

MÄRZ 2019

Newsletter

Autoren:

Dr. Olivier Favre, LL.M.

Fabio Elsener, LL.M.



BANKING & FINANCE

Bankenlizenz "light" und FinTech-Regulierung in der Schweiz

Das regulatorische Umfeld für Unternehmen des Finanztechnologiesektors (FinTech) in der Schweiz ist im Wandel. Eine neue Lizenzform für die Entgegennahme von Publikumseinlagen bis zu einem Schwellenwert von CHF 100 Millionen steht seit dem 1. Januar 2019 zur Verfügung. Zudem schlägt der Bundesrat in einem Bericht weitere Anpassungen der schweizerischen Regulierung im Zusammenhang mit Blockchain-Technologie und digitalen Vermögenswerten vor.

1 EINLEITUNG

Ein erstes Reformpaket zur Förderung des regulatorischen Umfelds für FinTech-Unternehmen in der Schweiz beinhaltet die Einführung einer **regulatorischen "Sandbox"**. Damit können Unternehmen Publikumseinlagen von bis zu CHF 1 Million entgegennehmen, ohne eine Bewilligungspflicht als Bank auszulösen (siehe unseren Newsletter vom April 2017). Seit dem 1. Januar 2019 ist zudem eine neuartige Bankenbewilligung (die **FinTech-Bewilligung** oder **Bankenlizenz "light"**) verfügbar. Das Bankengesetz (**BankG**) wurde in diesem Sinne angepasst.

Die FinTech-Bewilligung bietet einen **neuen regulatorischen Status für Banken**, welche bisher eine reguläre Banken- oder Effektenhändlerbewilligung benötigten. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der seit 1. August 2017 verfügbaren Sandbox erweitert.

Weiter untersuchte der Bundesrat den Anpassungsbedarf der Schweizer Regulierung betreffend blockchain-basierte, digitale Vermögenswerte (**Crypto Assets**). In seinem Bericht vom 7. Dezember 2018 zu den rechtlichen

Grundlagen für Distributed Ledger Technologie und Blockchain in der Schweiz (**DLT-Bericht**) hat der Bundesrat eine Analyse zu Crypto Assets nach Schweizer Recht und einen **Ausblick auf die in naher Zukunft zu erwartenden Gesetzesänderungen** vorgelegt.

2 TÄTIGKEITEN OHNE BANKENBEWILLIGUNG

2.1 KEINE RELEVANTE ENTGEGENNAHME VON PUBLIKUMSEINLAGEN

Eine Bewilligungspflicht als Bank kann in der Schweiz insbesondere durch die Entgegennahme von Publikumseinlagen ausgelöst werden. Als "Publikumseinlagen" gelten dabei alle Verbindlichkeiten mit Ausnahme derjenigen, die nach dem BankG, der Bankenverordnung (**BankV**) und dem Rundschreiben der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (**FINMA**) über Publikumseinlagen bei Nichtbanken (**FINMA-Rundschreiben 2008/3**) ausgenommen sind. Im Zusammenhang mit FinTech-Dienstleistungen sind insbesondere die folgenden Ausnahmen relevant:

- > **Anleiheobligationen:** Die Emission von Anleiheobligationen und anderen vereinheitlichten Schuldver-

schreibungen gilt nicht als Einlagengeschäft, sofern ein **Prospekt veröffentlicht** wird, der inhaltlich den Anforderungen des Schweizerischen Obligationenrechts (**OR**) für Anleihssemissionen entspricht. Unter dem Finanzdienstleistungsgesetz (**FIDLEG**) wird diese Ausnahme künftig auf das neue FIDLEG-Prospektregime anstelle des OR anzugleichen sein. Die künftige Ausnahmeregelung ist im Rahmen der am 6. Februar 2019 abgeschlossenen Vernehmlassung zur Finanzdienstleistungsverordnung (**FIDLEV**) noch in Ausarbeitung. Wir erwarten, dass die Ausnahme dann gelten sollte, wenn entweder ein Prospekt gemäss den Anforderungen des FIDLEG veröffentlicht wird oder das Angebot nach den Regeln des FIDLEG von der Prospektspflicht ausgenommen ist.

- > **Abwicklungskonten:** Die BankV sieht weiter vor, dass Effekten- und Edelmetallhändler, Vermögensverwalter und ähnliche Unternehmen, die Einlagen auf Abwicklungskonten halten, keine Einlagentätigkeit ausüben, wenn diese Einlagen (i) nicht verzinslich sind und (ii) die **Abwicklung von Kundengeschäften**, ausser bei Kundenkonten von Effektenhändlern, **innert 60 Tagen erfolgt**. Diese Ausnahme ist insbesondere für Geschäftsmodelle relevant, bei denen Gelder weitergegeben werden (z.B. Geldtransfer oder Crowdfunding). Diese Ausnahme steht jedoch nicht für Devisenhändler, die Kundenkonten führen, zur Verfügung. Auch auf Kryptowährungshändler mit einer "vergleichbaren Tätigkeit" wie Devisenhändler wäre sie – gemäss FINMA – nicht anwendbar.

Sofern nicht eine der Ausnahmen gilt (siehe auch Abschnitt 2.2 betreffend die Sandbox-Ausnahme), löst die Entgegennahme von Publikumseinlagen von mehr als 20 Einlegern oder die öffentliche Werbung für eine solche Einlagentätigkeit eine Bewilligungspflicht als Bank aus.

"Ab dem 1. April 2019 dürfen die in der "Sandbox" befindlichen Einlagen verzinslich sein und die eingezahlten Mittel wieder angelegt werden."

2.2 SANDBOX-AUSNAHME

Gemäss der **Sandbox-Ausnahme** ist die Entgegennahme von **Einlagen** für einen Betrag von **bis zu CHF 1 Million** ohne Bankenbewilligung zulässig, sofern (i) die **Einleger im Voraus informiert** werden, dass der Dienstleister nicht der Aufsicht der FINMA untersteht und sie nicht von der Einlagensicherung geschützt sind, und (ii) die Einlagen weder verzinst noch angelegt werden. Diese Anforderung (ii) galt nicht bei Unternehmen mit einer gewerblich-industriellen Haupttätigkeit. Ab dem 1. April 2019 wird die Anforderung (ii) für alle Marktteilnehmer dahingehend erleichtert, als die in der Sandbox befindlichen **Einlagen verzinst und angelegt werden können**, solange kein Zinsdifferenzgeschäft betrieben wird. Mit dieser Änderung steht die Sandbox-Ausnahme auch für **Kreditplattformen** zur Verfügung, bei denen die Plattform die Vertragspartei der Kunden ist und die Verzinsung der Einlagen mit derjenigen der gewährten Kredite übereinstimmt.

Die FINMA hat am 15. März 2019 eine Anhörung für die Revision ihres Rundschreibens 2008/3 eröffnet. Im revi-

dierten Rundschreiben wird die FINMA den Begriff des Zinsdifferenzgeschäfts weiter konkretisieren. Ein Zinsdifferenzgeschäft würde gemäss Position der FINMA insbesondere dann vorliegen, wenn bei einer Anlage der entgegengenommenen Einlagen ein bestimmter oder bestimmbarer Zins vereinbart oder erzielt wird. Zulässig bleibt aber die Erzielung von Kursgewinnen oder anderen nicht bestimmbareren Erträgen aus den Anlagen (beispielsweise aus einer Anlagetätigkeit in Aktien, Anleihen, Devisen oder Crypto Assets).

3 DIE FINTECH-BEWILLIGUNG

3.1 ZIELGRUPPE

Die neue Bewilligungskategorie wurde unter dem Titel der Innovationsförderung eingeführt, jedoch ist sie als **technologieneutrale** Regulierung für alle Geschäftsmodelle anwendbar. Beispielsweise können die folgenden Geschäftsmodelle für eine FinTech-Bewilligung geeignet sein:

- > **Erbringung von Zahlungs- oder Trading-Dienstleistungen**, bei denen Einlagen von Kunden für einen Zeitraum von mehr als 60 Tagen angenommen werden;
- > **Bereitstellung von Wallets für Crypto Assets**, wenn der Wallet-Anbieter eine Rückzahlungsverpflichtung gegenüber den Kunden hat und über die gespeicherten Crypto Assets ohne Beteiligung der Kunden verfügen kann;
- > **Erbringung von Brokerage-Dienstleistungen** im Zusammenhang mit Kryptowährungen, sofern der Broker die Vermögenswerte der Kunden für einen Zeitraum von mehr als 60 Tagen hält.

3.2 KEINE BEFREIUNG VON ANDEREN FINANZMARKTBEWILLIGUNGEN

Zu beachten ist, dass eine **FinTech-Bewilligung** das Institut derzeit **nicht von den Bewilligungsanforderungen für andere bewilligungspflichtige Tätigkeiten** befreit. Ab dem 1. Januar 2020 sieht das Finanzinstitutsgesetz (**FINIG**) allerdings vor, dass Banken gemäss BankG auch als Wertpapierhäuser, als Verwalter von Kollektivvermögen, als Vermögensverwalter oder als Trustees (jeweils im Sinne des FINIG) tätig werden dürfen. Aus den Ausführungsverordnungen zum FINIG geht jedoch nicht explizit hervor, dass dies auch für die FinTech-Bewilligung gilt. Eine diesbezügliche Klarstellung wäre begrüssenswert.

3.3 VORAUSSETZUNGEN

Die FinTech-Bewilligung ist eine neue Bewilligungskategorie für Unternehmen, die **Publikumseinlagen bis zu einem Höchstbetrag von CHF 100 Millionen** entgegennehmen, sofern diese **Einlagen weder angelegt noch verzinst** werden. Dieser Schwellenwert ist grundsätzlich auf Gruppenebene zu berechnen, wobei die FINMA Ausnahmen für offensichtlich unabhängige Unternehmen gewähren kann. Darüber hinaus kann die FINMA in Einzelfällen den **Schwellenwert von CHF 100 Millionen erhöhen**, wenn die Kunden angemessen geschützt sind. Des Weiteren verlangt die FinTech-Bewilligung, dass die Anleger im Voraus über das Geschäftsmodell, die erbrachten Dienstleistungen und die mit den verwendeten Technologien verbundenen Risiken **informiert werden**. Weiter sind die Kunden darüber aufzuklären, dass die Einlagen nicht durch ein Einlagensicherungssystem gedeckt sind und im Konkursfall keine sofortige Rückerstattung erfolgt.

Als weitere Bewilligungsvoraussetzungen sind bestimmte **organisatorische Voraussetzungen** zu erfüllen. Insbesondere müssen ein **effektives Compliance- und Risikomanagement** bestehen sowie Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten getroffen werden. Für Unternehmen mit einem jährlichen Bruttoertrag von weniger als CHF 1,5 Millionen und einem Geschäftsmodell mit geringen Risiken können Erleichterungen betreffend die Ausgestaltung der Compliance und Risikomanagement beantragt werden.

Weiter müssen die **angenommenen Einlagen** von den eigenen Mitteln der Gesellschaft getrennt werden. Die Einlagen müssen in der entgegengenommenen Währung als **Sichteinlagen oder hochliquide Vermögenswerte** gehalten werden. Einlagen in Form von Crypto Assets sind in der gleichen Art von Crypto Assets (gleiche Kryptowährung oder gleiche Token) zu halten, wie sie von den Kunden angenommen wurden.

3.4 ERLEICHTERUNGEN IM VERGLEICH ZU EINER REGULÄREN BANKENBEWILLIGUNG

Die Bestimmungen des BankG gelten sinngemäss für Institute mit einer FinTech-Bewilligung. Jedoch bestehen gewisse Erleichterungen für Institute mit einer FinTech-Bewilligungen, beispielsweise betreffend die Organisation, das Risikomanagement, die Compliance, die Qualifikation der aufsichtsrechtlichen Prüfgesellschaft und die Kapitalisierungsanforderungen.

Die **Mindestkapitalanforderung** beträgt 3% der angenommenen Publikumseinlagen oder mindestens CHF 300'000, jedoch sind die **Eigenkapital- und Liquiditätsanforderungen** nicht anwendbar. Die FINMA behält sich jedoch vor, bei risikoreichen Geschäftsmodellen zusätzliche Kapitalanforderungen vorauszusetzen.

Für Unternehmen mit einer FinTech-Bewilligung ist kein Anschluss an das Schweizer Einlagensicherungssystem notwendig.

Zudem kann die Schweizerische Nationalbank Bewilligungsträgern der FinTech-Bewilligungen **Zugang zum Swiss Interbank Clearing und zu Girokonten** gewähren. Ein solcher Zugang kann von besonderer Bedeutung für Unternehmen im Zahlungsdienstbereich sein.

4 AUSWEITUNG DES ANWENDUNGSBEREICHS DES KONSUMKREDITGESETZES (KKG) AUF CROWDLENDING-PLATTFORMEN

Gleichzeitig mit dem Inkrafttreten der FinTech-Bewilligung wurde auch der **Anwendungsbereich des KKG** auf Konsumkredite ausgedehnt, die über **Crowdlending-Plattformen** organisiert werden. Damit sollen für solche Plattformen gleiche Wettbewerbsbedingungen wie für Konsumkredite professioneller Kreditgeber geschaffen werden.

5 ZENTRALE PUNKTE DES DLT-BERICHTS

5.1 ÜBERTRAGUNG VON CRYPTO ASSETS

Sofern **Crypto Assets** Rechte in digitaler Form gegen einen Emittenten repräsentieren, qualifizieren solche Crypto Assets als **Wertrechte** im Sinne von Art. 973c OR. Als Rechtsfolge sind die Regeln der Abtretung von Rechten (Zession) auf deren Übertragung anwendbar, ausser soweit der Emittent selbst einer Übertragung zustimmt oder die Wertrechte als Bucheffekten unter Beteiligung einer Verwahrungsstelle ausgestaltet werden.

Gemäss Zessionsrecht setzt eine rechtsgültige Übertragung eine **schriftliche Abtretungserklärung** durch den Veräusserer voraus. Der Bundesrat anerkennt, dass diese Schriftformvoraussetzung eine Hürde für die Weiterentwicklung von sog. Anlage-Token ist, und unterstützt Initiativen von Marktteilnehmern, das Schweizer Recht dahingehend anzupassen, dass die rechtsgültige **Übertragung solcher Vermögenswerte durch Registereintrag** in einem **dezentralen Register** wie einer Blockchain möglich ist. Damit würde die Übertragung solcher Vermögenswerte über die Blockchain ohne Beteiligung einer Verwahrungsstelle möglich, was bei Ausgestaltung solcher Vermögenswerte als Bucheffekten unumgänglich wäre.

"Der Bundesrat schlägt eine neue Bewilligungskategorie für Handelsplattformen für Crypto Assets vor."

5.2 AUSSONDERUNG VON CRYPTO ASSETS IM KONKURS

Der Bundesrat schlägt **Anpassungen im Konkursrecht** vor, um in Konkursverfahren die **Aussonderung von Daten Dritter**, einschliesslich Crypto Assets, **von der Konkursmasse** zu ermöglichen. Unter dem geltenden Recht ist bei Crypto Assets, die von einem Wallet-Anbieter nicht in sog. Cold-Storage sondern auf einer internetbasierten Speicherlösung verwahrt werden, unklar, ob im Konkursfall des Wallet-Anbieters ein Aussonderungsrecht besteht. Die vorgeschlagene Ausweitung der Aussonderungsrechts würde in solchen Fällen die **Aussonderung von Crypto-Assets ermöglichen**, die Wallet-Anbieter für ihre Kunden halten.

5.3 NEUE FINANZMARKTINFRASTRUKTUR-BEWILLIGUNG FÜR BLOCKCHAIN-UNTERNEHMEN

Der Bundesrat schlägt die Einführung einer **neuen Bewilligungskategorie für Crypto Assets-Finanzmarktinfrastrukturen** vor und weicht damit vom Prinzip einer technologie-neutralen Regulierung ab. Mit dieser neuen Bewilligungskategorie soll der Betrieb von multilateralen und nichtdiskretionären Handelsplattformen für Crypto Assets in der Form von Effekten sowie die Erbringung von Abwicklungstätigkeiten in diesem Zusammenhang ermöglicht werden. Diese Tätigkeiten würden nach der bisherigen Finanzmarktregulierung weitere Finanzmarktinfrastrukturen involvieren (z.B. zentrale Gegenpartei, Zentralverwahrer, Effektenabwicklungssystem).

Ausser für Börsen, welche auch ein multilaterales Handelssystem betreiben können, muss jede Finanzmarktinfrastruktur derzeit von **separaten juristischen Personen** betrieben werden. Der Bundesrat schlägt für den FinTech-Sektor Ausnahmen von dieser Regel vor.

Zudem möchte der Bundesrat Unternehmen bewilligen, die ausschliesslich ein Organisiertes Handelssystem (**OHS**) betreiben, aber keine weiteren Tätigkeiten, beispielsweise als Bank, ausüben. In diesem Zusammenhang schlägt der Bundesrat vor, den **Betrieb eines OHS auf der Grundlage der FinTech-Bewilligung** zu prüfen.

5.4 GELTUNGSBEREICH DER GELDWÄSCHEREIGESETZGEBUNG

Der Bundesrat hält das geltende Geldwäschereigesetz im Zusammenhang mit Crypto Assets vorerst für ausreichend.

Er bekräftigt aber, dass die meisten **Initial Coin Offerings (ICO) dem Geldwäschereigesetz unterstellt** sein sollten. Im Zusammenhang mit der **Verwahrung von Crypto Assets** in Wallets stellt der DLT-Bericht klar, dass nur Wallet-Betreiber, die Verfügungsmacht über die Private Keys der von Ihnen verwahrten Crypto Assets verfügen (sogenannte **Custodian Wallets**, im Gegensatz zu **Non-Custodian Wallets**) der Geldwäschereigesetzgebung unterliegen.

Des Weiteren geht der **DLT-Bericht** davon aus, dass sich das regulatorische Umfeld für Crypto Assets in Zukunft weiter entwickeln wird. Die **Vorschläge** betreffend die **Anerkennung der Übertragung von Anlage-Token** durch einen Registereintrag in einem dezentralen Transaktionsregister und die **Aussonderung von Daten im Konkurs** sind begrüssenswert.

6 ZUSAMMENFASSUNG UND AUSBLICK

Die **FinTech-Bewilligung** könnte je nach Geschäftsmodell eine interessante Lösung für (FinTech-)Unternehmen darstellen, um eine **Einlagentätigkeit** bis zur jeweiligen regulatorischen Grenze (d.h. bis zu CHF 100 Millionen) aufzunehmen. Falls die FinTech-Bewilligung zudem den Betrieb eines OHS ermöglicht, wie dies im DLT-Bericht angesprochen wird, könnte die neue Bewilligung insbesondere auch für gewisse Crypto Asset-Handelsplattformen genutzt werden.

Kontakte

Der Inhalt dieses Newsletter stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der folgenden Personen:



Dr. Olivier Favre, LL.M.

Partner in Zürich
olivier.favre@swlegal.ch



Tarek Houdrouge, LL.M.

Partner in Genf
tarek.houdrouge@swlegal.ch



Dr. Philippe Borens, LL.M.

Partner in Zürich
philippe.borens@swlegal.ch



Caroline Clemetson, LL.M.

Partnerin in Genf und Zürich
caroline.clemetson@swlegal.ch



SCELLENBERG WITTMER AG / Rechtsanwälte

ZÜRICH / Löwenstrasse 19 / Postfach 2201 / 8021 Zürich / Schweiz / T +41 44 215 5252

GENF / 15bis, rue des Alpes / Postfach 2088 / 1211 Genf 1 / Schweiz / T +41 22 707 8000

SINGAPUR / Schellenberg Wittmer Pte Ltd / 6 Battery Road, #37-02 / Singapur 049909 / www.swlegal.sg

www.swlegal.ch

Dieser Newsletter ist auf unserer Website www.swlegal.ch auf Deutsch, Englisch und Französisch verfügbar.