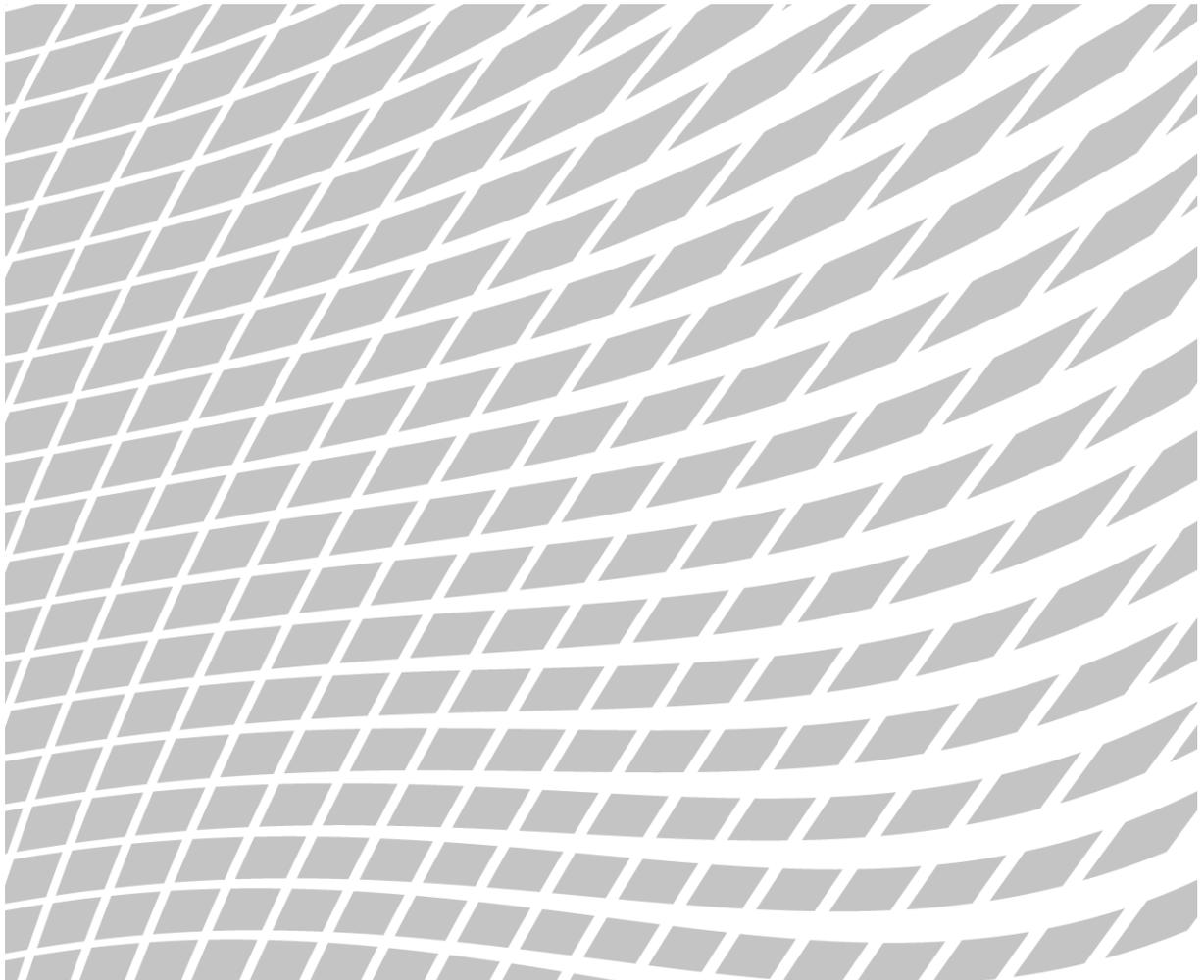


28. August 2013

FINMA-Rundschreiben 2013/9 "Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen"

Bericht über die Anhörung vom 15. April bis zum 3. Juni 2013 zum totalrevidierten Rundschreiben "Öffentliche Werbung kollektive Kapitalanlagen"



Inhaltsverzeichnis

Kernpunkte	3
1 Einleitung	4
2 Eingegangene Stellungnahmen	4
3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA	5
3.1 Grundsätzliches.....	5
3.2 Zweck und Geltungsbereich.....	6
3.3 Begriff des Vertriebs.....	7
3.4 Ausnahmetatbestände	8
3.5 Qualifizierte Anleger und Vertrieb an diese.....	9
3.6 Rechtsfolgen des Vertriebs an nicht-qualifizierte Anleger	11
3.7 Rechtsfolgen des Vertriebs an qualifizierte Anleger	12
3.8 Vertrieb via Internet	13
3.9 Übergangsbestimmungen	13
4 Weiteres Vorgehen	14

Kernpunkte

1. Mit der am 1. März 2013 in Kraft getretenen Teilrevision des Kollektivanlagengesetzes (KAG) und der Kollektivanlagenverordnung (KKV) wird der Begriff der „öffentlichen Werbung“ durch den weiter zu fassenden Terminus „Vertrieb“ (Art. 3 KAG, Art. 3 KKV) ersetzt.
2. Die Differenzierung zwischen „öffentlicher“ und „nicht öffentlicher“ Werbung besteht nach dieser Revision nicht mehr. Dies macht eine Totalrevision des FINMA-Rundschreibens 2008/8 „Öffentliche Werbung kollektive Kapitalanlagen“ notwendig.
3. Die FINMA führte daher vom 15. April bis zum 3. Juni 2013 eine öffentliche Anhörung zu einem Entwurf für ein neues Rundschreiben durch.
4. Zweck des neu gefassten Rundschreibens ist es, den Begriff des „Vertriebs von kollektiven Kapitalanlagen“ zu konkretisieren und auszuführen, welche Tätigkeiten als Vertrieb zu qualifizieren sind. Zudem werden die Rechtsfolgen der Qualifikation einer bestimmten Tätigkeit als Vertrieb aufgezeigt.
5. Die Neufassung des Rundschreibens wurde in der Anhörung aufgrund der Entwicklungen in der Gesetzgebung grundsätzlich begrüsst. Die eingereichten Stellungnahmen warfen teils Fragen auf, schlugen Änderungen vor oder regten in einzelnen Fällen auch die Ausdehnung der Regulierung auf Stufe Rundschreiben an.
6. Das totalrevidierte Rundschreiben tritt am 1. Oktober 2013 in Kraft unter gleichzeitiger Aufhebung des FINMA-RS 08/8 „Öffentliche Werbung kollektive Kapitalanlagen“ und Anpassung der bestehenden FINMA-RS 08/39 „Anteilgebundene Lebensversicherungen“ und 08/40 „Lebensversicherung“. Anwendbar sind die Übergangsbestimmungen des Gesetzes (Art. 158d und 158e KAG) sowie der Verordnung (Art. 144c KKV).

1 Einleitung

In der Herbstsession 2012 hat das Parlament eine Revision des Kollektivanlagengesetzes (KAG; SR 951.31) beschlossen, welche zusammen mit der revidierten Kollektivanlagenverordnung (KKV; SR 951.311) am 1. März 2013 in Kraft getreten ist. Die neuen Gesetzesbestimmungen über die qualifizierten Anleger wurden auf den 1. Juni 2013 in Kraft gesetzt. Die beschlossenen Änderungen betreffen insbesondere die Verwaltung kollektiver Kapitalanlagen, die Verwahrung deren Anlagen und den Vertrieb deren Anteile.

Mit einem neuen Rundschreiben sollen die Änderungen von KAG und KKV im Bereich des Vertriebs umgesetzt werden. Vor dem Inkrafttreten der Revision verwendete das KAG den Begriff der „öffentlichen Werbung“ gemäss Art. 3 des Kollektivanlagengesetzes vom 23. Juni 2006 (Stand am 1. September 2011) als Abgrenzungskriterium zwischen der vom KAG erfassten öffentlichen und der vom KAG nicht erfassten Privatplatzierung. Nach der Revision des KAG findet das KAG auf diejenigen Tätigkeiten Anwendung, welche als „Vertrieb“ qualifizieren. Allerdings deckt sich der Terminus „Vertrieb“ nicht mit dem Begriff der „öffentlichen Werbung“ nach altem Recht.

Vor der Revision wurde die Regulierung des Vertriebs daran geknüpft, ob dieser öffentlich oder nicht-öffentlich erfolgte, wobei nicht-öffentlicher Vertrieb insbesondere dann vorlag, wenn er sich ausschliesslich an qualifizierte Anleger richtete. Das revidierte KAG umfasst hingegen grundsätzlich jeden Vertrieb. Als Vertrieb wird dabei jedes Anbieten von und Werben für kollektive Kapitalanlagen verstanden, das sich nicht ausschliesslich an beaufsichtigte Finanzintermediäre wie Banken, Effekthändler und Fondsleitungen sowie beaufsichtigte Versicherungsunternehmen richtet (Art. 3 Abs. 1 KAG).

Zweck des neu gefassten Rundschreibens ist es, den Begriff des „Vertriebs von kollektiven Kapitalanlagen“ zu konkretisieren und auszuführen, welche Tätigkeiten als Vertrieb zu qualifizieren sind. Zudem werden die Rechtsfolgen der Qualifikation einer bestimmten Tätigkeit als Vertrieb aufgezeigt.

Zum entsprechenden Entwurf führte die FINMA vom 15. April bis zum 3. Juni 2013 eine öffentliche Anhörung durch.

Der vorliegende Bericht geht in allgemeiner und zusammengefasster Form auf die im Rahmen der Anhörung eingegangenen Stellungnahmen ein.

2 Eingegangene Stellungnahmen

Stellungnahmen wurden eingereicht von (in alphabetischer Reihenfolge):

- ARIF

- Banque Internationale à Luxembourg (Suisse) SA
- c-alm AG
- Carnegie Fund Services SA
- Forum SRO
- GeFIswiss SA
- GSCGI
- Lenz & Staehelin Avocats
- PPCmetrics AG
- SBVg
- Schellenberg Wittmer Avocats
- Schoch, Auer & Partner Rechtsanwälte
- SFA
- SVSP
- SVV
- Treuhand-Kammer
- Verband der Auslandsbanken in der Schweiz
- Vorsorge- und Vermögenskonzepte AG
- VQF
- VSV
- Walder Wyss Rechtsanwälte

3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA

3.1 Grundsätzliches

Stellungnahmen und Würdigung

Die Neufassung des ursprünglichen FINMA-Rundschreibens 2008/8 „Öffentliche Werbung kollektive Kapitalanlagen“ vom 20. November 2008 wurde aufgrund der Entwicklungen in der Gesetzgebung grundsätzlich begrüsst. Die eingereichten Stellungnahmen warfen teils Fragen auf, schlugen Änderungen vor oder regten in einzelnen Fällen auch die Ausdehnung der Regulierung auf Stufe Rundschreiben an. Darauf ist nachfolgend im Einzelnen einzugehen.

Zur Konkretisierung des Begriffs „Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen“ auf Stufe Rundschreiben wiesen einzelne Stellungnahmen darauf hin, dass ein Rundschreiben richterliche Behörden nicht zu

binden vermöge. Dies ist von der Verfassung so vorgesehen.¹ FINMA-Rundschreiben gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b FINMAG bezwecken eine einheitliche und sachgerechte Praxis der FINMA beim Gesetzgebungsvollzug, indem sie offene, unbestimmte Rechtsnormen konkretisieren und generell-abstrakte Vorgaben für die Ermessensausübung beinhalten. Rundschreiben binden die FINMA. Die FINMA wird im Einzelfall im Sinne des Rundschreibens handeln und gegebenenfalls verfügen. Für die Beaufsichtigten entfaltet sich dadurch eine mittelbare Bindungswirkung.

Fazit

Die Revision wird aufgrund der Entwicklungen in der Gesetzgebung grundsätzlich begrüsst. Die Form eines Rundschreibens ist geeignet, um den Begriff „Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen“ zu konkretisieren.

3.2 Zweck und Geltungsbereich

Stellungnahmen und Würdigung

Zweck des Rundschreibens ist es gemäss Rz 1, den Begriff des „Vertriebs von kollektiven Kapitalanlagen“ zu konkretisieren und auszuführen, welche Tätigkeiten als Vertrieb zu qualifizieren sind. Zudem werden die Rechtsfolgen der Qualifikation einer bestimmten Tätigkeit als Vertrieb aufgezeigt.

Das Rundschreiben richtet sich gemäss Rz 2 und im Einklang mit Art. 2 KAG an sämtliche natürlichen und juristischen Personen, welche kollektive Kapitalanlagen vertreiben. Da in Art. 4 und 5 KAG auch Vorgaben für interne Sondervermögen und strukturierte Produkte gemacht werden, die an den Begriff des Vertriebs anknüpfen, hält Rz 3 fest, dass die Ausführungen in Kapitel II des Rundschreibens insb. zum Vertriebs-Begriff sinngemäss auch für interne Sondervermögen und strukturierte Produkte Geltung beanspruchen. In mehreren Stellungnahmen wurde vorgebracht, dass die Ausführungen zum Vertrieb via Internet (Kap. IV des Rundschreibens) für strukturierte Produkte ebenfalls gelten müssten. Da das Kapitel IV für den Vertrieb von Kollektivanlagen formuliert wurde und die diesbezüglichen Rechtsfolgen bestimmt, kann keine generelle Ausweitung auf strukturierte Produkte vorgenommen werden.

Fazit

Eine generelle Anwendbarkeit von Kapitel IV des Rundschreibens auf strukturierte Produkte wird als nicht zweckmässig erachtet.

¹ Art. 190 BV e contrario

3.3 Begriff des Vertriebs

Stellungnahmen und Würdigung

Aus dem Wortlaut und der Systematik von Art. 3 KAG ergibt sich, dass als Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen jedes Anbieten von kollektiven Kapitalanlagen und jedes Werben für kollektive Kapitalanlagen gilt, (i) das sich nicht ausschliesslich an Anleger gemäss Art. 10 Abs. 3 Bst. a und b KAG richtet bzw. (ii) das nicht von einem Ausnahmetatbestand gemäss Art. 3 Abs. 2 KAG erfasst wird (vgl. Rz 4 des Rundschreibens). Aufgrund der Kritik in einzelnen Stellungnahmen wird Rz 5 des Entwurfs dahingehend abgeändert, dass für die Konkretisierung, was unter „Anbieten“ oder „Werben“ zu verstehen ist, auf den Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 KKV abgestellt wird. Demgegenüber wird die Anlehnung an den Erläuterungsbericht des EFD zu Art. 3 Abs. 1 KKV² fallengelassen.

Rz 6 des Rundschreibens hält in Ergänzung zu Rz 5 fest, dass Art und Form der Mittel grundsätzlich nicht von Bedeutung sind (soweit sie im Sinne von Rz 5 bezwecken, dass Anleger Anteile von kollektiven Kapitalanlagen erwerben). In den Stellungnahmen wurde teils darauf hingewiesen, dass hier je nach Konstellation auch ein vom Vertriebs-Begriff ausgenommener Fall von Art. 3 Abs. 1 KAG oder eine Ausnahme im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KAG vorliegen könnte. Dies ist möglich, aber nicht in jedem Fall zwingend. Entsprechend enthält Rz 6 die Formulierung „grundsätzlich“. Ob es sich um Vertrieb einer kollektiven Kapitalanlage handelt, wie er hier ausgeführt wird, bestimmt sich nach Rz 4. Betreffend das Beispiel der Offerten an Finanzintermediäre wird insofern eine Präzisierung im revidierten Rundschreiben vorgenommen, dass nur Offerten an Finanzintermediäre, die nicht als Anleger im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. a und b KAG gelten, Vertrieb darstellen.

Auch der indirekte Vertrieb gemäss Rz 7 ist im Sinne der Vertriebsdefinition von Rz 5 des revidierten Rundschreibens zu verstehen. In einer Stellungnahme wurde die Frage aufgeworfen, ob auch Anlagestiftungen der beruflichen Vorsorge beim indirekten Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen erfasst werden. Dies ist zu verneinen, da Anlagestiftungen der beruflichen Vorsorge entsprechend Art. 2 Abs. 2 Bst. a KAG nicht dem KAG unterstehen. Im Übrigen sind die sog. verwalteten Fondskonti abzugrenzen von Vermögensverwaltungsmandaten, die bspw. Anlagefonds einsetzen.

Fazit

Für die Vertriebsdefinition in Rz 5 des revidierten Rundschreibens wird auf den Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 KKV abgestellt.

Sowohl Rz 6 als auch Rz 7 sind im Sinne der Vertriebsdefinition von Rz 5 des revidierten Rundschreibens zu verstehen. Rz 6 des Entwurfs wird im Übrigen hinsichtlich der Vertrieb darstellenden Offerten präzisiert.

² Abrufbar unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/29584.pdf>.

3.4 Ausnahmetatbestände

Stellungnahmen und Würdigung

Vom Vertriebsbegriff im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KAG zunächst ausgenommen sind das Anbieten von und Werben für kollektive Kapitalanlagen, die sich ausschliesslich an qualifizierte Anleger gemäss Art. 10 Abs. 3 Bst. a (beaufsichtigte Finanzintermediäre) und Bst. b (beaufsichtigte Versicherungsunternehmen) KAG richten. Hinsichtlich dieser in Rz 8 des Rundschreibens erwähnten, aber nicht weiter kommentierten Ausnahme wurde angeregt, es solle präzisiert werden, dass auch Vertreter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen als „beaufsichtigte“ Finanzintermediäre im Sinne von Art. 10 Abs. 3 Bst. a KAG anzusehen seien. Da Vertreter nicht als Finanzintermediäre mit Anlagetätigkeit von der FINMA beaufsichtigt werden, und z.B. keinen Eigenmittelanforderungen unterstellt sind, ist deren Aufsicht nicht mit derjenigen von Banken, Effekthändler, Versicherungsunternehmen, Fondsleitungen und Asset Manager vergleichbar. Demzufolge kann diesem Ansinnen keine Folge geleistet werden. Auch ist dies vom Gesetz so nicht vorgesehen.

Weitere Ausnahmen vom Vertriebsbegriff betreffen gemäss Art. 3 Abs. 2 KAG namentlich „bloss ausführende“ Transaktionen sowie Beratungs- und Vermögensverwaltungsverhältnisse. Von der in Rz 9 des Entwurfs gewählten Übersetzung „Execution Only“ (für „bloss ausführend“ im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bst. a KAG) wurde in den Stellungnahmen teils abgeraten unter Verweis auf die uneinheitliche Verwendung des Begriffs verglichen insbesondere mit dem Recht der Europäischen Union. Der Hinweis wird aufgenommen und der Wortlaut im revidierten Rundschreibens entsprechend angepasst. Bei den Ausnahmen im Rahmen von Beratungs- (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KAG) und Vermögensverwaltungsverträgen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c KAG) gilt die Ausnahme nur für den direkten Beratungs- oder Vermögensverwaltungskundenkontakt. Falls vorgängig Vertriebshandlungen durch Drittanbieter erfolgen, so werden diese nicht vom Ausnahmetatbestand erfasst (Rz 10 und 11). Zur Klarstellung gegenüber vereinzelt aufgeworfenen Fragen und zur Verbesserung der Lesbarkeit soll der Wortlaut der beiden Randziffern aber umformuliert werden. Im Übrigen wurde punkto Vermögensverwaltungsverträge zum Teil mit Recht darauf hingewiesen, dass solche Kunden nach Art. 10 Abs. 3^{ter} KAG schriftlich erklären können, nicht als qualifizierte Anleger gelten zu wollen. Rz 12 des Entwurfs wird ebenfalls zwecks verbesserter Lesbarkeit umformuliert, ohne dass dadurch eine materielle Änderung vorgenommen würde.

Fazit

In Rz 9 des Rundschreibens wird analog Art. 3 Abs. 2 Bst. a KAG statt von „Execution Only-Transaktionen“ von „bloss ausführenden Transaktionen“ gesprochen.

Rz 10, 11 und 12 des Entwurfs werden zwecks verbesserter Lesbarkeit umformuliert.

3.5 Qualifizierte Anleger und Vertrieb an diese

Stellungnahmen und Würdigung

Eine Definition des qualifizierten Anlegers findet sich in Art. 10 Abs. 3 ff. KAG. Allerdings gilt nicht jeder Vertrieb an Anleger gemäss dieser Bestimmung als „Vertrieb“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KAG. Sofern nämlich das Anbieten und Werben an qualifizierte Anleger nach Art. 10 Abs. 3 Bst. a und b KAG erfolgt, so wird diese Tätigkeit nicht vom Vertriebsbegriff umfasst (vgl. Art. 3 Abs. 1 in fine KAG). Umgekehrt liegt bei folgenden qualifizierten Anlegern gemäss Art. 10 Abs. 3 und 3^{bis} KAG im Falle des Anbietens oder der Bewerbung von kollektiven Kapitalanlagen ein „Vertrieb“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KAG vor (vorbehältlich der Ausnahmen in Abs. 2 von Art. 3 KAG³): (i) öffentlich-rechtliche Körperschaften und Vorsorgeeinrichtungen mit professioneller Tresorerie, (ii) Unternehmen mit professioneller Tresorerie und (iii) vermögende Privatpersonen.

In einigen Stellungnahmen wurde angeregt, die Regelung im geltenden FINMA-RS 08/8 beizubehalten, wonach externe Vermögensverwalter unter gewissen Bedingungen selbst qualifizierte Anleger darstellen. Ausserdem wurde teilweise vorgebracht, dass externe Vermögensverwalter unter Art. 10 Abs. 3 Bst. d KAG (Unternehmen mit professioneller Tresorerie) fallen. Art. 10 KAG zählt vorbehältlich des Abs. 4 (weitere durch den Bundesrat bezeichnete Anlegerkategorien) in abschliessender Weise auf, welche Anleger als qualifiziert gelten. Der Gesetzgeber hat im Zusammenhang mit der Revision des KAG darauf verzichtet, externe Vermögensverwalter unter diese Aufzählung zu subsumieren, und auch der Bundesrat hat in der Verordnungsgebung keine Ausweitung auf externe Vermögensverwalter vorgenommen. Der FINMA kommt keine Kompetenz zu, in ihrem Rundschreiben eine zusätzliche Kategorie von qualifizierten Anlegern in Form von externen Vermögensverwaltern zu schaffen. Was die Subsumption von externen Vermögensverwaltern unter den Begriff der Unternehmen mit professioneller Tresorerie anbelangt, so deckt sich dies nicht mit dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 3 Bst. d KAG. Ausserdem wäre eine solche Auslegung nicht im Einklang mit dem ähnlichen Begriff des „institutionellen Anlegers mit professioneller Tresorerie“ im Sinne der Banken- und Börsengesetzgebung (FINMA-RS 08/3 "Publikumseinlagen bei Nichtbanken", Rz 25 und 08/5 "Effekthändler", Rz 16). Jedoch sollen gemäss Rz 23 des Entwurfs Vertriebshandlungen gegenüber externen Vermögensverwaltern unter gewissen Bedingungen als Vertrieb an qualifizierte Anleger gelten. Rz 23 ermöglicht insofern externen Vermögensverwaltern in bestimmter Weise, Informationsquellen für ihre Kundschaft zu beschaffen.

Gemäss Art. 10 Abs. 3^{bis} KAG gelten vermögende Privatpersonen nicht mehr automatisch als qualifizierte Anleger. Wollen diese Anleger auf den verstärkten Anlegerschutz des Kollektivanlagengesetzes verzichten, müssen sie dies ausdrücklich und schriftlich erklären (sog. „opting-out“, Art. 6a Abs. 1 KKV). Verschiedene Anhörungsteilnehmer regten bezüglich Rz 16–18 des Entwurfs an, eine Klärung der Begriffe „persönliche Ausbildung“ sowie „berufliche Erfahrung“ vorzunehmen und wiesen im Übrigen darauf hin, dass die genannten Randziffern die Bestimmungen von Art. 6 Abs. 1 und 4 KKV wiedergeben würden, jedoch unter Verwendung eines teilweise divergierenden Wortlauts. Um Missver-

³ Die Ausnahmen erfassen grundsätzlich auch Anleger, die einen schriftlichen Vermögensverwaltungsvertrag gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c KAG abgeschlossen haben (vgl. Art. 10 Abs. 3^{ter} KAG).

ständnisse und allfällige Widersprüche zu vermeiden, werden die Rz 16–18 sowie auch Rz 20 des Entwurfs ersatzlos gestrichen.

Da sich jedoch weder Gesetz noch Verordnung dazu äussern, wann eine „vergleichbare Erfahrung“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Bst. a KKV vorliegt, wird Rz 19 des Entwurfs beibehalten. Rz 19 hält in Anlehnung an den Anhang der europäischen Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente („MiFID“)⁴ fest, dass eine entsprechende Erfahrung dann vorliege, wenn der Anleger am relevanten Markt während der vier vorhergehenden Quartale durchschnittlich pro Quartal 10 Geschäfte von erheblichem Umfang getätigt habe. Dagegen wurde in der Anhörung zum Teil Kritik geäussert. Wie vom EFD im Erläuterungsbericht zu Art. 6 Abs. 1 Bst. a KKV ausgeführt wird, ist dabei wesentlich, dass der betroffene Anleger aufgrund seiner Erfahrung die Risiken der Anlagen versteht und erkennt.⁵ Am Abstellen auf einschlägige Transaktionen ist daher festzuhalten.

Auf weitere Präzisierungen der Begriffe „persönliche Ausbildung“ und „berufliche Erfahrung“ sowie über die Form des Nachweises wird verzichtet. Die Festlegung der entsprechenden Kriterien und der Form des Nachweises soll im Rahmen von Art. 6 KKV und den diesbezüglich erlassenen internen Weisungen dem Ermessen der einzelnen Finanzdienstleister überlassen bleiben. Dies erlaubt den Finanzdienstleistern, eine allfällige gemäss EU-Recht schon etablierte Kundensegmentierung teilweise zu benutzen. Es ist an dieser Stelle aber darauf hinzuweisen, dass sich der schweizerische Begriff der „vermögenden Person“ nicht vollständig mit der MiFID-Definition deckt, da z.B. der Anleger im Zeitpunkt des Erwerbs über ein Vermögen von mindestens 500'000.- Franken verfügen muss. Eine Prüfung der Qualifikation der Anleger gemäss Schweizer Recht bleibt insofern notwendig.

Schliesslich wurde in vereinzelt Stellungnahmen angeregt, gewisse indirekte Vermögensanlagen zur Bestimmung der gemäss Art. 6 Abs. 1 KKV erforderlichen Vermögenswerte zur Erlangung der Klassifikation als qualifizierter Anleger heranzuziehen. Soweit diese von Art. 6 Abs. 2 KKV gedeckt sind, findet eine Berücksichtigung statt, ohne dass das Rundschreiben entsprechend präzisiert werden müsste.

Gemäss Art. 10 Abs. 3^{ter} KAG können sich Anleger, die einen schriftlichen Vermögensverwaltungsvertrag gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c KAG abgeschlossen haben, den Schutzbestimmungen des KAG unterstellen (sog. „opting-in“). Einige Anhörungsteilnehmer regten an, die Rechtsfolgen einer entsprechenden schriftlichen Erklärung insbesondere im Hinblick auf den Erwerb von ausländischen Kollektivanlagen, die nicht in der Schweiz zum Vertrieb an Publikumsanleger zugelassen sind, auszuführen. Bei der Frage, ob eine Bank oder ein externer Vermögensverwalter weiterhin für den entsprechenden Vermögensverwaltungskunden in solche ausländischen Kollektivanlagen investieren darf, handelt es sich nicht um einen Gegenstand des Rundschreibens. Da der Erwerb kollektiver Kapitalanlagen im Rahmen eines schriftlichen Vermögensverwaltungsvertrags gemäss Art. 3 Abs. 2 KAG kein Vertrieb ist, stellt sich die Frage des Vertriebs an qualifizierte oder an nicht-qualifizierte Anleger gar nicht erst. Die Fragestellung ist vielmehr im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrags mit dem Kunden sowie im Lichte der Verhaltensregeln zur Vermögensverwaltung klarzustellen (siehe Rz 16 und 17 FINMA-RS 09/1 „Eckwerte zur Vermögensverwaltung“).

⁴ Abrufbar unter http://ec.europa.eu/internal_market/securities/isd/index_de.htm.

⁵ Abrufbar unter <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/29584.pdf>.

Fazit

Eine Ausdehnung der Kategorie der qualifizierten Anleger auf externe Vermögensverwalter wird abgelehnt.

Rz 16–18 sowie Rz 20 des Entwurfs werden ersatzlos gestrichen.

3.6 Rechtsfolgen des Vertriebs an nicht-qualifizierte Anleger

Stellungnahmen und Würdigung

Der Vertrieb von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen an nicht-qualifizierte Anleger setzt die Genehmigung der FINMA (Art. 120 Abs. 1 KAG) und die Bestellung eines Vertreters (Art. 120 Abs. 2 Bst. d und Art. 123 Abs. 1 KAG) voraus (Rz 25 f. des Entwurfs). Zu den in Rz 27 ff. des Entwurfs aufgeführten und näher erläuterten Pflichten des Vertreters wurde in einer Stellungnahme eingewendet, Begriffe wie „unverzüglich“ seien in der Praxis schwierig fassbar. Auch gebe es Pflichten, zu deren Erfüllung der Vertreter evtl. nicht selbst die notwendigen Informationen verfügbar habe. Die Ausführungen zu den Pflichten des Vertreters gehen auf die entsprechende Wegleitung der FINMA zurück (aktuelle Ausgabe vom 29. November 2012), deren Inhalt sich bewährt hat, aber mit der Verlagerung in das Rundschreiben aufgehoben werden kann. Zudem haben Fondsleitung et al. dem Vertreter gemäss Art. 123 Abs. 2 KAG alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die er zur Wahrnehmung seiner Aufgaben benötigt.

Von einem Anhörungsteilnehmer wurde vorgeschlagen, den Begriff „Massnahmen“ in Rz 52 des Entwurfs durch „Sanktionsmassnahmen“ zu ersetzen. Es solle zudem eine Beschränkung auf Sanktionsmassnahmen der Heimatlandaufsichtsbehörde erfolgen. Für den Anlegerschutz sind unter Umständen auch Massnahmen von Relevanz, die nicht im Rahmen eines Sanktionierungsverfahrens ergriffen wurden. Eine begriffliche Einschränkung ist daher abzulehnen. Anders als in der betroffenen Stellungnahme gemutmasst, umfasst der Terminus „Massnahmen“ keine neuen Vertriebszulassungen in anderen Ländern.

Schliesslich wurde in zwei Stellungnahmen vorgebracht, dass in den bestehenden FINMA-RS 08/39 und 08/40 bereits eine hinreichende Regelung bestehe und die Ausführungen in Rz 57 des Entwurfs redundant seien. Die Ausführungen in Rz 57 und auch Rz 67 des Entwurfs werden beibehalten, wobei die FINMA-RS 08/39 und 08/40 entsprechend angepasst werden.

Fazit

Die FINMA-RS 08/39 und 08/40 werden an Rz 57 bzw. Rz 67 des Rundschreibens angepasst.

3.7 Rechtsfolgen des Vertriebs an qualifizierte Anleger

Stellungnahmen und Würdigung

Ausländische kollektive Kapitalanlagen, die ausschliesslich an qualifizierte Anleger vertrieben werden, bedürfen keiner Genehmigung, müssen aber gemäss Art. 120 Abs. 4 und Art. 123 Abs. 1 KAG einen Vertreter und eine Zahlstelle bezeichnen (Rz 59 des Entwurfs). Zu den Pflichten des Vertreters wurde in zwei Stellungnahmen angeregt, der Vertreter solle die FINMA über die von ihm vertretenen resp. nicht mehr vertretenen ausländischen kollektiven Kapitalanlagen für qualifizierte Anleger unverzüglich benachrichtigen und es solle die FINMA gestützt darauf eine Liste mit allen ausländischen kollektiven Kapitalanlagen für qualifizierte Anleger sowie deren Vertretern in der Schweiz auf ihrer Webseite publizieren. Gemäss Art. 133 Abs. 5 KKV trifft den Vertreter bei ausländischen kollektiven Kapitalanlagen, die ausschliesslich an qualifizierte Anleger vertrieben werden, keine gesetzliche Meldepflicht gegenüber der FINMA. Aus diesem Grund wird der Vorschlag der Führung einer solchen Liste, die auf entsprechenden Meldungen beruhen würde, abgelehnt.

Beizubehalten ist die Pflicht des Vertreters gemäss Rz 63 des Entwurfs, den Anlegern die massgebenden Dokumente zur Verfügung zu stellen. Der Vertreter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen, die ausschliesslich an qualifizierte Anleger vertrieben werden, hat zwar keine gesetzliche Melde- und Publikationspflicht, aber doch eine Informationspflicht. Schliesslich wurde von einem Anhörungsteilnehmer moniert, der letzte Satz von Rz 64 des Entwurfs betreffend Art. 120 Abs. 4 KAG sei gesetzeswidrig, da die formulierte Vertreterpflicht vom Parlament aufgehoben worden sei. Art. 120 Abs. 4 KAG wende sich an die Kollektivanlage. Das Parlament hat aber für ausländische kollektive Kapitalanlagen, die ausschliesslich an qualifizierte Anleger vertrieben werden, die Voraussetzung beibehalten, dass ihre Bezeichnung nicht zu Täuschung oder Verwechslung Anlass gibt. Ausserdem hat die FINMA kein gesetzliches Mandat, um den Vertrieb solcher Fonds zu genehmigen. Insofern kann nur der Vertreter die Einhaltung dieser Voraussetzung sicherstellen. An der Pflicht ist daher festzuhalten.

Der Vertrieb von schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen an qualifizierte Anleger ist weder bewilligungspflichtig noch bewilligungsfähig (Art. 13 Abs. 1 KAG e contrario). Allerdings darf der Vertrieb in der Schweiz von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen an qualifizierte Anleger gemäss Art. 19 Abs. 1^{bis} KAG nur durch in der Schweiz oder im Ausland angemessen beaufsichtigte Finanzintermediäre erfolgen (Rz 65 f. des Entwurfs). Rz 66 des Entwurfs wird auf den Einwand in einer Stellungnahme hin entsprechend präzisiert. Verschiedene Anhörungsteilnehmer vertraten weiter die Ansicht, dass der Wortlaut von Art. 19 Abs. 1^{bis} KAG der Bestimmung von Art. 13 Abs. 2 KAG widerspreche und dass Art. 19 Abs. 1^{bis} KAG nur auf ausländische Vertriebsträger anzuwenden sei. Schweizerische Vertriebssträger dürften auch ausländische kollektive Kapitalanlagen ohne Bewilligungspflicht nur an qualifizierte Anleger vertreiben. Diese Auffassung ist abzulehnen, da gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 19 Abs. 1^{bis} KAG diese Bestimmung auch auf Finanzintermediäre, die in der Schweiz anwesend sind, anwendbar ist. Art. 19 Abs. 1^{bis} KAG stellt insofern für den Vertrieb ausländischer kollektiver Kapitalanlagen eine Spezialbestimmung gegenüber der allgemeinen Bewilligungspflicht von Art. 13 KAG dar.

Die vertreibende Person hat insbesondere die Protokollierungspflicht gemäss Art. 24 Abs. 3 KAG und Art. 34a KKV sowie die Pflicht zur Information über Gebühren, Kosten und Vertriebsentschädigungen

nach Art. 20 Abs. 1 Bst. c KAG einzuhalten (Rz 68 des Entwurfs). Dies gilt kraft Gesetz und Verordnung, so dass der in einer Stellungnahme vorgebrachte Vorschlag, die Verweise auf Art. 24 Abs. 3 KAG und Art. 34a KKV zu streichen, nicht umgesetzt werden kann.

Fazit

Der letzte Satz von Rz 64 des Entwurfs wird beibehalten und in Rz 63 verschoben.

Rz 66 des Entwurfs wird präzisiert.

3.8 Vertrieb via Internet

Stellungnahmen und Würdigung

Die Ausführungen in Rz 69 ff. des Entwurfs entsprechen im Wesentlichen den Ausführungen in der geltenden Fassung des Rundschreibens, sind aber vermehrt auf die entsprechenden Anleger zugeschnitten. So finden sich neu spezifische Abschnitte zum Vertrieb an qualifizierte Anleger (Rz 84 ff. des Entwurfs) sowie an nicht-qualifizierte Anleger (Rz 93 ff. des Entwurfs).

In mehreren Stellungnahmen wurde vorgebracht, die Aussage, dass eine Website grundsätzlich Vertrieb darstelle (Rz 69 des Entwurfs) sei zu generell. Rz 69 wird entsprechend präzisiert, indem die Vertriebsdefinition von Art. 3 Abs. 1 KKV aufgegriffen wird.

In vereinzelt Stellungnahmen wurde zudem angeregt, den Begriff des „Verantwortlichen einer Website“ im Sinne von Rz 78 des Entwurfs genauer zu umschreiben. Gemeint ist damit ausschliesslich der Inhaltsverantwortliche für eine Website und nicht der Service-Provider.

Fazit

Rz 69 des Entwurfs wird im Hinblick auf die Vertriebsdefinition von Art. 3 Abs. 1 KKV ergänzt.

3.9 Übergangsbestimmungen

Stellungnahmen und Würdigung

Betreffend Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen und vermögende Privatpersonen gemäss Art. 10 Abs. 3^{bis} KAG gelten die Übergangsbestimmungen des Gesetzes (Art. 158d und 158e KAG) und der Verordnung (Art. 144c KKV). Ausgangszeitpunkt für die Berechnung entsprechender Fristen ist das Inkrafttreten der KAG- und KKV-Revision, also grundsätzlich der 1. März 2013, wobei für die Änderungen beispielsweise zu Art. 10 KAG auf das Datum des Inkrafttretens am 1. Juni 2013 abzustellen ist. In einer Stellungnahme wurde die Frage aufgeworfen, ob die Anleger, welche in qualifizierten Anlegern vorbehaltene Kollektivanlagen investiert haben, einem Desinvestitionszwang unterliegen, nachdem sie die Klassifikation als qualifizierter Anleger verloren haben. Dies ist zu verneinen.

Die in Rz 58 und 68 des Entwurfs erwähnten Art. 24 KAG und Art. 34a KKV treten gemäss den Bestimmungen in Gesetz und Verordnung erst am 1. Januar 2014 in Kraft.

4 Weiteres Vorgehen

Das neue FINMA-Rundschreiben 13/9 "Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen" wird auf den 1. Oktober 2013 in Kraft gesetzt. Dies gilt auch für die jeweils auf Rz 57 und 67 zurückgehende Änderung in den FINMA-RS 08/39 „Anteilgebundene Lebensversicherung“ und 08/40 „Lebensversicherung“.

Zugleich wird das FINMA-RS 08/8 „Öffentliche Werbung kollektive Kapitalanlagen“ als Ganzes aufgehoben.