

White & Case LLP
Kurfürstendamm 32
10719 Berlin

Tel +49 30 880911 0
Fax +49 30 880911 297
www.whitecase.de

Rechtsanwälte Steuerberater Notare

Kurfürstendamm 32 • 10719 Berlin

Deutscher Bundestag
Finanzausschuss
Herrn Vorsitzenden
Eduard Oswald
11011 Berlin

DR. HENNING BERGER
Sekretariat: Angela Schulz
Tel.: +49 30 880911-502
Fax: +49 30 880911-599
E-Mail: hberger@whitecase.com

Unser Zeichen: BERGEH.B000193.HBR.hla
4362257.0001
Dokument: # 249947_1 [BERLIN]

17. April 2009

Öffentliche Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes und anderer Gesetze“ - BT-Drucksache 16/12255 – sowie dem Antrag der Fraktion der FDP „Reform der Anlegerentschädigung in Deutschland“ - BT-Drucksache 16/11458 – und der Stellungnahme des Bundesrates/Gegenäußerung der Bundesregierung – BR-Drucksache 170/09

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,

für die Einladung zur öffentlichen Anhörung in oben genannter Sache bedanke ich mich.
Zu dem Gesetzentwurf nehme ich wie folgt Stellung:

I. Zur Reform im Bereich der Einlagensicherung

Die Novelle des EAEG beruht zum Teil auf geänderten Vorgaben des europäischen Gesetzgebers für die Einlagensicherung in Europa:

1. Zu den Grundlagen des EAEG

Das EAEG dient der Umsetzung der Mindestanforderungen der europäischen Einlagensicherungsrichtlinie (94/19/EG) sowie der europäischen Anlegerentschädigungsrichtlinie (97/9/EG).¹

¹ Vgl. BT-Drucks. 13/10188, S. 13.

Hiernach müssen die Mitgliedstaaten jeweils ein Einlagensicherungs- und ein Anlegerentschädigungssystem einrichten, ohne dass diese in einer einheitlichen Einrichtung zusammenzufassen sind. Dem ist der deutsche Gesetzgeber im EAEG durch die Einrichtung getrennter Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungseinrichtungen gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 - 3 EAEG gefolgt.²

Im Übrigen regeln die Richtlinien die Voraussetzungen des Entschädigungsverfahrens und des Entschädigungsanspruchs bislang im Wesentlichen gleich. Daher hat der deutsche Gesetzgeber insoweit für die Einlagensicherung und die Anlegerentschädigung übereinstimmende Regelungen in den §§ 3ff. EAEG getroffen.

2. Die Änderung der Einlagensicherungsrichtlinie

Die Finanzmarktkrise, die den Bestand vieler Einlagenkreditinstitute und damit die Sicherheit der Einlagen gefährdet, hat den europäischen Gesetzgeber zu einer Änderung der Einlagensicherungsrichtlinie veranlasst, wie in der Gesetzesbegründung näher dargestellt. Hiernach entfällt für die Einlagensicherung der Selbstvorbehalt von 10 % und wird eine Mindestdeckung von EUR 50.000,- eingeführt. Zugleich wird die Auszahlungsfrist für die Einlagensicherungssysteme deutlich verkürzt. Der europäische Gesetzgeber hat hingegen davon abgesehen, die Anlegerentschädigungsrichtlinie ebenfalls zu ändern, so dass insoweit der Selbstbehalt von 10 %, die Mindestdeckung von EUR 20.000,- sowie die bisherige Auszahlungsfrist beibehalten werden kann.³

3. Die Anpassung des EAEG

Vor diesem Hintergrund zielt der Gesetzentwurf darauf, die Bestimmungen zur Entschädigungshöhe und Auszahlungsfrist ausschließlich für Einlagen, nicht auch für Verbindlichkeiten aus Wertpapiergeschäften zu verändern. Die Änderung betrifft mithin allein die deutschen Einlagensicherungseinrichtungen gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, 2 EAEG, nicht auch die Anlegerentschädigungseinrichtung gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 EAEG. Damit folgt das EAEG weiterhin dem Grundsatz, dass der Bund allein die Mindestanforderungen der europäischen Richtlinien umsetzt⁴ und Deutschland keine „überobligatorische“, d.h. europarechtlich nicht gebotene Entschädigung gewährt.

² Hierbei handelt es sich um die Einlagensicherungseinrichtungen *Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH (EdB)* und *Entschädigungseinrichtung des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands GmbH (EdVÖB)* sowie die Anlegerentschädigungseinrichtung *Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW)*. Zu den Einrichtungen etwa *Pannen*, *Krise* und *Insolvenz bei Kreditinstituten*, 2. Aufl. 2006, S. 81f. m.w.N.

³ Vgl. Art. 7 Anlegerentschädigungsrichtlinie. Die EU-Kommission führt gegenwärtig ein Konsultationsverfahren durch, das mögliche Änderungen der Anlegerentschädigungsrichtlinie zum Gegenstand hat. Ob und wann die Richtlinie geändert werden wird, ist nicht absehbar.

⁴ Vgl. oben Fn. 1.

II. Die Reform des EAEG im Übrigen

1. Zur Praxis des EAEG seit 1998

Das EAEG hat sich seit seinem Inkrafttreten am 1. August 1998 bewährt. Die Entschädigungseinrichtungen haben eine größere Zahl von Entschädigungsverfahren zeitnah und erfolgreich durchgeführt. Die Entschädigungspraxis der Einrichtungen ist nur in seltenen Ausnahmefällen und regelmäßig ohne Erfolg vor den zuständigen ordentlichen Gerichten beanstandet worden.⁵

Auch die Finanzierung der Entschädigungseinrichtungen nach dem EAEG durch Jahresbeiträge, Einmalzahlungen und Erstbeiträge hat sich in der Praxis bewährt. Die Verwaltungsgerichte haben die Zulässigkeit der Erhebung dieser Beiträge im Fall der EdW in zahlreichen Entscheidungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Sonderabgaben bestätigt.⁶

Hiernach ist anerkannt, dass die Finanzierungsverantwortung für die Entschädigungseinrichtungen bei den Instituten, nicht hingegen bei der Allgemeinheit liegt. Denn die Entschädigung dient der Absicherung von Kunden der Institute im Insolvenzfall, für welche die Institute, nicht aber die Allgemeinheit primär verantwortlich sind. Alle Institute profitieren dabei von der durch die Entschädigungssysteme geschaffenen Stärkung des Vertrauens in die Sicherheit der Einlagen und Anlagen, unabhängig davon, ob sie in einem konkreten Geschäftsjahr mit entschädigungsberechtigten Kunden Geschäfte abgeschlossen haben.

Die von Gegnern einer Beitragspflicht zur EdW wiederholt angeführten Argumente, dass die EdW aufgrund der Anzahl der ihr zugeordneten Wertpapierfirmen nicht hinreichend leistungsfähig sei, dass einzelne Institutsgruppen übermäßig zu Beiträgen herangezogen würden oder auch eine Zusammenlegung der EdW mit den Einlagensicherungs-einrichtungen rechtlich geboten sei, haben sich in der Rechtsprechung hingegen nicht durchgesetzt.⁷

2. Inbesondere: Der Entschädigungsfall Phoenix

Auch der Entschädigungsfall der Phoenix Kapitaldienst GmbH mit über 30.000 geschädigten Anlegern hat keine grundsätzlichen Fehler des EAEG - hier des Anlegerentschädigungssystems - offenbart. Der Schutz der Anleger von Phoenix ist durch die

⁵ Vgl. etwa die Entscheidungen zugunsten der EdW: *AG Mitte*, Urt. v. 18. Januar 2007, 10 C 154/06; *LG Berlin*, Urt. v. 1. Oktober 2008, 4 O 297/08; *LG Berlin*, Urt. v. 26. Juni 2008, 21 O 132/08; *LG Berlin*, Urt. v. 26. Juni 2003, 9 O 737/02; *LG Berlin*, Urt. v. 20. März 2003, 9 O 592/02; *KG*, Urt. v. 15. November 2005, 14 U 204/03; *BGH*, Urt. v. 7. Dezember 2004, XI ZR 361/03, BGHZ 161, 273.

⁶ Grundlegend *BVerwG*, Urt. v. 21. April 2004, 6 C 20.03, BVerwGE 120, 311. Das Urteil wurde von den Instanzgerichten seither wiederholt bestätigt. Vgl. zuletzt etwa *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 11. Dezember 2008, OVG 1 B 22.03; *VG Berlin*, Urt. v. 15. April 2008, VG 1 A 174.07, WM 2008, 1733.

⁷ Vgl. *OVG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 11. Dezember 2008, OVG 1 B 22.03; *VG Berlin*, Urt. v. 15. April 2008, VG 1 A 174.07, WM 2008, 1733; *VG Berlin*, Urt. v. 2. Februar 2007, 25 A 159.03.

Anlegerentschädigungsrichtlinie geboten, die insbesondere private Kleinanleger vor betrügerischen Machenschaften von Wertpapierfirmen schützen soll.⁸ Die Entschädigung der Anleger erfolgt seit Februar 2009, nachdem objektive Hindernisse entfallen sind, die mit dem betrügerischen System dieser Wertpapierfirma sowie Besonderheiten des Insolvenzverfahrens zusammenhängen. Die Entschädigung wird durch einen Kredit des Bundes (vor-)finanziert, nachdem das Verwaltungsgericht Berlin in vorläufigen Rechtsschutzverfahren die Vollziehbarkeit von Sonderbeitragsbescheiden an die der EdW zugeordneten Institute ausgesetzt hatte.⁹

Teilweise geäußerte Vorwürfe gegen den Bund wegen einer unzureichenden Umsetzung der Anlegerentschädigungsrichtlinie im Zusammenhang mit dem Entschädigungsfall Phoenix haben sich als haltlos erwiesen: Das Landgericht Berlin hat in einem rechtskräftigen Urteil vom 11. Februar 2009¹⁰ bestätigt, dass der Bund die Anlegerentschädigungsrichtlinie zutreffend umgesetzt hat und daher von den Anlegern im Fall Phoenix nicht nach den Grundsätzen des europäischen Staatshaftungsrechts direkt auf Entschädigung in Anspruch genommen werden kann. Zudem hat die Europäische Kommission im Frühjahr 2009 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik wegen der vermeintlichen Verletzung der Anlegerentschädigungsrichtlinie im Fall Phoenix eingestellt.

3. Reformbedarf aufgrund der bisherigen Praxis des EAEG

Ungeachtet dessen hat die Praxis des EAEG in Teilbereichen Reformbedarf aufgezeigt, der in dem Gesetzentwurf einer Lösung zugeführt wird. Dies betrifft

- die risikoorientierte Erhebung von Beiträgen,
- die Finanzierung durch Sonderbeiträge und Sonderzahlungen,
- die Prüfung der Institute sowie
- weitere Einzelfragen.

Im Einzelnen:

a) Die risikoorientierte Erhebung von Beiträgen

Die Erhebung von Beiträgen zur Finanzierung der Entschädigungseinrichtungen erfolgt nach Maßgabe des § 8 EAEG in Verbindung mit Beitragsverordnungen, die von dem Bundesministerium der Finanzen auf Grundlage von § 8 Abs. 3 EAEG (= Abs. 8 n.F.) erlassen werden.

⁸ Vgl. Erwägungsgründe 3, 8 der Anlegerentschädigungsrichtlinie.

⁹ VG Berlin, Beschluss vom 17. September 2008, VG 1 A 105.08, u.a.

¹⁰ LG Berlin, Urt. v. 11. Februar 2009, 23 O 44/08.

Die Erfahrungen mit den bisherigen Entschädigungsfällen haben gezeigt, dass es sinnvoll ist, die Beitragsbemessung im Einzelfall verstärkt an dem Risiko des Eintritts eines Entschädigungsfalls und dem potentiellen Entschädigungsumfang bei dem beitragspflichtigen Institut zu orientieren und hierdurch dem Verursachungsgedanken bei der Finanzierung der Entschädigungseinrichtungen noch stärker als bisher Rechnung zu tragen.

Der Gesetzentwurf sieht aus diesem Grund in § 8 Abs. 8 Satz 1 EAEG vor, dass in den Beitragsverordnungen hinsichtlich der Jahres- und Sonderbeiträge sowie der Sonderzahlungen nunmehr auch das Geschäftsvolumen und das Risiko der Institute, einen Entschädigungsfall herbeizuführen, zu berücksichtigen sind.

b) Die Finanzierung durch Sonderbeiträge und Sonderzahlungen

aa) Zum Reformbedarf für Einlagensicherung und Anlegerentschädigung

Dem EAEG in der bisherigen Fassung liegt die Erwartung des historischen Gesetzgebers zugrunde, dass die Entschädigungsfälle weitgehend über Jahresbeiträge (§ 8 Abs. 2 Satz 1 EAEG) sowie über Erstbeiträge (§ 19 EAEG) und Einmalzahlungen (§ 8 Abs. 2 Satz 2 EAEG) finanziert werden können. Daher liegt der bisherige Regelungsschwerpunkt im EAEG und insbesondere auch in der Verordnungsermächtigung des § 8 Abs. 3 EAEG bei diesen Beitragsarten.

Der historische Gesetzgeber hat allerdings auch die Möglichkeit gesehen, dass das durch Jahresbeiträge, Erstbeiträge und Einmalzahlungen finanzierte Vermögen der Einrichtungen zur Durchführung der Entschädigung nicht ausreichen kann. § 8 Abs. 2 Satz 4 EAEG in der bisherigen Fassung enthält daher eine Befugnis der Entschädigungseinrichtungen zur Erhebung von Sonderbeiträgen und Aufnahme von Krediten. In den Beitragsverordnungen der Entschädigungseinrichtungen ist die Kreditaufnahme und die Erhebung von Sonderzahlungen zur Rückführung von Krediten näher geregelt.¹¹

Der Entschädigungsfall Phoenix hat indes gezeigt, dass die Regelungen des EAEG zu Sonderbeiträgen und zur Kreditaufnahme ergänzungsbedürftig sind. Das Verwaltungsgericht Berlin hat, wie bereits angeführt, die Erhebung von Sonderbeiträgen im Fall Phoenix im September 2008 vorläufig gestoppt. Das Gericht hat in seiner Entscheidung u.a. Zweifel daran geäußert, dass die bisherigen Regelungen im EAEG verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen genügen und gewährleisten, dass die Abgabenbelastung zumutbar bleibt.¹² Die Entscheidung des Gerichts ist in wesentlichen Punkten nicht überzeugend; dies kann hier aber im Ergebnis dahin stehen, da eine effektive Aufgabenerfüllung durch die Entschädigungseinrichtungen voraussetzt, dass die Einrichtungen auf sicherer gesetzlicher Grundlage Sonderbei-

¹¹ Vgl. etwa § 5 der Beitragsverordnung für die EdB und § 5 der Beitragsverordnung für die EdW.

¹² VG Berlin, Beschluss vom 17. September 2008, VG 1 A 105.08, u.a.

träge erheben, Kredite aufnehmen und durch Sonderzahlungen refinanzieren können. Dies ist nach der bisherigen Gesetzesfassung - anders als bei Jahresbeiträgen, Erstbeiträgen und Einmalzahlungen - nicht gewährleistet.

Eine Ergänzung des Gesetzes ist dabei freilich nicht allein im Hinblick auf den Entschädigungsfall Phoenix geboten. Die Finanzmarktkrise hat das Risiko großer Entschädigungsfälle im Bereich der Einlagenkreditinstitute deutlich ansteigen lassen. Die Erhöhung der Deckungssumme auf EUR 50.000,- für Einlagen nach der geänderten Einlagensicherungsrichtlinie steigert den Mittelbedarf der Einlagensicherungseinrichtungen zusätzlich.¹³ Daher ist die Gesetzesänderung in diesem Punkt für die Einlagensicherung ebenso bedeutsam wie für die Anlegerentschädigung.

bb) Wesentliche Elemente der Neuregelung

Der Gesetzentwurf regelt die mit den Sonderbeiträgen und der Kreditaufnahme verbundenen Fragen in § 8 Abs. 3 – 8 EAEG (neue Fassung). Angesichts der ausführlichen Regelung und Begründung im Gesetzentwurf soll hier nur auf einige wesentliche Elemente eingegangen werden:

- Kreditaufnahme und Sonderzahlungen zur Rückführung von Krediten

Bereits nach bisherigem Recht ist vorgesehen, dass die Entschädigungseinrichtungen Kredite zur Durchführung der Entschädigung aufnehmen dürfen und diese durch Beiträge der Institute zurückgeführt werden. Die Beitragsverordnungen der Entschädigungseinrichtungen sehen insoweit die Erhebung von Sonderzahlungen zur Rückzahlung von Krediten vor.¹⁴ Das EAEG regelt dies indes bislang nicht ausdrücklich.

§ 8 Abs. 5 des Gesetzentwurfs stellt klar, unter welchen Voraussetzungen die Entschädigungseinrichtungen Kredite aufzunehmen und für die Tilgung, Zins und Kosten Sonderzahlungen zu erheben haben. Die Sonderzahlungsregelung und alle damit verbundenen Bestimmungen des Gesetzes werden auch auf Kredite der Entschädigungseinrichtung anzuwenden sein, die vor Inkrafttreten des Änderungsgesetzes aufgenommen wurden, aber noch nicht (vollständig) zurückgeführt worden sind.

- Verhältnismäßige Inanspruchnahme der Institute/Leistungsfähigkeit der Einrichtungen

Der Entwurf geht zudem davon aus, dass eine Inanspruchnahme der Institute im Einzelfall jeweils verhältnismäßig bzw. zumutbar sein muss. Da die Erhebung von Sonderbeiträgen ebenso wie von Sonderzahlungen zu einer erheblichen und/oder wiederholten zusätzlichen Belastung der Institute neben Jah-

¹³ Vgl. bereits oben unter I 3 am Ende, S. 3.

¹⁴ Vgl. etwa § 5 der Beitragsverordnung für die EdB und § 5 der Beitragsverordnung für die EdW.

resbeiträgen und Einmalzahlungen nach dem EAEG führen kann, enthält der Entwurf ein System von Bestimmungen, welche die Belastung der Institute durch einzelne Sonderbeiträge und Sonderzahlungen ebenso wie die Gesamtbelastung aus Sonderbeiträgen, Sonderzahlungen, Jahresbeiträgen und Einmalzahlungen in einer Abrechnungsperiode¹⁵ sowie über mehrere Abrechnungsperioden auf ein zumutbares Maß reduziert.

Im Einzelnen sind folgende Bestimmungen zu nennen:

- Befugnis zur Erhebung von Sonderbeiträgen in Teilbeträgen (§ 8 Abs. 3 Satz 2 EAEG)
- Begrenzung der Gesamtbelastung eines Instituts in einer Abrechnungsperiode auf das Fünffache des zuletzt fälligen Jahresbeitrags (§ 8 Abs. 6 Satz 4 EAEG); dies korrespondiert mit der Verpflichtung des Verordnungsgebers gemäß § 8 Abs. 2 Satz 3 EAEG, in den Beitragsverordnungen eine Obergrenze für Jahresbeiträge zu regeln¹⁶
- Reduzierung der Obergrenze für Sonderbeiträge und Sonderzahlungen auf das Zweifache des zuletzt fälligen Jahresbeitrags, wenn ein Institut über einen Zeitraum von drei auf einander folgenden Abrechnungsperioden Sonderbeiträge oder Sonderzahlungen geleistet hat (§ 8 Abs. 6 Satz 5 EAEG)
- Möglichkeit der Befreiung eines Instituts von der Pflicht zur Leistung eines Sonderbeitrags oder einer Sonderzahlung, wenn durch die Gesamtheit der zu leistenden Zahlungen Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen des Instituts gegenüber seinen Gläubigern bestehen würde (§ 8 Abs. 6 Satz 6 EAEG)
- Verpflichtung zur Erstattung von Sonderbeiträgen und Sonderzahlungen, nach Abschluss eines Entschädigungsverfahrens, die nicht zur Durchführung eines Entschädigungsfalls bzw. Rückzahlung eines Kredits verwendet wurden (§ 8 Abs. 7 EAEG)

Schließlich ist zu beachten, dass die Leistungsfähigkeit der Entschädigungseinrichtungen - auch im Fall Phoenix - durch den Zusammenhang dieser Bestimmungen mit der Möglichkeit einer Kreditaufnahme dauerhaft gesichert wird. Denn die Möglichkeit der Kreditaufnahme und der langfristigen Tilgung eines Kredits erlaubt es den Entschädigungseinrichtungen bei besonders

¹⁵ Die Abrechnungsperiode dauert vom 1. Oktober eines Jahres bis zum 30. September des Folgejahres gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 EAEG (neue Fassung).

¹⁶ Eine Obergrenze für Jahresbeiträge ist nach geltendem Recht in § 1 Abs. 2 Satz 1 der Beitragsverordnung für die EdW geregelt. Der Jahresbeitrag ist hiernach auf 10 % des Jahresüberschusses begrenzt. Diese Obergrenze wurde in der Praxis der EdW allerdings nur in seltenen Fällen erreicht.

großen Entschädigungsfällen, Entschädigungsleistungen schrittweise und damit hinreichend langsam über Sonderzahlungen zu refinanzieren, ohne die individuelle Leistungsfähigkeit der zugeordneten Institute zu überfordern und gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu verstoßen.

- Begrenzte Nachhaftung der Institute

Nach bisherigem Recht ist umstritten, ob Institute für einen Sonderbeitrag herangezogen werden dürfen, die vor Erhebung des Sonderbeitrags aus der Einrichtung ausgeschieden sind. Teilweise wird befürchtet, dass es zu einer „Flucht aus der Entschädigungseinrichtung“ kommen könne, welche die verbleibenden Institute unangemessen benachteilige. Im Entschädigungsfall Phoenix hat sich diese Befürchtung freilich nicht bestätigt, da der EdW nach Feststellung des Entschädigungsfalls eine ähnlich große Zahl von Instituten neu zugeordnet wurde, wie ausgeschieden sind. Gleichwohl erscheint es geboten, im EAEG eine klare Regelung über das „ob“ und die Grenzen einer Nachhaftung von ausscheidenden Instituten zu schaffen, um Streitfälle für die Zukunft auszuschließen.

Der Gesetzentwurf regelt diese Frage in § 8 Abs. 5 EAEG. Hiernach besteht die Pflicht zur Leistung von Sonderbeiträgen und Sonderzahlungen für alle Unternehmen, die der Entschädigungseinrichtung zu Beginn des Abrechnungsjahrs, in dem ein Sonderbeitrag oder eine Sonderzahlung erhoben wird, zugeordnet waren. Dies gilt nicht für Institute, die vor der Feststellung des Entschädigungsfalls aus der Entschädigungseinrichtung ausgeschieden sind. Eine Nachhaftung eines Instituts ist damit maximal für einen Zeitraum von 12 Monaten nach Ausscheiden aus der Entschädigungseinrichtung gegeben, freilich beschränkt auf jene Entschädigungsfälle, die vor dem Ausscheiden des Instituts bereits festgestellt worden sind. Insoweit besteht die Finanzierungsverantwortung der ausgeschiedenen Institute fort und wird eine Benachteiligung der in der Einrichtung verbliebenen Institute im Interesse der Abgabengerechtigkeit vermieden.

- c) Die Prüfung der Institute

Bereits nach bisherigem Recht ist in § 9 EAEG eine Prüfung der Institute durch die Entschädigungseinrichtungen vorgesehen. Die Einrichtungen haben von dieser Befugnis regelmäßig Gebrauch gemacht und hierbei in Einzelfällen Missstände und Entschädigungsrisiken bei den zugeordneten Instituten festgestellt.

Der Gesetzentwurf konkretisiert in § 9 Abs. 1 Satz 1 EAEG, dass die Entschädigungseinrichtungen zur Einschätzung der Gefahr des Eintritts eines Entschädigungsfalls regelmäßig und auch bei gegebenem Anlass Prüfungen der ihnen zugeordneten Institute vorzunehmen haben. Die Intensität und die Häufigkeit der durchzuführenden

Prüfungen ist gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 EAEG an der Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Entschädigungsfalls bei einem Institut und an der Höhe der in diesem Fall zu erwartenden Gesamtentschädigung auszurichten.

Mit diesen Bestimmungen folgt der Gesetzentwurf überzeugend dem auch in § 8 Abs. 8 Satz 1 EAEG enthaltenen Ansatz, die Tätigkeit der Entschädigungseinrichtungen noch stärker an dem von der Tätigkeit eines Instituts ausgehenden konkreten Entschädigungsrisiko auszurichten.¹⁷ Der Gesetzentwurf zielt insoweit darauf, den Entschädigungseinrichtungen bessere Erkenntnisse über Entschädigungsrisiken zu verschaffen, um sich frühzeitig auf ein möglicherweise anstehendes Entschädigungsverfahren vorzubereiten und entsprechende Vorkehrungen zu treffen. Zugleich bietet die Prüfung gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 EAEG die Möglichkeit, – über die Aufsichtsbe-fugnisse der BaFin – Maßnahmen zur Schadensvermeidung oder jedenfalls Scha-densminderung bei dem Institut herbeizuführen.

d) Weitere Einzelfragen

Schließlich adressiert der Gesetzentwurf verschiedene Einzelfragen, die ebenfalls von Bedeutung für die Anwendung des EAEG sind:

- Zuordnung von Kapitalanlagegesellschaften

§ 1 Abs. 1 Nr. 4 EAEG wird nach dem Gesetzentwurf dahingehend neu gefasst, dass Kapitalanlagegesellschaften im Sinne des § 2 Abs. 6 des Investmentgesetzes dann Institute im Sinne des EAEG sind, wenn ihnen eine Erlaubnis nach § 7 Abs. 1 des Investmentgesetzes (InvG) erteilt worden ist und sie zur Erbringung der nach § 7 Abs. 2 Nr. 1, 3 und 4 InvG genannten Dienst- und Nebendienstleistungen befugt sind.

Damit wendet sich der Gesetzentwurf von einer in der bisherigen Gesetzesfassung enthaltenen - nach dem Verständnis des Verwaltungsgerichts Berlin auf die tatsächliche Geschäftstätigkeit abstellenden¹⁸ - Sonderregelung ab, wonach eine Kapitalanlagegesellschaft nur insofern als Institut gilt und damit dem Entschädigungssystem angehört, als sich ihr Geschäftsbetrieb auf die individuelle Vermögensverwaltung nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 InvG tatsächlich erstreckt.

In allen anderen Fällen orientiert sich der Institutsbegriff gemäß § 1 Abs. 1 EAEG und damit die Zuordnung von Instituten zu einem Entschädigungssystem gemäß § 6 Abs. 1 EAEG aber nicht an der tatsächlichen Geschäftstätigkeit, sondern den erlaubten Geschäften, da die Institute jederzeit berechtigt sind, ihre tatsächliche Geschäftstätigkeit zu ändern und von den ihnen erteil-

¹⁷ Vgl. oben II 3 a, S. 5.

¹⁸ VG Berlin, Beschluss vom 17. März 2009, VG 1 A 246.08, UA S. 6.

ten Erlaubnissen Gebrauch zu machen. Die Änderung des § 1 Abs. 1 Nr. 4 EAEG gewährleistet mithin aus Gleichbehandlungsgründen, dass Kapitalanlagegesellschaften zukünftig demselben Zuordnungsprinzip unterliegen, wie Einlagenkreditinstitute, Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 – 3 EAEG. Im Übrigen sprechen für die Gesetzesänderung die in der Gesetzesbegründung angeführten europarechtlichen Gründe.

- Verbleiben von Beiträgen bei Wechsel einer Entschädigungseinrichtung

§ 6 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzentwurfs adressiert den Sonderfall, dass ein Institut die Entschädigungseinrichtung wechselt, und bestimmt, dass Beiträge und Zahlungen, die ein Institut in seiner bisherigen Entschädigungseinrichtung bezahlt hat, nicht auf die neue Entschädigungseinrichtung übertragen werden. Dies gilt auch für den Wechsel der Einrichtung kraft Gesetzes wegen Änderung des Erlaubnisgegenstands.

Diese klarstellende Regelung ist geboten, da der bisherigen Entschädigungseinrichtung anderenfalls wesentliche Mittel entzogen würden, die für die Entschädigung der Gläubiger erforderlich sind. Dies wäre nicht gerechtfertigt, da die bisherige Entschädigungseinrichtung während der Dauer der Zuordnung des Instituts dessen Kunden abgesichert, also gewissermaßen eine Gegenleistung erbracht hat. Mit der neuen Regelung wird auch zutreffend klargestellt, dass das Institut bei einem Wechsel verpflichtet ist, an die neue Entschädigungseinrichtung eine Einmalzahlung gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 EAEG zu leisten. Hinsichtlich dieser Frage bestehen nach bisherigem Recht Auslegungsprobleme in der Rechtsprechung.¹⁹

- Unterrichtungspflicht der BaFin

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die bereits heute bestehende enge Verzahnung der Aufgaben der Entschädigungseinrichtungen mit den Aufgaben der BaFin durch den Gesetzentwurf in verschiedenen Punkten konkretisiert wird. So sieht etwa § 6 Abs. 7 des Gesetzentwurfs eine Verpflichtung der BaFin vor, die Entschädigungseinrichtungen über Umstände bei einem Institut zu unterrichten, welche voraussichtlich den Eintritt eines Entschädigungsfalls nach sich ziehen. Ebenso wie durch die Prüfungen gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1, 2 EAEG soll den Einrichtungen dadurch Gelegenheit gegeben werden, sich frühzeitig auf ein möglicherweise anstehendes Entschädigungsverfahren vorzubereiten und entsprechende Vorkehrungen zu treffen. Diese Regelung ist zu begrüßen, da sie die bereits nach geltendem Recht bestehende

¹⁹ Vgl. insoweit auf der einen Seite *VG Berlin*, Beschluss v. 20. Juli 2007, VG 25 A 83.06, UA S. 10ff. (vorläufiger Rechtsschutz) und auf der anderen Seite *VG Berlin*, Urt. v. 12. Februar 2009, VG 1 A 275.07, UA S. 7ff. – (Hauptsacheverfahren, nicht rechtskräftig).

grundsätzliche Befugnis der BaFin zur Offenbarung von Tatsachen gegenüber den Entschädigungseinrichtungen gemäß § 9 Abs. 1 Satz 4 Nr. 5 KWG zu einer Unterrichtungspflicht verdichtet.

Für eine Erörterung dieser und anderer Punkte des Gesetzentwurfs stehe ich in der Anhörung am 22. April 2009 gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen


Dr. Henning Berger
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht