

Rundschreiben 2008/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“ – Teilrevision

Bericht über die Anhörung vom 1. September bis 16. Oktober 2017 zur Teilrevision des FINMA-RS 08/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“

7. Dezember 2017

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Kernpunkte..... | 3 |
| 1 Einleitung..... | 4 |
| 2 Eingegangene Stellungnahmen | 4 |
| 3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA | 5 |
| 3.1 <i>Sandbox</i> (Art. 6 Abs. 2–4 BankV) (FINMA-RS 08/3, Rz 8-8.5) | 6 |
| 3.1.1 <i>Sandbox</i> -Schwellenwert von 1 Million Schweizer Franken gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. a BankV (Rz 8.1) .. | 6 |
| 3.1.2 Begriffspaar „anlegen oder verzinsen“ / Getrennte Konten (Rz 8.2) | 7 |
| 3.1.3 Informationspflichten im Rahmen der <i>Sandbox</i> (Rz 8.3)..... | 9 |
| 3.1.4 Begriff der „gewerblich-industriellen Haupttätigkeit“ / Grundsätzliches Verbot von Finanzanlagen (Rz 8.4).. | 9 |
| 3.1.5 Überschreitung des <i>Sandbox</i> -Schwellenwertes von 1 Million Schweizer Franken (Rz 8.5)..... | 11 |
| 3.2 Abwicklungskonto-Ausnahme (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV) (FINMA-RS 08/3, Rz 16-16.2)..... | 12 |
| 3.2.1 Von der Abwicklungskonto-Ausnahme erfasste Geschäftsmodelle (Rz 16 und 16.2)..... | 12 |
| 3.2.2 Edelmetallhändler (Rz 16.1)..... | 15 |
| 4 Weiteres Vorgehen | 15 |

Kernpunkte

Vom 1. September bis 16. Oktober 2017 führte die FINMA eine Anhörung zum teilrevidierten FINMA-RS 08/3 durch. Die Teilrevision war aufgrund der Änderungen der BankV vom 5. Juli 2017 und deren Inkraftsetzung per 1. August 2017 nötig geworden.

Am Anhörungsentwurf wurden die folgenden *wesentlichen* Änderungen vorgenommen:

Hinsichtlich der Informationspflichten der Unternehmen gegenüber ihren Kunden im *Sandbox*-Bereich (Art. 6 Abs. 2 Bst. c BankV) wird im FINMA-RS 08/3, Rz 8.3, präzisiert, dass die individuelle Information der Kunden unter bestimmten Voraussetzungen auch über die Webseite des Unternehmens möglich ist.

In Bezug auf die Schwellenwertüberschreitung von 1 Million Schweizer Franken im *Sandbox*-Bereich (Art. 6 Abs. 4 BankV) wird im FINMA-RS 08/3, Rz 8.5 präzisiert, dass während der Meldefrist und der Frist zur Einreichung des Bewilligungsgesuchs sowie des Bewilligungsverfahrens kein Abbau von Publikumseinlagen erforderlich ist, das entsprechende Unternehmen aber bei der weiteren zulässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen weiterhin die Vorschriften von Art. 6 Abs. 2 Bst. b und c BankV einzuhalten hat.

Hinsichtlich der Abwicklungskonto-Ausnahme (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV) wurde ergänzt, dass wie die Devisenhändler auch die Kryptowährungshändler mit vergleichbarer Tätigkeit nicht unter diese Ausnahme fallen.

Das teilrevidierte FINMA-RS 08/3 tritt am 1. Januar 2018 in Kraft.

1 Einleitung

Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 5. Juli 2017 Änderungen der BankV¹ beschlossen. Diese sind per 1. August 2017 in Kraft getreten.

Die Änderungen und Neuerungen in der BankV umfassen insbesondere (i.) die Ausweitung der Frist zur Abwicklung von Kundengeschäften von früher praxisgemäss grundsätzlich max. 7 Arbeitstagen auf neu 60 Tage (*Abwicklungskonto-Ausnahme*; Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV) und (ii.) die Schaffung eines sog. bewilligungsfreien Innovationsraumes (*Sandbox*; Art. 6 Abs. 2–4 BankV), in welchem Publikumseinlagen bis zu einem Schwellenwert von höchstens 1 Million Schweizer Franken unter Einhaltung gewisser Informationspflichten gegenüber den Kunden entgegengenommen werden dürfen (die Verzinsung und Anlage der Einlagen ist dabei nur zur Finanzierung einer gewerblich-industriellen Haupttätigkeit erlaubt).

Die Anpassungen der BankV und deren Inkraftsetzung per 1. August 2017 erfordern eine Teilrevision des FINMA-RS 08/3², da das aktuell in Kraft stehende FINMA-RS 08/3 in den Rz 8 f. und 15 f. die bisher geltenden Bestimmungen zur Abwicklungskonto-Ausnahme und zur Gewerbsmässigkeit/Sandbox konkretisiert. Die Anpassungen in der BankV sind deshalb nun im FINMA-RS 08/3 im Sinne einer Teilrevision nachzuvollziehen und punktuell zu präzisieren.

Der Entwurf des teilrevidierten FINMA-RS 08/3 wurde vom 1. September bis zum 16. Oktober 2017 in die Anhörung gegeben.

2 Eingegangene Stellungnahmen

Folgende Institutionen haben an der Anhörung teilgenommen, der FINMA eine Stellungnahme eingereicht und waren mit deren Veröffentlichung einverstanden (in alphabetischer Reihenfolge):

- Association romande des intermédiaires financiers (ARIF)
- Association suisse des fabricants et commerçants de métaux précieux (ASFCMP)
- BitIncubator & Venture SA (BIV)
- CMS von Erlach Poncet AG (CMS)
- EXPERTsuisse

¹ Verordnung über die Banken und Sparkassen (SR 952.02) vom 30. April 2014.

² Rundschreiben der FINMA 2008/03 „Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes“ vom 1. Januar 2009.

- KUNZ COMPLIANCE
- Prager Dreifuss AG (Prager Dreifuss)
- Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg)
- Swiss FinTech Innovations (SFTI)
- Verband Schweizerischer Kantonalbanken (VSKB)³
- Vischer AG (Vischer)
- Walder Wyss AG, zusammen mit Switzerland AG (WalderWyss/SAG)

3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA

Die eingereichten Änderungsvorschläge betreffen bei der *Sandbox* (Art. 6 Abs. 2–4 BankV; Rz 8–8.5 FINMA-RS 08/3) Fragen und Anliegen

- zum Schwellenwert und dessen Überschreitung,
- zu den Begriffen „anlegen oder verzinsen“ und „gewerblich-industrielle Haupttätigkeit“
- sowie zu den Informationspflichten gegenüber Kunden und Anlegern.

Bei der *Abwicklungskonto-Ausnahme* (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV; Rz 16–16.2 FINMA-RS 08/3) wurden insbesondere

- Präzisierungen zu den von dieser Ausnahmebestimmung erfassten Geschäftsmodellen und
- eine verständlichere Formulierung hinsichtlich der Edelmetallhändler gewünscht.

Ferner wurden von den Anhörungsteilnehmern (redaktionelle) Anpassungen einzelner Rz des FINMA-RS 08/3 vorgeschlagen, welche allerdings keinen unmittelbaren Zusammenhang zu den per 1. August 2017 in Kraft getretenen BankV-Änderungen aufweisen. Grundsätzlich wurden diese Anpassungsvorschläge nicht berücksichtigt, da sie nicht Thema der vorliegenden, lediglich die revidierte BankV nachvollziehenden Teilrevision sind. Die Anliegen können unter Umständen in einer allfälligen späteren Totalrevision des FINMA-RS 08/3 berücksichtigt werden.

³ Der VSKB verweist vollumfänglich auf die Stellungnahme der SBVg.

3.1 *Sandbox* (Art. 6 Abs. 2–4 BankV) (FINMA-RS 08/3, Rz 8-8.5)

3.1.1 *Sandbox-Schwellenwert von 1 Million Schweizer Franken gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. a BankV* (Rz 8.1)

Stellungnahmen

Die ASFCMP sowie Vischer beantragen, dass der Begriff „Verbindlichkeiten“ in Rz 8.1 dahingehend präzisiert werde, dass es sich bei diesen nur um solche im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BankV bzw. um solche mit Publikumseinlagenqualität handle.

Die SBVg sowie der VSKB fordern, dass auch „etablierte“ Marktteilnehmer von der *Sandbox*-Ausnahme profitieren können. Es sei daher von einer konsolidierten Schwellenwertberechnung in Konzern- oder Gruppenverhältnissen abzusehen und Rz 8.1 mit dem entsprechend eingereichten Formulierungsvorschlag zu ersetzen.

Würdigung

Hinsichtlich des in Rz 8.1 verwendeten Begriffes „Verbindlichkeiten“ ergibt sich zwar aus den Umständen und der Systematik, dass es sich bei diesen um solche mit Publikumseinlagenqualität bzw. solche gemäss Art. 5 Abs. 1 BankV handeln muss. Zur Vermeidung allfälliger Missverständnisse spricht jedoch nichts dagegen, Rz 8.1 entsprechend den Anträgen zu präzisieren.

In Bezug auf die Berechnung des Schwellenwertes behält sich die FINMA vor, diese bei entsprechender Konstellation auf konsolidierter Basis vorzunehmen. Die FINMA lässt sich dabei vom in der *Enforcement*-Praxis angewendeten Gruppenbegriff leiten. Bei einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit kann ein gruppenweises Vorgehen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere dann vorliegen, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten oder aufgrund der Umstände davon auszugehen ist, dass koordiniert eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn ausgeübt wird.⁴ Falls zwischen einzelnen Personen oder Gesellschaften enge wirtschaftliche, organisatorische oder personelle Verflechtungen bestehen und vernünftigerweise einzig eine Gesamtbetrachtung den faktischen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird, ist eine einheitliche (wirtschaftliche) Betrachtungsweise angezeigt.⁵ Liegen zwischen Gruppen- oder Konzerngesellschaften allerdings keine engen wirtschaftlichen, organisatorischen oder personellen Verflechtungen vor, erfolgt die

⁴ BGE 136 II 43, E. 4.3.1.

⁵ BGE 136 II 43, E. 4.3.3.

Schwellenwertberechnung auf nichtkonsolidierter Basis. Das Vorliegen eines gruppenweisen Vorgehens ist einzelfallweise zu beurteilen.

Fazit

Rz 8.1 wird präzisiert: Als „Verbindlichkeiten“ im Sinne von Rz 8.1 sind nur solche mit Publikumseinlagenqualität gemäss Art. 5 Abs. 1 BankV zu verstehen.

3.1.2 Begriffspaar „anlegen oder verzinsen“ / Getrennte Konten (Rz 8.2)

Stellungnahmen

Die SBVg, SFTI und der VSKB beantragen, Rz 8.2 des Entwurfs des teilrevidierten FINMA-RS 08/3 sei zu streichen und mit dem eingereichten Formulierungsvorschlag⁶ zu ersetzen. Dieser hat zum Inhalt, dass unter dem Begriffspaar „anlegen und verzinsen“ das Aktivgeschäft gemeint sei, was bedeute, dass ein Kreditnehmer – unabhängig davon, ob es sich um ein Unternehmen oder einen Konsumenten handle – die Gelder nicht im Rahmen von Kreditverträgen weitergeben und dafür Zinsen verlangen, hingegen aber auf den entgegengenommenen Geldern Zinsen an die Gläubiger bezahlen dürfe. Auch die Stellungnahme der BIV beantragt, das Begriffspaar „anlegen und verzinsen“ sei in dem Sinne zu verstehen, als dass dieses sich auf die „Gewährung von aus den Einlagen finanzierten Krediten“ beschränke.

EXPERTsuisse schlägt ferner in ihrer Stellungnahme vor, dass die Rz 8.2 insoweit angepasst werde, als darin anstelle von „...getrenntes Konto einzurichten“ die Formulierung „...getrenntes *Bankkonto* einzurichten“ zu verwenden sei.

Würdigung

Hinsichtlich der Interpretation des Begriffspaares „anlegen/verzinsen“ ist vom klaren Wortlaut der BankV auszugehen, welcher verlangt, dass im *Sandbox*-Regime entgegengenommene Publikumseinlagen bei einer nicht hauptsächlich gewerblich-industriellen Tätigkeit „... weder an[ge]legt noch verzinst“ werden dürfen (Hervorhebungen hinzugefügt). Der primäre Zweck der *Sandbox* besteht darin, dass Fintech-Unternehmen ihre Geschäftsmodelle im limitierten Rahmen auf ihre konzeptionelle und ökonomische Wirksamkeit hin überprüfen und in diesem Rahmen Gelder entgegennehmen können, bevor sie sich für eine Bewilligung (Bankbewilligung oder Bewilli-

⁶ Der vom SBVg und der SFTI eingereichte Formulierungsvorschlag ist identisch. Die Stellungnahme des VSKB verweist vollumfänglich auf diejenige der SBVg.

gung im Sinne der neuen Bewilligungskategorie [Fintech-Bewilligung] gemäss Art. 1a^{bis} E-BankG) entscheiden müssen.⁷ Die *Sandbox* entspricht im Gesamtkonzept der Vorstufe zur Fintech-Bewilligung nach Art. 1a^{bis} E-BankG, bei welcher ebenso ein Anlage- und Verzinsungsverbot vorgesehen ist.⁸ Bei nicht hauptsächlich gewerblich-industriell tätigen Unternehmen ist die *Sandbox* somit nicht als Finanzierungsquelle, sondern als reines Testfeld konzipiert. Mit der Ausnahme für Unternehmen ausserhalb des Finanzbereichs, welche eine gewerblich-industrielle Haupttätigkeit verfolgen und in der Regel gerade nicht um eine Bankenbewilligung oder um die erwähnte Fintech-Bewilligung ersuchen werden, wollte der Verordnungsgeber mit der erlaubten Anlage oder Verzinsung unter dem *Sandbox*-Regime hingegen eine neue Finanzierungsquelle für KMU oder Startups erschliessen.⁹ Der Bundesrat begründet das Verbot, dass die Gelder von Unternehmen, die nicht hauptsächlich gewerblich-industriell tätig sind, nicht angelegt oder verzinst werden dürfen, mit den Ausfallrisiken, welchen die entgegengenommenen Gelder im *Sandbox*-Regime ohne Einlagensicherung unterliegen.¹⁰ Auch wenn die Einlagen der Kunden nicht mit Erträgen aus der Anlage der entgegengenommenen Gelder verzinst werden (bspw. mittels verzinsten Kreditvergabe der Einlagen an Dritte), entsteht beim Unternehmen allein aufgrund der Zinsverpflichtungen gegenüber den Kunden bzw. Einlegern ein erhöhtes Liquiditätsrisiko. Da die Einlagen bei den Unternehmen nicht auf konkursfesten, sondern nur auf von den Geschäftskonten getrennten Bankkonten gehalten werden müssen, bestehen für die Einleger mangels Einlagensicherung in der Insolvenz des Unternehmens erhöhte Ausfallrisiken. Insbesondere aufgrund des Wortlauts der BankV sowie der Ausführungen des Bundesrates in seinen Erläuterungen kann das Anlage- und Verzinsungsverbot im FINMA-RS 08/3 nicht nachträglich eingeschränkt werden.

Hinsichtlich des in Rz 8.2, zweiter Satz, verwendeten Begriffes „Konto“ ergibt sich zwar aus den Umständen und der Systematik, dass es sich bei diesem um ein *Bankkonto* (bzw. um eine vergleichbare Einrichtung für virtuelle Währungen) handeln muss. Zur Vermeidung allfälliger Missverständnisse spricht jedoch nichts dagegen, Rz 8.2 entsprechend zu präzisieren.

Fazit

Rz 8.2 wird angepasst: Das im 2. Satz verwendete Wort „Konto“ wird mit dem Begriff „Bankkonto“ ersetzt.

⁷ Eidgenössisches Finanzdepartement, Änderung der Bankenverordnung (Fintech), Erläuterungen, 5. Juli 2017 („**Erläuterungen BankV**“), S. 13.

⁸ Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG), Herbstsession des Nationalrats 2017, Beschluss des Nationalrates vom 13. September 2017, S. 220 f. (abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2015/20150073/N22%20D.pdf>).

⁹ Erläuterungsbericht, S. 24.

¹⁰ Erläuterungsbericht, S. 13.

3.1.3 Informationspflichten im Rahmen der *Sandbox* (Rz 8.3)

Stellungnahmen

Die ARIF, die BIV, CMS, Prager Dreifuss, die SBVg, SFTI, der VSKB sowie Vischer beantragen, die im FINMA-RS 08/3, Rz 8.3, enthaltenen Ausführungen zu den Informationspflichten der Unternehmen gegenüber ihren Kunden seien anzupassen oder ganz zu streichen. So wird einerseits geltend gemacht, die Verordnungsbestimmung (Art. 6 Abs. 2 Bst. c BankV) hinsichtlich der Informationspflichten würden genügen, weshalb es im FINMA-RS 08/3 dazu keine weiteren, einschränkenden Ausführungen mehr benötige. Andererseits wird eine Präzisierung von Rz 8.3 in Bezug auf die Kundeninformation via Webseite gewünscht.

Würdigung

Die Informationspflichten gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. c BankV, wonach im *Sandbox*-Bereich die Unternehmen ihre Kunden vor der Entgegennahme von Geldern über die fehlende Aufsicht durch die FINMA sowie die nicht vorhandene Einlagensicherung informieren müssen, bezwecken den Kunden- bzw. Anlegerschutz. Blosser Hinweise in den AGB oder nicht individualisierte Verweise dazu auf einer Webseite vermögen den in der BankV avisierten Kunden- bzw. Anlegerschutz nicht sicherzustellen, weshalb im FINMA-RS 08/3 Ausführungen dazu erforderlich sind. Die entsprechende Rz 8.3 wird im Sinne von verschiedenen Stellungnahmen allerdings insoweit präzisiert, als dass die Kunden bzw. Anleger auch via Webseiten individuell informiert werden können. Dabei muss die fehlende Aufsicht und Einlagensicherung den Kunden isoliert von anderen Informationen vor Überweisung der Gelder, d.h. bei Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts, in Text nachweisbarer Form zur Kenntnis gebracht werden, bspw. mittels *Pop-up*-Fenster, wobei der Kunde die Kenntnisnahme ausdrücklich zu bestätigen hat.

Fazit

Rz 8.3 wird präzisiert: Die Information des Kunden bspw. über die Webseite des Unternehmens ist zulässig, wenn ihm die fehlende Aufsicht und Einlagensicherung isoliert von anderweitigen Informationen in Text nachweisbarer Form angezeigt werden und er die Kenntnisnahme davon ausdrücklich bestätigt.

3.1.4 Begriff der „gewerblich-industriellen Haupttätigkeit“ / Grundsätzliches Verbot von Finanzanlagen (Rz 8.4)

Stellungnahmen

Die ASFCMP beantragt, der 1. Satz in Rz 8.4. sei insbesondere aufgrund von Widersprüchlichkeiten zum BankV-Text zu streichen. CMS schlägt vor,

der Begriff der „gewerblich-industriellen Tätigkeit“ sei im FINMA-RS 08/3 in anderem Sinne zu definieren, sodass sich auch Unternehmen, welche Finanzdienstleistungen erbringen würden, über die *Sandbox* finanzieren könnten. Andernfalls würden die Unternehmen, welche einer gewerblich-industriellen Haupttätigkeit nachgehen würden, bevorzugt. Walder Wyss/SAG beantragen, Rz 8.4 sei nach dem 1. Satz wie folgt zu ergänzen: „Die Finanzierung von anderen Dienstleistungen ist zulässig, ebenso die Finanzierung von nicht beruflichen Tätigkeiten. Die Einlage kann auch von einer natürlichen Person entgegengenommen werden.“

EXPERTsuisse führt aus, dass es im letzten Satz von Rz 8.4 heisse, dass „die Einlagen für die Finanzierung der gewerblich-industriellen Tätigkeit verwendet werden“ müssten, was „Investitionen mit den entgegengenommenen Einlagen in Finanzanlagen und -instrumente grundsätzlich [ausschliesse].“ EXPERTsuisse regt an, entweder das Wort „grundsätzlich“ zu streichen oder im FINMA-RS 08/3 in einer Fussnote oder im Anhörungsbericht Konstellationen aufzuzeigen, in welchen eine Anlage der Gelder ausnahmsweise zulässig sei.

Würdigung

In Bezug auf das *Sandbox*-Regime ist festzuhalten, dass dieses nicht das primäre Ziel hat, Unternehmen zu finanzieren (vgl. auch oben, Ziff. 3.1.2). Der Ordnungsgeber hat jedoch eine explizit auf Unternehmen mit gewerblich-industrieller Haupttätigkeit beschränkte Ausnahme vom Anlage- und Verzinsungsverbot gemacht. Diese Ausnahme kann nicht entgegen dem Ordnungstext erweitert werden. Zwar können Gelder im *Sandbox*-Bereich grundsätzlich auch von einer natürlichen Person aufgenommen werden, sie darf diese allerdings nur für ihre gewerblich-industrielle Tätigkeit verwenden, sofern sie diese verzinsen will. Die verzinsten Finanzierung von nicht beruflichen bzw. privaten Tätigkeiten ist somit ausgeschlossen. Die FINMA sieht vor diesem Hintergrund keinen Spielraum, vom Wortlaut der BankV sowie den Überlegungen des Bundesrates abzuweichen. Zwar ist nicht ersichtlich, inwiefern der 1. Satz von Rz 8.4 der BankV widersprechen sollte.¹¹ Allerdings kann die dort verwendete Negativabgrenzung unter Umständen missverstanden werden, indem davon ausgegangen wird, dass wenn ein Unternehmen oder eine natürliche Person keine Tätigkeit im Finanzbereich ausübt (vgl. dazu Art. 4 BankV), automatisch eine gewerblich-industrielle Tätigkeit vorliegt. Der 1. Satz von Rz 8.4 wird deshalb insoweit angepasst, als dieser beispielhaft aufzählt, dass insbesondere eine private Tätigkeit oder eine Tätigkeit im Finanzbereich (vgl. dazu Art. 4 BankV) nicht einer gewerblich-industriellen Tätigkeit im Sinne der BankV entspricht. Die

¹¹ Vgl. Stellungnahme ASFCMP.

Beurteilung, ob eine gewerblich-industrielle Tätigkeit vorliegt oder nicht, erfolgt einzelfallweise.¹²

Rz 8.4 führt aus, dass Gelder, welche von Unternehmen mit gewerblich-industrieller Haupttätigkeit aufgenommen werden, zwar verzinst, jedoch grundsätzlich nicht angelegt werden dürfen. Dies, weil die Gelder zur Finanzierung der gewerblich-industriellen Tätigkeit zu verwenden sind. Es ist allerdings denkbar, dass ein Unternehmen im Rahmen der gewerblich-industriellen Tätigkeit bspw. mit Finanzinstrumenten Währungsrisiken absichert. Bei diesem Beispiel dürfte eine Ausnahme vom Grundsatz vorliegen. Die FINMA klärt die Zulässigkeit allfälliger Investitionen in Finanzanlagen und -instrumente einzelfallweise ab.

Fazit

Der 1. Satz von Rz 8.4 wird insoweit angepasst, als dieser beispielhaft aufzählt, dass insbesondere eine private Tätigkeit oder eine Tätigkeit im Finanzbereich (vgl. dazu Art. 4 BankV) nicht einer gewerblich-industriellen Tätigkeit im Sinne der BankV entspricht.

3.1.5 Überschreitung des *Sandbox*-Schwellenwertes von 1 Million Schweizer Franken (Rz 8.5)

Stellungnahmen

EXPERTsuisse sieht Klärungsbedarf hinsichtlich der Frage, ob die den Schwellenwert von 1 Million Schweizer Franken überschreitenden Gelder während des Bewilligungsverfahrens abzubauen seien. Dies, weil Rz 8.5 verlange, dass auch während des Bewilligungsverfahrens die Vorgaben nach Art. 6 Abs. 2 BankV eingehalten werden, was auch den Schwellenwert von 1 Million Schweizer Franken umfasse.

Prager Dreifuss regt an, auf Rz 8.5 zurückzukommen und so auszugestalten, dass die FINMA im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände überprüfe, ob ein Verbot der weiteren Entgegennahme von Publikumseinlagen während des Bewilligungsverfahrens angezeigt sei. Dies im Unterschied zur aktuellen Formulierung, welche ein grundsätzliches Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen als Regel mit Ausnahmevorbehalt vorsehe.

Würdigung

Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 4 BankV sieht nicht explizit vor, dass die den Schwellenwert von 1 Million Franken überschreitenden Einlagen während des Bewilligungsverfahrens vom Gesuchsteller abzubauen sind. Rz 8.5 ist

¹² Vgl. dazu auch den Erläuterungsbericht zur Teilrevision des FINMA-RS 08/3 vom 1. September 2016, S. 6.

deshalb dahingehend zu präzisieren, dass während der Meldefrist und der Frist zur Einreichung des Bewilligungsgesuches sowie während des Bewilligungsverfahrens bei einer zulässigen weiteren Entgegennahme von Publikumseinlagen die Bedingungen von Art. 6 Abs. 2 Bst. b und c BankV (Informationspflichten; Anlage- und Verzinsungsverbot, soweit einschlägig) einzuhalten sind.

Art. 6 Abs. 4 BankV hält fest, dass die FINMA einem Gesuchsteller die weitere Entgegennahme von Publikumseinlagen bis zum Entscheid über das Bewilligungsgesuch untersagen kann, sofern es der Schutzzweck des BankG gebietet, womit der Bundesrat der FINMA ein Ermessen einräumt. In Rz 8.5 erläutert die FINMA im Sinne von Transparenz und Gleichbehandlung der Marktteilnehmer, wie sie unter Berücksichtigung des Kunden- und Anleger-schutzes dieses Ermessen ausübt: Der Gesuchsteller hat der FINMA insbesondere darzulegen, dass die bisher entgegengenommenen Einlagen dauernd und liquide vorhanden sind, er nicht überschuldet ist und die Mindestkapitalanforderungen für die ersuchte Bewilligung nach BankG erfüllt werden können. Diese Voraussetzungen für die Erlaubnis zur weiteren Entgegennahme von Publikumseinlagen dienen *Sandbox*-Teilnehmern als Anreiz, im Interesse des Kundenschutzes vorausschauend zu planen und die notwendigen Schritte für den Erhalt einer Bewilligung nach BankG frühzeitig vor Erreichen des Schwellenwertes einzuleiten. Insbesondere verhindern diese Kriterien die weitere Entgegennahme von Publikumseinlagen über den Schwellenwert hinaus, wenn gar keine ernsthaften Absichten zur Erlangung einer Bewilligung nach BankG bestehen.

Fazit

Rz 8.5 wird angepasst: Während der Meldefrist und der Frist zur Einreichung des Bewilligungsgesuchs sowie während des Bewilligungsverfahrens ist kein Abbau von Publikumseinlagen erforderlich, sofern Art. 6 Abs. 4 BankV nicht verletzt ist. Bei der weiteren zulässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen sind aber Art. 6 Abs. 2 Bst. b und c BankV weiterhin einzuhalten.

3.2 Abwicklungskonto-Ausnahme (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV) (FINMA-RS 08/3, Rz 16-16.2)

3.2.1 Von der Abwicklungskonto-Ausnahme erfasste Geschäftsmodelle (Rz 16 und 16.2)

Stellungnahmen

Die ARIF verlangt, dass die Abwicklungskonto-Ausnahme so weit als möglich ausgedehnt werde und sich nicht auf Geschäftsmodelle mit Weiterleitungscharakter wie bspw. *Money Transmitting*, *Crowdfunding* oder Inkasso beschränke. Diese Liste sei zu eng gefasst: Neue Fintech-Dienstleistungen

wie Online-Zahlungen¹³ und -Auktionen¹⁴, Zahlungssysteme¹⁵ sowie *Escrow Agent*¹⁶-Dienstleistungen müssten auch gefördert werden. KUNZ COMPLIANCE beantragt vor dem Hintergrund des Bundesgerichtsurteils 2C_346/2015 vom 24. November 2015 eine Klarstellung, welche Geschäftsmodelle neben dem *Crowdfunding* von der Abwicklungskonto-Ausnahme profitieren könnten bzw. ob sich bspw. auch Herausgeber von E-Geld auf die Ausnahme berufen können. Dies, weil das Bundesgericht im erwähnten Entscheid die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV auf die reine Vermittlung von Geldern verweigert habe. Im Erläuterungsbericht zum FINMA-RS 08/3 (Anhörungsvorlage) führe die FINMA nun aber im Unterschied zur Rechtsprechung des Bundesgerichts aus, dass die Abwicklungskonto-Ausnahme gemäss Willen des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers auch Geschäftsmodelle mit Weiterleitungscharakter wie bspw. *Money Transmitting*, *Crowdfunding* oder Inkasso erfasse. Es werde somit nicht nur explizit die Frist von Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV verlängert, sondern implizit die Anwendung der Abwicklungskonto-Ausnahme auch auf reine Vermittler von Zahlungen wie *Crowdfunding*-Plattformen und E-Geld-Herausgeber ausgedehnt. KUNZ COMPLIANCE beantragt ferner Ausführungen dazu, weshalb im Rahmen des Inkassos entgegengenommene Gelder als Publikumseinlagen qualifizieren würden. Dies, weil das Inkassogeschäft bisher nicht im FINMA-RS 08/3 erwähnt und dem GwG und BankG nicht unterstellt gewesen sei. Beim Inkasso habe der Dienstleister gegenüber dem Schuldner, welcher wirtschaftlich an den Vermögenswerten berechtigt sei, keine Rückzahlungsverpflichtung. Die gleichen Überlegungen würden auch auf das *Money Transmitting* zutreffen. Die SBVg beantragt, eine neue Rz 16^{bis} bzw. 16.1 einzufügen, welche sinngemäss beinhaltet, dass Abwicklungskonten nicht zu Zahlungsverkehrszwecken benützt werden dürfen.

Die BIV führt aus, dass in Anwendung und im Sinne der revidierten Abwicklungskonto-Ausnahme Kundenguthaben von mehr als 1 Million Schweizer Franken nicht als Einlagen gelten würden, soweit das Kundengeschäft innerhalb von 60 Tagen abgewickelt werde. Bei Kryptowährungs-Plattformen könnten Aufträge für die Abwicklung von Geschäften im Umfang von mehr als 1 Million Schweizer Franken eingehen. Angesichts des noch beschränkten Marktvolumens der Kryptowährungen würde die grösstenteils von den Kunden ausgeführten Geschäfte innert kurzer Zeit nicht gerechtfertigte Kursbewegungen bei den entsprechend gehandelten Kryptowährungen zur Folge haben. Es müsse deshalb den Kryptowährungs-Plattformen erlaubt sein, diese Geschäfte über den Zeitraum von 60 Tagen abzuwickeln. Dies im Unterschied zur bisherigen Praxis der FINMA von 7 Tagen bei den Effekten- und Devisenhändlern, welche an einem liquiden Markt tätig seien.

¹³ Paiement en ligne.

¹⁴ Enchères en ligne.

¹⁵ Centrales d'achat.

¹⁶ „Tiers de confiance“.

Würdigung

Der Bundesrat erklärt die Abwicklungskonto-Ausnahme bei der Vermittlung von Geldern bzw. bei der „reinen Geld- und Wertübertragung“ wie insbesondere bei *Crowdfunding*-Plattformen oder *Money Transmittern* für anwendbar.¹⁷ Im Bereich neuartiger Zahlungsdienstleistungen (bspw. *Mobile Payment* mit *Peer-to-Business*-Element bzw. Zweckgebundenheit der Gelder zum Erwerb von Waren/Bezug von Dienstleistungen) kann ferner die Ausnahme nach Art. 5 Abs. 3 Bst. e BankV zur Anwendung gelangen.¹⁸ Die im FINMA-RS 08/3, Rz 16, gemachten Ausführungen, wonach auch Geschäftsmodelle mit Weiterleitungscharakter wie bspw. *Money Transmitting*, *Crowdfunding* oder Inkasso erfasst sind, sind somit vom BankV-Text und dem Willen des Verordnungsgebers ausdrücklich gedeckt.¹⁹ Dies entspricht im Übrigen auch der bisherigen FINMA-Praxis.²⁰ Die Abwicklungskonto-Ausnahme ist somit auf eine Vielzahl von Geschäftsmodellen, auch im *Mobile Payment*-Bereich bei der Herausgabe von Zahlungsmitteln bzw. beim Betrieb eines Zahlungssystems, anwendbar. Können die Voraussetzungen der Abwicklungskonto-Ausnahme (insbesondere die Abwicklungsfrist) nicht eingehalten werden, kann unter Umständen die Ausnahme gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. e BankV²¹ greifen, bei welcher insbesondere das Guthaben der Nutzer auf 3'000 Schweizer Franken beschränkt ist.²²

Um Missverständnisse zu vermeiden, sei darauf hingewiesen, dass auch gewerbsmässig entgegengenommene Beträge von unter 1 Million Schweizer Franken als Publikumseinlagen qualifizieren, sofern die *Sandbox*-Voraussetzungen nicht erfüllt sind, was eine Bewilligungspflicht nach BankG auslöst. Auch Beträge von unter 1 Million Schweizer Franken können deshalb in den Anwendungsbereich der Abwicklungskonto-Ausnahme fallen. Ferner trifft es nicht zu, dass die Abwicklungskonto-Ausnahme auf Devisenhändler anwendbar ist. Diese wurden aufgrund schädlicher Handlungsformen zu Lasten von Kleinanlegern mit der Änderung der BankV vom 1. April 2008 explizit aus der Ausnahmebestimmung gestrichen.²³ Die entsprechende Änderung der BankV wurde von der EBK bzw. FINMA im EBK-RS 96/4 bzw. FINMA-RS 08/3 in Rz 16.2 nachvollzogen. Soweit Kryptowäh-

¹⁷ Erläuterungen BankV, S. 9.

¹⁸ Erläuterungen BankV, S. 9.

¹⁹ Die Aufzählung der in Rz 16 erwähnten Geschäftsmodelle ist nicht abschliessend.

²⁰ Hinsichtlich des Inkassos ist übrigens schon die damalige Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei von der Anwendbarkeit Abwicklungskonto-Ausnahme ausgegangen. Vgl. Praxis der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei zu Art. 2 Abs. 3 GwG, 29. Oktober 2008, S. 31 (Fn. 94) (abrufbar unter: https://www.finma.ch/FinmaArchiv/gwg/d/dokumentationen/publikationen/gwg_auslegung/pdf/59402.pdf).

²¹ Vgl. dazu FINMA-RS 08/3, Rz 18.1.

²² Vgl. zum Ganzen: DANIEL FLÜHMANN/PETER CH. HSU/TIFFANY ENDER, Regulation of Electronic Payment Service Providers in Switzerland – An Overview with a Focus on Retail Payment Services, GesKR 1/2017, S. 5 f.

²³ Vgl. dazu Medienmitteilung EFD vom 14. März 2008, Unterstellung der Kunden-Devisenhändler unter das Bankengesetz (abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-17808.html>).

rungshändler bzw. -plattformen unter Berücksichtigung des Anlegerschutzgedankens mit der Devisenhändlertätigkeit vergleichbare Tätigkeiten ausüben, fallen Kryptowährungshändler bzw. -plattformen im Sinne des Gleichheitsgebots und der Technologieneutralität wie der Devisenhändler nicht unter die Abwicklungskonto-Ausnahme.²⁴ Rz 16.2 ist dementsprechend anzupassen. Ob die Tätigkeit eines Kryptowährungshändlers bzw. einer Kryptowährungsplattform mit derjenigen eines Devisenhändlers vergleichbar ist, überprüft die FINMA mit Blick auf den Anlegerschutz einzelfallweise.

Fazit

Es werden an Rz 16 keine Anpassungen vorgenommen. Rz 16.2 wird insoweit ergänzt, als dass Kryptowährungshändler bzw. -plattformen, welche mit der Devisenhändlertätigkeit vergleichbare Tätigkeiten ausüben, nicht unter die Abwicklungskonto-Ausnahme fallen.

3.2.2 Edelmetallhändler (Rz 16.1)

Stellungnahme

Die ASFCMP beantragt, Rz 16.1 sei anders zu formulieren, und reicht dazu einen entsprechenden Formulierungsvorschlag ein.

Würdigung

Der in Rz 16.1 neu eingefügte Satz übernimmt lediglich – im Sinne der Teilrevision des FINMA-RS 08/3 – die in Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV neu vorgesehene Frist von 60 Tagen, welche auch für Edelmetallhändler gilt. Eine Anpassung der Formulierung gemäss Antrag ASFCMP drängt sich nicht auf.

Fazit

Rz 16.1 wird nicht angepasst.

4 Weiteres Vorgehen

Das teilrevidierte FINMA-RS 08/3 wird auf den 1. Januar 2018 in Kraft gesetzt.

²⁴ Vgl. zur Devisenhändlertätigkeit ausführlich der Erläuterungsbericht der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK; heute FINMA) zur Änderung von Art. 3a Abs. 3 (heute Art. 5 Abs. 3 Bst. c) Bankenverordnung, Devisenhändler, November 2007.