richtlinien haben zum Ziel die Gewährleistung des Schutzes der Anleger und der Stabilität des Finanzsystems im Interesse eines reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes in diesem Bereich. Die Wertpapierdienstleistungsrichtlinie enthält Vorschriften über die Zulassung von Wertpapierunternehmen und ihre Beaufsichtigung. Da dieses Aufsichtssystem keinen vollständigen umfassenden Schutz der Anleger bewirken kann, insbesondere in Betrugsfällen, will die Anlegerentschädigungsrichtlinie den Schutz der Anleger durch die Errichtung von Entschädigungseinrichtungen vervollständigen, um damit zugleich die Stabilität des Finanzsystems zu verstärken.

Die in allen Mitgliedstaaten zu errichtenden Anlegerentschädigungssysteme sollen zumindest für Kleinanleger einen harmonisierten Mindestschutz für den Fall gewährleisten, dass eine Wertpapierfirma nicht in der Lage ist, ihren Verpflichtungen gegenüber ihren Anleger-Kunden nachzukommen (so Erwägungsgrund 4). Das Entschädigungssystem soll Gelder und Instrumente abdecken, die von einer Wertpapierfirma im Rahmen der Wertpapiergeschäfte eines Anlegers gehalten werden und die in dem Fall, dass eine Wertpapierfirma nicht in der Lage ist, ihren Verpflichtungen gegenüber ihren Anleger-Kunden nachzukommen, nicht an den Anleger zurückgegeben werden können (so Erwägungsgrund 8). Bereits aus der wörtlichen Formulierung des Erwägungsgrundes 8 (das Entschädigungssystem soll "Gelder und Instrumente **abdecken**, ...") geht hervor, dass die zu schaffende Anlegerentschädigung leistungsfähig sein muss und die möglichen Ersatzansprüche des Kapitalanlegers im Einzelfall umfassen muss.

Bei der Schaffung der dreigeteilten Organisation der deutschen Entschädigungseinrichtungen, nämlich der Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH als Tochtergesellschaft des Bundesverbandes deutscher Banken, der Entschädigungseinrichtung des Bundesverbandes öffentlicher Banken Deutschland GmbH als Tochtergesellschaft des Bundesverbandes öffentlicher Banken Deutschlands und der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW) trennte man seinerzeit die Organisation der Entschädigungseinrichtungen zwischen privatrechtlichen Instituten, öffentlich-rechtlichen Instituten und "anderen Instituten". In der Gruppe der "anderen Institute" sind all die Institute zusammengefasst, die keine Einlagenkreditinstitute sind, also Kreditinstitute in Form von Wertpapierhandelsbanken (§ 1 Abs. 3d Satz 3 KWG sowie die Finanzdienstleistungsinstitute im Sinne von § 1 Abs. 1a KWG sowie bestimmte Kapitalanlagegesellschaften, die neben dem Investmentgeschäft die Finanz-

portfolioverwaltung gem. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG betreiben. Die EdW ist dabei – anders als die Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH und die Entschädigungseinrichtung des Bundesverbandes öffentlicher Banken Deutschlands GmbH ein von der Kreditanstalt für Wiederaufbau verwaltetes rechtlich unselbstständiges Sondervermögen des Bundes, in den die Wertpapierfirmen Beiträge einzahlen und zwar reguläre Jahresbeiträge und bei Deckungsdefiziten Sonderbeiträge.

Bei der Errichtung der EdW im Jahre 1998 ging man ursprünglich von 6.000 bis 7.000 Finanzdienstleistungsinstituten aus, die diesem System angehören würden. Deshalb wurde auch mit einem entsprechenden Kreis von Beitragszahlern gerechnet. Tatsächlich beläuft sich die Zahl der Institute, die der EdW zugeordnet sind, auf etwa 750. Frühere Annahmen zur Tragfähigkeit der EdW haben deshalb keine reale Grundlage.

Diese Entwicklung wird noch dadurch verschärft, dass die heute der EdW zugeordneten Institute die Beitragslasten in unterschiedlichem Umfang tragen. Die in der EdW zusammengefassten Institute sind nämlich in ihrer Größe so unterschiedlich, dass einige wenige die Hauptlast der Beiträge tragen.

Auch das Spektrum der Tätigkeiten der der EdW zugeordneten Institute ist höchst unterschiedlich. Etwa 650 von rund 750 Mitglieder der EdW sind Finanzportfolioverwalter und Anlage- und Abschlussvermittler. Diese bilden den größten Anteil der EdW-Mitglieder. Diese Finanzdienstleistungsinstitute betreiben allerdings keinen Eigenhandel und erlangen so auch weder Eigentum noch Besitz an Kundengeldern oder etwa Zugang zu diesen. Weitere 40 bis 50 Institute zählen zu den Börsenmaklern, die lediglich mit institutionellen Kunden kontaktieren, zu deren Kundenkreis keine natürlichen Personen als Anleger gehören. 20 weitere EdW-Mitglieder sind Kapitalanlagegesellschaften, bei denen die eingezahlten Kundengelder ohnehin als rechtlich selbstständige Sondervermögen getrennt vom eigenen Vermögen verwaltet werden (vgl. zum ganzen auch Gutsche, Beiträge zur Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen und ihre Wirkung für mittelständische Kreditinstitute, BKR 2003, S. 696 ff.).

Dieses “Missverhältnis” führt dazu, dass

- z. B. 3 große Beitragszahler rund 30 % der Beiträge der EdW aufbringen;
- lediglich 0,61 % der der EdW zugeordneten Institute etwa die Hälfte der Beiträge leisten und

die zehn größten Beitragszahler knapp 60 % der Gesamtbeiträge leisten (Zahlen für die Jahre 200 und 2001 vgl. Gutsche, aaO S. 699; Rieck Ineffiziente und ungleich belastende Sonderabgabe für mittelständische Banken, NVwZ 2003, S. 523 ff., 525).

Auch die bisherige Entschädigungspraxis der EdW lässt deutliche Zweifel an ihre Leistungsfähigkeit und damit auch an der Erfüllung der mit der Anlegerentschädigungsrichtlinie verfolgten Ziele zu. Wie etwa der Tätigkeitsbericht 2005 der EdW ausweist, hat die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) seit Errichtung der EdW bis zum Zeitpunkt der Erstellung des Tätigkeitsberichtes 2005 insgesamt 17 Entschädigungsfälle bei zugeordneten Unternehmen festgestellt. Insgesamt wurden seit Bestehen der EdW nach Feststellung der BaFin an rund 1.500 Anleger Entschädigungen in Höhe von insgesamt rund EUR 12 Mio. geleistet. Allein der Schadensfall Phoenix Kapitaldienst GmbH (Phoenix) betrifft jedoch rund 30.000 Anleger mit insgesamt auf die EdW zukommenden Entschädigungsforderungen in einer Gesamtsumme von rund EUR 200 Mio. Nach dem öffentlich kolportierten Informationen erbringen die Jahresbeiträge zur EdW einen Betrag von EUR 3 bis 5 Mio. Der Finanzbestand der EdW ist nicht eindeutig bekannt, soll sich aber Schätzungen zufolge auf etwa EUR 10 Mio. belaufen. Geht man von diesen Zahlen aus, ist allein zur Entschädigung im Fall Phoenix ein Sonderbeitrag der der EdW zugeordneten Institute von rund EUR 190 Mio. notwendig, mithin dem 60-fachen der Jahresbeiträge. Dies zeigt bereits, dass das Konstrukt "EdW" gescheitert ist.

Darüber hinaus ist das EAEG in der gegenwärtigen Fassung nach diesseitigem Dafürhalten europarechtswidrig. Nach Art. 9 Abs. 2 der Anlegerentschädigungsrichtlinie muss das zu schaffende Anlegerentschädigungssystem in der Lage sein, die Forderungen der Anleger möglichst bald, spätestens aber 3 Monate nach dem Zeitpunkt, zudem die Berechtigung und die Höhe der Forderungen festgestellt wurden, zu erfüllen. Dies ist bei der EdW - wie der Fall Phoenix exemplarisch zeigt - nicht der Fall. Ausweislich der Begründungserwägung 24 zur Anlegerentschädigungsrichtlinie haften die Mitgliedstaaten im Übrigen dafür, dass sie in ihrem Bereich Systeme schaffen, die die Zahlung von Entschädigungen oder den Schutz der Anleger nach Maßgabe der Richtlinie gewährleisten. Entsprechend hat der deutsche Gesetzgeber bei der seinerzeitigen Schaffung des EAEG als Ziel die Bildung finanzstarker Sicherungssysteme, die durch eine ausreichende Anzahl beteiligter Institute eine breite Risikostreuung und damit kalkulierbare, möglichst niedrige Kosten sowie die **Verfügbarkeit ausreichender Mittel im Entschädigungsfall gewährleisten** (Hervorhebung durch den Unterzeichner) formuliert (vgl. BTDrucks 13/10188 S. 2 und 14 linke Spalte oben).

Tatsächlich finanzstarke Sicherungssysteme, die den Zielen des europäischen Richtliniengebers

und des deutschen Gesetzgebers entsprechen, müssen deshalb eine ausreichende Anzahl beteiligter Institute haben, eine breite Risikostreuung ermöglichen, kalkulierbare und möglichst niedrige Kosten aufweisen und über ausreichende Mittel im Entschädigungsfall verfügen. All dies ist bei der EdW erkennbar nicht gegeben. Dies gilt insoweit auch zu Lasten des mit der seinerzeitigen Einrichtung der EdW beabsichtigten verstärkten Anlegerschutzes.

II. Zu Artikel 1 “Änderung des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes (EAEG)”

Nach diesseitigem Dafürhalten beseitigt der vorliegende Gesetzesentwurf (BT-Drucksache 16/12255) die vorstehend aufgezeigten Mängel des bisherigen EAEG im Bereich der Anlegerentschädigung nicht. So bleibt der EdW vor dem Hintergrund des Zuschnitts ihres Mitgliederbestandes und ihrer Verpflichtungen aus der Kreditaufnahme zur Finanzierung des Entschädigungsfalles Phoenix auch weiterhin finanziell nicht leistungsfähig, was eine anhaltende Gemeinschaftsrechtswidrigkeit bedeutet (siehe oben). Ferner werden die sonstigen Mängel des EAEG, wie insbesondere die Erhebung von Sonderabgaben zu Finanzierungszwecken bei Fehlern der Belastungsgleichheit der betroffenen Institute nicht behoben. Außerdem wird bei der Neuregelung nach wie vor nicht berücksichtigt, dass es innerhalb der der EdW zugeordneten Institute solche gibt, die entweder keine entschädigungsberechtigten Kunden und/oder keinerlei Zugriffsbefugnisse auf Vermögenswerte der Kunden haben. Wir unterbreiten daher folgende Vorschläge bzw. Anregungen:

Nachdem zwischenzeitlich bekannt ist, dass die EU-Einlagensicherungsrichtlinie geändert werden soll, sollte eine umfassende Novellierung des EAEG bis zur Vorlage dieser Änderungsrichtlinie zurückgestellt werden. Um in der Zwischenzeit Härtefälle, insbesondere bei den Phoenix-Geschädigten, zu vermeiden, sollte insoweit der Bereich des Einlagensicherungsrechts zunächst ausschließlich novelliert werden.

Wie bereits aufgezeigt, fehlt im Bereich der Anlegerentschädigung ein tragfähiges, leistungsfähiges und gerechtes Entschädigungsregime. Insofern wird diesseits ausdrücklich der Antrag der FDP-Fraktion zur “Reform der Anlegerentschädigung in Deutschland” (BT-Drucksache 16/11458) unterstützt.

Auch nach dem nun vorgelegten Gesetzesentwurf soll die Anlegerentschädigung weiterhin über mehrere Systeme hinweg aufgeteilt werden. Diese Aufteilung Stellung nach diesseitigem Dafürhalten eine willkürliche und sachfremde Ungle-

ichverteilung bestehender gleicher Risiken dar. Deshalb wird diesseits die auch schon in der politischen Diskussion gewesene wechselseitige Einstandspflicht in Form eines “Überlaufes” der unterschiedlichen Entschädigungseinrichtungen favorisiert, um so die Leistungsfähigkeit der verschiedenen Systeme insgesamt zu erhöhen, die Risikoteilung zu verbessern und so auch den Anlegerschutz insgesamt zu stärken. Dabei sollen die einzelnen Sicherungseinrichtungen nach diesseitigem Dafürhalten durchaus Mitsprache- und Kontrollrechte hinsichtlich der den Sicherungseinrichtungen zugeordneten Unternehmen erhalten.

Auch bei Umsetzung des jetzt vorgelegten Gesetzesentwurfes wird das grundlegende Problem im Fall Phoenix nicht beseitigt. Die der EdW zugeordneten Unternehmen werden auch bei Umsetzung des vorgelegten Reformentwurfes nicht in der Lage sein, über die erforderlichen Sonderbeiträge die auftretenden Lasten zu schultern. Im Ergebnis würden auf die der EdW zugeordneten Unternehmen in den kommenden Jahren nahezu 8 bis 10fach höhere Beiträge zukommen, als bisher üblich, sofern es bei einer Sonderumlagenfinanzierung verbleibt. Vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Finanzkrise und der dadurch angespannten wirtschaftlichen Lage vielen der EdW zugeordneten Unternehmen ist dies völlig unrealistisch.

Außerdem benötigen die der EdW zugeordneten Unternehmen aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten eine eindeutige Planungssicherheit. Solange die Unternehmen nicht abschließend kalkulieren können, welche Beitragslasten auf sie zukommen, besteht eine solche Planungssicherheit nicht. Die nach der Novelle des EAEG vorgesehene zusätzliche Beitragsverordnung ist daher spätestens mit dem Inkrafttreten des novellierten EAEG vorzulegen.

Zu Artikel 3 “Änderung des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes (FinDAG)”

Abschließend sei nur der Vollständigkeit halber auf nach diesseitigem Dafürhalten erforderliche Änderungen des FinDAG verwiesen:

§ 4 Abs. 4 FinDAG sollte ersatzlos gestrichen werden.

Begründung:

Es ist – auch im Vergleich zu europäischen Nachbarrechtsordnungen – eine ungerechtfertigte

Durchbrechung des Amtshaftungsgrundsatzes, wie er in Art. 34 GG vorgesehen ist, wenn die Bundesrepublik Deutschland nicht für Fehler im Rahmen der Finanzaufsicht durch die BaFin haftet. Gerade der Fall Phoenix hat gezeigt, dass eine ursächliche Verantwortung für die Schädigung von rund 30.000 Kapitalanlegern auch bei gewissen Handlungen bzw. Unterlassungen der BaFin zu suchen ist.

§ 7 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FinDAG sollte wie folgt ergänzt werden (Änderungen unterstrichen):

“...folgenden 21 weiteren Mitgliedern:

*zwei weitere Vertreter des Bundesministeriums,
ein Vertreter des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie,
ein Vertreter des Bundesministeriums der Justiz,
fünf Mitglieder des Deutschen Bundestages,
vier Vertreter der Kreditinstitute,
zwei Vertreter der Finanzdienstleistungsinstitute und Wertpapierhandelsbanken,
vier Vertreter der Versicherungsunternehmen,
ein Vertreter der Kapitalanlagegesellschaften,
ein Vertreter der Kapitalanleger.”*

Begründung:

Sowohl die Finanzdienstleistungswirtschaft als auch die Anleger sollten die Möglichkeit zur Mitwirkung im Verwaltungsrat der Bundesanstalt haben. Die Überrepräsentation der Kredit- und Versicherungswirtschaft sollte zugunsten der Aufnahme von Vertretern der Finanzdienstleistungsinstitute, Wertpapierhandelsbanken und der Anleger aufgegeben werden.

§ 8 Abs. 2 Satz 3 FinDAG sollte wie folgt ergänzt werden (Änderung unterstrichen):

“Im Fachbeirat sollen die Finanzwissenschaft, die Kredit-, Finanzdienstleistungs- und Versicherungswirtschaft, die Deutsche Bundesbank, die Verbraucherschutzvereinigungen und die Kapitalanleger angemessen vertreten sein.”

Begründung:

Hier gelten dieselben Erwägungen, die sich bereits oben im Zusammenhang mit der Ein-

beziehung der Finanzdienstleistungswirtschaft und der Kapitalanleger in den Verwaltungsrat der Bundesanstalt finden. Die Kapitalanleger sind bislang nicht repräsentativ vertreten im Verwaltungsrat der Bundesanstalt. Insbesondere sind die dort bislang vorhandenen Vertreter institutioneller Anlegergruppen nicht geeignet, die Interessen der Privatanleger adäquat wahrzunehmen.

Mit freundlichen Grüßen

Nieding+Barth
Rechtsanwaltsaktiengesellschaft

(Klaus Nieding)
Rechtsanwalt und Fachanwalt für
Bank- und Kapitalmarktrecht