

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XI
Literaturverzeichnis .....	XXVII
Materialien- und Regularienverzeichnis .....	LIII
Abbildungsverzeichnis .....	LXIII
Abkürzungsverzeichnis .....	LXV
<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
A. Ausgangslage .....	1
B. Zielsetzung .....	3
C. Gang der Untersuchung .....	5
<b>1. Teil: Grundlagen .....</b>	<b>9</b>
<b>I. Geltungsbereich der bewilligungspflichtigen Tätigkeiten .....</b>	<b>11</b>
A. Geltungsbereiche eines Erlasses .....	11
B. Bedeutung der Bewilligungspflicht .....	14
<b>II. Rechtliche Grundlagen der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten .....</b>	<b>37</b>
A. Internationale Vorgaben .....	37
B. Bundesverfassung (BV) .....	39
C. Bankengesetz (BankG) .....	64
D. Bankenverordnung (BankV) .....	79
E. Regularien und Praxis der FINMA .....	83
<b>III. Entwicklungen der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten .....</b>	<b>89</b>
A. Die bankenrechtlichen Bewilligungspflichten bis zur Fintech-Vorlage .....	89
B. Fintech-Vorlage .....	91
C. DLT-Vorlage .....	98

- 2. Teil: Räumlicher Geltungsbereich ..... 105**
  - I. Räumlicher Geltungsbereich de lege lata ..... 107**
    - A. Ausgangslage: Territorialitätsprinzip..... 107
    - B. Rechtliche Grundlagen ..... 108
    - C. Räumliche Anknüpfungspunkte der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten ... 111
    - D. Zusammenfassendes Prüfprogramm..... 183
  - II. Räumlicher Geltungsbereich de lege ferenda..... 185**
    - A. Grundsatzfragen ..... 185
    - B. Konkrete Reformvorschläge..... 199
- 3. Teil: Persönlicher Geltungsbereich ..... 213**
  - I. Persönlicher Geltungsbereich de lege lata ..... 215**
    - A. Bewilligungspflichtige Tätigkeit einer Einzelperson..... 215
    - B. Bewilligungspflichtige Tätigkeit einer Gruppe..... 243
    - C. Zusammenfassendes Prüfprogramm..... 264
  - II. Persönlicher Geltungsbereich de lege ferenda ..... 266**
    - A. Grundsatzfragen ..... 266
    - B. Konkrete Reformvorschläge..... 270
- 4. Teil: Sachlicher Geltungsbereich..... 277**
  - I. Sachlicher Geltungsbereich de lege lata ..... 279**
    - A. Übersicht über die bewilligungspflichtigen Tätigkeiten ..... 279
    - B. Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen ..... 302
    - C. Werbetätigkeiten für die Entgegennahme von Publikumseinlagen..... 525
    - D. Gewerbsmässige Entgegennahme von sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten..... 556
    - E. Werbetätigkeiten für die Entgegennahme von sammelverwahrten kryptobasierten Vermögenswerten ..... 603
  - II. Sachlicher Geltungsbereich de lege ferenda ..... 611**
    - A. Grundsatzfragen ..... 611
    - B. Konkrete Reformvorschläge..... 640

**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

# 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 <sup>quinquies</sup> 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
<b>II.</b>	<b>Rechtliche Grundlagen der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten .....</b>	<b>37</b>
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
<b>III.</b>	<b>Entwicklungen der bankenrechtlichen Bewilligungspflichten .....</b>	<b>89</b>
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
<b>2. Teil:</b>	<b>Räumlicher Geltungsbereich .....</b>	<b>105</b>
<b>I.</b>	<b>Räumlicher Geltungsbereich de lege lata .....</b>	<b>107</b>
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 gewerbsmässige Tätigkeit für die ausländische Bank in der oder von der Schweiz aus .....	150
	(1) «Dauerhaftigkeit» .....	150
	(2) «Gewerbsmässigkeit» .....	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) Gewerbsmässigkeit .....	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
<b>II.</b>	<b>Räumlicher Geltungsbereich de lege ferenda .....</b>	<b>185</b>
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.	<b>Persönlicher Geltungsbereich de lege ferenda .....</b>	<b>266</b>
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:	<b>Sachlicher Geltungsbereich.....</b>	<b>277</b>
I.	<b>Sachlicher Geltungsbereich de lege lata .....</b>	<b>279</b>

A.	Übersicht über die bewilligungspflichtigen Tätigkeiten .....	279
1.	Erfasste Aktivitäten.....	280
a.	Gewerbsmässige 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.	Gewerbsmässige 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)	Anlehensobligationen.....	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) Ausschiessliche 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) Ausschiessliche 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 Zahlungen-Token im weiteren Sinn (Art. 5a Abs. 1 BankV) .....	560
aa.	Entgegennahme von kryptobasierten Vermögenswerten mit der Funktion eines Zahlungen-Token .....	562
(1)	Kryptobasierte Vermögenswerte .....	562
(2)	Einschränkung auf Zahlungen-Token .....	566
(a)	Begriffsbestimmung .....	566
(b)	Abgrenzung zu Nutzungs- und Anlage-Token .....	569
bb.	Auszahlungsverpflichtung .....	570
cc.	Absonderbarkeit gemäss Art. 16 Ziff. 1 <sup>bis</sup> 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 Zahlungen-Token im engeren Sinn (Art. 5a Abs. 2 BankV) .....	587
aa.	Abwicklungskonten (Bst. a) .....	587
bb.	Sammelverwahrte Zahlungen-Token i.w.S. von staatlich beaufsichtigten Unternehmen (Bst. b) .....	588
cc.	Sammelverwahrte Zahlungen-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
<b>II.</b>	<b>Sachlicher Geltungsbereich de lege ferenda .....</b>	<b>611</b>
<b>A.</b>	<b>Grundsatzfragen .....</b>	<b>611</b>
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>B.</b>	<b>Konkrete Reformvorschläge.....</b>	<b>640</b>
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