

Cornelia Stengel / Luca Stäuble

Neuerungen im Konsumkreditrecht: Die Schwarkredit-Vermittlerin

Neue Regeln für Crowdlending

Im Zuge der Umsetzung der FinTech-Vorlage wurde der Anwendungsbereich des Konsumkreditgesetzes (KKG) per 1. April 2019 auf sogenannte Schwarkredit-Vermittlerinnen (bestimmte Crowdlending-Plattformbetreiber) erweitert. Der vorliegende Beitrag beleuchtet den Hintergrund dieser Neuerungen und erläutert die neu vom KKG erfasste Rolle der Schwarkredit-Vermittlerin sowie deren neuen gesetzlichen Pflichten.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Bankrecht; Kapitalmarktrecht; Konsumentenrecht

Zitiervorschlag: Cornelia Stengel / Luca Stäuble, Neuerungen im Konsumkreditrecht: Die Schwarkredit-Vermittlerin, in: Jusletter 6. Mai 2019

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung und Hintergrund
2. Die Schwarmkredit-Vermittlerin
 - 2.1. Ziel und Konzept der Neuerungen
 - 2.2. Übersicht über die Neuerungen
 - 2.3. Einzelne Anpassungen im KKG
 - 2.3.1. Erweiterung der Begriffe des Konsumkreditvertrags und der Kreditgeberin (Art. 1 und 2 KKG)
 - 2.3.2. Definition der Schwarmkredit-Vermittlerin (Art. 4 Abs. 2 KKG)
 - 2.3.3. Konkretisierung der Bereichsausnahme von Bagatell- und Grosskrediten (Art. 7 KKG)
 - 2.3.4. Widerrufsrecht (Art. 16 Abs. 1^{bis} und 2^{bis} KKG)
 - 2.3.5. Verzug der Konsumentin bzw. des Konsumenten (Art. 18 KKG)
 - 2.3.6. Kreditfähigkeitsprüfung (Art. 22 und 27a ff. KKG)
 - 2.3.7. Meldung an die IKO und Datenzugang (Art. 23–27 KKG)
 - 2.3.8. Sanktionen (Art. 32 und 32a KKG)
 - 2.3.9. Weitere Bestimmungen
 - 2.4. Einzelne Anpassungen in der VKKG
 - 2.4.1. Generelles
 - 2.4.2. Informationssystem über Konsumkredite (Art. 3 VKKG)
 - 2.4.3. Dritter Abschnitt (Bewilligungsvoraussetzungen)
 - 2.4.4. Anpassung von Art. 9b VKKG (Übergangsbestimmung)
3. Schriftformerfordernis – eine Forderung bleibt bestehen
4. Fazit und Ausblick

1. Einleitung und Hintergrund

[Rz 1] Als der Bundesrat am 1. Februar 2017 die Vernehmlassung für eine Teilrevision des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (sog. «FinTech-Vorlage») eröffnete¹, rechnete noch niemand mit einer baldigen Anpassung der Konsumkreditgesetzgebung. Die Vorlage zielte vielmehr darauf ab, mehr Innovationsspielraum für Unternehmen aus der FinTech-Branche zu schaffen, indem FinTech-Unternehmen, welche Finanzdienstleistungen ausserhalb des typischen Bankgeschäfts erbringen², entsprechend ihrem Risikopotential angemessen reguliert werden sollten. Zu diesem Zweck schlug der Bundesrat folgende Deregulierungsmassnahmen im Bankenrecht vor:³ Die Ausweitung der Frist für Abwicklungskonten von sieben auf 60 Tage, die Schaffung eines Innovationsraums für Publikumseinlagen von bis CHF 1 Mio. («Sandbox») sowie die Schaffung einer neuen Bewilligungskategorie für Unternehmen, die Publikumseinlagen bis CHF 100 Mio. entgegennehmen («FinTech-Bewilligung»)⁴.

[Rz 2] Im Rahmen seiner Abklärungen zur FinTech-Vorlage prüfte der Bundesrat unter anderem auch die Frage, ob das Konsumkreditgesetz (KKG) Hürden für Innovationen enthalten könnte, die im Zuge der FinTech-Vorlage gegebenenfalls beseitigt werden sollten. Als eine Hürde iden-

¹ Vgl. hierzu die Medienmitteilung des Bundesrats vom 1. Februar 2017 (<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-65476.html>, zuletzt besucht am 12. April 2019).

² Es handelt sich dabei um Unternehmen, die – anders als Banken – kein Zinsdifferenzgeschäft betreiben.

³ Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (FinTech), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, *passim*.

⁴ Die entsprechenden Anpassungen im Bankengesetz und der Bankenverordnung sind teilweise bereits per 1. August 2017, im Übrigen per 1. Januar 2019 und per 1. April 2019 in Kraft getreten.

tifizierte der Bundesrat dabei die Regelung von Art. 9 Abs. 1 KKG, wonach Konsumkreditverträge zwingend schriftlich abzuschliessen sind und der Konsumentin bzw. dem Konsumenten jeweils eine Kopie des Vertrags zu übergeben ist. Die Verwendung des Schriftlichkeitsbegriffs habe namentlich zur Folge, dass der Vertrag eigenhändig oder mit Hilfe einer qualifizierten digitalen Signatur unterzeichnet werden müsse (vgl. Art. 13–15 OR). Der reine online-Abschluss eines Konsumkreditvertrags – so der Bundesrat – sei heute daher faktisch nicht möglich.⁵

[Rz 3] Dennoch gelangte der Bundesrat mit Blick auf Crowdlending in der Folge zum Schluss, dass kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe, weil die Bestimmungen der Konsumkreditgesetzgebung auf diese Geschäftsmodelle regelmässig gar nicht anwendbar seien, da auf Seiten der Kreditgeberin keine gewerbsmässig handelnde Personen (sondern privat handelnde Personen aus der «Crowd») auftreten würden.⁶

[Rz 4] Diese Schlussfolgerung des Bundesrats wurde im Rahmen der Vernehmlassung zur FinTech-Vorlage nicht von allen geteilt. Während verschiedene Vernehmlassungsteilnehmer den Abbau einer solchen Digitalisierungs- und Innovationshürde im KKG mit Blick auf alle Finanzmarktteilnehmer forderten, nahmen andere die Ausführungen des Bundesrats zum Anlass, die Nicht-Anwendbarkeit der Konsumkreditgesetzgebung auf Crowdlending zu kritisieren.⁷

[Rz 5] Letzteres Anliegen wurde denn auch noch im laufenden Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der FinTech-Vorlage (welche ihrerseits bereits dem laufenden Gesetzgebungsverfahren zu FIDLEG/FINIG angehängt worden war)⁸ aufgenommen: Mit Schreiben vom 17. Juli 2017 stellte das Bundesamt für Justiz betroffenen Interessenorganisationen und Verbänden einen Vorentwurf inklusive kurzem Begleitbericht zu den geplanten Anpassungen des Konsumkreditgesetzes zu, mit der Aufforderung, bis am 2. August 2017 dazu Stellung zu nehmen.⁹ Sämtliche Vernehmlassungsteilnehmer befürworteten die Unterstellung von Crowdlending-Plattformen unter das Konsumkreditgesetz.¹⁰ Verschiedene Teilnehmer wiesen im Rahmen der Vernehmlassung nochmals darauf hin, dass die Schriftlichkeitserfordernisse im KKG eine Digitalisierungs- und Innovationshürde darstellen und forderten eine entsprechende Anpassung des Gesetzes, um diese Hürde zu beseitigen bzw. abzubauen, wie es ursprünglich Sinn und Zweck der FinTech-Vorlage gewesen sei.¹¹ Auf eine Umsetzung dieses Anliegens wurde jedoch vorerst verzichtet, um einer politischen Diskussion dazu nicht vorzugreifen.

[Rz 6] Die Neuerungen im Konsumkreditgesetz machten auch entsprechende Anpassungen der Verordnung zum Konsumkreditgesetz (VKKG) erforderlich.¹²

[Rz 7] Die Änderungen von KKG und VKKG sind schliesslich per 1. April 2019 in Kraft getreten.

⁵ Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (FinTech), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 20 f.

⁶ Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (FinTech), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, S. 20 f.

⁷ Vernehmlassung zur Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (FinTech), Ergebnisbericht vom 5. Juli 2017, S. 7.

⁸ Vgl. hierzu die Medienmitteilung der WAK-N vom 21. Juni 2017 (<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wak-n-2017-06-21.aspx>, zuletzt besucht am 12. April 2019).

⁹ Bericht des Bundesamts für Justiz zu den eingegangenen Stellungnahmen vom 3. August 2017.

¹⁰ Konsultation zur Revision des Konsumkreditgesetzes (Unterstellung crowdlending-Plattformen) – Zusammenfassung der eingegangenen Stellungnahmen.

¹¹ Vgl. die entsprechenden Stellungnahmen der Vernehmlassungsteilnehmer (<https://www.parlament.ch/centers/documents/de/15-073-stellungnahmen-aenderungen-kkg.pdf>, zuletzt besucht am 12. April 2019).

¹² Revision der Bankenverordnung (BankV) «FinTech-Bewilligung», Erläuterungen, S. 22.

2. Die Schwarmkredit-Vermittlerin

2.1. Ziel und Konzept der Neuerungen

[Rz 8] Im Rahmen der Teilrevision des KKG wurde mit der sogenannten «Schwarmkredit-Vermittlerin» eine neue Rolle im Konsumkreditrecht geschaffen. Diese Neuschöpfung meint vorab die Betreiber einer bestimmten Art von Crowdlending-Plattformen und wurde nötig, weil Konsumkreditverträge, welche über solche Crowdlending-Plattformen an Konsumentinnen und Konsumenten vermittelt werden, nicht dem KKG unterstanden, da diese Kredite in der Regel von privat handelnden Personen aus der «Crowd» gewährt werden. Damit war eines der Kriterien für die Anwendbarkeit des KKG, die gewerbsmässige Tätigkeit der Kreditgeberin, nicht erfüllt, womit die Anwendbarkeit des KKG auf diese Verträge unter altem Recht ausgeschlossen war. Daran änderte nichts, dass diese Kredite von einer gewerbsmässig tätigen Kreditvermittlerin (Crowdlending-Plattform) vermittelt wurden.

[Rz 9] Dem revidierten KKG sind nun auch Konsumkreditverträge, die von nicht gewerbsmässig handelnden Personen vergeben werden, unterstellt, *soweit sie von einer gewerbsmässig handelnden Kreditvermittlerin («Schwarmkredit-Vermittlerin») koordiniert vermittelt werden.* Die nachstehende Grafik zeigt die neue Rollenverteilung im Rahmen der Vergabe von Konsumkrediten auf:



2.2. Übersicht über die Neuerungen

[Rz 10] Neu fallen also wie erwähnt auch Konsumkredite, welche von einer sogenannten «Schwarmkredit-Vermittlerin» (Crowdlending-Plattformbetreiberin) vermittelt werden, in den Anwendungsbereich des KKG. Es spielt in diesen Fällen keine Rolle, ob die Kredite von gewerbsmässig handelnden Personen vergeben werden oder nicht.

[Rz 11] Dies führt dazu, dass bei der Vergabe von Konsumkrediten über vermittelnde Crowdlending-Plattformen – wie bei der «klassischen» Kreditvergabe – die zwingenden Regeln des Konsumkreditgesetzes und der Verordnung einzuhalten sind. Hierzu gehören insbesondere (aber nicht nur) folgende Bestimmungen:

- Art. 9 und 10 KKG (Form- und Inhaltsvorschriften, insb. Schriftlichkeitserfordernis);
- Art. 13 KKG (Zustimmung des gesetzlichen Vertreters);
- Art. 14 KKG und Art. 1 VKKG (Höchstzinssatz);
- Art. 16 KKG (Widerrufsrecht des Konsumenten);
- Art. 22 ff. KKG (Kreditfähigkeitsprüfung).

[Rz 12] Die Nichtbeachtung dieser Bestimmungen kann die Nichtigkeit des Kreditvertrags zur Folge haben (vgl. Art. 15 KKG)¹³ bzw. mit Busse sanktioniert werden (Art. 32 f. KKG)¹⁴.

[Rz 13] Es stellt sich in der Folge die Frage, wer für die Einhaltung der Bestimmungen des KKG einzustehen hat bzw. welche Pflichten den Schwarmkredit-Vermittlerinnen und den neu ebenfalls (zumindest teilweise) dem Konsumkreditgesetz unterstellten nicht gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen zugeteilt werden. So sind beispielsweise die Meldungen an die Informationsstelle für Konsumkredit (IKO) und die Durchführung der Kreditfähigkeitsprüfung nicht von der «privaten» Kreditgeberin (aus der Crowd), sondern vielmehr von der Schwarmkredit-Vermittlerin vorzunehmen. Um Rechtsunsicherheiten hinsichtlich des Pflichtadressaten zu vermeiden, wird in verschiedenen Bestimmungen des KKG bzw. der VKKG klargestellt, ob die betreffende Pflicht für alle Kreditgeberinnen¹⁵, nur für die gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen und die Schwarmkredit-Vermittlerinnen¹⁶ oder ausschliesslich für gewerbsmässig tätige Kreditgeberinnen¹⁷ bzw. ausschliesslich für Schwarmkredit-Vermittlerinnen¹⁸ zur Anwendung gelangt. Dort, wo das Gesetz nur den jeweiligen Oberbegriff nennt, ist davon auszugehen, dass jeweils beide Unterkategorien gemeint sind: *Kreditgeberin* steht also sowohl für eine gewerbsmässig tätige Kreditgeberin als auch für eine Kreditgeberin, die nicht gewerbsmässig tätig ist, sondern Kredite unter Mitwirkung einer Schwarmkredit-Vermittlerin vergibt. Der Begriff *Kreditvermittlerin* erfasst neben den «klassischen» Kreditvermittlerinnen neu auch die Schwarmkredit-Vermittlerinnen.

[Rz 14] Für Crowdlending-Plattformbetreiber, die als Schwarmkredit-Vermittlerin qualifizieren, haben die Neuerungen in der Konsumkreditgesetzgebung zur Folge, dass sie Konsumkredite

¹³ Zu den Nichtigkeitsfolgen vgl. MARLIS KOLLER-TUMLER, Konsumkreditverträge nach revidiertem KKG – eine Einführung, in: Alexander Brunner/Manfred Rehbindler/Bernd Stauder (Hrsg.), JKR 2002 – Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts, Bern 2003, S. 3 ff., S. 36 ff.

¹⁴ Zu den Sanktionsfolgen (unter altem Recht): KOLLER-TUMLER (Fn. 14), S. 38 ff.

¹⁵ Z.B. Art. 20 KKG (Annahmeverbot von Zahlungen und Sicherheiten in Form von Wechsell).

¹⁶ Z.B. Art. 25 Abs. 1 und 27a KKG (Meldepflicht sowie Pflicht zur Prüfung der Kreditfähigkeit).

¹⁷ Z.B. Art. 23 Abs. 1 KKG (Pflicht zur Errichtung einer Informationsstelle für Konsumkredit).

¹⁸ Z.B. Art. 25 Abs. 2 KKG (Pflicht zur Sicherstellung der Meldung von Zahlungsausständen).

von mehr als 20 Gläubigern an Konsumentinnen und Konsumenten vermitteln dürfen, dabei jedoch sicherstellen müssen, dass sämtliche vermittelten Konsumkredite (auch wenn weniger als 20 Gläubiger beteiligt sind) den Anforderungen des KKG und der VKKG entsprechen bzw. die entsprechenden Anforderungen eingehalten werden. Hierzu gehören nicht nur die zwingenden Form- und Inhaltsvorschriften, sondern namentlich auch die Pflicht zur Prüfung der Kreditfähigkeit der Kreditnehmerinnen und Kreditnehmer.

2.3. Einzelne Anpassungen im KKG

2.3.1. Erweiterung der Begriffe des Konsumkreditvertrags und der Kreditgeberin (Art. 1 und 2 KKG)

[Rz 15] Vor der Gesetzesänderung war der Konsumkreditvertrag gesetzlich definiert als Vertrag, «durch den eine kreditgebende Person (Kreditgeberin) einer Konsumentin oder einem Konsumenten einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht» (vgl. Art. 1 Abs. 1 aKKG).

[Rz 16] Die Frage, ob ein Kreditvertrag als Konsumkreditvertrag im Sinne von Art. 1 Abs. 1 aKKG dem Gesetz unterstellt war – was dazu führte, dass die Kreditgeberin zahlreiche gesetzliche Pflichten (z.B. Inhalts- und Formvorschriften, Höchstzinssatz, Kreditfähigkeitsprüfung etc.) einzuhalten hatte – hing unter anderem also davon ab, ob überhaupt eine Kreditgeberin im Sinne des KKG am betreffenden Kreditvertrag beteiligt war. Als Kreditgeberin im Sinne des Gesetzes kamen unter altem Recht ausschliesslich natürliche oder juristische Personen in Frage, die gewerbsmässig Konsumkredite vergaben (vgl. Art. 2 aKKG). Das Kriterium der «gewerbsmässigen Kreditvergabe» verknüpfte die Elemente der «Gewerbsmässigkeit» und der «Kreditvergabe», womit vor allem eine einmalige Tätigkeit als Kreditgeberin, auch wenn diese nicht privat, sondern in der Ausübung einer anderweitigen gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit erfolgen sollte, von der Anwendung des Konsumkreditgesetzes ausgenommen war.¹⁹ Erfolgte eine Kreditvergabe nicht gewerbsmässig, so war keine Kreditgeberin im Sinne von Art. 2 aKKG am Vertrag beteiligt, womit kein Konsumkreditvertrag im Sinne von Art. 1 Abs. 1 KKG vorlag. Der Kreditvertrag und damit auch die Kreditgeberin waren demzufolge nicht vom Anwendungsbereich des Konsumkreditgesetzes und seinen Vorschriften erfasst. Dabei spielte es keine Rolle, ob dieser Kredit durch eine Vermittlerin – gewerbsmässig tätig oder nicht – vermittelt wurde, weil als Kreditvermittlerin im Sinne von Art. 4 aKKG ausschliesslich Personen qualifiziert wurden, die gewerbsmässig Konsumkreditverträge im Sinne von Art. 1 Abs. 1 KKG vermittelten.²⁰

[Rz 17] Dies hat sich mit der Teilrevision des KKG bzw. mit der Schaffung der neuen Rolle der Schwarmkredit-Vermittlerin grundlegend geändert: Der Begriff des Konsumkreditvertrags im

¹⁹ Zur Definition der gewerbsmässigen Kreditvergabe im Detail: CORNELIA STENDEL, Anwendungsbereich des Konsumkreditgesetzes, Kredit und Leasing, Kredit- und Kundenkarten sowie Überziehungskredite für Konsumenten, Diss., Zürich/Basel/Genf, 2014, Rz. 39 ff. (m.w.H.); vgl. auch: XAVIER FAVRE-BULLE, Loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC), in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Droit de la consommation – Extrait du Code des obligations I, Genève 2004 (= Commentaire romand), S. 93 ff., Art. 2 Rz. 3 ff.; MARKUS HESS, Leasing unter dem Bundesgesetz über den Konsumkredit – Eckdaten für die Vertragsgestaltung und Geschäftsabwicklung, in: Markus Hess/Robert Simmen (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich 2002, S. 65 ff., S. 67 Anm. 3; KOLLER-TUMLER (Fn. 14), S. 23.

²⁰ Ausschliesslich in Fällen, wo ein gewerbsmässig tätiger Crowdfunding-Plattformbetreiber selber als Partei des Konsumkreditvertrags auftrat, war dieser Vertrag vom Anwendungsbereich des KKG erfasst.

Sinne von Art. 1 Abs. 1 und 3 KKG wurde erweitert und umfasst nun auch Verträge, die zwischen nicht gewerbsmässig handelnden Kreditgeberinnen und einer Konsumentin oder einem Konsumenten abgeschlossen werden, wenn dies unter Mitwirkung einer «Schwarmkredit-Vermittlerin» im Sinne von Art. 4 lit. b KKG geschieht (Art. 1 Abs. 3 und Art. 2 lit. b KKG).

[Rz 18] Als *Mitwirkung* der Schwarmkredit-Vermittlerin bei einer Kreditgewährung dürften in Anlehnung an die Auslegung des Begriffs der Vermittlung²¹ grundsätzlich alle Aktivitäten gelten, die darauf abzielen, «korrespondierende Bedürfnisse ausfindig zu machen und die Träger sich ergänzender Interessen miteinander zu verbinden».²² Eine Zurverfügungstellung einer (digitalen) Plattform ist damit nicht zwingend nötig, obwohl der Gesetzgeber offensichtlich diese Form der Mitwirkung vor Augen hatte, was sich auch in der Definition des Begriffs der Schwarmkredit-Vermittlerin zeigt (vgl. gleich nachfolgend).

2.3.2. Definition der Schwarmkredit-Vermittlerin (Art. 4 Abs. 2 KKG)

[Rz 19] Die Bestimmung von Art. 4 Abs. 2 KKG definiert die Schwarmkredit-Vermittlerin als eine «natürliche oder juristische Person, die für einzelne Konsumentinnen und Konsumenten gewerbsmässig eine koordinierte Konsumkreditvergabe organisiert, an der sich mehrere nicht gewerbsmässig tätige Kreditgeberinnen beteiligen können».

[Rz 20] Unter einer *koordinierten* Konsumkreditvergabe ist eine aufeinander abgestimmte Kreditvergabe zu verstehen, welche sich darin zeigen kann, dass die Kreditverträge beispielsweise dieselbe Laufzeit und Konditionen vorsehen. Als *Organisation* einer koordinierten Konsumkreditvergabe dürften alle Tätigkeiten der Schwarmkredit-Vermittlerin gelten, die Konsumkreditvergaben aufeinander abzustimmen, beispielsweise – aber nicht ausschliesslich – ein Zurverfügungstellung einer (digitalen) Plattform oder von standardisierten Verträgen oder auch zusätzliche Dienstleistungen im Rahmen der Geldflüsse (Auszahlung, Inkasso).

[Rz 21] Nur die *gewerbsmässige* Organisation koordinierter Konsumkreditvergaben untersteht dem KKG. In Anlehnung an die Auslegung der gewerbsmässigen Tätigkeit einer Kreditgeberin²³ wird auch für die Beurteilung der Gewerbsmässigkeit der Tätigkeit einer Schwarmkredit-Vermittlerin vorab die Frage der Regelmässigkeit zu prüfen sein, welche wiederum meistens bei einer längerfristig geplanten, zielstrebigem, organisierten und meistens auch standardisierten Tätigkeit vorliegt. Die Tätigkeit einer Schwarmkredit-Vermittlerin ist insbesondere dann als gewerbsmässig zu qualifizieren, wenn sie nach der Art eines Berufs betrieben wird – wofür ähnlich wie im Strafrecht – die eingesetzte Zeit, Mittel und angestrebte bzw. erzielte Einkünfte als Beurteilungskriterium dienen können.

[Rz 22] Der Begriff der Schwarmkredit-Vermittlerin beschreibt damit insbesondere eine bestimmte Form von Crowdlending-Plattformen, nämlich jene, welche einen Kredit lediglich vermitteln, diesen also nicht selbst in der Rolle einer Kreditgeberin vergeben. Crowdlending – auch P2P-Lending genannt – ist eine Alternative zur institutionellen Kreditvergabe und bezeichnet im Allgemeinen die Vermittlung zwischen Kreditnehmerinnen und Kreditnehmern und mehre-

²¹ Zur Definition der Vermittlungstätigkeit im Detail: STENDEL (Fn. 20), Rz. 107–136 (m.w.H.).

²² HANS GIGER, Der Konsumkredit, Bd. 6, Abt. 2, Teilbd. 1, in: Heinz Hausheer/Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht, Bern 2007, S. 125 ff., Teil II Rz. 79.

²³ STENDEL (Fn. 20), Rz. 36–49 (m.w.H.).

ren Kreditgeberinnen und Kreditgebern (Crowd).²⁴ Um auf den englischen Begriff verzichten zu können, wurde im Gesetz der deutsche Begriff «Schwarmkredit» verwendet.

2.3.3. Konkretisierung der Bereichsausnahme von Bagatell- und Grosskrediten (Art. 7 KKG)

[Rz 23] Das Konsumkreditgesetz findet gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. e KKG keine Anwendung auf Verträge über Kredite von weniger als CHF 500.00 (Bagatellkredite) oder mehr als CHF 80'000.00 (Grosskredite).

[Rz 24] Wie jede betragsmässige Grenze haben die Unter- und Obergrenze für die Anwendbarkeit des KKG etwas willkürliches an sich, was sich auch in den ausführlichen politischen Debatten um deren Festlegung widerspiegelt.²⁵ Der Ausschluss von Bagatellkrediten beruht auf der Überlegung, dass einerseits bei derart tiefen Kreditbeträgen keine Gefährdung der Kreditnehmerin bzw. des Kreditnehmers durch mangelnde Transparenz besteht und andererseits der Aufwand, welcher die Einhaltung der Form- und Inhaltvorschriften des KKG verursachen würde, in keinem vernünftigen Verhältnis zur Kapitalnutzung stünde.²⁶ In Zusammenhang mit dem Ausschluss von Grosskrediten wurde argumentiert, dass solche Kredite in der Regel zum Erwerb dauerhafter Güter genutzt würden, welche weiterhin als Vermögenswerte gelten und die Gefahr unüberlegten Handelns in diesem Bereich geringer sei.²⁷

[Rz 25] Für die Grenzziehung bzw. die Berechnung der Schwellenwerte nach Art. 7 Abs. 1 lit. e KKG ist bei Konsumkrediten im Sinne von Art. 1 Abs. 1 KKG jeweils der vergebene Nettokreditbetrag relevant.²⁸ Die Anpassung von Art. 7 Abs. 1 lit. e KKG stellt klar, dass Kreditverträge, die von einer Schwarmkredit-Vermittlerin koordiniert an eine Konsumentin oder einen Konsumenten vermittelt werden, zu addieren sind. Damit soll verhindert werden, dass ein Kredit derart gestückelt wird, dass die jeweiligen Einzelverträge den Minimalbetrag von CHF 500.00 nicht erreichen, obwohl der Gesamtkreditbetrag höher liegt.

2.3.4. Widerrufsrecht (Art. 16 Abs. 1^{bis} und 2^{bis} KKG)

[Rz 26] Das Widerrufsrecht im Sinne von Art. 16 KKG berechtigt die Konsumentin bzw. den Konsumenten, den Antrag zum Vertragsabschluss oder die Annahmeerklärung innert 14 Tagen schriftlich zu widerrufen. Das Widerrufsrecht soll die Konsumentinnen und Konsumenten vor übereilter Kreditaufnahme schützen.²⁹

²⁴ ANDREAS SCHNEUWLY, Crowdfunding aus rechtlicher Sicht, in: Aktuelle Juristische Praxis 12/2014, S. 1610 ff. (m.w.H.).

²⁵ Vgl. dazu im Detail: STENGEL (Fn. 20), Rz. 450 ff.

²⁶ MARLIS KOLLER-TUMLER, Konsumkreditrecht – Kommentar zum Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 8. Oktober 1993, in: Heinrich Honsell/Nedim P. Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Abzahlungsrecht und Konsumkreditrecht – Sonderedition aus dem Kommentar zum Obligationenrecht I, Basel 1996, S. 121 ff., Art. 6 Rz. 9; FAVRE-BULLE (Fn. 20), Art. 7 Rz. 21 (m.w.H.); STENGEL (Fn. 20), Rz. 459.

²⁷ KOLLER-TUMLER, (Fn. 28) Art. 6 Rz. 10; STENGEL (Fn. 20), Rz. 460.

²⁸ STENGEL (Fn. 20), Rz. 462 ff. (m.w.H.).

²⁹ KOLLER-TUMLER (Fn. 14), S. 17. Erst Anfang 2016 wurde das Widerrufsrecht im KKG von 7 auf 14 Tage verlängert. Eine Studie von Prof. Dr. MARTIN BROWN der Universität St. Gallen aus dem Jahr 2018 hat allerdings ergeben, dass die Widerrufsfrist im Schweizer Konsumkreditmarkt kaum genutzt wird. Nur bei maximal 0,6% der abgeschlossenen Kreditverträge kam es zu einem Widerruf. Die verlängerte Widerrufsfrist hatte auch sonst keinen feststellbaren Einfluss auf das Kundenverhalten, denn auch die Häufigkeit der Verzichte auf einen Vertragsabschluss (Nicht-

[Rz 27] Gemäss Art. 16 Abs. 2 KKG beginnt die Widerrufsfrist bei der klassischen Kreditvergabe zu laufen, sobald die Konsumentin bzw. der Konsument eine Kopie des Vertrags erhalten hat. Die Frist gilt als gewahrt, wenn die Widerrufserklärung am letzten Tag der Widerrufsfrist der Kreditgeberin oder der Post übergeben worden ist.

[Rz 28] Wenn ein Kredit über eine Crowdlending-Plattform vermittelt wird, besteht in der Regel eine Vielzahl von Einzelverträgen zwischen einer Konsumentin bzw. einem Konsumenten und mehreren Kreditgeberinnen. Um eine einfache und praktikable Ausübung des Widerrufsrechts sicherzustellen, sieht Art. 16 Abs. 1^{bis} lit. b KKG neu vor, dass die Konsumentin bzw. der Konsument das Widerrufsrecht mittels einer einzigen Erklärung gegenüber der Kreditvermittlerin ausüben kann. Es steht ihr bzw. ihm indes auch frei, die Widerrufserklärung gegenüber jeder einzelnen Kreditgeberin abzugeben (Art. 16 Abs. 1^{bis} lit. a KKG). Die Widerrufsfrist beginnt ausserdem gemäss Art. 16 Abs. 2^{bis} KKG in diesen Fällen erst dann zu laufen, wenn die Konsumentin oder der Konsument eine Kopie des letzten mit einer Kreditgeberin abgeschlossenen Kreditvertrags erhalten hat, wobei hiermit der letzte koordiniert vermittelte Vertrag gemeint ist. Der Widerruf hat Wirkung für alle koordiniert vermittelten Kreditverträge und es obliegt anschliessend der Schwarmkredit-Vermittlerin, die Erklärung den betreffenden Kreditgeberinnen mitzuteilen.

2.3.5. Verzug der Konsumentin bzw. des Konsumenten (Art. 18 KKG)

[Rz 29] Gemäss Art. 17 KKG kann die Kreditgeberin vom Vertrag zurücktreten, wenn Teilzahlungen ausstehend sind, die mindestens 10 Prozent des Nettobetrags des Kredits beziehungsweise des Barzahlungspreises ausmachen. Diese Bestimmung hat im Zuge der Teilrevision des Gesetzes keine Anpassung erfahren. Gleichwohl gilt es an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Schwarmkredit-Vermittlung im Falle eines Verzugs der Konsumentin bzw. des Konsumenten – im Gegensatz zum Anwendungsfall von Art. 7 lit. e KKG – die koordiniert vermittelten Kredite *nicht zusammenzuzählen* sind, um den für den Rücktritt massgeblichen Betrag zu bestimmen. Da es sich bei koordiniert vermittelten Krediten um eine Vielzahl einzelner Konsumkreditverträge handelt, ist es nach Ansicht des Gesetzgebers gerechtfertigt, der einzelnen Kreditgeberin das Rücktrittsrecht zu gewähren, sobald in Bezug auf *ihren* Kredit die Voraussetzungen von Art. 18 KKG erfüllt sind.

2.3.6. Kreditfähigkeitsprüfung (Art. 22 und 27a ff. KKG)

[Rz 30] Die Kreditfähigkeitsprüfung bezweckt die Vermeidung einer Überschuldung der Konsumentin oder des Konsumenten infolge Abschlusses eines Konsumkreditvertrags (vgl. Art. 22 KKG) und verfolgt damit ein sozialpolitisches Ziel. Die Zulässigkeit eines Konsumkreditvertrags wird von der wirtschaftlichen Situation der Konsumentin bzw. des Konsumenten abhängig gemacht.³⁰ Die Bestimmungen über die Kreditfähigkeit (Art. 22 ff. KKG) gelten grundsätzlich für

annahme der Offerte einer Kreditgeberin) veränderte sich nicht (MARTIN BROWN, Die Rolle der Widerrufsfrist im Schweizer Konsumkreditmarkt, Juni 2018, abrufbar unter: <https://www.alexandria.unisg.ch/254346/>, zuletzt besucht am 14. April 2019).

³⁰ Unter dem alten Konsumkreditgesetz vom 8. Oktober 1993 musste die Fähigkeit der Konsumentinnen und Konsumenten, den Kredit zurückzuzahlen, nicht geprüft werden. Im Jahr 1999 bezeichnete der Bundesrat den Konsumentenschutz im Konsumkreditbereich deshalb als mangelhaft unter Hinweis auf jene Konsumentinnen und Konsumenten, die nicht in der Lage sind, ihre wirtschaftliche Situation richtig einzuschätzen und sich dementsprechend im Rahmen einer Kreditaufnahme überschulden. Die Einführung einer gesetzlich vorgeschriebenen

alle dem Gesetz unterstellten Verträge.³¹ Vor der Teilrevision des Konsumkreditgesetzes musste jeweils die Kreditgeberin vor Vertragsabschluss³² die Kreditfähigkeit der Konsumentin bzw. des Konsumenten prüfen (Art. 28 Abs. 1 aKKG).

[Rz 31] Gemäss neuem Art. 27a KKG muss entweder die gewerbsmässig tätige Kreditgeberin *oder* die Schwarmkredit-Vermittlerin vor Vertragsabschluss die Kreditfähigkeit der Konsumentin bzw. des Konsumenten prüfen. Bei koordiniert vermittelten Krediten trifft die Pflicht zur Prüfung der Kreditfähigkeit also nicht die einzelnen privaten Kreditgeberinnen, für welche dies auch weder zumutbar noch – insbesondere angesichts der fehlenden Zugangsberechtigung zur IKO – möglich wäre. Es stellt sich jedoch die Frage, wen die Pflicht zur Prüfung der Kreditfähigkeit und entsprechend eine allfällige Sanktion für eine fehlerhafte Kreditfähigkeitsprüfung trifft, wenn eine gewerbsmässig tätige Kreditgeberin einen Konsumkredit unter Mitwirkung einer Schwarmkredit-Vermittlerin vergibt. Gemäss Gesetzeswortlaut genügt es jedenfalls, wenn eine der beiden diese Prüfung vornimmt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass in der Regel nur die Schwarmkredit-Vermittlerin über alle erforderlichen Informationen verfügen dürfte, um eine Kreditfähigkeitsprüfung gemäss neuem Art. 28 Abs. 5 KKG durchzuführen, weil für koordiniert vermittelte Konsumkreditverträge die Kreditfähigkeit der Konsumentin oder des Konsumenten unter Einbezug aller vermittelten Kredite zu prüfen ist. Um in dieser Konstellation Klarheit zu schaffen und keine widersprechenden Resultate zu produzieren, indem beide eine separate Kreditfähigkeitsprüfung durchführen, ist eine vorgängige vertragliche Regelung zwischen gewerbsmässiger Kreditgeberin und Schwarmkredit-Vermittlerin, beispielsweise in den Nutzungsbedingungen für die Plattform o.ä., zu empfehlen. Dies kann auch mit Blick auf die Sanktionen sinnvoll sein, welche für gewerbsmässig tätige Kreditgeberinnen und Schwarmkredit-Vermittlerinnen unterschiedlich ausgestaltet sind (vgl. dazu nachfolgend Rz. 37 ff.).

[Rz 32] Wie erwähnt, hat gemäss Art. 28 Abs. 5 KKG die Prüfung der Kreditfähigkeit der Konsumentin bzw. des Konsumenten für koordiniert vermittelte Kreditverträge *unter Einbezug aller vermittelten Kredite* zu erfolgen. Es muss mit anderen Worten für alle koordiniert vermittelten Kredite gemeinsam eine Prüfung der Kreditfähigkeit erfolgen. Würde bei der Kreditvergabe über Crowdlending-Plattformen für jeden einzelnen Kredit eine separate Kreditfähigkeitsprüfung durchgeführt, bestünde die Gefahr, dass die Kreditfähigkeit zunächst mit Blick auf eine bestimmte Anzahl von Einzelverträgen zwar gegeben wäre, ab einem bestimmten Vertrag indes nicht mehr bejaht werden könnte (weil die vorangegangenen Kreditverträge die Kreditfähigkeit der Konsumentin bzw. des Konsumenten in der Folge negativ beeinträchtigen).

[Rz 33] An der konkreten Durchführung der Kreditfähigkeitsprüfung bzw. an deren Grundsätzen hat sich mit der Teilrevision des KKG nichts geändert: Die gewerbsmässig tätige Kreditgeberin oder die Schwarmkredit-Vermittlerin prüft, ob die Konsumentin bzw. der Konsument den Konsumkredit innerhalb von 36 Monaten aus dem nicht pfändbaren Teil ihres bzw. seines Einkommens amortisieren kann (vgl. Art. 28 Abs. 2 und 4 KKG), wobei der pfändbare Teil des Ein-

Kreditfähigkeitsprüfung sollte den Schutz dieser Personen verbessern, vgl. Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über den Konsumkredit und Entwurf, BBl 1999 3155, 3165.

³¹ Gewisse Besonderheiten sind beim Abschluss von Leasingverträgen sowie Verträgen für Kredit- und Kundenkarten mit Kreditoption sowie für Überziehungskredite auf laufendem Konto zu beachten (Art. 8 KKG sowie Art. 29 und 30 KKG).

³² Es handelt sich dabei mithin um eine *vorvertragliche* Pflicht der Kreditgeberin, vgl. JÖRG SCHMID, Überschuldungsprävention nach revidiertem KKG (Gesichtspunkte ex ante von Finanzierungen), in: Alexander Brunner/Manfred Rehbinder/Bernd Stauder (Hrsg.), JKR 2002 – Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts, Bern 2003, S. 51 ff., S. 68.

kommens dabei nach den kantonalen Richtlinien über die Berechnung des Existenzminimums zu ermitteln ist (vgl. Art. 28 Abs. 2 KKG). Die gewerbsmässig tätige Kreditgeberin bzw. die Schwarmkredit-Vermittlerin hat bei der Prüfung der Kreditfähigkeit nach Art. 28 Abs. 3 KKG jeweils zwingend den tatsächlich geschuldeten Mietzins, die nach Quellensteuertabelle geschuldeten Steuern sowie Verpflichtungen, die bei der Informationsstelle gemeldet sind, zu berücksichtigen.

2.3.7. Meldung an die IKO und Datenzugang (Art. 23–27 KKG)

[Rz 34] Für die Durchführung der Kreditfähigkeitsprüfung stellt das KKG mit der Pflicht zur Errichtung einer Informationsstelle für Konsumkredit (IKO), der Pflicht zur Meldung gewisser Informationen (insb. Konsumkreditverträge und ausstehende Teilzahlungen) gegenüber der IKO sowie der Regelung über den Zugang zu diesen Informationen das nötige Instrumentarium zur Verfügung. So wurden die Kreditgeberinnen in Art. 23 Abs. 1 KKG verpflichtet, die IKO zu gründen. Die Bestimmung von Art. 24 KKG regelt sodann den Zugang zu den von der IKO gesammelten Daten, während diejenige von Art. 25 KKG die einzelnen Meldepflichten statuiert.

[Rz 35] Die Bestimmung von Art. 23 Abs. 1 KKG wurde im Rahmen der Teilrevision des KKG nun dahingehend präzisiert, dass die Pflicht zur Errichtung einer Informationsstelle nur den *gewerbsmässig* tätigen Kreditgeberinnen obliegt. Ebenfalls angepasst wurde Art. 24 Abs. 1 KKG, der den Zugang zur IKO-Datenbank regelt. Neu haben neben den gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen auch die Schwarmkredit-Vermittlerinnen Zugang zur IKO-Datenbank, soweit sie die Daten zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten benötigen. Die Schaffung der Zugangsberechtigung für nicht gewerbsmässig tätige Kreditgeberinnen war hingegen nicht angezeigt, weil diesen – im Gegensatz zu den neu unterstellten Schwarmkredit-Vermittlerinnen – keine entsprechenden Pflichten obliegen.

[Rz 36] Bei der Meldepflicht ergibt sich im Übrigen dieselbe Problematik wie bereits bei der Pflicht zur Prüfung der Kreditfähigkeit. Gemäss neuem Wortlaut von Art. 25 Abs. 1 KKG muss die gewerbsmässig tätige Kreditgeberin *oder* die Schwarmkredit-Vermittlerin der IKO Meldung erstatten. Die Schwarmkredit-Vermittlerin muss die von ihr vermittelten Kredite jeweils addiert (vgl. auch Art. 7 Abs. 1 lit. e KKG) melden. Soweit die Konsumentin oder der Konsument die Teilzahlungen (Rückzahlung des Kredits) nicht über die Schwarmkredit-Vermittlerin leistet, muss diese dafür sorgen, dass ihr die beteiligten Kreditgeberinnen allfällige Zahlungsausstände melden (Art. 25 Abs. 2 KKG). Die Einzelheiten der Meldung an die IKO sind in der Verordnung zum Konsumkreditgesetz (VKKG) geregelt (vgl. dazu nachstehend Rz. 47 f.).

2.3.8. Sanktionen (Art. 32 und 32a KKG)

[Rz 37] Eine Verletzung der Bestimmungen über die Kreditfähigkeitsprüfung durch die Kreditgeberin ist mit gravierenden, privatrechtlichen Sanktionen bedroht.³³ Diese wurden nun um eine strafrechtliche Sanktion gegen Schwarmkredit-Vermittlerinnen ergänzt. Ausserdem wurde eine Unterscheidung zwischen den gewerbsmässig tätigen und den «privaten» Kreditgeberinnen vorgenommen. Die Sanktionen gemäss Art. 32 KKG richten sich ausschliesslich gegen gewerbsmäs-

³³ BBl 1999 3155, 3186.

sig tätige Kreditgeberinnen, auch wenn sich dies aus der Marginalie von Art. 32 («Sanktionen gegen Kreditgeberinnen») nicht direkt ergibt. Nicht gewerbsmässig tätige Kreditgeberinnen sind hingegen dann betroffen, wenn die Schwarmkredit-Vermittlerin gegen die Meldepflichten oder die Bestimmungen zur Kreditfähigkeitsprüfung verstösst. Sie verlieren in diesem Fall (ebenso wie die gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen) die Zinsen und Kosten (Art. 32a Abs. 2 KKG).

[Rz 38] Seit 1. April 2019 gilt demnach im Detail was folgt:

[Rz 39] Bei einem schwerwiegenden Verstoss gegen die Bestimmungen zur Kreditfähigkeitsprüfung verliert eine *gewerbsmässig tätige Kreditgeberin* die von ihr gewährte Kreditsumme samt Zinsen und Kosten. Die Konsumentin oder der Konsument kann bereits erbrachte Leistungen nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern («*Totalverlust*»).³⁴ Ein Verstoss gegen die Meldepflichten sowie ein geringfügiger Verstoss gegen die Bestimmungen zur Kreditfähigkeitsprüfung führen demgegenüber «nur» zum Verlust von Zinsen und Kosten bei einer gewerbsmässig tätigen Kreditgeberin, womit die Konsumentin bzw. der Konsument einen «*Gratiskredit*» bekommt.³⁵ Das Gesetz enthält keine Anhaltspunkte für die Abgrenzung zwischen schwerwiegenden und geringfügigen Verstössen. Mit der wohl überwiegenden Lehrmeinung ist für die Unterscheidung auf das Verschulden abzustellen, mithin zwischen Vorsatz/Eventualvorsatz und Fahrlässigkeit³⁶ bzw. zwischen grob und leicht fahrlässigem Verhalten zu unterscheiden.³⁷ Der Vorentwurf vom 14. Juli 2017 für die Teilrevision wollte diese Rechtsunsicherheit im Sinne der überwiegenden Lehrmeinung mittels der Klarstellung im Gesetz beseitigen. Letztlich wurde auf diese Klarstellung aber verzichtet.

[Rz 40] Die Schaffung der neuen Rolle der *Schwarmkredit-Vermittlerin* bzw. deren Unterstellung unter das KKG machte eine Erweiterung der Sanktionsregelung erforderlich: Eine Verletzung der Pflicht zur Meldung und Durchführung der Kreditfähigkeitsprüfung sollte auch im Falle der Mitwirkung einer Schwarmkredit-Vermittlerin sanktioniert werden. Die Regelung für die gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen konnte nicht unesehen auf Schwarmkredit-Vermittlerinnen ausgedehnt werden, da diese nur eine Vermittlungstätigkeit ausüben bzw. selber gerade eben keine Kredite gewähren. Gemäss Art. 32a Abs. 1 KKG führt der Verstoss gegen die Melde- und Kreditfähigkeitsprüfungspflichten durch Schwarmkredit-Vermittlerinnen deshalb neu zu einer *Busse* bis zu CHF 100'000.00. Diese Bestimmung unterscheidet nicht zwischen «schwerwiegenden» und «geringfügigen» Verstössen. Dem Grad des Verschuldens dürfte jedoch im Rahmen der Berechnung der Busse im Einzelfall Rechnung getragen werden.

[Rz 41] Die *nicht gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen* verlieren gemäss Art. 32a Abs. 2 KKG die Zinsen und Kosten, falls die Schwarmkredit-Vermittlerin ihren Pflichten zur Meldung und zur Prüfung der Kreditfähigkeit nicht vollumfänglich nachkommt. Es ist ihnen deshalb zu empfehlen, genau zu prüfen, ob die Schwarmkredit-Vermittlerin die entsprechenden Regeln einhält oder zumindest sicherzustellen, dass der Rückgriff auf die fehlbare Schwarmkredit-Vermittlerin für

³⁴ KOLLER-TUMLER (Fn. 14), S. 41; ROBERT SIMMEN, Barkredit und Teilzahlungsverträge unter dem neuen Konsumkreditgesetz, in: Markus Hess/Robert Simmen (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich/Basel/Genf 2002, S. 35 ff., S. 55; FELIX SCHÖBI, Das Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit im Überblick, in: Markus Hess/Robert Simmen (Hrsg.), Das neue Konsumkreditgesetz (KKG), Zürich/Basel/Genf 2002, S. 7 ff., S. 18.

³⁵ KOLLER-TUMLER (Fn. 14), S. 41 f.

³⁶ SCHÖBI (Fn. 43), S. 18; SIMMEN (Fn. 43), S. 55; KOLLER-TUMLER (Fn. 14), S. 41.

³⁷ FAVRE-BULLE (Fn. 20), Art. 32 Rz. 6.

die verlorenen Zinsen und Kosten nicht vertraglich, beispielsweise in den Nutzungsbedingungen für die Plattform o.ä., ausgeschlossen wird.

2.3.9. Weitere Bestimmungen

[Rz 42] Die Bestimmung von Art. 34 Abs. 1 KKG bezeichnet die für die Berechnung des effektiven Jahreszinses (welcher einen zwingenden Vertragsinhalt von Konsumkreditverträgen bildet; vgl. Art. 9 ff. KKG)³⁸ massgebenden Kosten. Demnach sind für die Berechnung die Gesamtkosten des Kredits für die Konsumentin oder den Konsumenten im Sinne von Art. 5 KKG, einschliesslich des Kaufpreises, massgebend. Als Gesamtkosten des Kredits gelten nach Art. 5 KKG sämtliche Kosten, einschliesslich der Zinsen und sonstigen Kosten, welche die Konsumentin oder der Konsument für den Kredit zu bezahlen hat und drücken damit die finanzielle Gesamtbelastung der Konsumentin bzw. des Konsumenten im Zusammenhang mit dem Kredit aus. Gemäss Art. 34 Abs. 4 KKG sind die Kosten für Versicherungen und Sicherheiten für die Berechnung des effektiven Jahreszinses so weit zu berücksichtigen, als die gewerbsmässig tätige Kreditgeberin oder die Schwarmkredit-Vermittlerin eine solche Versicherung bzw. Sicherheit für die Kreditgewährung zwingend vorschreibt *und* soweit diese Versicherung bzw. Sicherheit der gewerbsmässig tätigen Kreditgeberin oder der Schwarmkredit-Vermittlerin bei Tod, Invalidität, Krankheit oder Arbeitslosigkeit der Konsumentin oder des Konsumenten die Rückzahlung des Kredits sicherstellen soll. Dient eine Versicherung bzw. eine Sicherheit dazu, den Ausfall der nicht gewerbsmässigen Kreditgeberinnen abzusichern, müssen die entsprechenden Kosten nicht in die Berechnung des effektiven Jahreszinses einbezogen werden (Art. 34 Abs. 4 KKG e contrario). Allerdings sind solche Kosten, die regelmässig als Teil der Gesamtkosten im Sinne von Art. 5 KKG zu qualifizieren sein dürften, bei Bar- und Objektkrediten separat im Vertrag aufzuführen (Art. 9 Abs. 2 lit. d bzw. Art. 10 i.V.m. Art. 9 Abs. 2 lit. d KKG).³⁹

[Rz 43] Art. 35 KKG, welcher festhält, dass die Konsumentinnen und Konsumenten einer Kreditvermittlerin keine Entschädigung für die Vermittlung eines Kredits schulden und Aufwendungen der Kreditgeberinnen für die Kreditvermittlung Teil der Gesamtkosten im Sinne von Art. 5 und 34 Abs. 1 KKG bilden, wurde unverändert beibehalten. Das neue KKG versteht unter dem Oberbegriff «Kreditvermittlerin» gemäss Art. 4 KKG sowohl die «klassische» als auch die Schwarmkredit-Vermittlerin. Ebenso werden die gewerbsmässig tätigen und die nicht gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen in Art. 2 KKG unter dem Oberbegriff «Kreditgeberin» geführt. Entsprechend ist davon auszugehen, dass die Bestimmung von Art. 35 KKG trotz unverändertem Wortlaut auch für die neu ins KKG aufgenommenen Schwarmkredit-Vermittlerinnen und die nicht gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen gilt.

[Rz 44] Das Verbot aggressiver Werbung für Konsumkredite in Art. 36a KKG (inkl. der Strafan drohung in Art. 36b KKG) gilt grundsätzlich und ist deshalb von allen Beteiligten zu beachten. Die privatrechtliche Vereinbarung zur Umschreibung des Begriffs der aggressiven Werbung wurde von gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen abgeschlossen.⁴⁰ Der neue Art. 36a Abs. 2 KKG

³⁸ Die Angabe des effektiven Jahreszinses im Kreditvertrag soll dem Konsumenten die bessere Vergleichbarkeit verschiedener Angebote ermöglichen, d.h. Transparenz schaffen.

³⁹ FAVRE-BULLE, (Fn. 20), Art. 9 Rz. 24 ff.; GIGER (Fn. 23) Teil II, Rz. 102.

⁴⁰ Konsumfinanzierung Schweiz, <https://konsumfinanzierung.ch/115/rechtliches/werbekonvention>, zuletzt besucht am 17. April 2019.

schreibt auch weiterhin keine Beteiligung der Schwarmkredit-Vermittlerinnen an dieser Vereinbarung vor, womit eine solche aber auch nicht ausgeschlossen wird.

[Rz 45] Art. 39 KKG regelt die Bewilligungspflicht für die Gewährung und Vermittlung von Konsumkrediten. Diese Bestimmung wurde dahingehend präzisiert, dass nur die gewerbsmässige Gewährung sowie die Vermittlung von Konsumkrediten einer kantonalen Bewilligungspflicht zu unterstellen sind, während eine Bewilligungspflicht für «private» Kreditgeberinnen nicht als gerechtfertigt erachtet wurde. Bewilligungspflichtig sind demnach die gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen, die «klassischen» Kreditvermittlerinnen und die Schwarmkredit-Vermittlerinnen.

2.4. Einzelne Anpassungen in der VKKG

2.4.1. Generelles

[Rz 46] Die oben beschriebenen Änderungen im Konsumkreditgesetz erfordern entsprechende Anpassungen der Verordnung zum Konsumkreditgesetz (VKKG). Die VKKG enthält unter anderem Ausführungsbestimmungen zur IKO und dem zugehörigen Informationssystem sowie zu den Bewilligungsvoraussetzungen für die Vergabe und Vermittlung von Konsumkrediten. Diese Bestimmungen haben im Zuge der Teilrevision gewisse Anpassungen erfahren; zudem wurde die VKKG um eine Übergangsbestimmung ergänzt.

2.4.2. Informationssystem über Konsumkredite (Art. 3 VKKG)

[Rz 47] Im Rahmen der Teilrevision erfolgte eine Präzisierung von Art. 3 VKKG: Neu macht die IKO die gesammelten Daten den gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen wie auch den Schwarmkredit-Vermittlerinnen zugänglich (Abs. 2 und 3). Ebenso sind diese beiden auf der Liste der Informationsstelle aufzuführen (Abs. 4). Die Kreditgeberinnen, die nicht gewerbsmässig Konsumkredite vergeben, haben dagegen (nach wie vor) keinen Zugang zur Informationsstelle.

[Rz 48] Die IKO hat ihre Statuten inzwischen ebenfalls dahingehend angepasst, dass nicht nur Kreditgeberinnen, sondern auch Schwarmkredit-Vermittlerinnen als zugangsberechtigte Mitglieder aufgenommen werden können (vgl. Art. 5 der Statuten).⁴¹

2.4.3. Dritter Abschnitt (Bewilligungsvoraussetzungen)

[Rz 49] Der Anwendungsbereich der Bestimmungen zu den Bewilligungsvoraussetzungen im dritten Abschnitt der VKKG (Art. 4–8a VKKG) wurde auf die «neuen» Schwarmkredit-Vermittlerinnen erweitert. Die Bestimmung von Art. 39 KKG schreibt vor, dass die gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen sowie die Vermittlerinnen, d.h. sowohl die «klassischen» Vermittlerinnen als auch die «neuen» Schwarmkredit-Vermittlerinnen einer kantonalen Bewilligungspflicht unterstehen (vgl. oben Rz. 45). Sämtliche Bestimmungen der VKKG, die sich auf die Bewilligungspflicht von Art. 39 KKG beziehen, d.h. der gesamte dritte Abschnitt findet damit aus systematischen Überlegungen auf die gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen sowie auf die beiden

⁴¹ Verein zur Führung einer Informationsstelle für Konsumkredit, Statuten, <https://www.iko-info.ch/getattachment/5103fd78-3098-4e64-8317-c3a54e963c78/DD-013-I-IKO-Statuten-V1-1-2010-03-31.aspx>, zuletzt besucht am 12. April 2019.

Kategorien von Kreditvermittlerinnen Anwendung. Eine weitergehende begriffliche Klarstellung in der Verordnung in diesem Abschnitt erachtete der Bundesrat nicht als erforderlich.⁴² Es gilt daher zu beachten, dass in diesem Abschnitt der Verordnung mit «Kreditgeberin» immer nur die gewerbsmässig tätige Kreditgeberin und mit «Kreditvermittlerin» immer sowohl die «klassische» Kreditvermittlerin als auch die «neue» Schwarmkreditvermittlerin gemeint ist.

[Rz 50] Eine spezielle Regelung für die Schwarmkredit-Vermittlerinnen erachtete der Bundesrat in diesem dritten Abschnitt nur bei der Höhe der Versicherungssumme resp. dem auf einem Sperrkonto zu hinterlegenden Betrag (Art. 7a VKKG) als angezeigt. Die gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen haben (weiterhin) einen Betrag in der Höhe von CHF 500'000.00 zu versichern oder zu hinterlegen. Bei den Kreditvermittlerinnen sind es (ebenfalls weiterhin) CHF 10'000.00. Die Unterschiede bei diesen Beträgen wurden mit den unterschiedlichen Pflichten und damit mit den unterschiedlichen Risiken gerechtfertigt, welche durch die Beträge abgesichert werden müssen. Für die neu unterstellten Schwarmkredit-Vermittlerinnen wird eine Sicherheit von CHF 100'000 gefordert (Art. 7a Abs. 1 lit. c VKKG). Im Unterschied zu den «klassischen» Kreditvermittlerinnen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KKG obliegt den Schwarmkredit-Vermittlerinnen wie den gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen die Pflicht, die Kreditfähigkeitsprüfung gemäss den gesetzlichen Bestimmungen von Art. 22 ff. KKG vorzunehmen. Damit haben sie gegenüber den «klassischen» Kreditvermittlern ein erhöhtes Haftungsrisiko (insb. gegenüber den nicht gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen aus Regress), welches mit der höheren Sicherheitsleistung abgedeckt werden soll.

2.4.4. Anpassung von Art. 9b VKKG (Übergangsbestimmung)

[Rz 51] Die Übergangsbestimmung von Art. 9b VKKG verpflichtet Schwarmkredit-Vermittlerinnen, laufende, unter ihrer Mitwirkung zustande gekommene Konsumkreditverträge, innert einer Frist von drei Monaten ab Inkrafttreten der VKKG (d.h. bis *spätestens 1. Juli 2019*) der IKO zu melden.

3. Schriftformerfordernis – eine Forderung bleibt bestehen

[Rz 52] Nochmals zurück an den Anfang dieses Beitrags: Wie erwähnt, hat der Bundesrat im Rahmen seiner Abklärungen zum Handlungsbedarf in Bezug auf den Abbau von Innovationshürden für FinTech-Unternehmen das Schriftformerfordernis für Konsumkreditverträge als Innovationshürde identifiziert, weil das derzeitige Schriftformerfordernis im Konsumkreditgesetz den reinen online-Vertragsabschluss faktisch verunmögliche. Dennoch wurden die Formvorschriften im Rahmen der Teilrevision des KKG nicht angepasst (vgl. oben Rz. 2–5). Hierzu folgende Überlegungen:

[Rz 53] Eine Funktion der Schriftformerfordernisse im KKG ist der Schutz der erklärenden Person vor unüberlegten oder übereilten Entscheidungen. Dieser Schutz kann in einer digital-verträglichen Weise beispielsweise durch zwingende Warnhinweise, welche von der erklärenden Person zu bestätigen sind, erzwungene Bedenkfristen (z.B. durch eine zeitlich verzögerte Aktivierung eines weiterführenden Links) oder durch Widerrufsmöglichkeiten, die im KKG bereits enthalten

⁴² Revision der Bankenverordnung (BankV) «FinTech-Bewilligung», Erläuterungen, S. 22 f.

sind (Art. 16 KKG), gesetzlich umgesetzt werden. Zudem sei darauf hingewiesen, dass auch die Beurteilung der Schutzbedürftigkeit von erklärenden Personen einem Wandel unterworfen ist. So kann beispielsweise der Vermögensverwaltungsvertrag bereits in einer «durch Text nachweisbaren Form» abgeschlossen werden.⁴³

[Rz 54] Die Schriftformerfordernisse im KKG (wie auch andernorts) können auch eine Beweisfunktion erfüllen. Handschriftlich unterzeichnete Schriftstücke können die vertraglichen Vereinbarungen zwischen den beteiligten Parteien beweissicher festhalten. Zu Beweis Zwecken wären jedoch längst kein Papier und keine eigenhändige Unterschrift mehr nötig. Vielmehr könnten in digitaler Form noch viel mehr Tatsachen (Einverständniserklärungen, Vertragsannahmen etc.) und sogar deren Zustandekommen (einzelne Klicks oder ein SMS einer erklärenden Person, die dazu benötigte Zeit etc.) beweissicher digital aufgezeichnet werden.

[Rz 55] Die Forderung nach dem Abbau der Schriftformerfordernisse im KKG bleibt deshalb aktuell und ist aus Sicht der Autoren insbesondere auch deshalb legitim, weil – wie oben gezeigt – die Funktionen der Formvorschriften im KKG auch in einer Weise abgebildet werden könnten, dass sie mit digitalen Geschäftsmodellen kompatibel sind.

4. Fazit und Ausblick

[Rz 56] Die Deregulierungsmassnahmen im Bankenrecht, die im Zuge der FinTech-Vorlage umgesetzt wurden, allen voran die FinTech-Bewilligung, führten zwar zu einem Abbau von Hürden für bestimmte Geschäftsmodelle, was mit Blick auf die Intensivierung des Innovationswettbewerbs durchaus zu begrüssen ist. Demgegenüber verursachten die parallel dazu vorgenommenen Anpassungen der Konsumkreditgesetzgebung mit der Unterstellung von Schwarmkredit-Vermittlerinnen unter gleichzeitigem Verzicht auf einen Abbau der Formvorschriften insgesamt eine Zunahme der Regulierungsdichte für einen Teil jener Unternehmen, für welche die regulatorischen Hürden im Rahmen der FinTech-Vorlage eigentlich hätten gesenkt werden sollen.

[Rz 57] Die Unterstellung bestimmter Crowdlending-Plattformbetreiber (Schwarmkredit-Vermittlerinnen) unter das Konsumkreditgesetz ist aus rechtspolitischer Sicht im Grundsatz nicht zu beanstanden. Schwarmkredit-Vermittlerinnen haben im Rahmen der Kreditvergabe an Konsumenten – sozusagen stellvertretend für die nicht gewerbsmässig tätigen Kreditgeberinnen aus der Crowd – die Einhaltung der Bestimmungen des Konsumkreditgesetzes sicherzustellen. So sind inhaltlich weitgehend vorgegebene Konsumkreditverträge abzuschliessen, eine Kreditfähigkeitsprüfung durchzuführen und Meldungen bei der IKO zu erstatten. Auch bereits laufende Konsumkreditverträge sind der IKO bis spätestens am 1. Juli 2019 nachzumelden.

[Rz 58] Eine grosse Hürde für Digitalisierung und Innovation stellen die nach wie vor bestehenden strengen Formvorschriften – beispielsweise im KKG das Schriftlichkeitserfordernis für Konsumkreditverträge, aber auch die in Praxis unterschiedlich ausgelegte Regelung von Art. 82 SchKG – dar. Diese führen zu Medienbrüchen und damit zu einer Vermischung digitaler und physischer Voraussetzungen, was einen rein digitalen Ablauf von Geschäftsprozessen verunmöglicht. Um die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandorts Schweiz zu gewährleisten,

⁴³ Vgl. FINMA-RS 2009/1 «Eckwerte zur Vermögensverwaltung».

sollten Erleichterungen von Schriftformerfordernissen auf politischer Ebene diskutiert und möglichst bald umgesetzt werden.

Dr. CORNELIA STENDEL, Partnerin bei Kellerhals Carrard, Rechtsanwältin für Finanzdienstleistungsrecht und Datenschutz mit besonderer Erfahrung in der rechtlichen Analyse neuer Produkte, (Zahlungs-)Systeme und Technologien (FinTech, IoT, Blockchain-Technologien), Geschäftsführerin des Schweizerischen Leasingverbands und Mitglied der Geschäftsleitung von Swiss FinTech Innovations.

LUCA STÄUBLE, Mitarbeiter bei Kellerhals Carrard, Rechtsanwalt für Allgemeines Vertragsrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht (insb. Kartellrecht) sowie Datenschutzrecht.