

Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD)
Bundesgasse 3
3003 Bern

Per Mail zugestellt an: rechtsdienst@sif.admin.ch

Basel, 21. September 2018
J.002 | ABA | +41 61 295 92 17

Stellungnahme der SBVg zur Änderung der Bankenverordnung (FinTech-Bewilligung)

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die am 21. Juni 2018 eröffnete Vernehmlassung zur Änderung der Bankenverordnung (FinTech-Bewilligung).

Wir bedanken uns bestens für die Konsultation in dieser für die Finanzbranche wichtigen Angelegenheit. Gerne nehmen wir die Gelegenheit zur Stellungnahme wahr und unterbreiten Ihnen nachfolgend unsere Überlegungen.

Die aus unserer Sicht wichtigsten Anliegen lauten wie folgt:

Zur Änderung der Bankenverordnung (BankV)

1. Auch etablierte Finanzdienstleistungsunternehmen sollen zu den gleichen regulatorischen Bedingungen wie neue Anbieter am innovativen FinTech-Markt partizipieren können. Entsprechend sollte Art. 24a BankV dahingehend präzisiert werden, dass Publikumseinlagen von Banken bei der Bestimmung des Schwellenwertes innerhalb einer Gruppe nicht anzurechnen sind. Analoges gilt für alle anderen Einschränkungen, die sich allfällig aus der Pflicht zur Konsolidierung auf Konzernstufe ergeben.
2. Die Auslegung des Anlage- und Verzinsungsverbots ist allzu eng und schränkt den Anwendungsbereich der „FinTech-Lizenz“ empfindlich ein. Es muss in der Verordnung klar gestellt werden, welche Anwendungsmöglichkeiten mit der „FinTech-Lizenz“ gege-

ben sind.

3. Ferner muss in der Verordnung klar gestellt werden, dass die neuen Bewilligungsträger Anspruch auf die Eröffnung eines Kontos bei der Schweizer Nationalbank (SNB) haben.
4. Das Mindestkapital ist als Anknüpfungspunkt zur Bestimmung der Höhe der notwendigen Sicherheiten ungeeignet und die vorgeschlagenen 5% der entgegengenommenen Publikumseinlagen auf jeden Fall auch zu hoch. Bezüglich Mindestkapital sollten deshalb die Kapitalvorschriften des Obligationenrechts zum Zug kommen, wobei darauf zu achten ist, dass das erforderliche Kapital jeweils voll einbezahlt sein muss. Flankierend dazu sollen „angemessene Sicherheiten“ analog den zu erwartenden Ausführungsbestimmungen zum FINIG betreffend Vermögensverwalter und Trustees bereitgestellt werden. Eine solche Lösung ist auch mit Blick auf die Konsistenz der Regelungen zwischen den verschiedenen Typen von Finanzdienstleistern (Bewilligungskaskade) zu bevorzugen.

Zur Änderung der Verordnung zum KKG (VKKG)

5. Statt Hürden für digitale und innovative Geschäftsmodelle abzubauen, werden neue Hürden geschaffen. Um das zu verhindern, soll in der Verordnung präzisiert werden, dass das Formerfordernis der Schriftlichkeit im KKG durch Verwendung einer „in Text nachweisbaren Form“ erfüllt wird.
6. Die Liberalisierung bzw. technologie neutrale Auslegung der Formvorschrift "Schriftlichkeit" muss konsequenterweise auch bei allen andern Themen erfolgen, bei welchen Finanztransaktionen typischerweise betroffen sind.

I. Allgemeine Bemerkungen

Wir unterstützen die Anstrengungen optimale Rahmenbedingungen für einen innovativen Finanzplatz zu schaffen und begrüssen auch die Idee einer limitierten Bewilligung für die Annahme von Publikumseinlagen bis CH 100 Mio. Insgesamt erscheinen die vorgeschlagenen Regeln als sachgerecht, auch wenn sich unseres Erachtens im Einzelnen noch Anpassungsbedarf ergibt. Insbesondere sind diese Regeln auch besser auf die neu erlassenen Bestimmungen des FINIG abzustimmen. So kann es beispielsweise nicht sein, dass gemäss FINIG ein Vermögensverwalter eine Haftpflichtversicherung abschliessen oder Mindestkapital halten muss, dieses Erfordernis aber bei der erleichterten Bewilligung nach Art. 1 b BankG nicht verlangt wird (vgl. II.6).

II. Ergänzungs- und Anpassungsbedarf aus Sicht der Branche

II.1 FinTech-Geschäftsmodelle müssen auch etablierten Finanzdienstleistern zur Verfügung stehen

Jede Form von FinTech-Regulierung muss widerspruchsfrei in die bestehende Gesetzgebung eingebettet sein. Der wesentliche Eckpfeiler dazu ist die Herstellung bzw. den Erhalt eines Level-Playing-Fields für alle gewerbsmässig im betreffenden Bereich tätigen Marktteilnehmer. Nach etablierten Grundsätzen lässt sich dies nur dadurch realisieren, dass die Regulierung wettbewerbs- und technologie-neutral ausgestaltet ist. Diese Anforderung hat sachlogisch Ausprägungen in zwei Richtungen:

- Zum einen müssen Querschnittsgesetze namentlich zum Schutz von Konsumenten bzw. Anlegern (wie etwa KKG, DSGVO u. FIDLEG) oder zum Schutz des ganzen Finanzplatzes (wie etwa GwG) uneingeschränkt auch für FinTech-Anbieter gelten. Andernfalls könnten FinTech-Anbieter allein aufgrund des reduzierten regulatorischen Aufwands wesentlich günstigere Angebote offerieren, was eine massive Wettbewerbsverzerrung zu Lasten etablierten Marktteilnehmern darstellen würde. Zudem würde damit der Schutzzweck solcher Regulierung zunichte gemacht und der Rechtsumgehung Tür und Tor geöffnet. Für Konsumenten bzw. Anleger würde eine rechtlich weder vorgesehene noch sinnvolle "Zweiklassen-Gesellschaft" geschaffen. Überdies würden Fehlleistungen eines FinTech-Anbieters Reputationsschäden mit Wirkung für den gesamten Finanzplatz Schweiz generieren. Umso wichtiger ist deshalb auch eine effiziente Aufsicht der FINMA über neue FinTech-Anbieter.
- Zum andern muss es auch etablierten Finanzdienstleistern bzw. den von diesen gegründeten oder betriebenen FinTech Unternehmen möglich sein, die zum Zwecke von FinTech geschaffenen Möglichkeiten zu nutzen, und zwar zu denselben Bedingungen, wie sie für neue FinTech-Anbieter gelten. Das ergibt sich nur schon aus der Tatsache, dass sich der Begriff "FinTech-Anbieter" nicht griffig definieren lässt. Aus naheliegenden Gründen kann auch nicht gesagt werden, etablierte Finanzdienstleister seien per se nicht innovativ. Die vorliegende Revision dient der Förderung von Innovation und Fortschritt. Deshalb muss es grundsätzlich jedem Anbieter offenstehen, die zur Verfügung stehenden neuen Möglichkeiten unter identischen Bedingungen zu nutzen (Level-Playing-Field). Zu Recht kommt der Erläuterungsbericht ebenfalls zu diesem Resultat (vgl. Art. 24a u. Erläuterungsbericht, S. 18 f.).

Diese Grundsätze sind aus Gründen von Klarheit und Rechtssicherheit wie folgt auf Verordnungsstufe zu verankern:

Art. 7d BankV (neu)

¹ Personen nach Art. 1b des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen müssen sämtliche Pflichten gemäss Querschnittsgesetzen zum Schutz von Konsumenten bzw. Anlegern (wie z.B. Bundesgesetz über den Konsumkredit, Bundesgesetz über den Datenschutz od. Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen) oder zum Schutz des ganzen schweizerischen Finanzplatzes (wie z.B. Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung) vollumfänglich einhalten.

² Banken sind berechtigt, zu denselben Bedingungen wie sie für neue FinTech-Anbieter gelten Personen nach Art. 1b des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen zu gründen, zu kaufen bzw. sich daran zu beteiligen und zu betreiben. Dabei gilt Art. 24a.

II.2 Präzisierung des Anlage- und Verzinsungsverbots

Das Anlage- und Verzinsungsverbot besagt, dass die entgegengenommenen Einlagen (bis CHF 100 Mio.) bis zum Zeitpunkt der Weiterleitung oder Rückzahlung weder angelegt noch verzinst werden dürfen. Die Bedeutung dieser Bestimmung war umstritten. Die FINMA legte sie in ihrem Rundschreibens 2008/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“ sehr restriktiv aus und verlangte: „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 Bankkonto einzurichten“ (vgl. FINMA-RS 08/3, Rz 8.2). Diese restriktive Auslegung wird nun im Erläuterungsbericht zur Revision der BankV übernommen. Dort wird ausgeführt, dass die entgegengenommenen Gelder bis zur bestimmungsgemässen Weiterleitung oder Rückzahlung liquide zur Verfügung stehen müssen, so dass sie innert kürzester Zeit abgezogen werden könnten. Als Beispiel wird die Verwahrung als Sichtguthaben auf einem vom Eigenbestand getrennten Bankkonto ohne restriktive Abzugsbeschränkung genannt (vgl. Erläuterungsbericht, S. 16 f.).

Es wird eine Präzisierung und Klarstellung des Anlage- und Verzinsungsverbots in einem neu zu schaffenden Verordnungsartikel gemäss folgenden Grundsätzen beantragt:

- Das Unternehmen darf den Einlegern für die Publikumseinlagen keinen Zins zahlen oder vergleichbare geldwerte Vorteile (Honorare, Entschädigungen etc.) zukommen lassen und darf kein Anlageberatungs- oder Vermögensverwaltungsgeschäft im Sinne von FIDLEG/FINIG betreiben.
- Das Unternehmen darf die Publikumseinlagen mit Ausnahme von Massnahmen zur Substanzerhaltung nicht auf eigene Rechnung anlegen bzw. verwenden.
- Im Übrigen sind in dieser „FinTech-Lizenz“ oder „Bank-Lizenz-light“ alle Tätigkeiten erlaubt, die mit der vollen Bank-Lizenz erlaubt sind.

• SwissBanking

Das heisst konkret:

- Das Unternehmen darf für die Publikumseinlagen den Einlegern keinen Zins bezahlen;
- das Unternehmen muss die entgegengenommenen Publikumseinlagen von den eigenen Mitteln separieren und es kann sie je nach Abmachung mit den Einlegern grundsätzlich auf unbeschränkte Zeit auf einem Bankkonto halten (und zwar anders als in der „Sandbox“ bis zu einem Betrag von CHF 100 Mio.);
- andere Möglichkeiten, die Einlagen auf eine vergleichbar liquide und solide Weise zu halten, bspw. in Bundesobligationen u. ä. m. sind zur Substanzerhaltung denkbar. Diese Möglichkeiten sind zum Schutze des Einlegers restriktiv zu handhaben und in der Verordnung ausdrücklich zuzugestehen. Ohne diese Flexibilisierung wären zahlreiche FinTech-Projekte insbesondere im aktuellen Tiefzins-Marktumfeld wirtschaftlich von vornherein zum Scheitern verurteilt;
- das Verbot des Anlegens bedeutet, dass das Unternehmen (anders als das Gewerbe in der Sandbox) die Publikumseinlagen nicht für den eigenen Bedarf, bspw. für die Anschaffung einer Produktionsanlage, für Spekulationen oder zum eigenen Verbrauch verwenden darf;
- das Verbot des Anlegens bedeutet hingegen nicht, dass die Publikumseinlagen grundsätzlich nicht an einen Dritten weitergegeben werden dürfen; dieses ist bspw. bei einer Plattform ja wohl gerade der Geschäftszweck;
- massgeblich ist, wie die Weitergabe rechtlich ausgestaltet ist; es sind zwei Varianten denkbar:
 - in der Regel agiert die Plattform als Vermittlerin, das heisst, der Kreditnehmer schliesst mit den ihm vermittelten Crowd-Kreditgebern einzelne Darlehensverträge ab. Mit der Weiterleitung der Gelder hat die Plattform diese Publikumseinlagen nicht mehr in ihren Büchern und der Kreditnehmer tritt an ihre Stelle. Das Geschäft besteht darin, dass der Kreditnehmer den Einlegern den vereinbarten Kreditzins bezahlt, während der FinTech-Vermittler für seine Organisations- und Vermittlungstätigkeit die vereinbarte Entschädigung erhält. Damit der Kreditnehmer nicht selber zur Bank wird, muss (i) die Anzahl der Kreditgeber auf 20 limitiert oder müssen (ii) die Voraussetzungen für die „Sandbox“ nach BankV gegeben sein oder muss (iii) der Kreditnehmer den Kreditgebern einen Anleiensprospekt abgeben (vgl. Art. 5 Abs. 3 Bst. b Bankenverordnung, später mit FIDLEG dann ein Basisinformationsblatt BIB; vgl. Art. 58 ff. FIDLEG). Die von ihm entgegengenommenen Gelder gelten dann nicht als Publikumseinlagen;
 - in einer anderen Variante tritt die Plattform selber als Kreditgeberin gegenüber dem Kreditnehmer auf. Dieser hat dann nur die Plattform als kreditgebenden Gegenpart und keine weiteren Pflichten. Aus Sicht der Plattform würde hier die Weitergabe der Gelder als "Anlegen" gelten (da die Plattform weiterhin rückzahlbare Publikumseinlagen in den Büchern hat). In diesem Fall wird die Plattform entweder (i) den Einlegern Anleiensprospekte (und später das BIB) aushändigen müssen, damit die von ihr weiter gehaltenen Einlagen nicht als Publikumseinlagen gelten oder (ii) die Gelder immer jeweils innerhalb von 60 Tagen an die Kreditnehmer weiterleiten.
 - andere Geschäftsmodelle, die auch unter Art. 1a BankG laufen könnten sind natürlich etwa das Verwalten von Kryptowährungen, das Betreiben von Wallets, die Kontoführung, usw.

Vorstehende Eckpfeiler zum Verzinsungs- und Anlageverbot gemäss Art. 1a Bst b i.V.m. Art. 1b BankG sind in der Verordnung wie folgt zu präzisieren:

Art. 7b BankV (neu)

¹ Personen nach Art. 1b des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen haben in Nachachtung des Zins- und Anlageverbotes gemäss Art. 1a Bst b und Art. 1b Abs. 1 Bst b des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen folgende Verpflichtungen:

- a. keinen Zins oder vergleichbare geldwerte Vorteile (Honorare, Entschädigungen, etc.) zu zahlen;
- b. kein Anlageberatungsgeschäft im Sinne des Bundesgesetzes über die Finanzdienstleistungen zu betreiben;
- c. kein Vermögensverwaltungsgeschäft im Sinne des Bundesgesetzes über die Finanzdienstleistungen und im Sinne des Bundesgesetzes über die Finanzinstitute zu betreiben;
- d. die entgegengenommenen Publikumseinlagen von den eigenen Mitteln zu separieren;
- e. die entgegengenommenen Publikumseinlagen mit Ausnahme von Massnahmen zur Substanzerhaltung nicht auf eigene Rechnung anzulegen oder zu verwenden.

Dass die Publikumseinlagen nicht nicht der Einlagensicherung unterstehen und auch keine „privilegierten Einlagen“ i.S.v. Art. 37a BankG sind, ist demgegenüber klar (vgl. Art. 1b Abs. 4 Bst d BankG i.V.m. Art. 7a Abs. 1 Bst b und d BankV).

II.3 Anspruch auf Konto bei der Schweizer Nationalbank (SNB)

Es ist absolut zentral, dass unter der FinTech-Lizenz ein Anspruch auf Eröffnung eines Girokontos bei der SNB besteht. Nach Art. 10 WZG legt die Nationalbank die Bedingungen, unter denen „Träger des Zahlungsverkehrs“ bei ihr Anspruch auf Eröffnung eines Girokontos haben, selber fest; sie hat das in ihren AGBs (Ziff. 2.1.1.) getan. Demnach haben „Banken im Sinne des Bankengesetzes“ Anspruch auf Eröffnung eines Girokontos. Gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a NBG führt die SNB Konten für „Banken und andere Finanzmarktteilnehmer“. Diese Rechtsgrundlagen lassen offen, ob die SNB auch für Träger einer FinTech-Lizenz Girokontos eröffnen muss. Zwar lässt sich argumentieren, dass die Rechtsgrundlage für die FinTech-Lizenz Teil des BankG ist; andererseits vermeidet es Art. 1a^{bis} BankG sorgfältig, von einer Bank zu sprechen. Die Gefahr ist gross, dass die SNB sich auf eine restriktive Auslegung festlegen und Träger einer FinTech-Lizenz ausschliessen wird. Der Anwendungsbereich von Art. 1a^{bis} BankG würde damit faktisch nochmals reduziert, weil damit keine Zahlungsdienstleistungen angeboten werden können. Denn ohne SNB-Girokonto gibt es keinen Zugang zum SIC und damit auch keinen Zugang zu SECOM und den übrigen Finanzmarktinfrastrukturen.

Dieser für neue FinTech-Anbieter wichtige Anspruch ist in der Verordnung wie folgt zu statuieren:

Art. 7c BankV (neu)

Personen nach Artikel 1b des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen qualifizieren als Finanzmarktteilnehmer im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst a des Gesetzes über die Schweizerische Nationalbank und haben deshalb Anspruch auf Eröffnung eines Girokontos bei der Schweizerischen Nationalbank zu Konditionen die für die der Schweizerische Nationalbank höchstens kostendeckend sein sollen.

II.4 Pflicht zur ordentlichen Revision gemäss Art. 727 Abs. 1 OR

Neue FinTech-Anbieter übernehmen eine wichtige wirtschaftliche Funktion im schweizerischen Finanzmarkt. Dementsprechend unterstehen sie auch der Aufsicht durch die FINMA. Deshalb ist es systematisch richtig, sie generell im Sinne von Art. 727 Abs. 1 OR der ordentlichen Rechnungslegungspflicht zu unterstellen. Nur schon aus Gründen eines transparenten Konsumentenschutzes ist dies geboten. Andernfalls würde auch das Gebot wettbewerbsneutraler Regulierung verletzt, entstünde doch bei den Konsumenten eine sachlich nicht zu rechtfertigende "2-Klassen Gesellschaft" und damit einhergehend Wettbewerbsverzerrung zu Lasten etablierter Finanzmarktanbieter. Zwar fokussiert der Katalog der von Art. 727 Abs. 1 OR erwähnten Gesellschaften auf quantitative Kriterien und verbindet Kriterien wie Börsenkotierung, Konzernstruktur und das Überschreiten gewisser Schwellenwerte mit Bezug auf Bilanzkennzahlen oder Anzahl Beschäftigte. Diese einseitige Sicht auf die Grösse des Unternehmens ist aber gerade mit Blick auf die neuen Geschäftsmöglichkeiten in einer zunehmend digitalisierten Welt völlig veraltet. Gestützt auf laufend neue technische Möglichkeiten werden immer mehr auch äusserlich kleine Unternehmen gleichwohl wichtige volkswirtschaftlich bedeutsame Geschäftsfelder abdecken können. Gerade zu solchen Anbietern gehören auch Unternehmen mit einer FinTech-Lizenz. Art. 727 Abs. 1 OR ist demzufolge mit einer Kategorie zu ergänzen, welche der Natur der Sache nach nicht die Grösse eines Unternehmens ins Zentrum stellt, sondern dessen wirtschaftliches Betätigungsfeld als Inhaber einer "Banklizenz light".

Demzufolge ist Art. 727 Abs. 1 OR um eine neue Ziff. 4 wie folgt zu ergänzen:

Art. 727 Abs. 1 Ziff. 4 OR (neu)

4. Personen nach Artikel 1b des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen

II.5 Art. 14a Abs. 1 BankV

Aus den im Erläuterungsbericht überzeugend genannten Gründen (vgl. Erläuterungsbericht, S. 13) befürworten wir die durch Art. 14a Abs. 1 BankV vorgenommene Eingrenzung der zulässigen Gesellschaftsformen auf die Kapitalgesellschaftsformen AG, Kommandit-AG und GmbH. Dies

• SwissBanking

nicht zuletzt mit Blick auf die Tatsache, dass neue FinTech-Anbieter dazu berechtigt sind, in einem wichtigen Wirtschaftszweig eigenständig aufzutreten, in welchem strenge Anforderungen an Konsumenten- bzw. Anlegerschutz sowie für die Corporate Governance gelten. Zu Recht werden deshalb Gesellschaftsformen wie z.B. Personengesellschaften oder Vereine von den Möglichkeiten einer "Banklizenz light" ausgeschlossen. Umso mehr muss dies für weitere Gesellschaftsformen gelten, welche im Erläuterungsbericht nicht einmal erwähnt werden wie insbesondere die Stiftung. Neben den fehlenden gesetzlichen Anforderungen an Kapitalausstattung und Kapitalschutz sprechen noch zahlreiche weitere Gründe gegen die Eignung der Stiftung als Rechtsform für neue FinTech-Anbieter. Namentlich zu nennen sind die strengen und unflexiblen gesetzlichen Regeln mit Bezug auf Festlegung und allfällige spätere Anpassung des Stiftungszweckes, die für typische FinTech-Verhältnisse gänzlich ungeeignete Stiftungsaufsicht sowie das strukturbedingte gänzliche Fehlen von direkt anwendbaren Regeln oder Standards für eine effiziente Corporate Governance.

II.6 Art. 17a Abs. 1 BankV

Das Mindestkapital ist als Anknüpfungspunkt zur Bestimmung der Höhe der notwendigen Sicherheiten ungeeignet und die vorgeschlagenen 5% der entgegengenommenen Publikumseinlagen auf jeden Fall auch zu hoch.

Darüber hinaus muss beachtet werden, dass die Publikumseinlagen eine sehr dynamische Grösse darstellen. Eine Verknüpfung von Publikumseinlagen mit Mindestkapital würde in der Praxis dazu führen, dass bei jeder weiteren Einlage das Mindestkapital der FinTech-Unternehmung angepasst werden müsste. Das ist weder einfach umzusetzen noch zu überwachen.

Bezüglich Mindestkapital sollen deshalb die Kapitalvorschriften des Obligationenrechts bzw. der jeweiligen Gesellschaftsform zum Zug kommen, wobei darauf zu achten ist, dass das erforderliche Kapital jeweils voll einbezahlt ist.

Art. 17a

¹ Das Mindestkapital von Personen nach Artikel 1b BankG [richtet sich nach den Vorgaben aus dem Obligationenrecht für die jeweilige Gesellschaftsform, wobei das erforderliche Kapital jeweils voll liberiert sein muss. ~~Beträgt 5 Prozent der entgegengenommenen Publikumseinlagen gemäss Art. 5, jedoch mindestens 300 000 Franken. \(...\).~~](#)

II.7 Art. 17a Abs. 2 und 3 BankV

Art. 1b Abs. 3 c BankG verlangt von Bewilligungsträgern, dass sie über angemessene Mittel verfügen. Der vorgeschlagene Verordnungstext sieht aber lediglich eine Vorschrift zum Mindestkapital vor. Dies ist u.E. insbesondere auch im Hinblick auf die im FINIG zum Beispiel für Vermögensverwalter nicht sachgerecht. Immerhin darf der Bewilligungsträger nach Art. 1b im Gegensatz

zum Vermögensverwalter Publikumseinlagen aufnehmen. In diesem Zusammenhang ist auch nicht richtig, dass durch das Verbot des Aktivgeschäftes das Risiko für die Anleger erheblich minimiert würde. Die Risiken des operativen Geschäfts und die normalen Marktrisiken bleiben weiterhin bestehen und können auch durch die Segregation von Kunden- und Geschäftsvermögen nicht ausgeschlossen werden. Im Konkurs haben die Kunden weder ein Konkursprivileg noch die Möglichkeit ihre Anlagen auszusondern. Art. 1b BankG ist auch nicht als provisorische Bewilligung zur Austestung von innovativen Ideen gedacht, sondern als permanente Erlaubnis zum Betrieb eines kommerziellen Geschäfts. Diesem Umstand ist zumindest mit einer Versicherung gegebenenfalls aber auch mit einer angemessenen Mindestkapitalisierung Rechnung zu tragen. Dass die Anforderung nicht jenen der Banken entsprechen sollen ist klar, warum aber gegenüber den gemäss FINIG vorgesehenen Finanzinstituten noch einmal Erleichterungen gelten sollen ist nicht nachvollziehbar.

Vor diesem Hintergrund müssten die Anforderungen für Bewilligungen nach Art. 1b BankG analog zu den zu erwartenden Ausführungsbestimmungen zum FINIG betreffend Vermögensverwalter und Trustees definiert werden. Da die entsprechenden Bestimmungen der zurzeit noch nicht vorliegenden FINIV noch nicht bekannt sind, wird an dieser Stelle lediglich auf diese verwiesen. Flankierend zu Art. 17a Abs. 1 BankV sollen also „angemessene Sicherheiten“ analog den zu erwartenden Ausführungsbestimmungen zum FINIG betreffend Vermögensverwalter und Trustees bereitgestellt werden.

Art. 17a Abs. 2 und 3 (neu)

² Bewilligungsträger müssen über eine angemessene Sicherheit verfügen oder eine Berufshaftpflichtversicherung abschliessen.

³ (Analog der Ausführungsbestimmungen zu Art. 22 Abs. 3 FINIG)

II.8 Art. 24a BankV

Wir teilen das Anliegen, dass der Zweck von Art. 1b BankG nicht durch die Gründung verschiedener Gruppengesellschaften umgangen werden soll. Art. 24a BankV nimmt insofern ein berechtigtes Interesse auf. Gemäss Erläuterungsbericht sollte es aber auch möglich sein, dass auch herkömmliche Marktteilnehmer von Erleichterungen profitieren können. Entsprechend muss Art. 24a BankV so ausgelegt werden, dass er diesem Grundsatz nicht entgegensteht. Eine Präzisierung wäre wünschenswert.

Art. 24a (neu)

^{1bis} Die Publikumseinlagen von Banken sind bei der Bestimmung des Schwellenwertes innerhalb einer Gruppe nicht anzurechnen.

III. Innovation ermöglichen – KKG anpassen

Zur Herstellung eines Level-Playing-Fields für alle gewerbsmässig im Bereich Konsumkredite tätigen Marktteilnehmer ist die vorgeschlagene Unterstellung auch jener Geschäftsmodelle unter das KKG zu begrüssen, welche vorsehen, dass nicht gewerbsmässig tätige Darlehensgeber über die gewerbsmässig tätige Vermittlungsplattform Darlehen zu nicht-beruflichen/gewerblichen Zwecken vergeben. Nicht zuletzt aus Konsumentenschutzgründen ist ebenfalls zu begrüssen, dass dadurch alle an eine Konsumentin oder einen Konsumenten vergebenen Konsumkredite bei der Informationsstelle (IKO) ersichtlich sein werden. Dies entspricht der allgemeinen Regel, wonach Querschnittsregulierungen zum Schutz von Konsumenten oder des ganzen Finanzplatzes auch im Bereich FinTech uneingeschränkte Geltung beanspruchen müssen. Neben dem KKG gehören dazu etwa auch GwG oder DSG.

Aber statt Hürden für digitale und innovative Geschäftsmodelle abzubauen, werden teilweise neue Hürden geschaffen. Wir beantragen deshalb, durch zusätzliche Anpassungen der KKG-Gesetzgebung und weiterer Gesetze innovative und digitale Finanzdienstleistungen in diesem Bereich für alle Marktteilnehmer zu erleichtern bzw. zu ermöglichen, womit auch der Geist der FinTech-Vorlage gewahrt bleiben würde.

III.1 Abbau von Hürden für Innovation

Formvorschriften in Gesetzen stellen die grösste Hürde für digitale Geschäftsmodelle dar, weil sie einen digitalen Ablauf verhindern, zu Medienbrüchen (z.B. Abbruch des über die Website eines entsprechenden Providers laufenden Onboarding-Prozesses für ein dem KKG unterstelltes Produkt) und zu einer Vermischung digitaler und physischer Voraussetzungen führen. Mit wenig gesetzgeberischem Aufwand können daher Hürden für Digitalisierung und Innovation abgebaut werden, wenn **als Alternative zur Schriftlichkeit nach Art. 13 OR eine „durch Text nachweisbare Form“** verlangt wird. Dies entspricht dem im Gesetzgebungspaket FIDLEG/FINIG gewählten Ansatz, mit Bezug auf die Formvorschriften den Trend zunehmender Digitalisierung und damit einhergehend Innovation und Fortschritt zu unterstützen (vgl. z.B. Art. 9 Abs. 3 u. Art. 64 Abs. 3 Bst c u. d FIDLEG, Erfüllung von Informationspflichten u. Veröffentlichung von Prospekten elektronisch möglich). Die Formulierung "durch Text nachweisbare Form" ist zudem technologie-neutral und zukunftsweisend und wurde bereits in einigen Bereichen so umgesetzt. Beispielsweise im neuen Rundschreiben 2009/01 der FINMA „Eckwerte zur Vermögensverwaltung“, gemäss welchem u.a. der Vermögensverwaltungsvertrag in einer „durch Text nachweisbaren Form“ abgeschlossen werden kann. Ein ähnlicher Wortlaut findet sich auch bereits in Art. 358 ZPO, Art. 21 IPRG und in Art. 178 IPRG.

Auch wenn es für Finanzintermediäre inzwischen theoretisch möglich ist, auf dem Weg über die Videoidentifikation auch qualifizierte elektronische Signaturen zu ermöglichen, sind solche Einschränkungen äusserst umständlich und unnötig. Dies insbesondere deshalb, weil sämtliche **Funktionen des Schriftlichkeitserfordernisses im KKG** auch so abgebildet werden können, dass sie mit den digitalen Geschäftsmodellen kompatibel sind. Dies soll im Folgenden kurz erläutert werden:

• SwissBanking

- **Übereilungsschutz:** Eine wichtige Funktion von Formvorschriften ist der Schutz der erklärenden Person vor unüberlegten oder übereilten Entscheidungen. Dieser Übereilungsschutz kann jedoch auch in einer „digital-verträglichen“ Weise gesetzlich gewährleistet werden, beispielsweise durch Einräumung von Widerrufsrechten. Gerade ein solches ist in Art. 16 KKG bereits enthalten. Die Widerrufsfrist wurde sodann per 1.1.2016 von 7 auf 14 Tage verdoppelt, was sicher genügend Übereilungsschutz darstellt. Bei andern Themen ausserhalb des KKG, bei welchen ein Widerrufsrecht allenfalls als nicht opportun erscheint, kann stattdessen z.B. ein strukturierter elektronischer Prozess dadurch Übereilungsschutz sicherstellen, dass der Kunde vor seinem Entscheid technisch zwingend Informations- und Risikoaufklärungsmasken durchlaufen muss. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass auch die Beurteilung der Schutzbedürftigkeit von erklärenden Personen einem Wandel unterworfen ist. So kann wie erwähnt sogar ein Vermögensverwaltungsvertrag in einer „durch Text nachweisbaren Form“ abgeschlossen werden. Eine entsprechende Anpassung auch des KKG wäre demnach angezeigt.
- **Beweisfunktion:** Formvorschriften führen weiter zu klaren Verhältnissen, indem klargestellt und bewiesen werden kann, dass, gegenüber von oder mit wem und mit welchem Inhalt eine Erklärung abgegeben worden oder ein Geschäft zustande gekommen ist. Zu Beweis Zwecken ist jedoch längst kein Papier und keine eigenhändige Unterschrift mehr nötig (vgl. dazu den Urkundenbegriff in Art 177 ZPO, gemäss welchem nebst Schriftstücken u.a. auch elektronische Dateien und dergleichen gelten, soweit sie geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen). Das KKG schreibt vor, dass die Konsumentin oder der Konsument eine Kopie des Konsumkreditvertrags erhält. Auch der Inhalt dieses Vertrags ist gesetzlich bis ins letzte Detail vorgeschrieben. Eine Formvorschrift zur Erfüllung der Beweisfunktion ist im Bereich des KKG daher unnötig.
- **Aufklärungsfunktion:** Die Formvorschrift der notariellen Beurkundung hat darüber hinaus den Zweck, eine sachkundige Aufklärung der erklärenden Personen zu gewährleisten, z.B. beim Grundstückskauf. Das Schriftlichkeitserfordernis im KKG hat keine Aufklärungsfunktion, da auch alle elektronisch generierten Verträge den gleichen Inhalt aufweisen müssen, wie Verträge auf Papier.

Die alternative Formvorschrift "durch Text nachweisbare Form" soll im Übrigen nicht nur mit Wirkung für neue FinTech-Anbieter eingeführt werden, sondern muss für alle Gruppen von Anbietern gelten. Andernfalls würde die Alternative wettbewerbsverzerrend zu Lasten etablierter Anbieter wirken, was es zu vermeiden gilt.

Es wird daher folgende Ergänzung des VKKG beantragt:

Art. 1^{bis}

Das Schriftlichkeitserfordernis für Konsumkreditverträge ist eingehalten, wenn Schriftlichkeit nach Art. 13 f. OR vorliegt oder der Vertrag in einer in Text nachweisbaren Form abgeschlossen wird.

Vorstehend für Art. 1^{bis} VKKG geforderte Liberalisierung muss darüber hinaus selbstverständlich auch bei allen andern Themen, von welchen Finanztransaktionen typischerweise betroffen sind, realisiert werden. Systemkonform muss dies ebenfalls mit Wirkung für sämtliche Gruppen von Anbietern erfolgen, nicht nur für neue FinTech-Anbieter. Dies ist Folge der generellen Notwendigkeit von wettbewerbs- und technologieneutraler Regulierung (vgl. dazu Bericht des Bundesrates vom 27. Juni 2018 über Einsatz innovativer Technologien im Bereich der Finanzmarktaufsicht und -regulierung (RegTech), S. 19 ff., insb. S. 21 sowie Bericht des Bundesrates zur Umfrage "Digitaler Test" vom 29.8.2018, S. 8 ff.). Gerade Formvorschriften sind generell einheitlich mit Bezug auf sämtliche Anbieter-Gruppen zur Anwendung zu bringen. Andernfalls wären die getroffenen Vereinbarungen z.B. im Falle einer Geschäftsübertragung mangels Einhaltung von Formvorschriften regelmässig ungültig. Damit würden Formvorschriften im operativen Alltag geschäftsverhindernd und kontraproduktiv wirken. Dies gilt es zu verhindern.

Zu denken ist insbesondere an folgende prominenten und wichtigen Fälle:

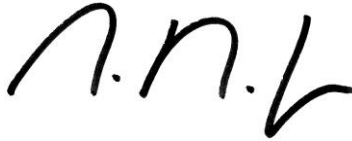
- **Bekämpfung von Geldwäscherei:** Anforderung von Art. 4 Abs. 2 GwG (i.V.m. Art. 305^{ter} StGB), zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten eine "schriftliche" Erklärung einzufordern;
- **Rechtsgeschäfte:** Erfordernis "schriftlicher" Abtretungen (Art. 165 Abs. 1 OR);
- **Sicherungsrechte:** Anforderung "Schriftlichkeit" von Forderungspfandrechten (Art. 900 Abs. 1 ZGB), Nachverpfändungen (Art. 886 u. 903 ZGB) und Bürgschaften (Art. 493 Abs. 1 OR);
- **Verwahrung von Effekten:** Anforderung der "schriftlichen" Einräumung des Nutzungsrechts, wenn Kontoinhaber nicht qualifizierte Anleger nach Art. 10 KAG bzw. professionelle oder institutionelle Anleger nach Art. 4 f. FIDLEG sind (Art. 22 Abs. 2 BEG);
- **Durchsetzung von Rechtsansprüchen:** Im Gerichtsverfahren, insb. Anforderungen an Beweismittel "Schriftstücke" als Urkunden (Art. 177 ZPO, hier nur Präzisierung nötig, da Umschreibung insgesamt bereits weit; vgl. oben S. 6) u. "schriftliche" Auskunft (Art. 168 Abs. 1 Bst e i.V.m. Art. 190 Abs. 1 u. 2 ZPO), und in der Vollstreckung, insb. "Unterschrift" für Schuldanererkennung als provisorischer Rechtsöffnungstitel (Art. 82 Abs. 1 SchKG), aber auch "schriftliches" Betreibungsbegehren (Art. 67 Abs. 1 SchKG), "schriftliche" Erhebung von Rechtsvorschlag und nachträglichem Rechtsvorschlag (Art. 74 Abs. 1, Art. 77 Abs. 2 u. Art. 179 Abs. 1 SchKG) sowie "schriftliche" Stellungnahme im Rechtsöffnungsverfahren (Art. 84 Abs. 2 SchKG).

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



Rolf Bruggemann
Leiter Tax, Legal & Compliance und
Regulatory



Andreas Barfuss
Leiter Finanzmarktrecht