



## Association Romande des Intermédiaires Financiers

Rue de Rive 8 - Case postale 3178 - 1211 Genève 3  
Tél. 022 310 07 35 - Fax 022 310 07 39 - [www.arif.ch](http://www.arif.ch) - e-mail: [info@arif.ch](mailto:info@arif.ch)  
CHE-101.192.434 TVA

Autorité fédérale de surveillance des  
marchés financiers FINMA  
Laupenstrasse 27  
CH-3003 Berne  
À l'attention de M. Dominik LEIMGRUBER  
Et par courrier électronique :  
[dominik.leimgruber@finma.ch](mailto:dominik.leimgruber@finma.ch)

Genève, le 16 octobre 2017

Concerne : audition sur la révision partielle de la circulaire 2008/3

Messieurs,

Dans le délai imparti, nous vous communiquons les remarques de notre OAR à propos du projet de révision cité en référence.

**Ad. 8.3** : considérant que le bac à sable de CHF 1 million a été créé spécifiquement dans le but de favoriser le développement des FinTech, l'exigence d'une information individuelle de chaque client quant à l'absence de surveillance par la FINMA doit pouvoir avoir lieu par le biais des modes usuels de communication des FinTech, c'est-à-dire par leur site Internet. Pour être utile, la circulaire devrait préciser par un modèle le contenu exact que cette communication doit avoir, et spécifier les méthodes de communication qu'elle juge positivement appropriées, au moins à titre d'exemple.

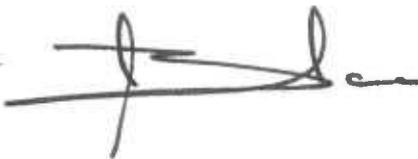
**Ad. 11** : la suppression du paragraphe doit être remplacée par un texte plus développé.

**Ad. 16** : la portée de l'exception des 60 jours concernant les comptes d'exécution doit être élargie autant que possible et non limitée aux seuls modèles d'affaires ayant à titre principal un caractère d'intermédiation financière, tel que le money transmitting, le crowdfunding ou le recouvrement de créances. Cette liste est trop limitative dès lors qu'on veut favoriser l'émergence de nouveaux produits FinTech, notamment dans le cadre du paiement en ligne, des centrales d'achat, des enchères en ligne, ou des mécanismes de protection de l'acheteur qui supposent le blocage pendant une certaine période des fonds échangés entre deux cocontractants par un « tiers de confiance », qui surveille la transaction commerciale sous-jacente, elle-même non financière.

**Ad. 23** : le substantif « qualifié » à propos des actionnaires est une locution qui possède de nombreuses acceptions selon le domaine du droit où l'on se place. Il suffit de dire « les actionnaires qui contrôlent plus de 10% des voix ».

En vous remerciant de nous avoir donné l'occasion de participer à cette consultation, nous vous prions de croire, Mesdames, Messieurs, à l'assurance de nos sentiments dévoués.

Pour le Comité



**Autorité fédérale de surveillance des  
marchés financiers FINMA**

Dominik Leimgruber  
Laupenstrasse 27  
CH-3003 Berne  
[dominik.leimgruber@finma.ch](mailto:dominik.leimgruber@finma.ch)

La Chaux-de-Fonds, le 16 octobre 2017

**Audition relative à la révision partielle de la circulaire 2008/3 « Dépôts du public auprès  
d'établissements non bancaires »**

Monsieur,

Dans le cadre de l'Audition relative à la révision partielle de la circulaire 2008/3 « Dépôts du public auprès d'établissements non bancaires » (le projet de révision étant désigné ci-après le « **Projet** »), l'Association suisse des fabricants et commerçants de métaux précieux (« **ASFCMP** ») prend position comme suit :

**A. Acceptation de fonds du public à titre professionnel (art. 6 al. 1-4 OB)**

<p><i>La limitation à 1 million de francs au maximum des dépôts du public (art. 6 al. 2 let. a OB) signifie que les engagements envers des clients ou des investisseurs <u>(conformément à l'art. 5 OB)</u> ne doivent jamais dépasser un million de francs.</i></p> <p><b>Commentaire:</b></p> <p>Bien que non spécifique à notre secteur d'activité, il nous semble utile d'apporter la précision selon laquelle les engagements envers des clients ou des investisseurs sont à déterminer conformément à l'art. 5 OB.</p>	Cm 8.1
<p><del><i>Il y a en principe activité artisanale ou industrielle si aucune prestation financière, pour soi-même ou pour des tiers, n'est fournie ou transmise. On considère qu'il s'agit d'une activité artisanale ou industrielle si cette activité est prédominante par rapport à l'activité non artisanale/industrielle. La prescription de l'art. 6 al. 3 OB, selon laquelle les dépôts doivent être utilisés pour financer l'activité artisanale ou industrielle, exclut en principe l'investissement des dépôts conservés dans des placements et des instruments financiers. La rémunération des dépôts est en revanche autorisée.</i></del></p> <p><b>Commentaire:</b></p> <p>La première phrase ci-dessus (que nous proposons de supprimer) est en contradiction (i) d'une part avec le texte de l'art. 6 al. 3 OB (qui se réfère à une « <i>activité artisanale et industrielle comme activité principale</i> ») et (ii) d'autre part avec la phrase subséquente (« <i>si cette activité est prédominante</i> »).</p>	Cm 8.4

Or, les entreprises artisanales ou industrielles livrent des prestations financières pour elles-mêmes ou pour des tiers en lien avec leurs activités. Par conséquent, la phrase problématique devrait être supprimée.	
---	--

## B. Comptes d'exécution (art. 5 al. 3 let. c OB)

<i>Les soldes en compte de clients auprès d'un négociant en métaux précieux sont couverts par la présente exception <u>pour un délai de 60 jours</u>. <u>Les négociants en métaux précieux ne sont pas concernés par le délai de 60 jours</u> si le négociant dispose physiquement des avoirs en métaux précieux de ses clients et si les clients bénéficient d'un droit de distraction en cas de faillite du négociant.</i>	Cm 16.1
--	---------

~~*Dans ce cas, les négociants en métaux précieux ne sont pas concernés par le délai de 60 jours.*~~

### Commentaire:

Le nouvel art. 5 al. 3 let. c ch. 2 OB prévoit une exception pour les soldes en compte de clients auprès de négociants en métaux précieux pour un délai de 60 jours. La modification proposée dans le Projet génère une confusion sur l'application de cette exception. La proposition ci-dessus vise à clarifier ce point.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous prions de croire, Monsieur, à l'assurance de notre parfaite considération.

ASSOCIATION SUISSE DES FABRICANTS ET  
COMMERCANTS DE METAUX PRECIEUX (ASFCMP)

Le Président

Cédric Léger

Boulevard des Eplatures 42 CH 2304 La Chaux-de-Fonds Tél. +41 32 929 02 68

Cedric.leger@pxgroup.com

BitIncubator & Venture SA  
Via Pascolett 41b  
6537 Grono

[dominik.leimgruber@finma.ch](mailto:dominik.leimgruber@finma.ch)

Grono, 15 ottobre 2017

## **Presa di posizione alla consultazione sulla modifica della Circolare 08/3**

Gentili Signore,  
Egregi Signori,

con la presente ci permettiamo di inoltrare la presa di posizione di BitIncubator & Ventures SA (di seguito BIV o la Società) alla consultazione sulla modifica della Circolare FINMA 08/3 (di seguito Circolare).

### **1. Generalità sulla società e interesse alla consultazione**

Lo scopo di BIV è quello di operare nel settore Fintech commerciando e cambiando criptovalute o token sia in biglietti di banca che in divise che in altre criptovalute o token che in metalli preziosi. La società è attiva nel settore della consulenza di criptovalute e blockchain. La società potrà sviluppare, commercializzare e distribuire programmi informatici, siti web, applicazioni in genere nel settore Fintech e Blockchain. La creazione e la gestione di punti di vendita per criptovalute e merce di ogni genere relativi allo scopo sociale. La fornitura di servizi di pubblicità, di marketing e di networking. BIV è attualmente assoggettata all'OAD VQF per i suoi obblighi di riciclaggio di denaro, ma intende inoltrare entro 12 mesi una richiesta di autorizzazione a questa lodevole autorità quale borsa.

La società ha pertanto un interesse a partecipare alla consultazione essendo la sua attività direttamente collegata alle norme legali in discussione.

### **2. Presa di posizione**

#### **2.1. In generale**

BIV sostiene il progetto in consultazione e la volontà di FINMA di sostenere le attività tecnofinanziarie. In questa fase di globale incertezza sulle nuove tecnologie digitali, in particolare sulle criptovalute, è importante fornire agli attori del ambiente legislativo stabile,

chiaro, aperto e soprattutto accessibile, eliminando barriere d'entrata che possano essere di ostacolo allo sviluppo della tecnofinanza. Il progetto normativo segue questi principi e deve pertanto essere salutato con favore.

Ciononostante, BIV ritiene che sussistano alcuni punti che debbano essere maggiormente chiariti al fine di assicurare delle regole chiare per tutti i partecipanti al mercato e la salvaguardi degli interessi degli utenti del servizio di tecnofinanza, nonché la reputazione della piazza finanziaria svizzera.

Di seguito ci permettiamo di elencare quelli che a nostro avviso sono i punti che del progetto che richiedono una precisazione o una nuova regola.

## 2.2. Favorire l'attività telematica

Il primo impatto della FinTech è quello di automatizzare e rendere più efficienti i processi legati all'attività finanziaria. Il processo di maggiore impatto è quello legato al contatto con la clientela. Le nuove attività FinTech tenderanno a ridurre la necessità di un incontro fisico con il cliente, sostituendolo con un incontro sempre più virtuale. La stessa blockchain favorirà questo passaggio, facilitando la fattibilità tecnica di operazioni svolte direttamente dai clienti senza la necessità di intermediari. È pertanto indispensabile garantire che le società FinTech possano operare senza la necessità di incontrare personalmente i loro clienti.

Purtroppo, la cifra 8.3 del progetto di Circolare non tiene conto di questo importante elemento. Essa infatti richiede che il prestatore di servizi informi il suo cliente che egli non è soggetto alla vigilanza FINMA e al sistema di protezione dei depositi come richiesto dall'art. 6 cpv. 2 OBCR, ma non autorizza il prestatore di servizi a fornire questa informazione tramite il suo sito internet o le sue Condizioni Generali d'Affari. Non si vede in quale altro modo un prestatore di servizi della FinTech, che non incontra il cliente, possa informare la sua controparte delle esigenze di cui all'art. 6 cpv. 2 OBCR.

*Onde evitare di ostacolare in modo importante lo sviluppo delle attività FinTech si chiede di stralciare la cifra marginale 8.3 dal progetto di Circolare.*

## 2.3. La nozione di investimento dei depositi

Ai sensi dell'art. 1a lett. b del progetto di Legge sulle banche e le casse di risparmio (pLBCR) un'istituzione finanziaria è considerata banca anche se accetta depositi per meno di CHF 100 milioni ma *investe* tali depositi. A contrario, l'art. 1b cpv. 2 pLBCR prevede che se i depositi non vengono investiti l'entità potrà richiedere l'applicazione delle disposizioni sulla promozione dell'innovazione. Ai sensi dell'art. 6 cpv. 2 lett b OBCR, il carattere professionale

dell'accettazione di depositi non viene riconosciuto se l'attore nella tecnofinanza accetta averi fino ad un massimo di CHF 1 mio senza *investirli* o corrispondere interessi.

Dal rapporto esplicativo dell'OBCR risulta chiaro che per la nozione di investimento dei depositi è limitata alle operazioni attive (la concessione di credito). BIV sostiene questa visione. È importante che altre operazioni, in particolare il commercio di criptovalute svolte dal cliente stesso o da terzi, non siano da intendersi come un'attività di investimento di depositi. Tuttavia questa visione non traspare chiaramente dal testo del progetto messo in consultazione.

*Onde evitare future incomprensioni si propone di specificare nella Circolare il termine "investimento dei depositi" previsto all'art. 6 cpv. 2 lett. b OBCR stabilendo che lo stesso si limita alla concessione di crediti finanziati dai depositi.*

#### 2.4. Soglia di CHF 1 Mio

Ai sensi d dall'art. 5 cpv. 3 let. c no. 2 OBCR averi in custodia per un importo superiore a CHF 1 Mio non sono considerati come depositi, se l'operazione richiesta dal cliente viene svolta entro 60 giorni.

Le piattaforme per lo scambio di criptovaluta potrebbero avere richieste per esecuzione di operazioni per importi superiori a CHF 1 Mio. In considerazione del fatto che il mercato delle criptovalute è ancora limitato nei suoi volumi, l'esecuzione di operazioni (per la maggior parte svolte direttamente dal cliente) in un tempo breve avrebbe quale effetto un movimento non giustificato del corso della criptovaluta. Le piattaforme di criptovalute devono pertanto essere autorizzate a svolgere queste operazioni sul periodo di 60 giorni, e non su quello di 7 giorni previsto, per prassi FINMA, dai commercianti di valori mobiliari e di divise, che possono al contrario usufruire di un mercato molto liquido e in grado di assorbire importanti volumi di scambio. Questa operazione deve pertanto essere considerata come valida in applicazione della nostra sopra citata. Per motivi di sicurezza del diritto di invita a FINMA a indicare tale fatto nella Circolare.

*Si propone pertanto di introdurre alla cifra marginale 16 della Circolare la possibilità per le piattaforme per lo scambio di criptovaluta di effettuare l'operazione del cliente entro 60 giorni.*

#### 2.5. Utility coin e voucher non sono depositi

Il progetto di Circolare FINMA 08/3 prevede alla cifra 12 che gli acconti pagati in vista di un acquisto non siano considerati come depositi. Questa affermazione è corretta. Per favorire la sicurezza giuridica si propone tuttavia di espanderla ai token emessi tramite una procedura

di Initial Coin Offering (ICO) che hanno la funzione di acquisto anticipato di una merce o di un servizio (i cosiddetti utility token).

Al contrario, token che rappresentano un'obbligazione ma che non adempiono ai requisiti di cui all'art. 5 cpv. 3 lett. b OBCR non possono essere esentati.

*Si propone di introdurre alla cifra 12 della Circolare anche le seguenti indicazioni:*

- *token emessi sulla blockchain che rappresentano un diritto di acquisto di una merce o un servizio quali operazioni esentati dal carattere di deposito ai sensi dell'art. 5 cpv. 3 lett. a OBCR;*
- *token emessi sulla blockchain che rappresentano un'obbligazione senza che gli investitori siano stati informati conformemente ai requisiti di cui all'art. 1156 CO sono considerati dei depositi.*

\* \* \*

Restiamo a vostra disposizione per ogni ulteriore domanda che dovrete avere nel corso dell'evasione della nostra richiesta.

In attesa di un vostro riscontro l'occasione ci è grata per porgervi i nostri cordiali saluti.

**BitIncubator & Ventures SA**

## Per E-Mail

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Herr Dominik Leimgruber  
Laupenstrasse 27  
3003 Bern  
dominik.leimgruber@finma.ch

CMS von Erlach Poncet AG  
Dreikönigstrasse 7  
Postfach  
8022 Zürich  
Schweiz

T +41 44 285 11 11

F +41 44 285 11 22

cms.law

**Matthias Kuert, LL.M.**

Rechtsanwalt

matthias.kuert@cms-vep.com

## Stellungnahme Teilrevision Rundschreiben 2008/3 – "Publikumseinlagen bei Nichtbanken"

16. Oktober 2017

210985/02/02553418.docx/MKU/mku

Sehr geehrter Herr Leimgruber

Wir beziehen uns auf die Einladung zur Stellungnahme zur Teilrevision des rubrizierten Rundschreibens, die per Medienmitteilung vom 1. September 2017 veröffentlicht wurde, und nehmen zu einigen ausgewählten Punkte der Teilrevision Stellung wie folgt:

### 'Sandbox' – Verbot der Anlage und Verzinsung von Publikumseinlagen

1. Eine Person profitiert grundsätzlich nur dann von der 'Sandbox-Ausnahme', d.h. darf Publikumseinlagen im Umfang von gesamthaft bis zu CHF 1 Mio. entgegennehmen, wenn sie diese weder anlegt noch verzinst (vgl. Art. 6 Abs. 2 Bst. b BankV). Dies bedingt gemäss Entwurf zum revidierten FINMA-RS 2008/3 – "Publikumseinlagen bei Nichtbanken" (**Entwurf RS**), dass die Publikumseinlagen dauernd und liquide zur Verfügung stehen und dabei auf einem separaten Konto gehalten werden müssen (vgl. Entwurf RS, Rn. 8.2). Ein Unternehmen, das gemäss der 'Sandbox-Ausnahme' Publikumsgelder entgegennimmt, soll diese Gelder gemäss unserem Verständnis im Grundsatz also nicht für seine Geschäftstätigkeit verwenden können.
2. Für Unternehmen, die als Haupttätigkeit eine "gewerblich-industrielle Tätigkeit" ausüben, ist eine gewisse Ausnahme vorgesehen (vgl. Art. 6 Abs. 3 BankV). Sie dürfen die Publikumseinlagen für die Finanzierung ihrer Tätigkeit verwenden und diese gemäss Entwurf RS auch verzinsen (vgl. Entwurf RS, Rn. 8.4). Untersagt ist ihnen dagegen, die Einlagen in "Finanzanlagen und -instrumente" zu investieren (vgl. Entwurf RS, a.a.O.).

---

Eingetragen im Anwaltsregister.

CMS von Erlach Poncet AG ist Mitglied von CMS, dem Verbund europäischer Anwaltskanzleien. In bestimmten Fällen dient CMS als Marken- oder Firmenname einzelner beziehungsweise aller Mitgliedskanzleien. Weitere Informationen finden Sie unter cms.law.

**CMS Standorte:** Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Genf, Glasgow, Hamburg, Hongkong, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lima, Lissabon, Ljubljana, London, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Maskat, Medellín, Mexiko-Stadt, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Prag, Rio de Janeiro, Rom, Santiago de Chile, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Strassburg, Stuttgart, Teheran, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

3. Eine "gewerblich-industrielle Tätigkeit" liegt gemäss Entwurf RS bei Unternehmen vor, die nicht im Finanzdienstleistungsbereich tätig sind, also nicht für sich selber oder Dritte Finanzdienstleistungen erbringen oder vermitteln (vgl. Entwurf RS, Rn. 8.4). Gemäss unserem Verständnis fallen Unternehmen, die im Finanzdienstleistungsbereich tätig sind/sein wollen, entsprechend nicht unter die Ausnahme und dürfen die Publikumseinlagen folglich nicht für die Finanzierung ihrer Geschäftstätigkeit verwenden.
4. Zu dieser Regelung, namentlich zur Umschreibung des Begriffs der "gewerblich-industriellen Tätigkeit", haben wir folgende Bemerkungen:
  - 4.1 Mit der 'Sandbox' sollen gemäss den Erläuterungen zur Änderung der Bankenverordnung (Fintech) (**Erläuterungen Änderung BankV**) insbesondere "FinTech-Geschäftsmodelle" gefördert werden, die sich ausserhalb des klassischen Bankgeschäfts bewegen (vgl. Erläuterungen Änderung BankV, S. 11 und 13).
  - 4.2 Unternehmen, die entsprechende Geschäftsmodelle verfolgen, werden regelmässig im Finanzdienstleistungsbereich im vorne erwähnten Sinn tätig sein, also für sich selber oder Dritte Finanzdienstleistungen erbringen oder vermitteln. Beispiele sind Dienstleistungen im Bereich Robo-Advice, also automatisierte Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsdienstleistungen, oder Crowdfunding Plattformen, die der Kreditvermittlung dienen.
  - 4.3 Vor dem Hintergrund des Zwecks der Schaffung einer 'Sandbox' stellt sich uns die Frage, ob solchen Unternehmen tatsächlich untersagt sein soll, die Publikumsgelder in den Aufbau ihrer Geschäftstätigkeit zu investieren. Sie würden damit im Vergleich zu Unternehmen, die ausserhalb des Finanzdienstleistungsbereichs tätig sind, gleichsam diskriminiert.
  - 4.4 Um dem Rechnung zu tragen, *müsste die Umschreibung des Begriffs der "gewerblich-industriellen Tätigkeit" breiter gefasst werden*. Unseres Erachtens sollte es darum gehen, dass die Publikumsanlagen – ob im 'industriellen', im (Finanz-)Dienstleistungs- oder auch im Agrarbereich – tatsächlich in den Aufbau einer Geschäftstätigkeit investiert werden, und damit nicht einfach (i) Investitionen in Finanzinstrumente oder andere Finanzanlagen getätigt werden oder (ii) – im Sinn des klassischen Bankgeschäfts – Kredite vergeben werden. Demnach könnte sich eine negative Umschreibung des Begriffs der "gewerblich-industriellen Tätigkeit" anbieten, die diese beiden Möglichkeiten ausschliesst.

### **'Sandbox' – Information der Kunden**

5. In der BankV ist vorgesehen, dass Personen, die Publikumseinlagen entgegennehmen, die Einleger, bevor diese eine Einlage tätigen, *schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht*, darüber informieren müssen, dass sie (i) von

der FINMA nicht beaufsichtigt werden und (ii) die Einlagen nicht von der Einlagensicherung erfasst werden (vgl. Art. 6 Abs. 2 Bst. c BankV). Erfolgt keine entsprechende Information, ist eine der Voraussetzungen der 'Sandbox-Ausnahme' nicht gegeben und es besteht eine Bewilligungspflicht (vgl. Erläuterungen Änderung BankV, S. 22).

6. Die Form der Information wird im Entwurf RS dahingehend präzisiert, dass "Hinweise [...] lediglich in den AGB oder auf der Webseite" den Anforderungen an die Informationspflicht nicht genügen (vgl. Entwurf RS, Ziff. 8.3). Als Grund dafür wird im Erläuterungsbericht zur Teilrevision der Kundenschutz angeführt (vgl. Erläuterungsbericht, S. 6).
7. Wir haben dazu folgende Bemerkungen:
  - 7.1 Die in der BankV erwähnte sog. 'Textform' gehört zum Schweizer Rechtsbestand. Sie findet insbesondere im Kontext von Gerichtsstands- und Schiedsklauseln Verwendung, namentlich in der ZPO (vgl. Art. 17 und Art. 358 ZPO) und, bereits seit längerem, im IPRG (vgl. Art. 5 und Art. 178 IPRG). Gerichtsstands- und Schiedsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen genügen diesem Formerfordernis (vgl. – betr. Gerichtsstandsklauseln gemäss ZPO – Schmid/Schmid, Gerichtsstandsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen in über das Internet abgeschlossenen Verträgen im Binnenkontext, Jusletter, 6. Juni 2011, Rn. 19). Dasselbe gilt für entsprechende Klauseln, die auf Websites angezeigt werden (vgl. Dies., a.a.O., Rn. 47 ff.).
  - 7.2 Die Einschränkung, wonach Hinweise in den AGB oder auf Websites den Anforderungen an die Informationspflicht nicht genügen, erscheint also nicht als in der BankV angelegt. Das heisst freilich nicht, dass im Sinn des Gläubiger- bzw. Kundenschutzes als zentralem Zweck des Bankengesetzes in dem revidierten RS entsprechende Einschränkungen nicht trotzdem vorgesehen werden können.
  - 7.3 Zu erwähnen ist allerdings, dass viele Geschäftsmodelle der Unternehmen, die von der 'Sandbox' Gebrauch machen, webbasiert sein dürften. In Abwägung von Innovationsförderung und Kundenschutz sowie bis zu einem gewissen Grad auch dem Leitbild des mündigen Kunden (vgl. im Kontext von FIDLEG und FINIG bspw. die Botschaft des Bundesrats, Sonderdruck, S. 11) stellt sich uns daher die Frage, ob ein *klarer Hinweis auf einer Website, bevor der Kunde das Verpflichtungsgeschäft tätigt, nicht auch hinreichend sein sollte*. Falls diese Möglichkeit nicht besteht, könnten die Abläufe der Unternehmen zu stark verkompliziert werden.

### **Publikumseinlagen – Ausnahme für Vereine, Stiftungen und Genossenschaften**

8. Art. 5 Abs. 2 Bst. f BankV sieht unter gewissen Voraussetzungen eine Ausnahme vor, unter welcher Vereine, Stiftungen oder Genossenschaften Einlagen entgegennehmen können, ohne dass diese Publikumseinlagen darstellen. Diese Vorschrift wurde im

Rahmen der jüngsten Revision der BankV nicht geändert. Indessen haben wir zwei redaktionelle Bemerkungen zur Teilrevision des Rundschreibens:

- 8.1 Aus dem Zusammenspiel von Rn. 19, Abs. 2, und der Überschrift vor Rn. 26 Entwurf RS könnte darauf geschlossen werden, dass Einlagen *von* Vereinen, Stiftungen oder Genossenschaften ausgenommen werden sollen. Da die Ausnahme Einlagen *bei* Vereinen, Stiftungen oder Genossenschaften betrifft (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. f BankV), könnte es sich anbieten, die Formulierung von Rn. 19, Abs. 2, und/oder der der Überschrift vor Rn. 26 anzupassen.
- 8.2 In Rn. 27.1 Entwurf RS ist davon die Rede, dass "neu" eine Mindestlaufzeit von sechs Monaten vorgeschrieben wird. Da diese Mindestlaufzeit nicht mit der jüngsten Revision der BankV eingeführt wurde, erscheint es als vorzuzugs-würdig, von einer Weiterverwendung des Worts "neu" abzusehen.

Es würde uns freuen, wenn unsere Stellungnahme bei der endgültigen Ausarbeitung des teilrevidierten Rundschreibens Berücksichtigung finden würden.

Mit freundlichen Grüßen

CMS von Erlach Poncet AG

Gez. Matthias Kuert

dominik.leimgruber@finma.ch  
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Laupenstrasse 27  
3003 Bern

**Thorsten Kleibold**  
Tel. +41 58 206 05 05  
Thorsten.Kleibold@expertsuisse.ch

Zürich, 12. Oktober 2017

**Betreff: Anhörung Teilrevision des Rundschreibens 2008/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“**

Sehr geehrter Herr Leimgruber

Für die Zustellung der Unterlagen im Zusammenhang mit der eingangs erwähnten Anhörung danken wir Ihnen bestens. Die Fachkommission Bankenprüfung von EXPERTsuisse hat die Anhörungsvorlage eingehend studiert. Wir haben folgende Hinweise und Bemerkungen anzubringen.

**Zu Rz 8.1:**

Auf Seite 5 des Erläuterungsberichts wird in einem Beispiel die Berechnung des Schwellenwerts verdeutlicht. Wir regen an, das Beispiel als Fussnote zu dieser Rz im Rundschreiben wiederzugeben.

**Zu Rz 8.2:**

Im Erläuterungsbericht wird erwähnt, dass die entgegengenommenen Einlagen auf den Bankkonti des Unternehmens zu verbleiben haben. Im Rundschreiben wird dies wie folgt festgehalten: „....., sondern es ist für das Halten der Einlagen mindestens ein davon getrenntes *Konto* einzurichten.“ Wir regen an, den Begriff „Bankkonto“ zu verwenden.

**Zu Rz 8.4:**

Im letzten Satz wird ausgeführt: „Die Vorgaben von Art. 6 Abs. 3 BankV, wonach die Einlagen für die Finanzierung der gewerblich-industriellen Tätigkeit verwendet werden müssen, schliesst Investitionen mit den entgegengenommenen Einlagen in Finanzanlagen und –instrumente *grundsätzlich* aus.“ Wir regen an, das Wort „grundsätzlich“ zu streichen.

Sollte auf die Streichung verzichtet werden, so regen wir an, in einer Fussnote (oder im Anhörungsbericht) Konstellationen aufzuzeigen, unter welchen solche Anlagen ausnahmsweise trotzdem zulässig wären.

**Zu Rz 8.5:**

Art. 6 Abs. 4 BankV legt die Meldefrist bei einer Überschreitung des Schwellenwerts und die Frist für die Einreichung des Bewilligungsgesuchs fest. In diesem Artikel wird der FINMA ferner mittels einer Kann-Vorschrift die Kompetenz eingeräumt, bis zum Entscheid über das Bewilligungsgesuch die Entgegennahme *weiterer* Publikumseinlagen zu untersagen. In Rz 8.5 wird festgehalten, dass während der Meldefrist und während der Frist zur Einreichung des Bewilligungsgesuchs die Bedingungen von Art. 6 Abs. 2 BankV einzuhalten sind, mitunter der Schwellenwert von CHF 1 Million. Weiter wird in dieser Rz geregelt, dass die FINMA unter gewissen Bedingungen die weitere Entgegennahme von Publikumseinlagen während des Bewilligungsverfahrens zulassen kann. Eine Regelung, ob die im Zeitpunkt der Meldung bestehende Überschreitung während des Bewilligungsverfahrens weiterbestehen kann oder abgebaut werden muss, fehlt. Art. 6 Abs. 4 BankV kann dahingehend interpretiert werden, dass das mögliche Verbot nur Publikumseinlagen betrifft, die über dem bereits überschrittenen Schwellenwert liegen. Im Gegensatz dazu spricht der Verweis auf Art. 6 Abs. 2 BankV in dieser Rz dafür, dass ein Abbau der Überschreitung notwendig ist. Eine diesbezügliche Klarstellung wäre hilfreich.

In Bezug auf die mögliche Erfüllung der Mindestkapitalvorschriften gehen wir davon aus, dass diese erst mit der Bewilligungserteilung eingehalten werden müssen.

**Zum Titel vor Rz 24:**

Wir regen folgenden Wortlaut an: Institutionelle Anleger mit professioneller Tresorerie (Art. 5 Abs. 2 Bst. d. BankV).

Für Fragen stehen Ihnen die Unterzeichnenden gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse  
EXPERTsuisse



Dr. Thorsten Kleibold  
Mitglied der Geschäftsleitung



Rolf Walker  
Präsident Fachkommission Bankenprüfung

**Michael Kunz**  
Fürsprecher, LL.M.

Effingerstrasse 1 | Postfach | CH-3001 Bern  
Tel. +41 (0)31 390 25 14 | Fax +41 (0)31 390 25 69  
E-Mail [kunz@compliance.ch](mailto:kunz@compliance.ch) | [www.compliance.ch](http://www.compliance.ch)

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA  
Dominik Leimgruber  
Laupenstrasse 27  
3003 Bern

Bern, 29. September 2017

## **Anhörung: Teilrevision des Rundschreibens 2008/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“**

Sehr geehrter Herr Leimgruber

Die FINMA hat am 1. September 2017 die Anhörung zur Teilrevision des Rundschreibens 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken eröffnet. Nachfolgend nehme ich innert der Eingabefrist vom 16. Oktober 2017 zu zwei Punkten im Erläuterungsbericht Stellung.

### **Geltungsbereich der Ausnahme für Abwicklungskonten nach Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV**

#### **a. Herausgeber von E-Geld und weitere Finanzintermediäre**

Mit der Fintech-Vorlage sind Erleichterungen für Fintech-Unternehmen geschaffen und per 1. August 2017 in Kraft gesetzt worden. Insbesondere erfolgte eine Anpassung in Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV. Neu beträgt die Frist für die Abwicklung von Zahlungen auf Kundenkonti von Effekthändlern o.ä. 60 Tage. Nach Auffassung des Bundesrats soll diese Erleichterung insbesondere das Crowdfunding profitieren können. Im Vordergrund steht hier mutmasslich die Unterkategorie des *Crowdlendings*.

Nicht klar ist nun m.E., ob bzw. welche anderen Fintech-Anbieter von dieser verlängerten Abwicklungsfrist profitieren können. Diese Frage stellt sich konkret für Herausgeber von elektronischem Geld ("E-Geld"), welche dem Geldwäschereigesetz nach Art. 2 Abs. 3 Bst. b unterstehen. Das Bundesgericht hat den Herausgebern von E-Geld die Berufung auf die Ausnahme von Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV für Abwicklungskonten bisher verweigert, weil sie bloss Vermittler seien (Urteil 2C\_346\_2015 vom 24.11.2015, E. 8.1, Beilage). Die Zahlungen des E-Geld-Herausgebers im Auftrag des Inhabers des E-Gelds an Merchants (z.B. Webshops) wurden nicht als Hauptgeschäft i.S. der Ausnahmeregelung anerkannt. Meines Erachtens trifft diese Schlussfolgerung für Crowdfunding-Plattformen – jedenfalls für die Weiterleitung der Geldbeträge im Auftrag der Investoren an die Darlehensempfänger – ebenso zu. Die Plattformen sind für solche Zahlungen genau gleich bloss Vermittler von Zahlungen wie E-Geld-Institute. Gemäss Praxis des Bundesgerichts dürften demnach Crowdfunding-Plattformen die Ausnahmeregelung für Abwicklungskonten ebenfalls nicht in Anspruch nehmen.

Der Bundesrat wollte nun aber mit seiner neuen Regelung offensichtlich den Crowdfunding-Plattformen ausdrücklich gestatten, von der (erweiterten) Ausnahmeregelung für Abwicklungskonten profitieren zu können. Im Erläuterungsbericht zur Vernehmlassung schreibt die FINMA dazu in Kap. 3.3 ausdrücklich, dass von der Abwicklungskonto-Ausnahme gemäss dem Willen des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers Geschäftsmodelle mit Weiterleitungscharakter wie bspw. Money Transmitting, Crowdfunding oder Inkasso auch erfasst seien.

Der Bundesrat hat somit nicht nur explizit die Frist in Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV verlängert, sondern implizite die Anwendung der Ausnahmeregelung auch auf reine Vermittler von Zahlungen wie Crowdlending-Plattformen und E-Geld-Herausgeber ausgedehnt (und damit die Praxis des Bundesgerichts im erwähnten Urteil derogiert). Nach hier vertretener Auffassung dürfen demnach seit dem 1. August 2017 auch E-Geld-Herausgeber von der Ausnahmeregelung von Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV profitieren, soweit die zweite Voraussetzung – keine Zinszahlung – erfüllt ist. Ich bitte Sie deshalb, im Bericht zur Vernehmlassung ausdrücklich zu erwähnen, dass auch Herausgeber von E-Geld die Ausnahmeregelung in Anspruch nehmen können.

#### b. Inkasso

Wie vorstehend dargelegt, soll die Ausnahmeregelung gemäss Erläuterungsbericht der FINMA auch für Inkasso gelten. Inkasso ist bisher weder dem Geldwäschereigesetz noch dem Bankengesetz unterstellt. Die FINMA erwähnt das Inkasso bisher in ihrem Rundschreiben Publikumseinlagen nicht. Es stellt sich deshalb die Frage, weshalb das Inkasso jetzt in diesem Zusammenhang erwähnt wird. Vermögenswerte, die ein Dienstleister im Rahmen eines Inkassos von einem Schuldner überwiesen erhält, stellen beim Dienstleister nach hier vertretener Auffassung keine Publikumseinlagen dar. Der Dienstleister hat gegenüber dem Schuldner, welcher wirtschaftlich an den Vermögenswerten berechtigt ist, keine Rückzahlungsverpflichtung. Damit fehlt das wesentliche Kriterium für Publikumseinlagen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Diese Überlegungen treffen grundsätzlich auch auf das ebenfalls erwähnte Money Transmitting zu.

Ich bitte Sie, im Bericht zur Vernehmlassung entweder zu erwähnen, dass das Inkasso nicht unter die Ausnahmeregelung fällt oder aber zu erläutern, weshalb beim Inkasso nach Auffassung der FINMA Publikumseinlagen vorliegen.

Ich bitte Sie höflich um Kenntnisnahme und danke Ihnen für Ihre Bemühungen.

Freundliche Grüsse  
KUNZ COMPLIANCE



Michael Kunz

Beilage: Urteil 2C\_346\_2015

**Per E-Mail**

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Herrn Dominik Leimgruber  
Laupenstrasse 27  
CH-3003 Bern

Zürich, 13. Oktober 2017

3173826/81332

**Anhörung zur Teilrevision des Rundschreibens 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf Ihre Einladung an interessierte Kreise vom 1. September 2017 und bedanken uns für die Möglichkeit der Stellungnahme zu Ihrem Entwurf für eine Teilrevision des rubrizierten Rundschreibens vom 1. September 2017 (der "Entwurf"). Gerne nehmen wir zu den folgenden, ausgewählten Punkten Stellung:

**1. Anforderungen an die Information der Einleger gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. c BankV (Rz. 8.3)**

Damit die Entgegennahme von Einlagen nicht als gewerbsmässig gilt, verlangt Art. 6 Abs. 2 lit. c BankV u.a., dass die Einlegerinnen und Einleger, vorgängig schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, darüber informiert werden, dass weder eine Aufsicht durch die FINMA noch ein Schutz durch die Einlagensicherung bestehen. Gemäss Rz. 8.3 des Entwurfs genügen "Hinweise bspw. lediglich in den AGB oder auf der Website ... den Anforderungen an die Informationspflicht nicht." Der Erläuterungsbericht vom 1. September 2017, S. 6, äussert sich ähnlich.

Dr. Tis Prager  
Gaudenz F. Domenig LL.M.  
(Of Counsel; also admitted in New York)  
Dr. Urs Brunner  
Dr. Andreas Moll M.C.J.  
(also admitted in New York)  
Ralph Butz LL.M.  
Dr. Christoph K. Graber  
Daniel Hayek LL.M.  
Dr. Hans-Ulrich Brunner LL.M.  
(also admitted in New York)  
Verena Morscher-Guggenbühl LL.M.  
(also admitted in New York)  
Prof. Dr. Philipp E. Zurkinden LL.M.  
Prof. Dr. Urs Bertschinger  
Dr. Urs Feller  
(also admitted in England and Wales)  
Dr. Roland Böhi dipl. Steuerexperte  
Dr. Gion Christian Casanova LL.M.  
Matthias Bürge LL.M.  
Danielle Wenger dipl. Steuerexpertin  
Corinne Nobs LL.M.  
Marcel Frey LL.M.  
Bernhard C. Lauterburg LL.M.  
Dr. Reto M. Jenny LL.M.  
Alexander Flink  
Dr. Christian Schönfeld  
Mark Meili  
Charlotte Rupf  
Isabel A. Kölliker  
Remo Wagner  
Dr. Suzana Mark Ndue LL.M.  
Raphael Keller  
Nina Lim  
  
Dr. Jvo Grundler (Of Counsel)  
Dr. Marino Baldi (Of Counsel)  
Michael Kay (Of Counsel)

In der Schweiz zugelassene Rechtsanwälte sind im Anwaltsregister eingetragen.

Lawyers admitted in Switzerland are registered with the attorneys' registry.

Die zitierte Formulierung des Entwurfs könnte so verstanden werden, dass Hinweise generell nicht genügen, sofern sie sich lediglich auf einer Website des Unternehmens finden. Diese Auslegung wäre u.E. nicht angemessen, gerade in Bezug auf eine technologieaffine Branche wie FinTech, in der ein gewisses Technologieverständnis bei allen Beteiligten vorausgesetzt werden darf und eine technologie neutrale Regulierung als zwingend erscheint.

Sachgerecht erscheint es, einen gut sichtbaren Hinweis auf der Website, der nicht umgangen werden kann, genügen zu lassen. Vorstellbar wäre eine Regelung, welche sich an den Erfordernissen der Rz. 76-79 des Rundschreibens 2013/9 zum Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen orientiert und einen vergleichbaren Disclaimer verlangt, gegebenenfalls ergänzt um eine Zugangsbeschränkung in Form einer Bestätigung, wonach der Disclaimer zur Kenntnis genommen wurde. Jedenfalls sollte klargestellt werden, dass der Informationspflicht unter den genannten Umständen auch ein Hinweis auf der Website genügen kann.

## **2. Weitere Entgegennahme von Publikumseinlagen während der Dauer des Bewilligungsverfahrens gemäss Art. 6 Abs. 4 BankV (Rz. 8.5)**

Sobald der Betrag der entgegengenommenen Publikumseinlagen CHF 1 Million übersteigt, ist dies innert 10 Tagen der FINMA zu melden und innert 30 Tagen ein Bewilligungsgesuch einzureichen. *"Die FINMA kann, sofern es der Schutzzweck des BankG gebietet, der Gesuchstellerin oder dem Gesuchsteller untersagen, bis zum Entscheid über das Bewilligungsgesuch weitere Publikumseinlagen entgegenzunehmen"* (Art. 6 Abs. 4 BankV).

Rz. 8.5 des Entwurfs sieht nun vor, dass *"[w]ährend der Meldefrist und der Frist zur Einreichung des Bewilligungsgesuchs nach Art. 6 Abs. 4 BankV ... die Bedingungen von Art. 6 Abs. 2 BankV weiterhin einzuhalten [sind]. Die FINMA lässt die weitere Entgegennahme von Publikumseinlagen während des Bewilligungsverfahrens zu, wenn die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller nachweist, dass 1. die entgegengenommenen Publikumseinlagen dauernd und liquide vorhanden sind, 2. keine Überschuldung vorliegt, 3. die Mindestkapitalanforderungen für die ersuchte Bewilligung nach BankG erfüllt werden können, und 4. keine Hinweise vorliegen, welche der ersuchten Bewilligung nach BankG entgegenstehen würden."*

Es ist zu begrüßen, dass mit der vorgeschlagenen Regelung bis zu einem gewissen Grade Rechtssicherheit und Gleichbehandlung der Gesuchsteller geschaffen werden, indem ge-

klärt wird, wann die weitere Entgegennahme von Publikumseinlagen zulässig ist. Allerdings scheint der Vorschlag auch dazu zu tendieren, dass das Ermessen, welches der FINMA eingeräumt wurde, zum Nachteil der Gesuchsteller nur zögerlich genutzt wird. Denn während der Verordnungsgeber grundsätzlich die weitere Entgegennahme von Publikumseinlagen während des Bewilligungsverfahrens zulassen wollte und der FINMA ausnahmsweises negatives Abweichen gestattet (Art. 6 Abs. 4 Satz 2 BankV: "*Die FINMA kann, sofern es der Schutzzweck des BankG gebietet, der Gesuchstellerin oder dem Gesuchsteller untersagen, bis zum Entscheid über das Bewilligungsgesuch weitere Publikumseinlagen entgegenzunehmen.*"), sieht der Entwurf nunmehr ein grundsätzliches Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen als Regel mit Ausnahmevorbehalt vor.

Art. 6 Abs. 4 BankV wurde eingefügt, nachdem Stellungnahmen zum Verordnungsentwurf u.a. vorgebracht hatten, dass bei einer Überschreitung des Schwellenwertes von CHF 1 Million an Publikumseinlagen eine Unterbrechung der Geschäftstätigkeit, welche nach Bewilligungserteilung weitergeführt werden soll, zu vermeiden sei. Insofern kann die Regel in Art. 6 Abs. 4 BankV verstanden werden als das Ergebnis einer Abwägung des Verordnungsgebers zwischen der Möglichkeit einer kontinuierlichen Fortführung der Geschäftstätigkeit über den Schwellenwert hinaus und dem Schutzbedürfnis der Gläubiger. In diesem Zusammenhang fällt auch in Betracht, dass die Geschäftsmodelle, welche von dieser Ausnahme profitieren, regelmässig weniger Risiken generieren als klassische Banktätigkeit (d.h. substantielle Liquiditäts- und Zinsrisiken infolge der mit Passiv- und Aktivgeschäft verbundenen Fristentransformation) und demzufolge – wie die im Parlament derzeit diskutierte Bankbewilligung "Light" (FinTech-Bewilligung) belegt – auch nicht zwingend nach einer gleich strengen Regulierung verlangen.

Die Neuregelung von Art. 6 BankV bezweckt, dass Innovation im regulierungsfreien Raum gedeihen kann. Letztlich sollen innovative Projekte aber auch aus diesem herauswachsen können, was voraussetzt, dass die FINMA – im Rahmen des ihr zur Verfügung gestellten Ermessensspielraums – einen für die Unternehmen verkraftbaren Übergang vom regulierungsfreien zum regulierten Raum ermöglicht und unnötige Unterbrüche der Geschäftstätigkeit verhindert. Dies erfasst insbesondere den Kern der Ausnahme von Art. 6 Abs. 2 BankV, die Entgegennahme von Publikumseinlagen, sodass diese Aktivität grundsätzlich auch während des Bewilligungsverfahrens zugunsten einer ununterbrochenen Fortführung der Geschäftstätigkeit möglich sein sollte. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Schwellenwert von CHF 1 Million sicherlich nicht hoch angesetzt ist, weshalb ein Verbot der weiteren Entgegennahme von Publikumseinlagen während des Bewilligungsverfahrens letztlich die Weiterführung des Geschäftsbetriebs rasch verunmöglicht, dies umso mehr, als Ziff. 4 der vorgeschlagenen Rz. 8.5 den Ausgang des Be-

willigungsverfahrens bis zu einem gewissen Grade vorwegnimmt und daher den Entscheid der FINMA über die weitere Entgegennahme von Publikumseinlagen kaum beschleunigen dürfte.

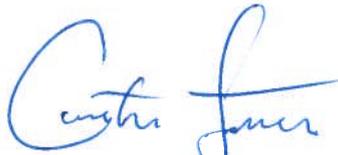
Aus den vorgenannten Gründen regen wir an, auf den Vorschlag zu Rz. 8.5 zurückzukommen. Sachgerecht erschiene eine Einzelfallprüfung durch die FINMA, welche in Berücksichtigung des konkreten Geschäftsmodells und der damit zusammenhängenden Risiken gegebenenfalls Einschränkungen (also nicht zwingend ein vollständiges Verbot) der weiteren Entgegennahme von Publikumseinlagen zur Folge haben könnte. Zusätzlich wäre vorstellbar, dass die in den Ziff. 1, 3 und 4 von Rz. 8.5 des Entwurfs vorgeschlagenen Regelungen ab einem angemessenen höheren Schwellenwert von Publikumseinlagen zur Anwendung kommen, sodass die Publikumseinlagen bei laufendem Bewilligungsverfahren nicht voraussetzungslos beliebig erhöht werden könnten. Die FINMA sollte im Einzelfall auch den ihr vom Gesetzgeber in Art. 4 Abs. 3 BankG belassenen Spielraum umsichtig und unter Berücksichtigung der bereits erwähnten, sich unterscheidenden Risikoprofile von traditionellen Banken und FinTech-Unternehmen nutzen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme im Rahmen Ihrer weiteren Arbeiten. Für ergänzende Auskünfte stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Urs Bertschinger



Dr. Christian Schönfeld

Per Mail zugestellt an:

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Dominik Leimgruber  
Laupenstrasse 27  
3003 Bern  
[dominik.leimgruber@finma.ch](mailto:dominik.leimgruber@finma.ch)

Basel, 13. Oktober 2017  
J.2. / ABA

## **Stellungnahme der SBVg: Teilrevision des Rundschreibens 2008/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die Anhörungseinladung vom 1. September 2017 betreffend die Teilrevision des Rundschreibens 2008/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“ und bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Wie bereits im Rahmen der Stellungnahme zur „Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (Fintech)“ zum Ausdruck gebracht, unterstützen wir die Initiativen zum Abbau regulatorischer Hürden im Bereich Fintech ausdrücklich. Es sollen jedoch gezielt innovative Dienstleistungen gefördert werden und nicht einzelne Anbietersegmente. Bestehende Finanzdienstleistungsunternehmen, insbesondere auch die Banken, müssen zu den gleichen regulatorischen Bedingungen am innovativen Fintech-Markt partizipieren können wie neue Anbieter.

### **Zusammenfassung**

- Auch etablierte Marktteilnehmer müssen Gelegenheit erhalten, ihre innovativen Ideen im Rahmen einer Sandbox austesten zu können und zwar unter den gleichen Bedingungen wie unabhängige Start-up-Unternehmen. Bei der Berechnung der Schwellenwerte sollte deshalb keine konsolidierte Betrachtungsweise Platz greifen.
- Es ist im Rundschreiben klarzustellen, dass mit dem Begriffspaar „*anlegen und verzinsen*“ das Aktivgeschäft gemeint ist, welches für Nichtbanken verboten werden soll. Kreditnehmende Unternehmen und Konsumenten sollen aber weiterhin Zinsen an ihre Gläubiger bezahlen dürfen, ohne dadurch zur Bank zu werden.
- Die sachfremde Einschränkung für Unternehmen, welche hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind, wonach die Einlagen bis zur Rückzahlung „*dauernd und liquide zur Verfügung stehen*“ und auf einem separaten Konto gehalten werden müssen, ist zu streichen.

- Es ist festzuhalten, dass eine Bank, welche einem gewerbsmässigen Nicht-Finanzintermediär ein Konto zur Entgegennahme von nicht bewilligungspflichtigen Publikumseinlagen gemäss Art. 6 BankV zur Verfügung stellt, lediglich den gewerbsmässigen Nichtfinanzintermediär als Kontoinhaber abzuklären und den Sammelzweck des Unternehmens zu überprüfen hat. Auf die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten ist demgegenüber zu verzichten.
- Die Ausnahme für Abwicklungskonti gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV sollte ausschliesslich für Einlagen gelten, die zu einem bestimmten Zweck auf einem bestimmten Konto gesammelt und in der Folge an den Endbegünstigten weitergeleitet werden. Reine Zahlungsvorgänge sind davon klar abzugrenzen.

## 1. Gewerbsmässigkeit und Schwellenwerte

### 1.1. Schwellenwerte (Rz 8.1)

Bei der Berechnung der Schwellenwerte sollte unseres Erachtens keine konsolidierte Betrachtungsweise Platz greifen. Auch etablierte Marktteilnehmer müssen Gelegenheit erhalten, ihre innovativen Ideen mittels einer zu diesem Zweck errichteten Gruppengesellschaft im Rahmen einer Sandbox austesten zu können und zwar unter den gleichen Bedingungen wie unabhängige Start-up-Unternehmen. Damit wird sichergestellt, dass in Bezug auf Innovation, die im Übrigen zu einem grossen Teil auch von herkömmlichen Unternehmen vorangetrieben wird, strikte Wettbewerbsneutralität herrscht. Die entsprechende Gruppengesellschaft wäre selbstverständlich klar von der lizenzierten Einheit zu trennen (z.B. in Bezug auf das Branding). Es ist auch darauf zu achten, dass keine Verwechslungsgefahr besteht. Die Einleger müssen genau erkennen können, dass sie es nicht mit der bewilligten, der Einlagensicherung unterstellten Einheit, sondern mit einem Sandbox-Unternehmen zu tun haben. Diesbezüglich hat das Sandbox-Unternehmen vollständige Transparenz zu schaffen. Die entsprechenden Informationsvorschriften sind dabei einzuhalten, womit dem Kundenschutzgedanken ausreichend Rechnung getragen wird.

Demzufolge empfehlen wir, den vorgesehenen Wortlaut von Rz 8.1 zu streichen und durch folgende Formulierung zu ersetzen:

„In Konzern- bzw. Gruppenverhältnissen wird der Schwellenwert auf Ebene der juristischen Person separat berechnet. Eine Konsolidierung findet nicht statt, sofern die Einheit, die von der Ausnahme nach Art. 6 Abs. 2 Bst. a BankV Gebrauch machen will, sämtliche Bedingungen für eine Ausnahme erfüllt und den Einlegern klar kommuniziert wird, dass es sich um eine von der bewilligten Einheit unterschiedliches Unternehmen handelt, das weder bewilligt noch beaufsichtigt ist.“

~~„Die Beschränkung der Entgegennahme von Publikumseinlagen auf gesamthaft höchstens 1 Million Franken (Art. 6 Abs. 2 Bst. a BankV) bedeutet, dass die Verbindlichkeiten gegenüber Kunden bzw. Anleger mehr als 1 Million Franken betragen dürfen.“~~

## 1.2. Anlegen und Verzinsen (Rz 8.2)

Unternehmen und Konsumenten im Sinne von Art. 6 Abs. 2 BankV dürfen gemäss Verordnungstext neu Publikumseinlagen von gesamthaft höchstens 1 Million Franken entgegennehmen, sofern sie die Gläubiger über die fehlende Beaufsichtigung durch die FINMA sowie den fehlenden Einlegerschutz informieren und sie die Publikumseinlagen weder anlegen noch verzinsen. Mit dem Begriffspaar „*anlegen und verzinsen*“ ist gemäss Erläuterungsbericht zur BankV das Aktivgeschäft gemeint. Das bedeutet, dass Unternehmen und Konsumenten die Gelder nicht im Rahmen von Kreditverträgen weitergeben und dafür Zinsen verlangen dürfen. Der Erläuterungsbericht (S. 36) zur Vernehmlassungsvorlage vom 1. Februar 2017 hält diesbezüglich fest: *„Die Bedingung, dass die Publikumseinlagen weder angelegt noch verzinst werden dürften (also kein Aktivgeschäft betreiben dürften), gilt nur für Unternehmen, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind.“*

In diesem Zusammenhang ist im Rundschreiben klarzustellen, dass mit dem Begriffspaar „*anlegen und verzinsen*“, das Aktivgeschäft gemeint ist, welches für Nichtbanken verboten werden soll. Kreditnehmende Unternehmen und Konsumenten sollen aber weiterhin Zinsen an ihre Gläubiger bezahlen dürfen, ohne dadurch zur Bank zu werden.

Diese Auslegung entspricht denn auch den Ausführungen in der vorgeschlagenen Rz 8.4 des Rundschreibens, wonach es einem Unternehmen erlaubt sein soll, die Einlagen zu verzinsen, also auf die Einlagen Zinsen zu bezahlen. Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass durch die vom Nationalrat in die Fintech-Vorlage eingefügte Ergänzung des Konsumkreditgesetzes (KKG) neu auch der kreditnehmende Konsument (im Falle einer Zustimmung durch den Ständerat) den gesamten Schutz des KKG geniessen wird. Insbesondere wird die vermittelnde Plattform (bzw. deren Betreiber) eine Kreditfähigkeitsprüfung des Konsumenten durchführen müssen. Würde hingegen das Begriffspaar „*anlegen und verzinsen*“ nicht nur im Sinne des Aktivgeschäfts verstanden, sondern auch die Bezahlung von Zinsen durch den Kreditnehmer an die Gläubiger verboten, würde die gesamte Bestimmung ihres Sinns und Zwecks entleert. Denn dann müsste entweder weiterhin die 20er-Regel eingehalten werden oder die Gläubiger müssten Gratiskredite gewähren (welche dann auch nicht mehr dem KKG unterstünden), um zu verhindern, dass aus dem Kreditnehmer eine Bank wird.

In Bezug auf Unternehmen hält die vorgeschlagene Rz 8.2 zudem fest, dass die Einlagen bis zur Rückzahlung *„dauernd und liquide zur Verfügung stehen“* und nicht auf den üblichen Geschäftskonti des Unternehmens für den laufenden Betrieb, sondern auf einem separaten Konto gehalten werden müssen. Diese zusätzliche Bedingung, welche weit über jene der BankV hinausgeht, hat zwar nur einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich, für die davon betroffenen kreditnehmenden Unternehmen, welche hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind, dürfte sich die regulatorische Situation damit aber nicht verbessern.

Nach alledem ist der vorgesehene Wortlaut von Rz 8.2 zu streichen und durch folgende Formulierung zu ersetzen:

*„Unter dem Begriffspaar „anlegen und verzinsen“ (Art. 6 Abs. 2 Bst. b BankV) ist das Aktivgeschäft gemeint, das heisst, der Kreditnehmer – unabhängig davon, ob es sich um ein Unternehmen oder einen Konsumenten handelt – darf die Gelder nicht im Rahmen von Kreditverträgen weitergeben und dafür Zinsen verlangen.“*

*Hingegen darf der Kreditnehmer auf den entgegengenommenen Geldern Zinsen an die Gläubiger bezahlen.“*

~~„Das Verzinsungs- und Anlageverbot (Art. 6 Abs. 2 Bst. b BankV) verlangt, dass die von den Kunden einbezahlten Einlagen bis zur Weiterleitung oder Rückzahlung dauernd und liquide zur Verfügung stehen. Die Einlagen dürfen dabei nicht auf den üblichen Geschäftskonti des Unternehmens für den laufenden Betrieb gehalten werden, sondern es ist für das Halten der Einlagen mindestens ein davon getrenntes Konto einzurichten.“~~

### 1.3. Informationspflicht (Rz 8.4)

Die BankV hält ausdrücklich fest, dass der Hinweis darauf, dass keine Aufsicht durch die FINMA und keine Einlagensicherung besteht, „*schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht*“, zu erfolgen hat (Art. 6 Abs. 2 Bst. c). Die in der vorgeschlagenen Rz 8.4 enthaltene Einschränkung, wonach Hinweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) oder auf der Webseite diesen Anforderungen nicht genügen würden, finden weder in der Verordnung noch in den diesbezüglichen Erläuterungen eine Stütze. Rz 8.4 ist deshalb wie folgt zu formulieren:

*Rz 8.4: „Die Kunden sind individuell und spätestens im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts vor Tätigkeit der Einlage darüber zu informieren, dass keine Aufsicht durch die FINMA und keine Einlagensicherung besteht (Art. 6 Abs. 2 Bst. c BankV). Hinweise bspw. lediglich in den AGB oder auf der Webseite genügen den Anforderungen an die Informationspflichten nicht.“*

## 2. Abwicklungskonti

### 2.1. Abklärung des wirtschaftlich Berechtigten (Rz 9<sup>bis</sup>)

Die neue Fintech-Regulierung richtet sich insbesondere an Crowdfunding-Plattformen. Typischerweise werden für eine Finanzierungskampagne über eine Crowdfunding-Plattform im Internet eine Laufzeit sowie eine Finanzierungsschwelle bestimmt. Wird die Finanzierungsschwelle innerhalb einer bestimmten Frist nicht erreicht, fließt das Geld zurück an die Geldgeber. Gemäss Rz 8.2 des Rundschreibens haben die entgegengenommenen Einlagen bis zur Rückzahlung auf den Bankkonti des Unternehmens zu verbleiben. Es ist dabei offensichtlich, dass die Gelder einem Nichtfinanzintermediär gehören. Das bedeutet, dass die kontoführende Bank den wirtschaftlich Berechtigten abzuklären hat, was allerdings zu einem nicht vertretbaren Aufwand führt.

In einer neuen Rz 9<sup>bis</sup> soll deshalb festgehalten werden, dass die Bank lediglich den gewerbsmässigen Nichtfinanzintermediär als Kontoinhaber abzuklären und den Sammelzweck des Unternehmens zu überprüfen hat. Auf die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten ist demgegenüber zu verzichten. Wir schlagen diesbezüglich folgenden Wortlaut vor:

„Eine Bank, welche einem gewerbsmässigen Nicht-Finanzintermediär ein Konto zur Entgegennahme von nicht bewilligungspflichtigen Publikums-

einlagen gemäss Art. 6 BankV zur Verfügung stellt, muss diesen als Kunden abklären sowie die Zulässigkeit des Zwecks der nicht bewilligungspflichtigen Publikumseinlage plausibilisieren. Von der Abklärung der Einzahler bzw. wirtschaftlich Berechtigten ist sie befreit.“

## 2.2. Zweck der Abwicklungskonti (Rz 16<sup>bis</sup>)

In Bezug auf die Abwicklungskonti gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV wäre unseres Erachtens eine Präzisierung notwendig, um allfälligen Missbrauch zu verhindern. Es sollte klargestellt werden, dass die Ausnahme für Abwicklungskonti gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV nur gilt, wenn das Konto auch tatsächlich als Abwicklungskonto geführt wird. Werden Konti hingegen für den Zahlungsverkehr oder als sogenannte E-Wallets oder Ähnliches geführt, müssen auch die entsprechenden Bewilligungsanforderungen für den Zahlungsverkehr (z.B. FINFRAG) oder nach Art. 5 Abs. 3 Bst. e BankV (Bezug von Waren oder Dienstleistungen) gelten. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die 60-Tage-Frist zur Führung permanenter Kundenkonti, die stets einen positiven Kontostand aufweisen (sogenannte E-Wallet-Systeme) bzw. fortlaufend aufgefüllt werden, missbraucht wird.

Entsprechend der Zielsetzung der Norm sollte die Ausnahme ausschliesslich für Einlagen gelten, die zu einem bestimmten Zweck auf bestimmten Konti gesammelt und dann an den Endbegünstigten weitergeleitet werden. Davon sind reine Zahlungsvorgänge (für den Bezug von Dienstleistungen und Gütern) klar abzugrenzen. Es ist zu verhindern, dass die Entscheidung über den Verwendungszweck einer Einlage situativ und erst im Anschluss an die Überweisung des Einlegers auf das entsprechende Konto fällt.

Wir regen diesbezüglich die Einfügung einer neuen Randziffer 16<sup>bis</sup> an:

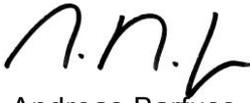
„Ein Abwicklungskonto darf nicht zu Zahlungsverkehrszwecken benützt werden. Die Einlagen dürfen nur der Abwicklung eines vorbestimmten Kundengeschäfts dienen.“

## 3. Schlussbemerkung

Abschliessend möchten wir festhalten, dass im Zuge der begrüßenswerten Bestrebung der Verwaltung, regulatorische Hürden für innovative Geschäftsmodelle abzubauen, lediglich das BankG sowie die BankV angepasst wurden. Insbesondere die Bestimmungen hinsichtlich der Geldwäscherei und des Konsumentenschutzes sowie jene im steuerlichen Bereich (u.a. AIA und FATCA) haben unverändert auch für Fintechs Geltung. Wir bitten diesbezüglich um Klarstellung im Rundschreiben.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Überlegungen für die weiteren Arbeiten. Gerne stehen wir Ihnen für ergänzende Auskünfte zur Verfügung.

Freundliche Grüsse  
Schweizerische Bankiervereinigung



Andreas Barfuss



Markus Staub

Per eMail: [dominik.leimgruber@finma.ch](mailto:dominik.leimgruber@finma.ch)

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Dominik Leimgruber  
Laupenstrasse 27  
3003 Bern

Zürich, 13. Oktober 2017

### **Teilrevision des Rundschreibens 2008/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“ – Stellungnahme von Swiss Fintech Innovations (SFTI)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf Ihre Medienmitteilung vom 1. September 2017. Wir danken Ihnen und nützen die Gelegenheit zur Stellungnahme hiermit gerne.

Der Verband **Swiss Fintech Innovations** (SFTI, [www.swissfintechinnovations.ch](http://www.swissfintechinnovations.ch)) vertritt die Interessen seiner Mitglieder im Bereich der Digitalisierung und Innovation in der Finanzindustrie. Zu den Mitgliedern des Verbands gehören derzeit: AXA Versicherungen AG, Banque Cantonale Vaudoise (des.), Credit Suisse AG, CSS Versicherung AG, Generali (Schweiz) Holding AG, Helvetia Schweiz AG, Hypothekarbank Lenzburg AG, Bank Lombard Odier & Co, Luzerner Kantonalbank (des.), Raiffeisen Schweiz, Schroder & Co Bank AG, SIX Group AG, Swiss Life Holding AG, Swiss Fintech Innovation Lab an der Universität Zürich, Bank SYZ AG, Vontobel Holding AG, Zürcher Kantonalbank und Zuger Kantonalbank. Unsere Arbeitsgruppe „Regulations“ beschäftigt sich mit Gesetzgebung und Regulierung rund um Innovation und Digitalisierung in der Finanz- und Versicherungsindustrie.

Unsere **Stellungnahme** resultiert in folgenden Hauptanliegen:

- In Bezug auf den bewilligungsfreien Raum (Art. 6 Abs. 2-4 BankV) enthält das Rundschreiben unserer Ansicht nach noch keine genügende Klarstellung des Begriffspaares „anlegen und verzinsen“. Das Begriffspaar wird einerseits zu umfassend ausgelegt und andererseits werden lediglich Konstellationen mit Unternehmen als Kreditnehmern erwähnt. Die vorgeschlagene Rz. 8.2 dazu sollte neu formuliert werden.
- Zudem enthält die vorgeschlagene Rz. 8.3 eine deutliche Verschärfung der Vorschriften gegenüber der Verordnung. Der Hinweis auf die fehlende Einlagensicherung hat gemäss Verordnung „schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht“ zu erfolgen. Eine entsprechende Information auf der Webseite des Unternehmens oder ein Hinweis in den AGB muss dafür genügen.

## 1 Ausnahme Abwicklungskonto (Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV)

Der Nachvollzug der neuen Regeln bzw. die Fristverlängerung für die Abwicklungskonto-Ausnahme gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV gibt unsererseits kein Anlass zu Bemerkungen.

## 2 Bewilligungsfreier Raum (Sandbox) (Art. 6 Abs. 2-4 BankV)

### 2.1 Ausgangslage

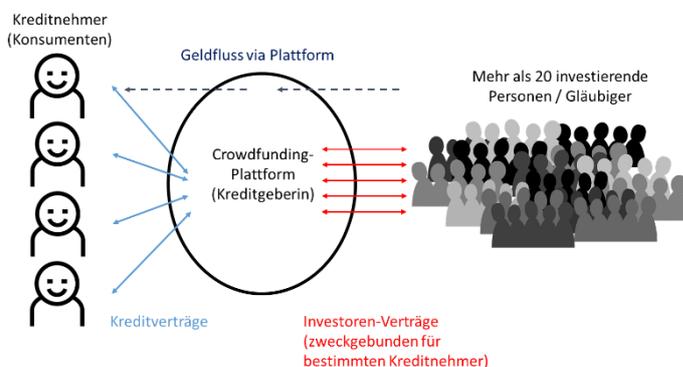
Innerhalb des bewilligungsfreien Raums (Sandbox) soll es möglich sein, bis zu einem Schwellenwert von höchstens 1 Million Franken (unter Einhaltung der Informationspflichten gegenüber den Kunden und unter Einhaltung der Regeln der Geldwäschereigesetzgebung) Publikumsseinlagen (d.h. insbesondere Einlagen von mehr als 20 Personen) entgegen zu nehmen, ohne dass hierfür eine Bankbewilligung nötig ist.

Unser Verständnis war, dass die Aufhebung der 20-er-Regel vor allem auch Finanzierungen über Crowdlending ermöglichen sollte. Damit solche Geschäftsmodelle möglich werden, müssten aber (je nach Konstellation) sowohl die Crowdlending-Plattformen (bzw. deren Betreiber) als auch die Kreditnehmer von den neuen Regeln profitieren können.

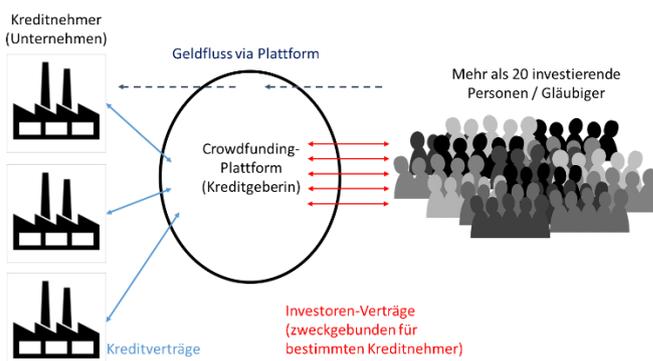
Wir sehen vorab die folgenden vier verschiedenen Konstellationen, in welchen die 20-er-Regel eine Rolle spielt.

### 2.2 Konstellationen A1 und A2

Konstellation A1) Plattform als Kreditgeberin, Konsumenten als Kreditnehmer:



Konstellation A2) Plattform als Kreditgeberin, Unternehmen als Kreditnehmer:



In den Konstellationen A1 und A2 läuft die Crowdlending-Plattform (bzw. deren Betreiber) Gefahr, aufgrund der 20-er-Regel zur Bank zu werden, weil sie von mehr als 20 Personen Gelder entgegennimmt. Weil sie diese Gelder im Anschluss im Rahmen eines Kreditvertrags an die vorab bezeichneten Kreditnehmer (Konsumenten oder Unternehmen) weitergibt und dafür Kreditzinsen einnimmt, also das Aktivgeschäft betreibt, kann sie nicht von der neuen Regelung für den bewilligungsfreien Raum profitieren. Sie erfüllt die Voraussetzung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b BankV nicht, wonach die Publikumseinlagen „weder angelegt noch verzinst“ werden dürfen.

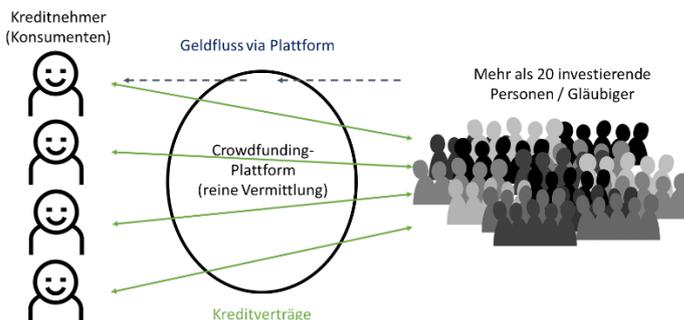
(Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass sich die Crowdlending-Plattform in diesen Konstellationen unseres Erachtens allenfalls auf die Ausnahme für Transaktionskonti berufen könnte.)

Die Kreditnehmer – unabhängig davon, ob es sich um Konsumenten (A1) oder Unternehmen (A2) handelt – stehen in diesen Konstellationen jeweils nur einer Kreditgeberin gegenüber, womit sie keine Publikumseinlagen entgegennehmen.

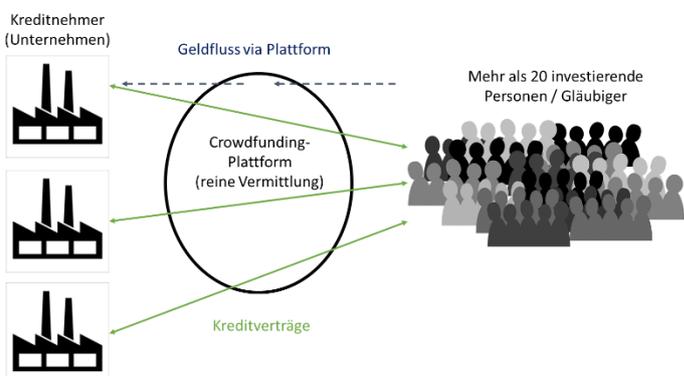
Für die Konstellationen A1 und A2 ist der neue „bewilligungsfreie Raum“ damit nicht relevant.

## 2.3 Konstellationen B1 und B2

Konstellation B1) Plattform als Vermittlerin, Konsumenten als Kreditnehmer:



Konstellation B2) Plattform als Vermittlerin, Unternehmen als Kreditnehmer:



In den Konstellationen B1 und B2 schliesst die Crowdlending-Plattform (bzw. deren Betreiber) keine Kreditverträge mit den Kreditnehmern, sondern es kommen einzelne Kreditverträge direkt zwischen dem Kreditnehmer und (mehreren) Gläubigern zustande. Aber auch hier nimmt die Crowdlending-

Plattform (bzw. deren Betreiber) Geld von mehr als 20 Personen entgegen, um dieses an den jeweiligen Kreditnehmer weiterzuleiten. Auch hier kann die Plattform nicht von der Aufhebung der 20-er-Regel profitieren, weil sie die entsprechende Voraussetzung gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b BankV nicht erfüllt, wonach die Publikumseinlagen „weder angelegt noch verzinst“, also kein Aktivgeschäft betrieben werden darf.

(Auch in diesen Konstellationen wird sich die Crowdlending-Plattform unseres Erachtens aber wohl auf die Ausnahme für Transaktionskonti berufen können.)

In den Konstellationen B1 und B2 laufen jedoch zusätzlich auch die einzelnen Kreditnehmer Gefahr, aufgrund der 20-er-Regel zur Bank zu werden, weil sie von mehr als 20 Gläubigern Gelder entgegennehmen.

### 2.3.1 Konstellation B1

In der Konstellation B1 handelt es sich beim Kreditnehmer um einen **Konsumenten**. Ein solcher darf nach unserer Auslegung des Verordnungstextes neu Publikumseinlagen von gesamthaft höchstens 1 Million Franken entgegennehmen, wenn er die Gläubiger von der fehlenden Beaufsichtigung durch die FINMA und den fehlenden Einlegerschutz informiert und wenn er „die Publikumseinlagen weder anlegt noch verzinst“. Mit dem Begriffspaar „anlegen und verzinsen“ ist gemäss Erläuterungsbericht zur BankV das Aktivgeschäft gemeint, das heisst, der Konsument darf die Gelder nicht als Kreditgeber weitergeben und dafür Zinsen verlangen. Vgl. Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 1. Februar 2017, S. 36 unten: *„Die Bedingung, dass die Publikumseinlagen weder angelegt noch verzinst werden dürfen (also kein Aktivgeschäft betreiben dürften), gilt nur für Unternehmen, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind.“*

**Es ist in diesem Zusammenhang klar zu stellen, dass mit dem Begriffspaar „anlegen und verzinsen“ das Aktivgeschäft gemeint ist, welches für Nicht-Banken in diesem Zusammenhang verboten werden soll und dass dementsprechend ein Kreditnehmer selbstverständlich selbst Zinsen an seine Gläubiger bezahlen darf, ohne dadurch zur Bank zu werden.**

Diese Auslegung entspricht denn auch den Ausführungen in der vorgeschlagenen Rz. 8.4 des Rundschreibens, wonach es einem Unternehmen erlaubt ist, die Einlagen zu verzinsen, also auf die Einlagen Zinsen zu bezahlen. Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass durch die vom Nationalrat in die Fintech-Vorlage eingefügte Ergänzung des Konsumkreditgesetzes (KKG) neu auch die vorliegend beschriebene Form der Kreditvergabe unter das KKG fallen und der kreditnehmende Konsument damit (im Falle der Zustimmung durch den Ständerat) den gesamten Schutz des KKG geniessen wird. Insbesondere wird die vermittelnde Plattform (bzw. deren Betreiber) eine Kreditfähigkeitsprüfung des Konsumenten durchführen müssen.

Würde hingegen das Begriffspaar „anlegen und verzinsen“ nicht nur im Sinne des Aktivgeschäfts verstanden, sondern auch die Bezahlung von Zinsen durch den Kreditnehmer an die Gläubiger verboten, würde die gesamte Bestimmung ihres Sinns und Zwecks entleert. Denn dann müsste entweder weiterhin die 20-er-Regel eingehalten werden oder die Gläubiger müssten Gratiskredite gewähren (welche dann auch nicht mehr dem KKG unterstünden), um zu verhindern, dass aus dem Kreditnehmer eine Bank wird. Die regulatorische Situation hätte sich gegenüber der früheren Rechtslage für das beschriebene Businessmodell von Crowdlending-Plattformen damit nicht verbessert.

### 2.3.2 Konstellation B2

In der Konstellation B2 handelt es sich beim Kreditnehmer um ein **Unternehmen**. Hierzu äussert sich auch das Rundschreiben in den neu vorgeschlagenen Rz. 8.2-8.5.

Ein Unternehmen darf gemäss Verordnungstext neu Publikumseinlagen von gesamthaft höchstens 1 Million Franken entgegennehmen, wenn es die Gläubiger von der fehlenden Beaufsichtigung durch die FINMA und den fehlenden Einlegerschutz informiert und wenn es „die Publikumseinlagen weder anlegt noch verzinst“. Mit dem Begriffspaar „anlegen und verzinsen“ ist gemäss Erläuterungsbericht zur BankV das Aktivgeschäft gemeint, das heisst, das Unternehmen darf die Gelder nicht im Rahmen von Kreditverträgen weitergeben und dafür Zinsen verlangen (vgl. dazu den obenstehenden Hinweis auf den Erläuterungsbericht, S. 36).

Als zusätzliche Anforderung, welche offensichtlich weit über die BankV hinausgeht, wird nun in der vorgeschlagenen Rz. 8.2 auch vorausgesetzt, dass die Einlagen bis zur Rückzahlung „dauernd und liquide zur Verfügung stehen“ müssen und nicht auf den üblichen Geschäftskonti des Unternehmens für den laufenden Betrieb, sondern auf einem separaten Konto gehalten werden müssten. Diese zusätzliche Bedingung hat zwar nur einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich. Sie gilt lediglich für kreditnehmende Unternehmen, welche hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind, weil für die übrigen Unternehmen die Ausnahme von Art. 6 Abs. 3 BankV gilt. Für Unternehmen, welche hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind, dürfte aber bereits das Verbot des Aktivgeschäfts gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b BankV ausschlaggebend sein. Aus diesen Gründen ist eine genauere Angrenzung und eine Neuformulierung von Rz. 8.2 unumgänglich.

**Antrag:**

Ersatz von Rz. 8.2 durch folgenden Wortlaut:

„Unter dem **Begriffspaar „anlegen und verzinsen“** (Art. 6 Abs. 2 lit. b BankV) ist das **Aktivgeschäft** gemeint, das heisst, der Kreditnehmer – unabhängig davon, ob es sich um ein Unternehmen oder einen Konsumenten handelt – darf die Gelder nicht im Rahmen von Kreditverträgen weitergeben und dafür Zinsen verlangen. Hingegen darf der Kreditnehmer auf den entgegengenommenen Geldern Zinsen an die Gläubiger bezahlen.“

### 3 Informationspflichten (Art. 6 Abs. 2 lit. c BankV)

Die BankV hält ausdrücklich fest, dass der Hinweis darauf, dass keine Aufsicht durch die FINMA und keine Einlagensicherung besteht, „schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht“, zu erfolgen hat (Art. 6 Abs. 2 lit. c BankV).

Die in der vorgeschlagenen Rz. 8.4 enthaltene Einschränkung, wonach Hinweise in den AGB oder auf der Webseite diesen Anforderungen nicht genügen würden, finden keinerlei Stütze. Weder in der Verordnung noch den Erläuterungen dazu. Deshalb ist diese Einschränkung zu streichen.

**Antrag:**

Korrektur von Rz. 8.3:

„Die Kunden sind **individuell und** spätestens im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts vor Tätigkeit der Einlage darüber zu informieren, dass keine Aufsicht durch die FINMA und keine Einlagensicherung besteht (Art. 6 Abs. 2 Bst. c BankV). ~~Hinweise bspw. lediglich in den AGB oder auf der Webseite genügen den Anforderungen an die Informationspflichten nicht.~~“

Im Übrigen unterstützt SFTI die weiteren Anträge der Schweizerischen Bankiervereinigung.

Wir bitten Sie um Berücksichtigung unserer Anträge. Gerne stehen wir Ihnen zur Diskussion und für die weitere Zusammenarbeit jederzeit zur Verfügung.

Für die Arbeitsgruppe Regulations von SFTI:

Sig. Werner W. Wyss  
Mitglied der AG Fintech Regulations

Sig. Dr. Cornelia Stengel  
Mitglied der AG Fintech Regulations

**Geschäftsstelle**

Wallstrasse 8  
Postfach  
CH-4002 Basel

Telefon 061 206 66 66  
Telefax 061 206 66 67  
E-Mail [vskb@vskb.ch](mailto:vskb@vskb.ch)



**Verband Schweizerischer Kantonalbanken**  
**Union des Banques Cantionales Suisses**  
**Unione delle Banche Cantionali Svizzere**

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Dominik Leimgruber  
Laupenstrasse 27  
CH-3003 Bern

[dominik.leimgruber@finma.ch](mailto:dominik.leimgruber@finma.ch)

Datum 16. Oktober 2017  
Kontaktperson Marilena Corti  
Direktwahl 061 206 66 21  
E-Mail [m.corti@vskb.ch](mailto:m.corti@vskb.ch)

**Anhörung Teilrevision des Rundschreibens 2008/3 «Publikumseinlagen bei Nichtbanken»**

Sehr geehrter Herr Leimgruber

Am 1. September 2017 hat die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA die Anhörung zur Teilrevision des Rundschreibens 2008/3 «Publikumseinlagen bei Nichtbanken» eröffnet. Wir danken Ihnen bestens für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Kantonalbanken haben sich mit der Vernehmlassung befasst und ihre Anliegen in die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg) eingebracht. Wir unterstützen somit die Stellungnahme der SBVg. Entsprechend werden wir keine eigene Stellungnahme einreichen.

Wir danken Ihnen bestens für die Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Verband Schweizerischer Kantonalbanken

Hanspeter Hess  
Direktor

Dr. Adrian Steiner  
Leiter Public Affairs

**Per Email an:**

Dominik.leimgruber@finma.ch

Dr. Jana Essebier  
Rechtsanwältin  
Tel +41 58 211 34 09  
jana.essebier@vischer.com  
www.vischer.com

Eingetragen im  
Anwaltsregister des  
Kantons Zürich

Dr. Stefan Grieder  
Advokat  
Tel +41 58 211 39 94  
sgrieder@vischer.com  
www.vischer.com

Eingetragen im  
Anwaltsregister des  
Kantons Basel-Stadt

**VISCHER AG**

**Zürich**  
Schützengasse 1  
Postfach 1230  
CH-8021 Zürich  
Tel +41 58 211 34 00  
Fax +41 58 211 34 10

**Basel**

Aeschenvorstadt 4  
Postfach 526

Zürich, 16. Oktober 2017

**Teilrevision des Rundschreibens 2008/3  
Stellungnahme zum Entwurf und Erläuterungsbericht**

Sehr geehrter Herr Leimgruber  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf das auf der Website der FINMA veröffentlichte Schreiben, mit welchem Sie eine öffentliche Anhörung zur Teilrevision des Rundschreibens 2008/3 "Publikumseinlagen bei Nichtbanken" eröffnet und interessierte Kreise zur Stellungnahme eingeladen haben. Nachfolgend erlauben wir uns, zu ausgewählten Aspekten der Teilrevision Stellung zu nehmen. Unsere Stellungnahme basiert auf unseren Erfahrungen in der anwaltlichen Beratung.

**1. ALLGEMEIN**

Der Entwurf sieht vor, dass jeweils Einleitungsabschnitte gestrichen werden. Wir regen an, diese im Interesse der Lesbarkeit beizubehalten und auch für die neu aufgenommenen Regeln, jeweils nicht nur auf die Norm zu verweisen, sondern sie in den Kontext zu stellen.

**2. 1 MILLION FRANKEN-SCHWELLE**

Wir begrüßen es, dass klargestellt wird, dass der Schwellenwert von 1 Million Franken nicht absolut zu verstehen ist, sondern dass es auf die netto ausstehenden Verbindlichkeiten ankommt.

In Rz. 8.1 heisst es, dass die Verbindlichkeiten gegenüber Kunden bzw. Anlegern zu keinem Zeitpunkt mehr als 1 Million Franken betragen dürfen. Um Missverständnisse zu vermeiden, regen wir an, dass nur Verbindlichkeiten gegenüber Kunden bzw. Anlegern mitzurechnen sind, welche anderenfalls als Publikumseinlagen qualifizieren würden.

VISCHER

Wir regen an in Rz. 8.2 den Satz aus dem Erläuterungsbericht zu ergänzen, wonach keine Konkursfestigkeit vorausgesetzt wird.

In Rz. 8.3 heisst es, dass die Kunden individuell darüber zu informieren sind, dass keine Aufsicht durch die FINMA und keine Einlagensicherung besteht. Hinweise auf der Website sollen den Anforderungen an die Informationspflicht nicht genügen. Dies scheint anzudeuten, dass Online/Digital erfolgende Informationen nicht zulässig sind. Um Missverständnisse zu vermeiden, regen wir an zu präzisieren, was als zulässig erachtet wird. Alternativ regen wir an, den Hinweis auf die Website gänzlich zu streichen. Der Verordnungswortlaut ist unseres Erachtens eindeutig.

Wir begrüssen es, dass in Rz. 8.4 eine Definition der gewerblich-industriellen Tätigkeit im Sinne einer Negativabgrenzung aufgenommen wird, um die Abgrenzungsschwierigkeiten zu verringern.

### **3. ABWICKLUNGSKONTI**

Wir begrüssen es, dass hier explizit Beispiele aufgenommen werden. Dadurch wird die Rechtsunsicherheit in der Anwendung der Norm reduziert.

Wir begrüssen zudem die Klarstellung betreffend Edelmetallhändler.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Vernehmlassung und für die Berücksichtigung unserer Überlegungen. Für zusätzliche Erläuterungen und Diskussionen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Dr. Jana Essebier

Dr. Stefan Grieder

**Per E-Mail**

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Dominik Leimgruber  
Laupenstrasse 27  
CH-3003 Bern

Zürich, 16. Oktober 2017

TML / MLT / 7337323v1

**Anhörung zur Teilrevision des Rundschreibens 2008/3 "Publikumseinlagen bei Nichtbanken"**

Sehr geehrter Herr Leimgruber,  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Gelegenheit, zu den geplanten Änderungen des Rundschreibens 2008/3 "Publikumseinlagen bei Nichtbanken" Stellung nehmen zu dürfen.

Im erläuternden Bericht zu den Änderungen des Bundesgesetzes und der Bankenverordnung (FinTech) vom 1. Februar 2017 (der **Erläuternde Bericht**) hat sich der Bundesrat ausführlich mit den unterschiedlichen Formen des Crowdfunding auseinandergesetzt. Der Bundesrat teilte Crowdfunding in Crowddonating, Crowdsupporting, Crowdlending und Crowdinvesting auf. Beim Crowdlending würden den Geldnehmern Darlehen gewährt. Bei Darlehensgewährung an eine juristische Person werde Fremdkapital zur Verfügung gestellt. Die Finanzierung erfolge in diesen Fällen unter der Bedingung, dass das eingebrachte Geld zurückerstattet und in der Regel zu verzinsen sei. (S. 7 f. des Erläuternden Berichts).

Im Bereich Crowdlending beruhen verschiedene Fintech-Geschäftsmodelle darauf, dass gewerbsmässig fremde Gelder entgegengenommen werden. Damit würden diese in den Anwendungsbereich des Bankengesetzes fallen. Mit der Revision der Bankenverordnung sollte die Entgegennahme von Publikumseinlagen bis zu einem Betrag von CHF 1 Millio-

nen nicht als gewerbsmässig gelten und damit bewilligungsfrei möglich sein. Dadurch soll Innovationsraum geschaffen werden (S. 18 des Erläuternden Berichts).

Aus dem Erläuternden Bericht geht nicht hervor, dass die neuen Regelungen nur auf bestimmte Arten des Crowdlending Anwendung finden sollte. Im Gegenteil; die ausführliche Behandlung der verschiedenen Anwendungsbereiche des Crowdlending zeigt gerade, dass das Eidg. Finanzdepartement für sämtliche Anwendungsbereiche des Crowdlending mit der Anpassung der Bankenverordnung Erleichterungen schaffen wollte.

Entsprechend sieht die angepasste Bankenverordnung neu vor, dass im Sinne des Bankengesetzes nicht gewerbsmässig handle, (i) wer Publikumseinlagen von gesamthaft höchstens CHF 1 Million entgegen nimmt, (ii) diese Publikumsanlagen weder anlegt noch verzinst und (iii) die Kreditgeber vorgängig informiert, dass keine FINMA Unterstellung besteht und die Einlage nicht von der Einlagensicherung erfasst werden (Art. 6 Abs. 2 BankV). Sollte der Kreditnehmer eine gewerblich-industrielle Tätigkeit ausüben, darf er die Publikumseinlagen verzinsen, sofern die Publikumseinlagen zur Finanzierung dieser Tätigkeit verwendet werden (Art. 6 Abs. 3 BankV).

Die "gewerblich-industrielle Tätigkeit" ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff. Eine Definition dafür findet sich nicht. Der Begriff kann nur in Abgrenzung zu einer reinen Finanzdienstleistung oder Anlagetätigkeit verstanden werden, was Art. 6 Abs. 2 BankV explizit untersagen will. Der Bundesrat führt in seinen Erläuterungen über die Änderungen der Bankenverordnung (Fintech) vom 5. Juli 2017 aus (S. 22):

"Dies sind insbesondere Unternehmen, die gewerblich-industrielle Tätigkeit ausüben und diese Tätigkeit über ein Crowdlending-Projekt finanzieren wollen."

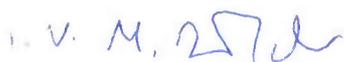
Die Änderungen der Bankenverordnung sollen nicht die gewerblich-industriellen Unternehmen schützen, sondern die Fintech Unternehmen, welche helfen, die Tätigkeit solcher Unternehmen zu finanzieren. Entsprechend darf es keine Rolle spielen, ob es sich beim Schuldner um ein gewerblich-industrielles Unternehmen, ein Dienstleistungsunternehmen (ausserhalb von Finanzdienstleistungen) oder um eine natürliche Person handelt, welche über eine Crowdlending Plattform einen entsprechenden Kredit unter CHF 1 Million aufnimmt. Entscheidend ist, dass der Schuldner die Einlage nicht anlegt, sondern nur zur Finanzierung seiner eigenen entsprechenden Tätigkeit verwendet. Der Bundesrat schreibt daher, dass es sich beim Schuldner "insbesondere" um Unternehmen handle. Die Umschreibung ist nicht abschliessend. Anknüpfungspunkt der Ausnahme bleibt das Fintech Unternehmen, welches die Crowdlending Plattform betreibt, nicht die Qualifikation des Schuldners. Auch Crowdlending Plattformen, welche beispielsweise Ausbildungskredite von Privaten finanzieren, fallen unter die Ausnahme von Art. 6 Abs. 3 BankV. Eine andere Auslegung würde gegen das Gleichbehandlungsprinzip verstossen.

Wir möchten entsprechend vorschlagen, die genannten Punkte im Sinne einer Klarstellung in der Teilrevision des Rundschreibens 2008/3 "Publikumseinlagen bei Nichtbanken" aufzunehmen und Randziffer 8.4 wie folgt zu ergänzen:

Eine gewerblich-industrielle Tätigkeit liegt grundsätzlich vor, wenn keine Finanzdienstleistung für sich selber oder Dritte erbracht oder vermittelt wird. Die Finanzierung von anderen Dienstleistungen ist zulässig, ebenso die Finanzierung von nicht beruflichen Tätigkeiten. Die Einlage kann auch von einer natürlichen Person entgegengenommen werden. Überwiegt die gewerblich-industrielle Tätigkeit im Verhältnis zur nicht gewerblich-industriellen Tätigkeit, ist von einer gewerblich-industriellen Haupttätigkeit auszugehen. Die Vorgabe von Art. 6 Abs. 3 BankV, wonach die Einlagen für die Finanzierung der gewerblich-industriellen Tätigkeit verwendet werden müssen, schliesst Investitionen mit den entgegengenommenen Einlagen in Finanzanlagen und -instrumente grundsätzlich aus. Die Verzinsung der Einlagen ist hingegen erlaubt.

Bei Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Thomas Müller

Walder Wyss AG  
Seefeldstrasse 123  
8034 Zürich  
thomas.mueller@walderwyss.com



Michel Lalive d'Epinay

Switzerland AG  
Hofackerstrasse 13  
8032 Zürich  
michel@lend.ch