

Licht und Schatten der geplanten Reform der Einlagensicherung

Rolf Sethe* | Lukas Fahrländer**

The Swiss deposit insurance scheme is currently under review. In spring 2019, the Federal Council proposed a reform of the existing scheme and conducted a public consultation. In their comments, the industry representatives largely welcomed the proposal. In contrast,

the IMF – which carried out a regular «Financial Sector Assessment» of Switzerland in June 2019 – was very critical. The authors analyse and evaluate the reform proposal.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ziele und Gefahren der Einlagensicherung
- III. Die Entwicklung der Einlagensicherung
 1. Konkursprivileg
 2. Einführung eines dreistufigen Schutzsystems
 3. Derzeit geltendes Einlegerschutzsystem
- IV. Die geplante Reform
 1. Vorgeschichte und Bestandteile der Reform
 2. Auszahlungsfristen
 3. Zeitpunkt der Beitragszahlung
 4. Berechnung der Beiträge
 5. Deckungsgrad
 6. Verworfenne Massnahmen
- V. Fazit

I. Einleitung

Nachdem sich in der Finanzkrise Schwächen beim Einlegerschutz gezeigt hatten, schlug der Bundesrat eine Reform der Einlagensicherung vor, die jedoch 2011 in der Vernehmlassung durchfiel. Gestützt auf die Empfehlungen des Internationalen Währungsfonds (IWF)¹ und der «Expertengruppe Brunetti»² entschied sich der Bundesrat 2017, einen neuen Anlauf für eine grundlegende Reform der Einlagensi-

cherung zu nehmen. Die entsprechende Vorlage ging im Frühjahr 2019 in die Vernehmlassung. Sie stiess im Inland weitgehend auf Zustimmung. Hingegen war der IWF in seiner aktuellen Länderbewertung zur Schweiz vom Juni 2019 der Ansicht, die Reform genüge den internationalen Standards nicht, weshalb er weitreichende Nachbesserungen empfahl.³

Der vorliegende Beitrag verfolgt das Ziel, den Reformvorschlag zu bewerten und zu untersuchen, ob die Kritik des IWF berechtigt ist. Ausgangspunkt der Überlegungen müssen dabei die Ziele und Gefahren der Einlagensicherung sein (II.). Es folgt ein kurzer Überblick über die bisherige Entwicklung und eine Beschreibung des Status Quo des schweizerischen Einlegerschutzsystems (III.). Im Hauptteil des Beitrags wird die geplante Reform dargestellt und bewertet (IV.).

II. Ziele und Gefahren der Einlagensicherung

Wie das gesamte Finanzmarktaufsichtsrecht bezweckt auch die Einlagensicherung den Anleger- und den Funktionsschutz. Die Ziele des Anlegerschutzes haben sich im Laufe der Zeit gewandelt: Während sich die Einlagensicherung zunächst nur auf den Schutz der Kleinsparer bezog,⁴ profitieren heute

* Prof. Dr. iur., RA, LL.M., Ordinarius für Zivil-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich.

** Dr. iur., RA, Habilitand an der Universität Zürich.

¹ International Monetary Fund, Financial Sector Stability Assessment, Country Report No. 14/143: Switzerland, May 2014, 36 ff.; <<https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2016/12/31/Switzerland-Financial-Sector-Stability-Assessment-41590>>.

² Expertengruppe zur Weiterentwicklung der Finanzmarktstrategie, Schlussbericht vom 1. Dezember 2014, Ziff. 6.2; <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/37585.pdf>>.

³ International Monetary Fund, Financial Sector Stability Assessment, Country Report No. 19/183: Switzerland, June 2019, 41 f.; <<https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2019/06/26/Switzerland-Financial-Sector-Assessment-Program-47045>>.

⁴ Vgl. Art. 54 aBankG von 1934, mit dem ein Konkursvorteil für Kleinsparer geschaffen wurde, indem Art. 219 aSchKG folgenden Zusatz erhielt: «Dritte Klasse: Die durch den Ausdruck «Sparen» in irgendeiner Wortverbindung gekennzeichneten, nicht durch einen Kanton garantierten Einlagen bei Banken bis zum Betrage von fünftausend Franken für jeden Einleger; sind mehrere Personen an einem Sparheft beteiligt, so gelten sie zusammen als einzi-

sämtliche Kontoinhaber mit sog. privilegierten Einlagen⁵ bei einer Bank von ihr.⁶ Seit 2008 werden auch bestimmte Guthaben der beruflichen Vorsorge in den Einlegerschutz einbezogen,⁷ wodurch diesem nun zusätzlich eine sozialpolitische Komponente zukommt.⁸ Im Unterschied zum internationalen Standard kennt die Schweiz dagegen keinen Schutz von Verbindlichkeiten aus Effekengeschäften (Anlegerentschädigung).⁹

Neben dem Schutz des individuellen Anlegers dient die Einlagensicherung auch dem Schutz der Funktionsfähigkeit des Marktes, da sie beim Zusammenbruch einzelner Institute einen Bank-Run verhindern sowie die Ansteckungsgefahr bei Bankkrisen verringern soll.¹⁰ Nicht bezweckt wird hingegen der Schutz des Finanzsystems als Ganzes; dies würde die Möglichkeiten der Einlagensicherung bei Weitem übersteigen.¹¹ In der EU, nicht jedoch in der Schweiz,

ger Einleger.» S.a. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 20. November 2002, BBl 2002, 8060 ff., 8066 f.; Zimmermann Heinz/Barbrock Vera, Einlagensicherung – aus ökonomischer Sicht, in: Gehrig/Schwander (Hrsg.), Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, 261 ff., 270.

⁵ Zum Begriff der privilegierten Einlagen unten III.3.1.

⁶ Schwob Renate/Müller Thomas S., in: Bodmer/Kleiner/Lutz (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Loseblatt (Stand 2013), Vorbem. zu Art. 37a ff. N 1.

⁷ Dazu unten III.3.3.

⁸ Sethe Rolf, Einlagensicherung und Systemstabilität – Einige Gedanken zur Reform des Schweizer Einlegerschutzes, SZW 2012, 507 ff., 508.

⁹ S. dazu unten IV.6.4.

¹⁰ Hüpkas Eva, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013, Vor 11. bis 13. Abschnitt N 66; Schwob/Müller (Fn. 6), Vorbem. zu Art. 37a ff. N 2; Sethe Rolf, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 4. Aufl., München 2015, § 26 N 7; spezifisch zum Beitrag der Einlagensicherung zur Systemstabilität Reiser Nina, Deposit Insurance and its Contribution to System Stability, SZW 2014, 20 ff., 21 f. m.w.V.; aus ökonomischer Sicht Zimmermann/Barbrock (Fn. 4), 270 ff.

¹¹ Vgl. Basel Committee on Banking Supervision/International Association of Deposit Insurers, Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems, June 2009, 1: «A deposit insurance system is not intended to deal, by itself, with systemically significant bank failures or a «systemic crisis». In such cases all financial system safety-net participants must work together effectively. In addition, the costs of dealing with systemic failures should not be borne solely by the deposit insurance system but dealt with through other means such as by the state.»

dient die Einlagensicherung darüber hinaus der Finanzierung der Abwicklung von Banken oder ggf. der Hilfe bei deren Sanierung.¹²

Die Schaffung einer Einlagensicherung birgt allerdings auch verschiedene Risiken. Sie setzt den Anreiz zu einem *moral hazard*. Ein solcher kann einerseits aufseiten der Bankkunden entstehen, wenn diese sich bewusst¹³ solche Institute aussuchen, die sich aufgrund ihrer misslichen wirtschaftlichen Situation schlecht refinanzieren können und gezwungen sind, am Markt höhere Zinsen zu bezahlen. Der Kunde kann dort risikolos investieren, wenn er die Gewissheit hat, dass ihm beim Zusammenbruch des Instituts die Einlagensicherung sein Kapital erstattet.¹⁴ Ein *moral hazard* kann aber auch bei den Bankinstituten auftreten, wenn die Prämien zur Einlagensicherung nicht risikoadjustiert sind und sich Banken so auf Kosten der Wettbewerber Vorteile verschaffen können, da die risikoaversen Banken faktisch jene Banken subventionieren, die grössere Risiken eingehen. Zudem können Banken, wenn sie um ihren drohenden Konkurs wissen, Kunden in Tochtergesellschaften «umleiten», die einer besseren Einlagensicherung unterstehen.¹⁵ Ebenfalls besteht das Risiko eines *mo-*

¹² Vgl. Art. 11 Abs. 2 bzw. Abs. 3 der Richtlinie 2014/49/EU vom 16. April 2014 über Einlagensicherungssysteme, ABL EU L 173 vom 12. Juni 2014, 149.

¹³ Dies setzt allerdings voraus, dass der Kunde in der Lage ist, eine Bankbilanz zu lesen und die wirtschaftliche Lage der Bank zu beurteilen, was bei den meisten Privatkunden nicht der Fall sein dürfte.

¹⁴ Sethe (Fn. 10), § 26 N 11 m.w.V. Ein typisches Beispiel für einen *moral hazard* durch Bankkunden sind die Investitionen von Bankkunden aus den Niederlanden und Grossbritannien bei der kriselnden isländischen Landsbanki-Tochter Icesave; vgl. «Der Icesave-Streit ist beigelegt», NZZ vom 26. September 2015, 35.

¹⁵ Die durch die sehr gute Einlagensicherung des Bundesverbands deutscher Banken geschützte Lehman Brothers Bankhaus AG, Frankfurt, eine Tochter der US-Investmentbank Lehman Brothers, wickelte einen Grossteil der Geschäfte des US-Mutterkonzerns ab, weil sie im Gegensatz zum Mutterunternehmen keine Trennbank-, sondern eine Vollbanklizenz hätten. Dadurch kam es zu einer faktischen «Verschiebung» von Gläubigern der Mutter- hin zur Tochtergesellschaft, die dadurch auch von der Einlagensicherung profitiert hätten. Dass sich der (bei dieser Konstruktion wahrscheinlich vorhandene) *moral hazard* nicht zulasten der Einlagensicherung auswirkte, lag daran, dass die Konkursquote 100% betrug und die Einlagensicherung daher am Ende alle verauslagten Entschädigungszahlungen erstattet erhielt; vgl. Welt vom 6. März 2012,

ral hazard, wenn die Einlagensicherungsprämien nicht *ex ante*, sondern *ex post* einbezahlt werden. Dadurch muss sich das später insolvente Institut, das zuvor hohe Risiken einging, am dadurch verursachten Schaden faktisch nicht mehr beteiligen.¹⁶ Weiter könnte das Problem eines *free riding* bestehen, würde man auch Inhaberpapiere absichern, weil dann die pro Person geltenden Höchstgrenzen der Einlagensicherung durch raschen Eigentümerwechsel bei den Inhaberpapieren umgangen werden könnten. Zudem kann die Einlagensicherung zu einem Scheinvertrauen führen, wenn die Aufklärung der Kunden über den Umfang der Sicherung mangelhaft ist und daher bei unerfahrenen Kunden zu dem Missverständnis führt, dass Bankaufsicht und Einlagensicherung zusammen einen Verlust der eigenen Einlagen ausschliessen. Schliesslich besteht auch die Gefahr einer Kartellierung des Marktes, wenn die Selbstregulierung bei der Einlagensicherung dazu genutzt wird, Marktzutrittschürden aufzubauen, um neue Wettbewerber vom Markt fernzuhalten.

III. Die Entwicklung der Einlagensicherung

1. Konkursprivileg

Das BankG enthielt seit seinem Inkrafttreten 1934 ein Konkursprivileg für gewisse Kundenforderungen.¹⁷ Dieses betrug zunächst 5000 CHF, wurde 1971 auf 10 000 CHF und 1997 auf 30 000 CHF pro Kunde erhöht (Art. 37a aBankG).¹⁸ Ab 1997 wurde es von Spareinlagen erweitert auf alle «Forderungen aus Konten, auf die regelmässig Erwerbseinkommen, Renten oder Pensionen von Arbeitnehmern oder familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge überwiesen werden». Zudem wurde mit Art. 37b (heute Art. 37d) BankG und Art. 36a aBEHG ein Absonderungsrecht eingeführt. Eine eigentliche Einlagensicherung war jedoch zunächst gesetzlich nicht vorgeschrieben; eine solche gab es nur auf Stufe

Selbstregulierung durch die Schweizerische Bankiervereinigung.¹⁹

2. Einführung eines dreistufigen Schutzsystems

Im Jahr 2004 wurde der Einlegerschutz gesetzlich geregelt, indem ein dreistufiges Schutzsystem in das BankG aufgenommen wurde.²⁰ Im Falle des Konkurses einer Bank wurden auf Stufe 1 Einlagen bis zu 5000 CHF sofort aus der noch vorhandenen Liquidität der insolventen Bank ausbezahlt (Art. 37a aBankG). Sofern die Mittel für eine sofortige Auszahlung nicht ausreichten, griff auf Stufe 2 die eigentliche Einlagensicherung, welche gestützt auf gesetzliche Vorgaben durch Selbstregulierung der Banken eine Sicherung von bis zu 30 000 CHF pro Kunde gewährleisten musste (Art. 37h aBankG). Gedeckelt war die Sicherung durch einen Gesamtbetrag von 4 Mrd. CHF. Reichte die Einlagensicherung nicht aus, um die Einleger bis zu diesem Betrag zu entschädigen, war auf Stufe 3 die Restforderung bis zu 30 000 CHF pro Kunde im Konkurs privilegiert (Art. 37b aBankG).

2008, auf dem Höhepunkt der Finanzkrise, wurde das Einlagensicherungssystem zur Stärkung des Vertrauens der Einleger mittels eines dringlichen Bundesgesetzes (Art. 165 BV) in bestimmten Punkten angepasst. So wurde u.a. der Betrag der privilegierten und der gesicherten Einlagen pro Kunde auf

<https://www.welt.de/finanzen/article13907184/Lehman-Brothers-ist-nicht-mehr-pleite.html>.

¹⁶ Sethe (Fn. 10), § 26 N 10 m.w.V.; vgl. auch Erläuternder Bericht zur Änderung des BankG (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom 8. März 2019, 60 f. m.w.V. auf die ökonomische Literatur.

¹⁷ Vgl. Fn. 4.

¹⁸ Hierzu und zum Folgenden Botschaft BankG 2002 (Fn. 4), 8066 f.

¹⁹ Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung der Einlagensicherung bis ins Jahr 2004 Botschaft BankG 2002 (Fn. 4), 8066 ff.; *Emch Urs/Renz Hugo/Arpagaus Reto*, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011, N 1471 ff.

²⁰ Änderung des BankG vom 3. Oktober 2003, AS 2004, 2767 ff.; dazu Botschaft BankG 2002 (Fn. 4), 8060 ff.; *Chammartin Catherine*, La protection des déposants, in: Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich 2007, 385 ff.; *Emch/Renz/Arpagaus* (Fn. 19), N 1458 ff.; *Guggenbühl Markus/Essebier Jana*, Bankenkonzers und Einlagensicherung, Rechtslage seit 1. Januar 2006 im Überblick, SJZ 2006, 373 ff., 379 ff.; *Sethe Rolf*, Ein Indianer kennt keinen Schmerz – Reaktionen der Schweiz auf Finanzmarktcrise und Steuerstreit, ZBB 2011, 106 ff., 123 ff.; *Sethe* (Fn. 8), 509 ff.; *Zobl Dieter*, Bankengesetzliche Einlagensicherung – Anwendungsfall der staatlichen und der Selbstregulierung, in: *Waldburger/Baer/Nobel/Bernet* (Hrsg.), Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, 777 ff.; *Zobl Dieter/Kramer Stefan*, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004, N 752 ff.

100 000 CHF sowie die Systemobergrenze der Einlagensicherung auf 6 Mrd. CHF erhöht.²¹

Die befristet gültigen Änderungen sollten in der Folge durch eine grundlegende Reform der Einlagensicherung abgelöst werden. Daher schickte der Bundesrat 2009 den Vorentwurf zu einem Bankeinlagensicherungsgesetz (BesG) in die Vernehmlassung. Dieses sollte u.a. die Selbstregulierung bei der Einlagensicherung durch ein staatliches Sicherungssystem ablösen.²² Aufgrund der starken Kritik in der Vernehmlassung²³ verwarf man die grundsätzlichen Änderungen der Einlagensicherung und beschränkte sich auf die Überführung der Reform von 2008 in Dauerrecht.²⁴ Die entsprechenden Änderungen des BankG, die auch heute noch Geltung haben, traten am 1. September 2011 in Kraft.²⁵

3. Derzeit geltendes Einlegerschutzsystem

Wie bereits erwähnt, wird der Einlegerschutz (Einlagensicherung i.w.S.) in der Schweiz durch ein dreistufiges System sichergestellt. Hierbei stellt die Stufe 2 die eigentliche Einlagensicherung dar, weshalb sie auch als Einlagensicherung i.e.S. bezeichnet werden kann. Dieser dreistufige Aufbau ist im internationalen Vergleich einzigartig.²⁶ Bei der Würdigung der geplanten Reform der Einlagensicherung sowie insbesondere beim Vergleich mit internationalen Standards darf daher die Einlagensicherung i.e.S. nicht isoliert betrachtet werden; vielmehr ist sie immer im

Zusammenspiel mit den anderen Stufen zu begreifen, weshalb diese hier gesamthaft dargestellt werden. Die im Folgenden beschriebenen Regelungen im BankG gelten sinngemäss auch für Effektenhändler (Art. 36a BEHG) bzw. ab 1. Januar 2020 für Wertpapierhäuser (Art. 67 FINIG).²⁷

3.1 Sofortige Auszahlung privilegierter Einlagen (Stufe 1)

Gemäss Art. 37b Abs. 1 BankG müssen «privilegierte Einlagen» aus den verfügbaren liquiden Aktiven der betroffenen Bank ausserhalb der Kollokation und unter Ausschluss jeglicher Verrechnung sofort ausbezahlt werden. Als privilegiert gelten nach Art. 37a Abs. 1 BankG und Art. 25 BIV-FINMA Einlagen, die auf den Namen des Einlegers lauten, einschliesslich Kassenobligationen, die im Namen des Einlegers bei der Bank hinterlegt sind, bis zu einem Höchstbetrag von 100 000 CHF pro Gläubiger.²⁸ Die FINMA ist jedoch befugt, den Höchstbetrag der sofort auszahlbaren Einlagen zu reduzieren, wenn die bei der fallierten Bank vorhandene Liquidität nicht ausreicht. Hierbei ist insbesondere zu beachten, dass durch die sofortige Auszahlung die vollständige Befriedigung der Gläubiger der ersten Kollokationsklasse (Art. 219 Abs. 4 SchKG) nicht gefährdet werden darf (Art. 37b Abs. 2 Satz 2 BankG). Privilegiert sind nicht nur Einlagen bei schweizerischen Banken im Inland, sondern auch bei deren Geschäftsstellen im Ausland (Art. 3 Abs. 2 BIV-FINMA). Erfasst sind zudem Einlagen bei Zweigniederlassungen von Auslandsbanken in der Schweiz (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a BankG). Auch wenn bestimmte Vorsorgeguthaben nach Art. 37a Abs. 5 BankG als privilegiert gelten, erfolgt bei ihnen keine sofortige Auszahlung (vgl. Art. 37b Abs. 1 BankG *e contrario*).²⁹

Im Idealfall können Einleger somit schon aus diesen Aktiven (zumindest teilweise) befriedigt werden. Um die Wahrscheinlichkeit einer sofortigen Auszahlung zu gewährleisten, müssen die Banken gemäss

²¹ Änderung des BankG vom 19. Dezember 2008, AS 2009, 55 ff.; dazu Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (Verstärkung des Einlegerschutzes) vom 5. November 2008, BBl 2008, 8841 ff.; Jaeger Raphael/Hautle Thomas, Bankenkonzern und Einlagensicherung in der Schweiz, AJP 2009, 395 ff., 398 ff.; Schwob/Müller (Fn. 6), Vorbem. zu Art. 37a ff. N 5 ff.; Sethe (Fn. 20), 125 f.; Sethe (Fn. 8), 512 f.

²² Vgl. Erläuternder Bericht zu einem Bundesgesetz über die Sicherung der Bankeinlagen (Bankeinlagensicherungsgesetz, BesG) vom 11. September 2009; dazu Sethe (Fn. 20), 126 f.; Sethe (Fn. 8), 513 ff.

²³ Vgl. Bericht des EFD über die Vernehmlassungsergebnisse zu einem Bundesgesetz über die Sicherung der Bankeinlagen vom Februar 2010.

²⁴ Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010, BBl 2010, 3993 ff.

²⁵ Änderung des BankG vom 18. März 2011, AS 2011, 3919 ff.

²⁶ So auch die Einschätzung der Expertengruppe Finanzmarktstrategie (Fn. 2), 50.

²⁷ Im Folgenden wird der Einfachheit halber nur von den Banken gesprochen, wobei die Effektenhändler bzw. Wertpapierhäuser jeweils mitgemeint sind.

²⁸ Eingehend zum Begriff der privilegierten Einlagen Schwob/Müller (Fn. 6), Art. 37a N 5 ff.; Wüthrich Karl/Kesselbach Stephan, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 37a N 5 ff.

²⁹ Zu den privilegierten Vorsorgeguthaben unten III.3.3.

Art. 37a Abs. 6 BankG im Umfang von 125% ihrer privilegierten Einlagen ständig inländisch gedeckte Forderungen oder übrige in der Schweiz belegene Aktiven halten.³⁰

3.2 Einlagensicherung i.e.S. (Stufe 2)

Reichen die verfügbaren Aktiven der betroffenen Bank für eine (vollständige) sofortige Auszahlung nicht aus, greift für sog. «gesicherte Einlagen» die Einlagensicherung i.e.S. Als «gesicherte Einlagen» gelten die privilegierten Einlagen nach Art. 37a Abs. 1 BankG bei Geschäftsstellen schweizerischer Banken und bei Geschäftsstellen ausländischer Banken in der Schweiz (Art. 37h Abs. 1 Satz 1 BankG). Nicht erfasst sind hingegen Einlagen bei im Ausland gelegenen Geschäftsstellen von schweizerischen Banken³¹ sowie die privilegierten Vorsorgeguthaben i.S.v. Art. 37a Abs. 5 BankG. Der Begriff der gesicherten Einlage ist also enger als derjenige der privilegierten Einlage. Auf den Wohnsitz oder die Staatsangehörigkeit des Einlegers oder die Währung, in der die Konten geführt werden,³² kommt es in keinem Fall an.³³

Art. 37h Abs. 1 BankG verpflichtet die Banken, die Einlagensicherung mittels Selbstregulierung zu regeln. Diese muss die in Art. 37h Abs. 3 BankG genannten Anforderungen erfüllen und bedarf der Genehmigung durch die FINMA (Art. 37h Abs. 2 BankG). Es handelt sich somit um eine sog. «gesteuerte Selbstregulierung».³⁴ Genügt die Selbstregulierung den gesetzlichen Anforderungen nicht, so regelt der Bundesrat die Einlagensicherung in einer Verordnung (Art. 37h Abs. 5 BankG). Die Einlagensicherung muss die Auszahlung der gesicherten Einlagen innert 20 Ar-

beitstagen an den von der FINMA eingesetzten Untersuchungsbeauftragten, Sanierungsbeauftragten oder Konkursliquidator gewährleisten (Art. 37h Abs. 3 lit. a, Art. 37i Abs. 2 BankG). Die Frist beginnt mit dem Erhalt der Mitteilung betreffend Anordnung von Massnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. e–h BankG oder des Konkurses nach Art. 33–37g BankG. Es ist jedoch zu beachten, dass in der derzeit geltenden Selbstregulierung der Banken eine Auszahlungsfrist von lediglich fünf Kalendertagen vorgesehen ist.³⁵ In der Folge zahlt dann der Untersuchungs- oder Sanierungsbeauftragte bzw. der Konkursliquidator den Einlegern die gesicherten Einlagen aus (Art. 37j Abs. 1 BankG), «sobald» er den Betrag von der Einlagensicherung erhalten hat (Art. 44 Abs. 1 BankV). Er ist mithin nicht an eine ausdrückliche Frist gebunden, weshalb die derzeitige gesetzliche Regelung keine Auszahlung an die Einleger innert einer bestimmten Minimalfrist garantiert;³⁶ nach den Erfahrungen in der Praxis kann dies im Anwendungsfall mehrere Monate dauern.³⁷ Den Einlegern steht gegenüber dem Träger der Einlagensicherung kein direkter Anspruch zu (Art. 37j Abs. 3 BankG). Die gesicherten Einlagen werden unter Ausschluss jeglicher Verrechnung ausbezahlt (Art. 37j Abs. 2 BankG). Die Rechte der Einleger gehen im Umfang der Auszahlungen auf den Träger der Einlagensicherung über (Legalzession; Art. 37j Abs. 4 BankG).

Weiter muss die Selbstregulierung einen Maximalbetrag von 6 Mrd. CHF für die gesamthaft ausstehenden Beitragsverpflichtungen vorsehen (Art. 37h Abs. 3 lit. b BankG). Der Bundesrat kann den Betrag anpassen, sofern besondere Umstände dies erfordern (Art. 37h Abs. 4 BankG). Dieser Maximalbetrag gilt nicht pro Anwendungsfall, sondern begrenzt die Leistungspflicht der Banken insgesamt, sodass die Einlagensicherung folglich eine Systemobergrenze kennt.³⁸ Die Art der Finanzierung der Einlagensicherung ist gesetzlich nicht vorgegeben, sondern bleibt – vorbehaltlich der Genehmigung durch die FINMA –

³⁰ Die FINMA kann diesen Anteil erhöhen oder in begründeten Fällen denjenigen Instituten Ausnahmen gewähren, die aufgrund der Struktur ihrer Geschäftstätigkeit über eine gleichwertige Deckung verfügen.

³¹ Botschaft BankG 2002 (Fn. 4), 8100. Im Ausland gelegene Geschäftsstellen schweizerischer Banken müssen sich der Einlagensicherung im entsprechenden Staat anschliessen.

³² Die Forderung wird für die Auszahlung allerdings in Schweizer Franken umgerechnet; Botschaft BankG 2002 (Fn. 4), 8096; *Schwob/Müller* (Fn. 6), Art. 37a N 7.

³³ *Winzeler Christoph*, in: *Watter/Vogt/Bauer/Winzeler* (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bankengesetz*, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 37h N 11.

³⁴ *Zobl Dieter/Müller Thomas S.*, in: *Bodmer/Kleiner/Lutz* (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, Loseblatt (Stand 2013), Art. 37h N 4; *Zobl* (Fn. 20), 782 f.

³⁵ Art. 5 Abs. 5 der Vereinbarung der Schweizer Banken und Effektenhändler über die Einlagensicherung, zuletzt geändert am 30. Juni 2017.

³⁶ *Zobl/Müller* (Fn. 34), Art. 37h N 12.

³⁷ Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 7.

³⁸ *Zobl/Müller* (Fn. 34), Art. 37h N 14. Mit der Festsetzung einer Systemobergrenze wollte der Gesetzgeber vermeiden, dass durch die Solidarität unter den Banken im Schadenfall die Stabilität des Gesamtsystems gefährdet wird; Botschaft BankG 2010 (Fn. 24), 4006.

der Selbstregulierung überlassen.³⁹ Diese sieht vor, dass die Beiträge für jedes Mitglied im Verhältnis der gesicherten Einlagen bei diesem Mitglied zu den gesicherten Einlagen bei den Mitgliedern insgesamt (abzüglich jener des vom Anwendungsfall betroffenen Mitglieds) zu errechnen sind.⁴⁰ Die Beiträge bemessen sich mithin allein an der Höhe der gesicherten Einlagen der einzelnen Bank, ohne die dabei eingegangenen Risiken zu berücksichtigen (keine risikobasierten Beiträge). Zudem werden die Mittel der Einlagensicherung nicht im Voraus aufgebracht, sondern müssen erst im Krisenfall eingezahlt werden (Ex-post-Finanzierung).⁴¹

Schliesslich muss die Selbstregulierung gemäss Art. 37h Abs. 3 lit. c BankG sicherstellen, dass jede Bank für die Hälfte ihrer Beitragsverpflichtungen dauernd liquide Mittel hält, welche die gesetzliche Liquidität übersteigen (sog. Zusatzliquidität; vgl. auch Art. 18 LiqV). Dadurch soll die Fähigkeit der Banken verbessert werden, in einer Krisensituation ihren Beitragsverpflichtungen gegenüber esisuisse nachzukommen,⁴² was sich als notwendig erweist, weil die Mittel der Einlagensicherung *ex post* aufgebracht werden.

Um der gesetzlichen Verpflichtung zur Selbstregulierung nachzukommen, gründeten die schweizerischen Banken und Effektenhändler einen Verein, der heute unter dem Namen «esisuisse» firmiert, und schlossen eine Vereinbarung zwischen esisuisse und ihren Mitgliedern, in welcher sie die Modalitäten des Anwendungsfalls der Einlagensicherung regeln.⁴³

3.3 Konkursprivileg (Stufe 3)

Jene Einlagen, die weder durch die sofortige Auszahlung noch durch die Einlagensicherung gedeckt werden, sind auf Stufe 3 im Konkurs privilegiert. Stufe 3 erfasst – deckungsgleich mit Stufe 1 – «privilegierte Einlagen» i.S.v. Art. 37a Abs. 1 BankG bis zum Höchstbetrag von 100 000 CHF pro Gläubiger und Bank. Sie werden der zweiten Klasse nach Art. 219 Abs. 4 SchKG zugewiesen. Nicht privilegierte Einlagen, also z.B. solche, die den Höchstbetrag übersteigen oder die bei einer Bank ohne Bewilligung bestanden (vgl.

Art. 37a Abs. 3 BankG), fallen hingegen in die dritte Konkursklasse.

Ebenfalls konkursprivilegiert sind nach Art. 37a Abs. 5 BankG Einlagen bei Vorsorgestiftungen i.S.v. Art. 82 BVG (gebundene Selbstvorsorge der Säule 3a) und Guthaben bei Freizügigkeitsstiftungen (Austrittsleistungen der Säule 2). Diese werden separat und zusätzlich zu den sonstigen Einlagen ebenfalls bis zum Höchstbetrag von 100 000 CHF pro Kunde der zweiten Konkursklasse zugewiesen. Im Unterschied zu den Einlagen i.S.v. Art. 37a Abs. 1 BankG fallen die Guthaben auf Vorsorgekonten aber weder unter die sofortige Auszahlung (Stufe 1) noch unter die Einlagensicherung (Stufe 2). Der Gesetzgeber begründete dies damit, es genüge, wenn diese zusätzlich geschützten Einlagen den Vorsorgestiftungen in absehbarer Zeit für den laufenden Bedarf zur Verfügung stünden. Eine sofortige Auszahlung sei – im Gegensatz zu den übrigen Bankeinlagen – nicht notwendig.⁴⁴ Nicht privilegiert sind Guthaben bei Pensionskassen und Versicherungen.⁴⁵

IV. Die geplante Reform

1. Vorgeschichte und Bestandteile der Reform

Wie unter III.2. aufgezeigt, scheiterte 2011 eine grundlegende Neuordnung der Einlagensicherung. Der Bundesrat beschloss, die Reform der Einlagensicherung erneut aufzugreifen, wenn die seinerzeit erwarteten Expertenberichte und Änderungen der internationalen Standards vorliegen.⁴⁶ 2014 revidierte die International Association of Deposit Insurers (IADI) ihre *Core Principles For Effective Deposit Insurance Systems*,⁴⁷ die als internationaler Standard für die Einlagensicherung gelten. Im gleichen Jahr empfahl der Internationale Währungsfonds (IWF) in seinem Bericht zum Länderexamen der Schweiz im Rahmen

³⁹ Botschaft BankG 2002 (Fn. 4), 8100 f.

⁴⁰ Art. 5 Abs. 2 Vereinbarung esisuisse (Fn. 35).

⁴¹ Reiser (Fn. 10), 24; Winzeler (Fn. 33), Art. 37h N 25.

⁴² Botschaft BankG 2002 (Fn. 4), 8104.

⁴³ Vereinbarung esisuisse (Fn. 35); dazu etwa Sethe (Fn. 8), 511 f.; Zobl/Müller (Fn. 34), Art. 37h N 21 ff.

⁴⁴ Botschaft BankG 2008 (Fn. 21), 8852.

⁴⁵ Schwob/Müller (Fn. 6), Art. 37a N 16.

⁴⁶ Botschaft BankG 2010 (Fn. 24), 4004.

⁴⁷ International Association of Deposit Insurers (IADI), *Core Principles For Effective Deposit Insurance Systems*, November 2014.

des «*Financial Sector Assessment Program*» (FSAP), die bestehende Einlagensicherung in zentralen Bereichen zu überarbeiten.⁴⁸ Auch die «Expertengruppe Brunetti» zur Weiterentwicklung der Finanzmarktstrategie kam in ihrem Ende 2014 publizierten Schlussbericht zu dem Ergebnis, dass es einer Stärkung des Einlegerschutzsystems bedürfe.⁴⁹ Schliesslich wurde auch vonseiten des Parlaments ein Reformbedarf ausgemacht.⁵⁰

Vor diesem Hintergrund beauftragte der Bundesrat im Februar 2017 das EFD mit der Ausarbeitung einer Vorlage zur Reform der Einlagensicherung.⁵¹ Diese gab er zusammen mit Vorschlägen zur Änderung des BankG in anderen Bereichen (Insolvenzrecht und Segregierung) im Frühjahr 2019 in die Vernehmlassung.⁵² Die Vorlage stiess im Inland weitgehend auf Zustimmung.⁵³ Hingegen stellt der IWF in seinem aktuellen Länderreport vom Juni 2019 fest, die aktuelle Regelung der Einlagensicherung genüge in wichtigen Punkten nicht den Anforderungen der IADI *Core Principles* sowie der internationalen *Best Practice*. Die geplante Reform behebe diese Defizite nicht, weshalb der IWF grundlegende Verbesserungsvorschläge macht.⁵⁴

Der Bundesrat ist (anders als noch 2009, vgl. oben III.2.) der Ansicht, das heutige System der Einlagensicherung habe sich grundsätzlich bewährt.⁵⁵ Entsprechend schlägt er keinen fundamentalen Umbau des Einlegerschutzsystems vor, sondern will des-

sen Funktionsfähigkeit mit drei punktuellen Anpassungen auf Stufe 2 (Einlagensicherung i.e.S.)⁵⁶ bei den Auszahlungsfristen, bei der Finanzierungsart und beim Deckungsgrad verbessern.⁵⁷ Im Folgenden wird die geplante Reform, auch unter Beachtung der verworfenen Massnahmen, bewertet.

2. Auszahlungsfristen

Im geltenden Recht kann die Auszahlung aus der Einlagensicherung an die Einleger mehrere Monate dauern. Dies schädigt das Vertrauen in die Einlagensicherung und gefährdet somit deren Ziel des Funktionsschutzes.⁵⁸ Zugleich beeinträchtigt es den Anlegerschutz, denn Inhaber von Gehaltskonten können ohne Zugang zum Konto schwerlich ihre Grundbedürfnisse (Essen, Heizung etc.) decken. Der Bundesrat will daher die Zeitspanne bis zur Auszahlung der gesicherten Einlagen deutlich verkürzen. Zu diesem Zweck sollen zwei neue Fristen eingeführt werden: (1) Die Selbstregulierung muss künftig gewährleisten, dass der Träger der Einlagensicherung die gesicherten Einlagen innert sieben Arbeitstagen an den von der FINMA eingesetzten Untersuchungsbeauftragten oder Konkursliquidator ausbezahlt. Die Frist beginnt mit der Mitteilung der FINMA an den Träger der Einlagensicherung über die Anordnung des Konkurses oder einer Schutzmassnahme nach Art. 26 Abs. 1 lit. e–h BankG⁵⁹ zu laufen (Art. 37h

⁴⁸ IMF, Country Report 2014 (Fn. 1), 9: «Recommendation: Overhaul the deposit insurance scheme: make its provisions more transparent; reform its governance; and build up dedicated ex ante funding with a back-up line of support. Make deposit insurance funds available to finance resolution measures on a least-cost basis.»

⁴⁹ Expertengruppe Finanzmarktstrategie (Fn. 2), 50 ff.

⁵⁰ Am 16. Dezember 2016 reichte Ständerat Bischof eine Interpellation (16.4170) zum Thema «Spareinlagensicherung. Was plant der Bundesrat?» ein. Am 28. Februar 2017 wurde diese im Ständerat behandelt, vgl. AB 2017 S, 44 f.

⁵¹ Medienmitteilung des EFD vom 15. Februar 2017: «Bundesrat will das Einlegerschutzsystem stärken».

⁵² Vgl. Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16).

⁵³ Dies ergibt eine Durchsicht der eingereichten Stellungnahmen, welche abrufbar sind unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/3026/BankG_Stellungnahmen.pdf>. Der Vernehmlassungsbericht des Bundesrats war zum Zeitpunkt der Drucklegung dieses Beitrags noch nicht veröffentlicht.

⁵⁴ IMF, Country Report 2019 (Fn. 3), 41 f. Auf die Vorschläge wird im Folgenden im Einzelnen eingegangen.

⁵⁵ Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 7.

⁵⁶ Hinzu kommt eine kleinere Änderung auf Stufe 1 (sofortige Auszahlung) bei Art. 37b Abs. 1 BankG. Die nach geltendem Recht verlangte «sofortige Auszahlung» der privilegierten Einlagen stellt in Bezug auf Einlagen bei ausländischen Geschäftsstellen eine Schwierigkeit dar, weil die Namen der ausländischen Einleger i.d.R. nicht innert nützlicher Frist ermittelt werden können. Daher sollen gemäss Art. 37b Abs. 1 VE-BankG Einlagen bei schweizerischen Geschäftsstellen weiterhin sofort ausbezahlt werden (lit. a); Einlagen bei ausländischen Geschäftsstellen sollen dagegen ausbezahlt werden, «sobald dies tatsächlich und rechtlich möglich ist» (lit. b); dazu Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 41.

⁵⁷ Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 7 ff., 22 ff.

⁵⁸ Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 7; vgl. auch Reiser (Fn. 10), 35.

⁵⁹ Unter diese Schutzmassnahmen fallen die Einschränkung der Geschäftstätigkeit, Transaktionsverbote, die Schliessung der Bank für den Kundenverkehr sowie Stundung und Fälligkeitsaufschub. Es handelt sich um vorsorgliche Massnahmen vor einer Sanierung oder einer Liquidation mit dem Zweck, eine drohende Gefahr für die Gläubiger abzuwenden und das Vermögen der Bank zu sichern; Bot-

Abs. 3 lit. a, Art. 37i Abs. 2 VE-BankG). (2) Der Untersuchungsbeauftragte oder Konkursliquidator wird verpflichtet, nach Erhalt der Zahlungsinstruktionen der Einleger die Einlagen spätestens nach weiteren sieben Arbeitstagen den Einlegern auszubezahlen (Art. 37j Abs. 3 VE-BankG). Um diese zweite Frist einhalten zu können, soll die Selbstregulierung die Banken dazu verpflichten, bereits im Rahmen des ordentlichen Geschäftsbetriebs die notwendigen Vorbereitungsmaßnahmen zu treffen (Art. 37h Abs. 3 lit. d, Art. 37h Abs. 3^{bis} VE-BankG). Die Banken müssen also auf Einzelkundenbasis (*Single Customer View*) den Umfang der gesicherten Einlagen bestimmen und eine funktionstüchtige Planung für den Entschädigungsfall entwerfen, sodass der sofortige Zugang zu diesen Daten gewährleistet wird. Die Auszahlungsfrist von sieben Arbeitstagen an die Einleger soll gemäss Art. 37j Abs. 5 VE-BankG verlängert oder ausgesetzt werden können bei Einlagen, bei denen unklare oder komplexe Rechtsansprüche vorliegen (lit. a), kein objektiver Bedarf nach einer raschen Auszahlung besteht (lit. b) oder ungenaue oder unklare Zahlungsinstruktionen vorliegen (lit. c). Sofern keine dieser Ausnahmen greift, würden die Einleger künftig also nach maximal 14 Arbeitstagen entschädigt werden.⁶⁰

Der IWF kritisiert, die Frist von insgesamt 14 Tagen sei noch immer zu lang und entspreche nicht IADI Core Principle 15 Ziff. 1 und der international üblichen Regelung⁶¹ einer Auszahlung innerhalb von sieben Arbeitstagen ab dem Zeitpunkt des Lizenzentzugs.⁶² Hierbei übersieht der IWF jedoch eine Besonderheit des schweizerischen Einlegerschutzsystems: Bereits auf Stufe 1 erfolgt eine *sofortige* Auszahlung

privilegierter Einlagen, soweit entsprechende liquide Aktiven verfügbar sind.⁶³ Somit werden Einleger regelmässig mindestens zu einem Teilbetrag bereits befriedigt, bevor die Einlagensicherung i.e.S. überhaupt zum Tragen kommt. Im Ergebnis dürfte die Auszahlung an die Einleger in der Schweiz somit oft schneller erfolgen als im Ausland. Eine Stufe 1 ist weder in den internationalen Standards noch in den ausländischen Regelungen vorgesehen, was der IWF in seiner Kritik nicht berücksichtigt. Stufe 1 bietet zudem den Vorteil, dass die der Einlagensicherung angeschlossenen Banken von dieser erst und nur insoweit in Anspruch genommen werden, als die *sofortige* Auszahlung auf Stufe 1 nicht alle gesicherten Einlagen deckt. Dies wiederum trägt zur Systemstabilität bei.⁶⁴ Auch wird das Konkursverfahren erleichtert, da durch die Befriedigung auf Stufe 1 die Anzahl der Gläubiger im Konkursverfahren reduziert wird.

Auf den ersten Blick scheint die Kritik des IWF an den geplanten Auszahlungsfristen somit nicht zu überzeugen. Allerdings erweist sich der Hinweis auf die sofortige Auszahlung auf Stufe 1 als trügerisch. Denn der Schutz auf Stufe 1 setzt voraus, dass die fallierte Bank tatsächlich noch ausreichende Aktiven besitzt, die eine sofortige Auszahlung ermöglichen. Das Gesetz schreibt vor, dass Banken zur Gewährleistung der sofortigen Auszahlung im Umfang von 125% ihrer privilegierten Einlagen ständig inländisch gedeckte Forderungen oder übrige in der Schweiz belegene Aktiven halten müssen (Art. 37a Abs. 6 BankG). Denkt man dies zu Ende, müsste die Aufsicht – um zu gewährleisten, dass diese Aktiven im Konkurs tatsächlich zur Verfügung stehen – die Bank bereits dann schliessen, wenn ihre Aktiven unter die Schwelle von 125% absinken. Ein solches Vorgehen wird jedoch unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten nur höchst selten zu rechtfertigen sein.⁶⁵ Sofern die Chance besteht, dass die Bank noch saniert werden kann, wird die Aufsicht ein Absinken auch weit unter den Wert

schaft BankG 2002 (Fn. 4), 8070; Hess Martin, in: Watter/Vogt/Bauer/Winzler (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 26 N 1.

⁶⁰ Zum Ganzen Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 8 f., 22 f., 42 ff.

⁶¹ In der EU soll die maximale Frist von derzeit 15 Arbeitstagen ab Anfang 2024 auf sieben Arbeitstage reduziert werden (Art. 8 Abs. 1 und 2 Richtlinie 2014/49/EU vom 16. April 2014 über Einlagensicherungssysteme). Vgl. im deutschen Recht § 14 Abs. 3 Einlagensicherungsgesetz (EinSiG). In den USA ist die «Federal Deposit Insurance Corporation» (FDIC) verpflichtet, die Einlagen «so schnell wie möglich» auszubezahlen, wobei die FDIC eine Auszahlung innerhalb von zwei Arbeitstagen anstrebt, vgl. Reiser (Fn. 10), 28.

⁶² IMF, Country Report 2019 (Fn. 3), 42; vgl. bereits IMF, Country Report 2014 (Fn. 1), 37.

⁶³ S. dazu III.3.1.

⁶⁴ Schwob/Müller (Fn. 6), Art. 37b N 6; Sethe (Fn. 8), 512.

⁶⁵ Anschaulich hierzu BGE 136 II 43 ff. (Steinhalden). Das Bundesgericht sah die Anordnung der aufsichtsrechtlichen Liquidation als unverhältnismässig an, zumal nur ein geringfügiges Fehlverhalten vorlag. Es betonte, zwischen dem Interesse an einer strikten Anwendung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen und jenem der Aktionäre und Gläubiger an einem möglichst optimalen Werterhalt habe ein offensichtliches Missverhältnis bestanden (BGE 136 II 43, E. 7.3).

von 125% tolerieren. Weiterhin versagt der Schutz durch Stufe 1 ganz oder teilweise, wenn die Geschäftsleitung der Bank die Schwelle von 125% in einer Krise ignoriert und die Aufsicht dies zu spät bemerkt. Schliesslich ist es Auslandsbanken möglich, ihr Vermögen bei einer sich abzeichnenden Krise sehr leicht und rasch in das Heimatland der Bank zu verschieben, sodass im Konkursfall keine ausreichenden Aktiven *in der Schweiz* mehr vorhanden sind.⁶⁶ Auch hat der in der Finanzkrise zu beobachtende Verfall des Werts der *Subprimes* gezeigt, dass Aktiven beim Platzen einer Blase dahinschmelzen wie Schnee in der Sonne. Zudem lassen sich in einer solchen Situation die Aktiven der Bank oft nicht rasch genug versilbern. Somit kann auch ohne aufsichtsrechtswidriges oder kriminelles Verhalten der Geschäftsleitung der Bank das Vermögen der Bank gleichsam über Nacht verloren sein. Stufe 1 ist also alles andere als sicher. Auch wenn in den Anwendungsfällen der letzten Jahre die sofortige Auszahlung zumindest zur Deckung der Grundbedürfnisse der Kontoinhaber gereicht hat,⁶⁷ kann aus den soeben genannten Gründen nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass dies auch in Zukunft der Fall sein wird. Gerade wegen dieses Umstands hat der Gesetzgeber ja auch Stufe 2 und 3 geschaffen.

Folglich ist der in der Vernehmlassung mehrfach geäusserte Hinweis, die geplante Verkürzung der

Auszahlung entspreche nun internationalen Standards,⁶⁸ nicht korrekt, denn sie darf nach dem Gesetz 2×7 Tage betragen, während international 1×7 Tage üblich sind.⁶⁹ Die Einlagensicherung esisuisse hat dies erkannt, denn sie äussert sich im Rahmen der Vernehmlassung zurückhaltend dahingehend, dass die Reform die internationalen Anforderungen «besser erfüllt».⁷⁰ Die lange Frist ist weder unter dem Gesichtspunkt der Finanzmarktstabilität noch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Kontoinhaber vertretbar. Dies hat sich während der Finanzkrise nach dem Zusammenbruch der zypriotischen Banken mit aller Deutlichkeit gezeigt, als breite Bevölkerungsschichten mangels Liquidität plötzlich keinen Zugang zu Lebensmitteln mehr hatten. Der Gesetzgeber sollte daher auf Stufe 2 zumindest eine Pflicht vorsehen, wonach Kontoinhaber im Fall, dass die Auszahlung auf Stufe 1 ausbleibt, Anspruch auf sofortige Abschlagszahlungen in einem Umfang haben, der ihnen eine Sicherung ihrer Grundbedürfnisse erlaubt. Um die dafür notwendigen Daten zu erhalten, kann die Einlagensicherung auf die von der Bank im Rahmen des *Single Customer View* zusammengestellten Kundenangaben zurückgreifen. Dadurch könnte insbesondere der Bezug eines vordefinierten Bargeldbetrags an Geldautomaten ermöglicht werden. Zudem sollte der Gesetzgeber eine generelle Verbesserung der Stufe 1 prüfen. Man sollte der Frage nachgehen, ob die aufsichtsrechtlichen Massnahmen gegen ein Absinken der vorzuhaltenden inländischen Aktiven in Höhe von 125% ausreichen (z.B. bis zu welcher Grenze darf zum Zwecke einer Sanierung der Prozentsatz gesenkt werden, bevor die FINMA das Institut schliessen muss). Auch muss geprüft werden, wie man eine Verlagerung der Aktiven ins Ausland wirksam verhindert (z.B. durch Schaffung eines Straftatbestands, der die Verantwortlichen in der Bankleitung treffen würde, denn eine reine Gewährsprüfung dürfte kurz vor einem Konkurs kein wirksames Mittel mehr sein).

⁶⁶ Die Verfasser danken Dr. *Rastko Vrbaski*, Senior Advisor, Financial Stability Institute, BIS, für diesen Hinweis.

⁶⁷ Leider sind im Erläuterungsbericht zur Vernehmlassung keine Zahlenangaben enthalten, in wie vielen Fällen Stufe 1 nicht ausreichte und die Einlagensicherung eingreifen musste. Gemäss Eidg. Bankenkommision, Bericht Bankinsolvenz, Bern 2008, 11, <https://www.finma.ch/Finma/Archiv/ebk/d/aktuell/20080128/20080128_d.pdf>, waren in der Zeit von 2004 bis 2007 113 Konkurse zu verzeichnen, von denen 110 unbewilligte, und damit nicht der Einlagensicherung unterfallende Institute und drei zugelassene Effektenhändler betrafen. Der Bericht enthält keine Aussagen dazu, ob bei den drei Konkursen der Effektenhändler die Einlagensicherung tatsächlich einspringen musste. Die Rubrik «Pendente Anwendungsfälle» der esisuisse-Jahresberichte nennt zwei laufende Verfahren, in denen Entschädigungen von 14,7 Mio. CHF im Zeitraum von 2009 bis 2018 geleistet werden mussten. Die lange Verfahrensdauer und die Anzahl der Einzelzahlungen an den Konkursliquidator zeigen, dass sich die Auszahlungen an die Kunden hingezogen haben dürften. Die Jahresberichte der FINMA enthalten zwar Angaben zur Anzahl der Konkurse, ohne jedoch auf die Einlagensicherung einzugehen.

⁶⁸ Vgl. etwa die Stellungnahmen der SP vom 14. Juni 2019, der SVP vom 17. Juni 2019, der Bankiervereinigung vom 14. Juni 2019.

⁶⁹ Vgl. Fn. 61.

⁷⁰ Stellungnahme der esisuisse vom 29. Mai 2019, S. 2 oben.

3. Zeitpunkt der Beitragszahlung

Im geltenden Recht erfolgt die Finanzierung der Einlagensicherung durch Beitragszahlungen der angeschlossenen Banken erst, wenn die Einlagensicherung in Anspruch genommen wird (Ex-post-Finanzierung). Die angeschlossenen Banken erhalten am Tag der Schliessung der fallierten Bank eine Ankündigung-E-Mail und am darauf folgenden Tag per Post die Rechnung mit dem auf sie entfallenden Beitrag zu dem Anwendungsfall.⁷¹ Die Bezahlung erfolgt mittels Lastschriftverfahren (Business Debit Direkt ohne Widerspruchsrecht). Um diese Finanzierung abzusichern, muss die Selbstregulierung vorsehen, dass die Banken verpflichtet sind, eine Zusatzliquidität von 50% ihrer gegenüber esisuisse bestehenden Beitragsverpflichtung zu halten (Art. 37h Abs. 3 lit. c BankG). Die Ex-post-Finanzierung entfaltet eine prozyklische Wirkung, indem sie den Banken liquide Mittel entzieht, was den in einer Krise vielfach schon bestehenden generellen Mangel an Liquidität weiter verstärkt und im schlimmsten Fall eine Kettenreaktion auslösen kann.⁷² Daher fordert IADI Core Principle 9 Ziff. 1 grundsätzlich eine Ex-ante-Finanzierung der Einlagensicherung.

Nach Art. 37h Abs. 3 lit. c VE-BankG soll die Selbstregulierung künftig sicherstellen, dass jede Bank anstelle der Zusatzliquidität im Umfang der Hälfte ihrer Beitragsverpflichtungen auf Dauer leicht verwertbare Wertschriften von hoher Qualität oder Schweizer Franken in bar bei einer sicheren Drittverwahrungsstelle hinterlegt (Ziff. 1) oder dem Träger der Einlagensicherung in dieser Höhe Bardarlehen gewährt (Ziff. 2). Sollte im Anwendungsfall der Einlagensicherung die zur Leistung verpflichtete Bank nicht in der Lage sein, die nötige Liquidität anderweitig bereitzustellen, können die hinterlegten Wertpapiere oder Barmittel verwertet und dadurch die Erfüllung der Beitragsverpflichtung (zur Hälfte) sichergestellt werden.⁷³ Die Umsetzung von Art. 37h Abs. 3 lit. c VE-BankG in der Selbstregulierung wird vorse-

hen, dass die Wertschriftenhinterlegung über das Triparty-Collateral-Management der SIX SIS AG zu erfolgen hat.⁷⁴ Im Falle der Nichtzahlung (BDD nicht erfolgreich = kein Zahlungseingang nach Ablauf der Zahlungsfrist auf dem SNB-Konto der esisuisse) wird die esisuisse das Pfand oder das Bardarlehen somit sofort verwerten können. Dazu wird esisuisse der SIX ohne Rücksprache bei der nichtzahlenden Bank mitteilen, dass letztere ihrer Zahlungsverpflichtung nicht nachgekommen ist und SIX SIS AG die Wertschriften im Triparty-Collateral-Management im Wert des Rechnungsbetrags sofort auf das Depot der esisuisse bei deren Hausbank übertragen muss. Die SIX SIS AG als Verwahrungsstelle hätte dann weder das Recht noch die Pflicht, die Voraussetzungen der Verwertung zu überprüfen (Art. 31 Abs. 3 BEG). Gleichzeitig würde esisuisse ihre Hausbank beauftragen, diese Wertschriften zu verkaufen oder zugunsten von esisuisse zu belehnen (Repo). Da die Verwertungsbeugnis auch in einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Sicherungsgeber sowie bei Anordnung von Sanierungs- oder Schutzmassnahmen jeglicher Art bestehen bleibt (Art. 31 Abs. 2 BEG), kann esisuisse damit auch auf die verpfändeten Sicherheiten der fallierten Bank selbst zurückgreifen. Diese muss sich also – anders als heute – auch an den Kosten ihres eigenen Scheiterns beteiligen.⁷⁵ Wirtschaftlich betrachtet, soll die Einlagensicherung neu also zur Hälfte *ex ante* finanziert werden.⁷⁶ Dadurch verringert sich das Risiko einer prozyklischen Wirkung der Einlagensicherung. Der Bundesrat hat sich für eine Wertschriftenhinterlegung und gegen einen zum Voraus zu äufnenden Fonds entschieden.⁷⁷ Er begründet dies damit, ein Ex-ante-Fonds wäre teurer und aufwändiger als eine Wertschriftenhinterlegung, hätte jedoch die gleiche Wirkung.

Der IWF kritisiert die Schweizer Lösung und fordert anstelle der vorgängigen Finanzierung zu 50% eine vollständige Ex-ante-Finanzierung.⁷⁸ Tatsächlich

⁷¹ Die nachfolgenden Angaben zum Verfahrensablauf wurden den Verfassern dankenswerterweise von esisuisse zur Verfügung gestellt.

⁷² Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 7; Botschaft BankG 2008 (Fn. 21), 8845; Reiser (Fn. 10), 24; Sethe (Fn. 8), 514.

⁷³ Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 9. Die Auswirkungen dieser Änderung auf die Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen der Banken wird auf Verordnungsstufe

konkretisiert werden müssen; dazu Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 23.

⁷⁴ Vgl. Fn. 71 sowie <<https://www.six-group.com/securities-services/de/home/securities-finance/core/triparty-collateral-management.html>>.

⁷⁵ Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 9, 42 f.

⁷⁶ Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 42 f.

⁷⁷ Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 9 f.

⁷⁸ IMF, Country Report 2019 (Fn. 3), 42; vgl. bereits IMF, Country Report 2014 (Fn. 1), 37.

scheint die Schweizer Lösung auf den ersten Blick auch im internationalen Vergleich als eher tief; so werden die Einlagensicherungen in der EU zu 70%⁷⁹ und in den USA zu 100%⁸⁰ *ex ante* finanziert. Hierbei ist jedoch zunächst zu bemerken, dass eine Ex-ante-Finanzierung nicht per se vorteilhafter ist als eine Ex-post-Finanzierung;⁸¹ vielmehr haben beide Systeme Vor- und Nachteile,⁸² weshalb eine Mischung aus beiden Elementen (*«hybrid funding system»*) i.d.R. zielführender sein dürfte. Hierbei hat der Bundesrat mit Blick auf das bisherige Schweizer System berücksichtigt, dass die Banken auf Stufe 1 im Umfang von 125% ihrer privilegierten Einlagen leicht verwertbare Aktiven halten müssen, um die Wahrscheinlichkeit einer sofortigen Auszahlung zu erhöhen.⁸³ In dem Umfang, in welchem eine sofortige Auszahlung erfolgt, kommt die Einlagensicherung i.e.S. (Stufe 2) gar nicht mehr zum Tragen. Dies rechtfertigt es nach Ansicht des Bundesrats – insbesondere im Hinblick auf die Vorteile einer Ex-post-Finanzierung – eine tiefere Ex-ante-Finanzierung als in den ausländischen Rechtsordnungen vorzusehen, welche keine Stufe 1 kennen. Allerdings ist auch an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Sicherung durch Stufe 1 im Einzelfall versagen kann. Im Ergebnis sollte der Gesetzgeber daher überlegen, wie man Stufe 1 verbessern kann.⁸⁴

4. Berechnung der Beiträge

Keine Regelung enthält die Reform in Bezug auf die Berechnung der Beiträge der Banken an die Einlagensicherung. Die geltende Selbstregulierung der esi-

suisse sieht eine Bemessung allein gestützt auf die Höhe der gesicherten Einlagen der einzelnen Bank im Verhältnis zu den gesicherten Einlagen aller angeschlossenen Banken vor.⁸⁵ Sie berücksichtigt weder das bankeigene Risiko noch das von der Bank ausgehende Systemrisiko. International gehören hingegen zur Minderung der Gefahr eines *moral hazard*⁸⁶ risikobasierte Prämien zum Standard.⁸⁷ Das EFD hat die Einführung risikobasierter Beiträge geprüft und mit der Begründung abgelehnt, dass deren Nutzen im schweizerischen System äusserst gering wäre und daher die höheren Kosten nicht rechtfertigen würde.⁸⁸ Tatsächlich entfalten *ex post* erhobene Beiträge, selbst wenn sie risikobasiert sind, kaum eine verhaltenssteuernde Wirkung. Bei den 50% der Finanzierung, die in Zukunft *ex ante* erhoben werden sollen, sei kein Abstellen auf die eingegangenen Risiken möglich, weil die Beiträge nicht jährlich in einen Fonds eingezahlt würden. Diese Begründung überzeugt nicht, denn das Beispiel des Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands deutscher Banken zeigt sehr wohl, dass eine risikobasierte Berechnung möglich ist.⁸⁹ Für die Risikobemessung der Beiträge spielt es keine Rolle, ob die so berechneten Beiträge hinterlegt oder in einen Fonds eingezahlt werden, da man auch bei der Hinterlegung über die Anpassung der hinterlegten Summe nach oben oder unten das zuvor berechnete Risiko einpreisen kann. Gegen die Risikobasierung lässt sich einzig der Einwand ins Feld führen, dass es in der Praxis sehr aufwändig und damit teuer ist, die entsprechenden Risiken konkret zu berechnen, da es einer eigenständigen jährlichen Prüfung bedarf.⁹⁰ Es sollte daher im Rahmen der Folgenabschätzung des Gesetzgebungsprojekts vertiefter geprüft werden, ob die mögliche Steuerungswir-

⁷⁹ Gemäss Art. 10 Abs. 3 Richtlinie 2014/49/EU können die der Einlagensicherung zur Verfügung stehenden Mittel teilweise Zahlungsverpflichtungen umfassen. Der Gesamtanteil der Zahlungsverpflichtungen darf sich jedoch auf höchstens 30% des Gesamtbetrags belaufen. Vgl. im deutschen Recht § 18 Abs. 3 EinSiG.

⁸⁰ Wobei das US-System auch gewisse Ex-post-Komponenten hat, weshalb von einem *hybrid funding system* gesprochen wird; Reiser (Fn. 10), 26 f.

⁸¹ Vorteile einer Ex-post-Finanzierung sind z.B., dass sie ausserhalb eines Anwendungsfalls keine Aktiven der Banken bindet und keine Kosten für die regelmässige Prämienentreibung sowie für die Verwaltung eines Finanzierungsfonds generiert.

⁸² Vgl. die Übersicht über die Vor- und Nachteile beider Systeme bei Reiser (Fn. 10), 32 f.

⁸³ S. oben III.3.1 und IV.2.

⁸⁴ S. bereits IV.2.

⁸⁵ Vgl. zur Beitragsberechnung Art. 5 Abs. 2 Vereinbarung esisuisse (Fn. 35); dazu oben III.3.2.

⁸⁶ Dazu oben II.

⁸⁷ Vgl. etwa Art. 13 Richtlinie 2014/49/EU; § 19 Abs. 2 und 3 EinSiG; zur Rechtslage in den USA Reiser (Fn. 10), 26 f. Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 10.

⁸⁸ Vgl. Statut des Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken vom Dezember 2018, insb. §§ 4a und 5a.

⁹⁰ Eingehend zur Schwierigkeit der Risikokalkulation spezifisch in Bezug auf die Einlagensicherung Reiser (Fn. 10), 33 f. m.w.V.; vgl. auch IADI, General Guidance for Developing Differential Premium Systems, October 2011; European Commission, Joint Research Centre, Possible models for risk-based contributions to EU Deposit Guarantee Schemes, June 2009.

kung risikobasierter Prämien die dadurch verursachten Mehrkosten rechtfertigt.

5. Deckungsgrad

Künftig soll die Systemobergrenze von derzeit 6 Mrd. CHF (Art. 37h Abs. 3 lit. b BankG) flexibilisiert werden. Nach Art. 37h Abs. 3 lit. b VE-BankG soll die Selbstregulierung vorsehen, dass die Banken zu Beiträgen an die Einlagensicherung in der Höhe von insgesamt 1,6% der Gesamtsumme der gesicherten Einlagen, mindestens aber 6 Mrd. CHF verpflichtet sind. Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass sich die Gesamtsumme der gesicherten Einlagen in den vergangenen Jahren erhöht hat.⁹¹ Durch die Einführung einer prozentualen Obergrenze soll sich die Deckung künftig im Gleichschritt mit der Summe der gesicherten Einlagen entwickeln können.⁹²

Der geplante Deckungsgrad ist im internationalen Vergleich hoch.⁹³ Der IWF kritisiert aber das Fehlen einer zusätzlichen staatlichen Sicherung oder Kreditgewährung an die Einlagensicherung (sog. «*public backstop*»), was im Fall einer Systemkrise problematisch sein könne (vgl. auch IADI Core Principle 9 Ziff. 4).⁹⁴ Das EFD hat die Einführung eines *public backstop* geprüft und aufgrund von Kosten- und Umsetzbarkeitsüberlegungen sowie insbesondere wegen des Risikos von Fehlanreizen für Banken und Einleger (*moral hazard*) verworfen.⁹⁵ Die Erfahrung in anderen Ländern hat jedoch gezeigt, dass die Einlagensicherung durchaus in Bedrängnis geraten kann (z.B. Krise des Einlagensicherungsfonds des Bundesverbands deutscher Banken nach dem Lehman-Konkurs; Krise der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen nach dem Zusammenbruch der Phoenix-Kapitaldienste-GmbH).⁹⁶ Aus Gründen der Systemstabilität kann in diesem Fall eine Unterstützung der Einlagensicherung durch staatliche Darlehen erforderlich sein. Sicherlich kann man gegen

einen *public backstop* einwenden, dass im Schweizer System auf Stufe 1 eine Pflicht zur Unterlegung der privilegierten Einlagen mit 125% leicht verwertbarer Aktiven besteht. Durch die auf diese Weise (mindestens teilweise) gesicherte sofortige Auszahlung der privilegierten Einlagen wird die Einlagensicherung i.e.S. bereits erheblich entlastet, weshalb die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme der Einlagensicherung auf Stufe 2 geringer ist. Allerdings wurde bereits gezeigt, dass Stufe 1 Schwächen aufweist,⁹⁷ sodass dieses Argument nur bedingt überzeugt. Die Befürchtung des Bundesrats, ein *public backstop* würde einen *moral hazard* auslösen, lässt sich leicht dadurch überwinden, dass man den *public backstop* als Darlehen konzipiert, sodass die Branche ihre Verantwortung nicht auf den Staat abwälzen kann.

Wie dargelegt, gilt die derzeitige Systemobergrenze von 6 Mrd. CHF nicht pro Anwendungsfall, sondern insgesamt.⁹⁸ Die bisherige gesetzliche Regelung lässt offen, wie schnell die Banken nach einem Anwendungsfall verpflichtet sind, erneut Beiträge zu leisten, um die Systemobergrenze «aufzufüllen». Diese Frage ist in Zukunft noch entscheidender, weil die Beiträge zur Hälfte *ex ante* finanziert werden sollen.⁹⁹ Innerhalb welcher Zeitspanne die angeschlossenen Banken nach einem Entschädigungsfall über ihre Beiträge sicherstellen müssen, dass der zukünftig gesetzlich geforderte Schwellenwert von 1,6% aller gesicherten Einlagen wieder erreicht wird, sollte – da der Gesetzesvorschlag hierzu schweigt – zumindest auf Verordnungsstufe (BankV) geregelt werden.

6. Verworfenne Massnahmen

Bei der Ausarbeitung der geplanten Reform hat das EFD weitere Massnahmen zur Stärkung der Einlagensicherung geprüft, jedoch aus verschiedenen Gründen verworfen,¹⁰⁰ auf die abschliessend kurz einzugehen ist.

6.1 Aufgaben der Einlagensicherung und Organisation des Trägers

Die Einlagensicherung i.e.S. (= Stufe 2) ist in der Schweiz der (gesteuerten) Selbstregulierung über-

⁹¹ Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 7, 9.

⁹² Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 42.

⁹³ In der EU wird ein Deckungsgrad von 0,8% der gesicherten Einlagen gefordert; Art. 10 Abs. 2 Richtlinie 2014/49/EU; vgl. im deutschen Recht § 17 Abs. 2 EinSiG. In den USA liegt der Deckungsgrad derzeit bei 1,4%; Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 18.

⁹⁴ IMF, Country Report 2019 (Fn. 3), 42; vgl. bereits IMF, Country Report 2014 (Fn. 1), 37.

⁹⁵ Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 10.

⁹⁶ Sethe (Fn. 8), 517 ff.

⁹⁷ S. IV.2.

⁹⁸ S. oben III.3.2.

⁹⁹ S. oben IV.3.

¹⁰⁰ Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 9 ff.

lassen, woran die geplante Reform bewusst festhält. Das EFD hat entschieden, mit Blick auf die Erhaltung der Tradition der Selbstregulierung und angesichts der von esisuisse in den vergangenen Jahren selbst vorgenommenen Verbesserungen¹⁰¹ auf zusätzliche staatliche Vorgaben betreffend die Organisation und Aufgaben des Trägers der Einlagensicherung zu verzichten.¹⁰² Die Einlagensicherung ist, anders als in vielen Staaten, nicht Teil eines staatlichen *safety net*, dem auch die Aufgabe zukommt, Mittel zur Rettung einer Bank beizusteuern. Vielmehr beschränkt sich ihre Rolle auf eine reine Finanzierungsfunktion (sog. «*pay box*»). Die Entscheidungen über die Sanierung einer Bank werden gerade nicht von der Einlagensicherung getroffen, sondern von dem Konkursliquidator und der staatlichen Aufsicht.

Der IWF empfiehlt, das Mandat der Einlagensicherung auf die Finanzierung von Sanierungen auszuweiten für den Fall, dass dies bei gleichem Schutz der Gläubiger günstiger sei als die Entschädigung der Kunden (vgl. auch IADI Core Principle 2).¹⁰³ In anderen Staaten ist dies bereits der Fall.¹⁰⁴ Dies würde den Charakter der Einlagensicherung grundlegend ändern. Für eine solche Lösung sprechen sicherlich die grössere Flexibilität sowie auch der Verhältnismässigkeitsgrundsatz; ist die Sanierung der Bank günstiger als die Entschädigung der Kunden, dürfte die Rettung im Einzelfall im Interesse aller Stakeholder sein. Während das heutige Rettungssystem keinen ausreichend grossen Topf an externen Mitteln bereithält, um Banken zu sanieren,¹⁰⁵ könnte die Einlagensicherung diese Aufgabe übernehmen. Dies setzt dann allerdings die Schaffung eines *ex ante* zu füllenden Fonds voraus. Ob man diesen an sich sinnvollen Schritt jetzt schon gehen will oder ob man erst die nächste Krise abwartet, um eine Rechtfertigung für einen solchen Wandel zu haben, ist eine politische und keine juristische Frage.

Der IWF kritisiert die private Trägerschaft der Einlagensicherung und sieht die Gefahr einer Interessenkollision, weil esisuisse nicht bankenunabhängig sei. Daher sei die Einlagensicherung einer staatlichen Stelle zu übertragen, bei welcher keine Bankenvertreter Einsitz haben dürften (vgl. auch IADI Core Principle 3).¹⁰⁶ Dies überzeugt nicht. Auch wenn im Vorstand von esisuisse Vertreter von Banken sitzen, kann dies angesichts des beschränkten Mandats von esisuisse (reine «*pay box*») nicht zu einem Interessenkonflikt führen. Eine Änderung in der Governance-Struktur wäre nur angezeigt, wenn der Einlagensicherung auch die Aufgabe der Bankenrettung übertragen würde. Denn in diesem Fall könnte es zu einem Interessenkonflikt kommen, wenn Bankenvertreter über die Rettung/Nichtrettung von Konkurrenten entscheiden dürften.

6.2 Aufklärung über die Einlagensicherung

Bereits der IWF-Länderreport 2014 enthielt die Empfehlung, die Bankkunden besser über die Regelung der Einlagensicherung aufzuklären (vgl. auch IADI Core Principle 10).¹⁰⁷ Gestützt darauf empfahl auch der «Schlussbericht *Brunetti*», das Verständnis und den Bekanntheitsgrad des gesamten Einlegerschutzsystems zu steigern.¹⁰⁸

Die geplante Reform sieht hingegen keine gesetzliche Pflicht der Banken vor, die Kunden über den Umfang der Einlagensicherung aufzuklären. Im Erläuternden Bericht heisst es lediglich, der Bundesrat habe die esisuisse darin bestärkt, ihren Bekanntheitsgrad bei den Bankkunden weiter zu erhöhen und die Öffentlichkeit regelmässig zu informieren.¹⁰⁹ Unseres Erachtens wäre es hingegen zur Erreichung der Ziele des Anleger- und Funktionsschutzes angebracht, die Banken gesetzlich zu verpflichten, ihre Kunden bei Vertragsabschluss und später in bestimmten Abständen (z.B. am Jahresende) über den Umfang der Einlagensicherung aufzuklären. Dies wäre für die Banken mit kleinem Aufwand möglich, würde aber der Gefahr entgegenwirken, dass die Einlagensicherung

¹⁰¹ So hat die esisuisse z.B. ihre rechtliche und organisatorische Verknüpfung mit der Schweizerischen Bankiervereinigung reduziert.

¹⁰² Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 10 f.

¹⁰³ IMF, Country Report 2019 (Fn. 3), 42; vgl. bereits IMF, Country Report 2014 (Fn. 1), 9, 37.

¹⁰⁴ Vgl. in der EU Art. 11 Abs. 3 Richtlinie 2014/49/EU; im deutschen Recht § 20 Abs. 2 i.V.m. § 49 EinSiG.

¹⁰⁵ Der Staat als *lender of the last resort* soll durch die Too-big-to-fail-Gesetzgebung gerade aus seiner diesbezüglichen Verantwortung entlassen werden.

¹⁰⁶ IMF, Country Report 2019 (Fn. 3), 42; vgl. auch Expertengruppe Finanzmarktstrategie (Fn. 2), 51 f.

¹⁰⁷ IMF, Country Report 2014 (Fn. 1), 9.

¹⁰⁸ Expertengruppe Finanzmarktstrategie (Fn. 2), 51.

¹⁰⁹ Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 10 f.

bei unerfahrenen Anlegern zu Missverständnissen und damit zu einem Scheinvertrauen führt.¹¹⁰

6.3 Ausklammerung der beruflichen Vorsorge von der Einlagensicherung

Die privilegierten Guthaben der beruflichen Vorsorge fallen ausschliesslich unter das Konkursprivileg, sie werden jedoch bei der Einlagensicherung (wie auch bei der sofortigen Auszahlung) ausgeklammert.¹¹¹ Daran soll sich auch durch die geplante Reform nichts ändern. Dies ist einerseits sozialpolitisch zu bedauern, weil die Säulen 2 und 3a die Existenz im Alter mitabsichern sollen.¹¹² Andererseits würde eine Erfassung dieser Guthaben neue Probleme bei der Finanzierung der Einlagensicherung stellen. Zudem ist fraglich, ob die Absicherung der Altersvorsorge vor einem Konkurs der Bank überhaupt eine Aufgabe der Einlagensicherung ist oder ob sie nicht staatlich abgesichert werden müsste.

6.4 Notwendigkeit eines Anlegerentschädigungssystems

Im Gegensatz zum internationalen Standard¹¹³ kennt das Schweizer Recht kein Anlegerentschädigungssystem. Ein solches dient der Entschädigung von Wertpapierkunden, die im Konkurs nicht durch ein Ab- oder Aussonderungsrecht geschützt sind. Dies kann z.B. der Fall sein bei unautorisierten Effektraktionen (ungetreue Geschäftsbesorgung), bei vom Konkurs betroffenen Wertpapierverkaufsgeschäften oder bei einem Fehlbestand im Depot (vgl. Art. 19 BEG).¹¹⁴ Dieses Manko wird durch die geplante Verpflichtung zur getrennten Verwahrung (Segregierung) von Eigen- und Kundenbeständen bei Buchef-

ekten nicht behoben.¹¹⁵ Das EFD hat die Einführung eines Anlegerentschädigungssystems im Rahmen der geplanten Reform geprüft. In Erwägung der Kosten eines solchen Systems, der im Rahmen des FIDLEG bereits vorgenommenen Verbesserung des Anleger-schutzes sowie der vorgeschlagenen Regelung der Segregierung im BEG wurde jedoch entschieden, ein solches nicht weiterzuverfolgen.¹¹⁶ Somit können Anleger, soweit sie nicht durch die Ab- oder Aussonderung geschützt sind, auch in Zukunft im Konkurs der Bank nur auf eine möglichst hohe Konkursdividende hoffen.

V. Fazit

Es ist zu begrüßen, dass der Bundesrat von sich aus die Reform der Einlagensicherung (Stufe 2) aufgreift und für einmal nicht eine akute Krise Reformanlass ist. Der Reformvorschlag selbst weist Licht und Schatten auf. Positiv zu bewerten ist, dass die Auszahlungsfrist verkürzt werden soll, auch wenn dies unseres Erachtens nicht weit genug geht, denn hier wäre zumindest eine Pflicht zu sofortigen Abschlagszahlungen auf Stufe 2 vorzusehen, wenn die Auszahlung auf Stufe 1 mangels Aktiven ausbleibt. Denn zur Deckung von Grundbedürfnissen muss der Bezug eines vordefinierten Bargeldbetrags am Geldautomaten ermöglicht werden. Zu begrüßen ist auch die geplante Umstellung der Finanzierung auf eine hälftige Ex-ante-Finanzierung und die Erhöhung des Deckungsgrads.

Hingegen ist zu bedauern, dass man die Einführung risikobasierter Prämien nicht vertieft untersucht hat. Unbedingt einzuführen wäre ein *public backstop*, der als staatliches Darlehen auszugestalten wäre, um einen *moral hazard* zu verhindern. Zudem sollte der Gesetzgeber eine Pflicht zur Aufklärung der Bankkunden über den Umfang der Einlagensicherung vorschreiben. Wenn man Bankkunden als mündige Bürger begreift, sollten diese ausreichend

¹¹⁰ S. dazu bereits oben II.

¹¹¹ S. dazu oben III.3.3.

¹¹² So bereits Sethe (Fn. 20), 126; Sethe (Fn. 8), 513.

¹¹³ Vgl. etwa in der EU die Richtlinie 97/9/EG vom 3. März 1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger; in Deutschland das Anlegerentschädigungsgesetz (AnlEntG); in den USA den Securities Investor Protection Act of 1970, 15 U.S.C. section 78aaa, et seq., Pub. L. 91-598, § 1(a), Dec. 30, 1970, 84 Stat. 1636.

¹¹⁴ Sethe Rolf, Ist die neue Finanzmarktregulierung funktionsfähig?, SZW 2018, 605 ff., 618.

¹¹⁵ Damit im Konkursfall eine Absonderung des Eigentums der Kunden erfolgen kann, müssen die fraglichen Werte von der Bank vom Eigenbestand und auch von den Eigentumswerten anderer Kunden getrennt gehalten werden (sog. Segregierung). Im geltenden Recht bestehen diesbezüglich bei Bucheffekten Lücken, welche durch Art. 11a VE-BEG geschlossen werden sollen; dazu Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 7 f., 11, 51 ff.

¹¹⁶ Erläuternder Bericht BankG (Fn. 16), 11, 19.

informiert sein, um ggf. Eigenvorsorge betreiben zu können (z.B. durch Diversifizierung ihrer Kontobeziehungen). Dass der Gesetzgeber bei dieser Reform die Themen des Schutzes der beruflichen Vorsorge und der Einführung einer Anlegerentschädigung ausklammert, ist nachvollziehbar.

Man sollte die Reform nutzen, um nicht nur die Stufe 2 zu verbessern, sondern auch die Schwächen auf Stufe 1 zu beseitigen. Die Missachtung der Pflicht, im Inland Aktiven im Umfang von 125% der privilegierten Einlagen vorzuhalten, sollte effektiver als bis-

her sanktioniert werden. Der Gesetzgeber sollte zudem entscheiden, in welchem Umfang diese Aktiven zur Sanierung der Bank herangezogen werden dürfen. Wird hier keine Verbesserung vorgenommen, muss die Reform der Stufe 2 (insbesondere die Verkürzung der Auszahlungsfrist und die Einführung eines *public backstop*) umso dringender erfolgen. Im Ergebnis ist also die Kritik des IWF, obwohl er nicht alle Besonderheiten des schweizerischen Systems in seine Betrachtungen einbezogen hatte, in weiten Teilen berechtigt.