

Rundschreiben 2008/3

Publikumseinlagen bei Nichtbanken

Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes

Referenz: FINMA-RS 08/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“
 Erlass: 20. November 2008
 Inkraftsetzung: 1. Januar 2009
 Letzte Änderung: 20. November 2008
 Konkordanz: vormals EBK-RS 96/4 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“ vom 22. August 1996
 Rechtliche Grundlagen: FINMAG Art. 7 Abs. 1 Bst. b
 BankG Art. 1
 BankV Art. 1–3a

Adressaten																					
BankG			VAG			BEHG		KAG						GwG		Andere					
Banken	Finanzgruppen und -kongl.	Andere Intermediäre	Versicherer	Vers.-Gruppen und -Kongl.	Vermittler	Börsen und Teilnehmer	Effektenhändler	Fondsleitungen	SICAV	KG für KKA	SICAF	Depotbanken	Vermögensverwalter KKA	Vertriebsträger	Vertreter ausl. KKA	Andere Intermediäre	SRO	DUF	SRO-Beaufichtigte	Prüfungsgesellschaften	Ratingagenturen
		X																			

I. Gesetzes- und Verordnungsänderung von 1994	Rz	1–5
II. Srafbestimmungen	Rz	6
III. Kriterien zur Beurteilung der Einlagen	Rz	7–30
A. Erfolgt die Entgegennahme von Publikumseinlagen gewerbsmässig?	Rz	8–9
B. Haben die Fremdmittel die Eigenschaft von Einlagen?	Rz	10–18
C. Handelt es sich um Einlagen aus dem Publikum?	Rz	19–30
IV. Ausnahmen vom Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen	Rz	31–34

I. Gesetzes- und Verordnungsänderung von 1994

Mit der Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (nachfolgend Bankengesetz oder BankG; SR 952.0) vom 18. März 1994 wurde unter anderem der Geltungsbereich gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG neu geregelt. Diese Änderung des Gesetzes wurde durch die Revision der Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung oder BankV; SR 952.02) vom 12. Dezember 1994 in Art. 3 und 3a BankV konkretisiert. 1

Die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen ist (mit wenigen Ausnahmen) nur noch Banken gestattet, welche nach dem Bankengesetz durch die FINMA überwacht werden. 2

Natürliche oder juristische Personen ohne Bankbewilligung, welche beabsichtigen, Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen, müssen vor Aufnahme ihrer Tätigkeit über eine Bankbewilligung verfügen. 3

Aufgehoben 4

Aufgehoben 5

II. Strafbestimmungen

Art. 46 Abs. 1 Bst. a respektive Abs. 2 BankG stellen die unbefugte Entgegennahme von Publikums- oder Spareinlagen unter Strafe. Desgleichen ist der Gebrauch der Bezeichnungen „Bank“, „Bankier“ oder „Sparen“ den Nichtbanken untersagt (Art. 49 Abs. 1 Bst. a respektive Abs. 2 BankG). Schliesslich ist die Erteilung falscher Auskünfte an die FINMA strafbar (Art. 45 Abs. 1 respektive Abs. 2 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes [FINMAG; SR 956.1]). 6

III. Kriterien zur Beurteilung der Einlagen

Bestehende Einlagen müssen zurückbezahlt werden, wenn alle folgenden drei Fragen (Absätze A bis C) zu bejahen sind: 7

A. Erfolgt die Entgegennahme von Publikumseinlagen gewerbsmässig?

Gemäss der Definition in Art. 3a Abs. 2 BankV handelt gewerbsmässig im Sinne des Bankengesetzes, „wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt“. 8

Somit handelt, im Sinne einer gesetzlichen Vermutung, immer gewerbsmässig, wer von mehr als 20 Einlegern Gelder entgegennimmt. Unzulässig ist zudem die öffentliche Empfehlung zur Entgegennahme von Publikumseinlagen (z.B. durch Werbung, Prospektversand oder Inserate), selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren (vgl. Art. 3 Abs. 1 BankV; Art. 49 Abs. 1 Bst. c respektive Abs. 2 BankG). 9

B. Haben die Fremdmittel die Eigenschaft von Einlagen?

Die Bankenverordnung geht grundsätzlich davon aus, dass alle Verbindlichkeiten Einlagecharakter haben. Art. 3a Abs. 3 Bst. a–d BankV zählt abschliessend die Ausnahmen auf: 10

a) Fremde Mittel ohne Darlehens- oder Hinterlegungscharakter

„Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden“ (Art. 3a Abs. 3 Bst. a BankV). 11

Keinen Einlagecharakter haben deshalb z.B. eine Anzahlung bei einem Kaufvertrag, ein Vorschuss bei einem Auftrag, ein Mietzinsdepot usw. 12

b) Anleiensobligationen

„Anleiensobligationen oder andere vereinheitlichte und massenhaft ausgegebene Schuldverschreibungen oder nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte), wenn die Gläubiger in einem dem Artikel 1156 des Obligationenrechts entsprechenden Umfang informiert werden“ (Art. 3a Abs. 3 Bst. b BankV). 13

Im Gegensatz zu einer individuell getätigten verzinslichen Einlage stellen solche Anlageinstrumente standardisierte Schuldverschreibungen dar, welche Art. 1 Abs. 2 BankG ausdrücklich ausnimmt, wenn die vom Obligationenrecht vorgeschriebenen Mindestinformationen vorhanden sind. Nicht als Anleiensobligationen gelten einzeln ausgegebene Kassenscheine. 14

c) Abwicklungskonti

„Habensaldi auf Kundenkonti von Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, welche einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, wenn dafür kein Zins bezahlt wird“ (Art. 3a Abs. 3 Bst. c BankV). 15

Solche Konti dienen einzig dazu, die notwendige Liquidität zur Abwicklung des im Vordergrund stehenden Hauptgeschäftes zur Verfügung zu halten. Mit dem für derartige Gelder geltenden Verzinsungsverbot soll der rasche Umlauf und die betragsmässige Begrenzung solcher Gelder erreicht werden. 16

Habensaldi auf Kundenkonti von Edelmetallhändlern fallen unter die Ausnahme, wenn der Edelmetallhändler physisch über das Edelmetallguthaben seiner Kunden verfügt und den Kunden im Konkurs des Händlers ein Aussonderungsrecht zusteht. 16^{bis}

Mit der Änderung von Art. 3a Abs. 3 Bst. c BankV vom 14. März 2008 fallen Devisenhändler, die für ihre Kunden Konti zur Anlage in unterschiedlichen Währungen führen, seit dem 1. April 2008 nicht mehr unter die Ausnahme. Für bestehende Devisenhändler, die aufgrund dieser Verordnungsänderung neu dem Gesetz unterstehen, gelten die Übergangsbestimmungen nach Art. 62a BankV. 16^{ter}

d) Gelder für Lebensversicherungen und die berufliche Vorsorge

„Gelder, deren Entgegennahme in einem untrennbaren Zusammenhang mit einem Lebensversicherungsvertrag, der beruflichen Vorsorge oder anderen anerkannten Vorsorgeformen nach Artikel 82 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge stehen“ (Art. 3a Abs. 3 Bst. d BankV). 17

Die in Bst. d genannten Anlagen sind aufgrund anderer Bundesgesetze zulässig und werden überdies bei überwachten Institutionen getätigt. 18

e) Zahlungsmittel und Zahlungssysteme

Keinen Einlagecharakter haben Gelder, welche einem Zahlungsmittel oder Zahlungssystem (Bezahlkarten, Internetbezahlmöglichkeiten, Mobiltelefonbezahlsysteme, etc.) zugeführt werden, sofern 18^{bis}

- sie einzig dem künftigen Bezug von Waren oder Dienstleistungen dienen,
- das maximale Guthaben pro Kunde je Herausgeber eines Zahlungsmittels oder Zahlungssystembetreiber nie mehr als CHF 3'000.- beträgt, und
- für sie kein Zins bezahlt wird. Rabatte oder andere geldwerte Vorteile dürfen nur auf den Waren und Dienstleistungen gewährt werden und nicht von der Höhe des Guthabens abhängen (Art. 3a Abs. 3 Bst. a und c BankV).

C. Handelt es sich um Einlagen aus dem Publikum?

Wiederum geht die Bankenverordnung von der Vermutung aus, alle Einlagen seien Publikumseinlagen. In Art. 3a Abs. 4 Bst. a–e BankV werden die Ausnahmen von diesem Grundsatz genannt. 19

Keine Publikumseinlagen sind einzig Einlagen von:

a) Banken

„in- und ausländischen Banken oder anderen staatlich beaufsichtigten Unternehmen“ (Art. 3a Abs. 4 Bst. a BankV). 20

Als ausländische Banken gelten Unternehmen, welche nach dem Recht des Staates, nach dem sie organisiert sind, befugt sind, Einlagen entgegenzunehmen. Ein Beispiel sonstiger staatlich beaufsichtigten Unternehmen sind Versicherungsgesellschaften. 21

b) Nahestehenden

„Aktionären oder Gesellschaften mit einer qualifizierten Beteiligung am Schuldner und mit ihnen wirtschaftlich oder familiär verbundenen Personen“ (Art. 3a Abs. 4 Bst. b BankV). 22

Qualifizierte Aktionäre, d.h. solche mit mehr als 10% der Stimmen oder des Kapitals (Art. 3 Abs. 2 Bst. c^{bis} BankG) und wirtschaftlich verbundene Personen (z.B. Mutter-, Tochter- oder Schwestergesellschaften) sind besonders nahestehend und müssen nicht wie das übrige Publikum behandelt werden. Im Gegensatz zum Publikum verfügen sie regelmässig über einen Informations- und Einflussvorsprung. 23

c) Institutionellen Anlegern

„institutionellen Anlegern mit professioneller Tresorerie“ (Art. 3a Abs. 4 Bst. c BankV). 24

Unter diese Kategorie von Anlegern, welche nicht dem Publikum gleichgesetzt werden, können je nach den konkreten Umständen z.B. Pensionskassen, Gemeinden, Industrie- oder Handelsbetriebe fallen. Die professionelle Tresorerie bedingt dabei mindestens eine fachlich ausgewiesene, im Finanzbereich erfahrene Person, welche hauptsächlich damit betraut ist, die Finanz- 25

mittel des Unternehmens dauernd zu bewirtschaften.

d) Vereine, Stiftungen oder Genossenschaften

„Einlegern bei Vereinen, Stiftungen oder Genossenschaften, sofern diese einen ideellen Zweck oder die gemeinsame Selbsthilfe verfolgen und in keiner Weise im Finanzbereich tätig sind“ (Art. 3a Abs. 4 Bst. d BankV). 26

Bei den Vereinen und Stiftungen kann es sich insbesondere um Sportvereine, Natur- oder Heimatschutzvereine, religiöse Stiftungen, Stiftungen zur Förderung von Wohneigentum oder Stiftungen für kulturelle Zwecke handeln. Unter den erwähnten Genossenschaften sind unter anderem Produktions-, Vertriebs-, Verkaufs- und Wohngenossenschaften oder auch landwirtschaftliche Genossenschaften zu verstehen. Der Kreis der Einleger ist nicht auf Mitglieder beschränkt. Hingegen gelten Einlagen als Publikumseinlagen, wenn sie bei Vereinen, Stiftungen oder Genossenschaften gemacht werden, deren Zweck oder Geschäftstätigkeit vorwiegend in der Entgegennahme und zinstragenden Anlage der Einlagen besteht. 27

Aufgehoben 27^{bis}

e) Arbeitnehmern

„Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen sowie pensionierten Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen bei ihrem Arbeitgeber“ (Art. 3a Abs. 4 Bst. e BankV). 28

Der zulässige Kreis der Anleger beschränkt sich damit auf tatsächlich in einem Arbeitsverhältnis stehende Personen (und Pensionierte gegenüber ihrem letzten Arbeitgeber), welche eine direkte Anlage beim Arbeitgeber tätigen. 29

Nicht durch Bst. e gestattet sind die Einlagen eines weiter reichenden Personenkreises, insbesondere der Angehörigen eines Arbeitnehmers (Ehegatten und Kinder) beim entsprechenden Arbeitgeber des Familienmitgliedes. Ebensovienig ist es zulässig, die Anlage bei einer anderen juristischen Person als dem Arbeitgeber zu tätigen (z.B. bei einer als Verein, Genossenschaft oder Stiftung konstituierten Vereinigung von Arbeitnehmern des gleichen Arbeitgebers), ausser der Arbeitgeber hafte für die Einlagen (siehe nachfolgend Rz 33). 30

IV. Ausnahmen vom Verbot der gewerbmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen

Neben den Banken dürfen gemäss Art. 3a Abs. 1 BankV noch folgende Institute Publikumseinlagen entgegennehmen: 31

- Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts
- sowie Kassen, für die sie vollumfänglich haften.

Der Grund für die Ausnahme solcher nicht von der FINMA überwachter Institute liegt in deren als mindestens gleichwertig betrachteten Solidität und der letztendlichen Haftung der öffentlichen Hand für deren Verpflichtungen. 32

Zusätzlich sind rechtlich vom Arbeitgeber selbständige Betriebseinlagekassen zulässig, wenn der gemeinsame Arbeitgeber der Einleger letzteren die Rückzahlung der Einlagen und die Zah- 33

lung der vereinbarten Zinsen garantiert.

Ebenfalls gestattet ist die Entgegennahme von Einlagen, wenn eine dem Bankengesetz unterstellte Bank die Rückzahlung der Einlagen und die Zahlung der vereinbarten Zinsen garantiert (Ausfallgarantie). 34

Aufgehoben 35

Aufgehoben 36

Aufgehoben 37