

# Einlagensicherung und Systemstabilität – Einige Gedanken zur Reform des Schweizer Einlegerschutzes

Von Prof. Dr. Rolf Sethe, LL.M., Universität Zürich

*This article addresses the recent reforms of the Swiss and German deposit insurance schemes and argues*

*that the reforms were incomplete. The financing of those institutions should be improved.*

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ziele und Gefahren der Einlagensicherung
- III. Einlegerschutz in der Schweiz
  - 1. Vorbemerkung
  - 2. Das von 2004 bis 2008 gültige System der Einlagensicherung
    - 2.1 Sofortige Auszahlung von Kleinsteinlagen
    - 2.2 Konkursvorrecht für privilegierte Einlagen
    - 2.3 Der zusätzliche Schutz privilegierter Einlagen durch die Einlagensicherung
      - 2.3.1 Persönlicher Anwendungsbereich
      - 2.3.2 Sachlicher Anwendungsbereich
      - 2.3.3 Gesteuerte Selbstregulierung
      - 2.3.4 Inhaltliche Anforderungen an die Selbstregulierung
      - 2.3.5 Umsetzung der gesetzlichen Anforderungen
  - 3. Die Reform von 2008
    - 3.1 Ausdehnung des Anspruchs auf sofortige Auszahlung
    - 3.2 Anhebung des Konkursvorrechts
    - 3.3 Ausweitung des Kreises privilegierter Einlagen
    - 3.4 Erhöhung der Systemobergrenze der Einlagensicherung
    - 3.5 Erhöhung der liquiden Mittel
  - 4. Die Reform von 2011
    - 4.1 Schwächen des bisherigen Systems
    - 4.2 Der Vorschlag für ein Bundesgesetz über die Sicherung der Bankeinlagen
    - 4.3 Vernehmlassung und Botschaft
- IV. Die Krise der Einlagensicherung in Deutschland
  - 1. Die deutsche Einlagensicherung im Überblick
  - 2. «Phoenix in die Asche»
  - 3. Die Lehman-Pleite
- V. Schlussfolgerungen
  - 1. Grenzen der Einlagensicherung
  - 2. Schutzzweck
  - 3. Aufbau und Ausgestaltung der Sicherung
    - 3.1 Aufspaltung der Sicherungssysteme
    - 3.2 Sicherungshöhe
    - 3.3 Auszahlungsdauer
  - 4. Beitragsbemessung
  - 5. Einlagensicherung und Systemstabilität

## I. Einleitung

Die Finanzkrise hat eine rege politische Diskussion über die Ziele, die Ausgestaltung und den Umfang der Einlagensicherung ausgelöst. Diese Diskussion ist allerdings nicht neu,<sup>1</sup> sondern lebt immer dann auf, wenn Banken in eine Schieflage geraten und sich konkret die Frage stellt, ob die vorhandene Sicherung zum Schutz der Kleinsparer ausreicht. In wirtschaftlich stabilen Zeiten hat das Thema also kaum Konjunktur. Da jedoch in Krisenzeiten regelmässig Zeitdruck herrscht, werden Lösungen oft in Eile gezimmert. Hat sich dann die Lage wieder beruhigt, erfolgt zumeist keine grundlegende Auseinandersetzung mit der gefundenen Regulierung mehr, da sich die allgemeine Aufmerksamkeit anderen Dingen zugewandt hat. Den Bankkunden fehlt – ausserhalb von Krisen – regelmässig die Verhandlungsmacht, um das Thema auf die Agenda zu bringen; die Bankbranche wiederum wird sich hüten, von sich aus eine Thematik anzusprechen, die Kosten verursachen könnte.

Dieses Ablaufschema scheint sich derzeit auch in der Schweiz zu bewahrheiten. Auf dem Höhepunkt

<sup>1</sup> Die erste Einlagensicherung im heutigen Sinne findet sich im US-Bundesstaat New York 1829, vgl. *Rolf Sethe*, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, Köln 2005, 266 m.w.N. Vorläufer der Einlagensicherung waren direkte Staatsgarantien (Stadtwechsel in Strassburg und Basel, vgl. *Sethe* a.a.O., 218), wie sie heute noch für Kantonalbanken gelten (vgl. etwa § 6 Abs. 1 des ZH Kantonalbankengesetzes, LS 951.1, OS 54, 353). Diese staatlichen Haftungszusagen bzw. Garantien sind unter Anlegerschutzgesichtspunkten sicherlich positiv zu bewerten, entfalten aber wegen der leichteren Refinanzierungsmöglichkeiten von Banken mit Staatsgarantie eine stark wettbewerbsverzerrende Wirkung und das Problem eines *moral hazard*; sie wurden daher zunehmend abgeschafft. So erfolgte auf Druck der EU-Kommission 2005 die Abschaffung der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für deutsche Sparkassen, dazu *Rolf Sethe*, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl., München 2007, § 25 N. 15. Auch in der Schweiz findet ein Umdenken statt und nicht mehr alle Kantonalbanken sind mit der Staatsgarantie ausgestattet, vgl. *Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus*, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011, N. 65.

der Finanzkrise beschloss der Gesetzgeber Massnahmen zur Verbesserung des Einlegerschutzes, um einen massiven Vertrauensverlust des Publikums zu verhindern (hinten III.3). Da es sich um ein dringliches und daher gemäss Art. 165 Abs. 1 BV zu befristendes Gesetz<sup>2</sup> handelte, war es von vornherein als Übergangslösung gedacht und sollte später durch eine ohne Zeitdruck entwickelte Regelung ersetzt werden. Zu diesem Zweck legte der Bundesrat eine Botschaft vor (hinten III.4), die jedoch auf starke Kritik stiess. Überraschend schnell schwenkte die Politik dann auf die Linie ein, dass man allein die ad hoc beschlossenen Massnahmen ins Dauerrecht überführt und sonstige Ideen für eine Reform nicht aufgreift. Ob dieser rasch gefällte Entscheid wirklich sinnvoll ist, soll nachfolgend untersucht werden.

Dabei wird bewusst eine rechtsvergleichende Perspektive gewählt, denn die andernorts mit dieser Materie gemachten Erfahrungen können wertvolle Hinweise für eine Lösung in der Schweiz liefern. Spannend ist insbesondere der Vergleich mit Deutschland (hinten IV), denn dort finden sich gleich zwei Beispiele für ein Versagen der Einlagensicherung – eines vor und eines in der Finanzkrise. Als Bankrechtler ist man das Thema (Beinahe-)Zusammenbruch von Banken gewohnt. Ein Beinahezusammenbruch der Einlagensicherung, die gerade Rettungsanker in der Krise sein soll, ist dagegen neu und zieht dementsprechend viel Aufmerksamkeit auf sich. Da die Einlagensicherung Vertrauen schaffen soll, kann gerade der Zusammenbruch der Einlagensicherung systemdestabilisierend wirken und ist daher besonders gefährlich.

## II. Ziele und Gefahren der Einlagensicherung

Wie den meisten aufsichtsrechtlichen Regelungen kommen auch der Einlagensicherung zwei Funktionen zu.

- Sie dient der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Finanzsystems (Systemstabilität); Einlagensicherung soll einen Bank-Run verhüten, Ansteckungsgefahr bei Bankkrisen verringern und Vertrauen bei den Bankkunden schaffen. Durch risikoorientierte Prämien kann eine Steuerungs-

wirkung in Bezug auf den Risikoappetit der Banken bewirkt werden.

- Der Anlegerschutz bezieht sich bei der Einlagensicherung traditionell auf den Schutz der Kleinanleger vor Existenzverlust. Die zunehmende Ausweitung der Sicherungshöhe in einigen Staaten belegt aber, dass nicht nur Kleinsparer erfasst werden sollen. Zudem beziehen manche Systeme auch die Guthaben von Alterssparverträgen oder beruflicher Vorsorge ein, sodass dem Einlegerschutz eine sozialpolitische Komponente zukommt.

Einlagensicherung geht immer mit der Gefahr eines *moral hazard* einher. Diese Gefahr kann auf zwei Arten entstehen. Zum einen können Einleger bewusst solche Institute herausuchen, die hohe Zinsen zahlen, weil sie sich aufgrund ihrer schwachen wirtschaftlichen Lage anders kein Geld mehr beschaffen können. Fällt die Bank in Konkurs, erstattet die Einlagensicherung dem Anleger sein eingesetztes Kapital – und in manchen Rechtsordnungen auch die von der Bank versprochenen Zinsen. Überlebt die Bank, erhält der Einleger sein Geld am Ende der Laufzeit von der Bank zurück und wird mit satten Zinsen belohnt. Der Einleger kann also auf Kosten der Einlagensicherung munter spekulieren. Aus diesem Grund sehen einige Einlagensicherungssysteme einen Selbstbehalt vor, um die Spekulation auf Kosten der Einlagensicherung unattraktiv zu machen. Dieser Ansatz unterstellt allerdings, dass der typische Bankkunde in der Lage sei, eine Bankbilanz zu lesen und zu beurteilen, ob die Bank noch solide ist oder nicht. Hierbei handelt es sich um eine Fehlvorstellung, die auf der inzwischen vielfach widerlegten Theorie vom *homo oeconomicus* basiert.<sup>3</sup> Nur die allerwenigsten Privatpersonen sind in der Lage, die Leistungsfähigkeit einer Bank zu beurteilen. Bedenkt man, dass sogar oft nicht einmal Fachleute vorhersehen können, wie solide eine Bank aufgestellt ist (vgl. die Beispiele Lehman und Phoenix im Folgenden), erscheint die Gefahr eines *moral hazard* durch Bankkunden vernachlässigbar.

Zum anderen – und das ist viel gravierender – besteht die Gefahr, dass die Institute sich auf Kosten der Wettbewerber über die Einlagensicherung Vorteile

<sup>2</sup> Änderung des BankG vom 19. Dezember 2008, AS 2009, 55.

<sup>3</sup> Ausführlich dazu Lars Klöhn, Kapitalmarkt, Spekulation und Behavioral Finance, Berlin 2006, 90 ff.

verschaffen.<sup>4</sup> Sind die Prämien zur Einlagensicherung *ex ante* zu errichten und an demjenigen Risiko orientiert, das die jeweilige Bank eingeht, muss eine Bank höhere Prämien zahlen, wenn sie zur Erzielung grösserer Renditen auch höhere Risiken eingeht. Werden die Prämien dagegen allein an der Summe der von einer Bank entgegengenommenen Kundeneinlagen bemessen, subventionieren die risikoaversen Banken faktisch diejenigen, die grössere Risiken eingehen, denn der Insolvenzfall bei den risikofreudigen Instituten ist wahrscheinlicher und trotzdem zahlen alle Banken die gleiche Prämienhöhe pro eingenommener Einlage. Noch deutlicher wird das Moral-hazard-Problem, wenn die Prämien nicht *ex ante* eingezahlt werden müssen, sondern wenn ein System der *Ex-post*-Finanzierung besteht. In diesem Fall zahlen nur diejenigen Banken ein, die überlebt haben und das insolvente Institut, das zuvor hohe Risiken einging, muss sich an dem dadurch verursachten Schaden gar nicht beteiligen. Die *Ex-post*-Finanzierung entfaltet daher keine verhaltenssteuernde Wirkung und entpuppt sich unter dem Gesichtspunkt der Systemstabilität als sehr nachteilig.

### III. Einlegerschutz in der Schweiz

#### 1. Vorbemerkung

Die Einlagensicherung für Bankgläubiger wurde 2004 im Zusammenhang mit dem am 1. Juli 2004 in Kraft getretenen Bankinsolvenzrecht<sup>5</sup> neu gere-

gelt<sup>6</sup> (hinten III.2). In der Finanzkrise zeigte sich, dass die Regelung nicht ausreichte, um das Vertrauen der Anleger in die Sicherung ihrer Einlagen zu erhalten, weshalb sie ganze vier Jahre nach ihrem Inkrafttreten bereits wieder reformiert wurde (hinten III.3 und III.4).

#### 2. Das von 2004 bis 2008 gültige System der Einlagensicherung

##### 2.1 Sofortige Auszahlung von Kleinsteinlagen

Um Bankkunden einen raschen Zugriff auf ihre Einlagen auch im Falle der Insolvenz einer Bank zu ermöglichen, schreibt Art. 37a Abs. 1 BankG vor, dass Einleger – soweit sie erreichbar sind – mit einer fälligen Gesamtforderung von 5000 CHF<sup>7</sup> oder weniger ausserhalb der Kollokation und unter Ausschluss jeglicher Verrechnung möglichst rasch befriedigt werden. Mit dieser Regelung wollte man zudem den Liquidator dadurch entlasten, dass man die einen erheblichen Zeit- und Kostenaufwand verursachenden Kleinsteinlagen sofort befriedigt. Diese gesetzliche Vorgehensweise widerspricht zwar dem Grundsatz der *par conditio creditorum* im Konkurs, wird aber durch die Kostenersparnis kompensiert.<sup>8</sup> Dieser Ziel-

<sup>4</sup> Standardbeispiel für dieses Phänomen ist der Zusammenbruch der Savings & Loans Associations in den USA, dazu ausführlich *Edward J. Kane*, *The S & L Insurance Mess: How Did It Happen?*, Washington 1989; *Allin F. Cottrell/Michael S. Lawlor/John Harold Wood* (eds.), *The Causes and Costs of Depository Institution Failures*, Boston/London/Dordrecht 1995; *Martin Hellwig*, Systemische Risiken im Finanzsektor, in: *Duwendag* (Hrsg.), *Finanzmärkte im Spannungsfeld von Globalisierung, Regulierung und Geldpolitik*, Berlin 1998, 123, 129; *ders.*, *Banks, Markets, and the Allocation of Risks in an Economy*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 154 (1998), 328, 336. Zur Einlagensicherung in den USA vgl. etwa die Arbeiten von *Andrea Gutzwiller-Dietler*, *Das schweizerische Einlagensicherungssystem im Vergleich mit den Systemen Deutschlands, der USA und der Europäischen Union*, Diss. Basel 1994; *Jens Kleinert*, *Einlagensicherungssysteme nach deutschem und U.S.-amerikanischem Recht*, Baden-Baden 1999.

<sup>5</sup> Änderung des BankG vom 3. Oktober 2003, AS 2004, 2767. Die Regelung ist auch schon beschrieben bei *Rolf*

*Sethe*, *Ein Indianer kennt keinen Schmerz – Reaktionen der Schweiz auf Finanzmarktkrise und Steuerstreit*, ZBB 2011, 109, 123 ff. Da der ganz überwiegende Teil der Regelung auch nach den Reformen von 2008 und 2011 gültig bleibt, erfolgen die Ausführungen bewusst im Präsens.

<sup>6</sup> Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002, 8060 ff. Zur gesetzlichen Regelung etwa *Catherine Chamartin*, *La protection des déposants*, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2007, 385 ff.; *Markus Guggenbühl/Jana Essebie*, *Bankenkonkurs und Einlagensicherung, Rechtslage seit 1. Januar 2006 im Überblick*, SJZ 102 (2006), 373 ff.; *Dieter Zobl*, *Bankengesetzliche Einlagensicherung – Anwendungsfall der staatlichen und der Selbstregulierung*. Mit einem kleinen Exkurs zum Begriff der Selbstregulierung und zur Rechtsnatur der Selbstregulierungserlasse, Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, 777 ff.; *Dieter Zobl/Stefan Kramer*, *Schweizerisches Kapitalmarktrecht*, Zürich 2004, 273 f.

<sup>7</sup> Die FINMA kann den Betrag von 5000 CHF herabsetzen (Art. 37a Abs. 2 BankG), wenn die Konkursmasse nicht ausreicht, die Kleinsteinlagen aller Gläubiger zu befriedigen.

<sup>8</sup> Schätzungen gehen davon aus, dass bei einer Bank mittlerer Grösse mit 6% der Aktiven 60% der Gläubiger befriedigt werden, vgl. *Renate Schwob/Thomas S. Müller*, in: *Bodmer/Kleiner/Lutz* (Hrsg.), *Kommentar zum Bundes-*

setzung entspricht es auch, dass die Norm nur Gläubiger schützt, die sofort erreichbar sind.

Die Auszahlungsregelung schützt nur sogenannte privilegierte Einlagen i.S.v. Art. 37b BankG. Dies sind nicht auf den Inhaber lautende Einlagen einschliesslich Kassenobligationen, die im Namen des Einlegers bei der Bank hinterlegt sind (Art. 23 Abs. 2 BKV-FINMA). Ausgenommen sind Einlagen bei solchen Unternehmen, die ohne aufsichtsrechtliche Bewilligung als Banken tätig sind (Art. 37b Abs. 2 BankG). Steht eine Forderung mehreren Personen zu, kann sie nur einmal geltend gemacht werden (Art. 37b Abs. 3 BankG).

Übersteigen die Einlagen den Betrag von 5000 CHF, sind sie komplett von der sofortigen Auszahlung ausgeschlossen, es sei denn, der Einleger verzichtet auf den überschüssenden Betrag.<sup>9</sup> Die Kleinsteinlage muss zudem fällig sein, was regelmässig der Fall ist, weil mit Konkurseröffnung alle nicht durch ein Grundpfandrecht gesicherten Forderungen fällig werden (Art. 208 Abs. 1 S. 1 SchKG i.V.m. Art. 34 Abs. 1 BankG).<sup>10</sup>

## 2.2 Konkursvorrecht für privilegierte Einlagen

Privilegierte Einlagen (zum Begriff siehe oben 2.1) geniessen pro Kunde und Bank bis zu einem Maximalbetrag von 30000 CHF ein Konkursvorrecht. Sie werden im Konkurs der Bank in der zweiten Klasse kolloziert (Art. 219 Abs. 4 SchKG) und deshalb vor den nicht privilegierten Forderungen befriedigt (Art. 37b BankG). Die Vorkehrung schützt die Bankkunden allerdings nur, wenn die Konkursmasse ausreicht, um die Kundenforderungen abzudecken. Zudem nimmt die Abwicklung einer Bank eine längere Zeit in Anspruch, sodass den Einlegern für eine gewisse Zeit die nötige Liquidität fehlt, was bei Kleinsteinlegern faktisch zum Ruin führen kann. Um diese beiden Schutzlücken zu schliessen, verpflichtet Art. 37h BankG die Banken zu einer Einlagensicherung im Wege der Selbstregulierung.

## 2.3 Der zusätzliche Schutz privilegierter Einlagen durch die Einlagensicherung

### 2.3.1 Persönlicher Anwendungsbereich

Banken, die privilegierte Einlagen entgegennehmen, müssen sich zu deren Schutz einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen (Art. 37h BankG). Die gesetzliche Vorgabe erfasst alle Einlagen bei Geschäftsstellen einer Bank in der Schweiz. Es kommt nicht auf den Sitz des Instituts, sondern nur auf den Ort der Geschäftsstelle an.<sup>11</sup> Infolgedessen sind Einlagen bei Geschäftsstellen ausländischer Banken in der Schweiz erfasst, während Einlagen bei im Ausland gelegenen Geschäftsstellen von schweizerischen Banken nicht unter die Regelung fallen; sie müssen sich der Einlagensicherung im entsprechenden Staat anschliessen.<sup>12</sup> Auch Kantonalbanken, gleichgültig ob mit oder ohne Staatsgarantie, unterstehen der Regelung von Art. 37h BankG.<sup>13</sup> Ausgenommen werden wiederum Einlagen bei Instituten, die ohne Bankbewilligung tätig sind (Art. 37b Abs. 2 BankG). Auf den Wohnsitz oder die Staatsangehörigkeit des Einlegers kommt es nicht an.<sup>14</sup>

### 2.3.2 Sachlicher Anwendungsbereich

Der Tatbestand erfasst ausdrücklich nur privilegierte Einlagen i.S.v. Art. 37b BankG, nicht aber auch Kleinsteinlagen i.S.v. Art. 37a BankG, denn diese werden regelmässig sofort ausgezahlt. Übersteigt das Kontoguthaben eines Einlegers 5000 CHF (oder den von der FINMA festgesetzten niedrigeren Betrag), muss sich der Kunde entscheiden, ob er auf den überschüssenden Betrag verzichtet und die sofortige Auszahlung verlangt oder ob er dies nicht tut und dann von der Einlagensicherung entschädigt wird, die innerhalb von drei Monaten den dort gesicherten Betrag auszahlt (Art. 37h Abs. 3 lit. a BankG).

### 2.3.3 Gesteuerte Selbstregulierung

Art. 37h Abs. 1 BankG verpflichtet die Banken zur Selbstregulierung. Diese muss die in Art. 37h Abs. 3

gesetz über die Banken und Sparkassen, Loseblatt (Stand 2009), Art. 37a N. 3.

<sup>9</sup> Thomas Bauer, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005, Art. 37a N. 5; Schwob/Müller (Fn. 8), Art. 37a N. 5.

<sup>10</sup> BSK-Bauer (Fn. 9), Art. 37a N. 4; Schwob/Müller (Fn. 8), Art. 37a N. 7.

<sup>11</sup> Botschaft Bankengesetz 2002 (Fn. 6), 8100; BSK-Winzeler (Fn. 9), Art. 37h N. 10.

<sup>12</sup> Botschaft Bankengesetz 2002 (Fn. 6), 8100.

<sup>13</sup> Botschaft Bankengesetz 2002 (Fn. 6), 8101; kritisch dazu Andreas Vögeli, Kantonalbanken und Einlagensicherung im Lichte des Entwurfs zum Einlagensicherungsgesetz, SZW 2010, 136 ff.

<sup>14</sup> BSK-Winzeler (Fn. 9), Art. 37h N. 11.

BankG genannten Anforderungen erfüllen und bedarf der Genehmigung durch die FINMA (Art. 37h Abs. 2 BankG). Es liegt somit der Fall einer sog. «gesteuerten Selbstregulierung» vor.<sup>15</sup> Kommen die Institute dieser Pflicht zur Selbstregulierung nicht nach oder missachten sie die Vorgaben in Abs. 3, regelt der Bundesrat die Einlagensicherung in einer Verordnung (Art. 37h Abs. 5 BankG).

#### 2.3.4 Inhaltliche Anforderungen an die Selbstregulierung

Die Einlagensicherung muss gewährleisten, dass privilegierte Einlagen innerhalb von drei Monaten ausbezahlt werden (Art. 37h Abs. 3 lit. a BankG, Art. 56 BankV). Die Frist beginnt mit der Einleitung der bankaufsichtsrechtlichen Massnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. e–h BankG oder des Liquidationsverfahrens nach den Art. 33–37g BankG. Kann in einem Einzelfall die Frist nicht eingehalten werden, kann die FINMA eine Ausnahme bewilligen.<sup>16</sup>

Der Gesetzgeber ging davon aus, dass den berechtigten Bankgläubigern ein klagbarer Anspruch gegen die Trägerschaft der Einlagensicherung zustehen muss.<sup>17</sup> Diese Vorgabe wurde in der Ausführungsbestimmung des Art. 59 BankV später dann ausdrücklich verankert. Die Auszahlung an die Einleger darf nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht werden.<sup>18</sup>

Die Selbstregulierung muss einen Maximalbetrag von 4 Mrd. CHF an Forderungen gegen Banken und Effektenhändler absichern (Art. 37h Abs. 3 lit. b BankG).<sup>19</sup> Der Bundesrat kann den Betrag anpassen, sofern besondere Umstände dies erfordern (Art. 37h Abs. 4 BankG). Die Finanzierung der Einlagensicherung ist gesetzlich nicht vorgegeben, sondern bleibt vorbehaltlich der Genehmigung durch die FINMA den angeschlossenen Instituten überlassen.<sup>20</sup>

Art. 37h Abs. 3 lit. c BankG setzt zudem voraus, dass jede Bank für die Hälfte ihrer Beitragsverpflichtungen dauernd liquide Mittel hält, welche die gesetzliche Liquidität übersteigen. Diese Vorschrift ist notwendig, da die Mittel der Einlagensicherung nicht im Vorhinein aufgebracht, sondern im Krisenfall eingezahlt werden müssen. Die Einzelheiten dieser Zusatzliquidität regelt Art. 19 BankV.

Der Träger der Einlagensicherung tritt im Umfang seiner Zahlungen in die Rechte der befriedigten Einleger ein (Legalzession gemäss Art. 37i BankG).

#### 2.3.5 Umsetzung der gesetzlichen Anforderungen

Um der gesetzlichen Verpflichtung zur Selbstregulierung nachzukommen, gründeten die schweizerischen Banken und Effektenhändler den Verein «Einlagensicherung der Schweizer Banken und Effektenhändler» («Einlagensicherungsverein» genannt) mit Sitz in Basel und schlossen eine Vereinbarung,<sup>21</sup> wonach dieser Verein zur Erfüllung der Verpflichtungen aus Art. 37h BankG als deren Beauftragter tätig wird. Die Vereinbarung regelt einen Verrechnungsverzicht der Bank mit Schulden des Einlegers (Art. 3), definiert den berechtigten Einleger und die auszahlenden Einlagen (Art. 4), legt die Beiträge der Banken im Anwendungsfall fest (Art. 5) und verpflichtet den Einlagensicherungsverein, die auf ihn gemäss Art. 37i BankG übergegangenen Liquidationszahlungen an die Banken weiterzuleiten (Art. 6). Weiterhin legt sie die Leistungsgrenze fest (Art. 7) und ermächtigt die FINMA zur Weiterleitung von Daten an den Einlagensicherungsverein (Art. 8). Um eine persönliche Haftung der Mitglieder auszuschliessen, stellt Art. 9 klar, dass es sich um einen Verein und nicht um eine einfache Gesellschaft handelt.

Dem Verein kommen demnach folgende Funktionen zu:<sup>22</sup> Er muss die Beitragspflicht auf Grundlage der aktuellen Meldungen berechnen. Grundlage dafür sind die gemäss Art. 19 Abs. 2 BankV an die FINMA gemachten Meldungen des Umfangs aller privilegierten Einlagen einerseits und die im Auszahlungsplan des FINMA-Beauftragten enthaltenen Forderungen der fallierten Bank andererseits (Art. 57

<sup>15</sup> Dieter Zobl, in: Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über Banken und Sparkassen, Loseblatt (Stand 2004), Art. 37h N. 9; Zobl (Fn. 6), 782 f.

<sup>16</sup> Botschaft Bankengesetz 2002 (Fn. 6), 8102; BSK-Winzeler (Fn. 9), Art. 37h N. 24.

<sup>17</sup> Botschaft Bankengesetz 2002 (Fn. 6), 8102; Zobl (Fn. 6), 789 f. Es gibt auch Einlagensicherungen, die auf freiwilliger Basis bestehen und daher keinen Auszahlungsanspruch vorsehen, vgl. Sethe, in: Assmann/Schütze (Fn. 1), N. 52.

<sup>18</sup> Botschaft Bankengesetz 2002 (Fn. 6), 8102.

<sup>19</sup> BSK-Winzeler (Fn. 9), Art. 37h N. 25.

<sup>20</sup> Botschaft Bankengesetz 2002 (Fn. 6), 8104.

<sup>21</sup> Vereinbarung der Schweizer Banken und Effektenhändler über die Einlagensicherung, zuletzt geändert am 6. Dezember 2011, <[http://www.einlagensicherung.ch/050905\\_vereinbarung\\_der\\_schweizerbanken\\_und\\_effektenhaendler.pdf](http://www.einlagensicherung.ch/050905_vereinbarung_der_schweizerbanken_und_effektenhaendler.pdf)>.

<sup>22</sup> Hierzu und zum Folgenden vgl. Art. 5 der Vereinbarung.

Abs. 1 und 3 BankV). Der Umfang der Zahlungspflicht der einzelnen Bank richtet sich nach dem Verhältnis der privilegierten Einlagen bei der einzelnen Bank zu den privilegierten Einlagen bei allen Banken und Effektenhändlern insgesamt (abzüglich jener der betroffenen Bank). Zahlt eine Bank nicht innerhalb der vom Verein gesetzten Frist, setzt dieser eine Nachfrist von fünf bzw. bei grösseren Summen zehn Bankwerktagen und informiert die FINMA. Der Verein kann Kredite aufnehmen, um seinen Pflichten nachkommen zu können. Die Kosten werden den säumigen Instituten in Rechnung gestellt.

Der Verein leistet innerhalb der Dreimonatsfrist die erforderlichen Zahlungen an den FINMA-Beauftragten (Art. 58 Abs. 1 BankV), der sie an die Einleger auszahlt. Nach Ablauf der Dreimonatsfrist steht den Einlegern ein direkter Anspruch gegen den Einlagensicherungsverein (nicht aber gegen dessen Mitglieder) zu (Art. 59 BankV). Aufgrund der Legalzession in Art. 37i BankG steht dem Verein eine evtl. eingegangene Liquidationsdividende zu, die er seinerseits an die angeschlossenen Banken im Verhältnis ihrer Beiträge auszahlt.

### 3. Die Reform von 2008

#### 3.1 Ausdehnung des Anspruchs auf sofortige Auszahlung

Auf dem Höhepunkt der Finanzkrise entschloss sich der Gesetzgeber, die bestehende Einlagensicherung zu stärken, um einen massiven Vertrauensverlust der Einleger zu verhindern. Er bediente sich dazu eines dringlichen und daher gemäss Art. 165 Abs. 1 BV zu befristenden Gesetzes.<sup>23</sup> Die nachfolgend dargestellten geänderten Vorschriften der Art. 37a<sup>bis</sup>, Art. 37b sowie Art. 37h BankG galten daher zunächst nur vom 20. Dezember 2008 bis 31. Dezember 2010.<sup>24</sup> Da das System als generell reformbedürftig angesehen wurde und sich in der Finanzkrise deutliche Schwächen zeigten, entschloss sich der Gesetzgeber zudem, eine grundlegende Reform auf den Weg zu bringen (nachfolgend 4.).

Das dringliche Bundesgesetz zur Stärkung des Einlegerschutzes<sup>25</sup> hat den Anspruch auf sofortige Auszahlung von Kleinsteinlagen (5000 CHF) auf alle privilegierten Einlagen (neu 100 000 CHF) ausgedehnt, indem Art. 37a BankG suspendiert und durch einen Art. 37a<sup>bis</sup> BankG ersetzt wurde. Einleger haben daher einen sofort auszahlbaren Anspruch aus den liquiden Mitteln des Instituts ausserhalb der Kollokation und unter Ausschluss jeglicher Verrechnungsmöglichkeiten. Auch bei der Neuregelung ist die FINMA befugt, den sofort fälligen Betrag zu reduzieren, wenn die Masse nicht ausreicht. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass durch die sofortigen Auszahlungen die vollständige Befriedigung der Gläubiger der ersten Kollokationsklasse (Art. 219 Abs. 4 SchKG) nicht gefährdet wird (Art. 37a<sup>bis</sup> Abs. 2 BankG).

Durch die Anhebung des zur sofortigen Auszahlung fälligen Betrags erlangen die Einleger einen zeitlichen Vorteil im Vergleich zum früheren Recht. Hatte ein Anleger mehr als 5000 CHF, entschied er sich stets gegen die sofortige Auszahlung von 5000 CHF, die er nur um den Preis des Verzichts auf den übersteigenden Betrag erhalten hätte, und nahm stattdessen die Privilegierung (Art. 37b BankG) sowie die Einlagensicherung in Anspruch. Da Forderungen gegen die Einlagensicherung erst nach drei Monaten fällig waren, musste der Bankkunde recht lange auf sein Geld warten. Der zweite Vorteil der Neuerung besteht in einer faktischen Ausweitung des geschützten Personenkreises, indem nun auch Kunden geschützt werden, deren Bank mit ihren Einlagen die Systemobergrenze der Einlagensicherung von 6 Mrd. CHF (dazu sogleich) überschreitet. Die Anhebung bewirkt, dass ein 6 Mrd. CHF übersteigendes Vermögen der Bank genutzt werden kann, die 100 000 CHF pro Kunde auszubezahlen, wozu die Einlagensicherung aufgrund der Höchstgrenze nicht in der Lage gewesen wäre.<sup>26</sup> Schliesslich profitieren die an die Einlagensicherung angeschlossenen Banken von der Anhebung des sofort auszuzahlenden Betrags, durch die die Einlagensicherung und damit deren Beitragszahler entlastet werden. Dies wiederum trägt zur Systemstabilität bei.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Änderung des BankG vom 19. Dezember 2008, AS 2009, 55.

<sup>24</sup> Vgl. die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 5. November 2008, BBl 2008, 8841, 8853. Zur später erfolgten Verlängerung s. hinten Fn. 41.

<sup>25</sup> S.o. Fn. 23.

<sup>26</sup> Schwob/Müller (Fn. 8), Art. 37a<sup>bis</sup> N. 4.

<sup>27</sup> Schwob/Müller (Fn. 8), Art. 37b<sup>bis</sup> N. 3.

### 3.2 Anhebung des Konkursvorrechts

Der Gesetzgeber hob das Konkursprivileg in Höhe von 30 000 CHF auf 100 000 CHF an (Art. 37b Abs. 1<sup>bis</sup> BankG). Da die Einleger jedoch schon einen direkten Auszahlungsanspruch in Höhe dieses Betrages gegen die Konkursmasse haben, kommt diesem Privileg nur noch Bedeutung zu, wenn die Masse für die *sofortige* Auszahlung nach Art. 37a<sup>bis</sup> BankG nicht ausreicht und die FINMA daher den sofort auszahlbaren Betrag unter 100 000 CHF herabsetzt.<sup>28</sup> Bedeutung hat die Neuerung auch noch für Bankkunden, die nicht unmittelbar zu erreichen sind und daher nicht in den Genuss des Art. 37a<sup>bis</sup> BankG kommen.

### 3.3 Ausweitung des Kreises privilegierter Einlagen

Einlagen bei Vorsorgestiftungen i.S.d. Art. 82 BVG (gebundene Guthaben der Selbstvorsorge = Säule 3a) und Guthaben bei Freizügigkeitsstiftungen (= Austrittsleistungen der Säule 2) sind nun separat und zusätzlich zu den sonstigen Einlagen privilegiert (Art. 37b Abs. 4 BankG),<sup>29</sup> sodass zweimal 100 000 CHF vorrangig geltend gemacht werden können. Einleger können dagegen nicht die sofortige Auszahlung der Guthaben bei Vorsorgestiftungen verlangen, da diese nicht unter die Regelung des Art. 37a<sup>bis</sup> BankG fallen. Auch greift für diese Guthaben nicht die Einlagensicherung nach Art. 37h BankG ein. Beide Vorschriften verweisen nämlich nur auf privilegierte Einlagen nach Art. 37b Abs. 1<sup>bis</sup> BankG und nicht auch auf dessen Abs. 4.<sup>30</sup> Begründet wird dies damit, dass es genüge, wenn diese zusätzlich geschützten Einlagen den Vorsorgestiftungen in absehbarer Zeit für den laufenden Bedarf zur Verfügung stehen. Eine sofortige Auszahlung sei – im Gegensatz zu den übrigen Bankeinlagen – nicht notwendig.<sup>31</sup> Sozialpolitisch ist die Herausnahme der Einlagen bei Vorsorgestiftungen und Guthaben bei Freizügigkeitsstiftungen zu bedauern, da die Säulen 2 und 3a die Existenz im Alter mitabsichern sollen. Nicht privilegiert sind Guthaben der Pensionskassen und Versicherungen.<sup>32</sup>

### 3.4 Erhöhung der Systemobergrenze der Einlagensicherung

Die Systemobergrenze der Einlagensicherung wurde von 4 Mrd. CHF auf 6 Mrd. CHF erhöht (Art. 37h Abs. 3 lit. b<sup>bis</sup> BankG). Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass der Betrag der gesicherten Einlagen pro Kunde von 30 000 CHF auf 100 000 CHF erhöht und damit mehr als verdreifacht wurde, handelt es sich bei der Erhöhung um 2 Mrd. CHF nur um eine moderate Anhebung der Obergrenze der Einlagensicherung. Der Gesetzgeber begründet dies damit, dass grundsätzlich nicht sämtliche gesicherten Einlagen von der Einlagensicherung zu decken seien, sondern lediglich die Differenz zwischen dem von der FINMA im Einzelfall festzusetzenden Höchstbetrag der sofort auszahlbaren Einlagen (Art. 37a<sup>bis</sup> Abs. 2 BankG) und dem Höchstbetrag der gesicherten Einlagen, weshalb sich der potenziell zu deckende Betrag nicht wesentlich erhöhe. Zudem werde durch diese massvolle Erhöhung der Systemobergrenze die Stabilität des Bankensystems – trotz *Ex-post*-Finanzierung – nicht in unverantwortlicher Weise gefährdet<sup>33</sup> (s. zu dieser Problematik jedoch hinten V).

### 3.5 Erhöhung der liquiden Mittel

Die Zusatzliquidität nach Art. 37h Abs. 3 lit. c BankG bleibt unverändert, da das auf die Einlagensicherung entfallende Risiko aufgrund der Erhöhung der Privilegierung in Art. 37b BankG geringer geworden ist. Um jedoch die erhöhte Sicherung der privilegierten Einlagen gegenzufinanzieren, sind die Banken nun verpflichtet, diese Einlagen ständig zu 125% mit inländisch gedeckten Forderungen oder sonstigen in der Schweiz belegenen Aktiven zu unterlegen (Art. 37b Abs. 5 BankG).<sup>34</sup>

## 4. Die Reform von 2011

### 4.1 Schwächen des bisherigen Systems

Die 2008 eingeführten Änderungen sollten von vornherein nur vorübergehender Natur sein, zum einen weil es sich um ein dringliches und daher befristetes Bundesgesetz handelte, zum anderen, weil

<sup>28</sup> Schwob/Müller (Fn. 8), Art. 37b N. 3.

<sup>29</sup> Schwob/Müller (Fn. 8), Art. 37b N. 16.

<sup>30</sup> Ebenso Schwob/Müller (Fn. 8), Art. 37b N. 14.

<sup>31</sup> Botschaft Bankengesetz 2008 (Fn. 24), 8852.

<sup>32</sup> Schwob/Müller (Fn. 8), Art. 37b N. 16.

<sup>33</sup> Botschaft Bankengesetz 2008 (Fn. 24), 8851.

<sup>34</sup> Siehe dazu FINMA-Mitteilung 2/2009 vom 2. Juni 2009, <<http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Document/FINMA-Mitteilung-2-2009-d.pdf>>.

eine grundlegende Reform geplant war. Gerade die Finanzkrise hat die Unzulänglichkeiten des jetzigen Systems zutage treten lassen, die vor allem in der Ex-post-Finanzierung der Einlagensicherung bestehen: Sie hat zwar den Vorteil, möglichst wenig Mittel der Banken zu binden, zwingt diese aber in der Krise, Geld zur Verfügung zu stellen. Mithin hat sie eine prozyklische Wirkung, da auf diese Weise den Banken Liquidität entzogen wird, die sie in einer Krise sicherlich dringend für andere Zwecke benötigen würden.<sup>35</sup> Somit kann die Einlagensicherung eine Kettenreaktion auslösen, da beitragsverpflichtete Banken überlastet und selbst insolvent werden. Um dieses Risiko zu begrenzen, war die Einführung einer Obergrenze der Einlagensicherung vonnöten, die ihrerseits aber ein Hauptmanko darstellt.

Illustriert wird dies durch die in der Botschaft<sup>36</sup> genannten Zahlen: Bei der bis Ende 2008 geltenden Beschränkung auf 30 000 CHF betragen die gesamten privilegierten Einlagen per September 2008 193 Mrd. CHF, wobei acht Banken oder Bankengruppen mindestens 5 Mrd. CHF aufwiesen, die grösste davon 36 Mrd. CHF. Durch die Anhebung der Privilegierung auf 100 000 CHF erhöht sich der Gesamtbetrag auf 353 Mrd. CHF. Trotz der Anhebung der Systemgrenze auf 6 Mrd. CHF kann also die Einlagensicherung den Ausfall eines oder gar mehrerer grosser Institute nicht verkraften. Vor diesem Hintergrund kommt dem neu geschaffenen Art. 37b Abs. 5 BankG, wonach die Banken 125% des Betrages der bei ihnen eingelegten privilegierten Einlagen abzudecken haben, eine besondere Bedeutung zu, da dies die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass der Liquidator einer Bank im Falle der Insolvenz einen möglichst grossen Teil der Einlagen direkt und vorab aus der Liquidationsmasse bezahlen kann. Ein weiterer Mangel besteht in der risikounabhängigen Beitragsmessung, die einem «moral hazard» Vorschub leistet.<sup>37</sup> In der

Wissenschaft wurden deshalb Modelle für eine Reform vorgeschlagen.<sup>38</sup>

#### 4.2 Der Vorschlag für ein Bundesgesetz über die Sicherung der Bankeinlagen

Der Bundesrat präsentierte am 11. September 2009 den Vorschlag zu einem Bundesgesetz über die Sicherung der Bankeinlagen (Bankeinlagensicherungsgesetz, BesG).<sup>39</sup> Vorgesehen war ein zweistufiges Sicherungssystem. Stufe 1 bildete ein von allen Banken finanzierter öffentlich-rechtlicher Fonds (ESF) zur Sicherung der nach Art. 37a BankG privilegierten Einlagen (Art. 1 E-BesG). Der Umfang sollte gemäss Art. 13 Abs. 1 E-BesG 3% der privilegierten Einlagen betragen, was 2009 dem Betrag von 9,75 Mrd. CHF entsprach. Art. 12 E-BesG sah eine Finanzierung des Fonds durch die Banken vor, die 2% der gesicherten Einlagen (rund 6,5 Mrd. CHF) in Form von Jahresbeiträgen einzahlen (Art. 14 E-BesG); der Rest sollte durch eine Verpfändung von Wertschriften zugunsten des ESF aufgebracht werden (Art. 17 E-BesG). Die Bemessung der Beiträge sollte sich an der Höhe der von den Banken gehaltenen gesicherten Einlagen und an dem bankeigenen Risiko für das Eintreten eines Sicherungsfalls orientieren (Art. 15 E-BesG). Stufe 2 bestand aus einem mittels Prämien der Banken finanzierten Bundesvorschuss (Variante A) oder einer Bundesgarantie (Variante B) (jeweils Art. 24 ff. E-BesG).

Das Gesetz sollte zudem die 2008 beschlossenen und ursprünglich bis Ende 2010 befristeten Regelungen der Einlagensicherung ins Dauerrecht überführen. Zusätzlich waren folgende Neuerungen vorgesehen: Übergang von einer *Ex-post*- zu einer *Ex-ante*-Finan-

<sup>35</sup> Botschaft Bankengesetz 2008 (Fn. 24), 8845.

<sup>36</sup> Botschaft Bankengesetz 2008 (Fn. 24), 8845 f.

<sup>37</sup> Eine Analyse der Mängel findet sich auch im Erläuternden Bericht zu einem Bundesgesetz über die Sicherung der Bankeinlagen (Bankeinlagensicherungsgesetz, BesG) vom 24. September 2009, <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01556>>, 8 f. Ebenso Raphael Jaeger/Thomas Hautle, Bankenkonzern und Einlagensicherung in der Schweiz, AJP 2009, 395, 401 ff.

<sup>38</sup> Ein Vorschlag geht etwa in Richtung eines Drei-Säulen-Systems (1. Säule: Sicherungsfonds, 2. Säule: Nachschusspflicht der Banken, 3. Säule: Staatsgarantie), Manuel Ammann, Einlagensicherung: Welche grundlegenden Reformen sind notwendig?, Die Volkswirtschaft 12/2008, 11 f. Marc Blatter/Reto Tanner, Beschränkte Einlagensicherung als Lösungsansatz für das Grossbankenproblem, Die Volkswirtschaft 4/2010, 23, empfehlen dagegen die Einführung einer zweiten Kategorie von Einlagen, welche im Bedarfsfall teilweise zu Eigenkapital gewandelt werden könnte, entsprechend aber höher zu verzinsen wäre. Demgegenüber bezweifelt Yvan Lengwiler, Anreize der Einlagensicherung, Die Volkswirtschaft 4/2010, 20, 21 f., den (volkswirtschaftlichen) Nutzen der Einlagensicherung und bedauert die Erhöhung der geschützten Einlagen auf 100 000 CHF. <<http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/01556>>.



zierung (Art. 12 E-BesG); Auszahlung der Einlagensicherung an den Sanierungs- oder Untersuchungsbeauftragten oder Konkursliquidator zuhanden der Einleger innerhalb von 20 Tagen (Art. 4 E-BesG); Möglichkeit der Weiterführung von Bankdienstleistungen oder Teilen davon unter Verwendung von Fondsmitteln (Art. 5 und 6 E-BesG).

#### 4.3 Vernehmlassung und Botschaft

Das Ergebnis der Vernehmlassung fiel ernüchternd aus.<sup>40</sup> Das zweistufige Sicherungssystem wurde als zu teuer kritisiert. Zudem wurde bemängelt, dass der gut funktionierende, sich selbstregulierende Einlegerschutz verstaatlicht werden soll. Beanstandet wurde weiter, dass die Ergebnisse der Arbeiten der Expertengruppe «*Too big to fail*» sowie die internationalen Regulierungsbemühungen nicht abgewartet werden. Positiv bewertet wurde dagegen die Idee des Bundesrates, die im Dezember 2008 beschlossenen dringlichen Änderungen in Dauerrecht zu überführen. Gleiches galt für die Bestimmungen zur Weiterführung von Bankdienstleistungen und zum Sanierungsverfahren sowie zu weiteren Nebenpunkten, wie die Aufnahme der Effektenhändler in die Einlagensicherung (Art. 36a BEHG) und Insolvenzbestimmungen für Pfandbriefzentralen, Investmentgesellschaften nach Kollektivanlagengesetz und Versicherungen sowie die Anerkennung ausländischer Insolvenzmassnahmen.

Vor diesem Hintergrund beschloss der Bundesrat am 24. März 2010, das Eidgenössische Finanzdepartement mit der Ausarbeitung einer Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes zu beauftragen, in der nur die positiv bewerteten Teile des Gesetzesvorschlags weiterverfolgt werden sollten. Man beschränkte sich also auf die Überführung der Reform von 2008 in Dauerrecht; darüber hinausgehende fundamentale Änderungen der Einlagensicherung wurden verworfen. Um dem Gesetzgeber ausreichend Zeit zu verschaffen, wurden die vorläufigen und befristeten Änderungen der Einlagensicherung bis zum Inkrafttreten des revidierten Bankengesetzes verlängert, längstens aber bis zum 31. Dezember 2011.<sup>41</sup>

Der Bundesrat legte am 12. Mai 2010 eine Botschaft vor.<sup>42</sup> Am 18. März 2011 wurden die Änderungen des Bankengesetzes von beiden Räten angenommen.<sup>43</sup> Die Änderung des BankG trat zum 1. September 2011 in Kraft.<sup>44</sup>

## IV. Die Krise der Einlagensicherung in Deutschland

### 1. Die deutsche Einlagensicherung im Überblick

Deutschland verfügte über ein historisch gewachsenes Einlagensicherungssystem, das nach Banksparten gegliedert war.<sup>45</sup> Die Sparkassen und Landesbanken waren durch die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung geschützt,<sup>46</sup> weshalb sie ähnlich gut gesichert waren wie die Kantonalbanken mit Staatsgarantie in der Schweiz. Die Genossenschaftsbanken hatten einen eigenständigen Sicherungsfonds, der den Bestand der Institute garantierte, sodass kein Konkursfall auftreten konnte. Im Fall der Schieflage einer Genossenschaftsbank wurde diese im Stillen gestützt. Die Auslesefunktion des Wettbewerbs kam insofern zum Tragen, als bei krisengeschüttelten Genossenschaftsbanken das Management ausgetauscht wurde; oft wurden diese Banken nach der Stützungsaktion auch mit einem gesunden Institut fusioniert. Die Privatbanken hatten nach dem Zusammenbruch der Herstatt-Bank im Jahr 1974 einen eigenen Sicherungsfonds errichtet, der – um mit den Sparkassen und Landesbanken wettbewerbsfähig zu sein – die enorme Summe von 30% des haftenden Eigenkapitals der Bank pro Kunde absicherte. Die öffentlich-rechtlichen Banken verfügten ebenfalls über einen Fonds dieser Art, der aber keine konkrete Summe pro Einleger garantierte. Allein die Finanzdienstleistungsinstitute hatten keine eigene Sicherungseinrichtung.

<sup>40</sup> Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Vernehmlassungsergebnisse zu einem Bundesgesetz über die Sicherung der Bankeinlagen, Februar 2010, <<http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1813/Ergebnis.pdf>>.

<sup>41</sup> BBI 2010, 4037.

<sup>42</sup> Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010, BBI 2010, 3993.

<sup>43</sup> BBI 2011, 2743.

<sup>44</sup> AS 2011, 3919.

<sup>45</sup> Sethe, in: Assmann/Schütze (Fn. 1), N. 10 ff.

<sup>46</sup> Anstaltslast und Gewährträgerhaftung mussten auf Druck der EU-Kommission 2005 abgeschafft werden, vgl. Sethe, in: Assmann/Schütze (Fn. 1), N. 15.

Die Einlagensicherung wurde 1993 mit der Einlagensicherungsrichtlinie<sup>47</sup> europaweit vereinheitlicht. Alle Institute, die bereits über eine Banklizenz verfügten oder eine solche neu beantragten, mussten sich zwingend einer Einlagensicherungseinrichtung anschließen, die seinerzeit 90% der Einlagen des Kunden, maximal aber 20000 € absicherte. Eine gesonderte Sicherung von Alterssparplänen u.ä. war nicht vorgesehen.<sup>48</sup> 1997 verabschiedete die EU die sogenannte Anlegerentschädigungsrichtlinie,<sup>49</sup> die eine Schutzlücke bei Effektenengeschäften schloss. Die Effektenkunden waren durch das konkursrechtliche Aussonderungsrecht gesichert, solange die Effekten im Depot des Kunden gebucht waren. Ungesichert war der Kunde beim Verkauf des Wertpapiers während der Zeitspanne, in der ein Wertpapier bereits ausgebucht war, der Erlös aber noch nicht dem Kundenkonto gutgeschrieben war. Gleiches galt für den umgekehrten Fall, dass der Kunde ein Papier kauft und bezahlt, dieses aber zum Zeitpunkt des Konkurses des Finanzintermediärs noch nicht im Depot gebucht ist. Schliesslich bedurfte es der Sicherung für den Fall der Veruntreuung von Wertpapieren oder Kundengeldern. Die Anlegerentschädigungsrichtlinie sicherte ebenfalls 90% der Forderungen des Kunden, maximal aber 20000 €. Leider äusserten sich beide Richtlinien nicht detailliert zur Frage der Finanzierung der Sicherungseinrichtungen,<sup>50</sup> was dazu führte, dass die Mitgliedstaaten höchst unterschiedliche Bemessungsgrundlagen wählten und so Wett-

bewerbsverzerrungen in der EU verursachten. Beide Richtlinien wurden 1998 mit dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz (EAEG) in deutsches Recht umgesetzt.<sup>51</sup>

Deutschland gelang es, bei den Beratungen der beiden Richtlinien zwei Ausnahmen durchzusetzen. Zum einen wurden Institute, die einem eigenen Sicherungssystem angeschlossen waren, das dem Erhalt des Instituts diene (sog. Institutssicherung), vom Anschlusszwang an die nun gesetzlich vorgeschriebenen Sicherungseinrichtungen ausgenommen. Deutschland machte hiervon Gebrauch und nahm daher Sparkassen und Genossenschaftsbanken vom Anschlusszwang zur Einlagensicherung und Anlegerentschädigung aus (§ 12 EAEG). Zum anderen durften nationale Sicherungen, deren Schutz über den der gesetzlichen Sicherung hinausging, beibehalten werden. Deshalb erlaubte Deutschland den Banken, über die gesetzlich vorgesehene Basissicherung hinaus eine freiwillige Anschlussdeckung für ihre jeweilige Sparte vorzusehen. Von dieser Möglichkeit machte der Bundesverband deutscher Banken (BdB) und der Verband öffentlich-rechtlicher Banken (VÖB) Gebrauch. Da die Finanzdienstleistungsinstitute (Vermögensverwalter, Anlagevermittler, Abschlussvermittler etc.) vor Verabschiedung der beiden Richtlinien keinerlei Sicherung kannten, verfügen sie seit der Umsetzung der Richtlinien nur über die Basis-sicherung. Mangels Finanzkraft ist es ihnen bislang nicht gelungen, eine Anschlussdeckung aufzustellen. Aufgrund dieser zahlreichen Besonderheiten ist die deutsche Einlagensicherung stärker zersplittert als vor der Umsetzung der beiden EG-Richtlinien. Neben den ausgenommenen Sparkassen und Genossenschaftsbanken bestehen drei gesetzliche Basis-sicherungen für die jeweiligen Banksparten. Zwei der drei verfügen zudem über eine Anschlussdeckung für Einlagen (nicht für Forderungen aus Effekten-geschäften). Es ergibt sich also folgendes Bild<sup>52</sup> (siehe Grafik).

<sup>47</sup> Richtlinie (94/19/EWG) des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30. Mai 1994 über Einlagensicherungssysteme, ABl. EG Nr. L 135 v. 31. Mai 1994, 5. Dazu etwa *Marcus Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 4. Aufl., Berlin/New York 1996, 434 ff.; *Udo Franke*, Die Auswirkungen der EU-Einlagensicherungsrichtlinie für deutsche Kreditinstitute, ZgKW 1994, 732 ff.; *Ahrend Weber*, Einlagensicherung europaweit, Die Bank 1994, 476 ff.; *Thomas Hoeren*, Einlagensicherung in Europa, EuZW 1994, 750 ff.; *Rolf Sethe*, Einlagensicherung und Anlegerentschädigung nach europäischem und deutschem Recht, ZBB 1998, 305, 309 ff.

<sup>48</sup> Kritisch dazu *Rolf Sethe*, Die Verfassungsmässigkeit des Haftungsausschlusses für fehlerhafte Bankaufsicht, Festschrift für Klaus J. Hopt, Berlin/New York 2010, 2549, 2561 f.

<sup>49</sup> Richtlinie (97/9/EG) des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3. März 1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger, ABl. EG Nr. L 84 v. 26. März 1997, 22; dazu *Wolfgang Kessel*, EU-Richtlinie über Systeme für die Entschädigung der Anleger, AG 1997, 313 ff.; *Sethe*, ZBB 1998, 305, 309 ff.

<sup>50</sup> Kritisch daher bereits *Sethe*, ZBB 1998, 329.

<sup>51</sup> Gesetz zur Umsetzung der EG-Einlagensicherungsrichtlinie und der EG-Anlegerentschädigungsrichtlinie v. 16. Juli 1998, BGBl. I 1842.

<sup>52</sup> Weitere Details zu Sicherungsumfang und -höhe bei *Sethe*, in: Assmann/Schütze (Fn. 1), N. 29 ff. In der Grafik ausgeblendet sind die Bausparkassen, für die es ebenfalls Sicherungen gibt.

## Die deutsche Einlagensicherung im Überblick



Im Zuge der Finanzkrise hat die EU die Einlagensicherungsrichtlinie punktuell korrigiert.<sup>53</sup> Die Mindestdeckung für Einlagen wurde ab dem 30. Juni 2009 auf 50 000 € und ab dem 31. Dezember 2010 auf 100 000 € angehoben. Man verkürzte die Auszahlungsfrist von drei Monaten auf höchstens 20 Werktage und schaffte den bisher vorgesehenen Selbstbehalt des Einlegers in Höhe von 10% ab. Diese Richtlinie setzte Deutschland sehr rasch um.<sup>54</sup> Man nutzte die Gelegenheit zu weiteren Änderungen des nationalen Rechts. So wurden die Regelungen über die Finanzierung der Entschädigungseinrichtungen präzisiert (Festlegung von Sonderbeiträgen, Aufnahme von Krediten, Erhebung von Sonderzahlungen, die in Zusammenhang mit Krediten zu leisten sind, sowie Festlegung des Kreises der zahlungspflichtigen Unternehmen). Das Gesetz verpflichtet die Entschädi-

gungseinrichtungen, bei den ihnen zugeordneten Instituten regelmässig Prüfungen zur Einschätzung der Gefahr des Eintritts eines Entschädigungsfalls vorzunehmen. Die EU plant eine umfassende Reform der Einlagensicherung und Anlegerentschädigung,<sup>55</sup> auf die aber hier aus Platzgründen nicht eingegangen werden kann.

Die deutsche Einlagensicherung erlebte seit der europarechtlich veranlassten Umgestaltung im Jahr 1998 zwei schwere Krisen, eine vor und eine als Folge der Finanzkrise, auf die nachfolgend einzugehen ist. Aus den dabei gemachten Erfahrungen lassen sich Schlussfolgerungen für die Schweiz ableiten.

## 2. «Phoenix in die Asche»

Die Phoenix Kapitaldienst GmbH war ein in Deutschland zugelassener Finanzdienstleister, der

<sup>53</sup> Richtlinie 2009/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2009 zur Änderung der Richtlinie 94/19/EG über Einlagensicherungssysteme im Hinblick auf die Deckungssumme und die Auszahlungsfrist, ABl. EU Nr. L 68 v. 13. März 2009, 3.

<sup>54</sup> Gesetz zur Änderung des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes und anderer Gesetze vom 25. Juni 2009, BGBl. I 1528, berichtet 1682. Zu der Reform *Klaus Pannen*, Die Reform des EAEG im Überblick, ZInsO 2010, 929 ff.

<sup>55</sup> Vorschlag für eine Richtlinie ..././EU des Europäischen Parlaments und des Rates über Einlagensicherungssysteme [Neufassung] vom 12. Juli 2010, KOM(2010) 368/2; Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Systeme für die Entschädigung der Anleger vom 12. Juli 2010, KOM(2010) 371 endgültig.

über Jahre unerkannt ein Schneeballsystem mit Effekten betrieb. 2005 verunglückte der Geschäftsführer Dieter Breitzkreuz bei einem Flugzeugabsturz in den Schweizer Alpen. Die neue Geschäftsführung deckte das Schneeballsystem auf und die BaFin leitete daraufhin den Konkurs von Phoenix ein. Rund 30 000 Kunden, unter ihnen viele Schweizer, haben etwa 800 Mio. € bei der Gesellschaft angelegt, von denen 600 Mio. € verschwunden sind.<sup>56</sup>

Die Phoenix Kapitaldienst GmbH war der 1998 gegründeten Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen (EdW) zugeordnet. In dieser gesetzlichen Entschädigungseinrichtung waren insbesondere alle Finanzdienstleister zusammengeschlossen, die nicht einer Einrichtung der anderen Banksparten angehörten. Da die Universalbanken entweder den Entschädigungseinrichtungen der privaten oder öffentlich-rechtlichen Banken angehörten oder als Sparkasse oder Genossenschaftsbank ganz von der Einlagensicherung und Anlegerentschädigung ausgenommen waren, sammelten sich in der EdW vor allem die kleinen Beitragszahler. Das Beitragsvolumen war entsprechend gering. Der Bundesrechnungshof stellte fest, dass man bei der Errichtung der EdW im Jahr 1998 von bis zu 7000 beitragspflichtigen Unternehmen und bis zu 15 Mio. € jährlichen Beitragseinnahmen ausgegangen war. Im Jahre 2006 gab es jedoch gerade einmal 760 Beitragszahler mit Beiträgen von 3,4 Mio. €.<sup>57</sup> Das niedrige Beitragsvolumen, der dadurch bedingte hohe Verwaltungskostenanteil sowie eine niedrige Verzinsung des Sondervermögens durch die Kreditanstalt für Wiederaufbau behinderten zudem einen kontinuierlichen Vermögensaufbau. Der Bundesrechnungshof kommt daher zu dem vernichtenden Urteil, dass die EdW zum Schutz privater Anleger unzureichend konstruiert sei.

Die EdW muss für Forderungen aus Effektengeschäften zu 90%, maximal aber 20 000 € pro Kunde eintreten. Insgesamt wurden im Fall Phoenix bis zum 30. März 2012 die Anträge von 25 530 Kunden bearbeitet und eine Entschädigung von 259 Mio. € ausbezahlt.<sup>58</sup> Um den Zusammenbruch der EdW zu verhindern, gewährte ihr der Bund Notkredite. Zudem wurde die Finanzierung der EdW dadurch verbessert, dass nun die Möglichkeit der Erhebung von Sonderbeiträgen und Sonderzahlungen besteht (§ 8 EAEG n.F.). Letztlich hat man damit die ursprünglich vorgesehene *Ex-ante*-Finanzierung nun faktisch durch eine *Ex-post*-Finanzierung ersetzt. Die festgesetzten Sonderbeiträge und Sonderzahlungen sind sehr hoch; sie dürfen nach § 5 Abs. 2 S. 1 EdWBeitrV bis zu 45% des Jahresüberschusses ausmachen. Dies hat dramatische Gewinneinbrüche der angeschlossenen Institute zur Folge, was die Folgen der Finanzkrise noch verstärkt. Zahlreiche Finanzdienstleister sind dank des europäischen Passes nach Österreich abgewandert und nutzen nun die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung. Die österreichische Einlagensicherung war besser konstruiert und hatte noch keinen so grossen Schadensfall, sodass hier die Prämien zur Einlagensicherung und Anlegerentschädigung deutlich niedriger sind.

Die Auszahlung der Ersatzleistungen verzögerte sich aufgrund zahlreicher Rechtsstreite bis 2011, da die Rechtsprechung die Fälligkeit der Zahlungen erst nach abschliessender Klärung der streitigen Punkte annahm.<sup>59</sup> Im Mittelpunkt standen die Fragen, ob den Anlegern an dem Restvermögen von Phoenix Aussonderungsrechte zustünden und ob insolvenzrechtliche Anfechtungen möglich waren.

### 3. Die Lehman-Pleite

Die deutsche Bank- und Kapitalmarktaufsicht BaFin stellte am 28. Oktober 2008 den Entschädigungsfall bei der Lehman Brothers Bankhaus AG, Frankfurt, einer Tochter der US-Investmentbank Lehman Brothers, fest.<sup>60</sup> Die Bank gehörte sowohl

<sup>56</sup> Bericht der Stiftung Warentest «Suche nach Kundengeldern» vom 10. März 2005, <<http://www.test.de/Bafinstopp-Phoenix-Kapitaldienst-Suche-nach-Kundengeldern-1246385-0>>.

<sup>57</sup> Hierzu und zum Folgenden Bericht des Bundesrechnungshofs 2008, BT-Drucks. 16/11000, 18. Im langjährigen Durchschnitt betrug das Beitragsvolumen nur 4 Mio. €, vgl. Begründung für eine Vierte Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Beiträge zu der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen bei der Kreditanstalt für Wiederaufbau, <[http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Internationales\\_Finanzmarkt/Finanzmarktpolitik/Finanzmarktkrise/2009-08-26-Banken\\_Einlagensicherung\\_a6.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Internationales_Finanzmarkt/Finanzmarktpolitik/Finanzmarktkrise/2009-08-26-Banken_Einlagensicherung_a6.pdf?__blob=publicationFile&v=3)>.

<sup>58</sup> Hierzu und zum Folgenden die Angaben auf der Homepage der EdW, <[www.e-d-w.de](http://www.e-d-w.de)>.

<sup>59</sup> BGHZ 191, 95 ff.

<sup>60</sup> Pressemitteilung der BaFin vom 28. Oktober 2008, <[http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2008/pm\\_081028\\_lehmann\\_entsch.html](http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Pressemitteilung/2008/pm_081028_lehmann_entsch.html)>.

der gesetzlichen Entschädigungseinrichtung deutscher Banken GmbH (EdB) als auch der Anschlussdeckung des BdB an. Die gesetzliche Entschädigungseinrichtung deckte 90% der Einlagen und Forderungen aus Wertpapiergeschäften ab, maximal aber je 20 000 € pro Kunde. Die Sicherung des BdB erfasste nur Einlagen, diese aber bis zu einer Summe von 30% des haftenden Eigenkapitals pro Kunde (!). Verfügt eine Bank über das gesetzliche Mindestkapital von 5 Mio. €, wären dies also 1,5 Mio. € pro Kunde. Die Lehman-Tochter verfügte über ein Grundkapital von 59 Mio. €, <sup>61</sup> sodass jeder Kunde bis zu einer Forderung von 17,7 Mio. € abgesichert war. Die Summe der gesicherten Kundeneinlagen belief sich bei einer ersten Schätzung auf 6,7 Mrd. €. <sup>62</sup> Im selben Jahr hatte der Sicherungsfonds noch die Sanierungen der IKB AG mit 0,95 Mrd. € und der Düsseldorfer Hypothekenbank (Höhe der Entschädigungssumme unveröffentlicht) zu bewältigen. Nach Angaben des Bundesfinanzministeriums betrug das Volumen des Einlagensicherungsfonds damals etwa 4,6 Mrd. €. <sup>63</sup> Somit war der BdB auf staatliche Hilfe angewiesen, um den Entschädigungsfall abwickeln zu können. Man einigte sich auf eine recht komplexe Rettungsaktion: Der BdB gründete eine «Sicherungseinrichtungsgesellschaft deutscher Banken» (SdB). Diese platzierte bei den BdB-Mitgliedern eine Anleihe im Umfang von 6,7 Mrd. €. Dieses Geld wiederum stellte die SdB dem Einlagensicherungsfonds als Darlehen zur Verfügung. Um die Anleihe mit der nötigen Bonität auszustatten, sodass man sie verpfänden kann, sicherte der staatliche Sonderfonds Finanzmarktstabilität (SoFFin) die Anleihe mit einer staatlichen Rückzahlungsgarantie ab. <sup>64</sup>

<sup>61</sup> Halbjahresabschluss zum 31. Mai 2008, <[www.unternehmensregister.de](http://www.unternehmensregister.de)>.

<sup>62</sup> Handelsblatt vom 19. Februar 2009 «Einlagensicherung: Das grosse Versprechen», <<http://www.handelsblatt.com/finanzen/vorsorge-versicherung/nachrichten/bankeinlagen-einlagensicherung-das-grosse-versprechen-seite-all/3115454-all.html>>. Später wurde der Betrag nach unten korrigiert auf 6,2 Mrd. €, Handelsblatt vom 25. Mai 2012 «Lehman-Pleite trifft Banken weniger hart», <<http://www.handelsblatt.com/einlagensicherung-lehman-pleite-trifft-banken-weniger-hart/6370934.html>>.

<sup>63</sup> Handelsblatt (Fn. 62).

<sup>64</sup> Historischer Überblick über die Massnahmen des SoFFin – Massnahmenstand: 30. Juni 2012, <[www.fmsa.de/export/sites/standard/downloads/sonstige/Historische\\_Uebersicht\\_SoFFin-Massnahmen.pdf](http://www.fmsa.de/export/sites/standard/downloads/sonstige/Historische_Uebersicht_SoFFin-Massnahmen.pdf)> sowie Handelsblatt (Fn. 62).

Als Folge dieses Beinahezusammenbruchs änderte der Einlagensicherungsfonds seine Statuten. <sup>65</sup> Sinkt die Bonität eines Instituts, kann es zur Absenkung der Haftung auf 250 000 € pro Kunde kommen. Für neue Institute wird in den ersten 3 Jahren von vornherein nur in Höhe von 250 000 € pro Kunde gehaftet. Die generelle Sicherungsgrenze wird in 3 Stufen gesenkt von heute 30% des haftenden Eigenkapitals pro Kunde auf 8,75% im Jahr 2025.

## V. Schlussfolgerungen

### 1. Grenzen der Einlagensicherung

Die Einlagensicherung kann kein Ersatz für eine effektive staatliche Aufsicht über die Institute sein. Weder die deutsche noch die schweizerische Einlagensicherung kann den Konkurs einer Grossbank oder gar den Zusammenbruch einer ganzen Banksparte (S&L crisis) verkraften. An dieser Stelle berührt das Thema die sogenannte «Too big to fail»-Problematik, die Gegenstand eines separaten Aufsatzes in diesem Heft ist. <sup>66</sup>

### 2. Schutzzweck

Betrachtet man die beiden in die Untersuchung einbezogenen Sicherungssysteme, fallen erhebliche Unterschiede auf. Während in Deutschland die Diskussion um die Frage, ob der Schutz der Einlagensicherung nur im Anlegerschutz oder auch im Sozialschutz besteht, gerade erst begonnen hat, bezieht die Schweiz bereits Teile <sup>67</sup> der Altersvorsorge in die Sicherung ein (Art. 37a Abs. 5 BankG).

Genau umgekehrt ist das Bewusstsein in der Frage, ob auch ein Schutz der Kunden im Wertpapierbereich erforderlich ist. Während in der EU die Effektenkunden eine Anlegerentschädigung für im Zeitpunkt des Konkurses unvollständig abgewickelte Transaktionen und Veruntreuungen erhalten, ist das schweizerische Recht hier lückenhaft, denn es sieht

<sup>65</sup> Zum Folgenden siehe § 6 Abs. 1 des Statuts des Einlagensicherungsfonds (Stand Mai 2012), <<https://www.bankenverband.de/publikationen/verbraucher>>.

<sup>66</sup> Hans Caspar von der Crone/Isabelle Monferrini, Kapital und Notfallplanung – Standortbestimmung zur Regulierung systemrelevanter Finanzinstitute, vorne S. 494 ff.

<sup>67</sup> Es ist sehr fraglich, ob die gesamte Altersvorsorge vom Volumen her versicherbar ist.

weder für die eine noch für die andere Gestaltung eine Sicherung vor. Zumeist hört man in Diskussionen in der Schweiz das Argument, diese Schutzlücke habe aufgrund der Aussonderung im Konkurs keine praktische Bedeutung. Jedoch zeigt gerade das Beispiel Phoenix, dass Veruntreuungen zwar selten sind, dass sie aber, wenn sie vorkommen, durchaus sehr grosse Schadensfälle produzieren können und die Aussonderung gerade nicht schützt.

### 3. Aufbau und Ausgestaltung der Sicherung

#### 3.1 Aufspaltung der Sicherungssysteme

Eine starke Aufspaltung der Sicherungssysteme bewirkt eine Systemschwäche. Die deutsche Einlagensicherung ist ein Beispiel für eine extreme Aufspaltung. Diese bietet zwar den Vorteil, dass jede Branche nur für Schäden der eigenen Klientel haftet, wird aber mit dem Nachteil erkaufte, dass die einzelnen Sicherungssysteme nicht finanzstark genug sind, um überhaupt eine belastbare Sicherung zu bieten. Diese Systemschwäche war vorhersehbar,<sup>68</sup> jedoch hat die Bankenlobby hier offenbar ihren starken Einfluss geltend gemacht, um zu verhindern, dass man für die kleinen Finanzdienstleister mitzahlen muss.<sup>69</sup> Eine funktionsfähige Versicherung setzt jedoch eine ausreichend grosse Haftungsmasse und eine ausreichend diversifizierte Zahl von Versicherungsnehmern voraus. Man hätte also zumindest einen Haftungsverband zwischen den gesetzlichen Einlagensicherungssystemen («Überlaufregelung») vorsehen müssen.<sup>70</sup> Nach dem Beinahezusammenbruch der EdW und der Kritik des Bundesrechnungshofs<sup>71</sup> gab das Bundesfinanzministerium ein Gutachten in Auftrag, das genau

zu diesem Schluss kam.<sup>72</sup> Bis heute steht eine entsprechende Reform des EAEG jedoch aus.

Vor diesem Hintergrund ist es sehr zu begrüßen, dass der schweizerische Gesetzgeber sich 2011 entschlossen hat, die Effektenhändler der Einlagensicherung der Banken zuzuordnen (Art. 36a BEHG) und keine zweite Sicherungseinrichtung zu schaffen.

#### 3.2 Sicherungshöhe

Die unrealistische Sicherungshöhe des Einlagensicherungsfonds des BdB schaffte ein Scheinvertrauen. Es ist an dieser Stelle nicht der Raum, der Frage nachzugehen, ob es sich gar um einen Fall des unlauteren Wettbewerbs handelt, da unter Hinweis auf die exorbitante Höhe der Sicherung Kunden von anderen Banksparten weggelockt wurden. Festhalten kann man hingegen, dass der Umstand der Zahlungsunfähigkeit oder des Beinahezusammenbruchs eines Einlagensicherungsfonds in einer Krisensituation systemdestabilisierend wirkt. Dem BdB ist es durch staatliche Hilfe gelungen, dies zu vermeiden. Er hat zudem die richtigen Konsequenzen gezogen und die Sicherungshöhe in seinen Statuten auf ein realistisches Mass reduziert.

#### 3.3 Auszahlungsdauer

Eine lange Auszahlungsdauer führt zu einem Vertrauensverlust der Kleinanleger und bewirkt – sofern es sich um ein Gehaltskonto handelt – massive Zahlungsprobleme. Um dies zu verhindern, sah die Einlagensicherungsrichtlinie eine Auszahlungsdauer von drei Monaten vor, was damals als Fortschritt galt. Im Zuge der Finanzkrise wurde die Frist auf 20 Werkstage verkürzt (s. vorne IV.1). Wenn man als Kleininleger aber nur über ein Gehaltskonto verfügt und eine Familie zu ernähren hat, können 20 Tage sehr lang sein. Fatal ist in diesem Zusammenhang die Position der deutschen Rechtsprechung, wonach eine Auszahlung erst erfolgen kann, wenn der Anspruch fällig ist, was erst nach Klärung der streitigen Rechtsfragen der Fall ist; auf diese Weise kann sich

<sup>68</sup> Kritisch daher bereits *Sethe*, ZBB 1998, 321 f.

<sup>69</sup> So der Verdacht von *Meinrad Dreher*, Europarechtswidrige Kollusion von Gesetzgeber und Bankwirtschaft?, ZIP 1999, 1461 ff.

<sup>70</sup> So bereits *Christian-Andreas Keller*, Strategische Grundlagen zur Einlagensicherung durch den Garantieverbund der deutschen Kreditbanken, Göttingen 1991, 193 ff., 207; *Klaus Zimmer*, Bankenregulierung: Zur Begründung und Ausgestaltung der Einlagensicherung, Baden-Baden 1993, 265; *ders.*, Der EG-Richtlinienentwurf über Einlagensicherungssysteme: Chancen zur Verbesserung der deutschen Einlagensicherung?, ZBB 1992, 286, 289; *Sethe*, ZBB 1998, 309, 321 f.; *ders.*, Anlegerschutz im Recht der Vermögensverwaltung, Köln 2005, 713; *ders.*, in: Assmann/Schütze (Fn. 1), N. 17 m.w.N.

<sup>71</sup> S. vorne Fn. 57.

<sup>72</sup> *Jochen Bigus/Patrick C. Leyens*, Einlagensicherung und Anlegerentschädigung: Reformüberlegungen aus ökonomischer und rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 2008, 83 ff.; *dies.*, Reform der Anlegerentschädigung und Einlagensicherung – Empfehlungen aus rechtsökonomischer Perspektive, ZBB 2008, 277, 282.

die Auszahlung über sechs Jahre hinziehen.<sup>73</sup> Hier ist die schweizerische Lösung klar überlegen, die eine sofortige und bedingungslose Auszahlung von bis zu 100 000 CHF vorsieht (Art. 37a BankG). Zudem entlastet diese Lösung das Konkursverfahren erheblich.

#### 4. Beitragsbemessung

Eine *Ex-ante*-Finanzierung hat gegenüber der *Ex-post*-Finanzierung vier entscheidende Vorzüge: (1) Sie bietet den Vorteil eines schon vorhandenen Geldpuffers, sodass in einer Krise der Ruf nach dem Staat als *lender of last resort* nicht sofort erfolgt. (2) Wegen der bereits vorhandenen Mittel kann eine Auszahlung sofort erfolgen, sodass die Anleger schneller entschädigt werden können. Dieser Aspekt spielt in der Schweiz allerdings nur dann eine Rolle, wenn das insolvente Institut über kein ausreichendes Restvermögen verfügt, aus dem man die sofortige Auszahlung der 100 000 CHF finanzieren könnte. (3) Eine *Ex-ante*-Finanzierung entfaltet im Gegensatz zur *Ex-post*-Finanzierung keine prozyklischen Effekte, da in einer Krisensituation den anderen Banken nicht noch zusätzliche Liquidität abgezogen werden muss, um die Einlagensicherung *ad hoc* zu finanzieren. Daher ist die gegenwärtig in der Schweiz vorgesehene *Ex-post*-Finanzierung der Einlagensicherung als gravierende Schwäche der Stabilität unseres Bankensystems anzusehen. Gleiches gilt für die in Deutschland zu beobachtende unzureichende *Ex-ante*-Finanzierung, die faktisch nun in eine teilweise *Ex-post*-Finanzierung umgeschlagen ist. Gegen die hier vertretene Position kann man einwenden, dass in der Schweiz ja Einlagen ständig zu 125% mit inländisch gedeckten Forderungen oder sonstigen in der Schweiz belegenen Aktiven zu unterlegen sind (Art. 37b Abs. 5 BankG). Zudem müssen die Banken stets 50% der Beiträge, die sie in den Einlagensicherungsfonds einzahlen müssen, vorhalten (Art. 19 BankV). Die Höhe dieser Rücklagen ist jedoch nicht am von den Banken eingegangenen Risiko ausgerichtet. Zudem zeigt die Erfahrung, dass es immer auch Banken gab, die im Konkursfall gerade keine ausreichenden Mittel mehr besaßen, um die Kleinsparer zu entschädigen. Mit anderen Worten: Der Einwand gegen die hier vertretene Position überzeugt nur, wenn sich die später

insolvente Bank auch an die gesetzlichen Vorgaben hält. Zwingt man die Banken dagegen, die Rücklagen gerade ausserhalb des Einzelinstituts zu bilden, ist diesem der Zugriff auf dieses Geld verwehrt.

Dass die Banken den entsprechenden Vorschlag des Bundesrats von 2009 (s. vorne III.4) erst einmal als zu teuer und als Eingriff in die Selbstregulierung ablehnen,<sup>74</sup> ist verständlich; jeder Vorschlag, der Geld kostet, wird zunächst reflexartig abgelehnt. Entscheidend muss jedoch die Abwägung zwischen den Kosten, die den Banken entstehen, und dem gesamtgesellschaftlichen Nutzen sein. Dieser ist vor allem darin zu sehen, dass prozyklische Effekte vermieden werden und der Staat nicht als *lender of last resort* fungieren muss. Hinzu kommt der Vorteil, dass die Einlagensicherung bei risikoabhängigen Prämien eine verhaltenssteuernde Wirkung entfaltet (dazu sogleich). In die Abwägung muss natürlich auch der Nachteil eingestellt werden, dass die Schweizer Banken im internationalen Vergleich einen Wettbewerbsnachteil erleiden im Vergleich zu Instituten aus Staaten, die an der *Ex-post*-Finanzierung festhalten. Da die EU und damit all unsere Nachbarstaaten eine Reform der Einlagensicherung planen (s. vorne IV.1), könnte man abwarten, für welche Finanzierung sich die EU entscheidet; sollte die EU die *Ex-ante*-Finanzierung einführen, sollte sich auch die Schweiz zu diesem Schritt durchringen, denn dann wäre der Hinweis auf Wettbewerbsnachteile weitgehend entschärft und es bleiben die geschilderten Vorteile. Die anderen grossen Finanzmärkte haben schon jetzt eine *Ex-ante*-Finanzierung.<sup>75</sup> (4) Durch risikoorientierte Prämien kann eine Steuerungswirkung in Bezug auf den Risikoappetit der Banken bewirkt werden. Diese verhaltenssteuernde Wirkung kann neben die im Zuge der *Too-big-to-fail*-Gesetzgebung erfolgten Verschärfung der Eigenmittelanforderungen, der

<sup>73</sup> So im Fall Phoenix, der 2005 festgestellt wurde und bei dem der BGH erst 2011 die streitigen Fragen entschied, s. vorne Fn. 59.

<sup>74</sup> Vgl. den in Fn. 40 zitierten Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse, Ziff. 4.1.1.

<sup>75</sup> Die US-amerikanische Federal Deposit Insurance Corporation wird über risikobasierte *Ex-ante*-Beiträge finanziert <<http://www.fdic.gov/deposit/insurance/reform.html>> sowie den von der EU-Kommission veröffentlichten Report Investigating the efficiency of EU Deposit Guarantee Schemes, May 2008, 53 ff., <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/bank/docs/guarantee/deposit/report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/guarantee/deposit/report_en.pdf)>. Auch Japan kennt die *Ex-ante*-Finanzierung, vgl. Art. 51 des Deposit Insurance Law (Law No. 34 of April 1, 1971), <[http://www.dic.go.jp/english/e\\_shikumi/e\\_hourei/e\\_2002.9.10.pdf](http://www.dic.go.jp/english/e_shikumi/e_hourei/e_2002.9.10.pdf)>.

Einführung einer Leverage Ratio sowie verschärfter Liquiditätsvorschriften für Grossbanken treten. Sie ergänzt die dort vorgesehenen Steuerungsmechanismen und macht diese keineswegs überflüssig.

Derzeit ist eine grosse Wettbewerbsverzerrung zu beobachten, da Art und Höhe der Finanzierung der Einlagensicherung in Europa stark variieren<sup>76</sup> und Finanzdienstleister geradezu dazu einladen, in Staaten umzuziehen, die eine (kurzfristig) vorteilhafte Beitragsbemessung kennen («Sicherungs-Shopping», vgl. vorne IV.2). Bislang existieren noch keine international einheitlichen Vorgaben für die Finanzierung der Systeme. Die vom Basel Committee on Banking Supervision und der International Association of Deposit Insurers im Juni 2009 vorgelegten «Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems» enthalten zur Frage, ob eine *Ex-ante*- oder eine *Ex-post*-Finanzierung vorzugswürdig ist, keine Aussage (principle 11).<sup>77</sup>

## 5. Einlagensicherung und Systemstabilität

Die Einlagensicherung (in ihrer derzeitigen Form und Art der angebotenen Sicherungsleistung) hilft nur in den Fällen des singulären Konkurses kleiner Banken. Tritt man jedoch einen Schritt zurück und betrachtet nochmals die eingangs beschriebenen Auf-

gaben der Einlagensicherung, stellt man fest, dass sie trotz dieses Befunds erheblich zur Systemstabilität beitragen kann.<sup>78</sup> Zu nennen ist der Vertrauensaspekt, der mit ihr einhergeht. Weiterhin kann sie eine Steuerungswirkung entfalten, wenn die Prämien risikoadäquat und *ex ante* erhoben werden. Schliesslich führt sie dazu, dass die betroffene Branche in Krisenzeiten selbst sanierend tätig werden könnte und nicht der Staat gefordert ist. Will man ihre Bedeutung erhöhen, muss man gerade über diesen letzten Aspekt nochmals nachdenken und überlegen, ob eines der auf dem Tisch liegenden Sanierungsmodelle (z.B. nach dem deutschen Modell der Institutssicherung oder dem vom Schweizer Bundesrat vorgeschlagenen Modell der Weiterführung einer Bank gemäss Art. 5 und 6 des vorgeschlagenen E-BesG) in die Schweizer Einlagensicherung übernommen werden sollte.

Zusammenfassend kann man also festhalten, dass der Schweizer Gesetzgeber beim Thema Einlagensicherung nochmals über die Bücher gehen sollte. Zu überdenken ist der Schutzzumfang in Bezug auf Effektingeschäfte, die Art der Finanzierung inkl. der Deckelung der Sicherungshöhe des Einlagensicherungsvereins sowie die Frage, ob die Einlagensicherung auch Mittel zur Sanierung maroder Banken sein kann. Eine mögliche Reform sollte berücksichtigen, wie sich die EU in diesen Fragen positioniert.

<sup>76</sup> Vgl. den Bericht der EU-Kommission «Estimating the effects of changing the funding mechanisms of EU Deposit Guarantee Schemes», Feb. 2007, Annex III. sowie Financial Stability Board, «Thematic Review on Deposit Insurance Systems» vom 8. Dezember 2012, 21 ff., <[http://www.financialstabilityboard.org/publications/r\\_120208.pdf](http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_120208.pdf)>.

<sup>77</sup> <<http://www.bis.org/publ/bcbs156.pdf>>.

<sup>78</sup> A.A. die Schweizerische Bankiervereinigung in dem Bericht über die Vernehmlassungsergebnisse (Fn. 40), Ziff. 4.2.2.