

**INSOLVENZSCHUTZ NACH DER RICHTLINIE
ÜBER EINLAGENSICHERUNGSSYSTEME VON
1994 IM VERGLEICH ZUR SCHWEIZERISCHEN
RECHTSLAGE**

MARKUS WYTTEBACH

Abkürzungsverzeichnis:

a.a.O.	am angegebenen Ort
Art.	Artikel
BaG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
Diss.	Dissertation
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Eu B	St. Galler Europarechtsbrief
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Hrsg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
m.E.	meines Erachtens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
OR	Schweizerisches Obligationenrecht (SR 220)
Rz	Randziffer
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 331.0)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
VNB	Verordnung betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZvglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Literaturverzeichnis:

Amonn, Kurt / Gasser, Dominik, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. A., 1997

Bodmer, Daniel / Kleiner, Beat / Lutz, Benno, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, 9. Nachlieferung 1997

Brücker, Georg, Probleme der Einlagensicherung inländischer Filialen ausländischer Kreditinstitute, 1995

Bundesverband Öffentlicher Banken Deutschlands, Kreditwirtschaftlich wichtige Vorhaben der EU, 5., überarbeitete Auflage, 1997

Buschle, Dirk, Die aktuelle Information: Deutschland scheitert mit Klage gegen Richtlinie über Einlagensicherungssysteme, Eu B 1997, Seite 274

Bunte, Hermann-Josef, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Bd. 1, 1997

Dreher, Meinrad, Sicherungseinrichtungen im Kreditsektor zwischen Instituts-, Einlagen- und Herrschaftssicherung, ZIP 1992, Seite 1597

Ebke, Werner F., Einlagensicherung, Bankenaufsicht und Wettbewerb in den USA und in der Europäischen Union, ZvgIRWiss 1995, Seite 1

Gonzenbach Rainer, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand, Wolfgang, Basel 1996

Franke, Udo, Die Auswirkungen der EU-Einlagensicherungsrichtlinie für deutsche Kreditinstitute, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1994, Seite 733

Grundmann, Wolfgang, Die Einlagensicherung als Element des europäischen Finanzmarktes, Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen 1993, Seite 18

Gutzwiller-Dietler, Andrea, Das schweizerische Einlagensicherungssystem im Vergleich mit den Systemen Deutschland, der USA und der Europäischen Union, Diss. Basel 1994

Hardmeier, Hans Ulrich, Bankenbezogene Normen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes unter Berücksichtigung der Revision des SchKG, in: Nobel, Peter (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 1995, Seite 105

Hoeren, Thomas, Einlagenschutz in Europa, EuZW 1993, Seite 183 (zitiert: Einlagenschutz)

Hoeren, Thomas, Einlagensicherung in Europa, EuZW 1994, Seite 750 (zitiert: Einlagensicherung)

Höltzchi, Peter, Staatsgarantien für öffentliche Banken als Beihilfen - aus schweizerischer Sicht, Referatsunterlage für das fünfte St. Galler internationale Kartellrechtsforum (23./24. April 1998)

Hottner, Thomas, Einlagenschutz in Europa, Zeitschrift für das ganze Kreditwesen 1992, Seite 229

Klauer, Irene, Richtlinie über Einlagensicherungssystem, Eu B 1994, Seite 186

Kümpel, Siegfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, Köln 1995

Lutz, Benno, Sanierung und Liquidation von Banken in der Schweiz - Rückblick und Ausblick, in: Gehrig, Bruno und Schwander, Ivo (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, 1993

Nobel, Peter, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Bern 1997

Regierungsentwurf eines Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes, in: ZBB-Dokumentation, ZBB 1998, Seite 200

Schnyder, Anton, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Wiegand, Wolfgang, Basel 1996

Schöner, Markus, Einlagensicherung und Wettbewerb, Diss. Konstanz 1997

Trechsel, Stefan, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zürich 1997

Weber, Rolf. H., Europarechtliche Aspekte des schweizerischen Kapitalmarktsrechts, in: Zobl (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Kapitalmarktrechts, Zürich 1995, Seite 97

Winzeler, Christoph, Der Einlegerschutz für Bankgläubiger, SZW 1994, Seite 57

Zimmer, Klaus, Der EG-Richtlinienentwurf über Einlagensicherungssysteme: Chancen zur Verbesserung der deutschen Einlagensicherung?, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 1992, Seite 286

Zimmermann, Heinz / Barbrock, Vera, Einlagensicherung - aus ökonomischer Sicht, in: Gehrig, Bruno und Schwander, Ivo (Hrsg.), Banken und Bankrecht im Wandel, Festschrift für Beat Kleiner, 1993

Zobl, Dieter, Berner Kommentar, Systematischer Teil und Art. 844-887 ZGB, Bern 1982

Zulauf, Urs, Schutz für Bankeinlagen in der Schweiz - eine Fata Morgana? in: Nobel, Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 1994, Seite 79

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung und Problemstellung	8
B. Die Richtlinie über Einlagensicherungssysteme	9
I. Historische Entwicklung	9
II. Der wesentliche Inhalt der Richtlinie 94/19/EG	10
1. Mindestharmonisierung	10
2. Die Sicherungssysteme	10
a) Rechtsform	10
b) Alternativen	11
3. Der Einlagenbegriff	11
4. Der Einleger	12
5. Finanzierung	12
6. Ausschluss	13
7. Information	13
8. Herkunftslandprinzip	13
9. Zweigniederlassungen von Instituten mit Hauptsitz ausserhalb der Gemeinschaft	14
10. Der Sicherungsfall	14
11. Umfang der Sicherung	15
a) Höhe	15
b) Auszahlungsfrist	15
c) Anspruch auf Entschädigung?	16
12. Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof	18
C. Rechtslage in der Schweiz	20
I. Einleitung	20
II. Die Bankenstundung	20
III. Fälligkeitsaufschub	20
IV. Kantonalkassen	21
V. Das konkursrechtliche Privileg	22
1. Privilegierte Anlageinstrumente	22
2. Der privilegierte Betrag	22
3. Die begünstigten Gläubiger	23
4. Die Ausgestaltung der Privilegierung	23
5. Die Verfügbarkeit der privilegierten Guthaben	24
VI. Die Vereinbarung der Schweizerischen Bankiervereinigung über den Einlegerschutz bei zwangsvollstreckungsrechtlicher Liquidation einer Bank	25
1. Historische Entwicklung	25
2. Der wesentliche Inhalt der Vereinbarung vom 1. Juli 1993 über den Einlegerschutz bei zwangsvollstreckungsrechtlicher Liquidation einer Bank	26
a) Der Tatbestand	26
b) Die beteiligten Banken	27
c) Der geographische Geltungsbereich	27
d) Art der zu bevorschussenden Guthaben	28
e) Umfang der zu bevorschussenden Guthaben	28
f) Zeitpunkt der Auszahlung	29
g) Kein klagbarer Anspruch	29
h) Auszahlung des Vorschusses	29
i) Finanzierung	29
j) Systemsicherungen	30
k) Kündigungsfrist	31

D. Vergleich der Richtlinie über Einlagensicherungssysteme mit der schweizerischen Rechtslage	32
I. Vorbemerkung	32
II. Zwecksetzung	32
1. Individualschutz	32
2. Stabilität des Bankensystems.....	33
III. Der Sicherungsfall	34
IV. Deckungsumfang	34
1. Art der zu sichernden Einlage	34
a) Richtlinie.....	34
b) Bankengesetz	35
c) Vergleich.....	35
d) Inhaberpapiere.....	36
e) Aufrechnung der Schulden.....	37
2. Personenbezogene Sicherung	37
a) Interbankeinlagen, Eigenmittel, Einlagen, die im Zusammenhang mit Geldwäschereitransaktionen geöffnet wurden.....	37
b) Begriff des Einlegers.....	38
(i) Grundsatz.....	38
(ii) Ausschluss bestimmter Personen	38
(iii) Ausschluss öffentlich-rechtlicher Institutionen	39
3. Quantitative Sicherung	39
a) Höhe der Deckung	39
b) Geschützte Währungen	40
c) Berechnung des privilegierten Betrages bei bestimmten Kategorien von Einleger	41
(i) Gemeinschaftliche Forderungen	41
(ii) Minderjährige Kinder	41
(iii) Wirtschaftlich Berechtigter.....	42
4. Territorialer Geltungsbereich	42
V. Einlegerinformation	43
VI. Verhältnis Einleger - Einlagensicherungseinrichtung	44
1. Rechtlicher Anspruch auf Auszahlung.....	44
2. Auszahlungsfrist.....	45
a) Richtlinie.....	45
b) Schweizerische Rechtslage	46
(i) Bankenstundung	46
(ii) Nachlassvertrag und Konkurs.....	48
3. Auszahlungsmodalitäten.....	48
a) Richtlinie.....	48
b) Vereinbarung.....	48
4. Zeitliche Befristung für die Geltendmachung der Rechte	50
a) Richtlinie.....	50
b) Vereinbarung.....	50
VII. Verhältnis Kreditinstitut - Einlagensicherungssystem	51
1. Mitgliedschaft.....	51
2. Ausnahmen	52
3. Ausschluss durch die Sicherungseinrichtung	52
4. Kündigung durch das Kreditinstitut	53
VIII. Finanzierung	53
1. Art der Finanzierung	53
2. Systemsicherungen.....	54
IX. Formen der Ausgestaltung	56

E. Schlussbemerkungen 57

A. Einleitung und Problemstellung

Im Zusammenhang mit den Strukturveränderungen im Bankgewerbe und vor allem seit dem Zusammenbruch der Spar- und Leihkasse Thun in der Schweiz und der BCCI in der Europäischen Union stellte sich die Frage der Einlagensicherung mit aktueller Bedeutung. Es ist kein Zufall, dass die beiden vorliegend hauptsächlich interessierenden Regelwerke, nämlich die Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über die Einlagensicherungssysteme¹ und die Vereinbarung vom 1. Juli 1993 über den Einleger-schutz bei zwangsvollstreckungsrechtlicher Liquidation einer Bank kurz nach diesen Zusammenbrüchen erlassen wurden. Die Erfahrungen mit der Spar- und Leihkasse Thun haben die Revision der in der Schweiz damals geltenden Konvention XVIII massgeblich beeinflusst.

Zur Einlagensicherung im weitesten Sinne kann man sämtliche Massnahmen rechnen, mit denen Geldeinlagen bei Kreditinstituten gegen Ausfallrisiken geschützt werden. Dazu gehören auch alle Massnahmen der Bankenaufsicht, die auf eine Vermeidung oder Begrenzung von Bankinsolvenzen ausgerichtet sind. Dazu sind z.B. eine professionelle, verantwortungsbewusste Geschäftspolitik jeder Bank, die gesetzlichen Bewilligungs- und Aufsichtsvorschriften, die Eigenmittel und Liquiditätsanforderungen, die Vorschriften zur Rechnungslegung und zur Organisation zu zählen. Diese Aspekte sollen hier ausgeklammert werden. Falls die präventive Aufsicht einen Insolvenzfall nicht verhindern kann, wird der Einleger indirekt über institutserhaltende oder direkt über einlegerschützende Massnahmen vor Vermögensverlusten geschützt (Einlagensicherung im engeren Sinne). Die Verpflichtungen von Banken gegenüber ihren Einlegern werden hier durch eine vollständige oder teilweise Haftungsübernahme von dritter Seite abgesichert. Ziel dieser Arbeit ist, diese Einlagensicherung, wie sie durch die Richtlinie 94/19/EG in Europa vorgegeben ist, mit der schweizerischen Rechtslage zu vergleichen.

¹ ABl. 1994 Nr. L 135/5

B. Die Richtlinie über Einlagensicherungssysteme

I. Historische Entwicklung

Die in der "Einheitlichen Europäischen Akte" von 1986 angepeilte Schaffung eines europäischen Binnenmarktes führte unter anderem dazu, dass die Kommission der Europäischen Gemeinschaft schon frühzeitig eine Harmonisierung der Einlagensicherungssysteme forderte. Dementsprechend erging im Jahre 1986 eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten, bis zum Jahre 1990 für die Errichtung von Einlagensicherungssystemen zu sorgen, die bestimmten Mindestanforderungen genügen sollten. Da die Kommission in ihrer Überprüfung im Jahre 1990 zum Ergebnis kam, dass diese Empfehlung von den Mitgliedstaaten nur unzureichend befolgt wurde - Portugal und Griechenland verfügten z.B. noch über keinerlei Konkursicherungseinrichtungen² -, legte sie im Jahre 1992 dem Rat einen Richtlinienentwurf zur Harmonisierung der Einlagensicherung vor³. Zur Begründung berief sie sich auf die Einführung des europäischen Binnenmarkts im Jahre 1993 und den sogenannten "Europäischen Pass"; dabei handelt es sich um das mit der 2. Bankenkoordinierungsrichtlinie⁴ eingeführte Heimatlandprinzip, das die Aufsicht über ein europaweit tätiges Kreditinstitut den Behörden jenes Landes zuordnet, die die Banklizenz vergeben haben.

Einen zusätzlichen Anstoss zur Harmonisierung der Einlagensicherung gab der Zusammenbruch der Bank of Commerce and Credit International (BCCI). Nach ihrem Zusammenbruch stellt sich die Frage, inwieweit die den Einlegern drohenden Milliardenverluste durch die nationalen Einlagensicherungseinrichtungen aufgefangen würden. Die Unterschiede der nationalen Regelungen und die daraus resultierenden Auseinandersetzungen um die Zuständigkeit der nationalen Einlagensicherungseinrichtungen machten deutlich, wie sehr es klarer Regelungen in bezug auf international agierende Banken bedurfte.

Vor diesem Hintergrund wurde am 30. Mai 1994 gestützt Art. 57 Abs. 2 EGV die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Einlagensicherungssysteme (94/19/EG)

² Hoeren, Einlagenschutz, S. 184.

³ Kreditwirtschaftlich wichtige Vorhaben der EU, S. 27.

⁴ Zweite Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/80/EWG vom 15. Dezember 1989 (89/646/EWG).

verabschiedet. Bei der Einlagensicherung handelt es sich um einen wichtigen Aspekt der Vollendung des Binnenmarktes und aufgrund der Solidarität, die sich unter den Kreditinstituten eines Finanzmarktes bei Zahlungsunfähigkeit eines Instituts schafft, eine unentbehrliche Ergänzung des Systems der Bankenaufsicht⁵. Die Richtlinie verfolgt eine doppelte Zielsetzung. Sie dient den Individualschutz und den Funktionsschutz. Bezweckt wird somit neben dem Schutz der Einleger aller Kreditinstitute auch die Aufrechterhaltung der Stabilität des Bankensystems⁶.

Im August 1994 hat Deutschland gegen die Richtlinie Klage vor dem Europäischen Gerichtshof erhoben. Die Klage wurde vom Europäischen Gerichtshof mit Urteil vom 13. Mai 1997 abgewiesen.

Die Richtlinie hätte bis am 15. Juli 1995 durch die Mitgliedstaaten in ihr nationales Recht umgesetzt werden müssen.

II. Der wesentliche Inhalt der Richtlinie 94/19/EG

1. Mindestharmonisierung

Die Richtlinie formuliert nur Mindestvorgaben. Die Mitgliedstaaten sind frei, weitergehende Systeme aufrechtzuerhalten. Die Richtlinie legt in ihren Erwägungen den Mitgliedstaaten sogar nahe, ihren Standart nicht auf das Mindestmass der Richtlinie hinunter zu schrauben (Abs. 17 der Begründungserwägungen).

2. Die Sicherungssysteme

a) Rechtsform

Im Hinblick auf die Rechtsform der einzelnen Einlagensicherungseinrichtungen verzichtet die Richtlinie auf eine einheitliche Regelung. Denn in den Mitgliedstaaten bestehen sowohl private, den Berufsverbänden unterstehende als auch gesetzlich reglementierte Systeme, die

⁵ Kümpel, S. 1361.

sich gleichermaßen bewährt haben. Daher sollen die einzelnen Mitgliedstaaten und Kreditinstitute ihre entsprechenden Organisationsformen des bestehenden Sicherungssystems beibehalten können⁷. Die Richtlinie geht aber von einem Vorrang öffentlichrechtlicher Sicherungssysteme aus⁸. Nach Art. 3 Abs. 1 sorgt jeder Mitgliedstaat in seinem Hoheitsgebiet für die Errichtung und amtliche Anerkennung eines oder mehrerer Einlagensicherungssysteme. Alle zugelassenen Kreditinstitute müssen grundsätzlich diesen Einrichtungen angehören (Art. 3 Abs. 1). Die Richtlinie statuiert somit eine Pflichtmitgliedschaft⁹.

b) Alternativen

Die Richtlinie sieht vor, dass Kreditinstitute von der Pflichtmitgliedschaft befreit werden können, wenn diese einem System mit Institutsicherung angeschlossen sind (Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1). Damit bleibt die Möglichkeit grundsätzlich bestehen, ein System der Institutsicherung einzurichten oder fortzuführen¹⁰. Die Befreiung erfolgt unter der Bedingung, dass das alternative Sicherungssystem im Zeitpunkt der Annahme der Richtlinie bereits bestand hatte und amtlich anerkannt ist. Voraussetzung ist auch, dass das Institutsicherungssystem dazu dient, eine "Nichtverfügbarwerden" der Einlagen zu vermeiden, und ihm die dazu erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen. Zudem darf sich der Schutz nicht aus einer von den Mitgliedstaaten oder von ihren Gebietskörperschaften den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten gewährten Garantie ableiten (Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 1 al. 1 - 4).

3. Der Einlagenbegriff

Die Richtlinie sieht eine sehr weitgehende, umfassende Sicherung aller Einlagen vor. Gemäss den Erwägungen sollen im Interesse des Verbraucherschutzes als auch der Stabilität der Finanzsysteme möglichst viele Einlagen erfasst werden. Nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie umfasst der Begriff der Einlage die Kontoguthaben aus "normalen Bankgeschäften" und urkundlich verbriefte Forderungen gegen das Kreditinstitut. Nicht gesichert sind gemäss Art. 2 Interbankeinlagen, die Eigenmittel und Einlagen, die im Zusammenhang mit Transaktionen gebildet wurden, aufgrund deren Personen in einem Strafverfahren wegen Geldwäsche ver-

⁶ Gutzwiller-Dietler, S. 94.

⁷ Grundmann, S. 78.

⁸ Weber, S. 105.

⁹ Brücker, S. 33. Grundmann, S. 24. Franke, S. 733.

¹⁰ Dreher, S. 1600.

urteilt worden sind. Einzelne Einleger oder Einlegergruppen, die aufgrund ihrer Beziehung zu einem Kreditinstitut oder aufgrund eines speziellen Wissen unter Umständen einen Informationsvorsprung haben, können - gemäss einer abschliessenden Aufzählung im Anhang I der Richtlinie - von der Sicherung ausgeschlossen werden (Art. 7 Abs. 2). Zudem können durch das nationale Recht von der Sicherung ausgeschlossen werden: Schuldverschreibungen eines Kreditinstitutes, nicht auf einen Namen lautende Einlagen sowie Einlagen, für die ein Einleger auf individueller Basis Zinssätze und finanzielle Vorteile erhalten hat, die zu einer Verschlechterung der finanziellen Situation des betreffenden Kreditinstitutes beigetragen haben (Art. 7 Abs. 2 und Anhang I). Die Richtlinie lässt weiter auch den Ausschluss von Einlagen in anderen Währungen als der Landeswährung des betreffenden Mitgliedstaates oder ECU zu (Anhang I Ziffer 13).

4. Der Einleger

Die Richtlinie enthält keine eigentliche Einlegerdefinition. Geschützt sind daher grundsätzlich alle Einlagen natürlicher und juristischer Personen¹¹.

Besitzt ein Einleger mehrere Konten bei demselben Kreditinstitut, so sind sämtliche Konten zusammen nur bis zum Mindestbetrag abgesichert, unabhängig von der Währung und der Belegenheit der Einlagen in der Gemeinschaft (Art. 8 Abs. 1).

5. Finanzierung

Die Einzelheiten der Finanzierung der einzelstaatlichen Einlagensicherungssysteme sind nicht harmonisiert worden. Nach Ansicht des Ministerrates ist eine Harmonisierung insoweit "nicht unbedingt" erforderlich¹². Die Regelung der Finanzierung bleibt somit den Mitgliedstaaten vorbehalten. Die Richtlinie sieht in den Erwägungen lediglich vor, dass die Sicherungssysteme vom betroffenen Bankensektor selbst und nicht etwa durch den Staat zu finanzieren sind. Die Finanzierungskapazität der Systeme muss in einem angemessenen Verhältnis zu den ihnen unterliegenden Verbindlichkeiten stehen¹³.

¹¹ Gutzwiller-Dietler, S. 98 m.w.H..

¹² Ebke, S. 3.

¹³ Bodmer/Kleiner/Lutz, N 21 zu EU-Erlasse im Bankenrecht.

6. Ausschluss

Kommt ein Kreditinstitut seinen Verpflichtungen gegenüber der Sicherungseinrichtung nicht nach, wird die Aufsichtsbehörde, welche die Zulassung erteilt hat, in Kenntnis gesetzt. Sie ergreift zusammen mit der Leitung des Sicherungssystems die geeigneten Massnahmen oder Sanktionen (Art. 3 Abs. 2). Kann durch die Massnahme nicht sichergestellt werden, dass das Kreditinstitut seinen Verpflichtungen nachlebt, kann das Einlagensicherungssystem, sofern es das einzelstaatliche Recht zulässt und die zuständigen Behörden ihre Zustimmung dazu erteilt haben, dem Kreditinstitut die Mitgliedschaft im System unter Einhaltung einer zwölfmonatigen Frist künden. Hat das Kreditinstitut nach Ablauf der Kündigungsfrist seine Verpflichtungen immer noch nicht erfüllt, kann es mit Zustimmung der zuständigen Behörde aus dem System ausgeschlossen werden (Art. 3 Abs. 3).

7. Information

Die Kreditinstitute müssen die Anleger über den wesentlichen Inhalt des Einlagensicherungssystems informieren. Dazu gehören die Bestimmungen des Einlagensicherungssystems einschliesslich der Höhe und des Umfangs der gebotenen Deckung (Art. 9 Abs. 1). Gleichzeitig erlaubt die Richtlinie den Mitgliedstaaten jedoch, die Werbung mit den Einlagensicherungssystemen zu beschränken, damit die Stabilität des Bankensystems und das Vertrauen der Einleger nicht durch übermässig aggressive Werbemethoden beeinträchtigt wird (Art. 9 Abs. 3).

8. Herkunftslandprinzip

Die Richtlinie enthält ausführliche Regelungen zur Mitwirkung ausländischer Banken. Tochtergesellschaften unterstehen als selbständige Unternehmen der Aufsicht im Tätigkeitsstaat. Für Zweigniederlassungen von Banken aus anderen Mitgliedstaaten gilt das Herkunftslandprinzip, d.h. die Sicherung aller Einlagen wird ausschliesslich vom Sicherungssystem am Hauptsitz des Kreditinstituts übernommen (Art. 4 Abs. 1). Insofern laufen Bankenaufsicht und Einlagensicherung synchron. Die harmonisierte Mindestdeckung der Sicherung kann in ein und demselben Mitgliedstaat zu unterschiedlich hohen Entschädigungen und zu unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen für inländische Institute einerseits und Zweigstellen von In-

stituten aus einem anderen Mitgliedstaat andererseits führen. Um dem abzuhelpen, müssen die Mitgliedstaaten vorsehen, dass sich Zweigstellen freiwillig an einem amtlich anerkannten Einlagensicherungssystem im Aufnahmestaat anschliessen können (sogenanntes "topping up") (Art. 4 Abs. 2).

Auf der anderen Seite normiert die Vorschrift, dass Höhe und Umfang der Deckung für Zweigstellen den Höchstbetrag und -umfang der ansonsten im Aufnahmestaat geltenden Deckungssumme bis zum 31. Dezember 1999 nicht überschreiten dürfe (Verbot des "Exports" der eigenen nationalen Standards über Zweigniederlassungen ins Ausland). Vor Ablauf dieser Frist hat die Kommission einen Bericht zu erstellen und zu prüfen, ob die einschränkende Regelung weiterhin erforderlich ist. Das Exportverbot soll verhindern, dass die Einlagensicherung zu einem Instrument des Wettbewerbs wird und Störungen des Marktes verursacht¹⁴.

9. Zweigniederlassungen von Instituten mit Hauptsitz ausserhalb der Gemeinschaft

Der Anschlusszwang erstreckt sich nicht zwingend auf Zweigniederlassungen von Kreditinstituten mit Hauptsitz in einem Drittlandstaat¹⁵. Dennoch können die Mitgliedstaaten verlangen, dass sich Zweigniederlassungen mit Hauptsitz in einem Drittlandstaat einem System im Mitgliedstaat anschliessen, sofern den Einlegern der Zweigniederlassung nicht mindestens eine gleichwertige, wie die im Mitgliedstaat geltende Deckung, angeboten werden kann (Art. 6 Abs. 1).

10. Der Sicherungsfall

Die Entschädigung ist zu bezahlen, wenn "Einlagen nicht verfügbar sind" (Art. 7 Abs. 1). Nicht verfügbar ist die Einlage, wenn sie zwar fällig und von einem Kreditinstitut zu zahlen ist, jedoch nicht bezahlt wird (Art. 1 Ziffer 3). Die Zahlungseinstellung braucht nicht in einem formellen Insolvenzverfahren festgestellt zu werden¹⁶. Es bedarf dazu lediglich der behördlichen Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, die spätestens nach 21 Tagen ab erstmaliger

¹⁴ Franke, S. 734.

¹⁵ Gutzwiller-Dietler, S. 109.

¹⁶ Gutzwiller-Dietler, S. 95.

Feststellung der Zahlungseinstellung zu erfolgen hat. Ersatzweise reicht auch eine vorher ergangene gerichtliche Entscheidung, die ein Ruhen der Forderungen der Einleger gegen das Institut bewirkt (Art. 1 Ziffer 3). Die Definition ist sehr weitreichend. Umfasst ist damit nicht nur der Fall des Konkurses eines Kreditinstituts. Vielmehr fällt hierunter auch der Umstand, dass eine Drittlandbank alle Gelder aus ihrer europäischen Zweigstelle abzieht. Weiter fallen damit sämtliche Versuche zur Sanierung eines Kreditinstituts über mehrtägige Zahlungsaufschübe unter die Sicherungsfälle¹⁷.

11. Umfang der Sicherung

a) Höhe

Die Richtlinie sieht eine Entschädigung von 20000 ECU pro Einleger vor (Art. 7 Abs. 1). Allerdings verbleibt den Mitgliedstaaten eine Frist bis zum 31. Dezember 1999, um an einer bereits bestehenden Deckung von minimal 15000 ECU vorläufig festzuhalten. Eine Erhöhung bis hin zur Entschädigung in voller Höhe ist zulässig (Art. 7 Abs. 3).

Die Richtlinie enthält eine Revisionsklausel. Die Sicherungsgrenze kann nach Ablauf von fünf Jahren an geänderte Verhältnisse angepasst werden (Art. 7 Abs. 5). Die erste Anpassung wird frühestens im Jahre 2005 stattfinden (Art. 7 Abs. 5 i.V.m. Art. 7 Abs. 1, Unterabsatz 2).

Die Sicherungsgrenze kann auch als Prozentsatz der Gesamtheit der gesicherten Einlagen festgesetzt werden. Dabei ist es möglich, einen Selbstbehalt einzuführen. Bei Einlagen bis 20000 ECU darf der Selbstbehalt jedoch nicht mehr als 10 % betragen (Art. 7 Abs. 4). Für Einlagen im Wert von 20000 ECU müssen somit mindestens 18000 ECU ausbezahlt werden¹⁸.

b) Auszahlungsfrist

Die Entschädigungen sind binnen drei Monaten ab dem Zeitpunkt auszuführen, ab dem die Behörde die Zahlungsunfähigkeit festgestellt oder das Gericht Sicherungsmassnahmen ge-

¹⁷ Hoeren, Einlegerschutz, S. 186.

¹⁸ Gutzwiller-Dietler, S. 101.

troffen hat (Art. 10 Abs. 1). Bei in jeder Hinsicht aussergewöhnlichen Umständen und in besonderen Fällen können maximal zwei weitere Verlängerung von jeweils höchstens drei Monaten durch die zuständigen Behörden gewährt werden (Art. 10 Abs. 2). Die angeordneten Fristen gelten zugunsten der Einleger. Eine zeitliche Begrenzung für die Geltendmachung der Rechte der Einleger ist nicht vorgesehen (Art. 10 Abs. 3)¹⁹.

c) Anspruch auf Entschädigung?

Die Richtlinie sieht ein "Recht auf Sicherung" und "einen Anspruch auf Entschädigung aus der Einlagensicherung" vor (Art. 10 Abs. 3). Art. 7 Abs. 6 verankert den Mitgliedstaaten die Pflicht, dem Einleger "hinsichtlich seines Entschädigungsanspruchs" die Möglichkeit eines Abhilfeersuchens gegen das Sicherungssystem zu eröffnen. Es liegt die Vermutung nahe, dass die Richtlinie von der Existenz eines Entschädigungsanspruches ausgeht²⁰.

Verfolgt man die diesbezügliche Entwicklung der Richtlinie, so könnte man zu einem gegenteiligen Schluss gelangen. Der Richtlinienentwurf der Kommission sah - anders als die Empfehlung von 1986 - expressiv verbis keinen Rechtsanspruch des Einlegers auf Entschädigung vor²¹. Das Europäische Parlament hatte aber bereits in seiner ersten Lesung beantragt, Art. 4 des geänderten Richtlinienentwurfes einen neuen Abs. 4a aufzunehmen, woraus die Mitgliedstaaten verpflichtet worden wären, einen von den Einlegern gerichtlich durchsetzbaren "Direktanspruch" einzuführen. Die Kommission trat indessen auf den Änderungsantrag des Europäischen Parlaments nicht ein und begründete ihren Entscheid damit, die praktische Tragweite eines Direktanspruches auf Gemeinschaftsebene sei ohnehin dadurch begrenzt, dass die Einleger der Zweigniederlassungen den Anspruch in einem anderen Mitgliedstaat geltend machen müssten. Das Europäische Parlament schlug in seiner zweiten Lesung erneut vor, den Einlegern die Möglichkeit einer direkten Klage gegen das Einlagensicherungssystem einzuräumen. Die Kommission blieb indes bei ihrer anfänglich ablehnenden Haltung. Erst der gemeinsame Entwurf des Vermittlungsausschusses schlug vor, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, den Einlegern eine Möglichkeit einzuräumen, hinsichtlich ihrer Entschädigungsansprüche mit einem "Abhilfeersuchen gegen das Einlagensicherungssystem vorzugehen". Diese Formulierung ist als Kompromissvorschlag in den

¹⁹ Gutzwiller-Dietler, S. 96.

²⁰ Hoeren, Einlagensicherung, S. 752 m.w.H.; Gutzwiller-Dietler, S. 103; Brücker, S. 39; Franke S. 734.

²¹ Hoeren, Einlagenschutz, S. 185.

Richtlinientext eingegangen²². Es fällt dabei auf, dass nicht mehr von einer direkten Klage, wie dies das Parlament gefordert hatte, gesprochen wird, sondern lediglich von einem unbestimmten Abhilfeersuchen. Das Parlament hat sich mit seiner Forderung nach einem klagbaren Anspruch gegen den Rat nicht durchsetzen können²³. Daraus könnte man ableiten, dass es sich hier um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers handelt und er einen direkten, vor einem Gericht durchsetzbaren Anspruch des Einlegers gegen das Einlagensicherungssystem ausschliessen wollte und dem Einleger nur noch Handlungsmöglichkeiten, die unterhalb der Schwelle einer gerichtlichen Geltendmachung liegen, wie etwa ein Widererwägungsgesuch an die betroffene Stelle, einräumen wollte. Interessant in diesem Zusammenhang ist die Haltung des Bundesverband deutscher Banken. Im März 1995 ging dieser davon aus, dass der Begriff "Abhilfeersuchen" wohl die Gewährung eines Rechtsanspruches impliziere und man diskutierte, ob anlässlich der nächsten Statutenrevision des deutschen Einlagensicherungsfonds ein Rechtsanspruch auf Auszahlung verankert werden soll²⁴. Anlässlich der Statutenrevision war der Bundesverband offenbar davon abgekommen. § 6 Ziffer 10 des Status des Einlagensicherungsfonds vom Januar 1998 hält immer noch fest, dass ein Rechtsanspruch auf ein Eingreifen oder auf Leistung des Einlagensicherungsfonds nicht besteht.

Die Bundesregierung hat kürzlich den Regierungsentwurf eines Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes vorgelegt²⁵. Dieser Gesetzesentwurf dient der Umsetzung der Einlagensicherungs- und der Anlegerentschädigungsrichtlinie. Die Umsetzung in das deutsche Recht orientiert sich gemäss Lit. A, IV an den Mindeststandarts der Richtlinien. Nach § 3 des Entwurfes hat der Gläubiger eines Instituts im Entschädigungsfall gegen die Entschädigungseinrichtung, der das Institut zugeordnet ist, einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf Entschädigung. Daraus lässt sich schliessen, dass die Bundesregierung davon ausgeht, dass die Richtlinie selbst einen solche direkten Anspruch vorsieht, ansonsten sie über ihr Umsetzungsziel, die Orientierung an den Mindeststandarts, hinausgegangen wäre. Der Bundesverband Deutscher Banken hat sich in seiner Stellungnahme nicht gegen einen klagbaren Anspruch ausgesprochen²⁶.

Ich persönlich bin der Ansicht, dass die Richtlinie selbst einen direkten, klagbaren Anspruch des Einlegers gegen die Sicherungseinrichtung vorsieht. Dies ergibt sich bereits aus der

²² Gutzwiller-Dietler, S, 103 m.w.H.

²³ Bunte, § 25 Rz. 6; Schöner, S. 150.

²⁴ Gutzwiller-Dietler, S. 104.

²⁵ Regierungsentwurf, S. 200

²⁶ Regierungsentwurf, S. 212.

Zielsetzung der Richtlinie. Der Schutz des Konsumenten ist nur ein halbherziger, wenn ihm keine Mittel zur Durchsetzung seiner Rechte in die Hand gegeben werden. Hinzu kommt, dass die Kreditinstitute den Einleger u.a. über die Höhe und den Umfang der von dem Sicherungssystem gebotenen Deckung unterrichten müssen. Mit dem Hinweis auf diese Sicherung wird die Erwartung des Konsumenten, seine Einlagen seien gegen eine Bankinsolvenz geschützt, ausdrücklich bestätigt. Der Konsument darf deshalb auf eine angemessene Sicherung seiner Einlagen vertrauen und muss dieses Vertrauen, falls es enttäuscht wird, auch gerichtlich durchsetzen können.

12. Nichtigkeitsklage der Bundesrepublik Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof

Die Bundesregierung hatte sich im Verfahren gemäss Art. 153 EGV insbesondere dagegen gewandt, dass es der deutschen Kreditwirtschaft nach der RL über Einlagensicherungssysteme verboten ist, ihren hohen Einlegerschutz im Zuge des Betriebs von Zweigstellen ins Ausland zu exportieren (jedenfalls für eine Übergangszeit) und gegen die Pflichtmitgliedschaft in einem Schutzsystem²⁷. Dies sei mit den neu eingeführten Vorschriften zur Sicherstellung eines hohen Verbraucherschutzniveaus unvereinbar. Der EuGH²⁸ stellte dazu fest, dass der Verbraucherschutz zwar eines der Ziele der Gemeinschaft, offenkundig aber nicht ihr einziges Ziel sei, sondern auch Niederlassungsfreiheit und freier Dienstleistungsverkehr im Bankensektor. Der Vertrag enthalte keine Bestimmung, die den Gemeinschaftsgesetzgeber dazu verpflichte, das höchste, in einem bestimmten Mitgliedstaat bestehende Schutzniveau festzuschreiben. Um des Gesamtziels der Richtlinie willen, sei sogar eine Senkung des existierenden Schutzniveaus hinzunehmen. Auch die weiteren Rügen der Bundesrepublik Deutschland, die Wahl einer fehlerhaften Rechtsgundlage und Verstoss gegen die Begründungspflicht hinsichtlich de Subsidiaritätsprinzips; Vereinbarkeit des "Exportverbotes" mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip, fanden vor dem Gerichtshof kein Gehör.

Die Einwände, die die Bundesrepublik Deutschland gegen das "topping up" und das "Exportverbot" erhoben hatte, sind für mich verständlich. Das "Exportverbot" ist nur schwer mit dem Konzept des Binnenmarktes in Einklang zu bringen. Aus Gründen des Wettbewerbs ist zu

²⁷ Buschle, S. 274.

²⁸ EuGH Rs C-233/94 (Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union).

hoffen, dass die Wirkung des "Exportverbotes" zeitlich beschränkt bleibt und durch die Kommission aufgehoben wird.

C. Rechtslage in der Schweiz

I. Einleitung

Der Einlegerschutz im engeren Sinne für Bankgläubiger in der Schweiz beruht auf zwei Pfeilern. Der erste bildet das konkursrechtliche Privileg, das im SchKG bzw. im Bankengesetz geregelt ist. Dieses wird ergänzt durch die Bankenstundung, den Fälligkeitsaufschub und die Staatsgarantie der Kantonalbanken. Den zweiten Pfeiler bildet die privatrechtliche Vereinbarung vom 1. Juli 1993 über den Einlegerschutz bei zwangsvollstreckungsrechtlicher Liquidation einer Bank. Auf diese beiden Pfeiler ist nachfolgend kurz einzugehen.

II. Die Bankenstundung

Das Stundungsverfahren nach Art. 29 ff. BaG ist eine besondere Massnahme des BaG zum Schutze illiquider Banken. Dieses Verfahren gewährt einer zahlungsunfähigen, aber nicht überschuldeten Bank für die Dauer der Stundung einen Betreuungsschutz, um die für die Überwindung der Krise notwendigen Massnahmen unbehindert von drängenden und unruhigen Gläubigern durchführen zu können²⁹. Unter dem Aspekt des Einlegerschutzes ist Art. 32 Abs. 2 BaG einschlägig. Gemäss diesem Artikel erhalten alle Einleger unmittelbar aus der Liquiditätsmasse rasch Liquidität, ohne dass eine Zwischenfinanzierung durch andere Banken erforderlich wäre. Nicht nur die privilegierten, sondern alle fälligen Guthaben können bedient werden, und zwar bis zur Hälfte der Beträge, für die nach der Vermögensfeststellung des Kommissärs Deckung vorhanden ist³⁰.

III. Fälligkeitsaufschub

Banken, die andauernden übermässigen Mittelabzügen ausgesetzt sind, können beim Bundesrat um Fälligkeitsaufschub nachsuchen (Art. 25 Abs. 1 BaG). Der Fälligkeitsaufschub ist

²⁹ Bodmer/Kleiner/Lutz, N 1 zu Art. 29 - 35

³⁰ Hardmeier, S. 109.

ein Hilfsmittel zum Schutze wirtschaftlich gesunder Banken vor drohender Illiquidität, verursacht durch andauernde, übermässige Geldabhebungen misstrauischer Gläubiger³¹. Durch den Fälligkeitsaufschub wird die Fälligkeit der von der Bewilligung des Aufschubes erfassten Verbindlichkeiten hinausgeschoben. Damit soll verhindert werden, dass von einem Krisenherd aus die Schwierigkeiten sich schneeballartig auf eine Region oder das ganze Land ausbreiten und letztlich zu einem Kollaps der Bankwirtschaft schlechthin führen³². Der Aufschub kann sich grundsätzlich auf sämtliche oder auch nur auf einen Teil der Bankverbindlichkeiten erstrecken. Er endet, wenn eine Bank wieder in der Lage ist, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen oder wenn er vom Bundesrat widerrufen wird. Stellt sich heraus, dass die Bank illiquide ist, kann Bankenstundung angeordnet werden. Bei Ueberschuldung hat - abgesehen von einer aussergerichtlichen Sanierung - ein Nachlass- oder Konkursverfahren stattzufinden.

Der Fälligkeitsaufschub hat eine Bedeutung als "Verteidigungsmassnahme der zweiten Linie" bei einer landesweiten Liquiditätskrise, wenn vorgängig Stützungsoperationen der Schweizerischen Nationalbank oder des Bankensystems (z.B. Standby-Kredite, Unternehmensübernahmen) nur wenig wirksam wären. Dies etwa bei ein Run auf die Kassen einer Vielzahl von Banken³³.

IV. Kantonalbanken

Eines der Merkmale der Kantonalbanken ist die sogenannte Staatsgarantie. Dies bedeutet, dass die Kantone für die Verbindlichkeiten ihrer Banken haften³⁴. Rechtlich ist das Instrument der Staatsgarantie wenig erforscht. Staatsgarantie bedeutet wohl, dass die Gläubiger "am Ende" nicht zu Verlust kommen dürfen. Offen ist, ob die Staatsgarantie die stetige Zahlungsbereitschaft der Bank aufrechterhalten will, oder ob sie nur im Liquidationsfall zum Tragen kommt. Solange es aber nicht zur Liquidation kommt, kommt der Staatsgarantie die Wirkung einer Institutsgarantie zu. Im Liquidationsfall wirkt die Staatsgarantie subsidiär, indem der jeweilige Kanton den Gläubigern seiner Bank ihren Ausfall decken muss, ohne aber diesen Gläubigern einen direkten Anspruch gegenüber dem Kanton zuzugestehen³⁵.

³¹ Bodmer / Kleiner / Lutz, N 1 zu Art. 25 - 28.

³² Lutz, S. 252.

³³ Bodmer / Kleiner / Lutz, N 2a zu Art. 25 - 18.

³⁴ Höltschi, S. 8.

³⁵ Höltschi, S. 11 m.w.H..

V. Das konkursrechtliche Privileg

Das konkursrechtliche Privileg ist in Art. 37a BaG geregelt.

1. Privilegierte Anlageinstrumente

Nach Art. 37a Abs. 2 Ziffer 2 BaG kommen in den Genuss des Einlageprivilegs die auf den Namen lautenden Spar-, Depositen und Anlagemedien (Anlagehefte, -konten, Kassenobligationen) in verbriefter und unverbriefter Form. Lauten diese Titel auf den Inhaber, so kann für sie das Konkursprivileg nur geltend gemacht werden, wenn der Nachweis erbracht wird, dass sie vor dem Schalterschluss im Besitz des betreffenden Gläubigers waren (Art. 37a Abs. 3 BaG).

Weiter sind die Forderungen aus Konten, auf die regelmässig arbeits- oder familienrechtliche Leistungen (Erwerbseinkommen, Renten und Pensionen von Arbeitnehmern, Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge) überwiesen werden, erfasst (Art. 37a Abs. 2 Ziffer 1 BaG). Im Vordergrund stehen bei dieser Kategorie die Forderungen aus Kontokorrentverhältnissen³⁶. Anders als bei den Spareinlagen ist hier nicht die Bezeichnung des Kontos, sondern dessen faktische Verwendung entscheidend³⁷. Theoretisch würden für Inhaberkonten die selben beweisrechtlichen Einschränkungen des Art. 37a Abs. 3 BaG gelten. In der Schweiz werden jedoch auf den Inhaber lautende Konti nicht angeboten³⁸.

Andere Banken können das Konkursprivileg nicht beanspruchen (Art. 37a Abs. 2 Ziffer 2 am Ende). Ausländische Gläubiger sind davon ausgeschlossen, wenn sie in der Schweiz dem Bankengesetz unterstellt werden müssten³⁹.

2. Der privilegierte Betrag

Privilegiert werden Forderungen bis zu einem Höchstbetrag von Fr. 30'000.-- je Gläubiger (Art. 37a Abs. 2 BaG). Nach Art. 37a Abs. 5 BaG kann der Bundesrat den Höchstbetrag den

³⁶ Bodmer/Kleiner/Lutz, N 9 zu Art. 37a

³⁷ Gutzwiller-Dietler, S. 22.

³⁸ Bodmer/Kleiner/Lutz, N 9 zu Art. 37a.

veränderten Geldverhältnissen anpassen. Das Privileg ist auf den gesetzlichen Höchstbetrag begrenzt, selbst wenn der Gläubiger mehrere privilegierte Forderungen gegen die Bank besitzt, die ihn zusammen übersteigen, oder wenn dieselbe Forderung mehreren Personen zu steht (Art. 37a Abs. 4. BaG)⁴⁰.

3. Die begünstigten Gläubiger

Obwohl die Vorschrift von Art. 37a BaG den Schutz der Kleingläubiger bezweckt, kommen unter Vorbehalt von Abs. 2 Ziffer 2 alle Gläubiger der begünstigten Einlagekategorie ohne Rücksicht auf deren Bedürftigkeit in den Genuss des Privilegs. Es kommt allen natürlichen Personen zugute, also auch den Selbständigerwerbenden⁴¹. Eine Unterscheidung nach dem finanziellen Status der Einleger wäre nicht praktikabel. Geschützt sind neben natürlichen auch juristische Personen, neben Inländer auch Ausländer⁴².

4. Die Ausgestaltung der Privilegierung

Das Privileg kommt im Konkurs und im Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich) einer Bank zum Tragen (Art. 37a BaG). Nicht möglich ist somit die Anwendung des Privilegs auf den Prozent- und Stundungsvergleich⁴³. Wohl aber bleibt die Sicherstellung und privilegierte Bedienung dieser Guthaben auch bei Prozent- und Stundungsvergleich Voraussetzung der richterlichen Genehmigung nach Art. 306 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG⁴⁴.

Die im Bankengesetz begründete Privilegierung der Sparer wird derart bewerkstelligt, dass zwischen die zweite und dritte Klasse von Art. 219 SchKG eine Zwischenklasse eingeschoben wird. Damit werden de facto die Konkursklassen auf vier erhöht, wobei die vom Bankengesetz privilegierten Einleger die letzte Kategorie vor den Kurrentgläubigern bilden⁴⁵.

³⁹ Bodmer/Kleiner/Lutz, N 10 zu Art. 37a.

⁴⁰ Amonn/Gasser, § 42, Rz 86.

⁴¹ Amonn/Gasser, § 42, Rz 86.

⁴² Bodmer/Kleiner/Lutz, N 7 zu Art. 37a m.w.H..

⁴³ Bodmer/Kleiner/Lutz, N 3 zu Art. 37a.

⁴⁴ Winzeler, S. 61.

⁴⁵ Bodmer/Kleiner/Lutz, N 5 zu Art. 37a.

5. Die Verfügbarkeit der privilegierten Guthaben

Die Privilegierung erlaubt den Gläubigern noch keinen unverzüglichen Zugriff auf ihre Guthaben. Bezüge können nur im Rahmen der Abwicklung des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens getätigt werden, und zwar nach dem Wortlaut von Gesetz und Verordnung frühestens bei einer ersten provisorischen Verteilung von Massavermögen nach Rechtskraft des Kollokationsplanes (Art. 266 SchKG, Art. 38 VNB). In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, dass unter strengen Bedingungen bereits vorher durch das Nachlassgericht bewilligte Abschlagszahlungen nicht auszuschliessen sind⁴⁶. Doch so oder so wird eine Auszahlung solange nicht in Frage kommen, als die Vermögenslage eines Instituts nicht sorgfältig geklärt worden ist, was selbst in einfachen Fällen erst nach Monaten, bei komplizierten Verhältnissen nach Jahren zutreffen wird. Für Gläubiger, die ihre Guthaben für die laufende Deckung ihrer finanziellen Verpflichtungen dringend benötigen, sind somit Liquiditätsschwierigkeiten vorprogrammiert. Privilegierte Guthaben, denen im Zeitpunkt einer provisorischen Verteilung nicht fällige Gegenforderungen einer Bank (z.B. Festhypotheken) gegenüberstehen, können nicht nach Art. 120 OR verrechnet werden⁴⁷.

Der Bankenstundung, dem Fälligkeitsaufschub, der Nachlassstundung und dem Konkurs ist gemeinsam, dass eine sofortige Auszahlung der Einlagen nicht gewährleistet ist. Auszahlungen können aus wirtschaftlichen Gründen mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht sofort und bei den Sanierungsmassnahmen unter Umständen während der Dauer der Massnahme gar nicht oder nicht in vollem Umfange geleistet werden. Mit der Vereinbarung der Schweizerischen Bankiervereinigung über den Einlegerschutz bei zwangsvollstreckungsrechtlicher Liquidation einer Bank soll in erster Linie die Wartefrist, die Gläubigern einer Bank, und damit auch den privilegierten Gläubigern bis zur ersten Abschlagszahlung im Konkurs- oder Nachlassverfahren auferlegt ist, verkürzt und damit möglichen Liquiditätsproblemen der Bankkunden begegnet werden⁴⁸. Auf diese Vereinbarung ist nachfolgend näher einzugehen.

⁴⁶ Bodmer/Kleiner/Lutz, N 17a zu Art. 36 - 37.

⁴⁷ Bodmer/Kleiner/Lutz, N 13 u. 14 zu Art. 37a.

⁴⁸ Bodmer/Kleiner/Lutz, N 16 zu Art. 37a.

VI. Die Vereinbarung der Schweizerischen Bankiervereinigung über den Einlegerschutz bei zwangsvollstreckungsrechtlicher Liquidation einer Bank

1. Historische Entwicklung

Die schweizerische Diskussion über die Einführung eines Einlagensicherungssystems, beziehungsweise einer Einlagenversicherung wurde in den siebziger Jahren ausgelöst. Ausschlaggebend waren die Vorfälle der SKA-Filiale in Chiasso, die Bankenzusammenbrüche der zürcherischen Metro Bank AG und der Profinanz AG, der Finabank in Genf und nicht zuletzt der Zusammenbruch des deutschen Bankhauses Herstatt. Durch diverse parlamentarische Vorstösse veranlasst, nahm der Bundesrat die Einführung einer Einlagenversicherung in den Vorentwurf zur Totalrevision des Bankengesetzes vom August 1982 auf. Die Volksinitiative gegen den "Missbrauch des Bankgeheimnisses und der Bankenmacht" (Bankeninitiative) vom 14. September 1978 forderte ebenfalls die Einführung einer Einlagenversicherung. Die Banken-Initiative wurde am 20. Mai 1984 von Volk und Ständen abgelehnt und der Bundesrat hat später auf die Totalrevision des Bankengesetzes verzichtet⁴⁹.

Mit dem Ziel den Einlegerschutz zu verbessern und möglicherweise auch um der Einführung einer gesetzlichen Einlagenversicherung vorzubeugen, führte die Schweizerische Bankiervereinigung am 1. Mai 1984 die "Konvention XVIII betreffend die Auszahlung von Spareinlagen und Gehaltskontoguthaben bei Zwangsliquidation einer Bank" ein. Als sich nach dem Zusammenbruch der Spar- und Leihkasse Thun zeigte, dass die Konvention XVIII die von der Öffentlichkeit gehegten Hoffnungen nicht erfüllen konnte, riefen kritische Stimmen nach der Schliessung der Lücken der Konvention. In der Folge forderte der Bundesrat die Bankiervereinigung dazu auf, die Konvention XVII zu revidieren⁵⁰. An die Stelle der Konvention XVIII trat dann am 1. Juli 1993 die neue Vereinbarung über den Einlegerschutz bei zwangsvollstreckungsrechtlicher Liquidation einer Bank⁵¹. Auf dem Inhalt dieser Vereinbarung gehe ich nachfolgend näher ein.

⁴⁹ Gutzwiller-Dietler, S. 5.

⁵⁰ Gutzwiller-Dietler, S. 29.

⁵¹ Gutzwiller-Dietler, S. 17.

2. Der wesentliche Inhalt der Vereinbarung vom 1. Juli 1993 über den Einlegerschutz bei zwangsvollstreckungsrechtlicher Liquidation einer Bank

a) Der Tatbestand

Der Tatbestand ist in Art. 1 umschrieben mit "Nachlassstundung oder Konkurs einer Unterzeichnerbank". Die Bevorschussung erfolgt allerdings erst dann, wenn die Nachlassstundung bzw. die Konkurseröffnung vom zuständigen Gericht angeordnet wurde und durch kein Rechtsmittel mehr angefochten werden kann. Strittig ist, ob im Nachlassverfahren schon der Stundungsentscheid, also nicht erst die Genehmigung des Nachlassvertrages zur Anwendbarkeit der Vereinbarung führt. Winzeler bejaht dies gestützt auf den Wortlaut der alten Konvention XVIII⁵². Auch nach Zulauf stellt die rechtskräftige Gewährung der Nachlassstundung über eine Unterzeichnerbank das auslösende Ereignis dar⁵³. Lutz und Balsinger gehen ohne nähere Begründung davon aus, dass ein Nachlassvertrag die Voraussetzung für die Konvention sei⁵⁴. M.E. ist die Ansicht von Winzeler zutreffend. Im Ingress der Vereinbarung wird die Nachlassstundung erwähnt. Nach Rz. 2 der Vereinbarung erfolgt die Bevorschussung nur und erst, wenn die Nachlassstundung vom zuständigen Gericht angeordnet wurde und rechtskräftig ist. Nach dem Wortlaut des Ingresses und der Rz. 2 ist somit die Nachlassstundung und nicht der Nachlassvertrag das auslösende Element. Ziel der Vereinbarung ist die rasche Befriedigung der privilegierten Gläubiger. Ein Zuwarten mit der Auszahlung bis zum Nachlassvertrag würde diesem Ziel widersprechen. Zwar bedeutet die Gewährung der Nachlassstundung theoretisch noch die die Liquidation. Rechtlich möglich bleibt auch die Sanierung der Bank mittels Prozent- oder Stundungsvergleich. Die Sanierung einer Bank auf Kosten ihrer Gläubiger erscheint mir jedoch undenkbar, so die Nachlassstundung wohl immer durch einen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abgeschlossen wird.

Die bankengesetzlichen Anordnungen des Bewilligungsentzuges, des Fälligkeitsaufschubes oder der Bankenstundung sind als Anwendungsfälle ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 1 Rz 3).

⁵² Winzeler, S. 62.

⁵³ Zulauf, S. 88.

⁵⁴ Bodmer / Kleiner / Lutz, N 2 zu Art. 29 - 35.

b) Die beteiligten Banken

Die Konvention präsentiert sich als privatrechtlich, vertragliche Vereinbarung zwischen den unterzeichneten Banken. Die Unterzeichnung der Konvention kann nicht erzwungen werden. Allerdings hat die Bankiervereinigung ihre Aufnahmepraxis ab 1994 für neu in die Vereinigung eintretende Mitglieder insofern abgeändert, als sie den Aufnahmeentscheid von der Unterzeichnung der Vereinbarung abhängig gemacht hat⁵⁵. Die Vereinbarung ist entsprechend nur anwendbar bei der Zwangsliquidation einer Bank, die sie unterschrieben hat. Der Passus der Konvention XVIII, wonach auch Einleger von nicht Konventionsbanken bevorschusst werden konnten⁵⁶, wurde nicht in die Vereinbarung übernommen. Unterzeichnen können die Vereinbarung sämtliche Banken, also nicht nur diejenigen, die Mitglieder der Bankiervereinigung sind⁵⁷. Unterzeichnet haben die Vereinbarung fast alle Banken in der Schweiz. Sogar die Kantonalbanken machen mit. Dies ist nicht selbstverständlich. Solange die institutserhaltende Staatsgarantie für Kantonalbanken besteht, können nämlich deren Einleger gar nicht in die Lage kommen, von der Vereinbarung zu profitieren⁵⁸. Immerhin ist es aber auch bei Kantonalbanken möglich, dass über sie der Konkurs eröffnet, oder eine Nachlassstundung gewährt wird, da die Regeln des SchKGs auch auf die Kantonalbanken anwendung finden⁵⁹ und somit die Vereinbarung zum Tragen kommt. Nicht Vertragspartei der Vereinbarung sind die "Alternative Bank" und einige Zweigstellen ausländischer Banken⁶⁰.

Somit sind auch Einlagen bei Auslandsbanken, das heisst bei Niederlassungen ausländischer Banken in der Schweiz geschützt, sofern diese das Einlagengeschäft überhaupt betreiben und die Konvention unterzeichnet haben⁶¹.

c) Der geographische Geltungsbereich

Der geographische Geltungsbereich der Vereinbarung ist ausdrücklich auf Einlagen in der Schweiz, das heisst auf Einlagen bei schweizerischen Geschäftsstellen von Vereinbarungs-

⁵⁵ Gutzwiller-Dietler, S. 31.

⁵⁶ Zulauf, S. 88.

⁵⁷ Winzeler, S. 62.

⁵⁸ Zulauf, S. 87.

⁵⁹ Amonn/Gasser, S. 57. Bodmer/Kleiner/Lutz, N 8 zu Art. 37a.

⁶⁰ Nobel, S. 295.

⁶¹ Gutzwiller-Dietler, S. 35.

banken begrenzt (Art. 2 Rz 13 Vereinbarung). Die Vereinbarung wäre daher nicht anwendbar auf Konten bei ausländischen Filialen von Schweizer Banken⁶².

d) Art der zu bevorschussenden Guthaben

Für Art und Umfang der zu bevorschussenden Guthaben stellt die Vereinbarung auf das zwangsvollstreckungsrechtliche Privileg, das Bankengesetz sowie die Rechtsprechung zu diesen Gesetzen ab. Seit dem Inkrafttreten des revidierten SchKG knüpft die Vereinbarung in Art. 2 an die jeweilige Umschreibung des Privilegs im Gesetz an (Art. 37a BaG), indem sie schlicht die Bevorschussung "zwangsvollstreckungsrechtlich privilegierter Kundenforderungen" vorsieht. Die Vereinbarung ist somit bezüglich Art und Höhe der zu schützenden Kundenforderungen deckungsgleich mit den gesetzlichen Bestimmungen.

Ausdrücklich bevorschusst werden zudem auch gebundene privilegierte Forderungen, das heisst Forderungen, die erst zu einem späteren Zeitpunkt auszahlbar sind. Allerdings erfolgt hier die Bevorschussung nicht durch Barauszahlung sondern durch Gutschrift bei einer anderen Bank (Art. 2 Rz 12 Vereinbarung).

e) Umfang der zu bevorschussenden Guthaben

Nach Art. 2 Abs. 2 erfolgt eine Bevorschussung nur, soweit die Summe der Forderungen eines Kunden seine Schulden bei der Bank übersteigen. Hat somit ein Kunde zugleich Schulden bei einer Bank, so sind diese von der Summe seiner Guthaben (nicht bloss den privilegierten) abzuziehen⁶³. Bis zur Höhe dieses Saldo bzw. bis zu Fr. 30'000.-- - welcher Betrag immer der niedrigere ist - kann der betroffene Kunde einen Vorschuss der Bankiervereinigung erhalten.

Hat ein einzelner Kunde mehrere privilegierte Forderungen, so erstreckt sich die Bevorschussung grundsätzlich auf alle, ist aber durch den Höchstbetrag des zwangsvollstreckungsrechtlichen Privilegs begrenzt (Vereinbarung Rz 5).

Gemeinschaftliche Forderungen sind zur Ermittlung des allenfalls zu bevorschussenden Betrags unter die Berechtigten aufzuteilen (Vereinbarung Rz 7).

⁶² Gutzwiller-Dietler, S. 36.

Ein unverteilter Nachlass wird wie ein selbständiger Gläubiger bevorschusst, also nicht den Erben zugerechnet (Vereinbarung Rz 8).

Es kommen nur Kunden bzw. Vertragspartner der Bank, nicht aber die allenfalls hinter ihnen stehenden Fiduzianten oder "wirtschaftlich Berechtigten" in den Genuss eines Vorschusses (Vereinbarung Rz 10).

f) Zeitpunkt der Auszahlung

Die Vereinbarung enthält keine Regelungen, was den Zeitpunkt der Auszahlung anbelangt. In der Vereinbarung wurde die Absichtserklärung der Konvention XVIII, eine rasche Auszahlung anzustreben, nicht mehr aufgenommen⁶⁴.

g) Kein klagbarer Anspruch

Ein selbständiger, klagbarer Anspruch gegen die Bankiervereinigung ist durch die Vereinbarung explizit ausgeschlossen (Vereinbarung Rz 4).

h) Auszahlung des Vorschusses

Die begünstigten Kunden erhalten von der Bankiervereinigung erst einen Vorschuss, nachdem sie ihr die zu bevorschussenden Guthaben im entsprechenden Umfang verpfändet und sie unwiderruflich zum Inkasso bevollmächtigt haben (Art. 4 Abs. 1 und 2).

Werden privilegierte Forderungen nicht innerhalb der von der Bankiervereinigung angesetzten Frist angemeldet, sind diese Forderungen nicht rechtsgültig oder zu spät verpfändet worden, so werden sie nicht bevorschusst. Vorbehalten bleiben Härtefälle (Art. 4 Abs. 2).

i) Finanzierung

⁶³ Winzeler, S. 62.

⁶⁴ Gutzwiller-Dietler, S. 31.

Die Vereinbarung verzichtet auf die Schaffung eines Fonds, der durch Jahresbeiträge der Unterzeichnerbanken kontinuierlich geäufnet würde und im Anwendungsfall zur Verfügung stände⁶⁵. Es wurde das System der Umlage im jeweiligen Anwendungsfall, wie es sich in der Konvention XVIII bewährt hatte, beibehalten. Die Schweizerische Bankiervereinigung berechnet und erhebt nach Eintritt eines Konventionsfalles die von den Unterzeichnerbanken zu erbringenden Beiträge. Diese unterteilen sich in Grundbeiträge und variable Beiträge (Art. 3).

Um die Vorschüsse möglichst rasch an die Kunden auszuzahlen zu können, aber auch, um den Unterzeichnerbanken in einer denkbaren Krise nicht sofort Liquidität entziehen zu müssen, kann die Bankiervereinigung zur Vor- bzw. Zwischenfinanzierung der Vorschüsse einen Kredit aufnehmen (Art. 3 Ziff. 1 Bst. B).

j) Systemsicherungen

Die Vereinbarung enthält zwei Systemsicherungen, um zu verhindern, dass der Solidaritätsmechanismus im Extremfall nicht mehr stabilisierend wirkt, sondern Kettenreaktionen auslöst und damit eine bereits eingetretene Krisensituation verschlimmert. Zunächst begrenzt Art. 6 die aufgrund der Vereinbarung auszahlbaren Vorschüsse. Insgesamt dürfen nur mehr als eine Milliarde Franken ausstehen, also vorgeschossen und weder aus dem Liquidationserlös zurückgeflossen noch endgültig als Liquidationsverlust abgeschrieben sein. Bei Erreichen dieser Schwelle wäre die Vereinbarung künftig suspendiert⁶⁶. Sodann gibt Art. 8 Ziff. 3 dem Verwaltungsrat der Bankiervereinigung die Möglichkeit, die Vereinbarung per sofort aufzuheben, wenn "Anzahl oder Grösse der in Nachlassstundung bzw. Konkurs geratenen Unterzeichnerbanken geeignet" ist, "die Ueberschuldung weiterer Unterzeichnerbanken zu bewirken". Es ist dies eine Notstandsklausel, die nur zur Anwendung kommt, wenn eine Krisensituation vorliegt, in der die Vereinbarung überfordert wäre und sich kontraproduktiv auswirken würde⁶⁷. Damit soll insbesondere vermieden werden, dass in einer ökonomischen Rezession der Zusammenbruch einer grösseren Bank oder einer Mehrzahl kleinerer Banken weitere Institute in den Ruin führt⁶⁸.

⁶⁵ Winzeler, S. 63.

⁶⁶ Winzeler, S. 64.

⁶⁷ Winzeler, S. 64.

⁶⁸ Hardmeier, S. 110.

k) Kündigungsfrist

Die Vereinbarung kann unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von zwölf Monaten und nach schriftlicher Anzeige an die Geschäftsstelle der Schweizerischen Bankiervereinigung auf Ende eines Kalenderjahres gekündigt werden (Art. 8 Ziff. 1). Die Bankiervereinigung orientiert die unterzeichneten Banken unverzüglich über eine erfolgte Kündigung. Die Mitglieder der Vereinbarung haben das Recht, sich einer Kündigung binnen dreier Monate anzuschliessen, ohne die Kündigungsfrist beachten zu müssen (Art. 8 Ziff. 2).

D. Vergleich der Richtlinie über Einlagensicherungssysteme mit der schweizerischen Rechtslage

I. Vorbemerkung

Nachfolgend werde ich insbesondere die Richtlinie über Einlagensicherungssysteme (nachfolgend Richtlinie) mit der Vereinbarung der Schweizerischen Bankiervereinigung über den Einlegerschutz bei zwangsvollstreckungsrechtlicher Liquidation einer Bank (nachfolgend Vereinbarung) vergleichen. Da die Vereinbarung auf das konkursrechtliche Privileg verweist, werden diese Regeln wie auch die einschlägigen weiteren Bestimmungen des Bankengesetzes in die vergleichende Analyse mit einfließen.

II. Zwecksetzung

Die Richtlinie verfolgt eine doppelte Zielsetzung. Sie bezweckt den Individualschutz und den Funktionenschutz. Bezweckt wird neben dem Schutz der Einleger aller Kreditinstitute auch die Aufrechterhaltung der Stabilität des Bankensystems (vorne B.I.).

1. Individualschutz

Das Ziel Individual- oder Konsumentenschutz wird in der EU sozialpolitisch mit dem Schutz der sozial schwachen und wirtschaftlich unerfahrenen Einleger begründet. Der einzelne Einleger ist nicht in der Lage, die wirtschaftliche Bonität eines Kreditinstitutes zu prüfen und sein Vermögen ausreichend diversifiziert anzulegen⁶⁹.

Bei der schweizerischen Rechtslage (Art. 37a BaG und Vereinbarung) steht der Gläubigerschutz (Individualschutz) im Vordergrund. Es geht primär darum, die privilegierten Gläubiger

⁶⁹ Zimmer, S. 287.

zu befriedigen. Dies wird aus dem Ingress der Vereinbarung deutlich. Nach diesem Ingress ist es das Bestreben der Unterzeichnerbanken, bei zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren (Nachlassstundung oder Konkurs) über eine andere Unterzeichnerbank die Bevorschussung der zwangsvollstreckungsrechtlich privilegierten Kundenforderungen zu gewährleisten. Auch nach der Botschaft bezweckt die Vorschrift von Art. 37a BaG den Schutz der Kleingläubiger⁷⁰.

Somit kann festgehalten werden, dass die Zielsetzung der Richtlinie und die schweizerische Rechtslage, was die Stossrichtung des Gläubigerschutzes bei Bankeinlagen anbelangt, identisch ist.

2. Stabilität des Bankensystems

Das Ziel "Stabilität des Bankensystems" wird mit der Kettenreaktionsthese ("run") gerechtfertigt⁷¹. Einlagensicherungssysteme können Vertrauenskrisen und Runs verhindern, wenn sie alle Einleger schützen und ihnen somit den Anreiz nehmen, aus Angst vor Vermögensverlusten ihre Gelder abzuheben⁷². Auch wenn dieses Ziel in der Literatur zu Art. 37a BaG oder der Vereinbarung nicht ausdrücklich genannt wird, dürfte es der Vereinbarung inhärent sein. Rein das Wissen, dass bestimmte Einlagen der Gläubiger gesichert sind, dient dazu, das Vertrauen in die Banken in der Schweiz zu stärken.

M.E. steht jedoch sowohl bei der Richtlinie wie auch bei Art. 37a BaG und der Vereinbarung der Gläubigerschutz im Vordergrund. Es geht bei beiden Rechtsordnungen primär darum, im Insolvenzfall einer Bank die privilegierten Gläubiger zu befriedigen. Die Stabilität des Bankensystems wird durch Massnahmen, die eine Insolvenz einer Bank verhindern sollen, eher erreicht (Einlagensicherung im weiteren Sinne). Hinzu kommt, dass ein System, welches dem Ziel der Wahrung der Bankenstabilität vollumfänglich nachkommen will, auf eine Deckungsobergrenze und eine Differenzierung zwischen Gross- und Kleinanleger verzichten und sogar Interbankeinlagen mit in den Schutz einbeziehen muss⁷³. Dieser Forderung kommen weder die Richtlinie noch die Vereinbarung und Art. 37a BaG nach. Beide unterscheiden zwischen Gross- und Kleinanleger und nehmen den Schutz von Interbankeinlagen aus. Art. 37a BaG sieht zudem eine Deckungsobergrenze vor. Nach der Richtlinie wäre theore-

⁷⁰ Bodmer/Kleiner/Lutz, N 7 zu Art. 37a.

⁷¹ Zimmer, S. 287.

⁷² Zimmermann / Barbrock. S. 276.

tisch ein 100 % Schutz möglich. Da weder die Richtlinie noch die entsprechenden Bestimmungen in der Schweiz (mit Ausnahme der Staatsgarantie der Kantonalbanken) einen vollständigen Schutz sämtlicher Einlagen vorsehen, werden sie Bankenruns nicht immer verhindern können⁷⁴. Im schweizerischen Einlagensicherungssystem wird es zur Verhinderung eines Bankenruns unter Umständen eines Eingriffes der staatlichen Behörden bedürfen, z.B. in Form eines Fälligkeitsaufschubes.

III. Der Sicherungsfall

Die Vereinbarung gelangt nur bei der Nachlassstundung oder Konkurs einer Unterzeichnerbank zur Anwendung (C.VI.2.a). Hingegen tritt nach der Richtlinie der Sicherungsfall bereits dann ein, wenn "Einlagen nicht verfügbar sind" (B.II.10). Durch diese weitreichende Definition umfasst die Richtlinie mehr Anwendungsfälle als die Vereinbarung. Von der Richtlinie umfasst wären daher m.E. auch die von der Vereinbarung ausdrücklich ausgenommen Konstellationen der bankengesetzlichen Anordnung des Bewilligungsentzuges, des Fälligkeitsaufschubs oder der Bankenstundung.

IV. Deckungsumfang

Der Umfang der sicherungsmöglichen Einlagen lässt sich nach vier Seiten hin definieren: nach der Art der zu sichernden Einlagen (qualitativ), nach der Person der Einleger (personenbezogen), nach der Höhe der zu sichernden Einlagen (quantitativ) sowie nach deren örtlichen Belegenheit (territorial).

1. Art der zu sichernden Einlage

a) Richtlinie

Die Richtlinie geht von einem weiten Begriff der Einlagen aus. Nach Art. 1 Abs. 1 umfasst der Begriff der Einlage Kontoguthaben aus "normalen Bankgeschäften" und urkundlich verbrieft Forderungen gegen das Kreditinstitut. Was unter "normalen Bankgeschäften" zu ver-

⁷³ Zimmermann/Barbrock, S. 276.

⁷⁴ Zimmermann/Barbrock, S. 285.

stehen ist, wird in der Richtlinie nicht geregelt und ist somit unklar. M.E. müssen sämtliche Bank - Kundenverhältnisse erfasst werden, bei denen der Kunde über Guthaben auf einem Bankkonto verfügt. Die Kontoguthaben müssen nicht notwendigerweise auf die Annahme fremder Gelder im Rahmen eines Einlagengeschäfts zurückzuführen sein, sondern können im Rahmen der gesamten Geschäftstätigkeit des Instituts entstanden sein⁷⁵.

b) Bankengesetz

Nach Art. 37a BaG sind nur Forderungen aus Konten, auf die regelmässig Erwerbseinkommen, Renten oder Pensionen von Arbeitnehmern oder familienrechtliche Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge überwiesen werden (Art. 37a Abs. 2 Ziff. 1 BaG) sowie Forderungen aus Spar-, Depositen- oder Anlageheften oder -konten (Art. 37a Abs. 2 Ziff. 2 BaG) erfasst.

c) Vergleich

Auch wenn der Begriff "normale Bankgeschäfte" unklar ist, kann festgehalten werden, dass die Richtlinie mehr Arten der Einlagen umfasst als Art. 37 a BaG. Nicht geschützt sind in der Schweiz im Gegensatz zur Richtlinie z.B. Erwerbseinkommen selbständig Erwerbender (es sei denn, die Gelder wären auf einer geschützten Einlageform angelegt), Kreditoren auf Sicht, insbesondere Kontokorrentkonten⁷⁶, Festgeldanlagen⁷⁷ und auf einem Conto pro Diverse gehaltene Beträge⁷⁸. Eine qualitative Beschränkung auf bestimmte Einlagenkategorien - wie das die Schweiz vorgenommen hat - erscheint mir nicht sinnvoll, da das lediglich Ausweichreaktionen bewirkt. Der Selbständigerwerbende wird z.B. darauf achten, soweit dies ihm möglich ist, dass er Guthaben von einem Kontokorrentkonto auf ein Sparkonto übertragen lässt. Ein weiterer Nachteil der produktebezogenen Einlagensicherung liegt darin, dass die Auslegung der geschützten Kontoarten im Einzelfalle Schwierigkeiten bereiten kann. Zum einen war zumindest im Fall der Spar- und Leihkasse Thun das Rechnungswesen nur mit Mühe in der Lage, die konsolidierten Verpflichtungen der Bank pro Einleger festzustellen. Aufwendig war es auch, die geschützten Lohn- und Rentenkonti zu ermitteln. Anders als bei Sparkonti fehlt nämlich ein äusseres Kennzeichen⁷⁹. Zudem ist aus der reinen Kontobezeichnung auch für den Bankkunden unter Umständen nicht ersichtlich, ob es sich um ein

⁷⁵ Regierungsentwurf, S. 203.

⁷⁶ Gutzwiller-Dietler, S. 35.

⁷⁷ Gutzwiller-Dietler, S. 141.

⁷⁸ Regierungsentwurf, S. 203.

geschütztes Konto handelt. Durch den Ausschluss von Kontokorrentkonten verfolgt die Schweiz einen allzu einseitigen Schutz des unselbständig erwerbstätigen Einlegers. Die Besserstellung des "gutverdienenden Lohnempfängers" gegenüber dem "selbständig erwerbenden Kleingewerbebetreibenden" erscheint als eher unbefriedigend. Der Einbezug von Kontokorrentkonten wäre wünschenswert. Selbstverständlich können auch Selbständigerwerbende eine der geschützten Kontoarten benutzen. In der Praxis dürfte diese Wahlmöglichkeit jedoch eher den besser begüterten Gewerbetreibenden vorbehalten sein. Wirtschaftlich schwächere Kleingewerblende werden für die Abwicklung des täglichen Zahlungsverkehrs und hinsichtlich der besseren Eignung von Kontokorrentkonten für Kreditzwecke in erster Linie auf die Benutzung eines Kontokorrentkontos angewiesen sein. Der Fall der Spar- und Leihkasse Thun hat gezeigt, dass durch das Fehlen einer Sicherung von Kontokorrentguthaben, Kettenreaktionen in anderen Wirtschaftsbereichen ausgelöst werden können⁸⁰. Aus diesen Gründen sollte der Einlegerschutz deshalb nicht kontobezogen, sondern personenbezogen sein. In Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie ist festgelegt, dass die "Gesamtheit der Einlagen desselben Einlegers abgedeckt wird". Damit wird ein personenbezogener Einlagenschutz in der EU vorgegeben⁸¹.

d) Inhaberpapiere

Bei den Inhaberpapieren stellt sich zuerst die Frage, ob die Forderungen aus Inhaberpapieren von der Vereinbarung erfasst und bevorschusst werden. Lauten die privilegierten Anlageinstrumente auf den Inhaber, so kann für sie in der Schweiz das Konkursprivileg nur geltend gemacht werden, wenn der Nachweis erbracht wird, dass sie vor dem Schalterschluss im Besitz des betreffenden Gläubigers waren (Art. 37 a Abs. 3 BaG). Die Vereinbarung selber spricht nur von Forderungen, die auf den Namen lauten (Rz 5 der Vereinbarung). Daraus liesse sich schliessen, dass Forderungen aus Inhaberpapieren nicht bevorschusst werden. Da nach Art. 2 Ziffer 1 der Vereinbarung jedoch Kundenforderung bevorschusst werden, die im zwangsvollstreckungsrechtlichen Verfahren über die Bank ein Privileg geniessen, müssten sie m.E. ebenfalls im Umfang von Art. 37 a Abs. 3 BaG von der Vereinbarung erfasst sein, auch wenn sie dort nirgends speziell erwähnt werden.

Nach der Richtlinie fallen die Forderungen aus Inhaberpapieren unter den weiten Begriff der Einlage. Die Mitgliedstaaten können jedoch nicht auf einen Namen lautende Einlagen von der Sicherung ausnehmen (Anhang I Ziffer 10 der Richtlinie). Da die Mitgliedschaft die For-

⁷⁹ Zulauf, S. 93.

⁸⁰ Gutzwiller-Dietler, S. 23 m.w.H..

derungen aus Inhaberpapier voll vom Schutz ausnehmen können, wäre die Regelung in Art. 37 a Abs. 3 BaG, welche nur eine teilweise Ausnahme vorsieht, mit der Richtlinie vereinbar.

e) Aufrechnung der Schulden

Nach Art. 2 Ziffer 2 der Vereinbarung erfolgt eine Bevorschussung nur, soweit die Summe der Forderungen eines Kunden seine Schulden bei der Bank übersteigt. Diese Regelung ist sinnvoll. Solange der Einleger mit Schulden bei der Bank verrechnen kann, benötigt er den Schutz des Privilegs nicht. Auch die Richtlinie sieht in Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 4 vor, dass die Mitgliedstaaten zur Berechnung des Guthabens die für Aufrechnungen und Gegenforderungen geltenden Vorschriften und Regeln entsprechend den für die Einlage geltenden gesetzlichen und vertraglichen Bedingungen anwenden.

2. Personenbezogene Sicherung

a) Interbankeinlagen, Eigenmittel, Einlagen, die im Zusammenhang mit Geldwäschereitransaktionen geüfnet wurden

Nicht gesichert sind nach Art. 2 der Richtlinie Interbankeinlagen, die Eigenmittel und Einlagen, die im Zusammenhang mit Transaktionen gebildet wurden, aufgrund deren Personen in einem Strafverfahren wegen Geldwäsche verurteilt worden sind. In Art. 37a Abs. 2 Ziff. 2 BaG sind positivrechtlich lediglich die Interbankeinlagen vom Konkursprivileg ausgenommen. Die Ausnahme von Interbankeinlagen ist sinnvoll, da Banken gegenüber den anderen Einlegern einen Informationsvorsprung haben. Sie sind in der Lage, die Bonität eines anderen Instituts abzuschätzen⁸².

Dass in der schweizerischen Rechtslage die Eigenmittel bzw. das Eigenkapital nicht gesichert ist, ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz, dass bei der Liquidation eines Schuldners zuerst seine Gläubiger befriedigt werden müssen und erst der danach verbleibenden Restbetrag ihm bzw. wenn es sich um eine Aktiengesellschaft handelt, seinen Aktionären zur Verfügung steht.

⁸² Gutzwiller-Dietler, S. 143.

Interessant ist die Regelung in der Richtlinie, dass Guthaben, welches aus Geldwäschereitransaktionen entstanden ist, von der Rückzahlung durch die Einlagensicherungssysteme ausgeschlossen ist. Eine solche Regel existiert in der Schweiz nicht und wäre auch nicht nötig. Nach Art. 59 Ziffer 1 Abs. 1 StGB verfügt der Richter die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine strafbare Handlung erlangt worden sind. Durch diese Vermögenseinziehung wird sichergestellt, dass der Täter "nicht in den Genuss eines durch strafbare Handlung erlangten Vorteils bleiben" darf⁸³. Durch diese Bestimmung ist es auch nach der schweizerischen Rechtslage verunmöglicht, dass ein wegen des Tatbestandes der Geldwäscherei verurteilter Täter in den Genuss des Einlegerprivilegs kommt.

b) Begriff des Einlegers

(i) Grundsatz

Der Begriff der Einleger ist in beiden Rechtsordnungen identisch. Geschützt sind die (privilegierten) Einlagen natürlicher und juristischer Personen und zwar ohne Rücksicht auf deren Bedürftigkeit oder Staatsangehörigkeit (B.II.4. und C.V.3.). Dies erscheint sinnvoll. Eine differenzierte Behandlung von natürlichen und juristischen Personen lässt sich kaum rechtfertigen. Aus der Rechtspersönlichkeit lässt sich kein zuverlässiger Schluss über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Rechtsperson ziehen⁸⁴.

Weiter ist beiden Rechtsordnungen gemeinsam, dass sich der gesicherte Betrag pro Bankkunde und nicht pro Einlage berechnet (Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 der Richtlinie, Art. 37 a Abs. 2 Ziffer 1 und Rz 5 der Vereinbarung).

(ii) Ausschluss bestimmter Personen

Die Richtlinie sieht in Art. 7 Abs. 2 vor, dass die Mitgliedstaaten bestimmte Personen wie z.B. Verwaltungsratsmitglieder, Geschäftsleiter, Kontrollstelle sowie nahe Verwandte und Dritte, die auf Rechnung dieser Einleger handeln, von der Sicherung ausnehmen können. Die entsprechende Liste findet sich im Anhang I zur Richtlinie.

⁸³ Trechsel, N 1 zu Art. 59 m.w.H..

⁸⁴ Gutzwiller-Dietler, S. 144.

Eine entsprechende Regelung fehlt in der Vereinbarung. Demzufolge müssten auch Forderung von der Bank nahestehenden Personen im Umfang des Privilegs bevorschusst werden. Dies erscheint mir nicht sinnvoll, da diese Personen über die finanzielle Lage ihres Instituts informiert sind. Als Insider sollten sie daher, wie dies z.B. bei anderen Banken der Fall ist, den Schutz nicht geniessen.

(iii) Ausschluss öffentlich-rechtlicher Institutionen

Ebenfalls können nach der Richtlinie die öffentlich-rechtlichen Institutionen vom Schutz ausgenommen werden. Weder die Vereinbarung noch das SchKG schliessen eine Bevorschussung, beziehungsweise eine Privilegierung der Einlagen öffentlich-rechtlicher Institutionen aus. Die Sicherung der Einlagen der öffentlichen Hand drängt sich nicht auf. Es ist davon auszugehen, dass die entsprechenden Institutionen in der Lage sind, sich die notwendigen Informationen zu beschaffen und es ihnen an der Möglichkeit, die Einlagen wirksam zu streuen nicht fehlen dürfte.

3. Quantitative Sicherung

a) Höhe der Deckung

Rechnet man den privilegierten Forderungsbetrag in der Schweiz von Fr. 30'000.-- zu einem Kurs von 1.65 um, so ergibt dies ca. 18'200 ECU. Somit liegt die in der Schweiz gewährte Deckung unter der Mindestdeckung der Richtlinie von 20'000 ECU. Die Deckung in der Schweiz ist noch bis am 31. Dezember 1999 europakompatibel, da nach Art. 7 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie Mitgliedstaaten den in ihren Sicherungssystemen vorgesehenen Höchstbetrag beibehalten können, wenn dieser zwischen 15'000 und 20'000 ECU liegt.

Diese unter dem Mindeststandard der Richtlinie liegende Deckung in der Schweiz erscheint mir höchst problematisch. Es würde der Schweiz und ihrer Bankentradition gut anstehen, wenn sie den Deckungsbetrag zumindest auf das europäische Niveau anhebt. Dies wurde leider bei der Revision des Bankengesetzes verpasst, indem der Gesetzgeber lediglich nachvollzogen hat, was die Banken 1984 in ihrer "Vorleistung" in der Konvention XVIII ge-

wünscht haben⁸⁵. Eine Erhöhung auf das europäische Niveau ginge m.E. nur über eine weitere Revision des Art. 37a BaG. Zwar hat der Bundesrat nach Art. 73a Abs. 5 BaG die Möglichkeit, den Höchstbetrag den geänderten Geldverhältnissen anzupassen. Sinngemäss wird mit den Geldverhältnissen die Kaufkraft des Geldes angesprochen. Nicht zulässig wäre somit eine Erhöhung der privilegierten Betrages aus politischen oder sozialpolitischen Überlegungen⁸⁶.

Es stellt sich somit die Frage, ob es an Stelle der erneuten Revision des Bankengesetzes nicht zweckmässiger wäre, die Vereinbarung zu erneuern und dort einen höheren Deckungsbeitrag als der gesetzlich geregelte vorzusehen. Beim Vorgänger der Vereinbarung, der Konvention XVIII war dies der Fall. Sie sah einen Schutz im Umfang von Fr. 30'000.-- von Spareinlagen und Guthaben auf Gehaltskonten vor⁸⁷, während vor der Revision des Bankgesetzes lediglich das Privileg dem Sparer einen vollen Einlegerschutz bis zur Höhe von Fr. 10'000.-- gewährte⁸⁸. Somit liesse sich den schweizerischen Banken schnell die peinliche Situation ersparen, dass ab dem nächsten Jahrtausend der Einlegerschutz, was die Höhe anbelangt, definitiv hinter den europäischen Minimalstandart zurückfällt.

b) Geschützte Währungen

Die Richtlinie geht von einem weitem Begriff der Einlage aus. Daher müssen grundsätzlich Einlagen in sämtlichen Währungen erfasst sein. Dies ergibt sich auch daraus, dass Anhang I Ziffer 13 der Richtlinie den Ausschluss von Einlagen in anderen Währungen als der Landeswährung des betreffenden Mitgliedstaates oder ECU zu lässt.

Nach dem schweizerischen Recht sind Konkursforderungen in erster Linie die auf Geldzahlung in Schweizer Währung gerichteten Ansprüche. Jedoch umfasst das Konkursrecht auch Forderungen in fremden Währungen. Diese werden in Schweizer Franken umgerechnet, und zwar zum Kurs am Tag der Konkursöffnung⁸⁹. Demzufolge sind auch Einlagen in fremder Währung von Art. 37a BaG und der Vereinbarung umfasst.

Was die geschützten Währungen anbelangt, sind die Richtlinie und das schweizerische Konkursrecht identisch.

⁸⁵ Zulauf, S. 85.

⁸⁶ Bodmer/Kleiner/Lutz, N 12 zu Art. 37a.

⁸⁷ Gutzwiller-Dietler, S. 21.

⁸⁸ Winzeler, S. 60.

c) Berechnung des privilegierten Betrages bei bestimmten Kategorien von Einleger

Sowohl die Richtlinie wie auch die Vereinbarung enthalten Bestimmungen, wie bei bestimmten Konstellationen der berechtigten Einleger der privilegierte Betrag zu bestimmen ist.

(i) Gemeinschaftliche Forderungen

Die Behandlung von gemeinschaftlichen Forderungen ist praktisch identisch. Sie begründen keine zusätzliche Gläubigerstellung und sind zur Berechnung des auszahlbaren Betrages an die einzelnen Gläubiger einzubeziehen (Rz 7 der Vereinbarung und Art. 8 Abs. 2 Richtlinie). Die Gläubiger sind bei den gemeinschaftlichen Forderungen gleich zu behandeln (Rz 7 der Vereinbarung und Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 2 Richtlinie). Gemäss der Richtlinie jedoch nur dann, soweit besondere Bestimmungen fehlen. Damit wird auf das Innenverhältnis bezug genommen, dass eine andere Aufteilung unter den Gläubigern vorsehen kann. Die Richtlinie wird so eher den tatsächlichen Gegebenheiten gerecht als die Regelung der Vereinbarung, denn nach schweizerischem Recht richtet sich das interne Verhältnis unter den Solidargläubiger nach deren individueller Ausgestaltung⁹⁰.

Die Richtlinie gibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Einlagen von Personengesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit zusammenzufassen und als Einlage eines einzigen Einlegers zu behandeln (Art. 8 Abs. 2 Unterabs. 3 Richtlinie). Eine solche Behandlung von einfachen Gesellschaften, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft sieht die Vereinbarung nicht vor. Eine Ausnahme bildet hier der unverteilte Nachlass, der als zusätzlicher Gläubiger gilt (Rz 8 der Vereinbarung). Diese Regelung ist somit mit den Vorgaben der Richtlinie vereinbar.

(ii) Minderjährige Kinder

Bei Forderungen, die ein Gläubiger auf den Namen des Kindes begründet oder erworben hat, gilt das Kind als besonderer Gläubiger (Rz 9 der Vereinbarung). Diese Regelung hätte

⁸⁹ Amonn / Gasser, S. 337.

⁹⁰ Schnyder, N 3 zu Art. 150.

es m.E. nicht bedurft, da auch das minderjährige Kind rechtsfähig ist und damit eine Gläubigerstellung innehat. Eine entsprechende Regelung fehlt in der Richtlinie.

(iii) Wirtschaftlich Berechtigter

Dem wirtschaftlich Berechtigten, wie er beispielsweise aus dem Formular A der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken hervorgeht, kommt keine Gläubigerstellung im Sinne der Konvention zu. Als "Konventionsgläubiger" wird einzig der Kontoinhaber anerkannt (Art. 2 lit. A. N 10 der Vereinbarung).

Anders ist hier die Richtlinie. Gemäss Art. 8 Abs. 3 wird der wirtschaftlich Berechtigte geschützt, wenn dieser bekannt ist oder ermittelt werden kann, bevor die zuständigen Behörden die zuständigen Behörden die Feststellung der "nicht verfügbaren Einlage" treffen.

Bei der Berücksichtigung des wirtschaftlich Berechtigten stellt sich das Problem der Rechtsicherheit. Häufig kann nicht festgestellt werden, wer wirtschaftlich Berechtigter ist. Es besteht die Gefahr, dass über den wirtschaftlich Berechtigten versucht werden könnte, die jeweilige Sicherungsgrenze zu umgehen. Diese Gefahr hat der Wirtschafts- und Sozialausschuss erkannt und in seiner Stellungnahme vom 22. Oktober 1992 vorgeschlagen, anstelle des wirtschaftlich Berechtigten auf den Kontoinhaber abzustellen (Ziffer 4.6. der Stellungnahme)⁹¹. In der definitiven Fassung der Richtlinie wurde dieser Einwand berücksichtigt. Der wirtschaftlich Berechtigte muss vor dem Eintritt der Zahlungsschwierigkeiten des Kreditinstituts feststehen. Eine solche Regelung wäre auch in der Schweiz möglich. Man könnte zur Verhinderung von Umgehungen auf die Erklärung im Formular A abstellen.

4. Territorialer Geltungsbereich

Entsprechend dem für die Bankenaufsicht geltenden Herkunftslandprinzip, erstreckt sich nach der Richtlinie die Sicherung der Einlagen eines Kreditinstituts auch auf die Einlagen bei Zweigniederlassungen dieses Institutes in anderen Mitgliedstaaten. Nach der Vereinbarung hingegen werden nur Einlagen bei schweizerischen Geschäftsstellen von Konventionsbanken bevorschusst.

⁹¹ ABI. 1992 Nr. C 332/18

V. Einlegerinformation

Die schweizerische Gesetzgebung schreibt den Banken die Information der Kunden über die Einlagensicherung nicht vor. In der Praxis werden die Kunden darüber auch von den Banken nicht freiwillig orientiert. Eine Information, wie sie die Richtlinie vorschreibt, wäre zu begrüßen. So könnten sich die Einleger bereits vor der Geldanlage informieren, unter welchen Voraussetzungen Entschädigungsleistungen zu erwarten sind. Aufgrund der Ereignisse rund um die Spar- und Leihkasse Thun dürfte dem durchschnittlichen Bankkunden zwar bekannt sein, dass Einlagen bei Schweizer Banken geschützt sind. Er wird jedoch Informationsdefizite haben, hinsichtlich der Art und der Höhe der gesicherten Einlagen, dem Ablauf der Auszahlung der privilegierten Guthaben sowie seiner rechtlichen Stellung gegenüber der Bankiervereinigung. Diese Informationen müsste er jedoch vor der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen haben, damit er seine Entscheidung, welches Konto er eröffnen will, in voller Kenntnis der Rechts- und Sachlage fällen kann. Je vollständiger die Information der Einleger ist und je stärker er sich seines Risikos bewusst ist, desto mehr wird er darauf bedacht sein, sich über das Geschäftsgebaren des Kreditinstitutes, dem er seine Einlagen anvertraut, zu informieren, und desto weniger wird er für nicht gerechtfertigte Gerüchte empfänglich sein.

Da in der Schweiz die Teilnahme für die Kreditinstitute an der Vereinbarung freiwillig ist, wäre es aus Gründen des Konsumentenschutzes angezeigt, dass die Kreditinstitute den Kunden zumindest auf ihre Mitgliedschaft in der Vereinbarung hinweisen müssten. Denkbar wäre auch eine Hinweispflicht für die Institute, die der Vereinbarung nicht angehören, wie dies z.B. in Deutschland oder Österreich der Fall ist⁹².

Nur der vollständig informierte Einleger ist in der Lage, seine Risiken selber abzuschätzen und das Kreditinstitut zu wählen, das ihm am ehesten entspricht und ihm das beste Preis-Leistungsverhältnis bezüglich der Sicherung bietet. So würde ein Wettbewerb unter den Kreditinstituten (in der Schweiz) bzw. der Sicherungssystem (in Europa) entstehen. Ein diesbezüglicher Wettbewerb kann in der Schweiz nicht stattfinden, da es bereits an der entsprechenden Information der Einleger fehlt. In der Europäischen Union hat der Einleger zwar genügend Informationen, der Wettbewerb zwischen den Sicherungssystem wird aber durch das Exportverbot der Einlagensicherung verhindert.

⁹² § 93 Abs. 7 Bankwesengesetz, § 23a S. 1 Kreditwesengesetz.

VI. Verhältnis Einleger - Einlagensicherungseinrichtung

1. Rechtlicher Anspruch auf Auszahlung

Nach der hier vertretenen Auffassung sieht die Richtlinie einen direkten Anspruch des Einlegers gegen das Sicherungssystem vor. Es stellt sich nun die Frage, ob die Einleger in der Schweiz allenfalls auch einen direkten Anspruch gegen die Bankiervereinigung haben. Die Vereinbarung schliesst einen solchen in Randziffer 4 ausdrücklich aus. Bei der Vereinbarung handelt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag zwischen den unterzeichneten Banken. Diese haben durchaus auch ein privates Interesse an der Sache, nämlich ihre Refinanzierungsmöglichkeiten zu verbessern und die Stabilität des Bankensystems zu sichern. Daneben spielen bestimmt auch noch andere Interessen mit. Zu nennen wären Imagewerbung und das Bemühen, eine unerwünschte Gesetzgebung zu vermeiden oder so lange wie möglich zu verzögern. Trotzdem bleibt die Vereinbarung ein privater Vertrag unter Banken⁹³. Die potentiell geschädigten Einleger sind nicht Vertragspartei der Vereinbarung. Gestützt auf Art. 112 OR kann der Dritte oder sein Rechtsnachfolger selbständig die Erfüllung fordern, wenn es die Willensmeinung der beiden anderen war, oder wenn es der Übung entspricht. Ob dem Dritten nicht bloss eine Empfangsermächtigung, sondern ein Forderungsrecht eingeräumt wird, bemisst sich primär nach dem Parteiwillen der Vertragsparteien. Die Bestimmung der Willensmeinung verlangt nach einer Heranziehung der gesamten Umstände und Interessenslage, wobei aber das Interesse des Dritten kaum relevant erscheint, da er regelmässig an der Forderungsberechtigung interessiert ist⁹⁴. Der Parteiwillen wird diesbezüglich in Rz 4 - welche direkte Ansprüche der Kunden ausschliesst - dokumentiert. Schon daraus lässt sich schliessen, dass kein echter Vertrag zugunsten eines Dritten vorliegt. Es kommen auch noch weitere Indizien dazu. Als begleitende Umstände fallen alle Erklärungen, auch gegenüber nicht beteiligten Personen ins Gewicht; das Verschweigen gegenüber dem Dritten kann dessen Rechtsposition indizieren⁹⁵. Die Schweizer Banken sind nicht verpflichtet, die Kunden auf ihre Mitgliedschaft bei der Vereinbarung hinzuweisen und den Deckungsumfang der gesicherten Forderungen mitzuteilen. In der Praxis unterbleibt auch eine freiwillige Information der Kunden. Dieses "Verschweigen" deutet darauf hin, dass der Dritte kein direktes Forderungsrecht hat. In zweiter Linie verweist Art. 112 Abs. 2 OR auf die Übung, nach welcher vertragstypisch ein selbständiges Forderungsrecht anzunehmen ist. Die Vereinbarung ist der einzige Vertrag dieser Art in der Schweiz. Somit kann weder eine Übung existieren noch

⁹³ Zulauf, S. 86.

⁹⁴ Gonzenbach, Rz 9 zu Art. 112.

kann eine solche nachgewiesen werden. Selbst wenn es eine Übung geben würde, träte diese hinter die klare Willensäußerung zurück⁹⁶. Somit kann festgehalten werden, dass die Vereinbarung dem geschützten Einleger keinen direkten Anspruch gewährt. Berechtigt ist somit nur eine konkursite Unterzeichnerbank⁹⁷. Die Einleger einer zusammengebrochenen Bank können ihre Interessen somit nur indirekt im Rahmen ihrer Mitwirkungsmöglichkeiten im Bankenkonzurs und Nachlassverfahren verfolgen⁹⁸. Der fehlende Rechtsanspruch des privilegierten Gläubigers in der Schweiz wäre mit der Richtlinie nicht vereinbar.

Ein Einlagenschutz der sein Ziel des Schutzes des Konsumenten ernst nimmt, darf nicht von der Willkür der Einlagensicherung abhängen, sondern muss im Schadensfall mit geringen Kosten formal und materiell durchsetzbar sein. Unter formalen Aspekten müssen die Kriterien und die Voraussetzungen einer Entschädigung eindeutig geregelt, von vorneherein bekannt und rechtlich verbindlich sein. Die Vereinbarung erfüllt diese Kriterien nicht. Der Ausschluss des Rechtsanspruches in der Vereinbarung schafft Rechtsunsicherheit und ist im Hinblick auf die Ziele "Konsumentenschutz" und Stabilität des Bankensystems" kritisch zu bewerten⁹⁹.

2. Auszahlungsfrist

a) Richtlinie

Die Richtlinie zeichnet sich diesbezüglich durch knapp bemessene Fristen aus. Die zuständigen Behörden haben die Feststellung der Zahlungseinstellung eines Kreditinstitutes so rasch wie möglich zu treffen; spätestens jedoch nach Ablauf von 21 Tagen, nachdem sie erstmals festgestellt haben, dass ein Kreditinstitut seine fälligen und rückzahlbaren Einlagen nicht zurückgezahlt hat. Die Auszahlung der gesicherten Guthaben hat ab diesem Zeitpunkt binnen drei Monaten zu erfolgen. Bei "aussergewöhnlichen Umständen" und "in besonderen Fällen" kann die Frist auf Antrag des Einlagensicherungssystems von der zuständigen Behörde um drei Monate verlängert werden. Nach Ablauf dieser ersten Erstreckungsfrist dürfen maximal zwei weitere Fristverlängerungen gewährt werden. Die Absicht, eine möglichst rasche Auszahlung zu gewährleisten, wird durch die Möglichkeit der dreimaligen Fristverlängerung verwässert. Vom Zeitpunkt an gerechnet, in dem die Einlagen eines Kreditinstitutes nicht

⁹⁵ Gonzenbach, Rz 9 zu Art. 112.

⁹⁶ BGE 86 II 256.

⁹⁷ Zulauf, S. 87.

⁹⁸ Zulauf, S. 87.

mehr verfügbar sind, kann es, wenn alle Fristerstreckungen gewährt werden, ein Jahr und einundzwanzig Tage dauern, bis die nicht mehr verfügbaren Einlagen durch das Sicherungssystem ausbezahlt werden. M.E. dürfen diese Fristverlängerung nur in Ausnahmefällen gewährt werden und nicht zur Regel werden, da den Einlegern während dieser Zeit enorme Liquiditätsprobleme entstehen können. Hottner bezeichnet in diesem Zusammenhang die vierwöchige Wartezeit, die die Kunden des fallierten Bankhauses Götte hinzunehmen hatten, als zu lange¹⁰⁰.

b) Schweizerische Rechtslage

Vergleicht man diese Regelung der Richtlinie mit der schweizerischen Rechtslage, so fällt zunächst auf, dass die Richtlinie keine richterliche Feststellung der Zahlungsunfähigkeit verlangt. In der Schweiz ist dies jedoch der Fall. Bei der Bankenstundung, bei der Nachlassstundung und beim Konkurs hat jeweils ein Gericht die entsprechende Massnahme auszusprechen (vgl. Art. 29 Abs. 1, Art. 36 Abs. 1 und Art. 37 Abs. 1 BaG).

Betreffend des Fristenlaufes ist vorerst zu bemerken, dass die schweizerische Regelung keine Auszahlungsfristen, wie sie in der Richtlinie vorgesehen sind, kennt. In der Vereinbarung wurde sogar die Zielsetzung der "raschen Auszahlung" nicht mehr aufgenommen. Es stellt sich sodann die Frage, ob bei der schweizerischen Rechtslage die Auszahlungen im Krisenfall innerhalb der von der Richtlinie genannten Fristen erfolgen könnten. Die Beantwortung dieser Frage hängt wiederum vom gewählten Verfahren ab.

(i) Bankenstundung

Wie vorne unter C/II ausgeführt, erhalten gestützt auf Art. 32 Abs. 2 BaG alle Einleger unmittelbar aus der Liquiditätsmasse rasch Liquidität, ohne dass eine Zwischenfinanzierung durch andere Banken erforderlich wäre. Nach Art. 29 Abs. 2 BaG dient dieses Verfahren dem Schutz einer illiquiden, aber nicht überschuldeten Bank. Die Bankenstundung ist mithin ein Instrument der Bankensanierung. Nach der ratio legis ist die Einräumung einer Bankenstundung an eine Bank, die sich in freiwilliger oder wegen Bewilligungsentzug in zwangsweiser Liquidation befindet, nicht zulässig, selbst wenn ein Überschuldungsstatbestand nicht vor-

⁹⁹ Zimmer, S. 294.

¹⁰⁰ Hottner, S. 232.

liegt, denn in solchen Fällen ist ein Sanierung im vornherein ausgeschlossen¹⁰¹. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid betreffend der Spar- und Leihkasse Thun¹⁰² den Anwendungsbereich der Bankenstundung ausgedehnt. In diesem Entscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass zwar bei Bewilligungsentzug die Liquidation zwingend zu erfolgen habe, dass aber damit die Gewährung der Stundung nicht automatisch ausgeschlossen sei. Nach Anordnung der Liquidation diene die Stundung vor allem der möglichst ungestörten Vorbereitung der Liquidation; insbesondere im Fall der Spar- und Leihkasse Thun gehe es in erster Linie um die Wahrung der Interessen der Bankgläubiger einer mit Sparern, Anlegern und Kontokorrentkontoinhabern aller sozialen Schichten verbundenen Lokalkbank. Weder Wortlaut noch Sinn und Zweck von Art. 29 BaG setzten voraus, dass die Liquidation noch nicht angeordnet ist. Bei nicht ausgewiesener Ueberschuldung ist somit eine Bankenstundung und im andern Fall eine Nachlassstundung möglich, wobei die Bankenstundung - als Vorstufe für Sanierungen, Bilanzbereinigungen und Liquidationen - der Nachlassstundung vorgehen kann. Auch wenn dieser Entscheid eindeutig von der gesetzlichen Regelung abweicht, so ist er unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes zu begrüßen, da einerseits die Einleger - bis zur Hälfte der Beträge, für die nach der Vermögensfeststellung des Kommissärs Deckung vorhanden ist (Art. 32 Abs. 2 BaG) - rasch befriedigt werden können und andererseits nicht nur die privilegierten, sondern alle fälligen Guthaben bedient werden können. Gestützt auf diesen Artikel ist es somit möglich, auch Zahlungen an Selbständigerwerbende zu leisten, die ihr Geld auf keinen privilegierten Konto angelegt haben¹⁰³.

Die zeitlichen Verhältnisse bei der Auszahlung der Forderungen an die Gläubiger lassen sich am Beispiel der Spar- und Leihkasse Thun zeigen. Die Spar- und Leihkasse Thun hatte am 17. Oktober 1991 ein Bankenstundungsgesuch bei der Aufsichtsbehörde eingereicht. Dieses Gesuch wurde abgelehnt wogegen die Spar- und Leihkasse Thun Rekurs an das Bundesgericht erhoben hat. Mit Entscheid vom 18. Dezember 1991 hat dieses die Bankenstundung bewilligt. Theoretisch wären ab diesem Zeitpunkt Auszahlungen möglich gewesen. Die Zeitspanne zwischen Stundungsgesuch und Bewilligung durch das Bundesgericht in zweiter Instanz betrug rund zwei Monate. Diese Frist kann sich problemlos mit der Auszahlungsfrist der Richtlinie messen. Man muss sich jedoch bewusst sein, dass bei der Bankenstundung die Liquidität von der betroffenen Bank stammt und nicht von Dritten - wie diese bei der Einlagensicherung im engeren Sinn der Fall ist - zur Verfügung gestellt wird.

¹⁰¹ Bodmer/Kleiner/Lutz, N 2 zu Art. 29-35.

¹⁰² BGE 117 III 84.

¹⁰³ Winzeler, S. 59.

(ii) Nachlassvertrag und Konkurs

Bezüge können nur im Rahmen der Abwicklung des Konkurs- bzw. Nachlassverfahrens getätigt werden und zwar frühestens bei einer ersten provisorischen Verteilung des Massvermögens (C.V.5.). Ziel der Vereinbarung ist, diese Wartefrist für die privilegierten Gläubiger zu verkürzen. Die Vereinbarung gelangt jedoch erst nach der Konkursöffnung beziehungsweise Gewährung der Nachlassstundung zur Anwendung. Vorher können gestützt auf die Vereinbarung keine Auszahlungen geleistet werden. Bekanntlich kann es bis zur Konkursöffnung/Nachlassstundung lange dauern. Bei der Spar- und Leihkasse Thun wurde die Ueber-schuldung erst am 26. November 1992 ausgewiesen und die Nachlassstundung bewilligt. Zwischen dem Gesuch um Banken- eventuell Nachlassstundung und der Bewilligung der Nachlassstundung lagen rund 13 Monate¹⁰⁴. Rechnet man noch die Zeit dazu, die die Bankiervereinigung braucht, um die geschützten Konti zu ermitteln, allenfalls ist der Nachweis der regelmässigen Ueberweisung von Löhnen, Renten und familienrechtlichen Leistungen zu erbringen, und bei den konsolidierten Verpflichtungen für jeden Einleger mit mehreren Anlageinstrumenten festzustellen, so kann eine Auszahlung gestützt auf die Vereinbarung durchaus erst nach dem Ablauf der von der Richtlinie vorgegebenen Maximalfrist beginnen. Im Fall der Spar- und Leihkasse Thun sind aufgrund der konkreten Fallkonstellation mehr als vierzehn Monate verstrichen, bevor mit der Bewilligung der Nachlassstundung ab 1. Januar 1993 die Konvention zur Anwendung gelangen konnte¹⁰⁵.

3. Auszahlungsmodalitäten

a) Richtlinie

Nach Art. 11 der Richtlinie sind die Einlagensicherungssysteme, die Zahlungen leisten, berechtigt beim Liquidationsverfahren in Höhe der von ihnen geleisteten Zahlungen in die Rechte der Einleger einzutreten. Betreffend der Auszahlungsmodalitäten enthält die Richtlinie keine weiteren Vorschriften.

b) Vereinbarung

¹⁰⁴ Hardmeier, S. 116.

Die begünstigten Kunden erhalten von der Bankiervereinigung erst einen Vorschuss, nachdem sie ihr die zu bevorschussenden Guthaben im entsprechenden Umfang verpfändet und sie unwiderruflich zum Inkasso bevollmächtigt haben (Art. 4 Abs. 1 und 2 der Vereinbarung). Sodann ist die Verpfändung dem Sachwalter bzw. der Konkursverwaltung anzuzeigen, um auszuschliessen, dass ein Kunde, der einen Vorschuss nach der Vereinbarung erhalten hat, den gleichen Betrag nochmals aus der Liquidationsmasse beziehen kann (Art. 906 Abs. 2 ZGB)¹⁰⁶. Diese Lösung erscheint mir kompliziert. Die Bankiervereinigung hat sie gewählt, weil das Bundesgericht in einem alten Entscheid¹⁰⁷ offengelassen hatte, ob ein privilegiertes Sparguthaben privilegiert bleibt, wenn der Zessionar (hier die Bankiervereinigung) bereits privilegierter Spargläubiger der Bank ist. Verneint man die Frage, könnte die Bankiervereinigung nur ein einziges Konkursprivileg im Umfang von Fr. 30'000.-- beanspruchen. Mit ihrer Restforderung wäre sie mit den Kurrentgläubiger gleichberechtigt. Um dieser Gefahr zu entgehen, hat sie die Lösung mit der Verpfändung getroffen¹⁰⁸. Dies hat für den privilegierten Gläubiger den Nachteil, dass der ihm von der Bankiervereinigung gewährte Vorschuss rechtlich als Darlehen qualifiziert werden muss, weil sonst die Bankiervereinigung aufgrund der Akzessorietät des Pfandrechtes kein gültiges Pfand besitzt. Rein rechtlich gesehen, könnten die Darlehen von der Bankiervereinigung, wenn sie aus ihrem Pfand nicht oder nicht voll befriedigt worden ist, vom Kunden zurückverlangt werden. Immerhin würde die Bankiervereinigung wohl darauf verzichten¹⁰⁹.

M.E. hätte anstelle der umständlichen Lösung mit der Verpfändung die Lösung der Konvention XVIII beibehalten werden können. Nach dieser erfolgte die Bevorschussung gegen Abtretung der privilegierten Forderung des Bankkunden¹¹⁰. Die Angst der Bankiervereinigung vor dem BGE 65 III 123 erscheint mir unbegründet. Es besteht kein Anlass, einem Zessionar die kumulative Geltendmachung von Konkursprivilegien zu verweigern. Dies gilt zumal dann, wenn dieser wie die Bankiervereinigung die privilegierten Einlagen ohne jede Spekulationsabsicht, mit vollem Risiko und gegen volle Entschädigung des Zedenten übernimmt. Bei den Konkursprivilegien ist nicht der Gläubiger persönlich privilegiert, sondern die Forderung an sich, das Privileg haftet an der Forderung. Bei Abtretung der Forderung geht es somit auf den Zessionar über¹¹¹. Das Einlegerprivileg ist kein untrennbar mit einem bestimmten Einle-

¹⁰⁵ Gutzwiller-Dietler, S. 20.

¹⁰⁶ Winzeler, S. 64.

¹⁰⁷ BGE 65 III 123.

¹⁰⁸ Zulauf, S. 89.

¹⁰⁹ Winzeler, Fn 34.

¹¹⁰ Gutzwiller-Dietler, S. 27.

¹¹¹ Amonn / Gasser, S. 344, Zobl, S.506.

ger verbundenes Recht im Sinne von Art. 170 Abs. 1 OR¹¹². Schliesslich wurde bei der Bevorschussung von Forderungen im Rahmen der Abwicklung der Liquidation der Spar- und Leihkasse Thun die Forderungen abgetreten. Dabei ist es offenbar nicht zu Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Konkursprivileg gekommen.

Auch wenn die Regelung in der Vereinbarung kompliziert ist, dürfte sie mit der Richtlinie vereinbar sein. Auf jeden Fall ist der Eintritt des Sicherungssystem in die Rechte der Gläubiger auch nach der Richtlinie möglich.

4. Zeitliche Befristung für die Geltendmachung der Rechte

a) Richtlinie

Die Richtlinie sieht keine zeitliche Begrenzung für die Geltendmachung der Rechte der Einleger vor. Nach Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie dürfen sich die Sicherungssysteme nicht auf die für sie geltenden Auszahlungsfristen berufen, um einem Einleger das Recht auf Sicherung zu verweigern, der seinen Anspruch auf Entschädigung aus der Einlagensicherung nicht rechtzeitig geltend machen konnte.

Nach dem Regierungsentwurf ist der Entschädigungsanspruch binnen sechs Monaten ab Unterrichtung über den Entschädigungsfall bei der Entschädigungseinrichtung anzumelden. Nach Ablauf dieser Frist ist der Entschädigungsanspruch ausgeschlossen, es sei denn, die Fristversäumnis ist vom Berechtigten nicht zu vertreten (§ 5 Abs. 3)¹¹³.

b) Vereinbarung

Nach Art. 4 Abs. 2 der Vereinbarung hat die Verpfändung der Forderungen innerhalb der von der Bankiervereinigung angesetzten Frist zu erfolgen. Verspätet angemeldete Forderungen werden - ausser bei Härtefällen - nicht mehr bevorschusst.

¹¹² Zulauf, S. 89.

¹¹³ Regierungsentwurf, S. 205.

Wie die Frist bestimmt wird, geht aus der Vereinbarung nicht hervor. Entscheidend ist, dass diese Frist, wie jeder andere Frist, einmal abläuft und danach grundsätzlich kein Anspruch auf Entschädigung mehr besteht. Diese Regelung wäre somit mit der Richtlinie nicht zu vereinbaren.

VII. Verhältnis Kreditinstitut - Einlagensicherungssystem

1. Mitgliedschaft

Die Richtlinie sieht eine Pflichtmitgliedschaft aller Kreditinstitute bei einem Einlagensicherungssystem vor (vorne B.II.2.a), während in der Schweiz die Banken nicht verpflichtet sind, sich der Konvention anzuschliessen (vorne B.VI.2.b).

Eines der Hauptargumente, die für eine Pflichtmitgliedschaft ins Feld geführt werden, ist die Überlegung, dass mangels Zwangsmitgliedschaft gewisse Banken, die keiner Sicherungseinrichtung angehören, einen Nutzen aus dem funktionsfähigen Bankwesen ziehen, ohne die Kosten zu dessen Bereitstellung mitzutragen¹¹⁴. Wird die Teilnahme an einem Einlagensicherungssystem hingegen auf eine freiwillige Basis gestellt, kann unter den Banken ein Sicherheitswettbewerb entstehen. Die Einleger werden die Banken bevorzugen, die einem Sicherungssystem angeschlossen sind. Das Interesse des Schutzes der wirtschaftlich schwächeren Bankgläubiger erfordert die Einführung einer Zwangsmitgliedschaft nicht. Voraussetzung dazu ist, dass das Zielpublikum über das Bestehen, den Umfang und die Möglichkeiten der Einlagensicherung genügend informiert ist¹¹⁵. Solange die Informationspflicht nicht besteht, wäre aus Sicht des Konsumentenschutzes eine Pflichtmitgliedschaft der Banken sinnvoller.

Auffallend ist, dass in der Schweiz, wie z.B. auch in Deutschland, auch ohne Pflichtmitgliedschaft praktisch alle Banken der Sicherungseinrichtung angeschlossen sind. Durch die Aufnahmepraxis der Bankiervereinigung entsteht eine faktische Pflichtmitgliedschaft.

¹¹⁴ Zimmer, S. 288.

¹¹⁵ Gutzwiller-Dietler, S. 150.

2. Ausnahmen

Nach der Richtlinie können Kreditinstitute von der Pflicht, einem Einlagensicherungssystem anzugehören, ausgenommen werden, wenn sie einem Sicherungssystem angehören, welches das Institut selbst schützt und insbesondere seine Liquidität und Solvenz gewährleistet (B.II.2.b.). Diese Regelung ist z.B. in Deutschland für die institutssichernden Systeme im Sparkassen- und Kreditgenossenschaftsbereich von Bedeutung¹¹⁶. In der Schweiz bildet die Staatsgarantie der Kantonalbanken einen institutserhaltenden Einlegerschutz¹¹⁷. Es stellt sich die Frage, ob die Staatsgarantie unter Ausnahme von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 fällt. Obwohl die Richtlinie keine Definition einer Sicherungseinrichtung enthält, legen Richtlinien-text und Erwägungsgründe den Schluss nahe, dass unter einer Einlagensicherungseinrichtung nur ein Solidarverbund von Kreditinstituten zu verstehen ist¹¹⁸. Die Kantonalbanken sind nicht in einem Sicherungssystem zusammengeschlossen, wie dies z.B. in Deutschland für die Sparkassenorganisationen besteht¹¹⁹. Schon Mangels eines solchen Systems fallen die Kantonalbanken nicht unter die Ausnahmebestimmung. Falls ein solches System vorläge, dürfte es sich dabei nicht um eine Sicherung handeln, die den Kreditinstituten durch den Mitgliedstaat selbst oder seine lokalen oder regionalen Behörden gewährt wird (Art. 3 Abs. 1, Unterabs. 2, 3. Spiegelstrich). Dies ist jedoch bei der Staatsgarantie der Fall, da der jeweilige Kanton den Gläubigern seiner Bank ihren Ausfall decken muss (vorne C.IV). Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Staatsgarantie der Kantonalbanken nicht unter die Ausnahme von Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie fallen würde.

3. Ausschluss durch die Sicherungseinrichtung

Nach der Richtlinie kann das Sicherungssystem - sofern dies im mitgliedstaatlichen Recht vorgesehen ist - unter bestimmten Voraussetzungen einem Kreditinstitut mit einer Frist von mindestens 12 Monaten kündigen. Ist das Kreditinstitut auch nach Ablauf der Kündigungsfrist seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen, so kann das Sicherungssystem den Ausschluss vollziehen (Art. 3 Abs. 2 ff. Richtlinie).

¹¹⁶ Regierungsentwurf, S. 201.

¹¹⁷ Zulauf, S. 82.

¹¹⁸ Franke, S. 734.

¹¹⁹ Vgl. dazu Grundmann, S. 1135.

Eine entsprechende Regelung fehlt in der Vereinbarung. Sie ist auch nicht nötig, da diese auf dem System des Umlageverfahrens beruht und die Mitglieder somit vor einem Sicherungsfall gar keine finanziellen Leistungen zu erbringen haben.

4. Kündigung durch das Kreditinstitut

Gemäss Art. 8 Abs. 1 der Vereinbarung kann diese von jeder Unterzeichnerbank auf Ende eines Kalenderjahres, unter Einhaltung einer zwölfmonatigen Kündigungsfrist, gekündigt werden.

Die Richtlinie enthält keine Kündigungsbestimmungen. M.E. lässt die Richtlinie demzufolge das Ausscheiden von Kreditinstituten zu, damit sich diese z.B. einer anderen Sicherungseinrichtung anschliessen können.

VIII. Finanzierung

1. Art der Finanzierung

Die Einzelheiten der Finanzierung der einzelstaatlichen Einlagensicherungssysteme sind nicht harmonisiert worden (B.II.5.). Demnach sind sowohl eine Umlage der im Sicherungsfall benötigten Mittel als auch eine Ansammlung in Form eines Fonds möglich¹²⁰, sofern dadurch eine ausreichende Mittelaufbringung gewährleistet ist¹²¹. Das in der Vereinbarung vorgesehene System der Umlage (vorne C.III.2.i) stände somit im Einklang mit der Richtlinie.

Gründe die gegen die Aeuffnung eines Fonds sprechen, sind der mit der Bildung eines Sondervermögens verbundene Verwaltungsaufwand und das immanente Verwaltungsrisiko. Ferner wird den Banken durch die Aeuffnung eines Fonds Vermögen aus ihrer unmittelbaren Verfügung entzogen. Ein Nachteil der nachträglichen Finanzierung liegt darin, dass die Höhe der Beitragsleistungen zum vornherein nicht feststeht. Die allenfalls entstehende Beitrags-

¹²⁰ Regierungsentwurf, S. 213.

¹²¹ Franke, S. 734.

pflicht kann daher von den Banken - wenn überhaupt - nur ungenau budgetiert werden¹²². Das System der Umlage hat sich in der Schweiz bewährt¹²³. Es erscheint mir somit sinnvoll, dass es beibehalten wurde.

2. Systemsicherungen

Die Begründungserwägungen der Richtlinie geben vor, dass die Stabilität des Bankensystems in dem betreffenden Mitgliedstaat durch die Finanzierungskapazität nicht gefährdet werden darf. Damit soll eine Überforderung der Einlagensicherungssysteme durch eine Vielzahl von Insolvenzfällen wie in den Vereinigten Staaten verhindert werden. Hier hatte eine zu hohe Sicherungsgrenze in Verbindung mit der von der jeweiligen Risikostruktur einer Bank unabhängigen Einlagensicherungsprämie dazu geführt, dass Einleger nicht mehr auf die Bonität einzelner Banken achten mussten. Dadurch wurde es den amerikanischen Banken leicht gemacht, durch hohe Einlagenzinsen Gelder an sich zu ziehen, die letztlich nur über risikoreicherer Geschäfte bedient werden konnten. Die Banken konnten ihr höheres Risiko zu einem guten Teil auf das Einlagensicherungssystem abwälzen, ohne dafür einen höher Prämienzahlung auf sich nehmen zu müssen¹²⁴.

Die beiden Systemsicherungen der Vereinbarung (vorne C.VI.2.j) bezwecken das Verhindern von Kettenreaktionen, welche eine bereits eingetretene Krise verschlimmern könnten. Damit dürften die Systemsicherungen der Vereinbarung grundsätzlich auch durch die Richtlinie gedeckt sein. M.E. dürfen aber solche Systemsicherung nicht bei jedem Krisenfall eingreifen und die Einlagensicherung ausser Kraft setzen, da sonst die Einlagensicherung ihr Ziel verfehlt. Unter diesem Aspekt sind die Notfallklauseln und die Systemgrenze der Vereinbarung zu analysieren. Nach Art. 6 der Vereinbarung dürfen nur eine Milliarde Franken ausstehen, also vorgeschossen und weder aus dem Liquidationserlös zurückgeflossen noch endgültig als Liquidationsverlust abgeschrieben sein. Die Höhe der Systemgrenze scheint mir reichlich bemessen. Damit könnte immerhin gut ein Dutzend mal ein Betrag wie im Falle der Spar- und Leihkasse Thun bezahlt werden¹²⁵. Hinzu kommt, dass beim Erreichen der Grenze die Vereinbarung lediglich suspendiert wird. Sobald ausstehende Vorschüsse im Rahmen einer Liquidation zurückbezahlt oder als Verluste ausgewiesen werden, sind die entsprechenden

¹²² Gutzwiller-Dietler, S. 153.

¹²³ Winzeler, S. 63.

¹²⁴ Grundmann, S. 23.

¹²⁵ Zulauf, S. 91.

Beträge zur Ausrichtung neuer Vorschüsse wieder frei¹²⁶. Vergleicht man die eine Milliarde Franken mit der Anschubfinanzierung im Regierungsentwurf eines Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes, so darf man feststellen, dass dieser Betrag angemessen ist. Aufgrund der Anschubfinanzierung in § 19 des Gesetzes hätte die privaten Banken in Deutschland rund eine Milliarde DM zu leisten. Dieser Betrag wird vom Bundesverband Deutscher Banken in seiner Stellungnahme als zu hoch angesehen. Nach dem Verband genügten 300 Mio. DM als Grundausstattung¹²⁷.

Neben der Notfallklausel kann der Verwaltungsrat der Bankiervereinigung unabhängig von der Systemgrenze gewissermassen die Notbremse ziehen. Er kann die Vereinbarung aufheben, wenn "Anzahl oder Grösse der in Nachlassstundung oder Konkurs geratenen Unterzeichnerbanken geeignet" sind, "die Ueberschuldung weiterer Banken zu bewirken" (Art. 8 Ziffer 3 der Vereinbarung). Es handelt sich dabei um einen Ermessensentscheid der Bankiervereinigung. Die Vereinbarung kann damit bereits vor Erreichen der Systemgrenze ausser Kraft gesetzt werden. Immerhin sind im Zeitpunkt der Aufhebung schon pendente ("eingetretene") Fälle nach der Vereinbarung, noch abzuwickeln¹²⁸. Beachtet man weiter, dass es der Bankiervereinigung aus Imagegründen schwerfallen wird, die Notfallklausel anzurufen, denn gerade diese würde im höchstem Masse destabilisierend wirken¹²⁹, so dürfte auch die Notfallklausel nicht leichtfertig angerufen werden. Sie würde damit wohl durch die Richtlinie gedeckt sein.

Auf der anderen Seite wird damit in Kauf genommen, dass im Falle eines absehbaren Zusammenbruchs einer grösseren Bank oder mehrere Banken gleichzeitig, die Vereinbarung ausser Kraft gesetzt werden könnte. Die Vereinbarung, wie auch jedes andere Einlagensicherungssystem würde an seine natürlichen Grenzen stossen. Auch der Einlagensicherungsfonds beim Bundesverband deutscher Banken e.V. ist nicht unbegrenzt leistungsfähig. Die Nachschusspflicht der den Fonds finanzierenden Banken ist begrenzt. Bei der Gewährung von Leistungen an die Kunden der insolventen Bank besteht zudem ein gewisser Ermessensspielraum für den Sicherungsfonds¹³⁰. In solchen Fällen wird es staatlicher Interventionen bedürfen.

¹²⁶ Winzeler, S. 64.

¹²⁷ Regierungsentwurf. S. 212.

¹²⁸ Winzeler, S. 65.

¹²⁹ Zulauf, S. 91.

¹³⁰ Kümpel, N 15.110.

IX. Formen der Ausgestaltung

Nach der Richtlinie werden auch privatrechtlich organisierte Sicherungssysteme anerkannt (B.II.2.a). Soft-law-Konstruktionen der Berufsverbände wie die Vereinbarung der Schweizerischen Bankiervereinigung wurden von der Kommission in ihrem Richtlinienvorschlag über Einlagensicherungssysteme ausdrücklich als genügende Umsetzung bezeichnet¹³¹. Demnach wäre die schweizerische Regelung mit der Vereinbarung richtlinienkonform.

¹³¹ Eu B Nr. 8/1992 S. 13.

E. Schlussbemerkungen

Im Zirkular zur Vereinbarung hat die Schweizerische Bankiervereinigung am Schluss festgehalten, dass der Ruf der Schweiz als eines soliden Finanzplatzes ein hohes Verantwortungsbewusstsein der Banken in der Schweiz verlange. Dieses Verantwortungsbewusstsein drücke sich insbesondere in der Teilnahme am Einlegerschutz nach der Vereinbarung aus. Zudem dürfte mit ihr eine sachnähere und angemessenere Lösung gelungen sein, als wenn es zu einer staatlichen Regelung käme¹³². Dem kann nur aus Sicht der Banken zugestimmt werden. Betrachtet man die Vereinbarung aus Sicht des Konsumenten, dessen Schutz sie immerhin dienen soll, so sieht die Beurteilung anders aus. Die Vereinbarung vermag den vom Bundesrat ursprünglich gestellten Anforderungen an die Revision nicht zu genügen. Der Vereinbarungsfall wurde - entgegen der Empfehlung des Bundesrats - zeitlich nicht vorverschoben: die Bankenstundung und der Bankbewilligungsentzug begründen nach wie vor keinen Vereinbarungsfall. Ferner sind die Kontokorrentkonten auch weiterhin nicht geschützt.

Die Bankiervereinigung hat es auch verpasst, die Vereinbarung europatauglich zu machen. In zentralen Punkten, wie z.B. der von der Vereinbarung erfassten möglichen Sicherungsfälle, der Auszahlungsfrist, der Höhe der Deckung, der umfassten Konten und der rechtlichen Durchsetzbarkeit des Anspruchs, liegt die Vereinbarung hinter den Minimalvorgaben der Richtlinie zurück. Die Banken wollten die ungeliebte Kröte eines weitergehenden Einlegerschutzes - wie er von der EU vorgegeben worden war - nicht auf Vorrat, sondern erst schlucken, wenn dies politisch unvermeidlich wird¹³³. Ich wage zu bezweifeln, dass dieser Entscheid klug war. Immerhin lebt der Finanzplatz Schweiz von der Stärke der Banken. Dazu gehört aber auch ein Einlegerschutz, der sich mit internationalem und vor allem europäischem Niveau messen kann. Die Schweizer Banken und der Gesetzgeber wären gut beraten, würden sie bereits heute den Einlegerschutz auf zumindest dieses Niveau anheben, bevor der nächste Anwendungsfall - der hoffentlich nie eintritt - die Schwächen der Vereinbarung aufdeckt.

¹³² Zirkular Nr. 1077 D vom 27. Mai 1993, S. 4.

¹³³ Winzeler, S. 65.