

 Unverkäuflicher Sonderdruck


Basler Kommentar

Kollektivanlagengesetz

 **Herausgeber**

Rolf Watter
Nedim Peter Vogt
René Bösch
François Rayroux
Christoph Winzeler

Helbing Lichtenhahn Verlag 

Inhaltsverzeichnis

	Art.	Seite
Vorwort		V
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren		VII
Abkürzungsverzeichnis		XI
Literaturverzeichnis		XXXIII
Rundschreiben der FINMA und der EBK		XLVII
Regelwerke der SFA		XLIX
Regelwerke der Eurex		LI
Regularien der SIX		LIII
Richtlinien, Empfehlungen und Vereinbarungen der SBVg		LV
Steuern	Vor 1–24	3
1. Titel: Allgemeine Bestimmungen	1–24	317
1. Kapitel: Zweck und Geltungsbereich	1–6	317
2. Kapitel: Kollektive Kapitalanlagen	7–12	409
3. Kapitel: Bewilligung und Genehmigung	13–19	487
1. Abschnitt: Allgemein	13–17	487
2. Abschnitt: Vermögensverwalterinnen und Vermögensverwalter schweizerischer kollektiver Kapitalanlagen	18	519
3. Abschnitt: Vertriebsträger	19	534
4. Kapitel: Verhaltensregeln	20–24	545
2. Titel: Offene kollektive Kapitalanlagen	25–97	569
1. Kapitel: Vertraglicher Anlagefonds	25–35	569
1. Abschnitt: Begriff	25	569
2. Abschnitt: Fondsvertrag	26–27	575
3. Abschnitt: Fondsleitung	28–35	584
2. Kapitel: Investmentgesellschaft mit variablem Kapital	36–52	625
1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen	36–45	625
2. Abschnitt: Rechte der Aktionärinnen und Aktionäre	46–49	680
3. Abschnitt: Organisation	50–52	689
3. Kapitel: Arten der offenen kollektiven Kapitalanlagen und Anlagevorschriften	53–72	703
1. Abschnitt: Effektenfonds	53–57	703
2. Abschnitt: Immobilienfonds	58–67	748
3. Abschnitt: Übrige Fonds für traditionelle und alternative Anlagen	68–70	786

Inhaltsverzeichnis

	Art.	Seite
4. Kapitel: Gemeinsame Bestimmungen	72–97	823
1. Abschnitt: Depotbank	72–74	823
2. Abschnitt: Prospekt und vereinfachter Prospekt	75–77	832
3. Abschnitt: Stellung der Anlegerinnen und Anleger	78–86	852
4. Abschnitt: Buchführung, Bewertung und Rechenschafts-ablage	87–91	882
5. Abschnitt: Offene kollektive Kapitalanlagen mit Teil- vermögen	92–94	933
6. Abschnitt: Umstrukturierungen und Auflösung	95–97	941
3. Titel: Geschlossene kollektive Kapitalanlagen	98–112	963
1. Kapitel: Kommanditgesellschaft für kollektive Kapi- talanlagen	98–109	963
2. Kapitel: Investmentgesellschaft mit festem Kapital	110–112	999
4. Titel: Ausländische kollektive Kapitalanlagen	119–125	1049
1. Kapitel: Begriff und Genehmigung	119–122	1049
2. Kapitel: Vertreter ausländischer kollektiver Kapital- anlagen	123–125	1095
5. Titel: Prüfung und Aufsicht	126–144	1111
1. Kapitel: Prüfung	126–131	1111
2. Kapitel: Aufsicht	132–144	1135
6. Titel: Verantwortlichkeit und Strafbestimmungen	145–151	1217
1. Kapitel: Verantwortlichkeit	145–147	1217
2. Kapitel: Strafbestimmungen	148–151	1241
7. Titel: Schluss- und Übergangsbestimmungen	152–159	1261
Sachregister		1273

- 23 Ausserhalb des gesetzlich vorgeschriebenen Quantums der Eigenmittel sieht das Gesetz keine Anlagebeschränkungen vor. Die Fondsleitung kann damit in Drittfonds investieren oder Darlehen an nahestehende Personen ausgeben. Freilich ist dies nach den gleichen Massstäben vorzunehmen, wie sie für unbeteiligte Dritte gelten (BSK OR II-KURER, Art. 678 N 14 ff.).
- 24 Schliesslich präzisiert Abs. 3 neu, dass die Fondsleitung ihre gesetzlich vorgeschriebenen Eigenmittel bei der Depotbank in Form eines Kontokorrents einbringen darf. Damit wird zumindest für typische schweizerische vertragliche Anlagefonds eine gesetzliche Ausnahmeregelung zum Verbot geschaffen, wonach eine Kreditgewährung der Fondsleitung an nahestehende Personen untersagt ist. Diese Klärung zum AFG ist u.E. konsequent, da auch die Bareinzahlung des Mindestkapitals der Fondsleitung bei der Depotbank nicht ausgeschlossen wird (Art. 28 Abs. 2 KAG i.V.m. Art. 43 KKV).

VI. Verhältnis zum EU-Recht

- 25 Die EU-Fondsdienstleistungsrichtlinie verlangt ebenfalls ein angemessenes Verhältnis zwischen den Eigenmitteln einer Verwaltungsgesellschaft und dem von ihr verwalteten Vermögen. Die Richtlinie sieht vor, dass die Verwaltungsgesellschaft ein Grundkapital («Anfangskapital») von mindestens EUR 125 000 aufweisen muss. Nur falls der Wert des von der Gesellschaft verwalteten Vermögens EUR 250 000 000 übersteigt, hat die Gesellschaft über zusätzliche eigene Mittel von 0.02% des den genannten Betrag übersteigenden Wertes zu verfügen. Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass bis zu 50% des Anfangskapitals und der zusätzlichen eigenen Mittel durch eine **Garantie einer Bank oder einer Versicherung** erbracht werden. Nach der schweizerischen Regelung ist dies nicht mehr möglich (vgl. vorne N9). Das Total der gesamthaft erforderlichen Mittel hat nicht höher als EUR 10 000 000 zu sein und liegt damit etwas tiefer als im schweizerischem Recht vorgesehen (Art. 5a Abs. 1 lit. a der EU-Fondsdienstleistungsrichtlinie).

Art. 33 Rechte

¹ Die Fondsleitung hat Anspruch auf:

- die im Fondsvertrag vorgesehenen Vergütungen;
- Befreiung von Verbindlichkeiten, die sie in richtiger Erfüllung ihrer Aufgaben eingegangen ist;
- Ersatz der Aufwendungen, die sie zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten gemacht hat.

² Diese Ansprüche werden aus den eigenen Mitteln des Anlagefonds erfüllt. Die persönliche Haftung der Anlegerinnen und Anleger ist ausgeschlossen.

Literatur

S. ABEGGLEN, Die adäquate Entschädigung des Vermögensverwalters unter besonderer Berücksichtigung der Anlagekosten im Verhältnis zur Anlageperformance, ZSR 127 (2008) I, 41 ff. (zit. Entschädigung); K. AMONN, Über die Eigentumsverhältnisse bei den schweizerischen Investmenttrusts, Bern 1965, 50 ff.; K. AMONN/F. WALTHER, Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts, 8. Aufl., Bern 2008; R. BÄR, Zum Gesetzesentwurf über die Anlagefonds (Investmenttrusts), ZBJV 98 (1962), 289 ff.; DERS., Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1991, ZBJV 1993, 372 ff.; U. BERTSCHINGER, Zum neuen bankengesetzlichen Aussonderungsrecht (Art. 16 und 37b BankG) – Parallelen und Unterschiede zu Art. 401 OR, AJP 1995, 426 ff.; E.

BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988; D. DAENIKER, Das revidierte Anlagefondsgesetz im Europäischen Umfeld, SZW 66 1994, 273 ff.; U. FASEL, Wende im Treuhandrecht?, recht 1995 111 ff.; B. GEIGER, Der zivilrechtliche Schutz des Anlegers, Diss. Zürich 1971; T. HESS, Die Besteuerung der Anlagefonds und der anlagefondsrechtliche Instrumente sowie deren Anteilsinhaber in der Schweiz, Diss. Zürich 2001; M. KÜNG/M. BÜCHI, AFG, Materialien zum Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 18. März 1994, Zürich 1995; A. MEIER, Anlegerschutz im schweizerischen Anlagefondsrecht im Vergleich mit dem europäischen Investmentrecht, Diss. Zürich 1993; A. METZGER, Die Stellung des Sachwalters nach dem Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 1. 7. 1966, Diss. Zürich 1971; J.B. SCHUSTER, Anlagefondsgesetz: die Texte des Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 1. Juli 1996, der dazugehörigen Vollziehungsverordnung vom 20. Januar 1967 und der Nebengesetze, Verordnungen und Reglemente, mit Verweisungen, Anmerkungen und Sachregister, Zürich 1967; R. STADLER, Europäisches Investmentrecht und das schweizerische Anlagefondsgesetz, Diss. Zürich 1989; W. WIEGAND, Trau, schau wem – Bemerkungen zur Entwicklung des Treuhandrechts in der Schweiz und in Deutschland, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, FS Coing, Band II, München 1982, 565–591.

I. Überblick und Zweck

Nachdem das Gesetz in den Art. 28 ff. die Anforderungen an die Fondsleitung sowie deren Zweck, Aufgaben und Pflichten umschreibt, handelt Art. 33 Abs. 1 von deren Rechten: Er statuiert – analog zu den einschlägigen auftragsrechtlichen Regeln (Art. 394 Abs. 3, Art. 402 Abs. 1 OR) – den fondsvertraglichen **Anspruch der Fondsleitung auf eine Vergütung** für ihre Tätigkeit, auf **Ersatz von Aufwendungen** und Auslagen und auf **Befreiung von den in richtiger Erfüllung ihrer Aufgaben, d.h. des Fondsvertrags, eingegangenen Verbindlichkeiten**. Als kollektivanlagerechtliche Ausnahme und somit in Abweichung von dem den Fondsvertrag im Übrigen grundsätzlich prägenden Auftragsrecht legt Art. 33 Abs. 2 fest, dass diese Ansprüche der Fondsleitung ausschliesslich aus den Mitteln des Anlagefonds befriedigt werden und eine persönliche Haftung der Anleger ausgeschlossen ist. Art. 33 wurde in fast identischer Fassung aus dem alten Recht übernommen (dort Art. 14 aAFG, welcher noch von den in richtiger Erfüllung des «Kollektivanlagevertrags» eingegangenen Verbindlichkeiten sprach); die Art. 33 ergänzenden wichtigen Vorschriften zur Bekanntgabe der Höhe dieser Ansprüche, nämlich Art. 26 Abs. 3 lit. e i.V.m. Art. 37 und 38 KKV entsprechen inhaltlich im Wesentlichen ebenfalls dem alten Recht (vgl. Art. 7 Abs. 3 lit. e aAFG und Art. 6 aAFV).

Art. 33 Abs. 2 verfolgt mit dem Ausschluss einer persönlichen Haftung der Anleger deren Schutz vor weiteren Zahlungs- oder Nachschusspflichten. Art. 33 Abs. 2 ist dabei vorab im Lichte des **Anlegerschutzes** zu sehen: Dass die Fondsleitung Anspruch auf ein Honorar, Ersatz der Aufwendungen und Befreiung von den im Rahmen der Vertragserfüllung korrekt eingegangenen Verbindlichkeiten hat, ist eine Selbstverständlichkeit, die sich bei Fehlen einer entsprechenden Vorschrift im Rahmen einer Lückenfüllung aus dem subsidiär anwendbaren Auftragsrecht (Art. 394 Abs. 3, 402 Abs. 1 OR) ergeben würde (vgl. etwa KF-FORSTMOSER, Art. 6 N 32). Die vom gemeinen Privatrecht abweichende Besonderheit von Art. 33 Abs. 1 besteht indessen darin, dass die Ansprüche der Fondsleitung absolut auf die im **Fondsvertrag** explizit aufgeführten Vergütungen beschränkt sind. In Verbindung mit den detaillierten Vorschriften in Art. 26 Abs. 3 lit. e sowie Art. 37 und 38 KKV zur Offenlegung der Vergütungen und Nebenkosten wird für den Anleger so das Kostenrisiko gemindert (vgl. A. MEIER, 71 f.), mithin entsprechend der programmatischen Vorgabe im Zweckartikel (Art. 1) Anlegerschutz durch Transparenz umgesetzt.

II. Anspruch auf Vergütung, Befreiung von Verbindlichkeiten und Aufwändungsersatz (Abs. 1)

1. Vergütungen

- 3 Die Fondsleitung (wie auch die Depotbank) hat gem. Art. 33 Abs. 1 nur Anspruch auf die **im Fondsvertrag vorgesehenen Vergütungen**. Es handelt sich dabei um ein **Pauschalhonorar**, das vom tatsächlichen Aufwand, welcher der Fondsleitung entstanden ist, unabhängig ist (DEN OTTER, AFG, Art. 14 Abs. 1 N 1). Die Art der Vergütung (z.B. Ausgabe-, Rücknahme- oder Verwaltungskommission) und deren Berechnung (i.d.R. in Prozent des Nettoinventarwerts des Anlagefonds bzw. der ausgegebenen/zurückgenommenen Anteile; Performance Fee) müssen im Fondsvertrag genau festgelegt bzw. mindestens i.S.v. Maximalwerten enthalten sein (Art. 38 Abs. 3 KKV). Im Sinne der Transparenz sind die Angaben dabei in einem einzigen Abschnitt zu machen und nach Art. maximaler Höhe und Berechnung zu gliedern (vgl. für Details die Komm. zu Art. 26 Abs. 3 lit. e.).
- 4 Im Rahmen der Genehmigung des Fondsvertrags steht es der FINMA nicht zu, die **Angemessenheit der Höhe der Vergütungen** zu überprüfen, Fälle von Übervorteilung i.S.v. Art. 21 OR ausgenommen (KF-FORSTMOSER, Art. 7 N 60; DEN OTTER, AFG, Art. 7 Abs. 3 N 4 f.). Während das Prinzip, dass die Beurteilung der Vergütungshöhe als solche nicht Sache der FINMA sei, bereits unter dem aAFG anerkannt war, gab es wesentliche Eingriffe der EBK, was die Strukturierung der Entschädigung anbelangte, insb. durch die erst anfangs 2008 aufgehobene Praxis der EBK im Bereich der *Performance Fee*, welche nur unter bestimmten strukturellen Bedingungen zulässig war (*High Watermark*; *Benchmark*; vgl. Anhang II, Erfolgsabhängige Kommission (*Performance Fee*), Ausgabe vom 14.12.2005, zur Wegleitung für Gesuche betr. die Genehmigung des Fondsvertrags); darüber hinaus galt sogar, dass bei Immobilienfonds eine erfolgsabhängige Kommission gänzlich verboten sei. Inzwischen dürfte anerkannt sein, dass Eingriffe in die Strukturierung der Vergütung unzulässig und ohne gesetzliche Grundlage sind, immer natürlich unter dem Vorbehalt des aufsichtsrechtlichen Einschreitens im Falle von Missbräuchen (s. dazu zum neuen Recht ABEGGLEN, Entschädigung, 49 ff. sowie den EBK-Erläuterungsbericht zur Anhörung vom November 2007, «*Performance Fee*» und EBK-Rundschreiben «Bezeichnung von kollektiven Kapitalanlagen»). Der Anlegerschutz wird in diesem Bereich durch eine umfassende und klare Information der Anleger sichergestellt, wobei im Falle von Vergütungs ausgestaltungen, die für den Anleger eventuell überraschend oder wenig vorteilhaft erscheinen, hohe Anforderungen an die Offenlegung gestellt werden; man denke etwa an die Vereinbarung einer *Performance Fee* ohne *High Watermark*. Folgerichtig kann (und soll) die FINMA prüfen, ob ein Fondsvertrag und der Prospekt bzw. vereinfachte Prospekt «die erforderlichen Angaben in für den Anleger verständlichen und klaren sowie ausreichend detaillierten Umschreibungen» (KF-FORSTMOSER, Art. 7 N 15) enthalten. Dazu gehört von Gesetzes wegen, dass wie erwähnt *sämtliche Vergütungen* an die Fondsleitung (und auch an die Depotbank) im **Fondsvertrag in einem einzigen Abschnitt** enthalten sein müssen (Art. 38 Abs. 3 KKV, s. dazu ausführlich die Komm. zu Art. 26 Abs. 3 lit. e). Damit soll dem Anleger gleichsam «auf einen Blick» eine Beurteilung der von Fondsleitung und Depotbank beanspruchten Kommissionen und Spesen ermöglicht werden (vgl. ABEGGLEN, Entschädigung, 52 ff.). Weiter ist bei der Festlegung der Vergütungshöhe seitens der Fondsleitung aufgrund ihrer Treuepflicht gegenüber den Anlegern (Art. 20 Abs. 1 lit. a) die angesichts der Anlagepolitik realistischerweise erwartbare Performance zu berücksichtigen, dies in dem Sinne, dass nicht kollektive Kapitalanlagen aufgelegt werden sollten, die als Anlage ökonomisch keinen Sinn machen, was z.B. dann der

Fall wäre, wenn die vernünftigerweise erwartbare *after cost performance* tiefer oder gleich hoch wie der risikolose Zinssatz (bezogen auf die relevante Währung) ist (Problem des Verhältnisses der Vermögensverwaltungskosten zur Performance, vgl. dazu ausführlich ABEGGLEN, Entschädigung, 55 ff.).

2. Befreiung von Verbindlichkeiten und Aufwändungsersatz

Die Fondsleitung hat Anspruch auf **Ersatz von Aufwendungen** bzw. **Befreiung von Verbindlichkeiten**, die sie in richtiger Erfüllung ihrer Aufgaben gemacht hat. 5

Mit Aufwendungen sind Auslagen und Verwendungen i.S.v. Art. 402 Abs. 1 OR gemeint, also Geldaufwand bzw. Sachaufwand (vgl. etwa BK-FELLMANN, Art. 402 OR N 15 f.). Da die Nebenkosten (z.B. für den Druck von Halbjahres- und Jahresberichten, Veröffentlichung von Mitteilungen, marktkonforme Courtagen, Gebühren etc.) dem Fondsvermögen nur belastet werden dürfen, wenn dies im Fondsvertrag vorgesehen ist (Art. 37 oder 38), bietet die Abgrenzung dieser Aufwendungen von den in den Honorarsatz einzukalkulierenden Generalunkosten, anders als im Auftragsrecht (vgl. etwa BSK OR I-WEBER, Art. 402 N 4 ff.), nur wenig Probleme. 6

Verbindlichkeiten bzw. **Aufwendungen** sind in «**richtiger Erfüllung**» der Aufgaben 7 der Fondsleitung eingegangen, wenn sie gemäss Gesetz, dem Fondsvertrag und unter Beachtung der geschuldeten Treue- und Sorgfaltspflichten eingegangen werden, mit der klassischen Formulierung von DEN OTTER zum alten Recht, wenn sie «nach Gesetz und Fondsreglement sowie sorgfältig und getreu» erfolgten (DEN OTTER, AFG, Art. 14 Abs. 1 N 2). Nur für solche Verbindlichkeiten und Aufwendungen besteht Anspruch auf Befreiung bzw. Ersatz. Die Depotbank ist dabei gestützt auf Art. 73 Abs. 3 verpflichtet, Zahlungen für Verbindlichkeiten, welche diese Voraussetzung nicht erfüllen, zu verweigern, so bereits unter altem Recht (KF-BUTTSCHARDT, Art. 14 N 8; DEN OTTER, AFG, Art. 14 Abs. 1 N 4).

Bezüglich Ansprüche der Gläubiger von Verbindlichkeiten, die von der Fondsleitung zu 8 Recht eingegangen wurden, im **Konkurs der Fondsleitung**, s. Komm. zu Art. 35 N 9.

III. Keine Nachschusspflicht (Abs. 2)

Jede persönliche Haftung und damit auch jede **Nachschusspflicht** des Anlegers für die 9 Ansprüche der Fondsleitung auf Vergütungen, auf Befreiung von Verbindlichkeiten oder Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen (DEN OTTER, AFG, Art. 14 Abs. 2 N 1).

Art. 34 Wechsel

¹ Die Rechte und Pflichten der Fondsleitung können von einer anderen Fondsleitung übernommen werden.

² Der **Übernahmevertrag** zwischen der bisherigen und der neuen Fondsleitung bedarf zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form sowie der Zustimmung der Depotbank und der Genehmigung der FINMA.

³ Die bisherige Fondsleitung gibt den geplanten Wechsel vor der Genehmigung durch die FINMA zweimal in den Publikationsorganen bekannt.

⁴ In den Publikationen sind die Anlegerinnen und Anleger auf die Möglichkeit hinzuweisen, bei der FINMA innert 30 Tagen nach der letzten Publikation Einwendungen zu erheben. Das Verfahren richtet sich nach Artikel 141.

⁵ Die FINMA genehmigt den Wechsel der Fondsleitung, wenn die gesetzlichen Vorschriften eingehalten sind und die Fortführung des Anlagefonds im Interesse der Anlegerinnen und Anleger liegt.

⁶ Sie veröffentlicht den Entscheid in den Publikationsorganen.

Art. 50 KKV Wechsel der Fondsleitung; Einwendungsfrist, Inkrafttreten und Barauszahlung (Art. 34 Abs. 3, 4 und 6 KAG)

¹ Für den Wechsel der Fondsleitung ist Artikel 41 sinngemäss anwendbar.

² Die Fusion von Fondsleitungen oder fusionsähnliche Tatbestände gelten als Wechsel im Sinne von Artikel 34 des Gesetzes.

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu Art. 33 sowie Wegleitung der EBK für Gesuche betreffend die Bewilligung als Fondsleitung, die Änderungen innerhalb der Fondsleitung, den Wechsel der Fondsleitung (Ausgabe vom 27.9.2007).

I. Hintergrund, Zweck und Überblick

- Art. 19 aAFG hatte eine Bestimmung enthalten, welche den vertraglichen Übergang der Rechte und Pflichten von einer *Depotbank* auf die andere normierte. Danach konnte sich die Depotbank durch die Übertragung ihrer Rechte und Pflichten auf eine neue Depotbank von der weiteren Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten befreien. Diese Vorschrift war in der Literatur kritisiert worden. Zum einen, da das für den Wechsel erforderliche Bewilligungsverfahren keine Anwendungsmöglichkeiten der Anleger vorsah, zum andern (und dies ist relevant im Zusammenhang mit der Kommentierung dieses Artikels), da für Fondsleitungen keine solche Möglichkeit zum Wechsel bestanden hatte (vgl. etwa GEIGER, 131 ff.). Das **freiwillige Ausscheiden der Fondsleitung** hatte deshalb unter dem aAFG die **Auflösung** des Anlagefonds zur Folge (Fälle des Bewilligungsentzugs ausgenommen, vgl. SCHUSTER, Art. 19 Abs. 1 N 6). Da dies den Interessen der Anleger häufig widersprechen würde, (KÜNG/BÜCHI, 162; KF-BUTTSCHARDT, Art. 15 N 3), ermöglichte bereits Art. 15 aAFG den Fondsleitungswechsel. Art. 34 führt diese Regelung in ihren wesentlichen Grundzügen fort.
- Art. 34 regelt den vertraglichen Wechsel der Fondsleitung mit identischem Wortlaut wie Art. 74 den **Wechsel der Depotbank** normiert. Art. 33 befasst sich dabei ausschliesslich mit dem freiwilligen Wechsel der Fondsleitung, z.B. infolge Umstrukturierung, wobei Art. 50 KKV explizit konkretisiert, dass Fusionen und fusionsähnliche Tatbestände von Art. 34 erfasst seien (s. dazu N 7 ff.). Art. 34 behandelt dagegen nicht den Austausch der Fondsleitung durch Verfügung der FINMA infolge Entzugs der Bewilligung zur Geschäftstätigkeit (s. dazu die Komm. zu Art. 134).
- Voraussetzungen** des freiwilligen (vertraglichen) **Fondsleitungswechsels** im Überblick sind
 - ein schriftlicher Übernahmevertrag zwischen der alten und der neuen Fondsleitung;
 - die Zustimmung der Depotbank;

- die Genehmigung der FINMA, welche erteilt werden muss, sofern die gesetzlichen Vorschriften eingehalten sind; und
- dass die Fortführung des Anlagefonds im Interesse der Anleger ist.

Der **Schutz des Anlegers** vor einem seine Interessen verletzenden **Fondsleitungswechsel** wird in Art. 34 Abs. 3 und 4 wie bei der Änderung des Fondsvertrags gem. Art. 27 Abs. 3 dadurch sichergestellt, dass der Anleger Einwendungen erheben oder unter Beachtung der fondsvertraglichen Frist die Auszahlung seiner Anteile verlangen kann. Daneben steht jedem Anleger natürlich der börsliche oder ausserbörsliche Verkauf seiner Anteile offen. Gegenüber der Rechtslage, welche allein aufgrund zivilrechtlicher Normen bzw. des FusG bestünde, geht Art. 34 als jüngere Spezialnorm vor. Das heisst insb., dass keine **Zustimmung** der Anleger **zum Fondsleitungswechsel** einzuholen ist, wie dies bei der Schuldübernahme (Art. 176 Abs. 3 OR) und Vertragsübertragung, nicht jedoch bei den im FusG normierten Tatbeständen (Fusion, Spaltung, Vermögensübertragung) erforderlich wäre.

II. Die Vertragsübertragung

Der Übertragung der Rechte und Pflichten der bisherigen auf die neue Fondsleitung erfolgt gem. Art. 34 Abs. 2 in einem **Übernahmevertrag**, für den das Gesetz die Schriftform vorschreibt. Der Übernahmevertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der Zustimmung der Depotbank. Soweit sich die Lehre überhaupt dazu äussert, wird er als eigentliche Vertragsübertragung (oder Vertragsübernahme) qualifiziert (DEN OTTER, AFG, Art. 15 Abs. 1 N 2; KF-BUTTSCHARDT, Art. 15 N 6a). Die im OR nicht speziell geregelte Vertragsübernahme zeichnet sich dadurch aus, dass «eine Partei aus dem Vertragsverhältnis aus[scheidet] und [...] in ihrer gesamten Rechtsstellung durch einen Dritten abgelöst [wird]» (BUCHER, 592) und unterscheidet sich damit von der Schuldübernahme nach Art. 176 OR, welche den Übergang von einzelnen Forderungen betrifft. Der in Art. 34 Abs. 2 geregelte Übernahmevertrag ist somit als Vertragsübernahme *sui generis* zu qualifizieren, deren Besonderheit darin besteht, dass die für die Vertragsübernahme an sich notwendige Zustimmung der Gläubiger (BUCHER, 592), i.e. der Anleger, durch die Genehmigung der FINMA ersetzt wird.

Die Vertragsübernahme kann je nach Parteivereinbarung sowohl *ex tunc* (Parteiwechsel rückwirkend) als auch *ex nunc* (Parteiwechsel ab Zeitpunkt des Fondsleitungswechsels) erfolgen. Praktikabilität und Rechtssicherheit sprechen für den **Fondsleitungswechsel mit Wirkung ex tunc** (KF-BUTTSCHARDT, Art. 15 N 6b). Allerdings kann das Weiterbestehen der Haftung der alten Fondsleitung für die Zeit ihres Mandats (also die *ex nunc-Lösung*) dem Schutz der Anleger besser dienen (so auch KF-BUTTSCHARDT, a.a.O., welcher auf den Fall hinweist, dass die Bonität der übernehmenden Fondsleitung für allfällige Haftungsrisiken aus der bisherigen Fondsleitung ungenügend wäre).

III. Fusion und fusionsähnliche Tatbestände

Art. 34 ist nicht nur auf den Austritt der bisherigen Fondsleitung und den Eintritt einer andern, dritten Person in den Fondsleitungsvertrag anwendbar. Art. 50 Abs. 2 KKV konkretisiert nämlich, dass **Fusionen** und **fusionsähnliche Tatbestände** ebenfalls als Fondsleitungswechsel gelten. Dies bedeutet, dass bei solchen Tatbeständen – wozu nach FusG auch die Spaltung und die Vermögensübertragung zählen – neben den aktienrechtlichen und fusionsrechtlichen Schutzvorschriften immer i.S. der *lex specialis* jene von Art. 34 einzuhalten sind (KF-BUTTSCHARDT, Art. 15 N 13; DEN OTTER, AFG, Art. 15 Abs. 1 N 3).

- 8 Bei den von Art. 50 Abs. 2 KKV genannten Fusionen und fusionsähnlichen Tatbeständen sind folgende Fälle zu unterscheiden: Der Begriff Fusion ist i.S.v. Art. 3 ff. FusG zu verstehen. Aufgrund seines Wortlauts könnte Art. 50 Abs. 2 KKV («die Fusion von Fondsleitungen gilt als Wechsel») so verstanden werden, dass Art. 34 (im Falle der Absorptionsfusion) nicht nur auf den durch Fusion *übernommenen* Fonds anwendbar ist, sondern auch hinsichtlich der Fonds der *übernehmenden* Fondsleitung, mit der Folge, dass auch deren Anleger von den Schutzvorschriften des Art. 34 Gebrauch machen könnten (vgl. zu dieser Problematik KÜNG/BÜCHI, 163). Da sich für die Anleger dieser bestehenden Fonds, was die rechtliche Kontinuität der Fondsleitung anbelangt, jedoch kein «Wechsel» i.S.v. Art. 34 ergibt, ihre Position sonst im Grundsatz unverändert bleibt, ist eine solche Interpretation abzulehnen (so auch KÜNG/BÜCHI, 163, mit dem zutreffenden Argument, dass jede Fondsleitung ja auch weitere Anlagefonds auflegen könne; s. dort auch den Hinweis zu allfälligen aufsichtsrechtlichen Konsequenzen, welche sich für die übernehmende Fondsleitung z.B. gestützt auf Art. 32 betreffend Eigenmittelunterlegungsvorschriften ergeben können).
- 9 Auch hinsichtlich der gestützt auf Art. 50 Abs. 2 KKV ebenfalls unter Art. 34 fallenden **fusionsähnlichen Tatbestände** (Vermögensübertragung, Spaltung, Wechsel von Kontrollmehrheiten, Abkommen mit Organisationswirkung) muss gelten, dass die Schutzvorschriften des Art. 34 nur bez. der Anleger der «übernommenen» Anlagefonds Anwendung finden, was wohl bei einer Kombinationsfusion für die Anleger von beiden fusionierten Fondsleitungen (da neuer Rechtsträger) zutreffen dürfte.

IV. Das Verfahren

- 10 Der Wechsel der Fondsleitung stellt eine einseitige Vertragsänderung dar, weshalb das Gesetz in Art. 34 zum Schutze der Anleger spezifische **Verfahrensvorschriften** enthält. Diese Vorschriften entsprechen sinngemäss denjenigen über die **Änderungen des Fondsvertrags** (Art. 50 Abs. 1 KKV verweist auf Art. 41 KKV, der seinerseits Art. 27 konkretisiert). Auch diese Fondsvertragsänderungen stellen ja ebenfalls eine einseitige Änderung eines Dauerschuldverhältnisses dar (die Identität mit den Vorschriften betreffend Depotbankwechsel wurde bereits o.e.). Das anwendbare Prozedere wird in einer Wegleitung der EBK vom 27.9.2007 betreffend Bewilligung als Fondsleitung, Änderungen innerhalb der Fondsleitung und Wechsel der Fondsleitung ausführlich erläutert.
- 11 Der geplante **Fondsleitungswechsel** ist von der bisherigen Fondsleitung mindestens **zweimal** in den Publikationsorganen des (der) Anlagefonds **zu veröffentlichen** (Art. 34 Abs. 3; sodann Art. 41 KKV, der gem. Art. 50 Abs. 1 KKV analog anwendbar ist; in der Praxis wird der geplante Wechsel der FINMA vor der Publikation jeweils natürlich zur Vorprüfung unterbreitet). Die in der Lehre kritisierte Regelung von Art. 15 Abs. 4 aAFG, wonach der Wechsel *vorgängig* im Jahres- bzw. Halbjahresbericht bekanntzugeben war, ist richtigerweise in Art. 34 nicht mehr zu finden (vgl. bereits DEN OTTER, AFG, Art. 15 Abs. 4, der die Pflicht zur vorgängigen Publikation im Halbjahres- bzw. Jahresbericht als «unpraktische und unverständliche Bestimmung» bezeichnete).

In den Publikationen sind die Anleger darauf hinzuweisen, dass sie innert 30 Tagen nach der letzten Veröffentlichung, die zu diesem Zweck zu numerieren ist, **Einwendungen** erheben können, wobei sich das Verfahren nach VvWG richtet (Art. 34 Abs. 4 i.V.m. Art. 141 Abs. 1), oder aber die **Rückzahlung ihrer Anteile in bar** gem. den Kündigungsbestimmungen des Fonds verlangen können. Bezüglich letzterem stellt sich die Frage, ob bei Fonds mit längeren Kündigungsfristen und wenigen Kündigungsterminen (z.B. Immobilienfonds; oft auch bei übrigen Fonds für alternative Anlagen) der

Fondsleitungswechsel nach neuem Recht vollzogen werden kann, bevor der Anleger seinen Anteil zurückgeben kann.

Für den Wechsel hat die bisherige Fondsleitung ein begründetes **Gesuch um Erteilung der Bewilligung zum Fondsleitungswechsel** an die FINMA einzureichen (gem. Art. 141 Abs. 1 nach Art. 12 ff. VwVG). Das Gesuch muss von der bisherigen sowie von der neuen Fondsleitung und der Depotbank unterzeichnet sein (Wegleitung EBK vom 27.9.2007, welche weitere Einzelheiten, wie die einzureichenden Beilagen, aufzählt). Der Fondsleitungswechsel muss sodann im Jahresbericht des (der) Anlagefonds rapportiert werden (Art. 89 Abs. 1 lit. g Ziff. 3).

Die FINMA entscheidet im Gegensatz zum alten Recht – d.h. ohne Einschaltung eines Richters – bei Einwendungen von Anlegern darüber, ob die Voraussetzungen für den Fondsleitungswechsel gem. Art. 34 Abs. 5 (s. dazu nachfolgend N16) erfüllt sind (Art. 34 Abs. 4).

Die FINMA entscheidet gem. Art. 34 Abs. 5 über das Gesuch betreffend des Fondsleitungswechsels. Gegen Verfügungen der FINMA steht die **Verwaltungsgerichtsbeschwerde** an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 34 Abs. 2 i.V.m. Art. 141 Abs. 2 i.V.m. Art. 33 VGG). Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts kann mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG).

Der Depotbank wird die **Beschwerdelegitimation** von einem Teil der Literatur abgesprochen. Die dafür vorgebrachte Begründung, dass die Depotbank die Zustimmung zum Wechsel gem. Art. 34 Abs. 2 verweigern könne (KÜNG/BÜCHI, 165), ist indes nur im Falle eines gutheissenden Entscheids stichhaltig. Ist die einem Wechsel zustimmende Depotbank durch die Ablehnung des Fondsleitungswechsels in ihren Rechten betroffen, so muss ihr die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gem. Art. 141 Abs. 2 offen stehen.

Gemäss Art. 34 Abs. 4 können die Anleger innert 30 Tagen seit der letzten Publikation des Fondsleitungswechsels **Einwendungen** erheben. Art. 50 Abs. 1 KKV verweist betreffend Einwendungsfrist auf Art. 41; nach dessen Abs. 2 beginnt die **Frist** am Tag nach der Veröffentlichung im Publikationsorgan zu laufen. Dies ist insofern ungenau, als das Gesetz (sowohl in Art. 27 Abs. 3 und Art. 34 Abs. 4) eine 30-tägige Frist seit der **letzten Publikation** vorschreibt. Wird der Fondsleitungswechsel mehr als zweimal publiziert, so wird die Frist trotz Art. 41 Abs. 2 KKV erst am Tag nach der letzten Veröffentlichung zu laufen beginnen. Gleiches gilt, wenn die zweite Veröffentlichung infolge verschiedener Erscheinungsdaten der Publikationsorgane an verschiedenen Tagen erfolgt. Auch hier wird man auf den Tag der letzten Publikation abstellen (so KF-FORSTMOSER, Art. 8 N47; nur «im Zweifelsfall» stellen KÜNG/BÜCHI, 133, auf das SHAB ab).

Der **Fondsleitungswechsel** ist von der FINMA zu genehmigen, wenn die folgenden zwei **Bewilligungserfordernisse** erfüllt sind (Art. 34 Abs. 5, was im Gesuch zu begründen ist): *Erstens* müssen sämtliche gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden. Dies setzt zum einen voraus, dass die Verfahrensvorschriften beachtet wurden (dazu o. N11 ff.). Andererseits muss die neue Fondsleitung per Datum des Wechsels über eine Bewilligung gem. Art. 13 Abs. 2 lit. a verfügen, also die Anforderungen von Art. 14 erfüllen (s. dazu die Komm. zu Art. 13 und 14). *Zweitens* muss die Fortführung des Anlagefonds im Interesse der Anleger liegen. Dies setzt voraus, dass die Anleger durch den Wechsel im Vergleich mit einer Liquidation des Anlagefonds nicht schlechter gestellt sind, was vorab von den Bedingungen des Übernahmevertrags abhängt (KF-BUTTSCHARDT, Art. 15 N10a). Ob die Person der neuen Fondsleitung dem Wechsel entge-

gensteht, ist im Rahmen dieses zweiten Kriteriums dagegen nur in Ausnahmefällen zu prüfen, da deren Qualifikation bereits bei der Prüfung der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften beurteilt wird. Grundsätzlich wird das Interesse des Anlegers an der Fortführung des Anlagefonds jedoch zu vermuten sein (DEN OTTER, AFG, Art. 15 Abs. 3 N1).

Art. 35 Absonderung des Fondsvermögens

¹ **Sachen und Rechte, die zum Anlagefonds gehören, werden im Konkurs der Fondsleitung zugunsten der Anlegerinnen und Anleger abgesondert. Dasselbe gilt sinngemäss für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung. Vorbehalten bleiben die Ansprüche der Fondsleitung nach Art. 33.**

² **Schulden der Fondsleitung, die sich nicht aus dem Fondsvertrag ergeben, können nicht mit Forderungen, die zum Anlagefonds gehören, verrechnet werden.**

Art. 140 KKV Ernennung eines Sachwalters

Aufgehoben durch Anhang Ziff. 6 der Finanzmarktprüfverordnung vom 15. Oktober 2008, mit Wirkung seit 1. Januar 2009 (SR 956.161).

Literatur

Vgl. die Literaturhinweise zu Art. 33.

I. Zweck und Überblick

- 1 Art. 35 KAG entspricht materiell Art. 16 aAFG, wobei einige redaktionelle Verbesserungen vorgenommen worden sind (Botschaft KAG, 6450).

Der Anleger erlangt mit dem Erwerb von Anlagefondsanteilen ein (bloss) obligatorisches Recht gegenüber der Fondsleitung auf Beteiligung am Vermögen und am Ertrag des Anlagefonds (Art. 25 und Art. 78 Abs. 1 lit. a und Abs. 2). Mangels einer spezialgesetzlichen Bestimmung würde er deshalb im Falle des Konkurses der Fondsleitung nur im Rahmen von Art. 401 Abs. 2 und Abs. 3 OR – wenn überhaupt (dazu u. N7) – geschützt. Das KAG bezweckt den Schutz des Anlegers (Art. 1). Entsprechend statuiert Art. 35 Abs. 1 eine **Trennung des Anlagefondsvermögens** vom übrigen Vermögen der Fondsleitung: Durch diese Absonderung ist der Anleger gegenüber anderen Gläubigern der konkursiten Fondsleitung privilegiert. Die zum Fondsvermögen gehörenden Sachen und Rechte müssen von Amtes wegen, ohne individuelle Rechtsvorkehrungen des Anlegers, ausgeschieden werden (FASEL, 115; Botschaft AFG, 51).

Art. 35 bestimmt nur eine Absonderung im Falle des **Konkurses der Fondsleitung**, nicht aber im Konkurs der Depotbank. Die Absonderung der zum Anlagefonds gehörenden Sachen und Rechte erfolgt unter Vorbehalt der Ansprüche, welche der Fondsleitung aus dem Fondsvertrag zustehen. Die Absonderung macht aber nur für den vertraglichen Anlagefonds Sinn, der sich durch die sogenannte Fremdverwaltung auszeichnet (Botschaft KAG, 6450).

- 2 Art. 35 Abs. 2 bestimmt, dass der Gläubiger einer Forderung gegen die Fondsleitung diese mit seinen Schulden gegenüber dem Anlagefonds nur dann **verrechnen** kann, wenn die Fondsleitung ihre Verbindlichkeit in richtiger Erfüllung des Fondsvertrags gem. Art. 33 Abs. 1 lit. b eingegangen ist. Dies entspricht dem in Art. 35 Abs. 1 enthal-

tenen Grundgedanken, dass das Vermögen des Anlagefonds ein **Sondervermögen** darstellt, welches Sachen und Rechte, aber auch Schulden, die zum Anlagefonds gehören, umfasst, und die Fondsleitung die treuhänderische Eigentümerin des Fondsvermögens ist (Botschaft KAG, 6450).

Was die dogmatische Qualifikation der Etablierung des Sondervermögens anbelangt, unterscheidet sich Art. 35 nicht von Art. 16 aAFG. Dies im Gegensatz zur früheren Revision, wo Art. 17 aAFG von «**Absonderung**» anstelle (wie Art. 16 aAFG) von «**Aussonderung**» sprach. In der Botschaft AFG (51) wird dazu ausgeführt, dass die Absonderung anlegerfreundlicher sei, da die Forderungen der Anleger von Amtes wegen und nicht wie bei der Aussonderung erst auf individuelle Rechtsvorkehrungen hin auszuscheiden sind. Allerdings war bereits unter Art. 17 aAFG unbestritten gewesen, dass die zum Fondsvermögen gehörenden Sachen und Rechte «*ex lege* nicht in die Konkursmasse» fallen (SCHUSTER, Art. 17 Abs. 1 N3) und dass die Konkursverwaltung die zum Fondsvermögen gehörenden Sachen und Rechte auszuscheiden habe. 3

II. Das Recht auf Absonderung im Konkurs der Fondsleitung

1. Materielles

Die **Fondsleitung** verwaltet das Fondsvermögen zwar für Rechnung der Anleger, tut dies jedoch in ihrem eigenen Namen und ist nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung **treuhänderische Eigentümerin der gemeinschaftlichen Kapitalanlagen** (immer noch grundlegend AMONN, 44 ff.; KF-BUTTSCHARDT, Art. 16 N3; Botschaft KAG, 6450; BGE 99 Ib 438; 101 II 158 f.). Es handelt sich dabei um ein fiduziarisches Eigentum der Fondsleitung (DEN OTTER, AFG, Art. 11 Abs. 1 N5; HASENBÖHLER, Rz 94; HESS, 21 ff.). Entsprechend statuiert Art. 25 Abs. 1 lit. a, dass der Anleger durch seine Einzahlung (nur) Forderungen, d.h. lediglich obligatorische Ansprüche gegen die Fondsleitung auf Beteiligung am Vermögen und am Ertrag des Anlagefonds, erwirbt. 4

Im Fall des Konkurses der Fondsleitung verfügen die Anleger deshalb nicht über einen dinglichen Aussonderungsanspruch. Bereits Art. 17 aAFG vom 1.7.1966 hatte deshalb als Ersatz für eine ursprünglich angestrebte Miteigentümlösung zum Schutz des Anlegers ein spezialgesetzliches Absonderungsrecht vorgesehen (vgl. zu diesem Hintergrund ausführlich AMONN, 299; BÄR, ZBJV 98, 291 ff.; sowie grundlegend auch STEINER, 133 ff.). 5

Die bevorzugte Behandlung des Anlegers besteht nach Art. 35 Abs. 1 darin, dass **Sachen und Rechte, die zum Anlagefonds gehören, im Konkurs der Fondsleitung zu Gunsten der Anleger abgesondert** werden. Dogmatisch betrachtet stellt dies zwischen Fondsvermögen und Vermögen der Fondsleitung eine «ausserordentliche Trennung dieser beiden rechtlich der Fondsleitung zustehenden Vermögensmassen nach ihrer wirtschaftlichen Zugehörigkeit» dar (AMONN, 300).

Diese Lösung entspricht in ihrem Grundgedanken der auftragsrechtlichen **Aussonderung von Treuhandvermögen** gem. Art. 401 Abs. 1 und 2 OR. Im Vergleich zur Rechtslage unter Art. 401 OR geht die Absonderung gem. Art. 35 Abs. 1 jedoch in verschiedener Hinsicht weiter (vgl. dazu ausführlich noch zu altem Recht BÄR, ZBJV 98, 295 ff.): Der vom Bundesgericht trotz sehr beachtlicher Kritik weiterhin wörtlich interpretierte Gesetzeswortlaut von Art. 401 Abs. 1 OR erfasst zum einen nur diejenigen Forderungen und beweglichen Sachen, die der Beauftragte *von Dritten* erworben hat, nicht aber auch diejenigen, die ihm vom Auftraggeber übertragen wurden (vgl. etwa FASEL, 111 ff.; BERTSCHINGER, AJP 1995, 426 ff.; BSK OR I-WEBER, Art. 401 N5, alle 6

m.w.H.; zur Problematik dieser Unterscheidung bereits WIEGAND, 565-591, insb. 586). Zum anderen bezieht sich das auftragsrechtliche Aussonderungsrecht im Treuhandverhältnis nebst Forderungen nur auf *bewegliche* Sachen, wohingegen Art. 35 Abs. 1 auch **Grundstücke** erfasst. Um das Absonderungsrecht diesbezüglich sicherzustellen, werden Grundstücke denn auch nur «unter Anmerkung der Zugehörigkeit zum Immobilienfonds» auf den Namen der Fondsleitung im Grundbuch eingetragen (Art. 86 Abs. 2 KKV).

- 7 In der ersten Auflage dieses Kommentars wurde noch darauf hingewiesen, dass sich bei Fehlen der hier besprochenen spezialgesetzlichen Regelung die Frage stellen würde, ob Art. 401 OR überhaupt auf Fondsverträge anzuwenden wäre. Das Bundesgericht hatte nämlich in BGE 117 II 430 explizit die Frage aufgeworfen, ob die Anwendung von Art. 401 OR für länger dauernde Treuhandverhältnisse nicht abzulehnen sei (vgl. dazu BERTSCHINGER, AJP 1995, 428; BÄR, ZBJV 1998, 372). Mittlerweile stellte es mit BGE 130 III 312 indessen klar: «In BGE 117 II 429 E. 3a S. 430 hat das Bundesgericht zwar bemerkt, es lasse sich die Frage stellen, ob die Anwendung der Norm nicht auf diejenigen Fälle zu beschränken sei, in welchen die Treuhandschaft sich weitestgehend in einem blossen Auftrag erschöpfe mit dem Ziel, dem Treugeber raschmöglichst die durch den Treuhänder erworbenen Rechte zu verschaffen, dagegen für echte Treuhandverhältnisse, in denen die volle Rechtsmacht bis zur Beendigung der *fiducia* beim Treuhänder verbleiben soll, abzulehnen sei. In einem späteren Urteil 5C.95/1999 vom 10.9.1999, E. 3, hat es [das Bundesgericht] dann aber die zum Ausdruck gebrachten Zweifel als nicht stichhaltig bezeichnet und die uneingeschränkte Anwendung von Art. 401 OR auf Treuhandverhältnisse bestätigt.»
- 8 Die gesetzgeberische Unterscheidung zwischen fiduziarischen Geschäften im Anlagefondsgeschäft und solchen des übrigen Rechtsverkehrs ist in der Literatur z.T. als unge-rechtfertigte **Ungleichbehandlung** kritisiert worden (vgl. dazu etwa FASEL, 115 ff.). Dabei ist jedoch zu bedenken, dass im Gegensatz zu privaten Treuhandverhältnissen der «Anlagefonds ein öffentlich bekanntes und getrennt verwaltetes Sondervermögen darstellt» (AMONN, 300), das und dessen Treuhänderin, nämlich die Fondsleitung, im Interesse des Anlegerschutzes sehr strengen aufsichtsrechtlichen Vorschriften und einer prudentiellen Überwachung durch die FINMA unterstehen, weshalb den übrigen Gläubigern der Fondsleitung bewusst sein muss, dass die zum Anlagefonds gehörenden Sachen und Rechte ihnen nicht als Vollstreckungssubstrat dienen können (vgl. dazu ausführlich BÄR, ZBJV 98, 295 ff.). Dies zeigt sich besonders deutlich bei der o.e. (N 6) grundbuchlichen Anmerkung der Zugehörigkeit von Grundstücken zum Fondsvermögen gem. Art. 59 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 86 Abs. 2 KKV. Eine im Resultat vergleichbare Rechtslage besteht bei Versicherungsgesellschaften, was deren gebundenes Vermögen und dessen rechtliche Stellung anbelangt (vgl. Art. 16 ff. VAG); dieses dient der Sicherstellung der Ansprüche der Versicherten und ist dem Zugriff der übrigen Gläubiger der Versicherungsgesellschaft ebenfalls entzogen.
- 9 Bezüglich der **Ansprüche der Fondsleitung** auf die im Fondsvertrag vorgesehenen Vergütungen, auf Befreiung von den Verbindlichkeiten, die sie in richtiger Erfüllung des Fondsvertrages eingegangen ist, und auf Ersatz der Aufwendungen, die sie zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten gemacht hat (Art. 33 Abs. 1 lit. b), gilt Folgendes: Da diese Ansprüche aus den Mitteln des Anlagefonds zu erfüllen sind (Art. 33 Abs. 2), erfolgt die Absonderung der zum Anlagefonds gehörenden Sachen und Rechte zugunsten der Anleger unter Abzug der diesbezüglichen Schulden gegenüber der Fondsleitung. Für die **Gläubiger der Fondsleitung** heisst dies: Soweit die Fondsleitung die Verbindlichkeiten in richtiger Erfüllung des Fondsvertrages für den Anlagefonds eingegangen ist (Art. 33 Abs. 1 lit. b), hat die Fondsleitung einen Anspruch auf Befreiung von diesen

Verbindlichkeiten aus den Mitteln des Fondsvermögens (Art. 33 Abs. 1 lit. b und Abs. 2). D.h., dass die Gläubiger von Verbindlichkeiten, die von der Fondsleitung zu Recht für den Anlagefonds eingegangen wurden, gegenüber anderen Gläubigern der Fondsleitung, die sich an die Konkursmasse zu halten haben, privilegiert werden. Dies folgt aus dem Prinzip der Absonderung, das in der Trennung des zum Anlagefonds gehörenden Vermögens von dem Vermögen der Fondsleitung besteht.

(Der nur scheinbar anders zu verstehende Hinweis in der Literatur [DEN OTTER, AFG, Art. 16 Abs. 1 N 5 unter Bezugnahme auf SCHUSTER, Art. 17 Abs. 1 N 4] betrifft die Frage, ob Schulden bei einem Fondsleitungswechsel auf die neue Fondsleitung übergehen.)

Dem Prinzip der Absonderung entsprechend können gem. Art. 35 Abs. 2 Schulden der Fondsleitung, die sie in richtiger Erfüllung des Fondsvertrages eingegangen ist (Art. 33 Abs. 1 lit. b), mit Forderungen, die zum Anlagefonds gehören, **verrechnet** werden (Art. 35 Abs. 2).

2. Das Verfahren der Absonderung

Die **Absonderung** der zum Anlagefonds gehörenden Sachen und Rechte erfolgt **von Amtes wegen**, ohne Notwendigkeit individueller Rechtsvorkehren durch die Anleger (Botschaft AFG, 51; DEN OTTER, AFG, Art. 16 Abs. 1 N 2; FASEL, 112). Die Konkursverwaltung hat dabei über die Herausgabe der betreffenden Werte zu verfügen (Art. 45 KOV). Der von der FINMA gem. Art. 138 i.V.m. Art. 140 Abs. 1 lit. c KKV einzusetzende Sachwalter hat die Absonderung nötigenfalls gegenüber der Konkursverwaltung geltend zu machen. Diese Pflicht des Sachwalters ändert nichts an der Tatsache, dass die Absonderung von Amtes wegen vorzunehmen ist (vgl. AMONN/WALTHER, § 40 N 30 und § 45 N 35). Es verhält sich damit gleich wie mit der Absonderung der bankinternen Sondervermögen gem. Art. 4 Abs. 3 sowie der Depotwerte bei Banken gem. Art. 37b BankG (vgl. AMONN/WALTHER, § 45 N 35 und BERTSCHINGER, AJP 1995, 432).

III. Exkurs: Konkurs der Depotbank

Art. 35 Abs. 1 statuiert bloss ein Absonderungsrecht des Anlegers für den Fall des Konkurses der *Fondsleitung*, nicht aber auch ein solches für den Fall des **Konkurses der Depotbank** (KF-BUTTSCHARDT, Art. 16 N 4). (Davon zu unterscheiden ist das Absonderungsrecht gem. Art. 4 Abs. 3, welches dem Anleger bezüglich bankinterner Sondervermögen naturgemäss im Konkurs der *Bank*, die diesfalls Vertragspartnerin des Anlegers ist, zusteht.)

Beim Zusammenbruch der Depotbank richtet sich demnach die Stellung der Fondsleitung (und damit des Anlagefonds) nach den für alle Bankkunden geltenden Regeln: Gemäss Art. 37d Abs. 1 BankG werden Depotwerte i.S.v. Art. 16 BankG im Konkurs der Bank nicht zur Konkursmasse gezogen, sondern unter Vorbehalt sämtlicher Ansprüche der Bank gegenüber den Deponenten zu deren Gunsten abgesondert. Diese Absonderung erfolgt von Amtes wegen. Als Depotwerte gelten dabei gem. Art. 16 BankG u.a. (i) bewegliche Sachen und Effekten des Deponenten, (ii) bewegliche Sachen, Effekten und Forderungen, welche die Bank für Rechnung des Deponenten fiduziarisch innehat, sowie (iii) frei verfügbare Lieferansprüche der Bank gegenüber Dritten aus Kassageschäften, frei abgelaufenen Termingeschäften und Deckungsgeschäften und Emissionen für Rechnung der Depotkunden (vgl. ausführlich zur bankengesetzlichen Absonderung

B/K/L-SCHWOB, Art. 37d N 1 ff. und B/K/L-KLEINER, Art. 16 N 1 ff.; BERTSCHINGER, AJP 1995, 426 ff. sowie etw. KARL SPÜHLER, Bankenkonzurs – Bankennachlassstundung – Bankensanierung – gestern und morgen, in: Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 2004, 79 ff.), wobei wie erwähnt (s.o. N 10) auch hier gilt, dass die Absonderung von Amtes wegen vorzunehmen ist. Im Konkurs der Depotbank ist die Fondsleitung verpflichtet, diesbezüglich alle zum Anlagefonds gehörenden Rechte (in eigenem Namen) geltend zu machen.

- 13 Mit der Statuierung eines speziellen bankengesetzlichen Absonderungsrechts für Depotwerte i.S.v. Art. 16 BankG und in Art. 37b BankG hat die alte Kontroverse, ob die anlagefondsrechtliche Absonderung auch im Konkurs der Depotbank möglich sei, ihre Relevanz verloren. Die Beschränkungen der Absonderung nach Art. 35 Abs. 1 auf den Fall des Konkurses der Fondsleitung (welche auch unter altem Recht gleichermaßen galt), war in der Literatur z.T. kritisiert worden, u.a. unter Hinweis auf das Erfordernis eines konsequent durchzuführenden Anlegerschutzes (STADLER, 302). Im Allgemeinen war der Verzicht auf die Stipulierung eines Absonderungsrechts im Konkurs der Depotbank zugunsten von Anlagefondsanlegern jedoch sowohl unter dem aAFG als auch AFG mit dem Hinweis gutgeheissen worden, es wäre nicht gerechtfertigt, Fondsanleger gegenüber den übrigen Bankgläubigern zu privilegieren (KF-BUTTSCHARDT, Art. 16 N 4). Eine Privilegierung ergab sich allerdings bereits durch die Einführung des Absonderungsrechts bezüglich bankinterner Sondervermögen, welche im KAG in Art. 4 Abs. 3 zu Recht beibehalten wurde (vgl. dazu grundlegend STEINER, passim).