

Band 142

Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Rolf H. Weber
Prof. Dr. Rolf Sethe
Prof. Dr. Susan Emmenegger

Nico Hess

Geltungsbereich der bewilligungspflichtigen Tätigkeiten im Bankenrecht de lege lata und de lege ferenda

Schulthess § 2023

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialien- und Regularienverzeichnis	LIII
A. Gesetzes- und Verordnungsentwürfe	LIII
B. Bundesrat	LIII
C. EFD	LV
D. Vernehmlassungsantworten	LVII
E. FINMA	LIX
F. EBK	LXI
G. SNB	LXI
H. Expertenberichte	LXII
I. Weitere Materialien und Regularien	LXII
Abbildungsverzeichnis	LXIII
Abkürzungsverzeichnis	LXV
Einleitung	1
A. Ausgangslage	1
B. Zielsetzung	3
C. Gang der Untersuchung	5
1. Teil: Grundlagen	9
I. Geltungsbereich der bewilligungspflichtigen Tätigkeiten	11
A. Geltungsbereiche eines Erlasses	11
1. Räumlicher Geltungsbereich	12
2. Persönlicher Geltungsbereich	12
3. Sachlicher Geltungsbereich	13
4. Zeitlicher Geltungsbereich	14
B. Bedeutung der Bewilligungspflicht	14
1. Begriffsbestimmung und Abgrenzung	15
a. Bewilligungspflicht	15

b.	Bewilligungsfähigkeit	17
c.	Hierarchie der bankenrechtlichen Bewilligungstypen	19
aa.	Bankbewilligung (Art. 1a BankG).....	20
bb.	Fintech-Bewilligung (Art. 1b Abs. 1 BankG).....	21
cc.	Bewilligung als Zweigniederlassung einer ausländischen Bank (Art. 2 Abs. 1 Bst. a ABV-FINMA)	22
dd.	Bewilligung als Vertretung einer ausländischen Bank (Art. 2 Abs. 1 Bst. b ABV-FINMA)	22
d.	Exkurs: Zulässigkeit einer freiwilligen Bewilligung?	23
e.	Fazit.....	25
2.	Rechtsfolgen einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit ohne Bewilligung (unerlaubte Tätigkeit).....	27
a.	Aufsichtsrechtliche Konsequenzen.....	27
aa.	Vorsorgliche Massnahmen	29
bb.	Feststellung der unerlaubten Tätigkeiten (Art. 32 FINMAG).....	30
cc.	Unterlassungsanweisung.....	30
dd.	Veröffentlichung der Verfügung (Art. 34 FINMAG)	31
ee.	Auflösung von juristischen Personen (Art. 37 Abs. 2 und 3 FINMAG i.V.m. Art. 23 ^{quinquies} BankG)	32
b.	Strafrechtliche Konsequenzen	33
aa.	Unbefugte Entgegennahme von Publikums- oder Spareinlagen (Art. 46 Abs. 1 Bst. a BankG)	34
bb.	Unbefugte Verwendung der Begriffe «Bank», «Bankier» oder «Sparen» (Art. 49 Abs. 1 Bst. a BankG).....	34
cc.	Unbefugte Werbung für die Entgegennahme von Publikums- oder Spareinlagen (Art. 49 Abs. 1 Bst. c BankG).....	35
dd.	Tätigkeit ohne Bewilligung (Art. 44 FINMAG)	35
II.	Rechtliche Grundlagen der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten	37
A.	Internationale Vorgaben	37
B.	Bundesverfassung (BV).....	39
1.	Ausgangslage: Wirtschaftsfreiheit	39
2.	Anforderungen an Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit.....	40
a.	Legalitätsprinzip	40
aa.	Inhalt.....	41
(1)	Erfordernis der genügenden Normstufe	41
(2)	Erfordernis der genügenden Normdichte	43
bb.	Relativierung im Finanzmarktrecht	45
(1)	Prinzipienbasierte Regulierung	45
(2)	Technisches Ermessen der FINMA.....	47
b.	Öffentliches Interesse	48
aa.	Individualschutz.....	49

bb.	Funktionsschutz.....	52
c.	Verhältnismässigkeitsprinzip.....	53
aa.	Inhalt.....	53
(1)	Eignung.....	53
(2)	Erforderlichkeit.....	54
(3)	Zumutbarkeit.....	55
bb.	Bedeutung für die bankenrechtlichen Bewilligungspflichten	55
d.	Prinzip der Wettbewerbsneutralität	57
aa.	Gleichbehandlung der Konkurrenten	58
bb.	Technologieneutralität	59
cc.	Wirtschaftliche Betrachtungsweise.....	61
C.	Bankengesetz (BankG).....	64
1.	Art. 1 BankG.....	65
a.	Abs. 1 – Unterstellung von Banken, Privatbankiers und Sparkassen	65
aa.	Banken im engeren Sinn	66
(1)	Begriffsbestimmung.....	66
(2)	Bedeutung für die Bewilligungspflicht	68
bb.	Privatbankiers	68
(1)	Begriffsbestimmung.....	68
(2)	Bedeutung für die Bewilligungspflicht	70
cc.	Sparkassen	71
(1)	Begriffsbestimmung.....	71
(2)	Bedeutung für die Bewilligungspflicht	72
dd.	Fazit.....	72
b.	Abs. 2 – Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen	73
c.	Abs. 3 und 5 – Ausnahmen bestimmter Personen von der Bewilligungspflicht	73
d.	Abs. 4 – Verwendungsverbot der Begriffe «Bank» oder «Bankier»	74
2.	Art. 1a BankG.....	74
3.	Art. 1b BankG.....	77
4.	Art. 2 BankG.....	78
5.	Art. 15 BankG.....	78
D.	Bankenverordnung (BankV).....	79
1.	Art. 3 BankV.....	81
2.	Art. 5 BankV.....	81
3.	Art. 5a BankV.....	81
4.	Art. 6 BankV.....	82
5.	Art. 7 BankV.....	83
E.	Regularien und Praxis der FINMA	83
1.	Auslandbankenverordnung (ABV-FINMA).....	83

2.	Rundschreiben «Publikumseinlagen bei Nichtbanken» (FINMA-RS 08/3)....	84
3.	Publikationen zur FINMA-Praxis	85
III.	Entwicklungen der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten	89
A.	Die bankenrechtlichen Bewilligungspflichten bis zur Fintech-Vorlage.....	89
B.	Fintech-Vorlage.....	91
1.	Inhalt der Fintech-Vorlage	92
2.	Zeitliche Abfolge des Regulierungsprozesses.....	95
3.	Auswirkungen auf die bankenrechtlichen Bewilligungspflichten	97
C.	DLT-Vorlage.....	98
1.	Inhalt der DLT-Vorlage	98
2.	Zeitliche Abfolge des Regulierungsprozesses.....	99
3.	Auswirkungen auf die bankenrechtlichen Bewilligungspflichten	102
2. Teil:	Räumlicher Geltungsbereich	105
I.	Räumlicher Geltungsbereich de lege lata	107
A.	Ausgangslage: Territorialitätsprinzip.....	107
B.	Rechtliche Grundlagen	108
1.	BankG/BankV.....	108
2.	ABV-FINMA.....	110
C.	Räumliche Anknüpfungspunkte der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten ...	111
1.	Übersicht.....	111
2.	Anknüpfungspunkte für inländische Personen	112
a.	Schweizerischer Handelsregistereintrag einer juristischen Person	112
b.	Wohnsitz einer natürlichen Person	114
3.	Anknüpfungspunkte für ausländische Banken mit Geschäftstätigkeiten in der Schweiz.....	116
a.	Harmonisierte Bewilligungspflichten für ausländische Banken und Finanzinstitute	116
b.	Ausländische Bank gemäss Art. 1 Abs. 1 ABV-FINMA.....	118
aa.	Ausländische Unternehmen	119
bb.	Ausländische Bankbewilligung	120
cc.	Verwendung der Begriffe «Bank» oder «Bankier».....	122
dd.	Betrieb einer Banktätigkeit	124
c.	Übersicht über die verschiedenen Geschäftstätigkeiten einer ausländischen Bank	125
d.	Tochtergesellschaft einer ausländischen Bank	127
e.	Faktisch nach schweizerischem Recht organisierte Bank gemäss Art. 1 Abs. 2 ABV-FINMA.....	129

aa.	Tatsächliche Leitung in der Schweiz	132
bb.	Überwiegende Geschäftsabwicklung in oder von der Schweiz....	135
cc.	Ausreichende gesetzliche Grundlage?	140
dd.	Exkurs: Gegenrechtserfordernis gemäss Art. 3 Abs. 2 ABV- FINMA	141
f.	Zweigniederlassung einer ausländischen Bank	143
aa.	Bedeutung der physischen Präsenz	145
bb.	Beschäftigung von Personen in der Schweiz	146
(1)	«Personen».....	147
(2)	«In der Schweiz».....	147
(3)	«Beschäftigung»	148
cc.	Dauernde und gewerbmässige Tätigkeit für die ausländische Bank in der oder von der Schweiz aus.....	150
(1)	«Dauerhaftigkeit»	150
(2)	«Gewerbmässigkeit»	153
(3)	«Tätigkeit im Namen der ausländischen Bank».....	156
(4)	«In der Schweiz oder von der Schweiz aus»	156
dd.	Tätigkeiten einer (faktischen) Zweigniederlassung	157
(1)	Organisatorische Mindestanforderungen?.....	157
(2)	Erfasste Tätigkeiten	160
ee.	Fazit.....	163
g.	Vertretung einer ausländischen Bank	164
aa.	Physische Präsenz.....	166
(1)	Gewerbmässigkeit	166
(2)	Fiktive physische Präsenz	167
bb.	Tätigkeiten einer Vertretung.....	169
(1)	Erfasste Tätigkeiten	169
(2)	Erforderliche Anbindungsintensität zur ausländischen Bank.....	173
cc.	Abgrenzungsfragen.....	177
(1)	Abgrenzung zu den bewilligungspflichtigen Zweigniederlassungstätigkeiten	177
(2)	Abgrenzung zu den bewilligungsfreien grenzüber- schreitenden Tätigkeiten	178
dd.	Fazit.....	179
h.	Bewilligungsfreie grenzüberschreitende Tätigkeiten.....	181
D.	Zusammenfassendes Prüfprogramm.....	183
II.	Räumlicher Geltungsbereich de lege ferenda.....	185
A.	Grundsatzfragen	185
1.	Verschärfung der Bewilligungspflichten für ausländische Personen?.....	185
a.	Ausgangslage: Liberales Schweizer Bewilligungsregime	186

b.	Argumente für eine Verschärfung der Bewilligungspflichten ausländischer Personen.....	188
c.	Argumente gegen eine Verschärfung der Bewilligungspflichten ausländischer Personen.....	189
d.	Fazit.....	192
2.	Zusätzliche Bewilligungspflichten für Zweigniederlassungen und Vertretungen von ausländischen Personen nach Art. 1b BankG?	195
3.	Stufengerechtigkeit der Bewilligungspflichten für ausländische Personen?	197
B.	Konkrete Reformvorschläge.....	199
1.	Bankengesetz de lege ferenda (nBankG)	201
a.	Art. 1 nBankG – Gegenstand und Zweck	201
b.	Art. 2 nBankG – Räumlicher Geltungsbereich	203
2.	Bankenverordnung de lege ferenda (nBankV)	206
a.	Art. 1 nBankV – Gegenstand.....	206
b.	Art. 2 nBankV – Ausländische Bank / Ausländischer Zahlungsmittelverwahrer.....	207
c.	Art. 3 nBankV – Tätigkeit als Vertretung.....	210
3. Teil: Persönlicher Geltungsbereich		213
I.	Persönlicher Geltungsbereich de lege lata	215
A.	Bewilligungspflichtige Tätigkeit einer Einzelperson.....	215
1.	Grundsatz.....	215
a.	Inländische natürliche und juristische Personen	215
b.	Ausländische juristische Personen.....	216
2.	Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich	217
a.	Personen gemäss Art. 1 Abs. 3 BankG.....	217
aa.	Ausgenommene Personen.....	217
bb.	Kritische Würdigung	220
b.	Banken mit Sonderstatus gemäss Art. 1 Abs. 5 BankG.....	222
aa.	Schweizerische Nationalbank	222
bb.	Pfandbriefzentralen.....	223
cc.	Bank für Internationalen Zahlungsausgleich	223
c.	Nichtbanken gemäss Art. 3 BankV	224
aa.	Erfasste bewilligungspflichtige Tätigkeiten.....	225
bb.	Ausgenommene Personen.....	227
(1)	Körperschaften des öffentlichen Rechts.....	227
(2)	Anstalten des öffentlichen Rechts	228
(3)	Kassen mit vollumfänglicher öffentlicher Haftung	229
(4)	Weitere juristische Personen des öffentlichen Rechts?	230
(5)	Kritische Würdigung.....	233

d.	Institute gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. d BankV	236
aa.	Erfasste bewilligungspflichtige Tätigkeiten.....	236
bb.	Ausgenommene Personen.....	238
(1)	Versicherungsunternehmen.....	238
(2)	Sozialversicherungseinrichtungen und Ausgleichskassen...	241
(3)	Einrichtungen der beruflichen Vorsorge	241
3.	Fazit	242
B.	Bewilligungspflichtige Tätigkeit einer Gruppe.....	243
1.	Ausgangslage: Wirtschaftliche Betrachtungsweise	244
2.	Tatbestandselemente einer Gruppe	247
a.	Enge wirtschaftliche, organisatorische oder personelle Verflechtungen.....	248
aa.	Art der Verflechtungen	248
(1)	Wirtschaftliche Verflechtungen	248
(2)	Organisatorische Verflechtungen.....	250
(3)	Personelle Verflechtungen	251
bb.	Ausmass der Verflechtungen.....	252
b.	Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung	253
c.	Kritische Würdigung.....	254
aa.	Koordiniertes Vorgehen.....	256
bb.	Massgeblicher Beitrag mehrerer Personen.....	257
(1)	Aktiver Beitrag einer natürlichen oder juristischen Person.	258
(2)	Passiver Beitrag eines Organs einer involvierten juristischen Person	260
3.	Fazit	263
C.	Zusammenfassendes Prüfprogramm	264
II.	Persönlicher Geltungsbereich de lege ferenda	266
A.	Grundsatzfragen	266
1.	Gesetzliche Grundlage für bewilligungspflichtige Tätigkeiten einer Gruppe?.....	266
2.	Gesetzlicher Negativkatalog?.....	269
B.	Konkrete Reformvorschläge.....	270
1.	Bankengesetz de lege ferenda (nBankG)	271
a.	Art. 3 nBankG – Persönlicher Geltungsbereich.....	271
2.	Bankenverordnung de lege ferenda (nBankV)	274
a.	Art. 4 nBankV – Gruppe	274
4. Teil: Sachlicher Geltungsbereich.....		277
I.	Sachlicher Geltungsbereich de lege lata	279

A.	Übersicht über die bewilligungspflichtigen Tätigkeiten	279
1.	Erfasste Aktivitäten.....	280
a.	Gewerbmässige Entgegennahme (Verwahrungsgeschäfte).....	280
b.	Werbetätigkeiten für Verwahrungsgeschäfte.....	281
c.	Spezialfall: (Beabsichtigte) Aktivgeschäfte mit erheblicher Refinanzierung durch mehrere Banken	281
aa.	Entstehungsgeschichte	282
bb.	Tatbestandselemente.....	283
	(1) Erhebliche Refinanzierung durch mehrere Banken	283
	(2) Beabsichtigter Betrieb von Aktivgeschäften	285
2.	Erfasste Vermögenswerte.....	288
a.	Publikumseinlagen	288
b.	Sammelverwahrte kryptobasierte Vermögenswerte	289
c.	Spezialfall: Spareinlagen	290
aa.	Entstehungsgeschichte.....	291
bb.	Begriffsbestimmung	293
cc.	Bewilligungspflichtige Tätigkeiten.....	294
	(1) Entgegennahme von Spareinlagen	294
	(2) Verwendung des Begriffs «Sparen».....	297
3.	Fazit	299
B.	Gewerbmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen	302
1.	Einlagen im weiteren Sinn (Art. 5 Abs. 1 BankV).....	304
a.	Entstehungsgeschichte.....	305
b.	Tatbestandselemente	306
aa.	Entgegennahme von Vermögenswerten.....	308
	(1) Erfasste Vermögenswerte	308
	(a) Geld.....	309
	(b) Kryptobasierte Vermögenswerte?	311
	(c) Weitere Vermögenswerte?	312
	(2) Art und Weise der Entgegennahme.....	314
bb.	Auszahlungsverpflichtung	315
	(1) Erfasste Vermögenswerte	316
	(2) (Wertentwicklungsabhängige) Verpflichtung aus Fremdkapital.....	318
	(3) Primäre vertragliche Auszahlungsverpflichtung	321
	(4) Verpflichtung zur Leistung an einen Dritten?	322
	(5) Bedingte Verpflichtungen?	324
cc.	Zugehörigkeit zur Konkursmasse des Schuldners	327
	(1) Konkursmasse des Schuldners	328
	(2) Fehlende Aussonderbarkeit.....	331
	(a) Zivilrechtliche Aussonderungsgründe.....	332
	(b) Konkursrechtliche Aussonderungsgründe.....	334

c.	Fazit.....	335
2.	Einlagen im engeren Sinn (Art. 5 Abs. 3 BankV).....	338
a.	Austauschverhältnisse (Bst. a).....	338
aa.	Entstehungsgeschichte.....	339
bb.	Tatbestandselemente.....	340
(1)	Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums	341
(2)	Gegenleistung aus einem Dienstleistungsvertrag.....	345
(3)	Übertragung einer Sicherheitsleistung	347
cc.	Fazit.....	349
b.	Ausgabe von Forderungspapieren (Bst. b)	350
aa.	Entstehungsgeschichte.....	350
(1)	Gesetzliche Grundlage in Art. 1 Abs. 2 Satz 3 BankG.....	350
(2)	Ausführungsbestimmung in Art. 5 Abs. 3 Bst. b BankV	352
(3)	Gesetzmäßigkeit der Ausführungsbestimmung?.....	354
bb.	Tatbestandselemente.....	356
(1)	Erfasste Finanzinstrumente.....	357
(a)	Anleiensobligationen.....	357
(b)	Andere vereinheitlichte und massenweise ausgegebene Schuldverschreibungen oder Wertrechte.....	359
(c)	Abgrenzung zu kollektiven Kapitalanlagen.....	362
(2)	Einhaltung der Informationspflichten	365
(a)	Inhalt der Information	365
(b)	Form der Information	367
(c)	Zeitpunkt der Information	368
cc.	Fazit.....	369
c.	Abwicklungskonten (Bst. c).....	370
aa.	Entstehungsgeschichte.....	371
bb.	Tatbestandselemente.....	373
(1)	Verzinsungsverbot	373
(a)	Grundsatz	373
(b)	Ausnahme für Wertpapierhäuser.....	374
(2)	Abwicklung von Kundengeschäften als einziger Zweck.....	375
(3)	Abwicklungsfrist für Kundenguthaben	378
(a)	60 Tage für Vermögensverwalter, Edelmetallhändler oder ähnliche Unternehmen (Ziff. 1).....	378
(b)	Keine Frist für Wertpapierhäuser und DLT-Handelssysteme (Ziff. 2).....	382
(4)	Spezialfall der Devisen- und Kryptowährungshändler.....	384
cc.	Fazit.....	387
d.	Versicherungen oder Einrichtungen der beruflichen Vorsorge (Bst. d).....	389
e.	Zahlungsmittel oder Zahlungssysteme (Bst. e).....	390
aa.	Entstehungsgeschichte.....	390

bb.	Tatbestandselemente.....	392
	(1) Herausgeber von Zahlungsmitteln oder Zahlungssystembetreiber	392
	(a) Zahlungsmittel.....	393
	(b) Zahlungssysteme	394
	(2) Gelder in geringem Umfang.....	397
	(3) Künftiger Bezug von Waren oder Dienstleistungen.....	399
	(4) Verzinsungsverbot	401
cc.	Fazit.....	402
f.	Ausfallgarantie (Bst. f).....	403
aa.	Entstehungsgeschichte.....	403
bb.	Tatbestandselemente.....	404
	(1) Art der Ausfallgarantie.....	404
	(2) Umfang der Ausfallgarantie.....	406
	(3) Aussteller der Ausfallgarantie.....	407
cc.	Abgrenzung zur «Lizenzleihe».....	409
dd.	Fazit.....	411
3.	Publikumseinlagen (Art. 5 Abs. 2 BankV).....	413
a.	Staatlich beaufsichtigte Unternehmen (Bst. a).....	414
b.	Qualifiziert Beteiligte des Schuldners (Bst. b)	417
c.	Wirtschaftlich oder familiär verbundene Personen (Bst. c)	420
aa.	Wirtschaftliche Verbundenheit	420
bb.	Familiäre Verbundenheit	423
d.	Institutionelle Anleger mit professioneller Tresorerie (Bst. d)	425
aa.	Institutionelle Anleger	426
bb.	Professionelle Tresorerie	429
e.	Betriebssparkassen (Bst. e).....	430
aa.	Tatbestandselemente.....	430
	(1) Aktive und pensionierte Arbeitnehmer	430
	(2) Einlagen bei ihrem Arbeitgeber	431
bb.	Kritische Würdigung	432
f.	Einlagen bei Vereinen, Stiftungen oder Genossenschaften (Bst. f)	435
aa.	Sinn und Zweck	436
bb.	Entstehungsgeschichte.....	437
cc.	Tatbestandselemente.....	439
	(1) Verein, Stiftung oder Genossenschaft	439
	(2) Keine Tätigkeit im Finanzbereich.....	440
	(a) Erfasste Tätigkeiten.....	441
	(b) Intensität der Tätigkeiten.....	442
	(3) Ideeller Zweck oder gemeinsame Selbsthilfe.....	443
	(a) Vereine	444
	(b) Stiftungen	446
	(c) Genossenschaften	448

(4)	Ausschliessliche Verwendung der Einlagen für den ideellen Zweck oder die gemeinsame Selbsthilfe	451
(5)	Laufzeit der Einlagen von mindestens sechs Monaten	453
dd.	Kritische Würdigung	454
(1)	Ausreichende gesetzliche Grundlage?	454
(2)	Konkreter Reformvorschlag	456
4.	Gewerbsmässigkeit (Art. 6 BankV)	460
a.	Gewerbsmässigkeit gemäss Art. 6 Abs. 1 BankV	461
aa.	Gesetzliche Vermutung oder Fiktion?	461
(1)	Bedeutung der Unterscheidung	462
(2)	Aktueller Meinungsstand	463
(3)	Gewerbebegriff gemäss Art. 2 Bst. a HRegV	465
(a)	Auf Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit ...	465
(b)	Dauerhaftigkeit	466
(c)	Selbstständigkeit	467
(4)	Kritische Würdigung	468
bb.	Dauernde Entgegennahme von mehr als 20 Publikumseinlagen..	470
(1)	Bestimmung des Schwellenwerts	471
(a)	Ausschliessliche Entgegennahme von Publikumseinlagen	471
(b)	Entgegennahme von Publikumseinlagen und sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten	473
(2)	Dauerhaftigkeit	475
cc.	Öffentliche Empfehlung für die Entgegennahme von Publikumseinlagen	476
(1)	Entstehungsgeschichte	476
(2)	Kritische Würdigung	478
dd.	Fazit	481
b.	Keine Gewerbsmässigkeit innerhalb der Sandbox gemäss Art. 6 Abs. 2 BankV	482
aa.	Entstehungsgeschichte	482
bb.	Tatbestandselemente	484
(1)	Publikumseinlagen von höchstens CHF 1 Million	484
(a)	Berechnung bei einem Rechtssubjekt	485
(b)	Berechnung in Konzern- oder Gruppenverhältnissen	486
(c)	Überschreitung der Betragsobergrenze	487
(d)	Kritische Würdigung	491
(2)	Kein Zinsdifferenzgeschäft	494
(a)	Regulierungsprozess vom Anlage- und Verzinsungsverbot zum Verbot des Zinsdifferenzgeschäfts	494
(b)	Begriffsbestimmung	496
(c)	Kritische Würdigung	500
(3)	Vorgängige Informationspflichten	502

	(a) Zeitpunkt der Information	503
	(b) Form der Information	503
	(c) Inhalt der Information	506
	(d) Kritische Würdigung	508
	cc. Fazit	509
5.	Rechtsfolgen hinsichtlich des Bewilligungstyps	512
	a. Publikumseinlagen von höchstens CHF 100 Millionen	513
	aa. Berechnung der Betragsobergrenze	513
	bb. Überschreitung der Betragsobergrenze	515
	b. Anlage- und Verzinsungsverbot	516
	aa. Anlageverbot	516
	bb. Verzinsungsverbot	521
6.	Zusammenfassendes Prüfprogramm	523
C.	Werbetätigkeiten für die Entgegennahme von Publikumseinlagen	525
	1. Verwendung der Begriffe «Bank» oder «Bankier» (Art. 1 Abs. 4 BankG) ...	525
	a. Entstehungsgeschichte	526
	b. Tatbestandselemente	527
	aa. Inhalt der Werbung	527
	bb. Werbemittel	530
	cc. Subjekt der Werbung	531
	c. Fazit	533
	2. Öffentliche Empfehlung für die Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 1a Bst. a und b sowie Art. 1b Abs. 1 BankG)	535
	a. Entstehungsgeschichte	535
	b. Tatbestandselemente	537
	aa. Inhalt der Werbung	537
	bb. Werbemittel	539
	cc. Subjekt der Werbung	542
	c. Fazit	544
	3. Werbung für die Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 7 BankV) ...	546
	a. Entstehungsgeschichte	546
	b. Tatbestandselemente	547
	aa. Inhalt der Werbung	548
	bb. Werbemittel	548
	cc. Subjekt der Werbung	551
	c. Fazit	552
	4. Zusammenfassendes Prüfprogramm	554
D.	Gewerbsmässige Entgegennahme von sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten	556
	1. Entstehungsgeschichte	557
	2. Tatbestandselemente	560

a.	Sammelverwahrte Zahlungs-Token im weiteren Sinn (Art. 5a Abs. 1 BankV).....	560
aa.	Entgegennahme von kryptobasierten Vermögenswerten mit der Funktion eines Zahlungs-Token	562
(1)	Kryptobasierte Vermögenswerte.....	562
(2)	Einschränkung auf Zahlungs-Token	566
(a)	Begriffsbestimmung	566
(b)	Abgrenzung zu Nutzungs- und Anlage-Token	569
bb.	Auszahlungsverpflichtung	570
cc.	Absonderbarkeit gemäss Art. 16 Ziff. 1 ^{bis} Bst. b BankG bzw. Aussonderbarkeit gemäss Art. 242a Abs. 2 Bst. b SchKG	572
(1)	Verpflichtung zur jederzeitigen Bereithaltung für den Kunden	573
(a)	Ausschliessliche tatsächliche Verfügungsmacht des Schuldners	574
(b)	Keine Verfügungsbefugnis des Schuldners	576
(2)	Gemeinschaftliche Zuordnung mit ersichtlichen Kundenanteilen	579
(a)	Abgrenzung zur individuellen Zuordnung.....	580
(b)	Begriffsbestimmung	582
(c)	Abgrenzung zur gemeinschaftlichen Zuordnung ohne ersichtliche Kundenanteile	584
dd.	Zusammenfassendes Prüfprogramm	585
b.	Sammelverwahrte Zahlungs-Token im engeren Sinn (Art. 5a Abs. 2 BankV).....	587
aa.	Abwicklungskonten (Bst. a)	587
bb.	Sammelverwahrte Zahlungs-Token i.w.S. von staatlich beaufsichtigten Unternehmen (Bst. b)	588
cc.	Sammelverwahrte Zahlungs-Token i.w.S. von institutionellen Anlegern mit professioneller Tresorerie (Bst. c).....	589
dd.	Weitere Ausnahmen analog zu Art. 5 Abs. 2 und 3 BankV?	590
c.	Gewerbsmässigkeit (Art. 6 BankV).....	593
aa.	Gewerbsmässigkeit gemäss Art. 6 Abs. 1 BankV.....	593
bb.	Keine Gewerbsmässigkeit innerhalb der Sandbox.....	596
3.	Rechtsfolgen hinsichtlich des Bewilligungstyps	598
4.	Zusammenfassendes Prüfprogramm	601
E.	Werbetätigkeiten für die Entgegennahme von sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten	603
1.	Öffentliche Empfehlung für die Entgegennahme von sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 1b Abs. 1 BankG)	605

2.	Werbung für die Entgegennahme von sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten (Art. 7 BankV)	608
3.	Zusammenfassendes Prüfprogramm	609
II.	Sachlicher Geltungsbereich de lege ferenda	611
A.	Grundsatzfragen	611
1.	Erfasste Aktivitäten	611
a.	Gewerbsmässige Entgegennahme (Verwahrungsgeschäfte)	611
aa.	Bisherige Beschränkung der Bewilligungspflichten auf die gewerbsmässige Entgegennahme von nicht aussonderbaren Vermögenswerten	612
bb.	Ausweitung der Bewilligungspflichten auf die gewerbsmässige Entgegennahme von aussonderbaren sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten im Rahmen der DLT-Vorlage	613
cc.	Generelle Ausweitung des bewilligungspflichtigen Verwahrungsgeschäfts auf die gewerbsmässige Entgegennahme von aussonderbaren Vermögenswerten als nächster logischer Schritt?	615
dd.	Neue Anknüpfungspunkte für die mit dem Verwahrungsgeschäft verbundenen Bewilligungspflichten	619
	(1) Bewilligungspflicht als Zahlungsmittelverwahrer bei ausschliesslicher tatsächlicher Verfügungsmacht des Schuldners über fremde Vermögenswerte	620
	(2) Bewilligungspflicht als Bank bei Eigengeschäften des Schuldners mit fremden Vermögenswerten	622
b.	Werbetätigkeiten für Verwahrungsgeschäfte	624
	(1) Beibehaltung der Bewilligungspflichten?	625
	(2) Straffung der Bewilligungspflichten?	627
c.	(Beabsichtigte) Aktivgeschäfte mit erheblicher Refinanzierung durch mehrere Banken	628
2.	Erfasste Vermögenswerte	629
a.	Publikumseinlagen	629
aa.	Konkretisierung des Einlagenbegriffs i.w.S.?	629
bb.	Umschreibung der erfassten Vermögenswerte?	631
b.	Sammelverwahrte kryptobasierte Vermögenswerte	634
c.	Spareinlagen	636
3.	Fazit	637
B.	Konkrete Reformvorschläge	640
1.	Bankengesetz de lege ferenda (nBankG)	641
a.	Art. 4 nBankG – Bank	641
b.	Art. 5 nBankG – Zahlungsmittelverwahrer	643
2.	Bankenverordnung de lege ferenda (nBankV)	645
a.	Art. 5 nBankV – Publikumseinlagen	645

b. Art. 6 nBankV – Gewerbsmässigkeit	650
--	-----

5. Teil: Zusammenfassung der wichtigsten Untersuchungsergebnisse 653

I. Zusammenfassendes Prüfprogramm	655
A. Übersicht über die bankenrechtlichen Bewilligungspflichten.....	657
B. Räumlicher Geltungsbereich der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten	658
C. Persönlicher Geltungsbereich der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten	659
D. Sachlicher Geltungsbereich der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten	660
E. Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen	661
F. Werbetätigkeiten für die Entgegennahme von Publikumseinlagen.....	662
G. Gewerbsmässige Entgegennahme von sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten.....	663
H. Werbetätigkeiten für die Entgegennahme von sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten	664
II. Konkrete Reformvorschläge.....	665
A. Einleitungsteil des Bankengesetzes de lege ferenda	668
B. Einleitungsteil der Bankenverordnung de lege ferenda	671

Abbildungsverzeichnis

<i>Abb. 1:</i> Bewilligungspflicht vs. Bewilligungsfähigkeit	26
<i>Abb. 2:</i> Räumlicher Geltungsbereich der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten....	184
<i>Abb. 3:</i> Persönlicher Geltungsbereich der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten...	265
<i>Abb. 4:</i> Übersicht über die sachlich bewilligungspflichtigen Tätigkeiten.....	301
<i>Abb. 5:</i> Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen	524
<i>Abb. 6:</i> Werbetätigkeiten für die Entgegennahme von Publikumseinlagen.....	555
<i>Abb. 7:</i> Sammelverwahrte Zahlungs-Token im weiteren Sinn	586
<i>Abb. 8:</i> Gewerbsmässige Entgegennahme von sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten.....	602
<i>Abb. 9:</i> Werbetätigkeiten für die Entgegennahme von sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten	610
<i>Abb. 10:</i> Übersicht über die bankenrechtlichen Bewilligungspflichten	657
<i>Abb. 11:</i> Räumlicher Geltungsbereich der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten....	658
<i>Abb. 12:</i> Persönlicher Geltungsbereich der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten...	659
<i>Abb. 13:</i> Sachlicher Geltungsbereich der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten.....	660
<i>Abb. 14:</i> Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen.....	661
<i>Abb. 15:</i> Werbetätigkeiten für die Entgegennahme von Publikumseinlagen.....	662
<i>Abb. 16:</i> Gewerbsmässige Entgegennahme von sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten.....	663
<i>Abb. 17:</i> Werbetätigkeiten für die Entgegennahme von sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten	664