

Bundesverband der Wertpapierfirmen e.V.
Herrengaben 31, 20459 Hamburg

Bundesministerium der Finanzen

11016 Berlin

Per E-Mail:

VlIB1@bmf.bund.de

Felix.Bark@bmf.bund.de

Ihr Zeichen

GZ: VIIB5-WK5480/07/0004

DOK: 2012/0303433

Ihre Nachricht vom

30.03.2012

Ort_Datum

Hamburg, 04.04.2012

Geszentwurf zur Änderung des EAEG im Rahmen des CRD IV-
Umsetzungsgesetzes

Sehr geehrte Damen und Herren,

in dieser Sache danken wir Ihnen verbindlich für die Möglichkeit der Teilnahme am vorliegenden Konsultationsverfahren. Nicht verhehlen möchten wir, dass die Frist zur Stellungnahme – leider nunmehr zum wiederholten Male in aktuellen Konsultationsverfahren – deutlich zu knapp bemessen ist.

Zum vorliegenden Entwurf der Änderung des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes (EAEG) möchten wir wie folgt Stellung nehmen, wobei wir uns ausschließlich auf die geplante Regelung des neu gefassten § 8 Abs. 6 Satz 4 EAEG beziehen:

1. Die geplante Regelung stellt eine Ermächtigungsgrundlage für die nachrangige Rechtsverordnung dar und ermächtigt den Ordnungsgeber in die nachrangige Beitragsverordnung eine Regelung aufzunehmen, wonach eine Entschädigungseinrichtung für Institute, die „*einen Sonderposten nach § 340g HGB bilden*“, statt des danach rechnerisch ermittelten Jahresbeitrags einen

„fiktiven Jahresbeitrag berechnen“

kann.

Da es vorliegend um die Erhebung von Sonderabgaben zu Finanzierungszwecken im Bereich der Eingriffsverwaltung geht, gelten hier auf der Grundlage des Vorbehalts des Gesetzes besondere verfassungsrechtliche Anforderungen an die Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage. Diesen Anforderungen genügt die hier geplante

Bundesverband der Wertpapierfirmen e.V.

Sitz des Verbandes

Fasanenstraße 3
10623 Berlin

Postanschrift & Geschäftsstelle

Schillerstraße 20
60313 Frankfurt/Main

Tel.: +49 (0) 69 92 10 16 91
Fax: +49 (0) 69 92 10 16 92
mail@bwf-verband.de
www.bwf-verband.de

Vorstand

Prof. Dr. Jörg Franke (Vorsitzender)
Daniel Förtsch
Dirk Freitag
Kai Jordan
Dr. Annette Kliffmüller-Frank
Torsten Kuck
Christoph Lammersdorf
Herbert Schuster
Michael Wilhelm

Geschäftsführer

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

Justiziar

Dr. Hans Mewes
Herrengaben 31, 20459 Hamburg
Tel.: +49 (0) 40 36 80 5 - 132
Fax: +49 (0) 40 36 28 96
h.mewes@bwf-verband.de

Bankverbindung

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

Ermächtigungsgrundlage *bei Weitem* nicht, da diese viel zu general-klauselartig gefasst ist und überhaupt nicht erkennen lässt, auf welcher materiell-rechtlichen Grundlage hier (a) die Heranziehung eines fiktiven Jahresbeitrags überhaupt in Betracht kommt und (b) nach welchen Maßstäben ein solcher fiktiver Jahresbeitrag bemessen sein soll.

Klar ist insoweit lediglich, dass (a) nicht jedes Institut, das einen Sonderposten nach § 340g HGB bildet, mit einem fiktiven Jahresbeitrag „*veranlagt*“ werden kann, und (b) es nicht allein im Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraum des Ordnungsgebers oder (gar) der Entschädigungseinrichtung liegen kann (darf), einen solchen fiktiven Jahresbeitrag der Höhe nach zu bestimmen bzw. festzusetzen. – Dies sind Selbstverständlichkeiten, die aber keinesfalls ausreichen, die in Rede stehende Ermächtigungsgrundlage materiell-rechtlich zu legitimieren.

2. Auch soweit in der geplanten Gesetzesbegründung ausdrücklich angemerkt wird, „*bislang keine hinreichenden Anhaltspunkte*“ dafür zu haben, dass die Bildung des in Rede stehenden Sonderpostens zu einer unverhältnismäßigen Verschiebung der Beitragslasten führt oder missbräuchlichen Gestaltungen Vorschub leistet, stellt die geplante Ermächtigungsgrundlage evident einen reinen „*Schuss ins Blaue*“ dar, der dem Ordnungsgeber quasi einen „*Blankoscheck*“ ausstellt, nach eigenem Gusto als Ersatzgesetzgeber im Rahmen der Eingriffsverwaltung tätig zu werden. Die Normierung der geplanten Ermächtigungsgrundlage im EAEG ist vor diesem Hintergrund allenfalls „*latent*“ *geeignet*, aber ganz sicherlich nicht *erforderlich* und auch nicht *verhältnismäßig*.

Genau so wenig überzeugend ist es, die Einführung einer solchen Verordnungsermächtigung damit zu rechtfertigen, dass „*nicht ausgeschlossen werden [kann], dass aufgrund neuer Erkenntnisse zukünftig eine unverhältnismäßige Verschiebung von Beitragslasten nach Absatz 6 Satz 1 zwischen Instituten in Betracht kommt oder eine erhebliche Anzahl missbräuchlicher Sonderpostenbildungen nach § 340 g HGB zu beobachten ist.*“ Hierbei handelt es sich lediglich um eine vage, nicht weiter konkretisierte Vermutung, die die geplante Ermächtigungsgrundlage ebenfalls nicht zu legitimieren vermag.

Was überdies die Frage einer vermeintlichen Prävention gegenüber missbräuchlichen Gestaltungen in diesem Zusammenhang betrifft, fehlt zudem die Erforderlichkeit der geplanten Ermächtigungsgrundlage (und ihrer Umsetzung in der nachrangigen Beitragsverordnung), denn von einer „*missbräuchlichen*“ Sonderpostenbildung könnte nur dann gesprochen werden, wenn eine solche Konstellation dem Regelungszweck des § 340g HGB zuwiderliefe.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist die Bildung eines Sonderpostens nach § 340g HGB über den verbindlichen Umfang nach § 340e Abs. 4 HGB

hinaus nur vorzunehmen, „soweit dies nach vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wegen der besonderen Risiken des Geschäftszweigs des Kreditinstituts notwendig ist“. Dabei haben die Geschäftsleiter eines Instituts bei der Aufstellung des Jahresabschlusses nach § 264 Abs. 2 HGB in jedem Fall „ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage mit dem Jahresabschluss zu vermitteln.“

Eine etwaige „missbräuchliche“ Bildung von Sonderposten müsste mithin zwingend dazu führen, dass dieser Grundsatz nicht gewahrt wäre und der Jahresabschluss nicht den geltenden gesetzlichen Vorschriften entspräche. Dies würde dann zwingend auch auf die Beitragsermittlung nach Maßgabe des EAEG „durchschlagen“, weil das betreffende Institut in diesem Fall einen unzutreffenden Jahresabschluss festgestellt bzw. veröffentlicht hätte und insoweit bereits die diesbezüglichen handels- und gesellschaftsrechtlichen Sanktionsmechanismen wegen einer nicht gesetzeskonform ermittelten Bilanzposition eingreifen würden. Einer darüber hinausgehenden Regelung bedarf es hingegen nicht, denn die Entschädigungseinrichtung besitzen – nicht zuletzt aufgrund des ihnen zustehenden eigenen Prüfungsrechts – bereits heute ein hinreichendes Instrumentarium, um derartigen – bislang lediglich *für möglich gehaltenen* – Fällen angemessen und wirksam zu begegnen.

Hinzu kommt, dass auch jüngste Gerichtsentscheidungen zur Beitragserhebung der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW) klar gestellt haben, dass das „Sonderpostenregime“ der EdW-Beitragsverordnung nicht zu beanstanden sei und den entscheidenden Maßstab insoweit die Frage bildet, ob man es mit bilanzrechtlich zulässigen Rückstellungen zu tun hat.¹ Ist dies der Fall, ist die Bemessungsgrundlage für die EAEG-Beitragserhebung entsprechend reduziert – was dann aber nicht an einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung und auch nicht an einer unverhältnismäßigen Verteilung der entschädigungsrechtlichen Beitragslasten liegt.

3. Darüber hinaus erscheint die geplante Ermächtigung auch sachlich verfehlt und „regulierungspolitisch“ kontraproduktiv: So steht die Bildung des Sonderpostens nach § 340g HGB im Einklang mit entsprechenden G20-Beschlüssen und den hierzu erarbeiteten Analysen und Empfehlungen des Financial Stability Board (FSB)² und der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIS)³ zur Stärkung der Krisenfestigkeit des Finanzsektors („resilience of the financial sector“). Dies geht im Übrigen auch aus der

¹ vgl. nur VG Berlin 4 L 152.11 vom 07.07.2011 und OVG Berlin-Brandenburg 1 S 151.11 vom 04.01.2012

² Vgl. Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience, 7 April 2008, URL: http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_o804.pdf.

³ Vgl. Basel Committee on Banking Supervision, Consultative Document, Strengthening the resilience of the banking sector, December 2009, URL: <http://www.bis.org/publ/bcbs164.pdf>.

Gesetzesbegründung zum § 340g HGB hervor, die insofern an die Begrifflichkeit der G20-, FSB- und BIS-Papiere anknüpft und den Sonderposten entsprechend als *antizyklisch wirkenden Risikopuffer* bezeichnet.⁴

Mit der Möglichkeit der Zuführung von Mitteln zum Sonderposten für allgemeine Bankrisiken nach § 340g HGB über die in § 340e Abs. 4 HGB verbindlich vorgeschriebene Dotierung in Höhe von 10 vom Hundert der Nettoerträge des Handelsbestands hinaus, wollte der Gesetzgeber evident zusätzliche Anreizstrukturen schaffen, die sich durch eine freiwillige Risikovorsorge und zusätzliche Reduzierung der Krisenanfälligkeit der Institute auszeichnen und damit letztlich auch zu einer weiteren Stabilisierung des Finanzsektors beitragen. Gerade diese regulatorischen Zielvorgaben würden *de facto* konterkariert, zumindest aber erheblich beeinträchtigt, wenn die betroffenen Institute über die Wirkung der Ausschüttungssperre des Sonderpostens hinaus anderweitig wirtschaftlich benachteiligt würden.

Mit anderen Worten: Die Ausschüttungssperre § 340e Abs. 4 HGB schließt eine spätere alternative Mittelverwendung zumindest bis zu einer Höhe von 50 vom Hundert der jährlichen Nettoerträge des Handelsbestands aus. Damit werden gleichsam im Umfang der (vorgeschriebenen und ermessensgeleiteten) Dotierung des Sonderpostens die betroffenen Ertragsbestandteile zunächst in einer Form „neutralisiert“, als seien diese gar nicht erwirtschaftet worden (sic!). Genau diese ökonomische Auswirkung würde indes durch die Berechnung von „fiktiven Jahresbeiträgen“ zum Zwecke der EAEG-Beitragsbemessung von Sonderbeiträgen und Sonderzahlungen vollständig negiert. Hierdurch würde die Bildung von sog. *hartem Kernkapital*, zu dem der Sonderposten nach § 340g HGB zählt, im Zuge der „Innenfinanzierung“ der Institute nachhaltig behindert – was weder nachvollziehbar noch angemessen wäre. Schließlich wird durch eine Verbreiterung der Eigenkapitalbasis nicht zuletzt der Gefahr des Eintritts eines Entschädigungsfalls bei dem jeweils betroffenen Institut wirksam begegnet.

Hinzu kommt Folgendes: Die Regelung des 340g HGB zielt – worauf sowohl in der Gesetzesbegründung als auch seitens der Deutschen Bundesbank ausdrücklich hingewiesen wurde⁵ – auch darauf ab, unter dem „Vorsichtsmotiv“ gewissermaßen eine „bilanzielle Gegenposition“ zu der im Zuge des Bilanzmodernisierungsgesetzes (BilMoG) eingeführten „Fair-Value-Bewertung“ des Handelsbestandes und etwaigen hieraus resultierenden „unrealisierten Zeitwertgewinnen“ zu schaffen. Zu bedenken ist hierbei, dass sich durch die geänderten Bilanzierungsvorschriften (Zeit-

⁴ Vgl. <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/124/1612407.pdf>.

⁵ Vgl. Monatsbericht der Deutschen Bundesbank vom September 2010, URL:

http://www.bundesbank.de/download/volkswirtschaft/mba/2010/201009mba_bilmog.pdf

wertbewertung), auch unter Berücksichtigung des nach §340 e Abs. anzusetzenden Risikoabschlags, namentlich für die der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW) zugeordneten Institute aufgrund der Anknüpfungspunkte der dortigen Beitragssystematik auch die Bemessungsgrundlage der dortigen Jahresbeiträge tendenziell verbreitert haben dürfte, ohne dass hiermit jedoch eine Erhöhung des tatsächlichen Entschädigungsrisikos bei dem jeweiligen Institut einhergegangen wäre.

4. Auf der Grundlage der vorstehenden Ausführungen sollte von der geplanten Normierung der Ermächtigungsvorschrift in § 8 Abs. 6 Satz 4 EAEG Abstand genommen werden.

Sollte dem nicht nachgekommen und dennoch eine entsprechende Ermächtigungsvorschrift normiert werden, sollte in diesem Rahmen *zumindest* sichergestellt werden, dass bei der Ermittlung von „fiktiven Jahresbeiträge“ nicht nur solche Dotierungen des Sonderpostens nach § 340g HGB unberücksichtigt bleiben, die auf der Grundlage von § 340e Abs. 4 HGB verbindlich gebildet werden mussten/müssen, sondern generell auch Bestandteile des Sonderpostens, die als Risikopuffer für unrealisierte Erträge des Handelsbestands gebildet wurden/werden. Vor diesem Hintergrund schlagen wir deshalb – in Anknüpfung an die Gesetzesbegründung zum BilMoG – vor, den nach der geplanten Gesetzesnovellierung in § 8 Abs. 6 EAEG den nach Satz 3 neu einzufügenden Satz wie folgt zu fassen:

„Die Rechtsverordnung nach Absatz 8 Satz 1 kann auch vorsehen, dass die Entschädigungseinrichtungen in den Fällen des Satzes 1 für Institute, die einen Sonderposten nach § 340g HGB bilden, einen fiktiven Jahresbeitrag berechnen, der an die Stelle des zuletzt fälligen Jahresbeitrags tritt; dieser fiktive Jahresbeitrag berücksichtigt nicht die Bildung und Auflösung von Sonderposten gemäß § 340g HGB, sofern sie zur Absicherung von aus der Zeitwertbewertung der Finanzinstrumente des Handelsbuchs resultierenden Risiken gebildet wurden oder nicht auf der Grundlage von § 340e Absatz 4 HGB gebildet werden mussten.“

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Hans Mewes
Justiziar