

NKF Client News

25. JANUAR 2024

Bundesgericht stellt Regelung zum Aufwendungsersatz für Fondsleitungen in Frage

In einem Urteil vom 7. Dezember 2023 lässt das Bundesgericht durchblicken, dass sich die Fondsleitung von Gesetzes wegen alle im Fondsvertrag vorgesehenen und sachlich gerechtfertigten Ausgaben entschädigen lassen kann. Die abschliessende Aufzählung in Art. 37 Abs. 2 und 2^{bis} KKV ist demnach wohl gesetzeswidrig, wie von den vorliegenden Autoren bereits seit Längerem vertreten wurde. Dies unterstützt die Forderung der Branche in der laufenden Revision nach einer prinzipienorientierten, offenen Regelung.

Nach Art. 38 Abs. 1 lit. b und c FINIG hat eine Fondsleitung *"Anspruch auf Befreiung von Verbindlichkeiten, die sie in richtiger Erfüllung ihrer Aufgaben eingegangen ist"*, und auf *"Ersatz der Aufwendungen, die sie zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten gemacht hat"*. Dies entspricht dem Auftragsrecht (Art. 402 Abs. 1 OR), wird auf Verordnungsebene indessen eingeschränkt, indem nur die in Art. 37 KKV Abs. 2 und 2^{bis} aufgeführten (und im Fondsvertrag vorgesehenen) Nebenkosten ersatzfähig sein sollen.

Wir hatten die Rechtmässigkeit dieser Limitierung schon unter dem KAG (BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB, 2. Aufl. 2015, Art. 33 N 20) und erneut unter dem FINIG bezweifelt (BSK FINIG-ABEGGLEN/SCHAUB, 2023, Art. 38 N 41, 43):

"Unter dem Legalitätsprinzip besonders problematisch sind Art. 37 Abs. 2 und 2^{bis} KKV [insofern, als] ihre Aufzählung erstattungsfähiger Kosten offenbar abschliessend ist [...], denn Art. 38 Abs. 1 lit. c FINIG gewährt der Fondsleitung Anspruch auf Ersatz 'der', d.h. grundsätzlich *aller* Aufwendungen. [Dies greift] auch materiell in die Rechte unter Art. 38 Abs. 1 lit. c FINIG ein. Immerhin würden wir einen solchen nicht gerade als 'stossend' bezeichnen (wie BSK KAG-GALGIANI/BÜNZLI/WINZELER, Art. 26 N 30), da die Fondsleitung nicht separat erstattungsfähige Kosten in die Verwaltungskommission (oder eine *All-in-fee* oder Nebenkostenpauschale) einkalkulieren kann. [...]"

Nach Wortlaut und Systematik von Art. 37 Abs. 2 und 2^{bis} KKV kann jedenfalls kaum ein Zweifel bestehen, dass die Aufzählung abschliessend gedacht ist. Die 2013 erfolgte Streichung der Generalklausel *'weitere Kosten, die nicht aus der Verwaltung der Anlagen entstehen'* [...] bestätigt das, was auch der Bundesrat kürzlich bestätigte (s. Erläuterungsbericht revKKV vom 23.9.2022, 12: *'Obschon dies in der Branche teilweise begrüsst würde, wird darauf verzichtet, die Nebenkosten, die dem Fondsvermögen belastet werden können, wie vor der Revision der KKV von 2013 nur beispielhaft und damit nicht abschliessend aufzuzählen'*)."

Die Branche hielt in der Vernehmlassung zur KKV-Revision mit Verweis auf das Legalitätsprinzip und die Praktikabilität (eine abschliessende Liste hinkt der Entwicklung immer wieder hinterher) an der

im Zitat erwähnten Position fest und forderte eine Generalklausel.¹ Ob der Bundesrat darauf eingehen wird, steht noch nicht fest.

In einem am 11. Januar 2024 veröffentlichten, zur *BGE-Publikation* vorgesehenen Urteil stellt sich das Bundesgericht nun auf die Seite der Kritiker:

"In der Literatur wird aufgrund [Art. 38 Abs. 1 FINIG] vertreten, dass in gewissen Fällen auch in Art. 37 KKV nicht ausdrücklich aufgeführte Aufwendungen aus dem Fondsvermögen zu ersetzen seien, wenn sich dies sachlich rechtfertige (vgl. ABEGGLEN/SCHAUB, in: Basler Kommentar, FIDLEG/FINIG, 2023, N. 41 f. zu Art. 38 FINIG; GIGER/SCHMID, in: Kommentar zum Finanzinstitutsgesetz FINIG, Schulthess Kommentar, 2021, N. 10 zu Art. 38 FINIG). Auf jeden Fall drängt es sich auf, in der Auslegung von Art. 37 KKV auch Art. 38 Abs. 1 lit. b und c FINIG im Auge zu behalten." (BGer 9C_312/2023 vom 7. Dezember 2023, E. 4.3)

Damit erklärt es die Liste auf den ersten Blick zwar nicht für obsolet und mahnt bloss eine gesetzeskonforme Auslegung an. Diese Lesart verkennte u.E. jedoch die wahre Tragweite: Wie jedes vorsichtige und die Gewaltenteilung achtende Gericht entscheidet das Bundesgericht nicht mehr, als zur Erledigung des Falls nötig ist. Hier konnte es die fragliche Ausgabe – eine Immobilien-Handänderungssteuer beim Fondsleitungswechsel – unter Art. 37 Abs. 2^{bis} lit. a KKV ("*Kosten für den An- und Verkauf von Immobilienanlagen*") subsumieren, weil die neue Fondsleitung als formell neue Eigentümerin die Liegenschaften gewissermassen "kauft" (das Gericht folgt in diesem Punkt in vertretbarer Weise nicht unserer gegenteiligen Meinung in BSK FINIG, Art. 39 N 67). Einer Ungültigerklärung des Verordnungskonzepts an sich bedurfte es deshalb nicht. Wäre das Gericht hingegen mit einer Ausgabe konfrontiert, die sachlich vom Fonds zu tragen wäre, für die aber ein Ansatzpunkt in der Verordnung ganz fehlt, würden wir erwarten, dass es die Verordnung in dem Punkt für gesetzeswidrig erklärt.

Wenn dies zutrifft, ist im Ergebnis wenig relevant, ob in der KKV-Revision der genannten Kritik Rechnung getragen wird. Eine unzutreffend und irreführend formulierte Bestimmung wäre aber auch dann unbefriedigend, so dass eine Anpassung von Art. 37 so oder so wünschbar ist.

Bei Fragen wenden Sie sich gerne an Ihren üblichen NKF-Kontakt oder das Banking, Finance & Regulatory-Team.

Autoren/Kontakt

Sandro Abegglen
Partner, Head Banking, Finance & Regulatory
sandro.abegglen@nkf.ch

Martin Schaub
Counsel, Banking, Finance & Regulatory
martin.schaub@nkf.ch

¹ Siehe S. 38, 59, 65, 100, 143, 160 f., 302 f., 321 f., 341 f., 347 f. der [Vernehmlassungsantworten](#) sowie die Client News "[Teilrevision der Kollektivanlagenverordnung \(KKV\) – Änderungen nebst dem L-QIF](#)" vom 12. Juli 2023, S. 3.

Diese Publikation behandelt nicht zwingend jedes wichtige Thema und deckt nicht jeden Aspekt der Themen ab, mit denen sie sich beschäftigt. Sie dient nicht der rechtlichen oder sonstigen Beratung.

