

Rundschreiben der Eidg. Bankenkommission: Öffentliche Werbung im Sinne der Anlagefondsgesetzgebung (Öffentliche Werbung / Anlagefonds) vom 28. Mai 2003 (*Letzte Änderung: 25./26. Januar 2006*)

1 Zweck des Rundschreibens

Zweck dieses Rundschreibens ist es, den Begriff der „öffentlichen Werbung“ zu konkretisieren und festzulegen, in welchen Fällen das Anbieten oder Vertreiben von Anlagefonds in der Schweiz oder von der Schweiz aus via Internet öffentliche Werbung darstellt. **1**

Dieses Rundschreiben richtet sich an alle Banken, Effekthändler, Fondsleitungen, Vertreter ausländischer Fonds, Vertriebsträger und anderen Fondsanbieter. **2**

Der Begriff der „öffentlichen Werbung“ wird in verschiedenen Bestimmungen der Anlagefondsgesetzgebung verwendet, namentlich in Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 18. März 1994 (AFG; SR 951.31) und in Art. 1a der Verordnung über die Anlagefonds vom 19. Oktober 1994 (AFV; SR 951.311). Als öffentlich im Sinne des Gesetzes gilt, ohne Rücksicht auf die Form, jede Werbung, die sich nicht bloss an einen eng umschriebenen Kreis von Personen richtet (Art. 2 Abs. 2 AFG). **3**

Im Rahmen der Revision der AFV, welche am 1. Januar 2001 in Kraft getreten ist, wurde neu Art. 1a AFV eingeführt und gleichzeitig Art. 2 Abs. 4 AFV aufgehoben. Gemäss Art. 1a AFV liegt gewerbmässiges Anbieten oder Vertreiben von Anteilen von Anlagefonds im Sinne von Art. 22 und 45 AFG vor, wenn für die Anlagefonds öffentlich geworben wird. **4**

Mit der Ordnungsänderung löst erst die öffentliche Werbung eine Bewilligungspflicht einerseits für ausländische Anlagefonds (Art. 45 AFG) und andererseits für die Aufnahme der Geschäftstätigkeit als Vertriebsträger von Anlagefonds (Art. 22 AFG) aus. Für Anlagefonds schweizerischen Rechts ist das Begriffsmerkmal der öffentlichen Werbung faktisch aber bedeutungslos geworden. Denn mit Inkrafttreten des geltenden Anlagefondsgesetzes wurde vorgeschrieben, dass Anlagefonds zwingend durch eine Fondsleitung verwaltet werden müssen, wozu es immer einer Bewilligung bedarf, und zwar unabhängig davon, ob für die betreffenden Anlagefonds öffentlich geworben werden soll. **5**

2 Grundsätze

2.1 Definition des Begriffes „Werbung“

Als Werbung im Sinne dieses Rundschreibens gilt die Verwendung von Werbemitteln jeder Art, welche dazu dienen, direkt oder indirekt Anlagefonds anzubieten oder zu vertreiben. Werbung liegt nicht vor, wenn ein Kunde einen Zeichnungsauftrag für Fondsanteile aus eigener Initiative erteilt oder von sich aus Informationen über Fonds verlangt. Wird ein Werbemittel verwendet, wird das Vorliegen öffentlicher Werbung vermutet. **6**

Art und Form der Werbemittel sind grundsätzlich nicht von Bedeutung. Als solche fallen namentlich in Betracht: Print- und elektronische Medien jeder Art, wie Zeitungen und Zeitschriften, Streusendungen („Direct Mail“), Prospekte, „fact sheets“, Publikationen von Kursen und Inventarwerten, Empfehlungslisten und Informationsschreiben an die Kunden einer Bank oder eines anderen Finanzintermediärs, Offerten an diese zur Weiterleitung an ihre Kundschaft, Angaben über die Zeichnungsmöglichkeiten von Anlagefonds (z.B. Valorenummer, Zeichnungsstelle), Pressekonferenzen, Telefonmarketing, ungebettete Telefonanrufe („cold calling“), „Road-shows“ (Präsentationen), Finanzmessen, gesponserte Reportagen über Anlagefonds, Hausbesuche von Finanzintermediären jeder Art, Internet-Websites und andere Formen des E-Commerce, Zeichnungsscheine und online-Zeichnungsmöglichkeiten, E-Mails. Zum elektronischen Medium Internet wird auf RZ 20 ff. verwiesen. 7

2.2 Definition des Begriffes „öffentlich“

Der Begriff „öffentlich“ enthält gemäss Art. 2 Abs. 2 AFG sowie aufgrund herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung (vgl. u.a. BGE 107 Ib 358) sowohl ein quantitatives als auch ein qualitatives Element. Werbung gilt dann als öffentlich, wenn die nachstehend definierten quantitativen Voraussetzungen erfüllt sind, ohne dass eine qualifizierte Beziehung zum Werbenden vorliegt. 8

2.2.1 Quantitatives Element der „öffentlichen Werbung“

Unter Vorbehalt der unter RZ 12 ff. aufgelisteten Ausnahmen sprengt jede Art von Werbung in der Schweiz oder von der Schweiz aus für einen Anlagefonds den eng umschriebenen Personenkreis und gilt daher als öffentlich im Sinne dieses Rundschreibens, wenn sie sich während eines Geschäftsjahres an mehr als 20 Personen richtet. Dabei ist es nicht entscheidend, ob diese Personen gleichzeitig oder gestaffelt angesprochen werden und ob die Werbung Erfolg hatte. 9

2.2.2 Qualitatives Element der „öffentlichen Werbung“

Öffentliche Werbung i.S. von Art. 2 Abs. 2 AFG liegt nicht vor, wenn es sich beim Anleger um einen institutionellen Anleger mit professioneller Tresorerie im Sinne von Art. 2 Abs. 2 AFV handelt (vgl. RZ 12 ff.) oder wenn eine qualifizierte Beziehung zum Werbenden vorliegt (vgl. RZ 16 ff.). Die bestehende Kundschaft eines Unternehmens gilt jedoch nicht zum vornherein als eng umschriebener Personenkreis (Art. 2 Abs. 2 AFG in fine). 10

2.3 Bankinterne Sondervermögen

Gemäss Art. 4 Abs. 2 AFG darf für bankinterne Sondervermögen nicht öffentlich geworben werden. Banken ist daher jede Form von „öffentlicher Werbung“ (vgl. RZ 6 ff.) untersagt. Sie beteiligen Kunden ausschliesslich aufgrund eines schriftlichen Vermögensverwaltungsauftrags an einem bankinternen Sondervermögen (Art. 4 Abs. 3 AFG). 11

3 Ausnahmen von der Bewilligungspflicht für Anlagefonds

3.1 Vertrieb ausländischer Anlagefonds an institutionelle Anleger mit professioneller Tresorerie

Öffentliche Werbung liegt nicht vor, wenn ausländische Anlagefonds ausschliesslich 12

- institutionellen Anlegern mit professioneller Tresorerie und
- nur unter Einsatz der für dieses Geschäft üblichen Werbemittel (z.B. persönliche Kontaktnahme, „Road Shows“)

angeboten und vertrieben werden.

Als institutionelle Anleger gelten namentlich Banken und Effekthändler, Fondsleitungen, Versicherungen, Pensionskassen, öffentlich-rechtliche Körperschaften sowie Industrie- und Handelsbetriebe. 13

Das Erfordernis der professionellen Tresorerie ist erfüllt, wenn der institutionelle Anleger mindestens eine fachlich ausgewiesene, im Finanzbereich erfahrene Person damit betraut, seine Finanzmittel dauernd zu bewirtschaften. 14

Nicht als institutionelle Anleger mit professioneller Tresorerie gelten vermögende Privatkunden („High Net Worth Individuals“) und unabhängige Vermögensverwalter. 15

3.2 Vorliegen einer qualifizierten Beziehung zumwerbenden

3.2.1 Vermögensverwaltung durch Banken, Effekthändler und unabhängige Vermögensverwalter

Öffentliche Werbung liegt bei der Vermögensverwaltung durch Banken, Effekthändler und unabhängige Vermögensverwalter (nachstehend „Vermögensverwalter“) nicht vor, sofern: 16

- zwischen dem bestehenden Kunden und dem Vermögensverwalter ein schriftlicher, entgeltlicher Vermögensverwaltungsvertrag besteht,
- der den Richtlinien der Schweiz. Bankiervereinigung für Vermögensverwaltungsaufträge oder gleichwertigen Standards entspricht und
- gestützt darauf für Rechnung des Kunden Zeichnungsaufträge für Fondsanteile erteilt werden.

3.2.2 Vermögensberatung durch Banken und Effekthändler

Öffentliche Werbung liegt bei der Vermögensberatung durch Banken und Effekthändler (nachstehend „Vermögensberater“) nicht vor, sofern: 16a

- zwischen dem Kunden (vermögende Privatperson) und dem Vermögensberater ein schriftlicher, allgemeiner und unbefristeter Beratungsvertrag besteht und
- der Kunde dem Vermögensberater direkt oder indirekt gehaltene Finanzanlagen im Werte von insgesamt mindestens 5 Mio. CHF nachweist.

Das Vorhandensein der geforderten Finanzanlagen ist durch den Vermögensberater periodisch zu überprüfen. 16b

4 Bewilligungspflicht als Vertriebsträger

Die Bewilligungspflicht als Vertriebsträger im Sinne von Art. 22 AFG wird auch durch das indirekte Anbieten oder Vertreiben von Anlagefonds ausgelöst. Daher gilt namentlich das Anbieten oder Vertreiben von „verwalteten Fondskonti“ als bewilligungspflichtiger indirekter Fondsvertrieb. „Verwaltete Fondskonti“ sind dadurch gekennzeichnet, dass im Rahmen eines definierten Konzeptes Fonds eingesetzt werden und diese in ihrer ökonomischen Wirkung einem Fund of Funds oder einem Anlagestrategiefonds vergleichbar sind. 17

Demgegenüber löst die Vermögensverwaltung durch unabhängige Vermögensverwalter keine Bewilligungspflicht aus, sofern die Bedingungen gemäss RZ 16 eingehalten werden. 18

Keine Bewilligungspflicht als Vertriebsträger im Sinne von Art. 22 AFG entsteht beim Vertrieb von 19

- fondsgebundenen Lebensversicherungen,
- Anlagefonds an institutionelle Anleger im Sinne von RZ 12 ff.

5 Internet

5.1 Öffentliche Werbung via Internet

Der Inhalt einer Website stellt öffentliche Werbung in der Schweiz für einen Anlagefonds oder für die Tätigkeit als Vertreter und/oder Vertriebsträger von Anlagefonds dar, wenn er sich - zusätzlich zur Erfüllung der Kriterien gemäss RZ 6 ff. - an Anleger mit Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz richtet. Dabei ist es unerheblich, ob Fondsanteile online gezeichnet werden können. **20**

Angesichts der grenzüberschreitenden Wirkung des Internet sind darüber hinaus auch allfällige einschlägige ausländische Vorschriften zu berücksichtigen. **21**

Es wird vermutet, dass sich eine Website an Anleger in der Schweiz richtet, wenn Indizien in ihrer Gesamtwirkung einen Bezug zur Schweiz herstellen. Bei der Würdigung der Gesamtwirkung kommen namentlich die folgenden Indizien in Frage: **22**

- Die Website richtet sich ausdrücklich an Anleger mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz,
- Hinweis auf eine Schweizer Kontaktadresse oder auf Vertreter, Vertriebsträger, Zahlstellen oder andere Finanzintermediäre mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz,
- Publikation von Inventarwerten oder Ausgabe- und Rücknahmepreisen, die auf Schweizer Franken lauten,
- Verwendung einer Schweizer Landessprache (nur kumulativ in Verbindung mit einem oder mehreren anderen Indizien),
- Hinweis auf schweizerische oder ausländische Gesetzesbestimmungen, welche für Personen mit Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz von Interesse sind (z.B. Darstellung der Steuervorteile des Fondsdomizils),
- Verweise (Hyperlinks) auf andere Websites oder auf sonstige Medien (Zeitungen, Radio, Fernsehen etc.) mit Bezug zur Schweiz.

Eine Website stellt keine öffentliche Werbung in der Schweiz dar, wenn sie ein Angebot an Anleger in der Schweiz ausdrücklich ausschliesst („Disclaimer“) oder eine Zugangsbeschränkung enthält, welche die nachfolgenden Anforderungen erfüllt. **23**

5.2 Disclaimer (Haftungsausschlussklausel)

Der Disclaimer darf durch den Besucher einer Website nicht umgangen werden können. Dies kann namentlich dadurch sichergestellt werden, dass er automatisch auf dem Bildschirm erscheint und der Anleger bestätigen muss, davon Kenntnis genommen zu haben. Er muss entweder erscheinen, bevor der Besucher überhaupt Zugang zum Inhalt der Website erhält oder spätestens beim Anwählen all jener Seiten, auf denen Informationen über nicht in der Schweiz zum Vertrieb bewilligte Anlagefonds enthalten sind. Sobald es möglich ist, Fondsanteile online zu zeichnen, muss der Disclaimer auch in dem Augenblick erscheinen und dessen Kenntnisnahme bestätigt werden, in dem der Anleger den Fondsanbieter online kontaktiert, um eine Zeichnung vorzunehmen. **24**

Liegt keine Vertriebsbewilligung in der Schweiz vor, so muss der Disclaimer ausdrücklich darauf hinweisen, dass die betreffenden Anlagefonds in der Schweiz nicht vertrieben werden dürfen. Sind nur einzelne Anlagefonds in der Schweiz bewilligt, so sind diese zu spezifizieren. **25**

Ein allgemeiner Disclaimer, wonach die Website in denjenigen Ländern, in denen keine Vertriebsbewilligung vorliegt, nicht als öffentliche Werbung gelte, genügt nicht. **26**

5.3 Zugangsbeschränkungen der Website

Die Zugangsbeschränkung muss die Feststellung des Sitzes bzw. Wohnsitzes der interessierten Anleger gestatten. Sofern diese Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz haben, ist ihnen nur der Zugriff auf Websites zu gestatten, welche Hinweise auf in der Schweiz bewilligte Anlagefonds und/oder Fondsanbieter enthalten. 27

Die Fondsanbieter sind im Prinzip frei bei der Wahl der ihnen geeignet erscheinenden Zugangsbeschränkungen (Fragebögen, Passwörter etc.), sofern die Kriterien für die Zugangsbeschränkung dem Besucher klar ersichtlich sind. Ein online-Fragebogen stellt aber nur dann eine ausreichende Zugangsbeschränkung dar, wenn der Besucher der Website seinen Sitz bzw. Wohnsitz angeben muss. Die Fondsanbieter dürfen sich auf die Angaben der Besucher verlassen. 28

Falls der Zugang zur Website auf gewisse Kategorien von Anlegern beschränkt ist (vgl. RZ 12 ff.), muss das Kontrollverfahren sicherstellen, dass die interessierten Anleger alle Kontrollfragen beantwortet haben, bevor ihnen der Zugang gewährt wird. 29

5.4 „Discussion Sites“

Die Anmeldung bei einer sog. „Discussion Site“ (wie „newsgroups“, „bulletin boards“, „chat rooms“ etc.) gilt grundsätzlich als Eigeninitiative im Sinne von RZ 6. Dennoch können solche Sites bei öffentlichem Zugang und bei Benutzung durch Fondsanbieter öffentliche Werbung im Sinne von RZ 20 darstellen, sobald Indizien in ihrer Gesamtwirkung einen Bezug zur Schweiz herstellen (vgl. RZ 20 ff.). 30

6 In-Kraft-Treten

Dieses Rundschreiben tritt am 1. Juli 2003 in Kraft. Vertriebssträger, die aufgrund von RZ 17 dieses Rundschreibens neu einer Bewilligung bedürfen, haben innert eines Jahres ab In-Kraft-Treten dieses Rundschreibens bei der Aufsichtsbehörde ein entsprechendes Gesuch zu stellen oder ihre bewilligungspflichtige Tätigkeit einzustellen. 31

In-Kraft-Treten der Änderungen vom 25./26. Januar 2006 (RZ 10, 16 - 16b): 1. April 2006 32

Rechtliche Grundlagen:

- AFG: Art. 1, 2, 4, 22, 45, 56, 69, 70
- AFV: Art. 1a