

Per Email an
rechtsdienst@sif.admin.ch

Zurich, den 8. Mai 2017

VERNEHMLASSUNG ZUR ÄNDERUNG DES BANKG UND DER BANKV (FINTECH)

Sehr geehrte Damen und Herren,

Wir nehmen Bezug auf die Anhörung zum Rundschreiben „Vernehmlassung zur Änderung des BankG und der BankV“. Im Namen der Swiss Finance + Technology Association (im Folgenden SFTA) folgen wir gerne Ihrer Einladung, zum Revisionsentwurf des erwähnten Rundschreibens Stellung zu nehmen.

Diese Stellungnahme wurde in einer gemeinsamen Arbeitsgruppe, bestehend aus Mitgliedern von CFA Switzerland und der Swiss Finance + Technology Association erarbeitet.

1 Allgemeine Bemerkungen

Wir begrüssen, dass der Gesetzgeber den Handlungsbedarf in der Finanzmarktregulierung erkennt. In der Regulierungsfolgenabschätzung wird korrekt festgestellt, dass Finanzdienstleister ausserhalb des Bankenwesens durch den technologischen Wandel immer öfter von der Bankregulierung betroffen werden, obwohl das aus Risikoperspektive nicht gerechtfertigt ist. Die derzeitige Ausgestaltung des regulatorischen Rahmens um das Finanzsystem zementiert bestehende Strukturen und hemmt die Innovationskraft der schweizerischen Finanzindustrie.

Die vorgeschlagenen Gesetzes- und Verordnungsänderungen im Rahmen dieser Fintech Vernehmlassung sind jedoch nicht geeignet, um dieses Problem zu adressieren. Während wir auf die konkreten Vorschläge detailliert eingehen werden, sind zuerst allgemeine Bemerkungen angebracht.

Geschäftsbanken nehmen eine zentrale Stellung im Zahlungsverkehr, im Kreditwesen, und in der Geldpolitik ein. Historisch erfüllten Banken wichtige Funktionen, um die Schweizerische Wirtschaft mit Kapital zu versorgen, aber ebendiese Funktionen (vor allem die Fristentransformation und die Geldschöpfung) machen sich auch gleichzeitig anfällig für Bankenstürme, mit schwerwiegenden Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft.

Neue Lizenzgefässe, welche moderne Finanzdienstleister risikogerecht und ausgewogen regulieren, und das Setzen technischer Schnittstellen und Standards könnten die Schweizerische Regulierung ergebnisoffener machen und den Wettbewerb fördern. Auf der einen Seite müssen die Vorschriften sicherstellen, dass diese modernen Finanzdienstleister nicht zur Quelle von Liquiditäts- und anderen Risiken werden, welche die Stabilität des Schweizerischen Finanzsystems gefährden könnten. Auf der anderen Seite sollten sie dann auch nicht unter das Bankgesetz fallen.

Wir können diese Denkweise im Ansatz in dieser Vernehmlassung erkennen. Es wird jedoch verpasst, eine klare Abgrenzung zu treffen zwischen dem Bankensystem, welches anfällig für Liquiditätsrisiken ist und einen engen Regulierungsrahmen benötigt, und anderen Finanzdienstleistern, die nicht durch weitere Spezialgesetzen (KAG, VAG etc.) reguliert sind.

Unseres Erachtens wäre es angebracht, eine präzisere Bankendefinition vorzunehmen, welche als entscheidendes Merkmal auf die Kombination von Einlegergeschäft und Kreditvergabe mit gleichzeitigem Eingehen von Kredit- und Liquiditätsrisiken abstützt¹. Nur Banken sollten dem Bankgesetz unterstehen. Finanzdienstleister welche nicht im Bankenmodell operieren, sollten einem anderen Regulierungsmodell, unterstützt durch eine Reihe von funktionalen Lizenzen, die wesentlich entschlackt werden könnten, unterstellt werden. Deren Voraussetzungen zur Erteilung müssten sich primär an den jeweilig spezifischen Risikoprofilen und Schutzziele (Gläubigerschutz, Anlegerschutz, Geldwäscherei, etc.) ausrichten.

Weitere Fragen, die der technologische Wandel im Zusammenhang mit der Finanzmarktregulierung aufwirft, sind zwar von zentraler Bedeutung für eine zukunftsfähige und ergebnisoffene Finanzmarktregulierung, werden aber in dieser Vernehmlassung nicht aufgenommen. Wir werden kurz auf diese Lücken eingehen, bevor wir die konkreten Vorschläge der Vernehmlassung diskutieren.

¹ Eine präzise Abgrenzung um eine Bank zu definieren ist beispielsweise das Konzept der systemischen Solvenz gemäss McMillan (2014)

2 Lücken der Vorlage

2.1 Setzen technischer Schnittstellen und Standards

Durch die steigende Digitalisierung wächst die Bedeutung technischer Schnittstellen und Standards wie zB XBRL exponentiell. In den meisten Jurisdiktionen werden solche Standards (nach Konsultation mit der Industrie) durch den Regulator gesetzt und weiter entwickelt. Der traditionelle Ansatz, solche Initiativen ausschliesslich der Industrie zu überlassen, scheint dem erhöhten Innovationstempo nicht mehr gewachsen zu sein und birgt die Gefahr von Ineffizienzen, weil sich anstelle eines branchenweiten Standards mehrere konkurrierende Konzepte entwickeln. Es erscheint daher sinnvoll, der Aufsichtsbehörde den Auftrag zu erteilen, hier katalytisch aktiv zu werden.

2.2 Die Position digitaler Güter im Sachenrecht

In jüngster Zeit zeigt sich zunehmend, dass die sachenrechtliche Positionierung digitaler Güter nicht geklärt ist. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit der Distributed Ledger Technology, mit deren Hilfe Werte in verteilten Hauptbüchern geführt und umgesetzt werden können, ohne dass wie zB im Bucheffektengesetz eine Person bzw. zentrale Gegenpartei als Intermediär dazwischen steht. Der Finanzplatz Schweiz könnte seine aktuell bestehende, aber prekäre Vorreiterrolle ausbauen, wenn in dieser Thematik Rechtssicherheit geschaffen würde.

2.3 Anknüpfungspunkt der Aufsicht

Dienstleistungen, die online erbracht werden, sind naturgemäss nicht ortsgebunden und somit nicht auf ein physisches Filialnetz in physischer Nähe zum Kunden angewiesen. Fintech-Unternehmen können Dienstleistungen ortsunabhängig, an Kunden an jedem beliebigen Ort auf der Welt anbieten. Wir beobachten deshalb mit einer gewissen Sorge, dass ausländische Fintech-Unternehmen zusehends auf den Schweizer Markt drängen, ohne dafür einer Schweizer Zulassung zu bedürfen oder der Schweizer Aufsicht zu unterstehen. Wohingegen Schweizer Fintech-Anbieter ausländischem Aufsichtsrecht unterworfen sind, sobald sie Kunden in der jeweiligen Jurisdiktion ansprechen.

Dies scheint uns in vierfacher Hinsicht falsch:

- Erstens sind ausländische Fintech-Unternehmen dadurch besser gestellt als ausländische (und inländische!) Erbringer von traditionellen Finanzdienstleistungen, die dem Schweizer Aufsichtsregime unterworfen werden, sobald sie eine physische Präsenz in der Schweiz einrichten.
- Zweitens ist nicht sichergestellt, dass ausländische Erbringer von Fintech-Dienstleistungen einer gleichwertigen oder auch nur einer angemessenen Aufsicht

unterworfen sind. Sollten in der Schweiz domizilierte Kunden durch ausländische, nicht angemessen organisierte Fintech-Unternehmen zu Schaden kommen, wird dadurch der Ruf der gesamten Branche in Mitleidenschaft gezogen.

- Drittens kann die FINMA dadurch ihrem Auftrag zum Gläubiger-, Anleger- und Funktionsschutz nach Art 5 FINMAG nicht nachkommen.
- Und viertens werden in der Schweiz domizilierte und beaufsichtigte Anbieter von Fintech-Dienstleistungen durch die demgemäß entstehende Wettbewerbsverzerrung benachteiligt.

Wir regen daher an, die anstehenden Revisionsarbeiten an den Finanzmarktregulatorien dazu zu nutzen, nicht mehr den Inkorporationsort, sondern das Kundendomizil als Anknüpfungspunkt der Aufsichtsunterstellung und des anwendbaren Rechts zu definieren. Dadurch würde die Architektur des Kundenschutzes in der Schweiz mit internationalen Standards kompatibel.

2.4 Direkter Zugang zu Zentralbankgeld für Nichtbanken

Neben der Bankenbewilligung ist der Vorrang von Banken in der Geld- und Währungspolitik die zweite grosse Markteintrittshürde für neue Fintech Geschäftsmodelle. Die engen Beziehungen zwischen der öffentlich organisierten SNB und den privatrechtlich organisierten Geschäftsbanken ist historisch im Zuge der Industrialisierung gewachsen. Bis heute sind Banken de facto die einzigen privaten Unternehmen welche direkt Zentralbankreserven der Schweizerischen Nationalbank (SNB) halten dürfen. Es sind jedoch alle Finanzdienstleister auf die Dienstleistungen der SNB angewiesen. Als Konsequenz müssen alle übrigen Finanzdienstleister mit Banken kooperieren, um am zentralen Zahlungsverkehr angeschlossen zu sein.

Diese Vorrangstellung ist heute nicht mehr gerechtfertigt. Sie zementiert jedoch die historisch gewachsenen Strukturen des Finanzsystems und unterminiert das Ziel dieser Gesetzesrevision, eine ergebnisoffene und zukunftsfähige Finanzmarktregulierung zu schaffen. Insbesondere eine "Banklizenz light" kann so nicht funktionieren, wie wir weiter unten detailliert ausführen.

Diese Problematik wird in anderen Jurisdiktionen erkannt. Die Bank von England arbeitet daran, den Zugang zu ihrem Zahlungssystem RTGS von bisher 52 Banken auf hunderte von Nicht-Banken zu erweitern². Zentralbanken im asiatischen Raum diskutieren bereits rege über die Erweiterung des Zugangs zum zentralen Zahlungsverkehr.

² Mark Carney (12 April 2017) - "Building the infrastructure to realise fintech's promise"

Die Schweizerische Nationalbank (SNB) hat noch keinen Schritt in diese Richtung gemacht. Durch Abseitsstehen könnte die Schweiz jedoch den Anschluss im Wettbewerb um innovative Lösungen im Zahlungsverkehr verpassen.

Wir empfehlen dringend, diese Gesetzesrevision mit der Schweizerischen Nationalbank zu koordinieren. Neue Lizenzgefässe für Finanzdienstleister abseits der traditionellen Banklizenz können nur erfolgreich sein, wenn die SNB diesen auch einen gleichberechtigten Zugang zum zentralen Zahlungsverkehr ermöglicht. Das Nationalbankgesetz (NBG) gibt der SNB in dieser Frage einen weiten Spielraum, den es hier effektiv zu nutzen gilt:

Art 9. des Nationalbankgesetz erlaubt es der SNB, auch für andere Finanzmarktteilnehmer verzinsliche und unverzinsliche Konten zu führen und Vermögenswerte zu verwahren. Eine erfolgreiche Umsetzung von Art 1b BankG erfordert unserer Meinung nach die Mitwirkung der SNB. Unter Wahrung ihrer geld- und währungspolitischen Unabhängigkeit könnte die SNB die Attraktivität einer Lizenz nach Art 1b BankG entscheidend steigern, indem mit dieser Lizenz auch einen Zugang zur direkten Kontoführung garantiert wird.

2.5 Eine "passive" Industriepolitik für den Finanzplatz

Das Beispiel London (und zB Basel oder Boston für Biotechnologie) zeigt, dass ein Cluster innovativer Fintech-Unternehmungen innert kurzer Zeit eine überproportionale volkswirtschaftliche Bedeutung erlangen können. Solche regionale Cluster entwickeln sich aus der Konfluenz mehrerer günstiger Standortfaktoren wie zB Netzwerke etablierter "Vorläufer"-Industrien, die ihrerseits eine kritische Masse kompetenter Mitarbeiter angezogen haben, Vorhandensein von Risikokapital, Unternehmer-Freundlichkeit, effiziente öffentliche Dienstleistungen, aber auch innovationsfreundliche Regulierung. In solchen Netzwerken bzw - gemäss unserer Terminologie - Ökosystemen aus sehr unterschiedlichen, aber kooperierenden Akteuren können Unternehmen entstehen, die durch kreativen Einsatz neuer Technologien und Verfahren in etablierten Geschäftsfeldern massive Umwälzungen auslösen können.

Aus der Sicht des Finanzplatzes Schweiz greift daher auch eine Perspektive zu kurz, die sich ausschliesslich am inkrementellen Geschäft etablierter Akteure orientiert. Denn wenn deren Basisgeschäft wegbricht (man denke an Nokia / Finnland), so ist es für eine Umorientierung der Standortstrategie erfahrungsgemäss bereits zu spät.

Damit soll nicht einer Abkehr vom in der Schweiz wohl etablierten Prinzip des Verzichtes auf aktive Industriepolitik das Wort geredet werden. Eine solche dürfte im kleinräumigen und auf Neutralität in jeder Hinsicht bedachte politischen Umfeld der Schweiz ohnehin wenig Erfolg versprechend sein. Das politische Ziel muss aber sein, dass die Finanzmarktregulierung im

Bewusstsein ihrer Auswirkung auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes gestaltet wird - dies könnte man als passive Industriepolitik bezeichnen.

Jede regulatorische Massnahme wirkt auf die Wettbewerbsfähigkeit der ihr ausgesetzten Akteure. Wenn sich diese Auswirkung ausserhalb des Zielsystems des Regulators befindet, ist zu vermuten, dass sie negativ ausfallen wird. Aus dieser Sicht muss daher Art. 5 FINMAG dahingehend angepasst werden, dass Wettbewerbsfähigkeit und Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes gleichberechtigt in das unmittelbare Zielsystem der Finanzmarktaufsicht eingebaut werden. Der Hinweis im Erläuterungsbericht (S. 38) auf "unlösbare Interessenkonflikte" der FINMA ist unpräzise und irreführend: Durch die Einführung eines neuen Ziels wird kein Interessenkonflikt geschaffen, sondern ein Zielkonflikt, der wie in vielen anderen Situationen auch durch Güterabwägung ohne weiteres gelöst werden kann.

3 Änderung der Bankenverordnung

3.1 Abwicklungskonti

Wir sind der Auffassung, dass die Abwicklungsfrist von 60 Tagen nach Art. 5 Abs. 3 lit c zu kurz gefasst ist. Erfahrungsgemäss dauern Transaktionen wie zB Kapitalerhöhungen von privat gehaltenen Gesellschaften im Rahmen von crowdfunding bis zu 3 Monaten. Entsprechend sollte die Frist auf 90 Tage erhöht werden.

4 Innovationsraum

Wir teilen die Auffassung, dass es für die Förderung von Innovation und damit einhergehend für die Gestaltung eines zukunftsorientierten, international bedeutsamen Finanzplatzes unerlässlich ist, dass neue Geschäftsmodelle, Produkte und Dienstleistungen einem Praxistest ohne kosten-, zeit und arbeitsintensive Bewilligungsaufgaben unterzogen werden können. Wir begrüssen deshalb die Schaffung eines bewilligungsfreien Innovationsraums innerhalb klar definierten Grenzen. Dennoch scheint uns das vorgeschlagene Konzept stark verbesserungsfähig.

Der im Rahmen der vorliegenden Vernehmlassung vorgebrachte Vorschlag für einen bewilligungsfreien Innovationsraum versucht über die Definition der Gewerbmässigkeit zwei Probleme gleichzeitig zu lösen:

- Einerseits soll damit verhindert werden, dass natürliche und juristische Personen sofort als Bank gelten, wenn sie ein Darlehen von mehr als 20 Darlehensgebern

aufnehmen.

- Andererseits soll damit ein bewilligungsfreier Innovationsraum geschaffen werden, der es Finanzdienstleistern ermöglicht, neue Geschäftsmodelle, Produkte und Dienstleistungen anzubieten, ohne dafür eine Bewilligung ersuchen zu müssen und folglich der Aufsicht der FINMA zu unterstehen.

Für das Geschäftsmodell des Crowdlending besteht die momentan höchste Hürde bei der Anwendung des Einlagebegriffs gemäss BankV auf den Schuldner des Crowdlending Verhältnisses. Dies führt dazu, dass Darlehensnehmer, die über eine Crowdlending Plattform einen Kredit aufnehmen, diesen von höchstens 20 verschiedenen Investoren finanzieren lassen dürfen, um nicht als Bank zu gelten. Dies beschränkt einerseits die Refinanzierungsmöglichkeiten von Kreditnehmern mit hohem Finanzierungsbedarf wie namentlich KMU und andererseits die Diversifizierungsmöglichkeiten der Darlehensgeber, was den Gedanken des Anlegerschutzes untergräbt.

Der Kerngedanke von crowdfunding besteht jedoch darin, das Finanzierungsbedürfnis Einzelner zwecks Diversifikation auf möglichst viele Personen zu verteilen. Die aktuelle Anwendung des Einlagebegriffs schränkt daher dieses Geschäftsmodell auch unter dem aktuellen Vorschlag nachgerade existenziell ein. Dieser bewirkt nämlich, dass natürliche und juristische Personen, die ein Darlehen von über CHF 1 Mio. aufnehmen, sich dieses entweder nur von höchstens 20 Personen gewähren lassen dürfen oder alternativ eine Bankbewilligung benötigen. Darlehen in der Höhe von über CHF 1 Mio. sind im KMU-Bereich nicht aussergewöhnlich. Durch die vorgeschlagene Regelung können sie aber nicht oder nur erschwert einer Finanzierung über Crowdfunding Plattformen zugeführt werden. Wird dennoch eine Finanzierung von über CHF 1 Mio. über eine Crowdfunding

Plattform gewählt, muss jeder Investor mehr als CHF 50'000.- investieren, was nur ein kleines Investorenssegment anspricht. Auch wenn es sich dabei um vermögende Anleger handelt, untergräbt dies ihre Möglichkeiten zur Risikodiversifikation erheblich. Insgesamt scheint uns die Festlegung eines Schwellenwertes nicht sachgerecht.

Ausserdem verkennt die Vorlage, dass es sich bei der über die Crowdfunding Plattform angebahnten Finanzierung um ein Darlehen nach Art. 312 ff. OR zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer handelt. Ein wesentlicher Unterschied zwischen einem Darlehen nach Art. 312 ff. OR und einer Bankeinlage nach Art. 5 BankV besteht in der Rangordnung der Gläubiger gemäss SchKG: Gemäss Art. 219 Abs. 4 SchKG rangieren Darlehen in der dritten Klasse, während Publikumseinlagen nach Bankgesetz privilegiert der zweiten Klasse zugewiesen sind. Darlehensgeber, die über eine Crowdlending Plattform einem Unternehmen ein Darlehen geben, erwarten meist nicht den gleich Gläubigerschutz wie bei einer Bankeinlage.

Als international vernetzte Vereinigung verfügen wir über eine globale Perspektive auf andere Jurisdiktionen und ihre Modelle. Wir können daher auf die analogen Regulierungen in Grossbritannien und Frankreich verweisen, welche Crowdlending-Verhältnisse als Darlehensverhältnisse und nicht als Bankeinlagen behandeln. Gerade in Grossbritannien hat dieses Geschäftsmodell innert kurzer Zeit grosse Erfolge erzielen können.

Aus diesem Grunde regen wir an, dass crowdlending Verhältnisse inskünftig als Darlehensverhältnisse nach Art. 312 ff. OR behandelt werden sollten. Entsprechend müsste die Definition von Publikumseinlagen gemäss Art. 5 BankV dahingehend geschärft werden, dass eine klare Abgrenzung zwischen konkursprivilegierten und besonderem Einlegerschutz unterliegenden Bankeinlagen einerseits und konkursrechtlich nachrangigen Darlehen andererseits möglich ist. Besonders geeignet scheint prima vista Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV, demzufolge „Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums {...}“ nicht als Einlage gelten, was dem Wortlaut nach nahe bei der Definition eines Darlehens gemäss Art. 312 OR liegt, welches die „Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes {...}“ zum Gegenstand hat.

Soweit sich die Vorschläge für den bewilligungsfreien Innovationsraum auf den Praxistest von innovativen neuen Geschäftsmodellen im Bereich der Finanzdienstleistungen und somit insbesondere auf Einlagen bei Fintech Unternehmen selbst beziehen, erachten wir diesen grundsätzlich als konzeptionell sinnvoll. Jedoch vermissen wir zwei grundlegende Elemente, welche einen bewilligungsfreien Innovationsraum erst zu einem nachhaltigen Innovationstreiber für den Finanzplatz machen. Zum einen ist dies die Mitwirkung der FINMA und zum anderen ein reibungsloser Übergang von der bewilligungsfreien in die bewilligungspflichtige und insbesondere bewilligte und beaufsichtigte Tätigkeit.

Wir regen deshalb an, dass Finanzinnovatoren nur dann in den Genuss eines bewilligungs- und aufsichtsfreien Geschäftsbetriebs kommen, wenn sie sich vorgängig bei der FINMA melden. Dies hätte zum einen den Vorteil, dass sich die FINMA mit dem Geschäftsmodell und dessen Risiken auseinandersetzen kann, bevor ein Bewilligungsgesuch für Finanzinnovatoren eingereicht wird, und dieses gegebenenfalls speditiv behandeln kann. Zusätzlich hätte eine vorgängige Anmeldung bei der FINMA in gewissem Masse eine abschreckende Wirkung auf unseriöse Anbieter und Praktiken und würde der FINMA zudem die Unterscheidung zwischen bewilligungspflichtigen, jedoch unbewilligten Anbietern und solchen unterhalb der Bewilligungsschwelle erleichtern.

Bei Erreichen der Bewilligungsschwelle ist das FinTech-Unternehmen auf eine rasche Bewilligungserteilung angewiesen, um sein Geschäftsmodell fortführen zu können. Dies erfordert eine schnelle Bewilligungserteilung durch die FINMA bzw. dessen uneingeschränkte

Weiterführung während des Bewilligungsprozesses. Im Interesse der Rechtssicherheit müssen die Rahmenbedingungen dafür jedoch klar geregelt sein, was der aktuelle Entwurf vermissen lässt. Ferner sieht der aktuelle Entwurf keine Verfallsfrist für die bewilligungsfreie Geschäftstätigkeit vor. Da diese insbesondere das Testen von neuen Geschäftsmodellen vorsieht, sollte die Verordnung auch den Verfall dieses Status nach einer bestimmten Zeit vorsehen.

Zusammenfassend empfehlen wir deshalb in Zusammenhang mit dem bewilligungsfreien Innovationsraum folgende Änderungen an der Vorlage:

1. Darlehensnehmer, die von mehr als 20 Darlehensgeber ein Darlehen von gesamthaft mehr als CHF 1 Mio. aufnehmen, bedürfen auch nach Umsetzung des vorliegenden Regulierungsvorschlags nach wie vor eine Bewilligung als Bank. Um diesen Fehler zu korrigieren, schlagen wir die folgende Formulierung von Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV vor:

³Nicht als Einlagen gelten:

- Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums, insbesondere auf Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes nach Art. 312ff. OR, oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden;

2. Um sicherzustellen, dass die FINMA die mit neuen Geschäftsmodellen verbundenen Risiken verlässlich und zeitnah einschätzen kann, sollte sie sich bereits in einer frühen Phase von deren Erprobung in der Sandbox mit diesen auseinandersetzen. Dazu schlagen wir den folgenden Wortlaut vor:

Art. 6 Gewerbsmässigkeit

¹ ...

² Nicht gewerbsmässig im Sinne des BankG handelt, wer dauernd während einer Dauer von höchstens drei Jahren mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich hierfür empfiehlt, wenn er:

- a...
- b...
- c...

³Wer eine Tätigkeit nach Abs. 2 anstrebt, setzt vor deren Aufnahme die FINMA darüber in Kenntnis. Die FINMA beurteilt aufgrund der bestehenden Unterlagen wie Geschäftsplänen, Kundeninformationen, allgemeinen Geschäftsbedingungen und ähnlichem die mit diesem Geschäftsmodell verbundenen Risiken.

⁴ Die FINMA regelt den Übergang von der bewilligungsfreien Tätigkeit nach Abs. 2 zur bewilligten Tätigkeit einerseits sowie von einer Bewilligungsform zur anderen andererseits.

3. Ferner gehen wir davon aus, dass die Voraussetzungen von Abs. 2 lit a-c kumulativ zu verstehen sind, obwohl ein "und" nach lit a fehlt.

5 Vereinfachtes Zulassungsverfahren bis CHF 100 Mio.

Grundsätzlich begrüssen wir die Vorlage in ihrer Zielsetzung zwar, sehen aber beträchtlichen rechtssystematischen Nachbesserungsbedarf. Bereits der Titel von Art. 1b BankG "Innovationsförderung" in Abgrenzung von 1a ist höchst fragwürdig, soll doch unter diesem Titel ein Lizenzgefäss ohne Verfallsdatum geschaffen werden. Es liegt jedoch in der Natur der Sache, dass Innovation nach kurzer Zeit zum Allgemeingut wird und nicht mehr als Innovation gelten kann. Es ist bezeichnend für seine arbiträre Natur, dass der Schwellenwert von CHF 100 Mio gemäss Art. 1b.2 BankG mittels Ausführungsbestimmung verändert werden kann. Ferner sehen wir grosse systematische und praktische Probleme bei der "sinngemässen Anwendung" der Bestimmungen des neuen BankG auf Unternehmungen gemäss Art. 1b BankG. Allgemein gilt: *"Just because something is new doesn't mean it should be treated differently. Similarly, just because it is outside the regulatory perimeter doesn't mean it needs to be brought inside. We apply consistent approaches to activities that give rise to the same risks regardless of whether those are undertaken by old regulated or new FinTech firms."*³

Die Bestimmung von Art. 1b Abs. 3 BankG, wonach sich die Rechnungslegung ausschliesslich nach den Vorschriften des Obligationenrechts zu richten hat, wäre missverständlich, soweit sie bedeutete, dass die Rechnungslegung nach internationalen Rechnungslegungsnormen (insbesondere IFRS) ausgeschlossen wäre. Viele Risikokapitalgeber verlangen heute eine Rechnungslegung gemäss internationalen Standards.

Positiv erachten wir, dass Anleger darüber zu informieren sind, dass die Einlagen nicht als privilegierte Einlagen im Sinne des Bankengesetzes gelten. Diesen auf einer Offenlegung basierenden Ansatz halten wir für zweckmässig, insbesondere weil Finanzdienstleister gemäss Art. 1b BankG keine Liquiditäts-, Markt-, und Kreditrisiken auf ihrer Aktivseite eingehen dürfen. Der öffentliche Hinweis auf die verbleibenden operationellen Risiken fördert den Wettbewerb. Ein Vertrauen erweckendes Risikomanagement und ausreichende Kapitalausstattung wird so zu einem Wettbewerbsfaktor für Finanzdienstleister gemäss Art. 1b BankG.

³ Carney, a.a.O.

Die erleichterte Lizenz nach Art 1b BankG scheint uns jedoch noch nicht durchgehend die nötige Granularität aufzuweisen. Beispielsweise wird nur vage auf die erleichternden Bewilligungs- und Betriebsvoraussetzungen eingegangen. Stattdessen wird auf Ausführungsvorschriften verwiesen. Die strikte Beschränkung des Aktivgeschäfts hat jedoch gerade zum Zweck, das Entstehen von systemischen Finanzrisiken in diesem Bereich zu unterbinden. Deshalb wäre es nur folgerichtig, konsequent auf einschlägige Regulierungen zu verzichten, welche bezwecken, diese systemischen Risiken und die Anreizverzerrungen durch Einlagesicherungen und «too-big-to-fail» zu vermindern. Dazu gehören insbesondere Vorschriften zu eigenen Mitteln und Liquidität.

Die Beschränkung des Aktivgeschäfts ist nicht hinreichend präzise definiert. Es ist einer bilanzierenden Unternehmung definitiv unmöglich, kein Aktivgeschäft zu betreiben. Wer Einlagen entgegennimmt, muss diese zwingend auf der Aktivseite verbuchen. In der Regulierungsfolgenabschätzung wird impliziert, dass die Einlagen von Finanzdienstleistern gemäss Art. 1b auf einem Bankkonto gehalten werden müssen (vgl. S.8):

Zitat: "Zudem dürfen die entgegengenommenen Einlagen weder verzinst noch angelegt werden, d.h. sie müssen faktisch auf einem Konto gehalten werden."

Eine Pflicht von Finanzdienstleistern nach Art 1b, ihre Aktiven vollumfänglich auf Bankkonten zu deponieren, würde schwerwiegende Probleme verursachen. Erstens würden solche Finanzdienstleister gezwungen werden, mit Banken zusammenzuarbeiten. Das würde das Ziel einer flexiblen und zukunfts-offenen Revision des BankG und der BankV entscheidend unterminieren.

Es wird auch eine Chance verpasst, die Finanzmarktstabilität der Schweiz zu verbessern. Finanzdienstleister nach Art. 1b werden ebenso gezwungen, sich dem Gegenparteirisiken des systemisch relevanten Bankensystems auszusetzen. Im Falle einer Finanzkrise könnten sie deshalb den Turbulenzen nicht entgehen. Die Finanzdienstleister würden dadurch der Möglichkeit beraubt, eine echte Alternative aus Risikoperspektive zu bankbasierten Finanzdienstleistungen anzubieten.

Weitere Probleme ergeben sich durch die beschränkte Einlagesicherung der aktivseitig verbuchten Einlagen des Finanzdienstleisters nach Art 1b BankG bei ihrer kontoführenden Bank bis zum Maximalsatz von CHF 100'000, welcher im Liquidationsfall der Bank unter allen Endkunden des Finanzdienstleisters nach Art. 1b BankG aufgeteilt wird. Hat also ein Finanzdienstleister nach Art 1b 100'000 Kunden, ist nur ein Franken pro Kunde durch die Einlagesicherung geschützt, während Bankkunden den vollen Schutz von CHF 100'000 geniessen.

Zweitens entstehen grosse Nachteile für Finanzdienstleister nach Art 1b BankG durch die Liquiditätsverordnung (LiqV), obwohl sie nicht direkt betroffen sind. Die LiqV definiert Abflussraten für Einlagen, welche Banken dann mit liquiden Reserven unterlegen müssen. Finanzdienstleister nach Art 1b BankG fallen in die Kategorie Finanzinstitut gemäss Anhang 1 LiqV. Für diese wird gemäss Anhang 2 eine Abflussrate von 100% zur Berechnung der Liquiditätsreserven angenommen. Banken werden diese erhöhten Reservevorschriften auf die Finanzdienstleister abwälzen, wie sie es schon heute mit Firmenkunden praktizieren.

Den Finanzdienstleistern nach Art 1b wird nichts anderes übrigbleiben, als sie dem Endkunden zu belasten.

Für die direkten Einlagen von Privat- und Geschäftskunden aus der Realwirtschaft benötigen Banken hingegen wesentlich weniger liquide Reserven (zwischen 5% und 40%). Dadurch können sie einen grossen Teil dieser Einlagen in langfristige und höher verzinsten Aktiven anlegen und den Kunden bessere Konditionen bieten als Finanzdienstleister nach Art 1b.

Die groteske Ungleichbehandlung im Zusammenhang mit der LiqV und der Einlagensicherung ist stossend. Die CHF 100'000 Einlage eines Privatkunden von einem Finanzdienstleister nach Art 1b BankG muss zwar 100% mit liquiden Reserven gedeckt werden. Im Falle einer systemischen Finanzkrise wird dieser Privatkunde jedoch nicht auf die Einlagensicherung zählen können und um seine Ersparnisse bangen müssen. Sollte derselbe Privatkunde jedoch seine Einlagen direkt zu einer Bank bringen, muss diese Einlage gemäss Anhang 2 LiqV nur noch mit 5% liquiden Reserven gedeckt werden, wird jedoch vollumfänglich durch die Einlagensicherung geschützt.

Der Zwang zur Kooperation mit Banken, die fehlende Einlagensicherungen und die LiqV werden die Lizenz nach Art. 1b BankG demzufolge unattraktiv machen. Sollte die Vorlage so umgesetzt werden, wären Finanzdienstleister auf jeden Fall besser beraten, in Kooperation mit Banken vollumfänglich auf die Bankbilanz abzustützen, um Ihren Kunden besseren Schutz und bessere Konditionen zu ermöglichen. Es ist kein Geschäftsmodell vorstellbar, welches auf einer Bilanz eines Finanzdienstleisters gemäss Art 1b BankG besser aufgehoben wäre. Diese Probleme könnten durch zwei entscheidende Änderungen adressiert werden.

Erstens müssen Finanzdienstleister die Möglichkeit haben, direkt Girokonten mit der Schweizerischen Nationalbank (SNB) zu führen. Dadurch würde der Kooperationszwang mit Banken aufgehoben, und die oben genannten Probleme wären adressiert.

Zweitens ist das komplette Verbot des Aktivgeschäfts zu restriktiv. Ziel ist, dass Finanzdienstleister nach Art 1b BankG keine systemischen Risiken erzeugen und im Ernstfall nicht durch öffentliche Mittel unterstützt werden müssen.

Dieses Ziel kann durch eine systemische Solvenz Regel⁴ in einer flexibleren und ergebnisoffenen Weise erreicht werden, da diese Regel es Finanzdienstleistern nach Art 1b verunmöglichen würde, Fristentransformations- und Zinsdifferenzgeschäfte einzugehen. So hätten diese Finanzdienstleister mehr Flexibilität, ohne Risiken für die Finanzstabilität darzustellen.

Eine attraktivere Ausgestaltung der Lizenz nach Art 1b BankG würde nicht nur Wettbewerbsverzerrungen effektiver beseitigen, sondern auch einen positiven Beitrag zur Finanzstabilität leisten. Statt Fristentransformation könnten moderne Finanzdienstleister auf marktbasierter Liquidität setzen. Für Losgrößen- und Risikotransformation braucht es keine bilanzaktive Finanzintermediation mehr, wie die crowdlending und crowdfunding Geschäftsmodelle belegen. Finanzdienstleister könnten mit modernen Technologien die Aufgabe einer effizienten Allokation von Risiko und Kapital auch ohne Anfälligkeit auf Bankenstürme effektiv erfüllen.

Unserer Meinung nach ist auch nicht klar genug geregelt, für wen die erleichterten Bewilligungs- und Betriebsvorschriften gelten. In der Regulierungsfolgenabschätzung wird unter Pt. 1.2.3 argumentiert, dass es vielen Fintech-Geschäftsmodellen an der für Banken typischen Fristentransformation und den damit einhergehenden Risiken (insbesondere Liquiditäts- und Zinsrisiken) fehlt. Daher sollten die niedrigeren Bewilligungsvoraussetzungen für Geschäftsmodelle, welche sich auf das Passivgeschäft beschränken, gelten. Daraus sollte folgerichtig auch geschlossen werden können, dass die erleichterten Bewilligungsvoraussetzungen nicht für Unternehmen gelten, die das Aktivgeschäft im Sinne des Kreditgeschäfts betreiben. Im Schreiben an die Kantonsregierungen wird verwiesen, dass die Vorschriften für Unternehmen gelten, die kein Aktivgeschäft betreiben. Gemäss Änderungsvorschlag für das Bundesgesetz über Banken und Sparkassen Art. 1b darf ein Unternehmen jedoch Publikumseinlagen weder anlegen noch verzinsen. Diese Formulierung geht über das klassische Kreditgeschäft der Banken hinaus.

Das Verzinsungsverbot erachten wir ebenfalls als problematisch. Es könnte insbesondere bei weiter sinkenden Negativzinsen zur Umgehung genutzt werden und die entsprechenden Unternehmen vor grosse Herausforderungen stellen. Kritisch wären auch stark steigende Inflationsraten. Zudem unterbindet dieses Verbot eine risikogerechte Preisgestaltung, resp. Entschädigung der Investoren.

In der Änderung der BankV wird auch auf die Auswirkung auf andere Gesetze hingewiesen, z.B. auf das Revisionsgesetz, das Geldwäschereigesetz oder das Finanzmarktaufsichtsgesetz.

⁴ McMillan (2014)

Wir gehen davon aus, dass sowohl Unternehmungen gemäss Art. 1b BankG wie auch gemäss Art. 6 BankV unter die Definition des Finanzdienstleisters gemäss Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) fallen und dessen Bestimmungen somit auf diese anwendbar sind. Dabei denken wir insbesondere an Punkte wie Risikohinweise, Eignungs und Angemessenheitsprüfung und Kostentransparenz.

In der Vernehmlassung wird teilweise auf Markt- und Kreditrisiken eingegangen. Die zunehmend an Bedeutung gewinnenden operationellen Risiken werden kaum besprochen. Sinkende Regulierungs- und Eigenkapitalanforderungen könnten beispielsweise auch potentielle Betrugsversuche erleichtern. Zudem steigt das Solvenz Risiko (resp. Kreditrisiko) der Unternehmen. Untersuchenswert wären z.B. auch die steigende Gefahr von Cyberrisk oder Datenlecks und die daraus resultierende Gefahr von Kundenschädigungen und von

Reputationsrisiken für den Schweizer Finanzplatz. Auf diese Risiken könnten potentielle Investoren auch durch zwingenden Hinweis aufmerksam gemacht werden. Wir erachten erhöhte Transparenzvorschriften als ein geeignetes Mittel, da viele Stakeholders mit den Besonderheiten der noch jungen Fintechbranche noch nicht vollumfänglich betraut sind und durch einen Disclosure auf potentielle Risiken aufmerksam gemacht werden können und somit besser informiert Entscheide treffen können.

Die Anwendung der Strafbestimmungen des Bankkundengeheimnisses gemäss Art. 47 Abs. 1a auf Unternehmen gemäss Art. 1b BankG betrachten wir als problematisch, weil dadurch eine weiterer Unschärfebereich der Abgrenzung zwischen Art. 1a und 1b geschaffen wird. Die Anwendung der Bestimmung als Marketing-Argument dürfte zudem schwierig werden, sofern Bezug auf das Bankkundengeheimnis genommen wird, dürfen sich doch Unternehmen unter dem Titel von Art. 1b nicht als Banken bezeichnen.

6 Schlussbemerkung und Rückmeldung

Die Swiss Finance + Technology Association ist ein 2015 gegründeter Verein nach Schweizer Recht, der die Förderung eines vitalen und international wettbewerbsfähigen Schweizer FinTech Oekosystems zum Ziel hat. Unsere Mitglieder sind natürliche Personen, die diese Zielsetzung teilen. Wir betreiben konsequenter Weise keine Interessenvertretung einzelner Unternehmungen, sondern setzen uns für optimale Rahmenbedingungen ein, die den Finanzplatz Schweiz als nachhaltig innovativen Standort fördern. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und möchten davon wie folgt Gebrauch machen.

Gerne stehen wir Ihnen für allfällige Rückfragen und weiterführende Erläuterungen zur Verfügung. Wir setzen uns unabhängig von parteipolitischen Agenden und wirtschaftlichen Partikularinteressen für die nachhaltige Weiterentwicklung des Finanzplatzes Schweiz ein, wobei intelligenten regulatorischen Rahmenbedingungen eine Schlüsselrolle zukommt. Wir würden uns freuen, Sie mit unserem Netzwerk weiterhin unterstützen zu dürfen!

Freundlich grüsst,

Swiss Finance + Technology Association

sig John Hucker CFA sig

Christian Dreyer CFA
