

diese Banken dürfen den Begriff in ihrem Namen bzw. in der Firma führen, selbst wenn sie Aktiengesellschaften sind (DESSEMONTET, 167–168).

80 Hingegen ist die **Bezeichnung «Privatbankier»** nur für die in der Rechtsform der Einzelfirma und der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft (inkl. der Kommanditaktiengesellschaft) organisierte Banken reserviert (DESSEMONTET, 167–168; B/K/L-KLEINER/SCHWOB, N 94–95) und dies trotz einer expliziten bankengesetzlichen Regelung. Neben diesem aufsichtsrechtlichen Schutz wird der Ausdruck «Privatbankier» auch zivilrechtlich durch eine Kollektivmarke der Vereinigung Schweizerischer Privatbankiers geschützt.

81 Neben der Beschränkung der Verwendung der Ausdrücke «Bank» und «Bankier» gilt eine ähnliche Regelung für den **Ausdruck «Sparen»**: Dieser kann nur von Banken, die öffentlich Rechnung ablegen, verwendet werden (Art. 15 Abs. 1, s. Komm. zu Art. 15 N 33).

V. Räumliche Anwendbarkeit des Bankengesetzes

82 Das BankG gilt für **alle Unternehmen, die in der Schweiz oder von der Schweiz aus eine organisierte, regelmässig ausgeübte banktypische Tätigkeit ausüben**. Die Anwendbarkeit dieses Gesetzes knüpft sich hauptsächlich an die Gesellschaften, die ihren statutarischen Sitz oder gesellschaftsrechtlichen Sitz in der Schweiz haben (B/K/L-KLEINER/SCHWOB, N 6; RIMLE, § 1 N 35–36; WYSS/ZOBL, 123). Aufsichtsrechtlich macht es keinen Unterschied, ob die Bank ihre Tätigkeit im Inland oder nur im Ausland ausübt (EBK-Bull. 6 (1980), E. 1, 8; s. auch im Bereich des E-banking, KUNZ, 84–85). Das Gesetz bezweckt dadurch den Ruf des Schweizer Finanzplatz zu schützen, obwohl bei einer reinen Binnenberachtung kein Gläubigerschutzbedarf auszumachen ist (EBK-JB 2001, 94; EBK-JB 2003, 63). **Briefkastengesellschaften**, die nur ihren Sitz in der Schweiz haben und hier keine Tätigkeit ausüben, unterstehen auch dem Gesetz, aber können keine Bewilligung erlangen, weil sie nicht von der Schweiz aus geführt werden (Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG, i.V.m. Art. 7 Abs. 4 BankV, s. auch Komm. zu Art. 3 N 362).

83 Dem BankG unterstehen auch Gesellschaften, die **im Ausland ihren statutarischen oder gesellschaftsvertraglichen Sitz haben, ihre Tätigkeit aber in der Schweiz ausüben** (B/K/L-KLEINER/SCHWOB, N 6; RIMLE, § 1 N 35–36; WYSS/ZOBL, 123). Dieses Prinzip gilt für Unternehmen, deren Willensbildung in der Schweiz organisiert wird und regelmässig in der Schweiz erfolgt (s. BGE 105 Ib 348, E. 2b, 366–367) oder die in der Schweiz eine bankmässige Tätigkeit ausüben (s. BGE 108 Ib 514, E. 2b, 519). Unter den Anwendungsbereich des Bankengesetzes fallen auch Unternehmen, die nur teilweise ein grenzüberschreitendes Geschäft durch eine **Tochtergesellschaft, eine Zweigniederlassung, eine Agentur oder eine Vertretung** führen: dies selbst dann, wenn die formellen Bedingungen zur Errichtung solcher Niederlassungen nicht erfüllt sind (BGE 130 II 351, E. 5.1, 362; s. auch WYSS/ZOBL, 134 ff.; BOVET, 110–112). In solchen Fällen kommen die gemäss Art. 2 BankG vorgeschriebenen Anpassungen zur Anwendung (s. Komm. zu Art. 2).

84 Diese Prinzipien gelten auch für im Ausland domizilierte Institute oder Personen, die sich auf Websites eine Schweizer Adresse und einer Schweizer Telefonnummer aneignen können (die sog. **virtuellen Instituten oder Briefkastengesellschaften**, s. EBK-JB 2001, 94; EBK-JB 2003, 63). In diesem Fall führt die mangelnde Präsenz in der Schweiz zu praktischen Schwierigkeiten bei, um das Gesetz mittels traditionellen rechtlichen Instrumenten durchzusetzen (EBK-JB 2003, 63).

aus: Basler Kommentar, BankG

Rein grenzüberschreitende Dienstleistungen vom Ausland in die Schweiz werden nicht vom Bankengesetz erfasst, sofern es keine dauernde physische Präsenz in der Schweiz gibt (EBK-JB 2001, 99; B/K/L-KLEINER/SCHWOB, N 8; s. auch im Bereich des E-banking, KUNZ, 86–87). Nach dem Schweizer Ansatz ist der ausländische Betrieb, der Publikumsfelder von Schweizer Kunden im Ausland entgegennimmt oder Schweizer Unternehmen ein Darlehen gewährt, nicht bewilligungspflichtig. Solche Sachverhalte bestehen schon seit länger Zeit im Bereich des Private Banking bei den sog. *Offshore* Geschäften, des *Corporate Banking* und des *Investment Banking* (z.B. bei der Entwicklung des Euro-Markts in dem siebziger Jahren).

Wegen der Entwicklung des **Internets** und anderer Telekommunikationsmittel haben sich diese Fallkonstellationen vervielfacht und haben die Verbreitung der grenzüberschreitenden Geschäfte mit dem allgemeinen Publikum ermöglicht (EBK-JB 2001, 99). Dennoch hat die EBK – u.E. zu Recht – ihre liberale Haltung nicht verändert (EBK-JB 2001, 99; EBK-JB 2002, 92; s. auch B/K/L-KLEINER/SCHWOB, N 8; KUNZ, 86–87). In solchen Fällen gilt das Prinzip der Aufsicht des Herkunftslandes, gemäss dem die grenzüberschreitenden Dienstleistungsgeber in ihrem Heimatstaat beaufsichtigt wird und Missbräuche durch internationale Zusammenarbeit zwischen der Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörde bekämpft werden. Dieser Ansatz lässt sich nicht zuletzt auch deshalb rechtfertigen, weil die gesetzliche Grundlage fehlt, um solche ausländischen Finanzintermediäre zu erfassen (EBK-JB 2001, 99; EBK-JB 2002, 92; B/K/L-KLEINER/SCHWOB, N 8). Zudem dürften der EBK auch die personellen Ressourcen für eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereiches fehlen.

Auf internationaler Ebene hat der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht die allgemein anerkannten Kerngrundsätze für eine wirksame Bankenaufsicht erarbeitet. Nach diesen dürfen nur lizenzierte und beaufsichtigte Institute das Bankgeschäft ausüben. Durch das Zulassungsverfahren muss u.a. die Organisation, der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung sowie die Aktionäre bzw. Gesellschafter, die operationalen Pläne und interne Kontrolle sowie die Projektionen der Finanzlage, inkl. der Kapitalbasis geprüft werden. Dazu muss die Verwendung des Ausdrucks «Bank» klar reguliert werden (BASLE COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Core Principles for Effective Banking Supervision, Principles 2–6, 15 ff.; s. auch über die Bemessung der Durchsetzung BASLE COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Core Principles Methodology, 15 ff.). Die Durchsetzung dieses Standards wird vom internationalen Währungsforums beurteilt (s. die Beurteilung der Schweiz durch den IMF, IMF country report 02/108). Wie schon oben erwähnt, widerspricht der Schweizer Lösungsansatz über die Nicht-Regulierung der Betriebskassen diese Standards (IMF country report 02/108, N 98, s.o. N 28).

Die Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute stellt den Kern des EU-Bankenrechts dar. Im Gegensatz zum Schweizer Recht steht das EU-Recht eine ausdrückliche Definition des Kreditinstituts vor. Gemäss Art. 1 (1) der Richtlinie 2000/12/EG ist ein Kreditinstitut «ein Unternehmen dessen Tätigkeit darin besteht, Einlagen oder andere rückzahlbare Gelder des Publikums entgegenzunehmen und Kredite für eigene Rechnung zu gewähren». Dieser Begriff entspricht demjenigen des Schweizer Rechts (s.o. N 2 ff.). Die Richtlinie 2000/12/EG schliesst die Zentralbanken der Mitgliedstaaten und die Postsparkassen aus seinem Anwendungsbereich aus (Art. 2 (3) der Richtlinie 2000/12/EG).

Nach Art. 4 der Richtlinie 2000/12/EG müssen die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Kreditinstitute vor Aufnahme ihrer Tätigkeit eine Zulassung erhalten müssen. Die Zulassungsbedingung betreffen das Anfangskapital (Art. 5 der Richtlinie 2000/12/EG), das