

Rundschreiben 2008/3

Publikumseinlagen bei Nichtbanken

Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes

Referenz: FINMA-RS 08/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“
 Erlass: 20. November 2008
 Inkraftsetzung: 1. Januar 2009
 Letzte Änderung: 7. Dezember 2017 [Änderungen sind mit * gekennzeichnet und am Schluss des Dokuments aufgeführt]
 Konkordanz: vormals EBK-RS 96/4 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“ vom 22. August 1996
 Rechtliche Grundlagen: FINMAG Art. 7 Abs. 1 Bst. b
 BankG Art. 1
 BankV Art. 1–7

Adressaten																							
BankG		VAG	BEHG	FinfraG				KAG			GwG	Andere											
Banken	Finanzgruppen und -kongl.			Handelsplätze	Zentrale Gegenparteien	Zentralverwahrer	Transaktionsregister	Zahlungssysteme	Teilnehmer	Fondsleitungen	SICAV	KmG für KKA	SICAF	Depotbanken	Vermögensverwalter KKA	Vertriebsträger	Vertreter ausl. KKA	Andere Intermediäre	SRO	DUFJ	SRO-Beaufichtigte	Prüfungsgesellschaften	Ratingagenturen
	X																						

I. Gegenstand und Anwendungsbereich	Rz	1–5
II. Strafbestimmungen	Rz	6
III. Kriterien zur Beurteilung der Einlagen	Rz	7–30
A. Erfolgt die Entgegennahme von Publikumseinlagen gewerbsmässig (Art. 6 Abs. 1–4 BankV)?	Rz	8–9
B. Haben die Fremdmittel die Eigenschaft von Einlagen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a–f BankV)?	Rz	10–18
C. Handelt es sich um Einlagen aus dem Publikum (Art. 5 Abs. 2 Bst. a–f)?	Rz	19–30
IV. Ausnahmen vom Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen	Rz	31–34

I. Gegenstand und Anwendungsbereich

Aufgehoben	1*
Die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen ist (mit wenigen Ausnahmen) nur Banken gestattet, welche nach dem Bankengesetz durch die FINMA überwacht werden.	2
Natürliche oder juristische Personen, welche beabsichtigen, Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen, müssen vor Aufnahme ihrer Tätigkeit über eine entsprechende Bewilligung verfügen.	3*
Aufgehoben	4*
Aufgehoben	5*

II. Strafbestimmungen

Art. 46 Abs. 1 Bst. a bzw. Abs. 2 BankG stellen die unbefugte Entgegennahme von Publikums- oder Spareinlagen unter Strafe. Desgleichen ist der Gebrauch der Bezeichnungen „Bank“, „Bankier“ oder „Sparen“ den Nichtbanken untersagt (Art. 49 Abs. 1 Bst. a bzw. Abs. 2 BankG). Schliesslich ist die Erteilung falscher Auskünfte an die FINMA strafbar (Art. 45 Abs. 1 bzw. Abs. 2 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes [FINMAG; SR 956.1]).	6
--	---

III. Kriterien zur Beurteilung der Einlagen

Bestehende Einlagen müssen zurückbezahlt werden, wenn alle folgenden drei Fragen (Absätze A bis C) zu bejahen sind:	7
A. Erfolgt die Entgegennahme von Publikumseinlagen gewerbsmässig (Art. 6 Abs. 1–4 BankV)?	
Aufgehoben	8*
Die Beschränkung der Entgegennahme von Publikumseinlagen auf gesamthaft höchstens 1 Million Franken (Art. 6 Abs. 2 Bst. a BankV) bedeutet, dass die Verbindlichkeiten im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BankV gegenüber Kunden bzw. Anlegern zu keinem Zeitpunkt mehr als 1 Million Franken betragen dürfen.	8.1*
Das Verzinsungs- und Anlageverbot (Art. 6 Abs. 2 Bst. b BankV) verlangt, dass die von den Kunden einbezahlten Einlagen bis zur Weiterleitung oder Rückzahlung dauernd und liquide zur Verfügung stehen. Die Einlagen dürfen dabei nicht auf den üblichen Geschäftskonti des Unternehmens für den laufenden Betrieb gehalten werden, sondern es ist für das Halten der Einlagen mindestens ein davon getrenntes Bankkonto einzurichten.	8.2*
Die Kunden sind individuell und spätestens im Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts vor Tätigung der Einlage darüber zu informieren, dass keine Aufsicht durch die FINMA und keine Einlagensicherung besteht (Art. 6 Abs. 2 Bst. c BankV). Hinweise bspw. lediglich in den AGB genügen den Anforderungen an die Informationspflichten nicht. Die Information des Kunden bspw. über die Webseite des Unternehmens ist zulässig, wenn ihm die fehlende Aufsicht und	8.3*

Einlagensicherung isoliert von anderweitigen Informationen in Text nachweisbarer Form angezeigt werden und er die Kenntnisnahme davon ausdrücklich bestätigt.

Keine gewerblich-industrielle Tätigkeit liegt insbesondere vor, wenn eine Finanzdienstleistung für sich selber oder Dritte erbracht oder vermittelt oder eine private Tätigkeit ausgeübt wird. Überwiegt die gewerblich-industrielle Tätigkeit im Verhältnis zur nicht gewerblich-industriellen Tätigkeit, ist von einer gewerblich-industriellen Haupttätigkeit auszugehen. Die Vorgabe von Art. 6 Abs. 3 BankV, wonach die Einlagen für die Finanzierung der gewerblich-industriellen Tätigkeit verwendet werden müssen, schliesst Investitionen mit den entgegengenommenen Einlagen in Finanzanlagen und -instrumente grundsätzlich aus. Die Verzinsung der Einlagen ist hingegen erlaubt. 8.4*

Während der Meldefrist und der Frist zur Einreichung des Bewilligungsgesuchs nach Art. 6 Abs. 4 BankV sind die Bedingungen von Art. 6 Abs. 2 Bst. b und c BankV weiterhin einzuhalten. Die FINMA lässt die weitere Entgegennahme von Publikumseinlagen während des Bewilligungsverfahrens zu, wenn die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller die Bedingungen von Art. 6 Abs. 2 Bst. b und c BankV einhält und nachweist, dass 8.5*

1. die entgegengenommenen Publikumseinlagen dauernd und liquide vorhanden sind,
2. keine Überschuldung vorliegt,
3. die Mindestkapitalanforderungen für die ersuchte Bewilligung nach BankG erfüllt werden können und
4. keine Hinweise vorliegen, welche der ersuchten Bewilligung nach BankG entgegenstehen würden.

Somit handelt, im Sinne einer gesetzlichen Vermutung und unter Vorbehalt von Art. 6 Abs. 2–4 BankV immer gewerbsmässig, wer von mehr als 20 Einlegern Gelder entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren. Wem untersagt ist, Publikumseinlagen entgegenzunehmen, darf dafür auch keine Werbung betreiben (z.B. durch Prospektversand oder Inserate) (vgl. Art. 7 BankV; Art. 49 Abs. 1 Bst. c bzw. Abs. 2 BankG). 9*

B. Haben die Fremdmittel die Eigenschaft von Einlagen (Art. 5 Abs. 3 Bst. a–f BankV)?

Die Bankenverordnung geht grundsätzlich davon aus, dass alle Verbindlichkeiten Einlagecharakter haben. Art. 5 Abs. 3 Bst. a–f BankV zählt abschliessend die Ausnahmen auf: 10

a) Fremde Mittel ohne Darlehens- oder Hinterlegungscharakter (Art. 5 Abs. 3 Bst. a BankV)

Aufgehoben 11*

Keinen Einlagecharakter haben z.B. eine Anzahlung bei einem Kaufvertrag, ein Vorschuss bei einem Auftrag, ein Mietzinsdepot usw. 12

b) Anleiheobligationen (Art. 5 Abs. 3 Bst. b BankV)

Aufgehoben 13*

Im Gegensatz zu einer individuell getätigten verzinslichen Einlage stellen die in Art. 5 Abs. 3 Bst. b BankV erwähnten Finanzinstrumente standardisierte Schuldverschreibungen dar, welche Art. 1 Abs. 2 BankG ausdrücklich ausnimmt, wenn die vom Obligationenrecht vorgeschriebenen Mindestinformationen vorhanden sind. Nicht als Anleiheobligationen gelten einzeln ausgegebene Kassenscheine. 14*

c) Abwicklungskonti (Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV)

Aufgehoben 15*

Solche Konti dienen dazu, die notwendige Liquidität zur Abwicklung des Kundengeschäfts zur Verfügung zu halten. Mit dem für derartige Gelder geltenden Verzinsungsverbot soll der rasche Umlauf, d.h. grundsätzlich max. 60 Tage, und die betragsmässige Begrenzung solcher Gelder erreicht werden. Effektenhändler werden bei der Abwicklung von Kundengeschäften von der 60-tägigen Frist nicht eingeschränkt. Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV erfasst auch Geschäftsmodelle mit Weiterleitungscharakter wie bspw. *Money Transmitting, Crowdfunding* oder Inkasso. 16*

Habensaldi auf Kundenkonti von Edelmetallhändlern fallen unter die Ausnahme, wenn der Edelmetallhändler physisch über das Edelmetallguthaben seiner Kunden verfügt und den Kunden im Konkurs des Händlers ein Aussonderungsrecht zusteht. Die Edelmetallhändler werden in diesem Fall nicht von der Frist von 60 Tagen eingeschränkt. 16.1*

Mit Art. 5 Abs. 3 Bst. c BankV fallen Devisenhändler, die für ihre Kunden Konti zur Anlage in unterschiedlichen Währungen führen, seit dem 1. April 2008 nicht mehr unter die Ausnahme. Bei vergleichbarer Tätigkeit fallen auch Kryptowährungshändler nicht unter die Ausnahme. 16.2*

d) Gelder für Lebensversicherungen und die berufliche Vorsorge (Art. 5 Abs. 3 Bst. d BankV)

Aufgehoben 17*

Die in Art. 5 Abs. 3 Bst. d BankV genannten Anlagen sind aufgrund anderer Bundesgesetze zulässig und werden überdies bei überwachten Institutionen getätigt. 18

e) Zahlungsmittel und Zahlungssysteme (Art. 5 Abs. 3 Bst. e BankV)

Keinen Einlagecharakter haben Gelder, welche einem Zahlungsmittel oder Zahlungssystem (Bezahlkarten, Internetbezahlmöglichkeiten, Mobiltelefonbezahlssysteme, etc.) zugeführt werden, sofern 18.1*

- sie einzig dem künftigen Bezug von Waren oder Dienstleistungen dienen,
- das maximale Guthaben pro Kunde je Herausgeber eines Zahlungsmittels oder Zahlungssystembetreiber nie mehr als CHF 3'000.- beträgt, und
- für sie kein Zins bezahlt wird. Rabatte oder andere geldwerte Vorteile dürfen nur auf den Waren und Dienstleistungen gewährt werden und nicht von der Höhe des Guthabens abhängen.

C. Handelt es sich um Einlagen aus dem Publikum (Art. 5 Abs. 2 Bst. a–f BankV)?

Wiederum geht die Bankenverordnung von der Vermutung aus, alle Einlagen seien Publikumseinlagen. In Art. 5 Abs. 2 Bst. a–f BankV werden die Ausnahmen von diesem Grundsatz genannt. 19

Keine Publikumseinlagen sind einzig Einlagen von:

a) Banken (Art. 5 Abs. 2 Bst. a BankV)

Aufgehoben 20*

Als ausländische Banken gelten Unternehmen, welche nach dem Recht des Staates, nach dem sie organisiert sind, befugt sind, Einlagen entgegenzunehmen. Ein Beispiel sonstiger staatlich beaufsichtigten Unternehmen sind Versicherungsgesellschaften. 21

b) Nahestehenden (Art. 5 Abs. 2 Bst. b und c BankV)

Aufgehoben 22*

Qualifizierte Aktionäre, d.h. solche mit mehr als 10 % der Stimmen oder des Kapitals (Art. 3 Abs. 2 Bst. c^{bis} BankG) und wirtschaftlich verbundene Personen (z.B. Mutter-, Tochter- oder Schwestergesellschaften) sind besonders nahestehend und müssen nicht wie das übrige Publikum behandelt werden. Im Gegensatz zum Publikum verfügen sie regelmässig über einen Informations- und Einflussvorsprung. 23

c) Institutionellen Anlegern (Art. 5 Abs. 2 Bst. d BankV)

Aufgehoben 24*

Unter diese Kategorie von Anlegern, welche nicht dem Publikum gleichgesetzt werden, können je nach den konkreten Umständen z.B. Pensionskassen, Gemeinden, Industrie- oder Handelsbetriebe fallen. Die professionelle Tresorerie bedingt dabei mindestens eine fachlich ausgewiesene, im Finanzbereich erfahrene Person, welche hauptsächlich damit betraut ist, die Finanzmittel des Unternehmens dauernd zu bewirtschaften. 25

d) Vereinen, Stiftungen oder Genossenschaften (Art. 5 Abs. 2 Bst. f BankV)

Aufgehoben 26*

Bei den Vereinen und Stiftungen kann es sich insbesondere um Sportvereine, Natur- oder Heimatschutzvereine, religiöse Stiftungen, Stiftungen zur Förderung von Wohneigentum oder Stiftungen für kulturelle Zwecke handeln. Unter den erwähnten Genossenschaften sind unter anderem Produktions-, Vertriebs-, Verkaufs- und Wohngenossenschaften oder auch landwirtschaftliche Genossenschaften zu verstehen. Der Kreis der Einleger ist nicht auf Mitglieder beschränkt. Hingegen gelten Einlagen als Publikumseinlagen, wenn sie bei Vereinen, Stiftungen oder Genossenschaften gemacht werden, deren Zweck oder Geschäftstätigkeit vorwiegend in der Entgegennahme und zintragenden Anlage der Einlagen besteht. 27

Mit Art. 5 Abs. 2 Bst. f BankV wird der Zusammenhang der entgegen genommenen Gelder zum ideellen Zweck oder zur gemeinsamen Selbsthilfe hervorgehoben. Zur klareren Abgrenzung zu einer Banktätigkeit ist eine Mindestlaufzeit von sechs Monaten vorgeschrieben. 27.1*

e) Arbeitnehmern (Art. 5 Abs. 2 Bst. e BankV)

Aufgehoben 28*

Der zulässige Kreis der Anleger beschränkt sich auf tatsächlich in einem Arbeitsverhältnis stehende Personen (und Pensionierte gegenüber ihrem letzten Arbeitgeber), welche eine direkte Anlage beim Arbeitgeber tätigen. 29

Nicht durch Art. 5 Abs. 2 Bst. e BankV gestattet sind die Einlagen eines weiter reichenden Personenkreises, insbesondere der Angehörigen eines Arbeitnehmers (Ehegatten und Kinder) beim entsprechenden Arbeitgeber des Familienmitgliedes. Ebenso wenig ist es zulässig, die Anlage bei einer anderen juristischen Person als dem Arbeitgeber zu tätigen (z.B. bei einer als Verein, Genossenschaft oder Stiftung konstituierten Vereinigung von Arbeitnehmern des gleichen Arbeitgebers), ausser der Arbeitgeber hafte für die Einlagen (siehe nachfolgend Rz 33). 30

IV. Ausnahmen vom Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen

Neben den Banken dürfen gemäss Art. 3 BankV noch folgende Institute Publikumseinlagen entgegennehmen: 31

- Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts
- sowie Kassen, für die sie vollumfänglich haften.

Der Grund für die Ausnahme solcher nicht von der FINMA überwachter Institute liegt in deren als mindestens gleichwertig betrachteten Solidität und der letztendlichen Haftung der öffentlichen Hand für deren Verpflichtungen. 32

Zusätzlich sind rechtlich vom Arbeitgeber selbständige Betriebseinlagekassen zulässig, wenn der gemeinsame Arbeitgeber der Einleger letzteren die Rückzahlung der Einlagen und die Zahlung der vereinbarten Zinsen garantiert. 33

Ebenfalls gestattet ist die Entgegennahme von Einlagen, wenn eine dem Bankengesetz unterstellte Bank die Rückzahlung der Einlagen und die Zahlung der vereinbarten Zinsen garantiert (Ausfallgarantie) (Art. 5 Abs. 3 Bst. f BankV). 34

Aufgehoben 35*

Aufgehoben 36*

Aufgehoben 37*

Verzeichnis der Änderungen

Das Rundschreiben wird wie folgt geändert:

Diese Änderungen wurden am 18.1.2010 beschlossen und treten sofort in Kraft.

Geänderte Rz 26, 27.1

Die Verweise auf die BankV wurden an die Bankenverordnung vom 30. April 2014 angepasst.

Diese Änderungen wurden am 7.12.2017 beschlossen und treten am 1.1.2018 in Kraft.

Geänderte Rz 3, 9, 14, 16, 16.1, 16.2

Neu eingefügte Rz 8.1–8.5

Aufgehobene Rz 1, 8, 11, 13, 15, 17, 20, 22, 26, 28

Übrige Änderungen Titeländerung vor Rz 1, 8, 10, 11, 13, 15, 17, 18.1, 19, 20, 22, 24, 26, 28

Die Verweise auf die BankV wurden an die Änderungen vom 5. Juli 2017 der Bankenverordnung angepasst.