

FINMA-Rundschreiben 2008/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“ und 2013/3 „Prüfwesen“

**Bericht über die Anhörung vom 15. März 2019 bis 15. Mai 2019
zu den Entwürfen der teilrevidierten FINMA-RS 08/3 „Publi-
kumseinlagen bei Nichtbanken“ und 13/3 „Prüfwesen“**

26. Juni 2019

Inhaltsverzeichnis

Kernpunkte.....	3
1 Einleitung.....	4
2 Eingegangene Stellungnahmen	4
3 Ergebnisse der Anhörung zum FINMA-RS 08/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“ und Beurteilung durch die FINMA.....	5
3.1 Auslegung des Begriffs Zinsdifferenzgeschäft (Art. 6 Abs. 2 Bst. b BankV; Rz 9.1-9.3 des Anhörungsentwurfs).....	5
3.2 Gewährleistung Übergang von Sandbox zur Fintech-Bewilligung (Art. 6 Abs. 2 Bst. b BankV; Rz 8.5 Ziff. 4 FINMA-RS 08/3)	7
4 Ergebnisse der Anhörung zum FINMA-RS 13/3 „Prüfwesen“ und Beurteilung durch die FINMA	8
4.1 Präzisierungen zur Risikoanalyse und Prüfstrategie	8
4.2 Einreichfristen und Genehmigung der Prüfstrategie	9
5 Auswirkungen	10
6 Weiteres Vorgehen	10

Kernpunkte

1. Aufgrund der Rückmeldungen aus der Anhörung verzichtet die FINMA darauf, ihre Aufsichtspraxis zum Begriff des Zinsdifferenzgeschäfts nach Art. 6 Abs. 2 Bst. b BankV mittels Rundschreiben zu kodifizieren.
2. Das Prüfwesen für Personen nach Art. 1 b BankG lehnt sich an das Prüfwesen bei Banken und Effekthändler an. Dabei werden sowohl bei der Risikoanalyse als auch bei der Prüfstrategie die Erleichterungen für Institute mit Fintech-Bewilligung berücksichtigt.
3. Die revidierten Rundschreiben treten am 1. Juli 2019 in Kraft.

1 Einleitung

Vom 15. März bis 15. Mai 2019 führte die FINMA eine öffentliche Anhörung zur Teilrevision der Rundschreiben 2008/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“ und 2013/3 „Prüfwesen“ durch.

Der vorliegende Bericht geht in allgemeiner und zusammengefasster Form auf die eingegangenen Stellungnahmen der Anhörungsteilnehmer zu den Anhörungsentwürfen ein und erläutert, wo angebracht, einzelne Bestimmungen.

2 Eingegangene Stellungnahmen

Folgende Personen und Institutionen haben an der Anhörung teilgenommen und sich nicht gegen eine Publikation ihrer Stellungnahme ausgesprochen (in alphabetischer Reihenfolge):

Teilrevision Rundschreiben 2008/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“

- Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (RAB)
- EXPERTsuisse AG (EXPERTsuisse)
- Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg)
- Swiss Fintech Innovations (SFTI)
- Verband Schweizerischer Kantonalbanken (VSKB)
- VISCHER AG
- Walder Wyss AG, zusammen mit Switzerland AG (walderwyss/SAG)

Teilrevision Rundschreiben 2013/3 „Prüfwesen“

- Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (RAB)
- esisuisse – Einlagensicherung (esisuisse)
- EXPERTsuisse AG (EXPERTsuisse)
- Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg)
- Swiss Fintech Innovations (SFTI)

3 Ergebnisse der Anhörung zum FINMA-RS 08/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“ und Beurteilung durch die FINMA

Von den Anhörungsteilnehmern wurden vereinzelt Anpassungen von Randziffern des FINMA-RS 08/3 vorgeschlagen, welche keinen unmittelbaren Zusammenhang mit den am 1. April 2019 in Kraft getretenen Änderungen der Bankenverordnung (BankV; SR 952.02) betreffend Sandbox und damit der vorliegenden Anhörung aufweisen. Darüberhinausgehende Stellungnahmen wurden zur Kenntnis genommen, werden an dieser Stelle aber nicht vertieft.

3.1 Auslegung des Begriffs Zinsdifferenzgeschäft (Art. 6 Abs. 2 Bst. b BankV; Rz 9.1-9.3 des Anhörungsentwurfs)

Stellungnahmen

SBVg, VSKB sowie SFTI rügen, dass die FINMA ihre Kompetenzen überschreite, indem sie den Begriff des Zinsdifferenzgeschäfts abweichend von den Ausführungen im erläuternden Bericht zur Teilrevision der BankV¹ auslege. Die Definition der FINMA sei ferner unklar und führe zu unnötigen Abgrenzungsschwierigkeiten sowie in der Praxis kaum lösbaren Problemen. Das Aktivgeschäft solle einzig als „Vergabe von Krediten unter Verwendung von Einlagen“ verstanden und definiert werden.

SFTI gibt darüber hinaus zu bedenken, dass es in der Sandbox möglich sein müsse, entgegengenommene Einlagen beispielsweise auf zinstragenden Konten zu halten. Umso mehr könnten der Bundesrat und das Parlament bei der Definition des Aktivgeschäfts nur die Vergabe von Krediten unter Verwendung der Einlagen aus dem Passivgeschäft verstanden haben.

VISCHER bringt vor, dass die vorgeschlagene Formulierung, wonach es genügen soll, wenn bei der Anlage ein bestimmter oder bestimmbarer Zins vereinbart wird, in der Praxis zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen dürfte und damit das Auslegungsrisiko auf den Rechtsanwender übertragen werde. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise könne typischerweise bei den meisten Anlagen ein Zins bestimmt werden. Die Ausführung in Rz 9.2 solle sich auf die Grunddefinition des Zinsdifferenzgeschäfts beschränken. Vor diesem Hintergrund solle auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise verzichtet und festgehalten werden, dass ein Zinsdifferenzgeschäft insbesondere dann vorliegt, wenn bei der Anlage (Aktivgeschäft) der entgegengenommenen verzinsten Einlagen „bei Vertragsschluss“ ein bestimmter Zins vereinbart werde.

walderwyss/SAG regen eine Ergänzung durch die Definition des Passivgeschäfts an. Demnach könne ein Zinsdifferenzgeschäft insbesondere dann

¹ Erläuterungen Revision Bankenverordnung (BankV) „Fintech-Bewilligung“ des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD vom 30. November 2018, S. 5 und S. 11.

vorliegen, wenn bei der Anlage (Aktivgeschäft) der entgegengenommenen verzinsten Einlagen ein bestimmter oder bestimmbarer Zins vereinbart oder erzielt und die Anlage durch die Entgegennahme von Publikumseinlagen refinanziert wird (Passivgeschäft).

Die RAB beantragt neben den in Rz 9.1 des Anhörungsentwurfs genannten und vom Aktivgeschäft erfassten Anlagemöglichkeiten (Kredite) eine weitergehende Spezifikation der wesentlichsten Anlagemöglichkeiten, während EXPERTsuisse um die Aufnahme von konkretisierenden Erläuterungen aus dem Erläuterungsbericht ersucht, wonach die Verwendung der Einlagen für die gewerblich-industrielle Tätigkeiten und den Privatkonsum nicht unter den Begriff des Zinsdifferenzgeschäfts fallen.

Würdigung

Mit ihren Rundschreiben kodifiziert die FINMA ihre Aufsichtspraxis zu auslegungsbedürftigen Bestimmungen des Aufsichtsrechts, sofern ein entsprechender Bedarf besteht. Sie gibt sich damit einerseits selbst Vorgaben für die Ermessensausübung und erhöht andererseits die Rechtssicherheit für die Rechtsanwender.

Mit der vorgeschlagenen Auslegung hat die FINMA ihr generelles Verständnis vom Fachbegriff Zinsdifferenzgeschäft wiedergegeben, wonach ein Zinsdifferenzgeschäft insbesondere dann vorliegt, wenn bei der Anlage der entgegengenommenen verzinsten Einlagen ein bestimmter oder bestimmbarer Zins vereinbart wird.

Offensichtlich ist, dass der Begriff des Zinsdifferenzgeschäfts generell und im vorliegenden Kontext der Sandbox-Ausnahme unterschiedlich verstanden werden kann und insofern auslegungsbedürftig ist. Die FINMA nimmt aber zur Kenntnis, dass die Mehrheit der Anhörungsteilnehmer die Ansicht vertritt, dass der FINMA bei der Auslegung des Begriffs Zinsdifferenzgeschäft hier kein Auslegungsspielraum verbleibe, da der Wille des Verordnungsgebers eindeutig feststehe. Nach dieser Ansicht fehlt es konsequenterweise auch an der Grundlage, die Auslegung dieses Begriffes auf Stufe FINMA-Rundschreiben zu kodifizieren.

Aus Sicht der FINMA kann auf eine Definition des Zinsdifferenzgeschäfts i.S.v. Art. 6 Abs. 2 Bst. b BankV sowie auf eine Auflistung von Beispielen auf Rundschreibenstufe verzichtet, und dieser Begriff auf dem Weg der Aufsichts- resp. allenfalls Gerichtspraxis einer Klärung zugeführt werden. Insbesondere anerkennt die FINMA, dass das FINMA-RS 08/3 nicht zwingend das geeignete Gefäss für eine Definition des Zinsdifferenzgeschäfts, eines zentralen Begriffs des Finanzmarktrechts, darstellt.

Fazit

Die Ausführungen des Anhörungsentwurfs zur Auslegung des Zinsdifferenzgeschäfts nach Art. 6 Abs. 2 Bst. b BankV (Rz 9.1 bis 9.3) werden ersatzlos gestrichen.

3.2 Gewährleistung Übergang von Sandbox zur Fintech-Bewilligung (Art. 6 Abs. 2 Bst. b BankV; Rz 8.5 Ziff. 4 FINMA-RS 08/3)

Stellungnahmen

SBVg, VSKB sowie SFTI rügen, dass ab dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung für eine Fintech-Bewilligung die entgegengenommenen Publikums-einlagen nicht mehr verzinst oder angelegt werden dürfen. Dies führe zur absurden Konsequenz, dass Fintech-Unternehmen, die ihr zinsgewährendes Geschäftsmodell in der Sandbox erfolgreich getestet haben, dieses ab dem Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zufolge dem bei der Fintech-Bewilligung geltenden Verzinsungsverbot ändern müssen.

Würdigung

Die Vorbringen der SBVg sowie des VSBK und der SFTI sind zutreffend, wenn sie monieren, dass die Einlagen ab Einreichung eines Fintech-Bewilligungsgesuchs nicht mehr verzinst werden und das getestete Geschäftsmodell, sofern es ein Anlegen oder Verzinsen umfasst, womöglich geändert werden muss. Die Möglichkeit der Verzinsung der entgegengenommenen Einlagen im Rahmen der Bestimmung von Art. 6 Abs. 2 BankV führt dazu, dass ein entsprechendes Geschäftsmodell im Anwendungsbereich einer all-fälligen Fintech-Bewilligung nicht weitergeführt werden darf, da im Rahmen dieser Publikums-einlagen weder angelegt noch verzinst werden dürfen (Art. 1b Abs. 1 Bst. b BankG). Diese Divergenz zwischen der Sandbox und der Fintech-Bewilligung ist jedoch im übergeordneten Recht angelegt und kann im Rahmen des FINMA-RS 08/3 nicht durch Auslegung behoben werden.

Fazit

Rz 8.5 Ziffer 4 des Anhörungsentwurfs wird nicht angepasst.

4 Ergebnisse der Anhörung zum FINMA-RS 13/3 „Prüfweisen“ und Beurteilung durch die FINMA

4.1 Präzisierungen zur Risikoanalyse und Prüfstrategie

Stellungnahmen

EXPERTsuisse kritisiert hinsichtlich der Prüfstrategie den globalen Verweis auf die besonderen Bestimmungen für die Prüfung von Banken und Effekthändler. Es sei insbesondere nicht klar, wie die bei Banken vorgesehene Differenzierung nach verschiedenen Kategorien bei der Fintech-Bewilligung umzusetzen sei. Ebenfalls solle die Formulierung zur Bestätigung der Publikumseinlagen konkretisiert werden. Anstelle des Vorhandenseins der Publikumseinlagen, sei die korrekte Verwahrung gemäss Art. 14f BankV unabhängig einer möglichen reduzierten Prüfkadenz jährlich zu bestätigen. Im Prüfgebiet „Einhaltung von Reporting- und Meldepflichten“ seien Art. 6 BankG und 32 BankV für Personen nach Art. 1b BankG nicht anwendbar. Die Offenlegung richte sich nach Art. 958e des Obligationenrechts (OR; SR 220). Des Weiteren verlangt EXPERTsuisse einen Hinweis in der Risikoanalyse, welche Bestimmungen (z.B. aus FINMA-Rundschreiben) gemäss Bewilligungsverfügung für den einzelnen Beaufsichtigten anwendbar sind. Die Stellungnahme sieht zudem folgende zwei Anpassungen in den Anhängen 21 und 22 vor:

- Anstelle des generellen Verweises auf FINMA-Rundschreiben 08/21 Rz 117-138 sei das Prüfgebiet bzw. –feld "Operationelle Risiken" mit den tatsächlich enthaltenen Vorgaben abzustimmen, oder der generelle Verweis auf die qualitativen Anforderungen zu löschen und durch den Verweis auf Art. 14e BankV zu ersetzen;
- Aufnahme des Prüfgebiets bzw. –felds „Publikumseinlagen auf Gruppenstufe“ basierend auf Art. 24a BankV.

Die RAB vertritt bezüglich der Formulierung zur Bestätigung der Publikumseinlagen dieselbe Meinung wie EXPERTsuisse. Sie erwähnt explizit die Notwendigkeit einer jährlichen Prüfung der Publikumseinlagen. Die Mindestkapitalanforderungen gemäss Art. 17a Abs. 1 bzw. 2 BankV sollen ebenfalls einer jährlichen Prüfung unterliegen.

SFTI, SBVg und esisuisse erachten eine regelmässige, typischerweise jährliche Prüfung der Einhaltung der Informationspflichten für angemessen.

Würdigung

Aktuell sieht die FINMA für Personen nach Art. 1b BankG keine Kategorisierung vor, weshalb die Verweise auf die besonderen Bestimmungen für die Prüfung von Banken und Effekthändler präzisiert werden. Ebenfalls wird

die Bestätigung im Zusammenhang mit den Publikumseinlagen entsprechend den Vorschlägen von EXPERTsuisse, RAB, SBVg und SFTI in dem Sinne präzisiert und erweitert, dass ebenfalls die Einhaltung der Informationspflichten betreffend fehlender Einlagenprivilegierung jährlich zu bestätigen ist.

Der Umfang des Prüfgebiets bzw. –felds „Einhaltung von Reporting- und Meldepflichten“ wird auf die Art. 8a und 20 BankV beschränkt. Bezüglich Offenlegung und Einreichung der Jahresrechnung sind Art. 958e OR sowie Art. 29 FINMAG ausreichend. Die weiter vorgeschlagenen Anpassungen in den Anhängen 21 und 22 für das Prüfgebiet bzw. –feld "Operationelle Risiken" werden mit einer Beschränkung auf die für kleine Institute anwendbaren Randziffern sowie der Ergänzung des Art. 14e BankV präzisiert. Das Prüfgebiet bzw. –feld "Publikumseinlagen auf Gruppenstufe" wird in den Anhängen 21 und 22 ergänzt.

Auf den Hinweis in der Risikoanalyse, welche Bestimmungen gemäss Bewilligungsverfügung für den einzelnen Beaufsichtigten anwendbar sind, wird verzichtet. Die FINMA verzichtet zudem auf eine Anpassung der Prüfperiodizität der Mindestkapitalanforderungen, wie sie von der RAB vorgeschlagen wird. Sie wird in prüffreien Jahren eigene Plausibilisierungen vornehmen.

Fazit

Die entsprechenden Präzisierungen und Verweise werden im FINMA-RS 13/3 sowie in den Anhängen 21 und 22 angebracht.

4.2 Einreichfristen und Genehmigung der Prüfstrategie

Stellungnahmen

In Anbetracht des dynamischen Umfelds der Fintech-Branche erachtet die RAB die Einreichfrist für die Risikoanalyse, Prüfstrategie und Berichterstattung als zu lange. Es wird eine Frist von maximal vier Monaten nach Jahresabschluss (analog Banken) vorgeschlagen, damit die FINMA zeitnah reagieren könne und die Prüfgesellschaften verpflichtet seien, die Risikoanalyse neun Monate nach Abschluss des vorangegangenen Geschäftsjahres nochmals zu überarbeiten. Falls sich daraus eine Änderung der Prüfstrategie ergeben sollte, wäre der FINMA eine geänderte Prüfstrategie einzureichen. Dieses Vorgehen zwingt die Prüfgesellschaften, sich mit geänderten Rahmenbedingungen und Veränderungen in der Geschäftstätigkeit stetig auseinanderzusetzen und ermögliche der FINMA eine zeitnahe Intervention, sollten neue Erkenntnisse aus der Risikoanalyse auftreten.

Aus Gründen der Rechtssicherheit solle von einer impliziten Genehmigung der Prüfstrategie (Rz 148.7) Abstand genommen werden, da nicht klar sei,

ob eine Rückmeldung der FINMA zur Prüfstrategie erfolgte oder sie stillschweigend genehmigt wurde.

Würdigung

Die FINMA teilt die Auffassung der RAB. Um im dynamischen Umfeld der Fintech-Branche zeitnaher reagieren zu können, werden daher die Fristen für die Einreichung der Risikoanalyse, der Prüfstrategie und der aufsichtsrechtlichen Berichterstattung auf 4 Monate nach Abschluss des Geschäftsjahres festgelegt.

Bezüglich der impliziten Genehmigung wurde der Wortlaut aus den besonderen Bestimmungen für die Prüfung von Banken und Effekthändler, Finanzmarktinfrastrukturen sowie nach KAG übernommen. Wobei bei den beiden erstgenannten ebenfalls eine Frist von 2 Monaten gilt. Im KAG-Bereich liegt die Frist bei 3 Monaten.

Fazit

In den Rz 148.5–148.7 werden entsprechende Anpassungen vorgenommen.

5 Auswirkungen

Primär wird auf die dargestellten Auswirkungen in den Erläuterungsberichten vom 15. März 2019² sowie die dortigen Verweisungen auf die Regulierungsfolgenabschätzungen auf Bundesebene verwiesen.

Die nach Anhörung vorgenommen, untergeordneten Anpassungen ändern die dort dargestellten Auswirkungen grundsätzlich nicht.

6 Weiteres Vorgehen

Die Anpassungen des FINMA-Rundschreibens 08/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“ und 13/3 „Prüfwesen“ inklusive den Anhängen 21 und 22 treten am 1. Juli 2019 in Kraft.

² <https://www.finma.ch/de/dokumentation/anhoerungen/abgeschlossene-anhoerungen/2019/>