

Michael Kunz

## **Der Fluch der bösen Tat**

### **Anmerkungen zum neuen DLT-Bundesgesetz**

---

Die Entgegennahme von kryptobasierten Vermögenswerten wird gemäss dem neuen Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register («DLT-Gesetz») zukünftig eine Fintech-Bewilligung gemäss Bankengesetz erfordern. Das DLT-Gesetz klärt mit dieser neuen Regelung zugleich eine der spannendsten regulatorischen Fragen der Blockchain-Ära: Stellt die Aufbewahrung von kryptobasierten Vermögenswerten eine bewilligungspflichtige Entgegennahme von Publikums-einlagen gemäss Bankengesetz dar? Die neue Regelung korrigiert die bisherige Praxis der FINMA, schafft aber neue Probleme.

---

Beitragsart: Essay

Rechtsgebiete: Kapitalmarktrecht; Bankrecht; Aufsichtsrecht

Zitiervorschlag: Michael Kunz, Der Fluch der bösen Tat, in: Jusletter 14. Dezember 2020

## Vorgeschichte

[1] Bundesrat und FINMA haben seit 2014 in verschiedenen Berichten und Dokumenten erklärt, dass Blockchain- bzw. DLT-basierte Geschäftsmodelle grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Bankenregulierung fallen. Dies gilt insbesondere für die Bereitstellung von kontoähnlichen Dienstleistungen wie bei Publikumseinlagen. Solche Dienstleistungen würden etwa von Anbietern erbracht, die eine Verwahrung von Token oder darauf aufbauende, weitergehende Dienstleistungen anbieten würden. Um die «Einleger» zu schützen, erklärte die FINMA die übertragenen Vermögenswerte als Publikumseinlage nach Bankengesetz. Liegt keine Ausnahme vor, ist eine Bankbewilligung erforderlich.

[2] Eine umfassende dogmatische Auseinandersetzung mit dieser Regelung hat in der Lehre nicht stattgefunden. Die Regelung wurde – soweit ersichtlich – auch nicht infrage gestellt. Eine Gerichtspraxis zu dieser Frage konnte sich in der kurzen Zeit seit Aufkommen des Phänomens ebenfalls nicht entwickeln. Offenbar getrauten sich auch die betroffenen Finanzintermediäre nicht, diese Praxis anzufechten. Trotzdem schlug der Bundesrat im Vernehmlassungsverfahren für das DLT-Gesetz einen neuen Art. 16 Ziff. 1<sup>bis</sup> nBankG vor. Kryptobasierte Vermögenswerte sollten zukünftig als Depotwerte im Sinne von Artikel 37d BankG und nicht mehr als Publikumseinlagen gelten.

[3] Die Neuordnung hätte zwangsläufig die Bankbewilligung obsolet gemacht. Dagegen wehrte sich die FINMA im Vernehmlassungsverfahren. Der Bundesrat schlug deshalb in seiner Botschaft zum DLT-Gesetz für die Entgegennahme von kryptobasierten Vermögenswerten neu eine Fintech-Bewilligung als sog. Person gemäss Art. 1b BankG vor. Die Regelung wurde vom Parlament diskussionslos verabschiedet. Die Fintech-Bewilligung erfährt dadurch eine Aufwertung, nachdem die vor knapp zwei Jahren als Innovation im Finanzsektor eingeführte Regelung die Erwartungen bisher enttäuscht hatte. Die FINMA hat bis Mitte November 2020 erst eine (1) Fintech-Bewilligung erteilt.

## Fintech-Bewilligung für die Entgegennahme von kryptobasierten Vermögenswerten

[4] Mit Inkrafttreten des DLT-Gesetzes wird gemäss Art. 1b Abs. 1 nBankG neu (auch) eine Fintech-Bewilligung benötigen, wer hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist und:

- a. gewerbsmässig vom Bundesrat bezeichnete kryptobasierte Vermögenswerte entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt; und
- b. diese Publikumseinlagen oder Vermögenswerte weder anlegt noch verzinst.

[5] Leider ist beim Wechsel von Publikumseinlagen zu Depotwerten regulatorisch einiges schiefgelaufen. Während für die *verzinsliche* Entgegennahme von Publikumseinlagen bis zu 100 Millionen Franken eine ordentliche Bankbewilligung gemäss Art. 1a Bst. b BankG erforderlich ist, fehlt eine entsprechende Regelung für die *verzinsliche* Entgegennahme von kryptobasierten Vermögenswerten. Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird somit zukünftig *keine* Bewilligung nach Bankengesetz benötigen, wer gewerbsmässig vom Bundesrat bezeichnete kryptobasierte Vermö-

genswerte entgegennimmt *und* diese verzinst.<sup>1</sup> Ob sich daraus ein eigenständiges Geschäftsmodell entwickeln lässt, ist völlig offen. Falls ja, muss der Gesetzgeber schon bald nachbessern.

[6] Schlimmer scheint das zweite Versäumnis: Art. 1 Abs. 2 BankG ermächtigt den Bundesrat, für das Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen Ausnahmen vorzusehen, wenn keine Bankbewilligung vorliegt. Die Ausnahmen sind in Art. 5 BankV geregelt. Weil die Entgegennahme von kryptobasierten Vermögenswerten bisher als Entgegennahme von Publikumseinlagen galt, konnten die Betroffenen auch von den erwähnten Ausnahmen profitieren und eine Bankbewilligung in einzelnen Fällen vermeiden. Neu gelten kryptobasierte Vermögenswerte jedoch als Depotwerte gemäss Art. 16 Ziff. 1<sup>bis</sup> nBankG. Die Ausnahmen für Publikumseinlagen werden deshalb nicht mehr anwendbar sein. Bei der Einführung der neuen Bewilligungspflicht hat es der Gesetzgeber aber leider verpasst, im Bankengesetz Ausnahmen für die Entgegennahme von kryptobasierten Vermögenswerten zu definieren oder den Bundesrat zu ermächtigen, solche vorzusehen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des DLT-Gesetzes wird deshalb jede Person, welche berufsmässig kryptobasierte Vermögenswerte entgegennimmt (und nicht verzinst...), über eine Fintech-Bewilligung verfügen müssen. Fehlt diese, wird die Tätigkeit ohne die erforderliche Bewilligung ausgeübt und die Strafnorm von Art. 44 FINMAG, Tätigkeit ohne Bewilligung, greift. Die Strafdrohung ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bei vorsätzlicher Tatbegehung beträchtlich. Selbst wer fahrlässig handelt, wird mit Busse bis zu 250'000 Schweizer Franken bestraft. Ob alle betroffenen Unternehmen rechtzeitig über eine Fintech-Bewilligung verfügen werden, ist zweifelhaft. Einzelne werden den Handlungsbedarf vermutlich noch gar nicht erkannt haben. Der Gesetzgeber muss auch hier nachbessern.

[7] Die böse Tat, die Entgegennahme von kryptobasierten Vermögenswerten zu Beginn als Publikumseinlagen auf die falsche regulatorische Schiene zu bringen, rächt sich nun. Mit dem DLT-Gesetz kann sie leider nur ungenügend korrigiert werden.

---

MICHAEL KUNZ, Fürsprecher, LL.M., KUNZ COMPLIANCE, Bern.

---

<sup>1</sup> Dies gilt nicht für die *Anlage* von kryptobasierten Vermögenswerten. Die Definition von kryptobasierten Vermögenswerten als Depotwerte gemäss Art. 16 Ziff. 1<sup>bis</sup> nBankG scheint eine Anlage auszuschliessen.