
BASLER KOMMENTAR

Kollektivanlagengesetz

einschliesslich Darstellung der steuerlichen Aspekte
in- und ausländischer kollektiver Kapitalanlagen

Herausgeber

Rolf Watter

Professor an der Universität Zürich
Rechtsanwalt in Zürich

Nedim Peter Vogt

Rechtsanwalt in Zürich

René Bösch

Rechtsanwalt in Zürich

François Rayroux

Rechtsanwalt in Genf

Christoph Winzeler

Advokat in Basel

Helbing Lichtenhahn Verlag

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten
sind im Internet abrufbar: <http://dnb.d-nb.de>

Zitervorschlag: BSK KAG-BEARBEITER/IN, Art. 29 N 4

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt.
Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch,
elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder
ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen,
zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in
den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb
der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2009 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

ISBN 978-3-7190-2684-4

www.helbing.ch

3. Kapitel: Bewilligung und Genehmigung

1. Abschnitt: Allgemein

Art. 13 Bewilligungspflicht

¹ Wer kollektive Kapitalanlagen verwaltet oder aufbewahrt, braucht eine Bewilligung der FINMA.

² Eine Bewilligung beantragen müssen:

- a. die Fondsleitung;
- b. die SICAV;
- c. die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen;
- d. die SICAF;
- e. die Depotbank;
- f. die Vermögensverwalterin oder der Vermögensverwalter schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen;
- g. der Vertriebsträger;
- h. der Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen.

³ Der Bundesrat kann Vermögensverwalterinnen und -verwalter, Vertriebsträger sowie Vertreter, die bereits einer anderen staatlichen Aufsicht unterstehen, von der Bewilligungspflicht befreien.

⁴ Vermögensverwalterinnen und -verwalter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen (Art. 119 ff.) können eine Bewilligung der FINMA beantragen, sofern:

- a. sie Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz haben;
- b. sie aufgrund der ausländischen Gesetzgebung einer Aufsicht unterstehen müssen;
- c. die von ihnen verwaltete ausländische kollektive Kapitalanlage einer der schweizerischen gleichwertigen Aufsicht untersteht.

⁵ Die Personen nach Absatz 2 Buchstaben a–d dürfen erst nach Erteilung der Bewilligung durch die FINMA in das Handelsregister eingetragen werden.

Art. 7 KKV Bewilligungsunterlagen (Art. 13 und 14 KAG)

Wer eine Bewilligung nach Artikel 13 des Gesetzes beantragt, muss der FINMA folgende Dokumente unterbreiten:

- a. die Statuten und das Organisationsreglement im Fall der Fondsleitung, der SICAV und der SICAF;
- b. den Gesellschaftsvertrag im Fall der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen;
- c. die einschlägigen Organisationsdokumente im Fall der Vermögensverwalterin, des Vermögensverwalters, des Vertreters ausländischer kollektiver Kapitalanlagen und des Vertriebsträgers.

Art. 8 KKV Ausnahmen von der Bewilligungspflicht (Art. 13 Abs. 3 und 19 Abs. 4 KAG)

¹ Wer eine Bewilligung als Fondsleitung, als Bank im Sinne des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (Bankengesetz), als Effektenhändler im Sinne des Börsengesetzes vom 24. März 1995 oder als Versicherungseinrichtung im Sinne des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 17. Dezember 2004 hat, ist von der Bewilligungspflicht für Vermögensverwalterinnen und Vermögensverwalter, für Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen sowie für Vertriebsträger befreit.

² Wer eine Bewilligung als Vermögensverwalterin und Vermögensverwalter hat, ist von der Bewilligungspflicht für Vertreter ausländischer Kapitalanlagen sowie für Vertriebsträger befreit.

³ Die Schweizerische Post und Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen sind von der Bewilligungspflicht für Vertriebsträger befreit.

⁴ Agenten von Versicherungseinrichtungen, die aufgrund des Agenturvertrages rechtlich und faktisch in die Organisation der Versicherungseinrichtung eingebunden sind, unterstehen der Bewilligungspflicht für Vertriebsträger nicht. Die FINMA regelt die Einzelheiten.

Art. 9 KKV Vermögensverwalterinnen und Vermögensverwalter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen
(Art. 13 Abs. 4 KAG)

Die Bestimmungen dieses Kapitels sind sinngemäss anwendbar auf die Vermögensverwalterinnen und Vermögensverwalter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen, die bei der FINMA eine Bewilligung beantragen.

Inhaltsübersicht

	Note
I. Allgemeines	1
II. Bewilligungsträger (Abs. 2)	2
III. Die Bewilligungs- und Genehmigungspflicht	
1. Unterscheidung Bewilligungsträger und Produktgenehmigung	3
2. Dauernde Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen	4
3. Tätigkeit ohne Bewilligung/Genehmigung	5
4. Rechtsnatur der Bewilligung	8
IV. Bewilligungsvoraussetzungen	10
V. Ausnahmen von der Bewilligungspflicht (Abs. 3)	
1. Allgemeines	13
2. Ausnahme von der Bewilligungspflicht als Vermögensverwalter, Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen und Vertriebsträger	14
3. Ausnahme von der Bewilligungspflicht als Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen und Vertriebsträger	17
4. Ausnahme von der Bewilligungspflicht als Vertriebsträger	18
5. Keine Ausnahme von der Bewilligungspflicht für die SICAV, KGK und SICAF	20
VI. Vermögensverwalter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen (Abs. 4)	
1. Hintergrund und Bedeutung	21
2. Bewilligungsvoraussetzungen	25
VII. Registrierung der Bewilligungsträger im Handelsregister	34
VIII. Ausblick	36

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu Art. 14.

Materialien

EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Erläuterungsbericht zur Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen (KKV), November 2006; EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION, Jahresbericht, Bern 2005/2006/2007; DIES., Medienmitteilung vom 11. März 2005, Pragmatische Lösung für den Finanzplatz Schweiz; DIES., Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als Fondsleitung, die Änderungen innerhalb der Fondsleitung, den Wechsel der Fondsleitung, Ausgabe vom 27. September 2007; DIES., Wegleitung für Gesuche betreffend die Genehmigung des Fondsvertrags eines Anlagefonds, die Genehmigung von zusätzlichen Teilvermögen, die Genehmigung von Änderungen des Fondsvertrags, Ausgabe vom 1. April 2008; DIES., Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als SICAV und die Genehmigung ihrer Statuten und ihres Anlagereglements, die Genehmigung von zusätzlichen Teilvermögen, die Änderungen innerhalb der SICAV, Ausgabe vom

1. April 2008; DIES., Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen und die Genehmigung ihres Gesellschaftsvertrags, die Änderungen innerhalb der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen, Ausgabe vom 27. September 2007; DIES., Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als Depotbank, die Änderungen innerhalb der Depotbank, den Wechsel der Depotbank, Ausgabe vom 27. September 2007; DIES., Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als Vermögensverwalter («Asset Manager») gemäss Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen, Ausgabe vom 13. Juni 2007; DIES., Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als Vertriebsträger, Ausgabe vom 13. Juni 2007; DIES., Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen, Ausgabe vom 13. Juni 2007; DIES., Wegleitung für Gesuche betreffend die Genehmigung zum öffentlichen Vertrieb von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen in oder von der Schweiz aus, die der durch die beiden Richtlinien 2001/107/EG und 2001/108/EG geänderten Richtlinie 85/611/EWG (Richtlinie UCITS III) entsprechen, Ausgabe vom 1. April 2008; DIES., Wegleitung für Gesuche betreffend die Genehmigung zum öffentlichen Vertrieb von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen in oder von der Schweiz aus, die nicht EU-kompatibel sind, Ausgabe vom 1. April 2008; EUROPÄISCHES PARLAMENT UND RAT, Richtlinie 2001/107/EG vom 21. Januar 2002 zur Änderung der Richtlinie 85/611/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) zwecks Festlegung von Bestimmungen für Verwaltungsgesellschaften und vereinfachte Prospekte («OGAW III»).

I. Allgemeines

Art. 13 Abs. 1 statuiert eine **Bewilligungspflicht** für alle Personen, welche kollektive Kapitalanlagen *verwalten* oder *aufbewahren*. Die Bewilligung ist bei der FINMA in Form eines Gesuchs zu beantragen. Das Gesuch ist grundsätzlich in einer schweizerischen Amtssprache abzufassen. Um die Gesuchsbearbeitung für die FINMA zu vereinfachen und die Verfahrensdauer zu verkürzen, ist es empfehlenswert, allfällige im Bewilligungsgesuch aufzubringenden kritischen Punkte vorgängig mit der FINMA im direkten Gespräch zu klären.

II. Bewilligungsträger (Abs. 2)

Personen, welche schweizerische kollektive Kapitalanlagen verwalten und/oder aufbewahren, sind **Bewilligungsträger** und müssen von der FINMA als solche bewilligt werden. Die Bewilligungsträger sind in Art. 13 *abschliessend* aufgezählt. Es sind dies:

- die Fondsleitung (s. Art. 28 ff.),
- die SICAV (s. Art. 36 ff.),
- die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (s. Art. 98 ff.),
- die SICAF (s. Art. 110 ff.),
- die Depotbank (s. Art. 72 ff.),
- die Vermögensverwalter schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen (s. Art. 18),
- der Vertriebsträger (s. Art. 19), und
- der Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen (s. Art. 123 ff.).

Vermögensverwalter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen können sich unter gewissen Voraussetzungen freiwillig der Aufsicht der FINMA unterstellen (s. N 25).

III. Die Bewilligungs- und Genehmigungspflicht

1. Unterscheidung Bewilligungsträger und Produktgenehmigung

Das KAG **unterscheidet** zwischen der Bewilligungspflicht für Personen, die kollektive Kapitalanlagen verwalten und aufbewahren (*Bewilligungsträger*) und der Pflicht, die für

die kollektiven Kapitalanlagen wichtigsten Dokumente von der FINMA genehmigen zu lassen (*Produktgenehmigung*, s. Komm. zu Art. 15). So muss auch für die Gründung einer SICAV, einer Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen oder einer SICAF, welche jeweils als Institut und Produkt (Doppelfunktion) untrennbar miteinander verbunden sind, zugleich eine Bewilligung als Institut wie auch eine Genehmigung als Produkt bei der FINMA beantragt werden. Beim vertraglichen Anlagefonds besteht dagegen eine klarere Trennung zwischen der Bewilligung der Fondsleitung als Institut und der Genehmigung des Anlagefonds, da der Anlagefonds ein Sondervermögen der Fondsleitung darstellt.

2. Dauernde Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen

- 4 Die Bewilligungsvoraussetzungen sind *dauernd einzuhalten*. Die FINMA kann bei Verletzungen der gesetzlichen, vertraglichen, statutarischen und reglementarischen Bestimmungen oder sonstiger Missstände die *Wiederherstellung* des rechtmässigen Zustandes verlangen (Art. 133 Abs. 1). Falls die Bewilligungs-/Genehmigungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt sind oder eine grobe Verletzung der gesetzlichen, vertraglichen, statutarischen oder reglementarischen Bestimmungen durch den Bewilligungsträger festgestellt wurde, so kann die FINMA einen *Entzug der Bewilligung resp. der Genehmigung* verfügen und den Bewilligungsträger resp. die kollektive Kapitalanlage *liquidieren* (Art. 134).

Aufgrund der **Pflicht zur dauernden Einhaltung** besteht auch die Pflicht, bei einer Änderung der Umstände eine erneute Bewilligung einzuholen (Art. 14).

3. Tätigkeit ohne Bewilligung/Genehmigung

- 5 Übt eine Person vorsätzlich oder fahrlässig eine bewilligungspflichtige Tätigkeit aus oder bildet sie eine kollektive Kapitalanlage *ohne im Besitz der dafür erforderlichen Bewilligung resp. Genehmigung* zu sein, so macht sie sich gem. Art. 148 **strafbar**.
- 6 Zur Wahrung der Interessen der Anleger kann die FINMA die Überführung einer nicht bewilligten bzw. genehmigten kollektiven Kapitalanlage in eine gesetzmässige Form vorschreiben (s. Art. 135 Abs. 2). Die EBK hatte die Möglichkeit einer solchen **Umwandlung** jedoch in einem Fall verneint, wo der Anlagefonds vom Gesetz nicht nur in einzelnen Punkten abwich, sondern diesem vollumfänglich nicht entsprach und auch der Bewilligungsträger selber nicht über die notwendige Bewilligung als Fondsleitung verfügte (s. Verfügung der EBK vom 30.6.2004 i.S. Allfinanz Zentrum AG in Liq., publ. in EBK-Bull. 47/2005, 155 f.). Als Alternative steht der FINMA i.S. einer ultima ratio sodann auch die *Auflösung* des Bewilligungsträgers oder der kollektiven Kapitalanlage zur Verfügung.
- 7 Falls eine Person eine unbewilligte Tätigkeit ausübt oder eine nicht bewilligte kollektive Kapitalanlage gebildet hat, so muss aufgrund der im KAG vorgesehenen Möglichkeit der **Überführung** auch die nachträgliche Beantragung einer Bewilligung/Genehmigung möglich sein, wobei dieselben Bewilligungs-/Genehmigungsvoraussetzungen wie bei einer regulären Bewilligungs-/Genehmigungserteilung erfüllt werden müssen.

4. Rechtsnatur der Bewilligung

- 8 Die Bewilligungspflicht der Bewilligungsträger ist als gewerbepolizeilicher **Erlaubnisvorbehalt** zu verstehen. Ein Anspruch auf Bewilligung besteht und eine Bewilligung

ist zu erteilen, wenn die in Gesetz und Verordnung genannten Bewilligungsvoraussetzungen (s. Art. 14) erfüllt sind.

Bei der Beurteilung eines Bewilligungsgesuchs hat die FINMA die Verfahrensvorschriften des VwVG zu beachten (s. Komm. zu Art. 141). Der Entscheid der FINMA ergeht in Form einer **Verfügung**, die der Betroffene gem. Art. 33 lit. f des am 1.1.2007 in Kraft getretenen VGG mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht anfechten kann. Gegen Entscheide des erstinstanzlich urteilenden Bundesverwaltungsgerichtes ist gem. Art. 82 ff. des am 1.1.2007 in Kraft getretenen BGG die Beschwerde an das Bundesgericht möglich; dies gilt gem. Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG i.V.m. Art. 141 Abs. 3 KAG auch für die FINMA.

IV. Bewilligungsvoraussetzungen

Personen, die bei der FINMA ein Bewilligungsgesuch für die Ausübung der Tätigkeit eines Bewilligungsträgers nach Art. 13 beantragen, müssen dieser u.a. folgende **Dokumente** unterbreiten:

- die Statuten und das Organisationsreglement im Fall der Fondsleitung, der SICAV und der SICAF;
- den Gesellschaftsvertrag im Fall der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen; oder
- die einschlägigen Organisationsdokumente im Fall des Vermögensverwalters, des Vertreters ausländischer kollektiver Kapitalanlagen und des Vertriebsträgers.

Eine detaillierte Liste aller mit dem Gesuch um Bewilligung als Bewilligungsträger und gegebenenfalls um Genehmigung des Kollektivkapitalanlageprodukts der FINMA einzureichenden Angaben und Dokumente sind in den von der FINMA ausgearbeiteten und jeweils in der aktuellsten Version publizierten **Wegleitungen** enthalten. Es sind dies die:

- Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als *Fondsleitung*, die Änderungen innerhalb der Fondsleitung, den Wechsel der Fondsleitung (Ausgabe vom 27.9.2007);
- Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als *SICAV* und die Genehmigung ihrer Statuten und ihres Anlagereglements, die Genehmigung von zusätzlichem Vermögen, die Änderungen innerhalb der SICAV (Ausgabe vom 1.4.2008);
- Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als *Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen* und die Genehmigung ihres Gesellschaftsvertrags, die Änderungen innerhalb der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (Ausgabe vom 27.9.2007);
- Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als *SICAF* und die Genehmigung ihrer Statuten und ihres Anlagereglements, die Änderungen innerhalb der SICAF (Ausgabe vom 1.4.2008);
- Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als *Depotbank*, die Änderungen innerhalb der Depotbank, den Wechsel der Depotbank (Ausgabe vom 27.9.2007);
- Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als *Vermögensverwalter* («Asset Manager») gem. Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Ausgabe vom 13.6.2007);
- Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als *Vertriebsträger* (Ausgabe vom 13.6.2007); und
- Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als *Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen* (Ausgabe vom 13.6.2007).

- 12 Für die Gesuche betreffend die Bewilligung als **Vermögensverwalter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen** ist analog auf die «Wegleitung für Gesuche betreffend die Bewilligung als *Vermögensverwalter* («Asset Manager») gem. Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen» abzustellen.

V. Ausnahmen von der Bewilligungspflicht (Abs. 3)

1. Allgemeines

- 13 Der Bundesrat hat von seiner Kompetenz Vermögensverwalter, Vertriebssträger sowie Vertreter, die bereits einer anderen staatlichen Aufsicht unterstehen, von der Bewilligungspflicht zu befreien, in Art. 8 KKV Gebrauch gemacht. Hintergrund dieser **kaskadenartigen Ausnahmeregelung** ist es, zu vermeiden, dass Personen, die bereits einer staatlichen Aufsicht unterstehen, für eine zusätzliche Tätigkeit, an welche geringere Bewilligungsvoraussetzungen geknüpft werden, eine weitere Bewilligung beantragen müssen. Daraus kann gefolgert werden, dass die Bewilligungsvoraussetzungen für *Vermögensverwalter* strenger sind als jene für *Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen* und *Vertriebssträger*, und diejenigen für *Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen* strenger sind als jene an *Vertriebssträger*.

2. Ausnahme von der Bewilligungspflicht als *Vermögensverwalter*, *Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen* und *Vertriebssträger*

- 14 Folgende **prudentiell beaufsichtigten Institute** sind von der Bewilligungspflicht für *Vermögensverwalter*, für *Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen* sowie für *Vertriebssträger* befreit:
- Fondsleitungen,
 - Banken i.S. des BankG,
 - Effektenhändler i.S. des BEHG und
 - Versicherungseinrichtungen i.S. des VAG.
- 15 Hinsichtlich der Ausnahmeregelung für die **Fondsleitungen** ist zu beachten, dass deren Statuten und entsprechend das Organisationsreglement so ausgestaltet sein müssen, dass der Zweckartikel der Statuten die Erbringung dieser zusätzlichen Dienstleistungen vorsieht (Art. 46 Abs. 2 KKV) und das Organisationsreglement die Kompetenzverteilung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung hinsichtlich dieser (zusätzlichen) Dienstleistungen regelt. Wurde dies bei der Gründung der Fondsleitung nicht berücksichtigt, so ist dies nachzuholen, was eine bewilligungspflichtige Änderung der Statuten und des Organisationsreglements (Art. 14 Abs. 1 lit. c KAG und Art. 7 KKV i.V.m. Art. 16 KAG) zur Folge hätte. Zur SICAV, KGK und SICAF s. N20.
- 16 Im Gegensatz zur Regelung in der EU ist es unter dem KAG nicht untersagt, dass die Fondsleitung die **Vermögensverwaltung** für einen Anlagefonds an die Depotbank dieses Anlagefonds delegieren darf (vgl. Art. 5g [1] e] OGAW III).

3. Ausnahme von der Bewilligungspflicht als *Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen* und *Vertriebssträger*

- 17 Wer eine Bewilligung als **Vermögensverwalter** i.S.v. Art. 18 erlangt hat, ist von der Bewilligungspflicht als *Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen* sowie als *Vertriebssträger* befreit.

4. Ausnahme von der Bewilligungspflicht als *Vertriebssträger*

Die Schweizerische Post und **Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen** i.S.v. Art. 123 sind von der Bewilligungspflicht für *Vertriebssträger* befreit.

Art. 8 KGV hält zudem klärend fest, dass **Agenten von Versicherungseinrichtungen**, die aufgrund des Agenturvertrages rechtlich und faktisch in die Organisation der Versicherungseinrichtung eingebunden sind, der Bewilligungspflicht für Vertriebssträger nicht unterstehen. Analog liess die EBK bereits nach bisherigem Recht zu, dass z.B. Agenten eines Strukturvertriebes keine eigene Vertriebssträgerbewilligung für den Fondsvertrieb benötigten, wenn die Strukturvertriebsgesellschaft über eine solche Bewilligung verfügte und zudem nachwies, dass sie die Agenten im aufsichtsrechtlich relevanten Bereich rechtlich und faktisch hinreichend in die Organisation einbinden und kontrollieren. Damit wird eine Gleichbehandlung gegenüber Organisationen sichergestellt, welche ihren Aussendienst über Arbeitnehmer organisieren.

5. Keine Ausnahme von der Bewilligungspflicht für die SICAV, KGK und SICAF

Für die SICAV, KGK und SICAF sieht die KKV **keine Ausnahmen** von der Bewilligungspflicht vor, da deren Zweck ausschliesslich auf die Verwaltung und den Vertrieb (mit Bezug auf die SICAV) ihrer eigenen kollektiven Kapitalanlage beschränkt. Diese dürfen daher keine Vermögensverwaltungs-, Vertretungs- oder Vertriebsdienstleistungen für Dritte erbringen.

VI. Vermögensverwalter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen (Abs. 4)

1. Hintergrund und Bedeutung

Am 21.1.2002 erliess das Europäische Parlament und der Rat die **Richtlinie 2001/107/EG** zur Änderung der Richtlinie 85/611/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) zwecks Festlegung von Bestimmungen für Verwaltungsgesellschaften und vereinfachte Prospekte (OGAW III).

Darin wird in Art. 5 (1) festgehalten, dass für den Zugang zur Tätigkeit einer Verwaltungsgesellschaft die vorherige **förmliche Zulassung** durch die zuständigen Behörden des Herkunftsmitgliedstaates erforderlich ist, wobei die «Verwaltungsgesellschaft» als jede Gesellschaft, deren reguläre Geschäftstätigkeit in der Verwaltung von in der Form eines Investmentfonds oder einer Investmentgesellschaft konstituierten OGAW besteht (gemeinsame Portfolioverwaltung von OGAW), definiert wird.

Gestützt auf Art. 5g OGAW III gestatten die Mitgliedstaaten den Verwaltungsgesellschaften, eine oder mehrere ihrer Aufgaben zum Zwecke einer effizienteren Geschäftsführung an Dritte zu übertragen, sofern u.a. folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- wenn die Übertragung die Anlageverwaltung betrifft, so darf der Auftrag nur Unternehmen erteilt werden, die für die *Zwecke der Vermögensverwaltung zugelassen oder eingetragen sind und einer Aufsicht unterliegen*; die Übertragung muss mit den von der Verwaltungsgesellschaft regelmässig festgelegten Vorgaben für die Verteilung der Anlagen in Einklang stehen (Art. 5g [1] c] OGAW III);
- wenn der Auftrag die Anlageverwaltung betrifft und einem Drittlandsunternehmen erteilt wird, so muss die *Zusammenarbeit zwischen den betroffenen Aufsichtsbehörden sichergestellt sein* (Art. 5g [1] d] OGAW III).

Eine sinngemässe Regelung gilt u.a. auch für die Vermögensverwaltung von kollektiven Kapitalanlagen in den USA (Botschaft KAG, 6427).

- 23 Schweizerischen unabhängigen Vermögensverwaltern, die nicht prudentiell überwacht werden, wäre damit die Verwaltung europäischer und anderer Anlagefonds verwehrt gewesen. Zum Schutz schweizerischer Vermögensverwalter vor einem möglichen Verlust von Marktanteilen oder einem Ausschluss von solchen Märkten hat die EBK Ende Februar 2005 erstmals dem Gesuch der schweizerischen Tochtergesellschaft einer weltweit im Vermögensverwaltungsgeschäft tätigen Unternehmensgruppe um Bewilligung als *schweizerischer Effekthändler* stattgegeben. Bedingung war jedoch, dass die Bewilligungsvoraussetzungen und die Vorschriften für Effekthändler nach den Bestimmungen des Börsengesetzes eingehalten sind (EBK-JB 2005, 40 f.). Bis zum Inkrafttreten des KAG gab es in der Schweiz keine Möglichkeit für eine **Bewilligung für reine Vermögensverwalter**, welche zu einer prudentiellen Überwachung geführt hätte, weshalb nur der Ausweg über den Status der Bank oder des Effekthändlers offen blieb. Dies führte zum unbefriedigenden Resultat, dass die bislang unbeaufsichtigten Vermögensverwalter sich dem aufwendigen und teuren Bewilligungsverfahren für Banken oder Effekthändler unterziehen mussten und sich nach erfolgter Bewilligungserteilung um eine Vielzahl von Bestimmungen zur Aufrechterhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen zu kümmern hatten.
- 24 Mit dem Inkrafttreten des KAG unterliegen Vermögensverwalter *schweizerischer* kollektiver Kapitalanlagen einer Bewilligungspflicht (sofern nicht eine Ausnahmegewilligung gem. Art. 10 Abs. 5 gewährt wurde, s. Komm. zu Art. 10 Abs. 5). Vermögensverwalter, welche nur *ausländische* kollektive Kapitalanlagen, nicht jedoch schweizerische kollektive Kapitalanlagen verwalten wollen und somit nicht unter die Bewilligungspflicht gem. Art. 13 Abs. 2 lit. f fallen, haben dagegen die Möglichkeit, sich **auf freiwilliger Basis** unter gewissen Voraussetzungen der Aufsicht der FINMA zu unterstellen (Botschaft KAG, 6428). Die provisorische Lösung mittels einer Bewilligung als Effekthändler wurde daher mit dem Inkrafttreten des KAG weitgehend abgelöst, und ein allfälliger gewünschter Wechsel vom Effekthändler- zum Vermögensverwalterstatus sollte aufgrund der grundsätzlich tiefer anzusetzenden Bewilligungsvoraussetzungen für Vermögensverwalter problemlos möglich sein.

2. Bewilligungsvoraussetzungen

- 25 Vermögensverwalter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen (Art. 119 ff.) können sich freiwillig der Aufsicht durch die FINMA unterstellen, sofern:
- sie Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz haben;
 - sie aufgrund der ausländischen Gesetzgebung einer Aufsicht unterstehen müssen; und
 - die von ihnen verwaltete ausländische kollektive Kapitalanlage einer der schweizerischen gleichwertigen Aufsicht untersteht.

Zusätzlich zu den vorgenannten Voraussetzungen gelten **dieselben Bewilligungsvoraussetzungen** wie für die anderen Bewilligungsträger, insb. diejenigen für Vermögensverwalter von schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen (Art. 9 KKV, s. Komm. zu Art. 14). Erfolgt eine Unterstellung, haben die Vermögensverwalter alle Voraussetzungen gem. KAG und KKV wie ein Verwalter inländischer kollektiver Kapitalanlagen einzuhalten (Erläuterungsbericht zur KKV, 9).

- 26 Aufgrund der **materiell gleichen Anforderungen** an die Bewilligungserteilung für Vermögensverwalter *schweizerischer* und *ausländischer* kollektiver Kapitalanlagen, können

schweizerische Vermögensverwalter nach Bewilligungserteilung sowohl *schweizerische als auch ausländische* kollektive Kapitalanlagen verwalten (HASENBÖHLER, Rz 759). Dies umsomehr, als die Bewilligung nicht an die jeweilige zu verwaltende kollektive Kapitalanlage geknüpft ist, sondern der Vermögensverwalter als Bewilligungsträger zur Verwaltung jeglicher schweizerischer und – sofern nach der ausländischen Rechtsordnung zulässig – ausländischer kollektiver Kapitalanlagen zugelassen ist. Entsprechend unterscheidet die Aufsichtsbehörde bei der Publikation der bewilligten Institute auch nicht zwischen Vermögensverwalter *schweizerischer* kollektiver Kapitalanlagen und Vermögensverwalter *ausländischer* kollektiver Kapitalanlagen, sondern führt lediglich eine Liste der «Bewilligten Vermögensverwalter von kollektiven Kapitalanlagen».

a) Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz

In analoger Anwendung von Art. 18 können eine Bewilligung als Vermögensverwalter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen alle 27

- natürlichen Personen,
- juristischen Personen in der Form einer Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung, oder
- Kollektiv- und Kommanditgesellschaften

mit **Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz** erlangen, sofern sie alle weiteren Voraussetzungen dazu erfüllen. Von einer Bewilligungserteilung ausgeschlossen sind somit die Rechtsformen der Genossenschaft und der Stiftung sowie öffentlich-rechtliche Körperschaften. Die Bewilligung kann auch erlangt werden, sofern eine der oben aufgeführten Gesellschaften ausländisch beherrscht ist. Aufgrund der vorgenannten Liste können grundsätzlich auch Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen in der Schweiz keine Bewilligung erlangen.

b) Nachweis der Notwendigkeit einer prudentiellen Beaufsichtigung des schweizerischen Vermögensverwalters aufgrund ausländischer Rechtsordnung

aa) Anforderungen an den Nachweis

Wie bereits oben ausgeführt, unterliegen gewisse ausländische kollektive Kapitalanlagen gemäss der Rechtsordnung in ihrem Heimatstaat (z.B. in der EU und den USA) Vorschriften, wonach diese keine Dritte mit der Vermögensverwaltung der Vermögen der kollektiven Kapitalanlagen beauftragen dürfen, sofern diese Vermögensverwalter nicht einer staatlichen prudentiellen Aufsicht unterstehen. 28

An den **Nachweis der Notwendigkeit** einer staatlichen Beaufsichtigung des schweizerischen Vermögensverwalters kann die FINMA u.E. keine hohen Anforderungen stellen, da dieses Erfordernis von den zum Zeitpunkt der Bewilligungserteilung erteilten Mandaten abhängt und entsprechend nach erfolgter Bewilligungserteilung jederzeit auch wieder ändern kann. U.E. müsste eine glaubhafte Interessenbekundung des schweizerischen Vermögensverwalters im Bewilligungsgesuch genügen, wonach dieser sich in Jurisdiktionen um Vermögensverwaltungsmandate zu bemühen beabsichtigt, in denen die Rechtsordnung (teilweise) eine prudentielle Beaufsichtigung des Vermögensverwalters verlangt (z.B. Mitgliedstaaten der Europäischen Union). Allenfalls könnte der Nachweis des Erfordernisses einer prudentiellen Beaufsichtigung des Vermögensverwalters auch mittels eines Schreibens einer ausländischen kollektiven Kapitalanlage zuhanden des schweizerischen Vermögensverwalters erbracht werden, falls der schweizerische Vermögensverwalter sich bereits um eine konkrete Mandatserteilung bemüht hat.

Die FINMA scheint diesbezüglich zur Zeit jedoch eine striktere Haltung einzunehmen und verlangt den Nachweis eines bestehenden Mandats, welches die staatliche Beauf-

sichtigung des schweizerischen Vermögensverwalters verlangt, oder erteilt die Bewilligung suspensiv bis zur Erteilung eines solchen Mandats. Die FINMA scheint zudem gewillt, einem schweizerischen Vermögensverwalter die Bewilligung zu entziehen, falls der schweizerische Vermögensverwalter nachträglich zur Bewilligungserteilung keines der Mandate, welches eine staatliche Beaufsichtigung des schweizerischen Vermögensverwalters verlangt, weiterführen würde.

bb) Hintergrund für die Anforderungen an den Nachweis

- 29 Die Anforderungen an den Nachweis sind auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass für die Einführung der Möglichkeit einer freiwilligen Unterstellung von Vermögensverwaltern von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen unter die Aufsicht der FINMA *wettbewerbspolitische und nicht prudentielle Aspekte* ausschlaggebend waren (Botschaft KAG, 6428). Es muss sodann auch davon ausgegangen werden, dass nach den relevanten ausländischen Rechtsordnungen die Tätigkeit als Vermögensverwalter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen erst dann aufgenommen werden darf, wenn der schweizerische Vermögensverwalter den notwendigen regulatorischen Status nachweisen kann. Analoges gilt unter Strafandrohung gem. Art. 148 auch für Vermögensverwalter von schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen.

Spätestens nach Ablauf der Übergangsfrist von einem Jahr gem. Art. 154 Abs. 2 lit. b (d.h. ab dem 1.1.2008), wonach Fondsleitungen innerhalb Jahresfrist nachweisen mussten, dass die von ihr beauftragten Vermögensverwalter schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen einer staatlichen Aufsicht unterstehen, dürfen die gesuchstellenden schweizerischen Vermögensverwalter im Zeitpunkt des Gesuchs weder schweizerische kollektive Kapitalanlagen noch ausländische kollektive Kapitalanlagen verwalten, sofern auch für letztere eine staatliche Aufsicht Voraussetzung ist. Es ist davon auszugehen, dass für den schweizerischen Vermögensverwalter häufig noch nicht einmal eine konkrete Mandatserteilung in Aussicht steht, da Verhandlungen mit möglichen Auftraggebern (Fondsleitungen etc.) schwierig, wenn nicht sogar unmöglich sind, solange der regulatorische Status eines Vermögensverwalters nicht erfüllt ist. Das Erfordernis des Nachweises, dass eine ausländische Gesetzgebung eine prudentielle Beaufsichtigung des schweizerischen Vermögensverwalters verlangt, ist aus *wettbewerbspolitischen* Gründen somit unsachgemäss, da es nicht regulierte schweizerische Vermögensverwalter im Wettbewerb gegenüber ausländischen Vermögensverwaltern, welche bereits einer staatlichen Aufsicht unterstehen, benachteiligt. Entsprechend sollte ein **Nachweis in vereinfachter Form** zugelassen werden.

Dies muss umso mehr der Fall sein, als es einem schweizerischen Vermögensverwalter jederzeit offen steht, anstatt einer Bewilligung als Vermögensverwalter von *ausländischen* kollektiven Kapitalanlagen eine Bewilligung als Vermögensverwalter von *schweizerischen* kollektiven Kapitalanlagen zu beantragen, wozu die zusätzlichen Nachweise gem. Art. 13 Abs. 4 lit. b und lit. c nicht explizit verlangt werden. Mit der Beaufsichtigung als Vermögensverwalter von *schweizerischen* kollektiven Kapitalanlagen durch die FINMA ist aber regelmässig auch das entsprechende Erfordernis der staatlichen Beaufsichtigung unter der ausländischen Rechtsordnung erfüllt.

c) Verwaltete ausländische kollektive Kapitalanlage, welche einer der schweizerischen gleichwertigen Aufsicht untersteht

aa) Anforderungen an den Nachweis

- 30 Gemäss EBK-Wegleitung für Gesuche betreffend die Genehmigung zum öffentlichen Vertrieb von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen in oder von der Schweiz aus,

die nicht EU-kompatibel sind (Ausgabe vom 1.4.2008, 2; «**Wegleitung**») hat die EBK bis heute für offene kollektive Kapitalanlagen für folgende Staaten die Gleichwertigkeit der öffentlichen Aufsicht festgestellt:

- Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR),
- Vereinigte Staaten von Amerika (USA),
- Guernsey und
- Jersey.

Grundsätzlich sind für den Nachweis der gleichwertigen Aufsicht analog die entsprechenden Bestimmungen in der Wegleitung betreffend die Zulassung von ausländischen offenen kollektiven Kapitalanlagen zum öffentlichen Vertrieb in der Schweiz (s. Komm. zu Art. 120 Abs. 2 lit. a) heranzuziehen. Demnach würde es genügen, dass eine entsprechende **Bescheinigung** der heimatlichen Aufsichtsbehörde eingereicht würde, worin bestätigt wird, dass die offene kollektive Kapitalanlage in einem der vorgenannten Staaten der Aufsicht untersteht.

31 Wurde die kollektive Kapitalanlage hingegen in einem anderen Staat gegründet oder handelt es sich um geschlossene kollektive Kapitalanlagen und macht der Gesuchsteller geltend, dass die kollektive Kapitalanlagen in diesem Staat einer dem **Anlegerschutz** dienenden öffentlichen Aufsicht untersteht, die mit den Bestimmungen des KAG gleichwertig ist, hat der Gesuchsteller gemäss Wegleitung folgende Beilagen einzureichen:

- detaillierte Beschreibung der öffentlichen Aufsicht dieses Staates unter Bezugnahme auf die einschlägigen Gesetze und Ausführungsbestimmungen sowie einen Vergleich von diesen mit dem KAG;
- Gesetzgebung, Ausführungsbestimmungen, Wegleitungen etc., auf die sich der Gesuchsteller bezieht (stehen diese Beilagen weder in einer schweizerischen Amtssprache noch in englischer Sprache zur Verfügung, muss eine Übersetzung in einer schweizerischen Amtssprache beigelegt werden).

bb) Hintergrund für die Anforderungen an den Nachweis

32 Die Botschaft zum KAG hält fest, dass die freiwillige Unterstellung von schweizerischen Vermögensverwaltern unter das KAG als Vermögensverwalter von *ausländischen* kollektiven Kapitalanlagen auf jene Fälle beschränkt ist, in denen (i) die ausländische Gesetzgebung eine Aufsicht erfordert (s. Ausführungen dazu N29) und (ii) die ausländische kollektive Kapitalanlage einer der schweizerischen gleichwertigen Aufsicht unterliegt. «*Mit diesen Bedingungen soll das mit der Bewilligung dieser Vermögensverwalter verknüpfte Reputationsrisiko des Schweizer Finanzplatzes begrenzt werden. Vermögensverwalterinnen und -verwalter, welche in Offshore-Zentren kollektive Kapitalanlagen für ihre eigene Privatkundschaft gründen, um von dem im jeweiligen Land geltenden, im Vergleich zur Schweiz teilweise günstigeren regulatorischen und steuerlichen Umfeld zu profitieren, werden hingegen das regulatorische Gütesiegel in der Regel nicht beanspruchen können*» (Botschaft KAG, 6428).

Dieselben Argumente, welche gegen das Erfordernis eines Nachweises der Notwendigkeit einer staatlichen Beaufsichtigung des schweizerischen Vermögensverwalters sprechen, gelten jedoch auch hinsichtlich des Erfordernisses des Nachweises der gleichwertigen Aufsicht. So wird ein **konkreter Nachweis** der gleichwertigen Aufsicht i.d.R. für einen schweizerischen Vermögensverwalter gar nicht möglich sein, wenn noch gar kein konkretes Mandatsverhältnis für die Vermögensverwaltung der ausländischen kollektiven Kapitalanlage mit dem schweizerischen Vermögensverwalter besteht.

- 33 In Frage gestellt werden darf sodann auch, ob dem in der Botschaft KAG ausgedrückten Schutzgedanken zur Minderung des **Reputationsrisikos** des schweizerischen Finanzplatzes mit einer solchen Bestimmung wirklich Rechnung getragen werden kann. Mangels einer konkreten anderslautenden gesetzlichen Grundlage darf ein bewilligter Vermögensverwalter von kollektiven Kapitalanlagen nämlich auch andere Mandate betreuen, unabhängig davon, wo diese kollektiven Kapitalanlagen gegründet wurden und ob es sich dabei um Mandate betreffend kollektive Kapitalanlagen handelt oder nicht. Dies entspricht auch dem eigentlichen Zweck der freiwilligen Unterstellungspraxis der EBK, nämlich «der Wiederherstellung der Konkurrenzfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz und der Verhinderung der Abwanderung lukrativer Geschäftszweige ins Ausland» (Botschaft KAG, 6428).

Aufgrund dessen muss unserer Ansicht nach auch für diesen Punkt allenfalls ein Nachweis in vereinfachter Form zugelassen werden, indem es genügen würde, wenn der gesuchstellende schweizerische Vermögensverwalter im Rahmen seines Gesuchs glaubhaft macht, dass er sich u.a. um Vermögensverwaltungsmandate für Vermögen von kollektiven Kapitalanlagen bemüht, welche einer der schweizerischen gleichwertigen Aufsicht unterstehen.

VII. Registrierung der Bewilligungsträger im Handelsregister

- 34 Die Gesellschaften nach Art. 13 Abs. 2 lit. a–d dürfen erst nach Erteilung der Bewilligung durch die FINMA in das Handelsregister eingetragen werden, wobei das Handelsregisteramt in aller Regel von der FINMA (analog der entsprechenden Praxis bei Banken und Effektenhändlern) eine **schriftliche Bestätigung** verlangt, dass seitens der FINMA die Voraussetzungen für die Eintragung des Bewilligungsinhabers im Handelsregister erfüllt sind. Mit der Erweiterung des numerus clausus der zulässigen Gesellschaftsformen (SICAV und Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen) und der Schaffung einer Spezialform der obligationenrechtlichen Aktiengesellschaft in Form der SICAF wurde es auch notwendig, dass die Handelsregisterverordnung entsprechend angepasst und ergänzt wurde (Art. 98 ff. HRegV betreffend die KGK; Art. 101 HRegV betreffend SICAF und Art. 102 ff. HRegV betreffend SICAV).
- 35 Die Prüfungspflicht des Handelsregisteramts beschränkt sich hinsichtlich der KAG-Voraussetzungen zur Eintragung lediglich auf die Feststellung, ob die Bewilligung der FINMA vorliegt, ohne **Kognitionsbefugnisse** betreffend den inhaltlichen Teil der Bewilligung, welche alleine bei der FINMA liegen (VOGT, 7). Die Prüfungspflicht der Handelsregisterbehörden gem. Art. 940 OR und Art. 28 HRegV ist daher betreffend diesen Punkt eingeschränkt. Entsprechend liegt es auch bei der FINMA, bei einem Verstoss gegen kollektivanlagegesetzliche Bestimmungen (z.B. betreffend Übergangsrecht im Falle bereits eingetragener Gesellschaften) die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen und als ultima ratio die Liquidation und Auflösung der Gesellschaft zu verfügen (VOGT, 7).

Für die anderen bewilligungspflichtigen Institute gem. Art. 13 Abs. 2 lit. e–h muss die Bewilligung im Zeitpunkt der Handelsregistereintragung nicht vorliegen.

VIII. Ausblick

- 36 Zur nachhaltigen Verbesserung der internationalen **Wettbewerbsfähigkeit** des schweizerischen Finanzsektors wurde der im November 2007 der «Steuerungsausschuss Dia-

log Finanzplatz (STAFI)» aus Vertretern der Behörden und des Finanzsektors geschaffen.

Am 2.9.2008 hat der STAFI ein erstes Massnahmenbündel verabschiedet, wonach u.a. Vermögensverwalter in der Schweiz, die ausländische kollektive Kapitalanlagen verwalten, künftig erleichtert die Möglichkeit haben sollen, sich freiwillig der Aufsicht der FINMA zu unterstellen. Eine solche Erleichterung bedingt jedoch eine Gesetzesänderung (Streichung von Art. 13 Abs. 4 sowie die Einführung eines Artikels, der als Bewilligungsvoraussetzung nur noch den Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz und das Erfüllen der allgemeinen Bewilligungsvoraussetzungen verlangt).

Art. 17 Vereinfachtes Bewilligungs- und Genehmigungsverfahren

Der Bundesrat kann für kollektive Kapitalanlagen ein vereinfachtes Bewilligungs- und Genehmigungsverfahren vorsehen.

Art. 16 KKV Voraussetzungen für das vereinfachte Genehmigungsverfahren (Art. 17 KAG)

- ¹ Das vereinfachte Genehmigungsverfahren kann nur durchgeführt werden, wenn das Fondsreglement:
- einer Vorlage entspricht, welche die FINMA als Mindeststandard anerkannt hat, wie Musterreglemente und -prospekte einer Branchenorganisation; oder
 - einem Standard entspricht, welchen die FINMA gegenüber dem jeweiligen Bewilligungsträger als verbindlich anerkannt hat.
- ² Die FINMA bestätigt dem Gesuchsteller den Eingang des Gesuchs.
- ³ Sind zur Beurteilung des Gesuchs weitere Informationen erforderlich, so kann die FINMA den Gesuchsteller auffordern, diese nachzureichen.

Art. 17 KKV Fristen im vereinfachten Genehmigungsverfahren (Art. 17 KAG)

- ¹ Offene kollektive Kapitalanlagen für qualifizierte Anlegerinnen und Anleger gelten nach Ablauf folgender Fristen als genehmigt:
- Effektenfonds, Immobilienfonds und übrige Fonds für traditionelle Anlagen: nach Eingang des Gesuchs;
 - übrige Fonds für alternative Anlagen: vier Wochen nach Eingang des Gesuchs.
- ² Die FINMA genehmigt offene kollektive Kapitalanlagen, die sich ans Publikum richten, spätestens innerhalb folgender Fristen:
- Effektenfonds: vier Wochen nach Eingang des Gesuchs;
 - Immobilienfonds und übrige Fonds für traditionelle Anlagen: sechs Wochen nach Eingang des Gesuchs;
 - übrige Fonds für alternative Anlagen: acht Wochen nach Eingang des Gesuchs.
- ³ Die Frist beginnt einen Tag nach Eingang des Gesuchs zu laufen.
- ⁴ Verlangt die FINMA weitere Informationen, so ist der Fortlauf der Frist ab dem Zeitpunkt der Aufforderung bis zum Eingang der Informationen bei der FINMA aufgeschoben.

Art. 18 KKV Nachträgliche Änderung von Dokumenten (Art. 17 KAG)

¹ Die FINMA kann für kollektive Kapitalanlagen für qualifizierte Anlegerinnen und Anleger bis drei Monate nach der vereinfachten Genehmigung eine nachträgliche Änderung der Dokumente verlangen.

- ² Die Anlegerinnen und Anleger sind:
- auf die Möglichkeit einer Änderung vorgängig aufmerksam zu machen;
 - über nachträgliche Änderungen in den Publikationsorganen zu informieren.

Art. 89 KKV-FINMA Aufsichtsprüfung

Aufgehoben durch Ziff. I 1 der V der FINMA vom 20. November 2008 über die Anpassung von Behördeverordnungen an das Finanzmarktaufsichtsgesetz, mit Wirkung seit 1. Januar 2009 (AS 2008 5613).

Materialien

EDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Erläuterungsbericht zur Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen (KKV), November 2006.

I. Allgemeines

Ein wichtiges Anliegen der Fondsindustrie bei der Revision des Anlagefondsgesetzes war, dass die Produkte im internationalen Verhältnis innert vergleichbarer Zeitperioden auf den Markt gebracht werden können (*time to market*). Insbesondere verschiedene ausländische Fondsplätze bieten sehr **rasche Verfahren**, teilweise sogar blosses Meldeverfahren für die Zulassung von Produkten an. Entsprechend wurde Art. 17 von den Marktteilnehmern begrüsst. 1

Gemäss Art. 17 kann der Bundesrat für *kollektive Kapitalanlagen* ein vereinfachtes *Bewilligungs- und Genehmigungsverfahren* vorsehen. Der Bundesrat hat von dieser Kompetenz in den Art. 16–18 KKV jedoch nur in beschränktem Umfang Gebrauch gemacht, indem er ein vereinfachtes *Genehmigungsverfahren* für *offene* kollektive Kapitalanlagen vorsieht. Ein vereinfachtes Bewilligungs- und Genehmigungsverfahren für die KGK und die SICAF ist damit derzeit nicht vorgesehen, ebenso besteht kein vereinfachtes *Bewilligungsverfahren* für die Bewilligungsträger gem. Art. 13 (s.u. N 5). Offen ist das Verhältnis zu Art. 120 Abs. 3: Für die Genehmigung ausländischer kollektiver Kapitalanlagen muss Art. 120 Abs. 3 wohl als *lex specialis* gelten, was zwar die Anwendung von Art. 17 nicht zwingend ausschliesst, jedoch müssen in jedem Fall die zusätzlichen Voraussetzungen nach Art. 120 Abs. 3 erfüllt sein. 2

II. Voraussetzungen für das vereinfachte Genehmigungsverfahren (Art. 16 KKV)

1. Umfang des vereinfachten Genehmigungsverfahrens

Gemäss Art. 16 KKV kann das **vereinfachte Genehmigungsverfahren** nur in Anspruch genommen werden, wenn das *Fondsreglement* entweder 3

- einer Vorlage entspricht, welche die FINMA als Mindeststandard anerkannt hat, wie Musterreglemente und -prospekte einer Branchenorganisation, oder
- einem Standard entspricht, welchen die FINMA gegenüber dem jeweiligen Bewilligungsträger als verbindlich anerkannt hat.

- 4 Offene kollektive Kapitalanlagen weisen entweder die Form des vertraglichen Anlagefonds (Art. 25 ff.) oder die Form der Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV, Art. 36 ff.) auf. Gemäss Art. 8 haben die offenen kollektiven Kapitalanlagen ein **Fondsreglement**. Dieses entspricht beim vertraglichen Anlagefonds dem Kollektiv-anlagevertrag (*Fondsvertrag*) und bei der SICAV den *Statuten* und dem *Anlagereglement*.
- 5 Daraus wird deutlich, dass sich das vereinfachte Genehmigungsverfahren auf die **Produkte** beschränkt, die Bewilligung der **Institute** (Fondsleitung resp. SICAV) hingegen den normalen Bewilligungsprozess durchlaufen müssen. Eine Vereinfachung der mit den Instituten verbundenen Bewilligungsvoraussetzungen wäre denn mit dem Schutzzweckcharakter des Gesetzes nicht vereinbar (Erläuterungsbericht KKV, Komm. zu Art. 16 KKV).
- 6 Bei der SICAV ergibt sich daraus die Problematik, dass grundsätzlich deren Statuten und Anlagereglement dem vereinfachten Genehmigungsverfahren zugänglich wären, die übrigen Bewilligungsvoraussetzungen zur Erteilung einer Bewilligung als SICAV jedoch nicht. So muss z.B. auch das Organisationsreglement der SICAV von der FINMA gutgeheissen werden (Art. 14 Abs. 1 lit. c KAG; Art. 7 lit. a und Art. 12 Abs. 3 KKV), wobei das Organisationsreglement nur dem Bewilligungsverfahren für die SICAV als Institut zuzurechnen ist und darum nicht vom vereinfachten Genehmigungsverfahren profitieren kann – Art. 15 Abs. 1 lit. b erwähnt denn auch das Organisationsreglement nicht. Da das Organisationsreglement gestützt auf die Statuten erlassen wird, scheint diese Lösung allerdings nicht als zwingend. Hingegen ist die Beschränkung auf Produkte vom Verordnungsgeber ausdrücklich gewollt, weshalb sich der Vorteil des vereinfachten Genehmigungsverfahrens für die SICAV wohl primär auf das Verfahren zur nachträglichen Abänderung der Statuten oder des Anlagereglements beschränkt, z.B. im Falle der Schaffung, Aufhebung oder Vereinigung von Teilvermögen (so auch ausdrücklich der Erläuterungsbericht zur KKV, 12) oder Anteilsklassen (Art. 61 Abs. 1 KKV), wobei z.B. im Falle der Vereinigung von Anteilsklassen (Art. 61 Abs. 2 KKV) sowie bei der Änderung des Anlagereglements zusätzlich ein Generalversammlungsbeschluss notwendig ist (Art. 63 Abs. 3 KKV). Obwohl im Gegensatz zur Vereinigung von Anteilsklassen nicht explizit vorgesehen, bedarf auch die Schaffung und Auflösung von Anteilsklassen einer Statutenänderung (Art. 40 Abs. 4 und Art. 43 Abs. 2 lit. c), wozu wiederum ein Generalversammlungsbeschluss notwendig ist. Dies selbst dann, wenn die Statuten vorsehen, dass der Verwaltungsrat der SICAV neue Anteilsklassen schaffen kann (Art. 64 Abs. 1 lit. d KKV).

2. Anforderungen an das Fondsreglement

- 7 **Voraussetzung** für die Anwendbarkeit des vereinfachten Genehmigungsverfahrens ist, wie oben ausgeführt, dass das Fondsreglement entweder dem Standard einer Branchenorganisation oder einem von der FINMA genehmigten Standard des Bewilligungsträgers entspricht.

a) Branchenstandard

- 8 Die von der SFA entwickelten Musterprospekte und -reglemente für Anlagefonds sowie die Statuten und das Anlagereglement der SICAV erfüllen gem. FINMA die gesetzlichen Vorgaben (siehe Wegleitung für Gesuche betreffend die Genehmigung des Fondsvertrags eines Anlagefonds, die Genehmigung von zusätzlichen Teilvermögen, die Genehmigung von Änderungen des Fondsvertrags, Ausgabe vom 1.4.2008, 3), wurden aber von der FINMA bislang nicht als Musterreglemente und -prospekte einer

Branchenorganisation i.S.v. Art. 16 Abs. 1 lit. a KKV anerkannt. Dies, obwohl die FINMA verlangt, dass mit dem Gesuch um Bewilligung einer kollektiven Kapitalanlage eine Version mit einzureichen ist, welche die Änderungen zu den verfügbaren SFA-Musterdokumenten aufzeigt. Daraus ist zu schliessen, dass die FINMA den SFA-Musterdokumenten einen **Standardcharakter** beimisst. Andere Muster als die SFA-Musterprospekte und -reglemente bestehen nicht.

Es wäre wohl sinnvoll, wenn die FINMA die SFA-Musterprospekte und -reglemente als solche einer Branchenorganisation i.S.v. Art. 16 Abs. 1 lit. a KKV anerkennen würde. Ungeregt bleibt dann, wie weit Abweichungen von diesen Musterreglementen oder -prospekten gehen könnten, um den Anspruch auf das vereinfachte Genehmigungsverfahren nicht zu verlieren. Die Mustertexte sehen selbst bereits u.a. zu spezifizierende Informationen (wie etwas Anlageziele, Anlageinstrumente etc.) vor. U.E. wären aber auch darüber hinausgehende Abweichungen zulässig, ohne den Verlust des vereinfachten Genehmigungsverfahrens in Kauf nehmen zu müssen, sofern und soweit die Abweichungen auf Einzelpunkte beschränkt sind und in diesen den Schutz der Anleger nicht verschlechtern.

b) Standard des Bewilligungsträgers

In der Fondsindustrie sind auf individueller Basis der Fondsleitungen einige Bestrebungen im Gange, **Standards** i.S.v. Art. 16 Abs. 1 lit. b KKV zu entwickeln, welche von der FINMA als verbindlich anerkannt werden könnten. Als Ausgangslage dürften dabei wiederum die SFA-Musterprospekte und -reglemente dienen. Eine solche Verbindlicherklärung der FINMA kann im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens beantragt werden. Es sollte jedoch auch möglich sein, ausserhalb eines laufenden Bewilligungsverfahrens eine Bestätigung der FINMA einzuholen, dass eine bestimmte von einem Bewilligungsträger verwendete Standarddokumentation anerkannt wird.

III. Fristen im vereinfachten Genehmigungsverfahren (Art. 17 KKV)

1. Fristen

a) Kapitalanlagen für qualifizierte Anleger

Offene kollektive Kapitalanlagen für qualifizierte Anleger gelten nach Ablauf folgender Fristen als genehmigt: **10**

- **Effektenfonds, Immobilienfonds und übrige Fonds für traditionelle Anlagen:** nach Eingang des Gesuchs;
- **übrige Fonds für alternative Anlagen:** vier Wochen nach Eingang des Gesuchs.

Das vereinfachte Genehmigungsverfahren für kollektive Kapitalanlagen für qualifizierte Anleger wird daher grundsätzlich nicht mehr mit einer Verfügung der FINMA abgeschlossen, sondern hat vielmehr den Charakter eines Notifikationsverfahrens: Ohne ausdrückliche Verfügung der FINMA innert der genannten Fristen gilt das Produkt als genehmigt, vorbehaltlich des Rechts der FINMA, Änderungen gem. Art. 18 KKV zu verlangen.

Es ist bei alledem festzuhalten, dass es sich auch bei dem vereinfachten Genehmigungsverfahren für offene kollektive Kapitalanlagen für qualifizierte Anleger nach wie vor um ein Bewilligungsverfahren handelt, bei dem sich die FINMA eine materielle Prüfung des Produkts vorbehält. Dies ist nicht zuletzt auch für das Produkt und die Bewilligungsträger selber wichtig, da ein nicht durch die FINMA genehmigtes Produkt im Markt wohl erhebliche Wettbewerbsnachteile erleiden würde.

b) Publikums-Anlagen

- 11 Die FINMA genehmigt offene kollektive Kapitalanlagen, die sich ans Publikum richten, *spätestens* innerhalb folgender Fristen:
- **Effektenfonds:** vier Wochen nach Eingang des Gesuchs;
 - **Immobilienfonds und übrige Fonds für traditionelle Anlagen:** sechs Wochen nach Eingang des Gesuchs;
 - **übrige Fonds für alternative Anlagen:** acht Wochen nach Eingang des Gesuchs.

Das Genehmigungsverfahren für Publikums-Anlagefonds wird wie im regulären Verfahren mit einer Verfügung durch die FINMA abgeschlossen. Damit entspricht dieses Verfahren dem internationalen Standard (Erläuterungsbericht KKV, Komm. zu Art. 17 KKV m.V. auf Botschaft KAG, 6444). Erfolgt die Verfügung nicht zeitgerecht, so kann der Gesuchsteller Beschwerde erheben.

2. Fristberechnung

- 12 Der **Fristenlauf** für die Dauer des Genehmigungsverfahrens beginnt ab dem Tag nach Eingang des Gesuchs und untersteht den Regeln des VwVG. Im Dienste der Rechtssicherheit, insb. zur Bestimmung des Fristenlaufs, muss die FINMA dem Gesuchsteller den Eingang des Gesuchs schriftlich bestätigen. Falls die FINMA im Zusammenhang mit dem Genehmigungsverfahren weitere Informationen gem. Art. 18 KKV verlangt, ist der Fortlauf der Frist ab dem Zeitpunkt der Aufforderung bis zum Eingang der Informationen bei der FINMA aufgeschoben, d.h. die Frist beginnt nicht neu zu laufen, sondern steht nur still.

3. Weitere Unterlagen

- 13 Die FINMA kann den Gesuchsteller während der Frist für das vereinfachte Genehmigungsverfahren auffordern, **weitere Informationen**, die zur Beurteilung des Gesuchs erforderlich sind, nachzureichen. Im Falle eines Effektenfonds, Immobilienfonds oder übrigen Fonds für traditionelle Anlagen für qualifizierte Anleger, welche mit der Eingabe der relevanten Dokumente als genehmigt gelten, muss die FINMA innerhalb der dreimonatigen Frist gem. Art. 18 KKV solche Informationen nachfordern können, wobei u.E. eine solche Aufforderung den Fristenlauf von Art. 18 KKV nicht aufschieben würde, da die Dreimonatsfrist dem Anleger kommuniziert wurde.

IV. Nachträgliche Änderung von Dokumenten (Art. 18 KKV)

1. Umfang und Geltungsbereich

- 14 Die FINMA kann für Anlagefonds für qualifizierte Anleger bis drei Monate nach der vereinfachten Genehmigung der Fondsreglemente eine **nachträgliche Änderung** der Fondsreglemente verlangen. Obwohl dies gem. dem Wortlaut des Verordnungstextes auch für übrige Fonds für alternative Anlagen gilt, ist dies nicht ganz verständlich, da für diese Art Anlagefonds zunächst eine vierwöchige Wartefrist eingehalten werden muss, bis die Fondsreglemente als genehmigt gelten, was nur dadurch erklärbar ist, dass der FINMA die Möglichkeit gegeben werden soll, die entsprechenden Fondsreglemente durchzusehen und allenfalls Änderungen zu beantragen, bevor die übrigen Fonds für alternative Anlagen vertrieben werden. Die Kombination einer vierwöchigen Wartefrist mit einem nachträglichen Änderungsvorbehalt macht das vereinfachte Genehmigungsverfahren für diese Art Anlagefonds unattraktiv. Es ist deshalb zu wünschen, dass die FINMA Änderungen innerhalb von vier Wochen nach Eingang des Gesuchs

3. Kapitel: Bewilligung und Genehmigung

verlangt, sodass sich eine nachträgliche Änderung der Fondsreglemente im Normalfall erübrigt.

Für **SICAV** ist zusätzlich zu beachten, dass eine Statutenänderung nur mit Zustimmung der Aktionäre erfolgen kann, weshalb eine nachträgliche Abänderung der Statuten auf Verlangen der FINMA zusätzlich eines Generalversammlungsbeschlusses bedarf. 15

2. Pflicht zur Aufklärung der Anleger

Die Fondsleitung resp. die SICAV hat im Falle der Inanspruchnahme des vereinfachten Bewilligungsverfahrens gem. Art. 17 Abs. 1 KKV die Pflicht, Anleger auf die Möglichkeit einer nachträglichen Änderung des Fondsvertrags (im Falle eines Anlagefonds) resp. der Statuten oder des Anlagereglements (im Falle einer SICAV) vorgängig aufmerksam zu machen und sie, falls eine solche nachträgliche Änderung notwendig wird, darüber in den vorgesehenen Publikationsorganen zu **informieren**. 16

Die nachträgliche Änderung der Fondsreglemente gibt den Anlegern kein Recht zur **Anfechtung** i.S.v. Art. 27 Abs. 3 KAG und Art. 41 KKV (Erläuterungsbericht KKV, 13). Dies steht im Gegensatz zu einer Änderung des Fondsvertrags auf eigenes Verlangen, wobei auch in diesen Fällen die Erhebung von Einwendungen durch Anleger ausgeschlossen ist, sofern es sich um Änderungen handelt, die den Anleger nicht berühren oder ausschliesslich formeller Natur sind (Art. 41 Abs. 1 und 2 KKV). 17