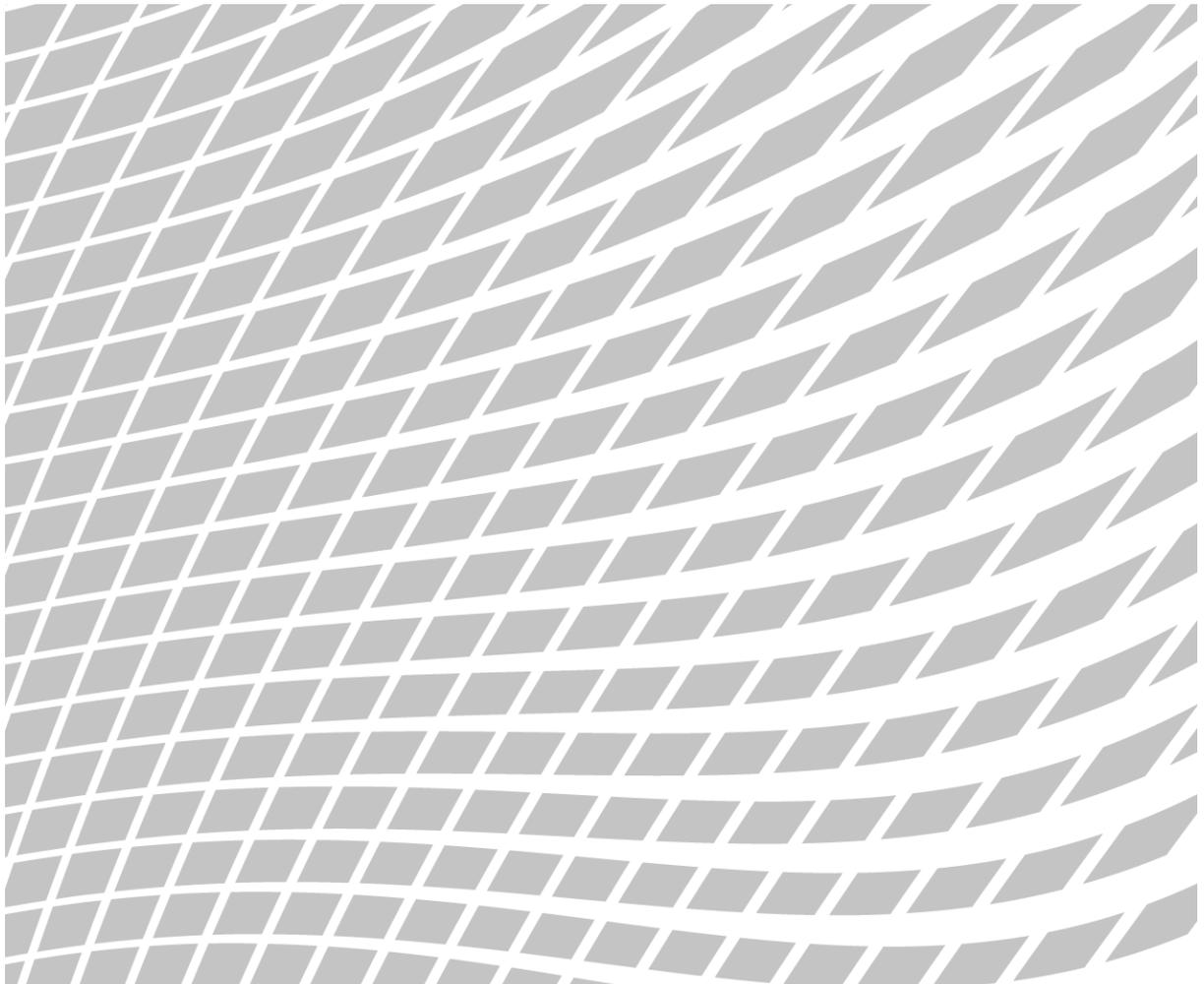


1. November 2011

Teilrevision der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Börsen und den Effektenhandel (BEHV-FINMA)

Bericht der FINMA über die Anhörung zum Entwurf für die Änderung der BEHV-FINMA, welche vom 27. Juli 2011 bis zum 5. September 2011 durchgeführt wurde



Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	3
2	Eingegangene Stellungnahmen	3
3	Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung der FINMA	3
3.1	Allgemeines	3
3.2	Meldepflicht bei exaktem Erreichen eines Schwellenwerts (Art. 11 Abs. 3 BEHV-FINMA – neu Art. 9 Abs. 4 BEHV-FINMA).....	4
3.2.1	Vereinbarkeit von Art. 11 Abs. 3 BEHV-FINMA mit Art. 20 Abs. 1 BEHG.....	4
3.2.2	Wortlaut von Art. 11 Abs. 3 BEHV-FINMA	4
3.2.3	Gesetzsystematische Überlegungen – neu Art. 9 Abs. 4 BEHV-FINMA statt Art. 11 Abs. 3 BEHV-FINMA.....	5
3.3	Meldepflicht für Beteiligungen von nicht zum Vertrieb genehmigten ausländischen kollektiven Kapitalanlagen (Art. 17 Abs. 3 und 3 ^{bis} BEHV-FINMA).....	5
3.3.1	Erfordernis eines Unabhängigkeitsnachweises.....	5
3.3.2	Konzeption des Unabhängigkeitsnachweises	6
3.3.3	Umschreibung der erforderlichen Unabhängigkeit	7
3.3.4	Ausdehnung der Ausnahme von der Konsolidierungspflicht im Konzern auf „Vermögensverwaltungsgesellschaften“	8
3.4	Verfahrensbestimmungen	8
3.4.1	Meldefrist für Änderungen der gemeldeten Angaben (Art. 21 Abs. 4 und 22 Abs. 1 BEHV-FINMA)	8
3.4.2	Übersichtlichere Darstellung der Meldungen auf der Veröffentlichungsplattform (Art. 23 Abs. 1 BEHV-FINMA)	9
3.4.3	Verfahren in Offenlegungssachen (Art. 26 Abs. 5, 6 und 7)	10
3.5	Übergangsbestimmung	10
3.6	Weitere Anregungen	11
4	Fazit	11

1 Einleitung

Vom 27. Juli 2011 bis zum 5. September 2011 führte die FINMA eine Anhörung zum Entwurf für eine Änderung der BEHV-FINMA durch. Der Entwurf, der dazugehörige Erläuterungsbericht sowie die Einladung zur Anhörung wurden auf der Internet-Seite der FINMA publiziert, so dass sämtliche Interessierten die Gelegenheit zur Stellungnahme hatten. Der vorliegende Bericht fasst die eingegangenen Stellungnahmen zusammen und hält die Position der FINMA fest. Ebenfalls erläutert er die im Anschluss an die Anhörung vorgenommenen Änderungen des Entwurfs.

2 Eingegangene Stellungnahmen

Folgende sechs Teilnehmer haben an der Anhörung partizipiert und der FINMA eine Stellungnahme eingereicht (alphabetische Reihenfolge):

- Bär & Karrer
- Lenz & Staehelin
- Schweizerische Bankiervereinigung
- SIX Swiss Exchange AG
- SwissHoldings
- UBS AG

Die einzelnen Stellungnahmen sind auf der Internet-Seite der FINMA abrufbar.

3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung der FINMA

3.1 Allgemeines

Das Revisionsvorhaben wird von den Anhörungsteilnehmern grossmehrheitlich befürwortet. Lediglich Lenz & Staehelin sprachen sich grundsätzlich gegen die geplante punktuelle Revision der BEHV-FINMA aus, da aus ihrer Sicht weitere Bestimmungen der BEHV-FINMA einer Klärung bedürften. Sie regten folglich ein Zurückstellen des Revisionsvorhabens zugunsten einer Totalrevision der BEHV-FINMA an.

Würdigung

Die BEHV-FINMA trat erst per 1. Januar 2009 in Kraft. Die Regelungen haben sich grösstenteils bewährt und sind von den Marktteilnehmern akzeptiert. Eine Totalrevision drängt sich deshalb aus Sicht der FINMA zur Zeit nicht auf.

3.2 Meldepflicht bei exaktem Erreichen eines Schwellenwerts (Art. 11 Abs. 3 BEHV-FINMA – neu Art. 9 Abs. 4 BEHV-FINMA)

3.2.1 Vereinbarkeit von Art. 11 Abs. 3 BEHV-FINMA mit Art. 20 Abs. 1 BEHG

Die Präzisierung der Meldepflicht bei exaktem Erreichen eines Schwellenwertes wurde von der grossen Mehrheit der Anhörungsteilnehmer begrüsst. Einzig die SIX Swiss Exchange AG äusserte grundsätzliche Bedenken hinsichtlich der Gesetzeskonformität des vorgeschlagenen Art. 11 Abs. 3 BEHV-FINMA. Angeführt wurde insbesondere, dass die geplante Präzisierung mit dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 BEHG nicht vereinbar sei.

Würdigung

Nach Art. 20 Abs. 1 BEHG ist meldepflichtig, wer bestimmte Schwellenwerte der Stimmrechte einer börsenkotierten Gesellschaft „erreicht, unter- oder überschreitet“. Entgegen der Ansicht der SIX Swiss Exchange AG geht aus diesem Wortlaut nicht klar hervor, dass eine Person, welche das Erreichen eines Grenzwerts offengelegt hat, erneut meldepflichtig wird, wenn sie den Grenzwert im Anschluss nach oben oder unten verlässt. Wer das Erreichen eines Schwellenwerts meldet, befindet sich – bildlich gesprochen – genau auf der Schwelle. Ob das anschliessende Verlassen der Schwelle tatsächlich ein „Überschreiten“ oder ein „Unterschreiten“ im Wortsinn darstellt, ist daher mehr als fraglich. Massgeblich für die geplante Präzisierung der Meldepflicht bei exaktem Erreichen eines Schwellenwerts ist aus Sicht der FINMA aber ohnehin weniger der Wortlaut, sondern vielmehr der Sinn und Zweck von Art. 20 Abs. 1 BEHG. Dieser erfordert, dass aus einer Meldung jederzeit klar abgeleitet werden kann, in welcher Bandbreite zwischen zwei Schwellenwerten sich die Beteiligung eines Investors bewegt. Diesem Erfordernis wird mit der geplanten Bestimmung Genüge getan.

3.2.2 Wortlaut von Art. 11 Abs. 3 BEHV-FINMA

Von einigen Anhörungsteilnehmern wurde eine alternative Formulierung von Art. 11 Abs. 3 BEHV-FINMA vorgeschlagen, ohne dass damit eine inhaltliche Änderung der Regelung erfolgen sollte.

So empfahl die SIX Exchange AG folgende Anpassung des Wortlauts:

„Das Erreichen eines Grenzwerts gilt als Überschreiten dieses Grenzwerts.“

Die Schweizerische Bankiervereinigung sprach sich für folgenden Wortlaut aus:

„Keine Meldepflicht entsteht, wenn das Erreichen eines Grenzwerts gemeldet, dieser in der Folge überschritten, aber der nächsthöhere Grenzwert nicht erreicht oder ein als überschritten gemeldeter Grenzwert von oben wieder erreicht, aber nicht unterschritten wird.“

Würdigung

Der von der SIX Swiss Exchange AG vorgeschlagene Wortlaut könnte nach Auffassung der FINMA zu Missverständnissen führen. Denn wenn das Erreichen eines Grenzwerts nach Art. 11 Abs. 3 BEHV-FINMA als Überschreiten „gilt“, bedeutet dies in erster Linie, dass dieser Umstand gemeldet werden muss. Aus der Formulierung SIX Swiss Exchange AG geht zu wenig deutlich hervor, dass das nachmalige Verlassen des Grenzwerts nach oben nicht noch einmal eine Meldepflicht auslöst. Der von der Schweizerischen Bankiervereinigung gemachte Formulierungsvorschlag ist ebenfalls nicht ganz vollständig. Insbesondere geht aus ihm nicht hervor, dass nach dem Erreichen eines Grenzwerts nur solange keine Meldepflicht entsteht, als dass der nächsthöhere Grenzwert überschritten wird. Aus den genannten Gründen wird am bisherigen Wortlaut festgehalten.

3.2.3 Gesetzessystematische Überlegungen – neu Art. 9 Abs. 4 BEHV-FINMA statt Art. 11 Abs. 3 BEHV-FINMA

Aus gesetzessystematischen Überlegungen erscheint die Aufnahme der neuen Bestimmung in Artikel 9 BEHV-FINMA sinnvoller. Da Artikel 11 nur den Zeitpunkt, in dem die Meldepflicht entsteht (oder nicht entsteht), zum Gegenstand hat, und Art. 9 demgegenüber die Grundsätze der Meldepflicht regelt, ist Art. 9 der Ort, wo die beiden neuen Grundsätze der Meldepflicht geregelt werden sollten.

Die beiden neuen Grundsätze werden deshalb in Art. 9 Abs. 4, der bereits einen Grundsatz der Meldepflicht regelt („Daytrading“), aufgenommen. Inhaltlich ändert sich wie oben dargelegt nichts.

3.3 Meldepflicht für Beteiligungen von nicht zum Vertrieb genehmigten ausländischen kollektiven Kapitalanlagen (Art. 17 Abs. 3 und 3^{bis} BEHV-FINMA)

Das Ziel des Revisionsvorhabens, die Meldepflicht für Beteiligungen von nicht zum Vertrieb genehmigten ausländischen kollektiven Kapitalanlagen neu zu ordnen, wurde von den Anhörungsteilnehmern überwiegend begrüsst. Hinsichtlich der konkreten Umsetzung des Vorhabens machten die Anhörungsteilnehmer teilweise Vorschläge, die vom Entwurf abwichen. Diese sollen im Folgenden einzeln dargestellt werden:

3.3.1 Erfordernis eines Unabhängigkeitsnachweises

Der Entwurf der FINMA sah vor, dass nicht zum Vertrieb genehmigte ausländische kollektive Kapitalanlagen, welche bestimmte, in Art. 17 Abs. 3 BEHV-FINMA näher umschriebene, Anforderungen an die Unabhängigkeit erfüllen und dies gemäss Art. 17 Abs. 3^{bis} BEHV-FINMA gegenüber der Offenlegungsstelle nachweisen, ihre Beteiligungen nach den gleichen Bestimmungen wie die inländischen kollektiven Kapitalanlagen offen legen und damit insbesondere die in Art. 17 Abs. 2 lit. b BEHV-FINMA statuierte Befreiung von der Konsolidierungspflicht im Konzern in Anspruch nehmen können. Diese Regelung entspricht der Grundkonzeption kollektiver Kapitalanlagen: Bewilligungsträger bzw. Fondsleitungen, die Teil eines Konzerns sind, haben den Entscheid über die Ausübung der Stimmrechte oder auch den Erwerb bzw. die Veräusserung von Beteiligungen unabhängig vom Interesse des Konzerns zu treffen. Die Entscheide sind einzig im Interesse der Anleger zu fällen.

Die SIX Swiss Exchange AG regte an, auf das Erfordernis eines Unabhängigkeitsnachweises zu verzichten. An deren Stelle hätte nach Auffassung der SIX Swiss Exchange AG für die Anwendbarkeit der für die inländischen kollektiven Kapitalanlagen geltenden Bestimmungen darauf abgestellt werden können, ob die nicht zum Vertrieb genehmigten ausländischen kollektiven Kapitalanlage einer von der FINMA anerkannten Aufsicht unterstellt sind.

Würdigung

Für die Ausnahme kann nicht massgebend sein, dass die ausländische kollektive Kapitalanlage einer im Vergleich zur inländischen kollektiven Kapitalanlage „gleichwertigen“ Aufsicht untersteht, sondern dass die Fondsleitung vom übrigen Konzern in „gleichwertigem“ Mass unabhängig ist. Der Umstand, dass eine ausländische kollektive Kapitalanlage einer von der FINMA anerkannten Aufsicht unterstellt ist, gibt mit anderen Worten nicht Aufschluss darüber, ob die Fondsleitung – wie in Art. 17 Abs. 3 BEHV-FINMA näher umschrieben – vom übrigen Konzern unabhängig ist. Zu beachten ist weiter auch, dass der Vorschlag der SIX Swiss Exchange AG überhaupt nur umsetzbar wäre, wenn der Begriff der „von der FINMA anerkannten Aufsicht“ bereits vordefiniert wäre. Die von der SIX Swiss Exchange AG vorgeschlagene Lösung erweist sich aus den genannten Gründen als nicht gangbar.

3.3.2 Konzeption des Unabhängigkeitsnachweises

Der vorgeschlagene Art. 17 Abs. 3 BEHV-FINMA sprach davon, dass die nicht zum Vertrieb genehmigte ausländische kollektive Kapitalanlage der zuständigen Offenlegungsstelle vorab den „Nachweis“ erbringen müsse, dass sie vom Konzern unabhängig sei und führte hierzu in lit. a und b aus, wie diese Unabhängigkeit „nachgewiesen“ werde. Der vorgeschlagene Art. 17 Abs. 3^{bis} BEHV-FINMA hielt weiter fest, welche Dokumente der Offenlegungsstelle zum Nachweis der Unabhängigkeit vorgelegt werden müssen. Diese im Entwurf verfolgte Konzeption eines „Nachweises“ der Unabhängigkeit wurde von den Anhörungsteilnehmern verschiedentlich kritisiert. So gab die SIX Swiss Exchange AG zu bedenken, dass unklar sei, wie der Nachweis im Einzelnen zu erbringen sei und welches die Aufgabe der Offenlegungsstelle in diesem Zusammenhang sei. Insbesondere wurde geltend gemacht, der Offenlegungsstelle würden die Kompetenzen und Mittel für eine entsprechende Überprüfung fehlen. Bär & Karrer und Lenz & Staehelin kritisierten vor allem, dass zur Erbringung des Nachweises ein Organigramm vorgelegt und Änderungen desselben laufend nachgeliefert werden sollten. Lenz & Staehelin wiesen schliesslich auch darauf hin, dass der Unabhängigkeitsnachweis nach der vorgeschlagenen Regelung innert der viertägigen Meldefrist nach Art. 22 Abs. 1 BEHV-FINMA hätte erbracht werden müssen, die genaue Abklärung, ob die Unabhängigkeitserfordernisse erfüllt sind, unter Umständen aber viel länger dauern könne.

Würdigung

Mit der vorgeschlagenen Formulierung sollte nach dem Willen der FINMA nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass die nicht zum Vertrieb genehmigte ausländische kollektive Kapitalanlage der Offenlegungsstelle gegenüber einen „Nachweis“ im technischen Sinn erbringen muss. Insbesondere wurde nicht das Ziel verfolgt, ein eigentliches Verfahren – vergleichbar etwa mit einem Verfahren nach Art. 26 BEHV-FINMA – vor der Offenlegungsstelle vorzusehen. Der Meldepflichtige sollte nach der Konzeption des Entwurfs in der Lage sein, die Unabhängigkeit mittels Dokumenten im Sinne einer Art von Glaubhaftmachung plausibel zu machen.

Vorgesehen wird neu, dass der Meldepflichtige, der nach Art. 17 Abs. 3 BEHV-FINMA melden will, zusammen mit der Meldung einzig eine Liste mit den Namen der Fondsleitungen oder der Gesellschaften und eine Erklärung vorlegen muss. Auf die Vorlage eines Organigramms kann der Meldepflichtige verzichten. Diese reduzierten Angaben wird der Meldepflichtige ohne Weiteres innert der Frist nach Art. 22 Abs. 1 BEHV-FINMA aufbereiten können. Nach einer entsprechenden Meldung kann die zuständige Offenlegungsstelle gestützt auf den neuen Art. 17 Abs. 3^{ter} BEHV-FINMA weitere Belege verlangen, mit welchen der Konzern die Einhaltung der Unabhängigkeitserfordernisse plausibel macht. Gefordert werden kann so beispielsweise die Vorlage eines Dokuments in der Form eines Organigramms, welches die für den Beleg der personellen und organisatorischen Unabhängigkeit erforderlichen Informationen enthält und insbesondere die relevanten personellen Verflechtungen innerhalb des Konzerns graphisch darstellt. Der Meldepflichtige muss also damit rechnen, dass seine Erklärung gemäss Art. 17 Abs. 3^{bis} BEHV-FINMA in diesem Sinn nach Art. 17 Abs. 3^{ter} BEHV-FINMA „überprüft“ wird. Für den Meldepflichtigen wird es auf Grund der noch deutlicheren Formulierungen der Unabhängigkeitserfordernisse in Art. 17 Abs. 3 BEHV-FINMA (vgl. unten) noch eindeutiger erkennbar sein, ob er die Unabhängigkeitserfordernisse erfüllt oder nicht. Ist er sich dennoch nicht sicher, ob er unter Art. 17 Abs. 3 BEHV-FINMA fällt, kann er einen entsprechenden Vorabentscheid nach Art. 20 i.V.m. Art. 26 BEHV-FINMA einholen. Ansonsten erfolgt eine Meldung nach Art. 17 Abs. 3 BEHV-FINMA aber auf das Risiko des Meldepflichtigen. Stellt sich im Nachhinein heraus, dass die Erklärung nach Art. 17 Abs. 3^{bis} BEHV-FINMA unzutreffend war, müsste sich der Meldepflichtige wegen einer Meldepflichtverletzung verantworten.

3.3.3 Umschreibung der erforderlichen Unabhängigkeit

Der vorgeschlagene Art. 17 Abs. 3 BEHV-FINMA ging davon aus, dass die erforderliche Unabhängigkeit dann besteht, wenn die in lit. a und b formulierten Anforderungen erfüllt sind. Die Formulierung dieser Anforderungen wurde zum Teil als zu wenig bestimmt kritisiert.

Würdigung

Es liegt grundsätzlich in der Natur einer generell-abstrakten Regelung wie der BEHV-FINMA, dass sie nicht jeden Einzelfall explizit ansprechen kann. Dennoch sollen die Anforderungen an die Unabhängigkeit in Art. 17 Abs. 3 BEHV-FINMA noch etwas deutlicher gefasst werden um auszuschliessen, dass die Rechtsunterworfenen irgendwelchen Risiken ausgesetzt sind (vgl. oben). Hierzu wird in Art. 17 Abs. 3 (2. Satz) BEHV-FINMA im Sinne einer Grundsatzbestimmung festgehalten, dass eine Fondsleitung oder eine Gesellschaft dann melderechtlich als unabhängig gilt, wenn sie die Stimmrechte aus den von ihr verwalteten Beteiligungspapieren *nach freiem Ermessen* ausüben kann. Konkretisiert wird dieser Grundsatz durch die lit. a – c der Bestimmung, die inhaltlich weitestgehend mit lit. a und b Ziff. 1 und 2 des Entwurfs übereinstimmen. Die neu gewählte Formulierung soll auch besser zum Ausdruck bringen, dass es sich bei den in Abs. 3 genannten Anforderungen um *inhaltliche* Anforderungen handelt und nicht um Anforderungen an den „Nachweis“. Art. 17 Abs. 3 lit. a BEHV-FINMA wird durch die Wendung „nicht in Form von Weisungen oder in anderer Weise“ ergänzt. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass ein möglicher Fall des Einwirkens auf die Stimmrechtsausübung in der Erteilung von Weisungen besteht. Die Aussage ist, wie mit der Formulierung „oder in anderer Weise“ ausgedrückt wird, allerdings nicht auf solche Fälle beschränkt. Erfasst werden von Art. 17 Abs. 3 lit. a BEHV-FINMA damit sowohl Weisungen, die der Fondsleitung oder der Gesellschaft aufgeben, die Stimmrechte in einem bestimmten Fall so oder anders auszuüben, als auch andere Vorgänge die

dazu führen, dass das freie Ermessen der Fondsleitung oder der Gesellschaft bei der Stimmrechtsausübung zu Lasten der Interessen des Konzerns eingeschränkt wird.

3.3.4 Ausdehnung der Ausnahme von der Konsolidierungspflicht im Konzern auf „Vermögensverwaltungsgesellschaften“

Bär & Karrer regten die Einführung eines neuen Art. 17^{bis} BEHV-FINMA an, nach welchem einem Konzern angehörende „Vermögensverwaltungsgesellschaften“ (die durch ihre Auftraggeber dazu ermächtigt werden, die Stimmrechte der in den jeweiligen Portfolios gehaltenen Beteiligungen auszuüben) bei entsprechendem Nachweis gemäss Art. 17 Abs. 3 lit. a und b sowie Abs. 3^{bis} BEHV-FINMA ihre Beteiligungen ebenfalls vom übrigen Konzern segregiert hätten offenlegen können.

Würdigung

Die FINMA steht einer solchen Ausdehnung der Ausnahme von der Konsolidierungspflicht kritisch gegenüber. Zu beachten ist zunächst, dass es sich beim Begriff der „Vermögensverwaltungsgesellschaft“ anders als bei der kollektiven Kapitalanlage – zumindest im schweizerischen Recht – nicht um einen klar definierten, rechtlichen Terminus handelt. Für die melderechtliche Erfassung von Vermögensverwaltungsgesellschaften müsste somit eine eigenständige Begriffsbildung erfolgen. Die Abgrenzungsproblematik würde damit nicht beseitigt, sondern lediglich verlagert. Zu beachten ist auch, dass der Begriff der „Verwaltungsgesellschaft“ im europäischen Recht die Bezeichnung der Fondsleitung darstellt (vgl. Artikel 1 und 2 der Richtlinie 2009/65/EG). Damit kennt auch das europäische Recht keine weitergehende Ausnahme von der Konsolidierungspflicht für „Vermögensverwaltungsgesellschaften“, sondern lediglich solche für Fondsleitungen (im schweizerischen Sinn). Die vorgesehene Regelung steht damit bereits in Einklang mit dem europäischen Recht. Aus diesen Gründen ist eine Ausdehnung der Ausnahme von der Konsolidierungspflicht für „Vermögensverwaltungsgesellschaften“ nicht angezeigt.

3.4 Verfahrensbestimmungen

3.4.1 Meldefrist für Änderungen der gemeldeten Angaben (Art. 21 Abs. 4 und 22 Abs. 1 BEHV-FINMA)

3.4.1.1 Wortlaut der Bestimmung

Der geltende Art. 21 Abs. 4 BEHV-FINMA hält fest, dass Änderungen der gemeldeten Angaben „unverzüglich“ zu melden sind. Der Vorschlag zielte darauf ab, die Frist für solche Meldungen ausdrücklich – im Sinne einer Frist von vier Börsentagen – zu regeln. Entsprechend wurde vorgeschlagen, den bisherigen Art. 21 Abs. 4 BEHV-FINMA zu streichen und dessen Inhalt neu bei Art. 22 Abs. 1 BEHV-FINMA zu integrieren. Die SIX Swiss Exchange AG regte an, die Frage der Frist weiterhin im Zusammenhang mit dem Inhalt der Meldung in Art. 21 Abs. 4 BEHV-FINMA zu regeln.

Würdigung

Die vom geltenden Art. 21 Abs. 4 BEHV-FINMA statuierte Pflicht, Änderungen der gemeldeten Angaben zu melden, ist systematisch tatsächlich besser beim „Inhalt der Meldung“ in Art. 21 Abs. 4 BEHV-FINMA verortet, als bei den „Fristen“ in Art. 22 BEHV-FINMA. Daher wird der Vorschlag der SIX Swiss Exchange AG umgesetzt und der bisherige Art. 21 Abs. 4 BEHV-FINMA – ergänzt um die ausdrückliche Regelung der Frist – beibehalten.

3.4.1.2 Beschränkung auf wesentliche Änderungen

Vereinzelt wurde die bereits im geltenden Art. 21 Abs. 4 BEHV-FINMA vorgesehene Verpflichtung, „jede“ Änderung der gemeldeten Angaben zu melden, als zu weitgehend erachtet und es wurde deshalb angeregt, die Pflicht zur Mitteilung auf „wesentliche“ Änderungen zu beschränken oder ganz abzuschaffen.

Würdigung

Nach der Konzeption von Art. 20 Abs. 1 BEHG wird die Meldepflicht durch das Erreichen, Unter- oder Überschreiten von bestimmten Grenzwerten der Stimmrechte ausgelöst. Durch das Auslösen der Meldepflicht entsteht die Verpflichtung, eine Meldung mit dem von Art. 21 BEHV-FINMA umschriebenen Inhalt zu erstatten. Als Änderungen im Sinne von Art. 21 Abs. 4 BEHV-FINMA gelten einzig Veränderungen von nach Art. 21 BEHV-FINMA gemeldeten Tatsachen, *die keine eigentliche Meldepflicht im Sinne von Art. 20 BEHG auslösen können*. Es handelt sich in erster Linie um Meldungen, wie beispielsweise die Umfirmierung einer Gesellschaft. Die FINMA sieht keine Veranlassung, diese Praxis zu ändern.

3.4.2 Übersichtlichere Darstellung der Meldungen auf der Veröffentlichungsplattform (Art. 23 Abs. 1 BEHV-FINMA)

Die geplante Ermöglichung einer übersichtlicheren Darstellung der Meldungen auf der Veröffentlichungsplattform wurde von den Anhörungsteilnehmern, die hierzu Stellung nahmen, durchwegs begrüsst. SwissHoldings regte an, den Wortlaut von Art. 23 Abs. 1 BEHV-FINMA leicht anders zu fassen, nämlich dahingehend, dass die Gesellschaften zu einem Verweis „auf die vorangegangene Veröffentlichung“ und nicht wie von der FINMA vorgeschlagen „auf frühere Veröffentlichungen“ verpflichtet werden.

Würdigung

Die von SwissHoldings angeregte Änderung zielt auf die Frage ab, ob die Gesellschaften den Aufwand für die erstmalige Implementierung der neuen Übersicht zu tragen haben. Die Implementierung der neuen Übersicht setzt voraus, dass eine neue Meldung eines Investors mit der letztfrüheren Meldung desselben Investors verknüpft wird. Damit die neue Übersicht den Marktteilnehmern innert vernünftiger Zeit zur Verfügung gestellt werden kann, ist aus Sicht der FINMA erforderlich, dass die Gesellschaften bei Inkrafttreten von Art. 23 Abs. 1 BEHV die jeweils aktuellsten Meldungen *sämtlicher* Investoren auf der elektronischen Veröffentlichungsplattform markieren. Ohne eine solche einmalige

Bestandesaufnahme bestünde die Gefahr, dass die Übersicht noch während längerer Zeit unvollständige Angaben enthielte. Bei Inkrafttreten von Art. 23 Abs. 1 BEHV wird den Gesellschaften somit ein gewisser Mehraufwand entstehen. Dieser ist aus Sicht der FINMA zur Schaffung der gebotenen Transparenz aber unabdingbar und vertretbar. Nach dieser einmaligen Bestandesaufnahme wird nur noch erforderlich sein, dass die Gesellschaft eine neu eingegebene Meldung mit der letztfrüheren Meldung des Investors verknüpft. Art. 23 Abs. 1 BEHV wird in diesem Sinn präzisiert und mit einer Übergangsbestimmung ergänzt, welche die einmalige Bestandesaufnahme zum Inhalt hat (vgl. unten).

Die konkrete technische Umsetzung dieser Vorgabe wird schliesslich der Offenlegungsstelle als Betreiberin der Veröffentlichungsplattform überlassen.

3.4.3 Verfahren in Offenlegungssachen (Art. 26 Abs. 5, 6 und 7)

Der vorgeschlagene Art. 26 Abs. 7 BEHV-FINMA sieht vor, dass die FINMA in den Fällen nach Art. 26 Abs. 4 BEHV-FINMA unverzüglich ein Verfahren eröffnet und dies der Offenlegungsstelle sowie den Parteien anzeigt. Lenz & Staehelin regten an, diesen Begriff der „Parteien“ zu präzisieren und insbesondere klarzustellen, ob von ihm auch die Gesellschaft erfasst werde.

Würdigung

Auf das Verfahren vor der FINMA findet nach Art. 53 FINMAG das VwVG Anwendung. Art. 26 Abs. 7 BEHV-FINMA enthält insofern einen Verweis auf den Parteibegriff von Art. 6 VwVG. Darunter kann im Einzelfall nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in melderechtlichen Angelegenheiten auch die Gesellschaft fallen.¹

3.5 Übergangsbestimmung

Der Entwurf hielt in Art. 48a BEHV-FINMA fest, dass die Meldepflichten nach den revidierten Art. 17 Abs. 3 und Abs. 3^{bis} BEHV-FINMA bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erfüllen seien. Von Lenz & Staehelin wurde diese Formulierung insbesondere deshalb kritisiert, weil aus ihr nicht deutlich hervorgehe, ob die nicht zum Vertrieb genehmigten ausländischen kollektiven Kapitalanlagen nach Art. 17 Abs. 3 und Abs. 3^{bis} BEHV-FINMA melden müssten oder bloss könnten. Bär & Karrer regten an, dass im Rahmen der Übergangsbestimmung festgehalten werden sollte, dass der Unabhängigkeitsnachweis entfalle, wenn eine nicht zum Vertrieb genehmigte ausländische kollektive Kapitalanlage diesen schon nach dem bisherigen Art. 17 Abs. 3 BEHV-FINMA erbracht habe. Von SwissHoldings wurde schliesslich zu bedenken gegeben, dass für die Umsetzung von Art. 23 Abs. 1 BEHV-FINMA eine Übergangsfrist von sechs Monaten eingeräumt werden sollte.

Würdigung

Der vorgeschlagene Art. 17 Abs. 3 BEHV-FINMA stellt eine „Kann“-Bestimmung dar. Insofern ist der Einwand berechtigt, dass die Übergangsbestimmung von Art. 48a BEHV-FINMA missverständlich

¹ BGer 2C_77/2008, 2C_78/2009, Zwischenentscheid vom 2. Juni 2009, Erw. 4.

formuliert war. Festzuhalten ist somit, dass die betroffenen nicht zum Vertrieb genehmigten ausländischen kollektiven Kapitalanlagen nach dem Inkrafttreten von Art. 17 Abs. 3 BEHV-FINMA gemäss dieser Bestimmung melden können, dies aber nicht müssen. Nicht zum Vertrieb genehmigte ausländische kollektive Kapitalanlagen, die bis anhin nach dem bisherigen Art. 17 Abs. 3 BEHV-FINMA gemeldet haben, unterstehen nach dem Inkrafttreten ebenfalls den neuen Bestimmungen von Art. 17 Abs. 3 und Abs. 3^{bis} BEHV-FINMA. D.h. sie haben zwar keinen eigentlichen Nachweis für die Unabhängigkeit zu erbringen, sind aber mit der ersten Meldung nach dem Inkrafttreten der Bestimmung verpflichtet, der Offenlegungsstelle die in Art. 17 Abs. 3^{bis} BEHV-FINMA genannten Dokumente vorzulegen. Für von ihnen bereits erstattete Meldungen ist eine „rückwirkende“ Vorlage dieser Dokumente hingegen nicht erforderlich. Auf die Statuierung einer besonderen Übergangsregelung hinsichtlich Art. 17 Abs. 3 und Abs. 3^{bis} BEHV-FINMA ist daher zu verzichten. In Bezug auf Art. 23 Abs. 1 BEHV-FINMA wurde im Entwurf keine Übergangsregelung vorgesehen. Um dem für die Gesellschaften entstehenden Aufwand bei der Implementierung der neuen Bestimmung gebühlich Rechnung zu tragen (vgl. oben), wird neu eine Frist von drei Monaten für die Vornahme der einmaligen Bestandesaufnahme festgehalten.

3.6 Weitere Anregungen

Mehrere Anhörungsteilnehmer machten verschiedene Anregungen zu aus ihrer Sicht notwendigen Verbesserungen ausserhalb der von der laufenden Revision erfassten Bereiche der BEHV-FINMA. An dieser Stelle ist noch einmal festzuhalten, dass sich die Regelungen der BEHV-FINMA aus Sicht der FINMA grösstenteils bewährt haben. Die Wünschbarkeit ebenso wie die konkrete Umsetzbarkeit der von den Anhörungsteilnehmern gemachten Vorschläge würde vertiefter Abklärungen bedürfen und die laufende Revision damit ungebührlich verzögern. Gewisse von den Anhörungsteilnehmern gemachte Vorschläge wie beispielsweise die Abschaffung des Gruppenprivilegs würden schliesslich auch eine Gesetzesrevision voraussetzen und könnten von der FINMA ohnehin nicht im Rahmen einer Verordnungsrevision an die Hand genommen werden.

4 Fazit

Die FINMA hält an der geplanten Teilrevision fest. Die revidierten Bestimmungen der BEHV-FINMA werden auf den 1. Januar 2012 in Kraft gesetzt. Da die technische Umsetzung der Änderungen des revidierten Art. 23 Abs. 1 BEHV-FINMA durch die Offenlegungsstelle noch einige Zeit in Anspruch nehmen wird, erfolgt die Inkraftsetzung dieses Artikels erst auf den 1. Juni 2012.