

Zürich
Dr. Christian Steinmann
Dr. Nedim Peter Vogt
Dr. Felix R. Ehrat
Prof. Dr. Rolf Watter
Daniel Hochstrasser
Peter Reinartz*
Dr. Andreas Länzlinger
Urs Brügger
Dr. Ralph Malacrida
Eric Stupp
Michele Bernasconi
Dr. Daniel U. Lehmann**
Dr. Markus Wang
Tina Wüstemann
Dr. Andreas J. Bär
Matthew T. Reiter

Roland Truffer
Dr. Corrado Rampini
Dr. Dieter Dubs**
Dr. Thomas U. Reutter
Dr. Mani Reinert
Dr. Christoph Neeracher
Daniel C. Pfiffner
Brigitte I. Sommer
Dr. René Schwab
Flavia I. Bieri Burge
Dr. Peter Hsu
Dr. Michael Schöll
Yasmine Sabeti
Phillippe A. Huber
Thomas Rohde
Dr. Caroline Möhrle
Sten E. D. Rasmussen

Barbara Lautenschlager
Dr. Michael G. Nath
Urs Kägl
Ariane Riedl Wirth
Dr. Sabina Nüesch
Dr. Rashid Bahar
Andrea B. Bolliger*
Dr. Mariel Hoch Classen
Astrid Gilli
Lukas Roesler
Michael Barrot
Andrea Boog
Marcel Schaad
Nadja Jalsil
Stefan Bachmann
Dr. Tili Spillmann
Tamer Dürr

Dr. Luca Jagmetti
Phyllis Schöll
Corina Gilbert-Jucker
Dr. Nina Epper
Dr. Daniel Leu
Dr. Charlotte Wieser
Paula Alonso
Dr. Manuel Arroyo
Andrea C. Widmer
Barbara Messmer
Tina Balzli
Nicola Bernardoni
Dr. Christoph O. Schmid*
Nina Probst
Claudia Peter

Genf
Christophe Buchwalder
Dr. Cédric Chapuis
Saverio Lembo
Anne Valérie Julien Berthod
Ludivine Boisard
Rita Karam
Dr. Andrew M. Garbarski
Héloïse Rordorf
Marie-Christine Balzan

Lugano
Dr. Felix R. Ehrat
Paolo Bottini*
Dr. Cesare Jermini
Massimo Vanotti
Andrea Gamba

Dr. Gilles Benedick
Nicola Bernardoni

Zug
Michael Trippel
Thomas Stoltz*
Philippe Strub
Othmar Aeschi*
Dr. Andreas Sidler*

London
Gianpaolo Arrigoni
Markus Widmer

Konsulenten
Dr. Thomas Bär
Dr. Robert Karrer
Dr. Hans-Ulrich Freimüller
Dr. Peter J. Klenast
Dr. Marc Blessing
Dr. Robert E. Züllig
Prof. Dr. Marc Amstutz
Stephanie Comtesse

* Eidg. Dipl. Steuerexperte
* Notar / Notarin
** nicht als Rechtsanwalt /
Rechtsanwältin zugelassen

Vorab per e-mail

Serge.husmann@ebk.admin.ch

Sekretariat der Eidg. Bankenkommision

Serge Husmann

Schwanengasse 12

Postfach

3001 Bern

| |
|----------------------------------|
| Gsch. Nr. |
| Dok. Nr. |
| Eingang: 11. Nov. 2008 FSC 10 |
| SB: HUS Register: |
| Kopie an: |

BÄR
& KARRER

Zürich, 10. November 2008

360810/189/klj/x19040248

Öffentliche Anhörung zum Entwurf Rundschreiben Eckwerte für die Anerkennung von Selbstregulierung zur Vermögensverwaltung als Mindeststandard

Sehr geehrter Herr Husmann

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf Rundschreiben Eckwerte für die Anerkennung von Selbstregulierung zur Vermögensverwaltung als Mindeststandard (EBK-RS 08/X Eckwerte zur Vermögensverwaltung) und möchten Ihnen im Folgenden unsere Ansichten zu einzelnen Punkten darlegen.

1 Allgemeine Bemerkungen

Wir begrüßen dieses neue Rundschreiben. Das Rundschreiben wird für die von ihm letztlich betroffenen Personenkreise, namentlich für die Asset Manager i.S. dieses Rundschreibens, für die betreffenden unabhängigen Vermögensverwalter sowie für die Banken und Effektenhändler, mehr Rechtssicherheit schaffen. Dabei ist davon auszugehen, dass dieses Rundschreiben rein faktisch auch eine gewisse Reflexwirkung auf das Zivilrecht (insbesondere das Auftragsrecht) bzw. dessen Konkretisierung und Auslegung haben wird. Das ist zu begrüßen, weil damit

Rechtssicherheit geschaffen wird, ohne dass diese alleine durch Urteile der Zivilgerichte erstritten werden muss. Über den persönlichen Geltungsbereich hinaus könnte dabei das neue Rundschreiben auch weiteren Kreisen, die nicht von diesem erfasst sind (z.B. unabhängige Vermögensverwalter, die keiner Branchenorganisation angeschlossen sind) als eine Art unverbindlichen Referenzmassstab dienen.

Die Veröffentlichung des Bundesgerichtsentscheids BGE 132 III 460 betreffend Retrozessionen führte in der Finanzbranche zu einer grossen Unsicherheit.¹ Unseres Erachtens besteht daher vor allem bezüglich der Regelung der Entschädigung des Vermögensverwalters ein grosses Bedürfnis für ein solches Rundschreiben.

2 Zweck und Grundlagen

Der Regulierungsansatz "Mindeststandard für Mindeststandards" erscheint uns zweckmässig, da er der Selbstregulierung weiterhin einen guten Ermessensspielraum einräumt.

In sprachlicher Hinsicht würden wir empfehlen, den Text in Rz. 2 mehr im Sinne einer Regelbestimmung anstatt als Beschreibung zu formulieren. Wir würden daher vorschlagen, den Text in Rz. 2 durch folgenden Text zu ersetzen:

Rz. 2:

~~Viele Branchenorganisationen vertreten die Interessen von Unternehmen (Einzelfirmen, Personen- oder Kapital-Gesellschaften) die in der Vermögensverwaltung tätig sind. Die EBK will nicht einer davon ein Exklusivrecht gewähren, indem sie nur ihre Verhaltensregeln als Mindeststandard für die Branche anerkennt. Sie ist vielmehr offen, unterschiedliche Regelwerke als Mindeststandard zu anerkennen. Um aber eine minimale Gleichwertigkeit dieser Regelwerke zu gewährleisten, legt die EBK in diesem Rundschreiben die Eckwerte fest, welche die betreffenden Verhaltensregeln mindestens konkretisieren müssen. Sie gibt damit die für eine Anerkennung erforderliche inhaltliche Richtung an. Die Eckwerte bilden also eine Art "Mindeststandard für Mindeststandards".~~

Die EBK anerkennt als Mindeststandard unterschiedliche Regelwerke, die von verschiedenen Branchenorganisationen als Interessenvertreter von in der Vermögensverwaltung tätigen Unternehmen (Einzelfirmen, Personen- oder Kapitalgesellschaften) erlassen werden. Dieses Rundschreiben soll eine minimale Gleichwertigkeit dieser Regelwerke gewährleisten, indem es die Eckwerte festlegt, die mindestens in den betreffenden Verhaltensregeln konkretisiert werden müssen. Das Rundschreiben gibt die für eine Anerkennung durch die EBK erforderliche

¹ Inzwischen wurden im Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Juni 2007 (Geschäfts-Nr. HG050118/U/ei) die Voraussetzungen für einen gültigen Verzicht auf Retrozessionen im Voraus etwas konkretisiert.

inhaltliche Richtung insoweit an, als die darin festgelegten Eckwerte als eine Art "Mindeststandard für Mindeststandards" gelten.

Rz. 4 regelt unseres Erachtens nichts Neues und ist daher ersatzlos zu streichen:

Rz. 4:

~~Auch Bewilligungsträger gemäss BankG oder BEHG müssen Verhaltensregeln einhalten. Mehrere Selbstregulierungen dazu sind bereits als Mindeststandard anerkannt (EBK RS 04/2 Selbstregulierung als Mindeststandard).~~

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang eher die Regelung der Frage, ob das neue Rundschreiben als Mindeststandard i.S. des EBK-RS 04/2 Selbstregulierung als Mindeststandard anerkannt und in die betreffende Liste aufgenommen wird. Eine diesbezügliche Bestimmung wäre hinsichtlich der betroffenen Adressaten des EBK-RS 04/2 Selbstregulierung als Mindeststandard daher allenfalls in Ziff. IV Schlussbestimmungen aufzunehmen.

3 Geltungsbereich

Das Interesse an der mit dem neuen Rundschreiben zu erzielenden Rechtssicherheit überwiegt unserer Ansicht nach die mögliche Gefahr, dass hier eine Regulierung der unabhängigen Vermögensverwalter quasi "durch die Hintertür" erfolgt. Vor dem Hintergrund solcher allfälliger Befürchtungen wäre es aber zu begrüssen, wenn der in Rz. 3 angesprochene persönliche Geltungsbereich klarer festgehalten würde, z.B. durch eine abschliessende Aufzählung der Typen der erfassten Branchenorganisationen.

In sachlicher Hinsicht sollte in Rz. 5 klargestellt werden, dass die Eckwerte lediglich für den Regelungsbereich der Vermögensverwaltung gelten. Wir möchten daher vorschlagen, den ersten Satz von Rz. 5 durch folgenden Satz zu ersetzen:

Rz. 5:

~~Die EBK betrachtet diese Eckwerte als Massstab für alle Selbstregulierungen, welche ihr Branchenorganisationen der Vermögensverwaltung (auch der Banken und Effektenhändler) zur Anerkennung als Mindeststandard unterbreiten. Soweit das BEHG und das KAG und die Ausführungsverordnungen dazu für beaufsichtigte Effektenhändler und Bewilligungsträger weitergehende Pflichten vorsehen, gehen diese vor.~~

Die Eckwerte in diesem Rundschreiben gelten als Massstab für die Selbstregulierungen betreffend den Bereich der Vermögensverwaltung, welche Branchenorganisationen der Vermögensverwaltung (auch Banken und Effektenhändler) der EBK zur Anerkennung als Mindeststandard unterbreiten, nämlich für:

- i) Branchenorganisationen der unabhängigen Vermögensverwalter im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 2 KKV;
- ii) Branchenorganisationen der Asset Manager gemäss Art. 14 Abs. 2 KAG und Art. 27 KKV sowie
- iii) Branchenorganisationen der Banken und Effekthändler, die im Bereich des Vermögensverwaltungsgeschäfts tätig sind.

4 Treuepflicht

Die Regelung in Rz. 11 und 12 ist inhaltlich sehr ähnlich wie in Art. 8 SBVg Verhaltensregeln für Effekthändler 1997.

Wir möchten empfehlen, diese Bestimmung im ersten Satz von Rz. 11 näher an den Wortlaut von Art. 8 SBVg Verhaltensregeln für Effekthändler 1997 anzugleichen und schlagen daher vor, den ersten Satz in Rz. 11 zu ändern und einen zusätzlichen Satz im Anschluss an den zweiten Satz anzubringen:

Rz. 11:

Der Vermögensverwalter ~~hat~~ trifft zweckdienliche organisatorische Massnahmen zu treffen, um zum Vermeiden von Interessenkonflikten zwischen ihm und seinen Kunden oder zwischen seinen Mitarbeitern und den Kunden zu vermeiden oder die Benachteiligung der Kunden durch solche Interessenkonflikte auszuschliessen. Können solche trotz Massnahmen nicht in jedem Fall ausgeschlossen werden, weist der Vermögensverwalter seine Kunden darauf hin. Dieser Hinweis kann im Rahmen einer standardisierten Information erfolgen.

Im Kommentar des EBK Berichts Eckwerte zur Vermögensverwaltung S. 10 zu Rz. 14 letzter Satz heisst es: "Vereinbarungen, welche die Entscheidungsfreiheit der Bewilligungsträger oder ihrer Beauftragten einschränken sind unzulässig.". Falls zum Rundschreiben noch ein Kommentar verfasst würde, wäre es zu begrüssen, wenn durch Aufführen von Beispielen etwas konkretisiert würde, was hier unter Einschränkung der Entscheidungsfreiheit zu verstehen ist. Eine solche dürfte z.B. im Falle einer Vereinbarung einer Exklusivitätsvereinbarung schon vorliegen, nicht aber schon bei Bezahlung von Vertriebsvergütungen.

5 Sorgfaltspflicht

Rz. 18 zweiter Satz würden wir wie folgt ändern, da der Auftrag des Vermögensverwalters durch den Vermögensverwaltungsvertrag bestimmt wird und die Vollmacht das Aussenverhältnis zwischen Kunde und Depotbank betrifft:

Rz. 18:

Sofern er nicht durch die EBK als Bank oder Effektenhändler bewilligt ist, hält der Vermögensverwalter keine Vermögenswerte im eigenen Namen auf Rechnung des Kunden. Die ihm anvertrauten Vermögenswerte werden bei einer Bank⁷ oder einem Effektenhändler deponiert ~~und~~, wobei er sich für die Vornahme der Verwaltungshandlungen ~~gestützt auf~~ durch eine schriftlich erteilte Vollmacht ~~verwaltet~~ der Kunden ermächtigen lässt, deren Umfang klar definiert ist.

6 Informationspflicht

Wir sind der Ansicht, dass die Information der Kunden über Wechsel im Personal, in der Organisation oder in den Beteiligungsverhältnissen nicht so wesentlich ist, dass sie im Rundschreiben als Eckwert vorzuschreiben ist. Wir möchten daher empfehlen, die Rz. 25 ersatzlos zu streichen.

Rz. 25:

~~Der Vermögensverwalter informiert seine Kunden über Wechsel im Personal, in der Organisation oder in den Beteiligungsverhältnissen, soweit sie die Kunden unmittelbar betreffen.~~

7 Entschädigung des Vermögensverwalters

Wir begrüßen es, dass im Rundschreiben geregelt wird, wie, in welcher Form und zu welchem Zeitpunkt die Kunden über die Entschädigung des Vermögensverwalters zu informieren sind bzw. was mit den Kunden zu regeln ist.

Es wäre unseres Erachtens wünschenswert, wenn klargestellt würde, dass die Informationen und schriftliche Vereinbarung gemäss Rz. 29, 30 und 31 auch in standardisierter Form erfolgen können und mittels Verweis im Vermögensverwaltungsvertrag Vertragsbestandteil werden. Wir möchten daher vorschlagen, zwischen Rz. 31 und Rz. 32 folgende neue Randziffer mit nachfolgendem Text einzufügen (Rz. 31a):

Rz. 31a:

Die Information und Vereinbarung gemäss Rz. 29, 30 und 31 können in standardisierter Form erfolgen.

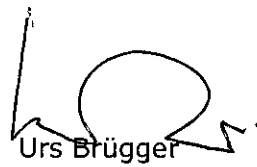
* * *

Diese Stellungnahme gibt die Auffassung des Banking Teams von Bär & Karrer AG wieder und widerspiegelt nicht die Meinung jeder einzelnen Rechtsanwältin bzw. jedes einzelnen Rechtsanwalts unserer Kanzlei. Es würde uns freuen, wenn Sie diese Stellungnahme im Rahmen der weiteren Bearbeitung des Rundschreibens wohlwollend berücksichtigen. Sollten Sie Fragen zu Ausführungen in dieser Stellungnahme haben, stehen Ihnen Eric Stupp (e.stupp@baerkarrer.ch), Urs Brügger (u.bruegger@baerkarrer.ch) oder Peter Hsu (p.hsu@baerkarrer.ch) sehr gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Eric Stupp



Urs Brügger



Peter Hsu