



Ist der Bankbegriff im Lichte aktueller technologischer Entwicklungen noch zeitgemäss?

811

NINA REISER*

Personen ohne Bankbewilligung dürfen weder gewerbsmässig Publikumsanlagen entgegennehmen noch dafür werben. Als Einlagen sind auch virtuelle Währungen zu qualifizieren, wenn sie nicht pro Nutzer individualisiert und segregiert verwahrt sind. Der aktuelle Bankbegriff knüpft einzig an das Passivgeschäft an. Fintech-Unternehmen riskieren, mit dem Bankbegriff somit selbst dann in Konflikt zu geraten, wenn sie nicht das klassische Zinsdifferenzgeschäft einer Bank betreiben. Wenn das (reine) Passivgeschäft das typische Bankgeschäft nicht beschreibt: Müsste man dann für die Bankbewilligung nicht konsequenterweise auf das Zinsdifferenzgeschäft abstellen? Die Autorin legt dar, weshalb die grundsätzliche Anknüpfung an die Passivseite weiterhin gerechtfertigt ist. Wegen der geringeren Risiken erscheint aber für Unternehmen ohne Fristentransformation eine differenzierte Regulierung adäquat. In diesem Sinne schliesst der Beitrag mit einer Würdigung der Schweizer Fintech-Regulierung.

Les personnes dépourvues de licence bancaire ne peuvent ni accepter des dépôts du public à titre professionnel, ni faire de la publicité à cet effet. Les monnaies virtuelles sont aussi qualifiées de dépôts lorsqu'elles ne sont pas conservées de manière individualisée et séparée, par utilisateur. La conception actuelle de la banque se base uniquement sur les opérations passives. Les entreprises FinTech risquent ainsi d'entrer en conflit avec la conception de la banque si elles ne proposent pas des opérations classiques sur différences d'intérêts comme une banque. Lorsque les (pures) opérations passives ne définissent pas l'activité bancaire typique, ne devrait-on pas se baser de manière conséquente sur les opérations sur différences d'intérêts pour accorder la licence bancaire? L'auteur explique la raison pour laquelle le rattachement de principe aux passifs se justifie encore. Compte tenu de la diminution des risques, une régulation différenciée semble cependant adéquate pour les entreprises sans transformation d'échéance. Cette contribution conclut en rendant hommage à la réglementation FinTech suisse.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundlagen
 - A. Historischer Hintergrund
 - B. Zweck des Bankengesetzes
 - C. Einlagensicherung
- III. Rechtslage ohne Fintech-Regulierung
 - A. Anknüpfung an das Passivgeschäft
 - B. Einlagebegriff
 - C. Gewerbsmässigkeit
 - D. Virtuelle Währungen im Besonderen
- IV. Fintech-Regulierung
 - A. Vorgeschichte und Überblick
 - B. Abwicklungskonto-Ausnahme
 - C. Sandbox
 - D. Neue Bewilligungskategorie
 - E. Zwischenfazit
- V. Kurzer Blick auf die einschlägige EU-Regulierung
 - A. Anknüpfung an das Passivgeschäft?
 - B. Einlagebegriff
 - C. Fintech-Regulierung
- VI. Soll die Bankbewilligung an das Zinsdifferenzgeschäft anknüpfen?
- VII. Zusammenfassung
 - A. Grundsatz: Anknüpfung an die Passivseite ist noch zeitgemäss
 - B. Differenzierung: Würdigung der Fintech-Regulierung
 1. Kein Zinsdifferenzgeschäft
 2. Abwicklungskonto-Ausnahme
 3. Sandbox
 4. Neue Bewilligungskategorie

I. Einleitung

Nach dem Wall Street Crash von 1929 und der darauffolgenden Weltwirtschaftskrise wurden Banken umfassend reguliert. Als Reaktion auf Bankenkrisen bauten die Staaten die Bankenregulierung etappenweise aus.¹ Aus dieser Zeit stammt auch das Schweizer Bankengesetz von 1934, das seither zahlreichen Revisionen unterzogen wurde.

* NINA REISER, PD Dr. iur., LL.M. (Harvard), Rechtsanwältin, ist Senior Legal and Policy Specialist bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) und Privatdozentin für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Sie vertritt hier ausschliesslich ihre eigene Meinung und bindet die FINMA nicht. Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um die schriftliche Fassung der Antrittsvorlesung zum Thema «Ist der Bankbegriff im Lichte aktueller technologischer Entwicklungen noch zeitgemäss?», welche die Autorin am 23. April 2018 an der Universität Zürich gehalten hat. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten. Ferner wurden die Ausführungen mit einigen Nachweisen in den Fussnoten versehen. Die Verfasserin dankt Dr. iur. Franziska Bächler, Rechtsanwältin, Miriam Dobbins, MLaw, Christoph Duijts, Dipl. Betr.- u. Prod.-Ing. ETH, lic. iur. Rupert Schaefer, Rechtsanwalt, LL.M., und Lukas Wyss, lic. rer. oec., CFA, für die wertvollen Anregungen und Hinweise.

¹ Vgl. für eine Diskussion der Entwicklung und der Regulierungsziele auch YVES MAUHLÉ, Bail-In and Total Loss-Absorbing Capacity (TLAC) – Legal and Economic Perspectives on Bank Resolution with Functional Comparisons of Swiss and EU Law, Wolters Kluwer International Banking and Finance Law Series, Bd. 32, Alphen aan den Rijn 2017, 55 ff.

Personen, die keine Bankbewilligung haben, dürfen weder gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen² noch dafür werben³. Der aktuelle Bankbegriff stellt damit einzig auf das Passivgeschäft ab. Passivgeschäft bezeichnet die Entgegennahme von Einlagen. Einlagen können grundsätzlich jederzeit bezogen werden. Banken nehmen aber typischerweise nicht nur kurzfristig Einlagen entgegen, sondern vergeben diese Gelder zugleich als langfristige Kredite. Die Kreditvergabe bezeichnet man als Aktivgeschäft. Banken transformieren somit kurzfristige Einlagen in langfristige Kredite. Durch diese sogenannte Fristentransformation entstehen Liquiditäts- und Zinsrisiken. Der Gesetzgeber versucht, diese Risiken durch regulatorische Gegenmassnahmen⁴ zu minimieren.⁵ Das Bankengesetz stellt deshalb hohe Anforderungen an die Bewilligungserteilung.⁶

Mit diesem Bankbegriff, der einzig am Passivgeschäft anknüpft, riskieren Geschäftsmodelle digitaler Finanzierungs- und Zahlungssysteme in Konflikt zu geraten. Dies gilt, auch wenn sie nicht das klassische Zinsdifferenzgeschäft einer Bank betreiben. Solche Geschäftsmodelle nennt man gemeinhin Fintech-Unternehmen. Fintech – eine Verkürzung von «Financial Technology» – steht als Oberbegriff für die Nutzung von Technologie zur Erbrin-

gung von Finanzdienstleistungen.⁷ Die Fintech-Branche ist sehr heterogen. Fintech-Unternehmen entwickeln zum Beispiel mobile Zahlungsdienstleistungen, bieten Dienstleistungen rund um Kryptowährungen an und eröffnen im Internet sogenannte Crowdfunding-Plattformen.⁸ Für viele Fintech-Unternehmen sind die hohen Anforderungen des Bankengesetzes kaum erfüllbar. Selbstverständlich unterstehen Fintech-Unternehmen neben dem Bankenrecht auch anderen Bereichen des Aufsichtsrechts.⁹ Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf das Bankenrecht.

Vor der am 1. August 2017 in Kraft getretenen Revision der Bankenverordnung kollidierte vor allem das Crowdfunding mit dem breit gefassten Bankbegriff. Bei dieser «Schwarmfinanzierung» handelt es sich um einen Oberbegriff für alternative Finanzierungsformen. Eine Menschenmenge – die sogenannte Crowd – stellt dabei finanzielle Mittel für ein Projekt zur Verfügung. Einzelne Personen steuern in der Regel nur einen kleinen Anteil bei.¹⁰ Die Geldgeber werden meistens über Plattformen

² Art. 1 Abs. 2 und Art. 46 Abs. 1 lit. a Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952).

³ Art. 49 Abs. 1 lit. c BankG.

⁴ Art. 3 Abs. 2 lit. a–d BankG bestimmen die Bewilligungsvoraussetzungen in groben Zügen. Zudem hat die FINMA gestützt auf ihre Ermächtigung gemäss Art. 3g BankG zahlreiche weitere Vorschriften über Eigenmittel, Liquidität, Risikoverteilung, gruppeninterne Risikopositionen und Rechnungslegung für Finanzgruppen erlassen (DOMINIK LEIMGRUBER/BJÖRN-GUNNAR FLÜCKIGER, Schweizer Fintech-Regulierung – Ein Überblick, Jusletter vom 6.11.2017, N 10).

⁵ LEIMGRUBER/FLÜCKIGER (FN 4), N 4.

⁶ Wer eine Bankbewilligung möchte, muss u.a. ein Mindestkapital von 10 Mio. CHF leisten (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. b BankG i.V.m. Art. 15 Verordnung vom 30. April 2014 über die Banken und Sparkassen [Bankenverordnung, BankV; SR 952.02]). Dazu kommen erhebliche Anforderungen an das Eigenkapital und die Liquidität (vgl. Art. 4 BankG). Nur Gesellschaften mit den höchsten Zulassungskriterien dürfen die Rechnungslegung von Banken prüfen (Art. 18 BankG und Art. 9a Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren [Revisionsaufsichtsgesetz, RAG; SR 221.302]). Die Prüfung durch solche Gesellschaften ist regelmässig sehr teuer (Eidgenössisches Finanzdepartement [EFD], Änderung der Bankenverordnung [Fintech], Erläuterungen vom 5. Juli 2017 [zit. EFD, Änderungen Fintech], Internet: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/49033.pdf> [Abruf 29.5.2018], 9).

⁷ Vgl. z.B. YVES MAUCHLE, Die regulatorische Antwort auf FinTech: Evolution oder Revolution? Eine Verortung aktueller Entwicklungen, SZW 2017, 810 ff. (zit. MAUCHLE, FinTech), 810, Fn 1, m.w.N.; vgl. ferner etwa SIMON SCHÄREN/GÜNTHER DOBRAUZ-SALDAPENNA, Neuste Entwicklungen in der Fintech Regulierung, Expert Focus 2016, 542 ff., 542.

⁸ Vgl. dazu z.B. THOMAS PUSCHMANN/ROLF H. WEBER, Neuerfindung des Finanzsektors?, SZW 2017, 79 ff.; EFD, Änderungen Fintech (FN 6), 1 ff.

⁹ So sind insbesondere Anknüpfungspunkte zu den Normen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, zu den Regeln über den Effektenhandel und den Bestimmungen des Kollektivanlagerechts denkbar. Für die Erbringung von digitalen Dienstleistungen im Bereich der Vermögensverwaltung könnte zudem in Zukunft eine Bewilligungspflicht auf der Grundlage des Finanzinstitutsgesetzes (FINIG) bestehen. Weiter dürfte künftig für gewisse Dienstleistungen im Bereich Fintech, wie zum Beispiel die digitale Anlageberatung, das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) anwendbar sein (vgl. dazu etwa EFD, Änderungen Fintech [FN 6], 10 f.).

¹⁰ HANS CASPAR VON DER CRONE/KASPAR PROJER, Privatplatzierung, Crowdfunding, OTC-Handel – Eine rechtliche Analyse alternativer Wege, in: Dieter Gericke (Hrsg.), Private Equity V, Fundraising, Investition, Realisation, Reinvestition – Aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen im Ökosystem Private Equity, Zürich 2016, 19 ff., 23; ANDREAS SCHNEUWLY, Crowdfunding aus rechtlicher Sicht, AJP 2014, 1610 ff., 1610; PATRICIA REICHMUTH/HANS CASPAR VON DER CRONE, Crowdlending als bewilligungspflichtige Entgegennahme von Publikumseinlagen, Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil 2C_352/2016 vom 9. Dezember 2016, SZW 2017, 253 ff., 259; KARIM MAIZAR/ARMIN KÜHNE, Crowdinvesting – Ein neues Kapitel im Kapitalmarkt?, in: Thomas Reutter/Thomas Werlen (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen X, Zürich 2016, 87 ff., 91; MAUCHLE, FinTech (FN 7), 815 f.; vgl. auch FINMA, Faktenblatt Crowdfunding, Stand am 1. August 2017, Internet: <https://www.finma.ch/de/finma-public/>

im Internet und ohne Beteiligung etablierter Finanzintermediäre mobilisiert.¹¹ Anstelle von Banken tritt die Internetplattform als Intermediärin zwischen Geldgebern und Geldempfängern auf.¹² Eine Unterkategorie des Crowdfunding ist das Crowdlending.¹³ Beim Crowdlending handelt es sich um eine alternative Finanzierungsform zur klassischen Bankfinanzierung. Die Investoren gewähren den Geldnehmern ein Darlehen.¹⁴ Im Gegenzug erwarten sie eine angemessene Verzinsung und die Rückerstattung des überlassenen Geldes.¹⁵ Die Konditionen sind vergleichsweise attraktiv, weil die Beteiligten bei dieser Finanzierungsart auf die Dienstleistungen von Banken verzichten.¹⁶ Wenn nun Anleger Darlehen in der Form des Crowdlending über Internetplattformen zur Verfügung stellen, liegt eine Entgegennahme von Publikumseinlagen im Sinne des Bankenrechts vor. Ein gewerbsmässiger Betreiber einer solchen Plattform braucht somit grundsätzlich eine Bankbewilligung, wenn die Darlehen über seine Konten abgewickelt werden. Das gilt im Prinzip unabhängig davon, ob er Fristentransformation betreibt.¹⁷

faktenblaetter/#Hidden%20Filter=%7B3A570A4C-0D04-4628-83CE-7AED5968E9F8%7D&Order=4 (Abruf 29.5.2018). Vgl. zur Herkunft und Geschichte des Begriffs SIMONE BAUMANN, Crowdfunding im Finanzmarktrecht, Diss. Zürich, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht, Bd. 117, Zürich 2014, N 16 f.

¹¹ PETER HETTICH, Finanzierungsquellen für KMU im Zeitalter von Crowdfunding: Die Folgen des sicherheitsorientierten Regulierungsansatzes im Finanzmarktaufsichtsrecht, GesKR 2013, 386 ff., 386; VON DER CRONE/PROJER (FN 10), 24; JULIETTE ANCELLE/PHILIPP FISCHER, Regulation of Crowdfunding Activities in Switzerland: Where do we stand?, Jusletter vom 22.2.2016, N 3.

¹² PETER V. KUNZ, Crowdfunding, Jusletter vom 25.8.2014, N 8, wonach es «ohne Internet kein Crowdfunding» gebe; a.M. JANA ESSEBIER/ROLF AUF DER MAUR, Fidleg als Chance für die Schweiz als Crowdfunding-Standort, Jusletter vom 28.9.2015, N 2. Oftmals wird die Finanzierung der Freiheitsstatue in New York als Pionierprojekt des Crowdfunding genannt; vgl. SCHNEUWLY (FN 10), Fn 1; vgl. zum Crowdfunding ferner etwa EFD, Änderungen Fintech (FN 6), 3 f.

¹³ In der Regel werden neben dem Crowdlending die Erscheinungsformen des Crowdfunding (Eigenkapitalfinanzierungen), des Crowddonating (Spendermodell) und des Crowdsupporting (anstatt einer Rückerstattung erhalten die Geldgeber eine Gegenleistung ideeller oder geringer materieller Natur) unterschieden, vgl. dazu VON DER CRONE/PROJER (FN 10), 24 f.; EFD, Änderungen Fintech (FN 6), 4.

¹⁴ Art. 321 OR.

¹⁵ MAIZAR/KÜHNE (FN 10), 92; SCHNEUWLY (FN 10), 1611; REICHMUTH/VON DER CRONE (FN 10), 261; vgl. auch den Wortlaut von Art. 312 OR.

¹⁶ REICHMUTH/VON DER CRONE (FN 10), 261, m.w.N.

¹⁷ Kaum Abhilfe schaffte die bisherige Ausnahme für Abwicklungskonti (Art. 5 Abs. 3 lit. c aBankV), weil die Habensaldi nicht länger als 7 Tage bestehen durften (gl.M. MAUCHLE, FinTech [FN 7], 816, m.w.N.).

Ein weiteres Beispiel für die Kollision von Fintech-Unternehmen mit dem Bankbegriff sind digitale Zahlungssysteme. So ist dem Betrieb eines Zahlungssystems die Annahme von Geldern inhärent. Gemäss der Praxis der FINMA ist die Ausnahme für Zahlungssysteme¹⁸ aber nur dann anwendbar, wenn das maximale Guthaben pro Kunde nie mehr als CHF 3'000 beträgt.¹⁹ Eine Mobile-Payment-Applikation kann an diese Grenze stossen oder ist von der Ausnahme gar nicht erfasst. Mittels Mobile-Payment-Applikationen können Zahlungsmittel von Nutzer zu Nutzer übertragen werden.²⁰

Vor diesem Hintergrund geht der vorliegende Beitrag der folgenden Frage nach: Ist ein Bankbegriff, der nur auf das Passivgeschäft abstellt, im Lichte aktueller technologischer Entwicklungen noch zeitgemäss? Auf der Basis eines kurzen Grundlagenteils (II.) beleuchtet die Autorin zunächst die Rechtslage ohne Fintech-Regulierung (III.) und richtet danach den Fokus auf die Schweizer Fintech-Regulierung (IV.). Es folgt ein kurzer Blick auf die einschlägige EU-Regulierung (V.): Ist auch in der EU die gewerbsmässige Entgegennahme von Einlagen den Banken bzw. Kreditinstituten vorbehalten? Anschliessend werden die folgenden Fragen beleuchtet: Wenn das (reine) Passivgeschäft das typische Bankgeschäft nicht beschreibt: Müsste man dann für die Bankbewilligung nicht konsequenterweise an das Zinsdifferenzgeschäft anknüpfen (VI.)? Die Arbeit schliesst mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse (VII.).

II. Grundlagen

A. Historischer Hintergrund

In seiner ursprünglichen Fassung von 1934²¹ enthielt das Schweizer Bankengesetz noch kein generelles Verbot, ohne Bankbewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen.²² Dieses Verbot wurde erst durch die Änderung des Bankengesetzes von 1994²³ aufgenommen. Der Grund bestand im geplanten Beitritt der Schweiz

¹⁸ Art. 5 Abs. 3 lit. e BankV.

¹⁹ FINMA-RS 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken, N 18.1; EFD, Änderungen Fintech (FN 6), 9.

²⁰ EFD, Änderungen Fintech (FN 6), 9 f.

²¹ In seiner ursprünglichen Fassung trat das BankG am 1. März 1935 in Kraft (AS 51 117).

²² Vgl. zum historischen Hintergrund des Verbots, Publikumseinlagen entgegenzunehmen: FLORIAN SCHÖNKNECHT, Der Einlagebegriff nach Bankengesetz, GesKR 2016, 300 ff., 304.

²³ Diese Änderung trat am 1. Februar 1995 in Kraft (AS 1995 246).

zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR). Im Hinblick darauf musste man das Schweizer Recht an das EWR-Recht anpassen.²⁴ Gemäss der Zweiten Bankenrichtlinie²⁵ durften Personen oder Gesellschaften ohne Lizenz als Kreditinstitute nicht gewerbsmässig Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegennehmen. Obwohl das Schweizer Stimmvolk das EWR-Abkommen ablehnte, hielt der Gesetzgeber an diesem Verbot fest.²⁶

B. Zweck des Bankengesetzes

Bis heute enthält das Bankengesetz keinen Zweckartikel. Gemäss Rechtsprechung und Lehre bezweckt das Bankengesetz sowohl den Gläubiger- als auch den Funktionsschutz. Der Funktionsschutz bezeichnet den Vertrauensschutz des Publikums in die Finanzintermediation.²⁷ Während der Fokus zu Beginn der Bankenregulierung noch auf dem Gläubigerschutz lag,²⁸ vertritt die neuere Lehre und Rechtsprechung tendenziell die Ansicht, dass das Bankengesetz gleichermaßen dem Gläubigerschutz (Individualschutz) und dem Funktionsschutz dient.²⁹

²⁴ Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft vom 15. Juni 1992, BBl 1992 V 657 ff., 693.

²⁵ Art. 3 der Zweiten Bankenrichtlinie 89/646/EWG des Rates vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Annahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG, Abl L 386, 30.12.1989, 1 ff.

²⁶ Botschaft vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, BBl 1993 I 805 ff., 876, 970. Die ursprünglich geplante Fassung von Art. 1 Abs. 2 des Entwurfs des Bankengesetzes von 1994 wurde dabei um die Ausnahme für die Auflage von Anleihen ergänzt (Botschaft vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, Revision des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, Zusatzbericht des Eidgenössischen Finanzdepartements zuhanden der Kommission des Ständerates für Wirtschaft und Abgaben, BBl 1994 I 85 ff., 89). Seither ist der Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 BankG unverändert geblieben (vgl. dazu auch SCHÖNKNECHT [FN 22], 304).

²⁷ MAUCHLE, FinTech (FN 7), 812 f., m.w.N.

²⁸ Vgl. dazu MAUCHLE, FinTech (FN 7), 812 f., m.w.N.

²⁹ Vgl. die Nachweise bei MAUCHLE, FinTech (FN 7), Fn 24. Dass die (globale) Bankenregulierung nicht nur oder primär dem Gläubiger- bzw. Anlegerschutz, sondern genauso dem Funktionsschutz dienen soll, ergibt sich im Übrigen auch aus dem Mandat der Basel Core Principles for Banking Supervision (BCBS). Dabei handelt es sich um die weltweit wichtigste normgebende Instanz für die Bankenregulierung. So besteht das Ziel und die Rechtfertigung der Tätigkeit der BCBS primär in der Förderung der Finanzstabilität (Charta des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, Januar 2013, 1).

C. Einlagensicherung

Banken sind verpflichtet, für den Fall der Insolvenz Einlagen bis zu einem Betrag von CHF 100'000 mittels Selbstregulierung zu sichern.³⁰ Die Einlagensicherung dient zum einen der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Finanzsystems (Systemstabilität). Zum anderen bezieht sich der Zweck der Einlagensicherung traditionell auf den Schutz der Kleinanleger vor Existenzverlust.³¹

III. Rechtslage ohne Fintech-Regulierung

A. Anknüpfung an das Passivgeschäft

Wie erwähnt,³² untersagt das Bankengesetz natürlichen und juristischen Personen ohne Bankbewilligung, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen.³³ Publikumseinlagen sind Verbindlichkeiten gegenüber Kundinnen und Kunden.³⁴ Die im vorliegenden Zusammenhang wichtigsten Ausnahmen sind zunächst Anleiheobligationen, wenn ein vollständiger Prospekt erstellt wird.³⁵ Zudem gibt es für Abwicklungskonten eine Ausnahme.³⁶ Vor dem 1. August 2017 griff diese Ausnahme gemäss der Praxis der FINMA nur dann, wenn die Gelder innert einer Frist von 7 Arbeitstagen weitergeleitet wurden.³⁷ Ausserdem sind Gelder, die in geringem Umfang einem Zahlungsmittel oder Zahlungssystem zugeführt werden und die einzig dem künftigen Bezug von Waren oder Dienstleistungen dienen und für die kein Zins bezahlt wird, nicht als Einlagen zu qualifizieren.³⁸

B. Einlagebegriff

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht das zentrale Element des Einlagebegriffs in der Verpflichtung zur Rückzahlung.³⁹ Das Bundesverwaltungsgericht folgt in seiner Rechtsprechung im Wesentlichen derjenigen

³⁰ Vgl. Art. 37h ff. i.V.m. Art. 37a BankG.

³¹ ROLF SETHE, Einlagensicherung und Systemstabilität – Einige Gedanken zur Reform des Schweizer Einlegeschatzes, SZW 2012, 507 ff., 508.

³² Vgl. oben I.

³³ Art. 1 Abs. 2 BankG.

³⁴ Art. 5 Abs. 1 BankG.

³⁵ Art. 5 Abs. 3 lit. b BankV.

³⁶ Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV.

³⁷ EFD, Änderungen Fintech (FN 6), 9.

³⁸ Art. 5 Abs. 3 lit. e BankV.

³⁹ BGE 132 II 382 E. 6.3.1. Ebenfalls als Einlage gilt die Bezahlung von Zinsen (BGer, 2C_345/2015, 24.11.2015, E. 7.4.3).

des Bundesgerichts.⁴⁰ In einem rechtskräftigen Entscheid ist das Bundesverwaltungsgericht sodann implizit davon ausgegangen, dass auch das Eingehen von bedingten Verpflichtungen unter den Einlagebegriff fallen kann.⁴¹ Die Literatur beschäftigt sich primär mit den Ausnahmetatbeständen.⁴² Beim Einlagebegriff folgt sie in der Regel der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.⁴³

Sind Gelder zur Weiterleitung an einen Dritten Einlagen? Brauchen Betreiber von Crowdlending-Plattformen eine Bankbewilligung, wenn sie von der Crowd geleistete Zahlungen innert wenigen Tagen an die Kapitalsuchenden weiterleiten?⁴⁴ Die Schweizer Lehre scheint sich einig zu sein, dass es in solchen Fallkonstellationen im Ergebnis keine Bankbewilligung braucht. Teilweise verneint die Doktrin bereits die Qualifikation als Einlage,⁴⁵ teilweise nehmen Vertreter der Lehre auf die Ausnahme für Abwicklungskonten Bezug.⁴⁶ Der Bundesrat klärte im Rahmen der Fintech-Regulierung im Erläuterungsbericht zu den am 1. August 2017 in Kraft getretenen Änderungen der Bankenverordnung, dass bei der «reinen Geld- und Wertübertragung» wie beim sogenannten Money Transmitting die Gelder als Publikumseinlagen gelten und die

Abwicklungskonto-Ausnahme greift. Dies bestätigt indirekt die FINMA-Praxis.⁴⁷

C. Gewerbsmässigkeit

Gewerbsmässig handelt schliesslich, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich zur Entgegennahme empfiehlt, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren.⁴⁸

D. Virtuelle Währungen im Besonderen

Sind virtuelle Währungen Einlagen? Braucht es für die gewerbsmässige Entgegennahme von virtuellen Währungen eine Bankbewilligung? Der Einlagebegriff stellt auf einen weiten Geldbegriff ab. Darunter können auch private Zahlungsmittel wie z.B. virtuelle Währungen fallen.⁴⁹ Unbewilligten Instituten ist es verboten, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen, um das Ausfallrisiko für Einleger zu minimieren.⁵⁰ Entscheidend ist daher, ob der Einleger im Konkurs des Verwahrers verlangen kann, seine virtuellen Währungen auszusondern. Das hängt von der technischen Ausgestaltung der Verwahrung ab.⁵¹ Für die Übertragung und Verwahrung von virtuellen Währungen, wie z.B. Bitcoins, sind verschiedene technische Grundformen möglich. Die Übertragungs- und Verwahrungsformen von virtuellen Währungen sind komplex. Eine detaillierte Beschreibung würde hier zu weit führen.⁵²

⁴⁰ SCHÖNKNECHT (FN 22), 302, m.w.N.

⁴¹ BVGer, B-1906/2015, 16.3.2016, E. 4.2.2.

⁴² Art. 5 Abs. 3 BankV bzw. Art. 3a Abs. 3 aBankV.

⁴³ BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB/STEFAN KRAMER, in: Dieter Zobl/Renate Schwob/Rolf H. Weber/Christoph Winzeler/Christine Kaufmann/Stefan Kramer (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 und der Vollziehungsverordnung vom 30. August 1961 – mit Hinweisen auf das Bankenrecht der Europäischen Union, auf das Allgemeine Dienstleistungsabkommen (GATS) und mit Erläuterungen zu den Massnahmen gegen die Geldwäscherei, 23. A., Zürich 2015, Art. 1 N 30 ff. Grundsätzlich hätten alle Verbindlichkeiten Einlagecharakter (BSK BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 N 11, in: Rolf Watter/Peter Nedim Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler [Hrsg.], Bankengesetz, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2013 [zit. BSK BankG-Verfasser]).

⁴⁴ Gemäss REICHMUTH/VON DER CRONE hängt die Antwort auf diese Frage im Wesentlichen von der Ausgestaltung der Plattform und von der Art der Gegenleistung ab (REICHMUTH/VON DER CRONE [FN 10], 261, m.w.N.).

⁴⁵ KUNZ (FN 12), N 34; SCHNEUWLY (FN 10), 1622; so wohl auch ESSEBIER/AUF DER MAUR (FN 12), N 17.

⁴⁶ Gemäss Praxis der FINMA sind die Gelder auch bei reinen Weiterleitungen als Publikumseinlagen zu qualifizieren und fallen in den Anwendungsbereich der Abwicklungskonto-Ausnahme (LEIMGRUBER/FLÜCKIGER [FN 4], N 16, m.w.N.). M.E. zu Recht vertreten REICHMUTH/VON DER CRONE die Ansicht, dass dies nur dann zutrefte, wenn keine Zinsen bezahlt werden (REICHMUTH/VON DER CRONE [FN 10], 264). In diesem Sinne besteht gemäss der am 1. August 2017 in Kraft getretenen revidierten Fassung von Art. 5 Abs. 3 lit. c Ziff. 1 BankV ein Verzinsungsverbot innerhalb der Abwicklungskonto-Ausnahme.

⁴⁷ EFD, Änderungen Fintech (FN 6), 10.

⁴⁸ Art. 6 BankV.

⁴⁹ Vgl. etwa HARALD BÄRTSCHI/CHRISTIAN MEISSER, Virtuelle Währungen aus finanzmarkt- und zivilrechtlicher Sicht, in: Rolf H. Weber/Florent Thouvenin (Hrsg.), Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, Zürich 2015, 113 ff., 142 f. Eine Einlage muss ein liquides Zahlungsmittel sein (gl.M. SCHÖNKNECHT, Einlagebegriff [FN 22], 308 f.).

⁵⁰ Vgl. BSK BankG-BAHAR/STUPP (FN 43), Art. 1 N 1, m.w.N. Für den Einlagebegriff ist es daher relevant, ob dem Kunden durch die Übertragung seiner Mittel an das Institut effektiv ein Ausfallrisiko entsteht. Nach Ansicht von MAURENBRECHER/MEIER ist dies nicht zwingend (vgl. BENEDIKT MAURENBRECHER/URS MEIER, Insolvenzrechtlicher Schutz der Nutzer virtueller Währungen, Jusletter vom 4.12.2017, N 36).

⁵¹ Vgl. dazu MAURENBRECHER/MEIER (FN 50), N 28 ff., insbes. N 30. Vgl. ferner GABRIELA HAUSER-SPÜHLER/LUZIOUS MEISSER, Eigenschaften der Kryptowährung Bitcoin, digma 2018, 6 ff., 8.

⁵² Vgl. zu den Verwahrungsformen von virtuellen Währungen eingehend MAURENBRECHER/MEIER (FN 50), N 5 ff. Vgl. zur Übertragung und Verwahrung virtueller Währungen etwa auch HAUSER-SPÜHLER/MEISSER (FN 51), 8 f.

Werden virtuelle Währungen pro Nutzer bzw. Einleger individualisiert und segregiert verwahrt,⁵³ sollte der Einleger seine virtuelle Währung im Konkurs des betreffenden Instituts gemäss Art. 242 Abs. 1 SchKG aussondern können. Zwar ist die Konkursverwaltung nach dem Wortlaut dieser Bestimmung befugt, «Sachen» an Dritte herauszugeben. Weder der Gesetzgeber noch die Rechtsprechung haben sich bisher soweit ersichtlich zur Frage geäussert, ob virtuelle Währungen als Sachen zu qualifizieren sind. Der Bundesrat verfolgt aber die Entwicklungen im Bereich Digitalisierung. Dazu gehören namentlich auch Arbeiten zur Klärung der rechtlichen Qualifikation von virtuellen Währungen.⁵⁴ Ob virtuelle Währungen rechtlich als Sachen einzuordnen sind, ist umstritten.⁵⁵ So wäre bereits näher zu untersuchen, ob es sich bei virtuellen Währungen rechtlich um Daten handelt.⁵⁶ Insbesondere die für die Qualifikation als Sache erforderliche Körperlichkeit⁵⁷ virtueller Währungen wie auch digitaler Daten wird in der Lehre überwiegend abgelehnt. Dies gilt bei Daten jedenfalls dann, wenn man die Daten nicht in Verbindung mit dem Datenträger, sondern isoliert betrachtet.⁵⁸ Dem ist zuzustimmen. Die Qualifikation von virtuellen Währun-

gen bzw. von Daten als Sachen würde eine Änderung des ZGB bedingen.⁵⁹

Können virtuelle Währungen nun ausgesondert werden? Über diese Frage kann man in Analogie zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Auftragsrecht bei der Verwahrung von Buchgeld nachdenken. Nach Ansicht der Autorin sollten virtuelle Währungen gemäss Art. 242 Abs. 1 SchKG aussonderbar sein, wenn die virtuellen Währungen pro Nutzer individualisiert und segregiert verwahrt sind.⁶⁰ So fällt Buchgeld, das der Beauftragte (d.h. hier der Verwahrer) als Vorschuss des Auftraggebers (d.h. hier des Einlegers) oder durch Zahlung von Dritten für Rechnung des Auftraggebers (d.h. hier des Einlegers) erhält, im Konkurs des Beauftragten grundsätzlich in die Konkursmasse.⁶¹ Das Buchgeld ist aber aussonderbar, wenn es ausreichend individualisiert und getrennt ist.⁶² Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die Voraussetzungen dazu streng.⁶³ Eine Aussonde-

⁵³ Dies wäre soweit ersichtlich bei den Verwahrungsformen «Private Account», «Private Wallet» und «Wallet» der Fall (MAURENBRECHER/MEIER [FN 50], N 9 ff., m.w.N.).

⁵⁴ Bundesrat, Bundesrat setzt neue Fintech-Regeln in Kraft, Medienmitteilung vom 5.7.2017, Internet: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-67436.html> (Abruf 29.5.2018).

⁵⁵ Vgl. dazu etwa eingehend MAURENBRECHER/MEIER (FN 50), N 18 ff.; FRANÇOIS PILLER, Virtuelle Währungen – Reale Rechtsprobleme?, AJP 2017, 1426 ff., 1428 f.

⁵⁶ HAUSER-SPÜHLER/MEISSER (FN 51), 9.

⁵⁷ Bei der Körperlichkeit handelt es sich um das zentrale Element des Sachbegriffs (BSK ZGB II-WIEGAND, Vorbemerkungen zu Art. 641 ff. N 5 f., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser [Hrsg.], Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2015).

⁵⁸ Vgl. z.B. MATTHIAS NÄNNI, Märkte virtueller Welten – Rechtsnatur und Übertragung virtueller Güter, Diss. Zürich, Zürcher Studien zum Privatrecht, Bd. 213, Zürich 2009, 133; JEAN-DANIEL SCHMID/ALEXANDER SCHMID, Bitcoin – eine Einführung in die Funktionsweise sowie eine Auslegeordnung und erste Analyse möglicher rechtlicher Fragestellungen, Jusletter vom 4.6.2012, N 39; ROLF H. WEBER, Überblick über die rechtlichen Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, in: Rolf H. Weber/Florent Thouvenin (Hrsg.), Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, Zürich 2015, 5 ff., 30; BÄRTSCHI/MEISSER (FN 49), 141; MAURENBRECHER/MEIER (FN 50), N 20; PILLER (FN 55), 1429. A.M. OLIVIER HARI, La revendication et la distraction d'office d'actifs dans une procédure d'insolvabilité: application des principes au monnaies cryptographiques, GesKR 2017, 453 ff., 465 f.

⁵⁹ G.M. PILLER (FN 55), 1429.

⁶⁰ Ähnlich MAURENBRECHER/MEIER, die aber danach differenzieren, ob «ein Nutzer alleine Zugriff auf die Private Keys und somit Verfügungsmacht über den Vermögenswert hat». Sie leiten dies über die hier thematisierte bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 401 Abs. 3 OR hinaus daraus ab, dass Art. 242 SchKG an den Gewahrsam anknüpfe. Auch das Strafrecht setze seit der Einführung der Tatbestände des Datendiebstahls und der unbefugten Datenbeschaffung die Beherrschbarkeit von digitalen Daten und einen entsprechenden Gewahrsam voraus (MAURENBRECHER/MEIER [FN 50], N 26, m.w.N.); a.M. PILLER, es sei denn, es liege ein Hardware-Wallet vor, bei dem immerhin der die Bitcoins enthaltende Datenträger ausgesondert werden könnte, da der Datenträger eine körperliche Sache darstelle (PILLER [FN 55], 1437). HAUSER-SPÜHLER/MEISSER ziehen bei dieser Frage eine Analogie zu individualisierbaren Sachen wie z.B. ausgeschiedenen Münzen. Ob die Kryptowährung in die Konkursmasse falle bzw. ob sie dem Schuldner «gehöre», hänge von den konkreten Umständen, etwa den vertraglichen Verhältnissen, der Aufbewahrungsart der Zugangsschlüssel und der Individualisierbarkeit der Vermögenswerte beim Schuldner ab (HAUSER-SPÜHLER/MEISSER [FN 51], 9 ff.). Vgl. zur Aussonderbarkeit einer (künftigen Schweizer) digitalen Landeswährung im Konkurs der Verwahrungsstelle NINA REISER/LUKAS WYSS, Vollgeldinitiative und Alternativkonzepte, SZW 2018, 164 ff., 173 ff.

⁶¹ Art. 219 Abs. 4 SchKG sowie BGE 102 II 103 E. 2; 102 II 297 E. 3; 99 II 393 E. 7.

⁶² BSK OR I-WEBER, Art. 401 N 14, in: Heinrich Honsell/Peter Nedim Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015.

⁶³ WALTER FELLMANN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. BK-FELLMANN), Art. 401 OR N 108 f.; HANS MERZ, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 OR, Basel 1975, 451 ff., 464; relativierend URS BERTSCHINGER, Für eine Neuorientierung

rung ist zunächst möglich, wenn der Beauftragte das Geld sofort gesondert aufbewahrt oder es unmittelbar auf ein ausschliesslich für diesen Zweck begründetes Konto bei einem Dritten überweist.⁶⁴ Zudem wird die Aussonderung als Spezialfall auch dann bewilligt, wenn Ausleihungen an Dritte nur für kurze Zeit erfolgen und sofort wieder auf einem (nicht zwingend auf den Namen des Auftraggebers lautenden) Sonderkonto gutgeschrieben werden.⁶⁵

Für die Individualisierungsabsicht der Parteien spricht neben der völligen Kontentrennung denn auch, wenn der Beauftragte keine Transaktionen im eigenen Ermessen ausführen darf.⁶⁶ Keine genügende Individualisierung liegt dagegen vor, wenn der Beauftragte über die dem Auftraggeber zustehenden Gelder verfügen kann⁶⁷ oder falls kein genügender Auftrag für ein Sperrkonto vorliegt.⁶⁸ Nicht ausreichend individualisiert sind Gelder mehrerer Auftraggeber, die demselben Konto gutgeschrieben werden.⁶⁹ Ebenso wenig genügt eine bloss buchhalterische Ausscheidung der Vermögenswerte.⁷⁰ Sind die virtuellen Währungen pro Nutzer individualisiert und segregiert verwahrt, sollten diese somit aussonderbar sein. In diesem Fall braucht das betreffende Institut keine Bankbewilligung. Lässt der Einleger seine virtuellen Währungen dagegen in einem «Sammelkonto»⁷¹ verwahren, fällt eine Aussonderung nach Art. 242 Abs. 1 SchKG konsequenterweise ausser Betracht. Dann fehlt nämlich die Individualisierung und Segregierung pro Kunde. Da der Einleger ein Ausfallrisiko hat, sind virtuelle Währungen als Einlagen zu qualifizieren. Das betreffende Institut braucht deshalb in diesem Fall eine Bankbewilligung, wenn es gewerbsmässig virtuelle Währungen entgegennimmt.

IV. Fintech-Regulierung

A. Vorgeschichte und Überblick

Um wettbewerbshemmende Markteintrittsbarrieren zu reduzieren, hat sich der Schweizer Regulator für die Schaffung einer Fintech-freundlichen Deregulierung ausgesprochen.⁷² Aus legislatischer Sicht galt es dabei die folgenden Punkte zu beachten: Zumal die Regulierung prinzipienbasiert sein sollte, schied zunächst eine speziell auf einzelne Fintech-Geschäftsmodelle zugeschnittene Individualregulierung früh aus.⁷³ Die FINMA hat sodann kein Wettbewerbsförderungsmandat.⁷⁴ Sie darf daher einzelne Branchen – wie etwa die Fintech-Branche – nicht in ähnlicher Weise fördern, wie dies andere ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden tun. Dies gilt etwa im Gegensatz zur britischen Financial Conduct Authority.⁷⁵ Die Schweizer Fintech-Regulierung setzt sich aus den folgenden drei Säulen zusammen: Ausnahme für Abwicklungskonten (IV.B.), Schaffung einer sogenannten Sandbox (IV.C.) und Einführung einer neuen Bewilligungskategorie (IV.D.).

B. Abwicklungskonto-Ausnahme

Seit dem 1. August 2017 ist eine gelockerte Ausnahme für die Entgegennahme von Geldern zu Abwicklungszwecken in Kraft.⁷⁶ Unverzinsten Habensaldi auf Kundenkonten von Effekten- und Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen gelten nicht als Publikumseinlagen, soweit sie einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen. Neu wurde die Abwicklungsfrist von früher gemäss FINMA-Praxis grundsätzlich maximal 7 Arbeitstagen auf explizit 60 Tage erweitert. Als sogenannte ähnliche Unternehmen kommen

bei der Aussonderung im Konkurs des Beauftragten, AJP 1993, 1440 ff., 1442 ff.

⁶⁴ Vgl. zur Begründung des Sonderkontos nach Erhalt der Gut-schriftsanzeige BGE 102 II 103 E. 2.

⁶⁵ Vgl. BGE 102 II 297 E. 3; 99 II 393 E. 7.

⁶⁶ ROLF H. WEBER, Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, Bern 1990, 121.

⁶⁷ BGE 102 II 103 E. 2. Gemäss FELLMANN ist nicht das Verfügungsrecht entscheidend, sondern der Umstand, ob der Beauftragte tatsächlich verfügt hat (BK-FELLMANN [FN 63], Art. 401 OR N 111).

⁶⁸ Vgl. BGE 102 II 103 E. 2.

⁶⁹ BGE 102 II 103 E. 2.

⁷⁰ ZR 1984, Nr. 87, 211 f.; BGE 102 II 103 E. 2.

⁷¹ «Sammelkonto» (MAURENBRECHER/MEIER [FN 50], N 9 ff., m.w.N.).

⁷² Vgl. in diesem Zusammenhang zur Technologie als Wettbewerbsfaktor FRANCA CONTRATTO, Technologie und Finanzmarktregulierung: Narrative von Interdependenz und Co-Evolution, in: ROLF H. WEBER/WALTER A. STOFFEL/JEAN-LUC CHENAUX/ROLF SETHE (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, 421 ff., 427 ff.

⁷³ EFD, Änderungen Fintech (FN 6), 13 f.

⁷⁴ Bericht des Bundesrates, Die FINMA und ihre Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit, 18.12.2014, Internet: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/37800.pdf> (Abruf 29.5.2018), 2, 10 ff.

⁷⁵ Vgl. das bereits im Oktober 2014 lancierte Project Innovate der britischen Financial Conduct Authority FCA, Internet: <https://www.fca.org.uk/firms/fca-innovate> (Abruf 29.5.2018).

⁷⁶ Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV.

insbesondere die eingangs erwähnten Crowdlending-Plattformen infrage.⁷⁷

C. Sandbox

Wie bereits mehrfach erwähnt,⁷⁸ dürfen grundsätzlich nur Banken gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen. Weiterhin nimmt jemand gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen, wenn er dauernd mehr als 20 Einlagen hält oder dafür wirbt.⁷⁹ Seit dem 1. August 2017 liegt neu aber dann keine Gewerbsmässigkeit vor, wenn ein Unternehmen die Voraussetzungen der sogenannten Sandbox erfüllt. Die Sandbox ist ein Innovationsraum, in dem Unternehmen ohne Bankbewilligung dauernd über 20 Publikumseinlagen entgegennehmen oder sich öffentlich dafür empfehlen dürfen. Dies gilt unter den folgenden Voraussetzungen: Zunächst darf das betreffende Unternehmen nur Publikumseinlagen bis zu einem Betrag von 1 Mio. CHF entgegennehmen.⁸⁰ Weiter darf es die Gelder weder anlegen noch verzinsen.⁸¹ Davon ausgenommen sind Unternehmen mit einer Haupttätigkeit gewerblich-industrieller Art, wenn sie die Publikumseinlagen für die Finanzierung dieser Tätigkeit verwenden.⁸² Zudem muss das Unternehmen die Kunden schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, darüber informieren, dass es nicht von der FINMA beaufsichtigt wird und die Einlagen nicht von der Einlagensicherung erfasst sind.⁸³ Diese Informationspflicht hat dem Kunden gegenüber individuell zu erfolgen. Allgemeine Geschäftsbedingungen genügen nicht. Der Einleger muss sodann informiert werden, bevor er das Geld einzahlt. Nur so ist er in der Lage, eine informierte Entscheidung zu treffen.⁸⁴

D. Neue Bewilligungskategorie

Im Zuge der Gesetzgebungsprojekte Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG) wird mit einer Änderung des Bankengesetzes eine neue

Bewilligungskategorie geschaffen. Im Gegensatz zur Abwicklungskonto-Ausnahme und zur Sandbox ist die neue Bewilligungskategorie noch nicht in Kraft. Die neue Bewilligungskategorie ist anwendbar auf Unternehmen, die nur das Passivgeschäft betreiben.⁸⁵ Somit entfällt für die Bewilligungsträger insbesondere das für Banken typische Zinsdifferenzgeschäft.⁸⁶ Ausserdem dürfen die betreffenden Unternehmen maximal Publikumseinlagen in der Höhe von 100 Mio. CHF entgegennehmen.⁸⁷ Für die neue Bewilligungskategorie gelten im Vergleich zur heutigen Bankbewilligung erleichterte Bewilligungs- und Betriebsvoraussetzungen in den Bereichen Rechnungslegung, Prüfung und Einlagensicherung.⁸⁸

E. Zwischenfazit

Im Ergebnis kommen also sowohl die Sandbox als auch die neue Bewilligungskategorie nur für Unternehmen infrage, die kein bankentypisches Zinsdifferenzgeschäft betreiben. Für die Guthaben auf Abwicklungskonten gilt ebenfalls ein Verzinsungsverbot. Innerhalb der Sandbox ist es einzig Unternehmen mit einer Haupttätigkeit gewerblich-industrieller Art erlaubt, die Publikumseinlagen für die Finanzierung dieser Tätigkeit zu verwenden.

V. Kurzer Blick auf die einschlägige EU-Regulierung⁸⁹

A. Anknüpfung an das Passivgeschäft?

Ist auch in der EU die gewerbsmässige Entgegennahme von Einlagen den Banken bzw. Kreditinstituten vorbe-

⁷⁷ EFD, Änderungen Fintech (FN 6), 18 f.

⁷⁸ Vgl. oben I. und III.A.

⁷⁹ Art. 6 Abs. 1 BankV.

⁸⁰ Art. 6 Abs. 2 lit. a BankV.

⁸¹ Art. 6 Abs. 2 lit. b BankV.

⁸² Art. 6 Abs. 3 BankV.

⁸³ Art. 6 Abs. 2 lit. c BankV.

⁸⁴ LEIMGRUBER/FLÜCKIGER (FN 4), N 24. Überschreitet das Unternehmen sodann die Schwelle von 1 Mio. CHF, muss es dies der FINMA innerhalb von 10 Tagen melden und ihr innert 30 Tagen ein Bewilligungsgesuch einreichen (Art. 6 Abs. 4 BankV).

⁸⁵ Art. 1b Abs. 1 lit. b BankG.

⁸⁶ EFD, Änderungen Fintech (FN 6), 33 f.

⁸⁷ Art. 1b Abs. 1 lit. a BankG. Der Bundesrat soll diesen Schwellenwert den Entwicklungen auf den Finanzmärkten anpassen können (Art. 1b Abs. 2 BankG). In begründeten Einzelfällen soll auch die FINMA die Möglichkeit haben, von der Obergrenze von 100 Mio. CHF abzusehen (Art. 1b Abs. 5 BankG).

⁸⁸ Art. 1b Abs. 4 BankG; EFD, Änderungen Fintech (FN 6), 12. Unternehmen, die den Schwellenwert von 100 Mio. CHF überschreiten, müssen dies der FINMA innert 10 Tagen melden und ihr innerhalb von 90 Tagen ein Gesuch für eine Bankbewilligung einreichen (Art. 1b Abs. 6 BankG).

⁸⁹ Vgl. zum Vergleich des Schweizer Bankbegriffs mit demjenigen der EU weiterführend NINA REISER, Die Termini Bank und Kreditinstitut im Lichte von Fintech: Ein Vergleich des Schweizer Ansatzes mit demjenigen der EU, erscheint in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, Zürich/Bern 2018.

halten? Wie bereits ausgeführt,⁹⁰ fand in der Schweiz das generelle Verbot, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen, erst 1994 Eingang in das Bankengesetz. Der Grund dafür war der geplante Beitritt der Schweiz zum EWR. Gemäss der damals geltenden Zweiten Bankenrichtlinie war die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen den Kreditinstituten vorbehalten. Die Zweite Bankenrichtlinie wurde 2013 durch die Eigenkapitalrichtlinie⁹¹ aufgehoben. Im November 2016 präsentierte die EU-Kommission eine umfassende Bankenregulierungsreform. In diesem Rahmen soll auch die Eigenkapitalrichtlinie ein weiteres Mal revidiert werden.⁹² Das hier relevante Verbot, ohne Lizenz als Kreditinstitut gewerbsmässig Publikumseinnahmen entgegenzunehmen, wurde nahezu unverändert von der Bankenrichtlinie in die Eigenkapitalrichtlinie übernommen.⁹³ Im aktuellen Entwurf⁹⁴ wird diese Regelung ebenfalls keine Änderung erfahren. Zwar bestimmt die Eigenkapitalverordnung,⁹⁵ dass der Ausdruck «Kreditinstitut» für die Zwecke dieser Verordnung Unternehmen bezeichnet, die nicht nur Einlagen entgegennehmen, sondern auch Kredite für eigene Rechnung vergeben. Dies ändert aber nichts daran, dass das gewerbsmässige Einlagengeschäft Unternehmen, die über keine Lizenz als Kreditinstitut verfügen, untersagt

ist.⁹⁶ Somit ist gemäss EU-Recht gleich wie nach Schweizer Recht die gewerbsmässige Entgegennahme von Einlagen Unternehmen mit einer Lizenz als Kreditinstitut vorbehalten. Dies gilt in beiden Rechtsordnungen unabhängig davon, ob ein Unternehmen das Zinsdifferenzgeschäft betreibt.

B. Einlagebegriff

Art. 9 der Eigenkapitalrichtlinie definiert den Einlagebegriff zwar nicht. Die Norm bringt aber zum Ausdruck, dass die Rückzahlbarkeit zum Wesen der Einlage gehört.⁹⁷ Die Umschreibung «Einlagen und andere rückzahlbaren Gelder» deutet auf einen weiten Einlagebegriff hin. Ausnahmen sind nur dann zulässig, wenn der Schutz von Einlegern anderweitig gewährleistet ist.⁹⁸ Die Europäische Richtlinie betreffend Einlagensicherungssysteme definiert Einlage als «Guthaben, das sich aus auf einem Konto verbliebenen Beträgen oder aus Zwischenpositionen im Rahmen von normalen Bankgeschäften ergibt und vom Kreditinstitut nach den geltenden gesetzlichen und vertraglichen Bedingungen zurückzuzahlen ist».⁹⁹ Diese Definition bestätigt somit das auch nach Schweizer Recht geltende zentrale Element der Rückzahlbarkeit und dass der EU-Terminus der Einlage, gleich wie nach Schweizer Recht, weit zu verstehen ist.

C. Fintech-Regulierung

Anders als in der Schweiz ist die Europäische Fintech-Regulierung jeweils auf einen bestimmten Geschäftstyp zugeschnitten: Die Zahlungsdienstrichtlinie (PSD)¹⁰⁰ bildete die rechtliche Grundlage für die Schaffung eines Europäischen Binnenmarkts für den Zahlungsverkehr.¹⁰¹

⁹⁰ Vgl. oben II.A.

⁹¹ Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG, Abl L 176 vom 27.6.2013, 338 ff. Zumal es sich bereits um die 4. Revision handelt, wird diese Richtlinie auch als Capital Requirements Directive IV bzw. CRD IV bezeichnet.

⁹² Mit einem Inkrafttreten der CRD V wird 2019 oder 2020 gerechnet. Weitere Informationen zur Bankenregulierungsreform sind abrufbar unter Internet: https://ec.europa.eu/info/law/banking-prudential-requirements-directive-2013-36-eu/upcoming_en (Abruf 29.5.2018).

⁹³ Art. 9 CRD IV.

⁹⁴ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. November 2016 zur Änderung der Richtlinie 2013/36/EU im Hinblick auf von der Anwendung ausgenommene Unternehmen, Finanzholdinggesellschaften, gemischte Finanzholdinggesellschaften, Vergütung, Aufsichtsmassnahmen und -befugnisse und Kapitalerhaltungsmassnahmen, Internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0854&from=EN> (Abruf 29.5.2018).

⁹⁵ Art. 4 Abs. 1 Ziff. 1 der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, Abl L 176 vom 27.6.2013, 1 ff. (sog. CRR).

⁹⁶ PETER JUNG/ELIAS BISCHOF, Europäisches Finanzmarktrecht, Die Regulierung von Märkten, Unternehmen und Dienstleistungen durch die Europäische Union, Zürich/St. Gallen 2015, § 3 N 65; ANDRÉ KRUSCHKE, in: Simon G. Grieser/Manfred Heemann (Hrsg.), Europäisches Bankaufsichtsrecht, Bd. 4, Frankfurt a.M. 2016, 198.

⁹⁷ JUNG/BISCHOF (FN 96), § 3 N 65.

⁹⁸ Art. 9 Abs. 2 CRD IV; vgl. auch BGer, 2C_345/2015, 24.11.2015, E. 6.2.

⁹⁹ Art. 2 Abs. 1 Ziff. 3 der Richtlinie 2014/49/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Einlagensicherungssysteme, Abl L 173 vom 12.6.2014, 149 ff.

¹⁰⁰ Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG, Abl L 319 vom 5.12.2007, 1 ff. (zit. PSD).

¹⁰¹ PSD, E. 1.

Am 12. Januar 2016 trat eine revidierte Version der Zahlungsdienstrichtlinie (PSD II)¹⁰² in Kraft. Eine spezifische Crowdfunding-Regulierung gibt es auf EU-Ebene derzeit (noch) nicht.¹⁰³ Im Bereich des Zahlungsverkehrs legt die E-Geld-Richtlinie¹⁰⁴ Vorschriften für die Tätigkeit und die Beaufsichtigung von E-Geld-Instituten fest. Mit dieser Richtlinie verpflichtete die EU ihre Mitgliedstaaten, für E-Geld-Institute eine im Vergleich zur Lizenz für Kreditinstitute erleichterte Lizenz zu schaffen. E-Geld-Institute sind Unternehmen, die zur Herausgabe von elektronischem Geld, das heisst von sogenanntem E-Geld, berechtigt sind.¹⁰⁵ Elektronisches Geld ist vereinfacht gesagt digitales Bargeld, das elektronisch auf einem Gerät, einer Karte oder räumlich entfernt auf einem Server gespeichert ist.¹⁰⁶ Gelder, die aufgrund der Ausgabe von E-Geld entgegengenommen werden, gelten gemäss der E-Geld-Richtlinie nicht als Einlagen.¹⁰⁷ E-Geld-Institute dürfen zudem grundsätzlich keine Kredite aus entgegengenommenen Geldern gewähren¹⁰⁸ oder Zinsen bezahlen.¹⁰⁹ Ausserdem ist es ihnen untersagt, gewerbsmässig Einlagen entgegenzunehmen.¹¹⁰

Aktuell gibt es auf europäischer Ebene verschiedene Initiativen, die auch die Digitalisierung von Finanzdienstleistungen betreffen.¹¹¹ So sieht der Fintech-Aktionsplan

der Kommission¹¹² 19 Schritte vor, die innovative Geschäftsmodelle und neue Technologien fördern sollen.¹¹³ Gleichzeitig bezweckt der Fintech-Aktionsplan die Verbesserung der Cybersicherheit und die Stärkung der Integrität des Finanzsystems. Der Aktionsplan ist aber noch relativ vage gehalten und enthält vor allem Prüfungsabsichten. Im Rahmen dieses Aktionsplans veröffentlichte die Kommission einen Vorschlag für eine neue Verordnung zur Regulierung von Crowdfunding-Geschäftstätigkeiten.¹¹⁴ Um Aufsichtsarbitrage zu vermeiden und eine wirksame Beaufsichtigung von Crowdfunding-Dienstleistern zu gewährleisten, soll es diesen untersagt sein, ohne Zulassung als Kreditinstitut Einlagen oder sonstige rückzahlbare Gelder von Kunden anzunehmen.¹¹⁵

Im Einklang mit der Regelung, wonach die gewerbsmässige Entgegennahme von Einlagen Unternehmen mit einer Lizenz als Kreditinstitut vorbehalten ist, dürfen weder *de lege lata* E-Geld-Institute noch *de lege ferenda* Crowdfunding-Dienstleister Einlagen oder sonstige rückzahlbaren Gelder von Kunden annehmen, wenn sie über keine Zulassung als Kreditinstitut verfügen. Interessant ist zudem, dass gemäss der E-Geld-Richtlinie Gelder, die wegen der Ausgabe von E-Geld entgegengenommen werden, nicht als Einlagen gelten. Ausserdem ist es E-Geld-Instituten grundsätzlich untersagt, das Zinsdifferenzgeschäft zu betreiben.¹¹⁶ So kommen auch in der Schweiz sowohl die Sandbox als auch die neue Bewilligungskaa-

¹⁰² Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 2002/65/EG, 2009/110/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010 sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2007/64/EG (Text von Bedeutung für den EWR), Abl L 337 vom 23.12.2015, 35 ff. (zit. PSD II).

¹⁰³ Vgl. aber den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. März 2018 über Europäische Crowdfunding-Dienstleister für Unternehmen (zit. Crowdfunding-Verordnung), Internet: https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/growth-and-investment/financing-investment/crowdfunding_en (Abruf 29.5.2018).

¹⁰⁴ Richtlinie 2009/110/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Aufnahme, Ausübung und Beaufsichtigung der Tätigkeit von E-Geld-Instituten, zur Änderung der Richtlinien 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 2000/46/EG, Abl L 267 vom 10.10.2009, 7 ff. (zit. E-Geld-Richtlinie).

¹⁰⁵ Vgl. für den Begriff des E-Geld-Instituts Art. 2 Ziff. 1 E-Geld-Richtlinie.

¹⁰⁶ Vgl. für den Begriff von E-Geld Art. 2 Ziff. 2 E-Geld-Richtlinie.

¹⁰⁷ Art. 6 Abs. 3 E-Geld-Richtlinie.

¹⁰⁸ Art. 6 Abs. 1 letzter Satz E-Geld-Richtlinie.

¹⁰⁹ E-Geld-Richtlinie, E. 13.

¹¹⁰ Art. 6 Abs. 2 E-Geld-Richtlinie.

¹¹¹ Dazu gehört das Strategiepapier der Kommission vom 6. Mai 2015 für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final, Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=DE> (Abruf 29.5.2018). Vgl. ferner die Mitteilung der Kommission vom 30. September 2015 an das

Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion, COM(2015) 468 final, Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0468&from=DE> (Abruf 29.5.2018), und in diesem Zusammenhang CHRISTOPH KUMPAN, Market-based financing in the Capital Markets Union: The European Commission's Proposals to Foster Financial Innovation in the EU, ECFR 2017, 336 ff.

¹¹² Mitteilung der Kommission vom 8. März 2018 an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Fintech-Aktionsplan: Für einen wettbewerbsfähigeren und innovativeren EU-Finanzsektor, COM(2018) 109 final, Internet: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018DC0109> (Abruf 29.5.2018).

¹¹³ Vgl. zur Thematisierung von «Fintech» in der vorangehenden Mitteilung der Kommission vom 23. März 2017 an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Aktionsplan Finanzdienstleistungen für Verbraucher: bessere Produkte, mehr Auswahl, COM(2017) 139 final, etwa MIRIAM PARMENTIER, Die Entwicklung des Europäischen Kapitalmarktrechts in den Jahren 2016–2017, EuZW 2018, 53 ff., 57.

¹¹⁴ Crowdfunding-Verordnung (vgl. bereits oben FN 103).

¹¹⁵ Crowdfunding-Verordnung (FN 103), E. 13.

¹¹⁶ Vgl. dazu oben V.C.

tegorie im Grundsatz nur für Unternehmen infrage, die kein bankentypisches Zinsdifferenzgeschäft betreiben. Für Guthaben auf Abwicklungskonten gilt ebenfalls ein Verzinsungsverbot. Innerhalb der Sandbox ist es einzig Unternehmen mit einer Haupttätigkeit gewerblich-industrieller Art erlaubt, die Publikumseinlagen für die Finanzierung dieser Tätigkeit zu verwenden.¹¹⁷

VI. Soll die Bankbewilligung an das Zinsdifferenzgeschäft anknüpfen?

Welches Geschäftsmodell soll eine Bankbewilligung auslösen? Wenn die Fixierung auf die Passivseite, wie einleitend ausgeführt, das typische Bankmodell nicht beschreibt: Müsste man dann für das Erfordernis einer Bankbewilligung nicht konsequenterweise an das Geschäftsmodell der Fristentransformation anknüpfen? Die neue Bewilligungskategorie kommt nur für Unternehmen ohne Fristentransformation infrage. Wird die neue Bewilligungskategorie eingeführt, knüpft die Bankbewilligung somit indirekt bereits an das Geschäftsmodell der Fristentransformation an. Dies gilt jedenfalls bis zur Schwelle von 100 Mio. CHF entgegengenommener Einlagen. Soll das allgemein gelten? Warum ist die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen Banken vorbehalten?

Wie erwähnt,¹¹⁸ handelt es sich bei der Fristentransformation, das heisst bei der Umwandlung kurzfristig angenommener Geldanlagen in langfristige Kredite, um eine wesentliche Aufgabe des Bankensystems.¹¹⁹ Aus diesem Grund können Banken bloss einen Teil der Einlagen sofort zurückzahlen. Die Existenz der Banken gründet also auf der Annahme der Einleger, dass die Banken in einem bestimmten Zeitraum nicht mehr Einlagen ausbezahlen müssen als jene, die durch die flüssigen Mittel gedeckt sind.¹²⁰ Die Folge davon ist ein Liquiditätsrisiko, dass sich in Bank Runs manifestieren kann. Verlieren die Einleger das Vertrauen in die Solvenz der Bank, ziehen sie nämlich ihre Einlagen fluchtartig zurück und die Bank wird illiquid.¹²¹ Dies geschieht, weil die Einleger erwarten,

dass sich andere Einleger gleich verhalten. Zudem wissen sie, dass die Liquidität von Banken nur für einen Teil der Einlagen ausreicht. Als Aussenstehende können Einleger den Zustand ihrer Bank oft nicht beurteilen. In einer Krisensituation ist es für sie schwierig, zwischen gesunden und tatsächlich insolventen Banken zu unterscheiden. Deshalb sind alle Banken mit der Gefahr von Bank Runs konfrontiert, auch die gesunden Banken.¹²² Gerüchte und irrationale Sorgen von Einlegern führen dazu, dass Bank Runs auch die Existenz von ursprünglich gesunden Banken gefährden können (sog. *self-fulfilling prophecy*).

Liquiditätsrisiken sind aber nur eine von möglichen Risikokategorien von Banken. Die Taxonomie der Bankenrisiken im Sinne der «Basel»-Regulierungswerke¹²³ umfasst neben dem Liquiditätsrisiko auch Marktrisiken, Kreditrisiken, operationelle Risiken und strategische Risiken. Die Fristentransformation ist wichtig für die Kreditversorgung einer Volkswirtschaft. Sie ist daher inhärenter Bestandteil der volkswirtschaftlichen Funktion von Banken. Das rechtfertigt in erster Linie die hohen Anforderungen der prudentiellen Bankenregulierung.¹²⁴ Jedoch birgt bereits die Entgegennahme von Einlagen ohne Fristentransformation Risiken, die eine strenge Regulierung und Aufsicht rechtfertigen. Die folgenden Gründe sprechen für eine grundsätzliche Anknüpfung des Bankbegriffs an die Passivseite: Mit der Einlagensicherung¹²⁵ kann man die Gefahr von Bank Runs zwar aufbrechen. Die Einlagensicherung hat aber einen Preis: Mit ihr entfällt der Anreiz der Einleger, die Banken zu überwachen. Sind ihre Einlagen gesichert, gehen die Einleger zur Bank

G. RAJAN, Liquidity Risk, Liquidity Creation, and Financial Fragility: A Theory of Banking, *Journal of Political Economy* 2001, 287 ff.; vgl. auch Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Regulierungsfolgenabschätzung: Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (FinTech), 1.2.2017 (zit. EFD, Regulierungsfolgenabschätzung), 5.

¹²² Vgl. dazu etwa NINA REISER, Deposit Insurance and its Contribution to System Stability, SZW 2014, 20 ff., 21 f., m.w.N.

¹²³ Vgl. Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards, Juni 2006, und die Prinzipien in Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), Core Principles for Effective Banking Supervision, September 2012, 11 f.; vgl. auch die Taxonomie der Risiken in Art. 79–87 CRD IV. Die FINMA nimmt eine ähnliche Einteilung vor, vgl. namentlich FINMA-RS 2008/19 Kreditrisiken Banken; FINMA-RS 2008/20 Marktrisiken Banken; FINMA-RS 2008/21 Operationelle Risiken Banken; FINMA-RS 2015/2 Liquiditätsrisiken Banken; vgl. auch Art. 1 Abs. 2 Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler (Eigenmittelverordnung, ERV; SR 952.03).

¹²⁴ Vgl. zum Zusammenhang zwischen Bank Runs, Einlagensicherung und Liquidität DIAMOND/DYBVIG (FN 121), 401 ff.

¹²⁵ Vgl. dazu den Überblick oben unter II.C.

¹¹⁷ Vgl. dazu oben IV., insbesondere IV.E.

¹¹⁸ Vgl. oben I.

¹¹⁹ Vgl. dazu z.B. ANAT ADMATI/MARTIN HELLWIG, The Bankers' New Clothes: What's Wrong with Banking and What to Do about It, Princeton/Oxford 2013, 49 ff., insbesondere 51 ff.

¹²⁰ MAUCHLE, FinTech (FN 7), 813.

¹²¹ Vgl. dazu grundlegend DOUGLAS W. DIAMOND/PHILIP H. DYBVIG, Bank Runs, Deposit Insurance, and Liquidity, *Journal of Political Economy* 1983, 401 ff.; DOUGLAS W. DIAMOND/RAGHURAM

mit den höchsten Zinsen und zwar unabhängig davon, wie gesund eine Bank ist. Zudem sind Banken versucht, höhere Zinsen anzubieten, das heisst, höhere Risiken einzugehen, als es vernünftig wäre. Bis zu einem gewissen Grad wird dieses Problem (sog. Moral Hazard) entschärft, wenn die Höhe des Beitrags der Banken an die Einlagensicherung vom Risiko der betreffenden Bank abhängt.¹²⁶ Eine solche Korrelation kennen beispielsweise die EU¹²⁷ und die USA¹²⁸. Auch die internationale Vereinigung der Einlagensicherungen (IADI) empfiehlt eine Risikoprämie.¹²⁹ In der Schweiz gibt es indes keine Risikoprämie, was sich auch im Zuge der aktuellen Revision des Einlagensicherungssystems voraussichtlich nicht ändern wird.¹³⁰ Dies ist zu bedauern. Die Bankenregulierung soll unter anderem die erläuterten Nebenwirkungen der Einlagensicherung minimieren. Regulierung und Aufsicht können dazu dienen, dass der Versicherungsschutz nicht missbraucht wird (Problematik der Trittbrettfahrer).

VII. Zusammenfassung

Ohne Bankbewilligung darf man weder gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen noch dafür werben. Virtuelle Währungen sind ebenfalls als Einlagen zu qualifizieren, wenn sie nicht pro Nutzer individualisiert und segregiert verwahrt sind. Der aktuelle Bankbegriff stellt einzig auf das Passivgeschäft ab. Fintech-Unternehmen riskieren mit diesem Bankbegriff somit selbst dann in Konflikt zu geraten, wenn sie nicht das klassische Zinsdifferenzgeschäft einer Bank betreiben.

¹²⁶ Vgl. dazu etwa REISER, Deposit Insurance (FN 122), 33 ff., m.w.N.

¹²⁷ Gemäss Art. 13 der Europäischen Richtlinie betreffend Einlagensicherungssysteme (FN 99) beruhen die Beiträge an Einlagensicherungssysteme nicht nur auf der Höhe der gedeckten Einlagen, sondern auch auf der Höhe des Risikos, dem das entsprechende Mitgliedsinstitut ausgesetzt ist.

¹²⁸ Die Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC), die in den USA für die Einlagensicherung zuständig ist, erhebt bereits seit 1993 risikoabhängige Prämien (FDIC, Historical Assessment Rate Schedules, Internet: <https://www.fdic.gov/deposit/insurance/historical.html> [Abruf 29.5.2018]); vgl. zum Einlagensicherungssystem in den USA im Allgemeinen REISER, Deposit Insurance (FN 122), 26 f. und zu den risikobasierten Prämien 33 ff.

¹²⁹ Vgl. dazu das Grundlagenpapier der IADI, General Guidance for Developing Differential Premium Systems, Oktober 2011, Internet: http://www.iadi.org/en/assets/File/Papers/Approved%20Guidance%20Papers/IADI_Diff_prem_paper_FINAL_updated_Oct_31_2011_clean_version.pdf (Abruf 29.5.2018).

¹³⁰ Bundesrat, Bundesrat will das Einlegerschutzsystem stärken, Medienmitteilung vom 15. Februar 2017, Internet: <https://www.adm.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-65655.html> (Abruf 29.5.2018).

A. Grundsatz: Anknüpfung an die Passivseite ist noch zeitgemäss

Bereits die Entgegennahme von Einlagen ohne Fristentransformation birgt hohe Risiken, die wegen des Schutzzwecks des Bankengesetzes eine strenge Regulierung grundsätzlich rechtfertigen. So untersagt auch das EU-Recht mit einem vergleichbaren Einlagebegriff Unternehmen ohne Lizenz als Kreditinstitut die gewerbsmässige Entgegennahme von Einlagen. Die grundsätzliche Anknüpfung des Bankbegriffs an die Passivseite scheint folglich weiterhin gerechtfertigt.

B. Differenzierung: Würdigung der Fintech-Regulierung

1. Kein Zinsdifferenzgeschäft

Wie jedes staatliche Handeln sollten Regulierung und Aufsicht verhältnismässig sein.¹³¹ Da Unternehmen ohne Fristentransformation, wie viele Fintech-Unternehmen, geringere Risiken als Banken und Kreditinstitute eingehen, ist für solche Unternehmen eine differenzierte Regulierung adäquat. Zumal das Zinsdifferenzgeschäft im Vergleich zum reinen Passivgeschäft höhere Risiken, insbesondere Liquiditätsrisiken, mit sich bringt, ist eine weniger strenge Regulierung für Unternehmen ohne Fristentransformation gerechtfertigt. Positiv zu würdigen ist daher, dass in der EU E-Geld-Institute, die unter leichteren Voraussetzungen eine Lizenz bekommen als Kreditinstitute, grundsätzlich kein Zinsdifferenzgeschäft betreiben dürfen. In diesem Sinne ist es ebenfalls zu begrüßen, dass nach Schweizer Recht sowohl die Sandbox als auch die neue Bewilligungskategorie nur für Unternehmen offenstehen, die kein bankentypisches Zinsdifferenzgeschäft betreiben. Das gilt auch für das Verzinsungsverbot auf Abwicklungskonten. Problematisch erscheint aber die Ausnahme für Unternehmen mit einer Haupttätigkeit gewerblich-industrieller Art.

2. Abwicklungskonto-Ausnahme

Die von 7 auf grundsätzlich 60 Tage verlängerte Abwicklungsfrist verbessert die Rahmenbedingungen für Crowdfundings in der Schweiz.¹³² Dass die Frist nun neu explizit

¹³¹ Art. 5 Abs. 2 BV. Vgl. etwa auch Crowdfunding-Verordnung (FN 103), 6.

¹³² LEIMGRUBER/FLÜCKIGER (FN 4), N 28; MAUCHLE, FinTech (FN 7), 821. Die Verlängerung der Abwicklungsfrist vermeidet eine überschüssige Unterstellung unter das Bankengesetz.

in der Bankenverordnung genannt wird, schafft zudem Rechtssicherheit.¹³³ Mit der Erweiterung der Abwicklungsfrist erhöht sich für den Einleger zwar die Wahrscheinlichkeit, dass das betreffende Unternehmen insolvent wird.¹³⁴ Diese zusätzlichen Risiken scheinen aber zumindest vertretbar.¹³⁵ Dies gilt nicht zuletzt deshalb, weil das Verzinsungsverbot Anreize setzt, die Gelder rasch weiterzuleiten.¹³⁶

3. Sandbox

Die Sandbox beseitigt Marktzutrittschranken. Dass Unternehmen innerhalb der Sandbox grundsätzlich die bankentypische Fristentransformation untersagt ist, ist zu begrüssen. Abzulehnen ist aber die Ausnahme für Unternehmen, die als Haupttätigkeit eine gewerblich-industrielle Tätigkeit ausüben und die Publikumseinlagen für die Finanzierung dieser Tätigkeit verwenden. Indem solche Unternehmen Einlagen auf Sicht entgegennehmen und in vergleichsweise illiquide Anlagen investieren dürfen, entstehen Liquiditätsrisiken. Dies ist wegen der fehlenden Regulierung und Aufsicht innerhalb der Sandbox problematisch.

Dem Einlegerschutz wäre ferner besser gedient, wenn man nicht nur an die Höhe des Einlagevolumens beim Geldnehmer, sondern insbesondere auch an diejenige beim Geldgeber, dem Einleger, ansetzen würde. So wäre es etwa denkbar, den investierten Betrag pro Einleger entweder absolut, etwa auf einige wenige tausend Schweizer Franken, oder auf einen bestimmten Prozentsatz, zum Beispiel auf 5–10 %, seiner liquiden Vermögenswerte zu begrenzen.¹³⁷ Mit der Begrenzung der Investition pro Einleger bliebe das Ausfallrisiko des einzelnen Einlegers kalkulierbar. Weil in der Sandbox tätige Unternehmen weder beaufsichtigt noch der Einlagensicherung angeschlossen sind, wäre dies gerechtfertigt. So ist es gerade für Kleinanleger wegen der zunehmenden Komplexität digitaler Geschäftsmodelle oft schwierig, seriöse Unternehmen von unseriösen und riskante Geschäftsmodelle von risi-

koarmen zu unterscheiden.¹³⁸ Von einer solchen Anpassung würden zudem insbesondere Crowdlending-Plattformen profitieren, die typischerweise zur Finanzierung ihrer Projekte kleine Darlehensbeträge entgegennehmen.¹³⁹ Und gerade für solche Unternehmen möchte man ja regulatorische Hürden abbauen. Wichtig ist zudem, dass in der Sandbox tätige Unternehmen die Einleger ausdrücklich und individuell, also nicht bloss in den allgemeinen Geschäftsbedingungen, und bevor diese etwas einzahlen darüber informieren, dass die Unternehmen keiner Aufsicht der FINMA unterstehen und die Einlagen nicht von der Einlagensicherung gedeckt sind.

Mit Blick auf die Ausgabe von Anleiheobligationen, die dem Bankengesetz nicht unterstellt sind, könnte man beispielsweise zusätzlich zur Sandbox die Anforderungen an den Prospekt bis zu einem bestimmten Gesamtbetrag und einem definierten Betrag pro Einleger reduzieren.¹⁴⁰ Für die Umsetzung hätte sich das FIDLEG angeboten, in dessen Rahmen die Prospektspflichten ohnehin erleichtert werden.¹⁴¹ Dies würde den finanziellen und administrativen Aufwand der Fremdkapitalisierung durch die Ausgabe von Anleihen für den Crowdlending-Geldnehmer reduzieren.¹⁴²

4. Neue Bewilligungskategorie

Bei der noch nicht in Kraft getretenen neuen Bewilligungskategorie handelt es sich bewusst um einen Vorschlag, der weder eine «Innovation» erfordert¹⁴³ noch für ganz bestimmte Geschäftsmodelle entworfen wurde. Diese – international soweit ersichtlich einzigartige – zukunfts offene Fintech-Regulierung ist, gerade auch im Gegensatz zur EU-Regulierung, zu begrüssen, da sie der Dynamik der Digitalisierung und der hohen Diversität von Fintech-Geschäftsmodellen angemessen Rechnung

¹³³ GL.M. REICHMUTH/VON DER CRONE (FN 10), 266.

¹³⁴ Der Bundesrat geht aber davon aus, dass das Ausfallrisiko für den einzelnen Kunden betragsmässig nicht steigen werde, weil i.d.R. nicht zu erwarten sei, dass die Einleger bei einer 60-tägigen Frist mehr investieren würden als bei einer 7-tägigen Frist (EFD, Regulierungsfolgenabschätzung [FN 121], 7).

¹³⁵ GL.M. REICHMUTH/VON DER CRONE (FN 10), 266.

¹³⁶ GL.M. MAUCHLE, FinTech (FN 7), 821.

¹³⁷ REICHMUTH/VON DER CRONE (FN 10), 267.

¹³⁸ ROLF H. WEBER, Systemstabilität: Neue Herausforderungen durch die Digitalisierung der Geschäftsmodelle, in: Rolf H. Weber/Walter A. Stoffel/Jean-Luc Chenaux/Rolf Sethe (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, 405 ff., 396.

¹³⁹ REICHMUTH/VON DER CRONE (FN 10), 267.

¹⁴⁰ Vgl. dazu etwa REICHMUTH/VON DER CRONE (FN 10), 266 f., m.w.N.

¹⁴¹ Art. 36 FIDLEG: «Ausnahmen nach der Art des Angebots».

¹⁴² Vgl. dazu REICHMUTH/VON DER CRONE (FN 10), 266 f., m.w.N.

¹⁴³ Obwohl der Gesetzgeber für die Marginalie von Art. 1b BankG den Begriff «Innovationsförderung» wählte, fehlen eine Konkretisierung des Begriffs oder konkrete Innovationserfordernisse. Derzeit ist offen, ob bzw. wie dem Begriff der Innovation im Bewilligungsverfahren eine Bedeutung zukommen wird (LEIMGRUBER/FLÜCKIGER [FN 4], N 31 Fn 102).

tragen und zukunftsfähig bleiben dürfte.¹⁴⁴ Der Erfolg des Modells und die Adäquanz der Bewilligungsanforderungen vor dem Hintergrund des Anleger- und Systemschutzes lässt sich derzeit nur schwer abschätzen. Dies dürfte nicht zuletzt von einer zweckmässigen Kalibrierung der aktuell noch weitgehend offenen Ausführungsbestimmungen¹⁴⁵ abhängen.¹⁴⁶ Eine angemessene Regulierung ist auch deshalb zentral, weil potenzielle Investoren wegen der FINMA-Bewilligung gesteigerte Erwartungen in Bezug auf die Qualität der Unternehmen und die Sicherheit ihrer Einlagen haben dürften. So erweckt die vorgesehene FINMA-Aufsicht den Anschein einer Art Gütesiegel.¹⁴⁷

¹⁴⁴ EFD, Änderungen Fintech (FN 6), 20.

¹⁴⁵ Vgl. dazu LEIMGRUBER/FLÜCKIGER (FN 4), N 35.

¹⁴⁶ Gl.M. LEIMGRUBER/FLÜCKIGER (FN 4), N 33.

¹⁴⁷ Kritisch zur neuen Bewilligungskategorie REICHMUTH/VON DER CRONE (FN 10), 267 ff. Zu begrüßen ist m.E. die Pflicht des betreffenden Unternehmens, die Einleger vor der Bezahlung der Einlage über die fehlende Einlagensicherung zu informieren (Art. 1b Abs. 4 lit. d BankG). Auch hier sollte die Information individuell und nicht bloss in allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen müssen.