

**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.

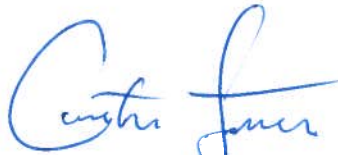
Aus den vorgenannten Gründen regen wir an, auf den Vorschlag zu Rz. 8.5 zurückzukommen. Sachgerecht erschiene eine Einzelfallprüfung durch die FINMA, welche in Berücksichtigung des konkreten Geschäftsmodells und der damit zusammenhängenden Risiken gegebenenfalls Einschränkungen (also nicht zwingend ein 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