

Finanzmarktinfrastrukturver- ordnung-FINMA (FinfraV- FINMA)

**Bericht über die Anhörung vom 22. August bis 3. Oktober 2016
zur Teilrevision der FinfraV-FINMA**

26. Januar 2017

Inhaltsverzeichnis

Kernpunkte.....	3
Abkürzungsverzeichnis	5
1 Einleitung.....	6
2 Eingegangene Stellungnahmen	6
3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA	7
3.1 Revisionsbedarf bezüglich Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA	7
3.2 Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA	7
3.3 Weitere Stellungnahmen.....	12
3.4 Art. 50a FinfraV-FINMA.....	14
4 Weiteres Vorgehen	15

Kernpunkte

Ausgangslage und Gegenstand der Teilrevision

1. Mit dem am 1. Januar 2016 in Kraft getretenen Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG) wurde die Meldepflicht für bedeutende Beteiligungen an börsenkotierten Gesellschaften angepasst. Neu sind neben dem wirtschaftlich Berechtigten an einer solchen Beteiligung (Art. 120 Abs. 1 FinfraG) auch Dritte meldepflichtig, die ermächtigt sind, Stimmrechte nach freiem Ermessen auszuüben (Art. 120 Abs. 3 FinfraG). In Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA hat die FINMA diese neue, separate Meldepflicht konkretisiert: Bei juristischen Personen gilt als zur Ausübung der Stimmrechte nach freiem Ermessen ermächtigt, wer diese direkt oder indirekt beherrscht. Diese Regelung orientierte sich am Beherrschungsbegriff beim indirekten Erwerb (Meldepflicht des „letzten Glieds in der Kette“). Damit entsprach sie einem im Rahmen der Anhörung im Jahre 2015 zur FinfraV-FINMA geäusserten Branchenbedürfnis.
2. Verschiedene Betroffene dieser Meldepflicht haben inzwischen auf Probleme in der Umsetzung hingewiesen. Mit dem aktuellen Revisionsvorhaben schlug die FINMA ein Zurückkommen auf ihren bereits in der Anhörung vom 20. August 2015 zur FinfraV-FINMA unterbreiteten Vorschlag vor. Demnach soll nach Art. 120 Abs. 3 FinfraG meldepflichtig sein, wer über die Ausübung der Stimmrechte tatsächlich entscheidet. Die FINMA hat die Anpassungen vom Ergebnis einer zweiten Anhörung abhängig gemacht, die am 3. Oktober 2016 endete. Auf dieser Grundlage soll eine im Markt breit abgestützte und akzeptierte Regelung gefunden werden.

Anhörungsergebnisse

3. Die Änderung von Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA wurde von der grossen Mehrheit der Anhörungsteilnehmer begrüsst. Damit ist die Meldepflicht originär derjenigen Person zugewiesen, welche über die Ausübung der Stimmrechte tatsächlich entscheidet. Die Eingaben der Anhörungsteilnehmer haben zugleich deutlich gemacht, dass für Konstellationen direkter oder indirekter Beherrschung, wie namentlich bei Konzernen, eine alternative Meldemöglichkeit sinnvoll erscheint.

Änderungen gegenüber dem Anhörungsentwurf

4. In Ergänzung des Anhörungsentwurfs wird in Art. 10 Abs. 2 Sätze 2 und 3 FinfraV-FINMA zusätzlich zur originären Meldepflicht festgehalten, dass in Konstellationen, in denen die zur Ausübung der Stimmrechte nach freiem Ermessen berechnigte Person direkt oder indirekt beherrscht wird, die Meldepflicht auch durch die beherrschende Person

erfüllt werden kann. In diesem Fall kann das letzte Glied in der Kette für alle von diesem direkt oder indirekt beherrschten Einheiten melden (konsolidierte Meldung). Wird die Meldepflicht auf konsolidierter Basis erfüllt, gilt die beherrschende Person als meldepflichtig. Dies bedeutet, dass die Individualmeldepflicht der originär meldepflichtigen Person entfällt. Zur Sicherstellung der Transparenz ist die konsolidierte Meldung mit einem Hinweis zu versehen. Eine entsprechende Präzisierung wird in Art. 22 Abs. 2 Bst. a FinfraV-FINMA aufgenommen.

Abkürzungsverzeichnis

BEHV-FINMA	Verordnung vom 25. Oktober 2008 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Börsen und den Effektenhandel (SR 954.193)
FinfraG	Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (SR 958.1)
FinfraV-FINMA	Verordnung vom 3. Dezember 2015 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (SR 958.111)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
i.S.v.	im Sinne von
KAG	Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (SR 951.31)

1 Einleitung

Vom 22. August 2016 bis zum 3. Oktober 2016 führte die FINMA eine Anhörung zum Entwurf für eine Teilrevision der FinfraV-FINMA durch. Der Entwurf, der dazugehörige Erläuterungsbericht sowie die Einladung zur Anhörung wurden auf der Internet-Seite der FINMA publiziert. Entsprechend konnte daran teilnehmen, wer sich dazu berufen sah.

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 Teilnehmer haben an der Anhörung teilgenommen und der FINMA eine Stellungnahme eingereicht (in alphabetischer Reihenfolge):

- Alternative Investment Management Association (AIMA)
- Bank J. Safra Sarasin AG (J. Safra Sarasin)
- Banque Pictet & Cie SA (Pictet)
- BlackRock
- Borel & Barbey Avocats
- Fidelity Investments (Fidelity)
- Lenz & Staehelin (L&S)
- Offenlegungsstelle der SIX Swiss Exchange AG (OLS)
- Schweizer Verband unabhängiger Effekthändler
- Schweizerischer Versicherungsverband (SVV)
- SwissBanking (SBVg)
- SwissHoldings
- Swiss Funds & Asset Management Association (SFAMA)
- UBS AG (UBS)
- Vereinigung Schweizerischer Privatbanken
- Walder Wyss AG (walderwyss rechtsanwälte)

3 Ergebnisse der Anhörung und Beurteilung durch die FINMA

3.1 Revisionsbedarf bezüglich Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA

Stellungnahmen

Von 16 Anhörungsteilnehmern sprechen sich 12 für eine Teilrevision der FinfraV-FINMA aus. Zwei Teilnehmer stehen dem Änderungsvorschlag neutral gegenüber. Zwei Eingaben haben sich für die Beibehaltung der aktuellen Regelung ausgesprochen.

Würdigung

Die FINMA hat mit der vorliegenden Anhörung Gelegenheit gegeben, zur gegenwärtigen Ordnungsbestimmung von Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA Stellung zu nehmen, nachdem verschiedene Betroffene dieser Meldepflicht in der Umsetzung auf Probleme hingewiesen haben.

Die FINMA hat die Anpassungen vom Ergebnis der Anhörung abhängig gemacht, um eine im Markt breit abgestützte und akzeptierte Regelung zu finden. Das vorliegende Ergebnis zeigt nun eine breite Akzeptanz des Revisionsvorhabens.

Fazit

Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA wird angepasst.

3.2 Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA

Stellungnahmen

walderwyss rechtsanwälte und die UBS sprechen sich für die Beibehaltung der bisherigen Regelung aus. Gemäss walderwyss rechtsanwälte wäre bei juristischen Personen im Sinne einer möglichst vollständigen Transparenz eine Meldung auf beiden Ebenen („letztes Glied in der Kette“ und auf der Ebene, auf der die Ausübung der Stimmrechte auch tatsächlich erfolgt) wünschenswert, aus Praktikabilitätsgründen wird jedoch eine Beibehaltung der aktuell geltenden Fassung von Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA befürwortet. Die UBS ist mit der geltenden Regelung zufrieden und strebt deshalb keine Änderung an.

Die OLS und Swissholdings stehen einer Änderung von Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA grundsätzlich neutral gegenüber. Die OLS (und walderwyss rechtsanwälte) äussern allerdings die Befürchtung, dass die vorgeschlagene

Regelung schwierige Abgrenzungsfragen hervorrufen und damit zu Unklarheiten führen könnte, welche natürliche oder juristische Person konkret der Offenlegungspflicht i.S.v. Art. 120 Abs. 3 FinfraG unterliegt.

Eine Änderung der aktuellen Bestimmung von Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA begrüssen der Schweizer Verband unabhängiger Effektenhändler, Black-Rock, AIMA, J. Safra Sarasin, Fidelity, L&S, Pictet, SVV, Vereinigung Schweizerischer Privatbanken, Borel & Barbey Avocats, SBVg und die SFAMA.

Einige Anhörungsteilnehmer sprechen sich allerdings dafür aus, dass Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA insoweit ergänzt wird, als dass im Konzernverhältnis der zur Ausübung der Stimmrechte Ermächtigte keine eigene Meldung vornehmen muss, wenn diese durch die Mutter- bzw. Holdinggesellschaft erfolgt. L&S schlägt deshalb folgende Ergänzung vor:

« Dans les rapports de groupe, la déclaration peut être faite par la personne qui peut exercer librement des droits de vote ou par la société mère du groupe. Dans ce cas, la société mère du groupe indique dans sa déclaration que cette dernière est faite au nom et pour le compte de ses filiales. »

Die SBVg spricht sich in diesem Zusammenhang für folgenden ergänzenden Wortlaut aus:

« Im Konzernverhältnis wird die Meldung entweder vom zur Ausübung der Stimmrechte Ermächtigten oder von der Mutter- bzw. Holdinggesellschaft vorgenommen. »

Die UBS ersucht für den Fall einer Änderung um eine vermittelnde Lösung, die sowohl den Anliegen von Instituten mit einer weltweiten und vernetzten Präsenz als auch von Instituten mit geringerer organisatorischer/struktureller Komplexität Rechnung trägt. Sie beantragt in diesem Sinne inhaltlich im Ergebnis die gleiche Ergänzung wie die L&S und die SBVg. Alternativ beantragt die UBS, dass anstelle einer entsprechenden Anpassung der Verordnung durch die FINMA anderweitig klargestellt wird, dass eine konsolidierte Meldung auf Konzernstufe erfolgen kann. In eine ähnliche Richtung gehen die Eingaben von Pictet sowie der Vereinigung Schweizerischer Privatbanken: Diese vertreten die Meinung, dass die von der FINMA vorgeschlagene Formulierung so auszulegen ist, dass ein in einem Konzernverhältnis meldepflichtiges Subjekt sowohl der Adressat der Stimmrechtsübertragung sein könne, oder auch ein diesem direkt oder indirekt übergeordneter Dritter, sofern die Stimmrechtsausübung auf Weisung dieser Drittperson erfolge.

L&S sowie SFAMA bringen schliesslich vor, dass es aufgrund der aktuellen Meldefomulare der Offenlegungsstellen der Börsen unklar sei, inwiefern die beiden Meldepflichten (Art. 120 Abs. 1 und Abs. 3 FinfraG) in Zukunft koordiniert werden müssen. Sie fordern deshalb in Art. 22 FinfraV-FINMA eine Präzisierung. Diese soll klarstellen, dass in der Meldung des wirtschaftlich Berechtigten (Art. 120 Abs. 1 FinfraG), die von seinen direkt oder indirekt

kontrollierten Einheit gehaltenen Stimmrechte zur Ausübung nach freiem Ermessen (Art. 120 Abs. 3 FinfraG) nicht aufgeführt werden müssen.

Würdigung

Die von der FINMA vorgeschlagene Änderung von Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA wurde von der grossen Mehrheit der Anhörungsteilnehmer begrüsst. Damit ist die Meldepflicht originär derjenigen Person zugewiesen, welche über die Ausübung der Stimmrechte tatsächlich entscheidet.

Die Befürchtungen einzelner Anhörungsteilnehmer, wonach die vorgeschlagene Regelung zu schwierigen Abgrenzungsfragen und Unklarheiten führen könnte, teilt die FINMA nicht. Bereits im Erläuterungsbericht zur Teilrevision der FinfraV-FINMA vom 22. August 2016 wurde auf den Seiten 4 und 5 ausgeführt, was unter „tatsächlich zur Stimmrechtsausübung nach freiem Ermessen ermächtigt“ gemäss Art. 120 Abs. 3 FinfraG und Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA zu verstehen ist: Mit der Formulierung *nach freiem Ermessen* soll zum Ausdruck gebracht werden, dass entscheidend ist, wer tatsächlich bestimmt, wie die Stimmrechte ausgeübt werden¹. In Abgrenzung zum wirtschaftlich Berechtigten liegt freies Ermessen vor, wenn der wirtschaftlich Berechtigte keinen Einfluss auf die Stimmrechtsausübung hat, d.h. wenn keine besonderen Weisungen vorliegen. Ob der Adressat der Stimmrechtsausübung das Ermessen auch tatsächlich ausübt, ist für die Zurechnung ohne Belang. In der Sphäre des Adressaten der Stimmrechtsübertragung ist entscheidend, wer tatsächlich bestimmt, wie die Stimmrechte ausgeübt werden. Dabei gilt es zu beachten, dass nicht automatisch diejenige Person meldepflichtig ist, auf welche die Delegation bzw. Stimmrechtsausübung formell lautet. Insbesondere bei Konstellationen direkter oder indirekter Beherrschung, wie namentlich bei Konzernen, gilt es zu prüfen, bei wem tatsächlich das Ausübungsermessen angesiedelt ist. Mögliche Fälle des Einwirkens auf die Stimmrechtsausübung können schriftliche oder mündliche Weisungen oder Instruktionen innerhalb der juristischen Person sein, die Stimmrechte in einem bestimmten Fall so oder anders auszuüben, sowie auch alle anderen Vorgänge, die dazu führen, dass das freie Ermessen des Adressaten der Stimmrechtsausübung bei der Stimmrechtsausübung eingeschränkt wird. Dies kann beispielsweise dazu führen, dass die Meldepflicht nicht die einzelnen Gruppengesellschaften trifft, sondern die Konzernmutter, welche konzernweit über die konkrete Ausübung der Stimmrechte entscheidet. Im Übrigen erfolgt der Hinweis auf Art. 21 FinfraV-FINMA, der den Meldepflichtigen die Möglichkeit einräumt, über den Bestand oder Nichtbestand einer Meldepflicht einen Vorabentscheid bei den Offenlegungsstellen der Börsen einzuholen. Letzteren steht es zudem frei, bei Bedarf ihre Praxis zusätzlich in einer Mitteilung zu veröffentlichen (Art. 27 Abs. 3 FinfraV-FINMA).

Die (im Ergebnis gleichlautenden) Ergänzungsvorschläge einiger Anhörungsteilnehmer zielen darauf ab, für Konstellationen direkter oder indirekter

¹ Vgl. auch die Ausführungen im Erläuterungsbericht vom 20. August 2015, S. 25.

Beherrschung, wie namentlich bei Konzern- oder Holdinggesellschaften, eine alternative Meldemöglichkeit vorzusehen. Die FINMA teilt die Ansicht, dass eine konsolidierte Meldung der Transparenz dienlich sein kann. Es kann durchaus einen Mehrwert für den Markt bedeuten, wenn die Konzern- oder Holdinggesellschaft die Meldepflicht für alle ihre Tochtergesellschaften übernimmt. So kann es sein, dass auf konsolidierter Ebene Meldungen von übertragenen Stimmrechten erfolgen, auch wenn diese auf nicht-konsolidierter Ebene mangels Erreichen der Meldeschwelle bei den einzelnen Tochtergesellschaften nicht gemeldet würden. Die FINMA ist jedoch der Ansicht, dass diese alternative Meldemöglichkeit einerseits allen Meldepflichtigen, die direkt oder indirekt beherrscht werden, offenstehen muss, andererseits in Anwendung der Bestimmungen über die indirekte Beteiligung in diesen Fällen konsequent das letzte Glied der Beherrschungskette zu erfassen ist. Die Erfassung der Holding- oder Konzernmutter als Subjekt der Meldepflicht erscheint systemwidrig, sofern die Konzernmutter von einer natürlichen Person beherrscht wird.

Die Neuregelung sieht nun ein Wahlrecht vor (Art. 10 Abs. 2 Sätze 2 und 3 FinfraV-FINMA): Danach kann in Konstellationen, in denen die zur Ausübung der Stimmrechte nach freiem Ermessen berechtigte Person direkt oder indirekt beherrscht wird, die Meldepflicht auch durch die beherrschende Person auf konsolidierter Basis erfüllt werden. Die „Kann“-Formulierung macht deutlich, dass keine Verpflichtung zur Konsolidierung besteht. Die Pflicht zur Meldung trifft in erster Linie die Person, die über die Ausübung der Stimmrechte tatsächlich entscheidet („originär Meldepflichtiger“). Alternativ kann die Erfüllung durch die beherrschende Person (in Form einer konsolidierten Meldung) erfolgen, d.h. das „letzte Glied in der Kette“ meldet für alle von diesem direkt oder indirekt beherrschten Einheiten. Sobald das "letzte Glied in der Kette" meldet, sind die offenlegungsrechtlichen Pflichten auf dieser Stufe einzuhalten. So hat z.B. die Berechnung der für die Meldepflicht relevanten Grenzwerte auf der Basis der konsolidierten Stimmrechte zu erfolgen. Der originär Meldepflichtige hingegen ist von der Meldepflicht befreit. Dieser Übergang der entsprechenden Pflichten wird mit der Ergänzung von Satz 3 klargestellt, wonach die "beherrschende Person in diesem Fall als meldepflichtig" gilt. Im Falle eines Konzerns, welcher von einem einzelnen Aktionär beherrscht wird, bedeutet dies, dass dieser eine konsolidierte Meldung über alle Stimmrechte vornehmen kann, die die Konzerntöchter i.S.v. Art. 120 Abs. 3 FinfraG nach freiem Ermessen ausüben können. Mit der korrekt erfolgten erstmaligen Meldung des Aktionärs werden die Konzerntöchter von ihrer originären Meldepflicht befreit und haben eigene Grenzwerttangiierungen nicht mehr offen zu legen. Der Aktionär bleibt in der Folge für die (konsolidierte) Meldepflicht verantwortlich. Soll diese konsolidierte Meldepflicht wieder durch die originäre Meldepflicht abgelöst werden, so hat der Aktionär einerseits das Unterschreiten des Schwellenwertes von drei Prozent der Stimmrechte als konsolidiert Meldepflichtiger zu melden. Anderer-

seits müssen er oder die Konzerntöchter, sofern sie drei Prozent der Stimmrechte oder mehr i.S.v. Art. 120 Abs. 3 FinfraG nach freiem Ermessen ausüben können, jeweils einzeln melden.

Als Folge dieser Ergänzung ist in der Offenlegungsmeldung ein entsprechender Hinweis vorzunehmen. Dies erfordert unter dem Titel „Inhalt der Meldung“ in Art. 22 Abs. 2 Bst. a FinfraV-FINMA einen Zusatz. In Anwendungsfällen von Artikel 120 Abs. 3 FinfraG ist somit - ergänzend zu den Angaben nach Art. 22 Abs. 1 FinfraV-FINMA - (1) in der Meldung der zur Ausübung der Stimmrechte nach freiem Ermessen berechtigten Person der von der Ausübungsermächtigung erfasste Anteil der Stimmrechte offen zu legen (bisher) und (2) ein Hinweis vorzunehmen, sofern die Meldung nicht durch den nach freiem Ermessen Ermächtigten erfolgt, sondern durch denjenigen, der diesen direkt oder indirekt beherrscht (ergänzend).

Die von den Anhörungsteilnehmern geäusserte Befürchtung, wonach aufgrund der aktuellen Meldeformulare der Offenlegungsstellen der Börsen unklar bleibt, inwiefern in Konstellationen direkter oder indirekter Beherrschung der wirtschaftlich Berechtigte seine Meldung i.S.v. Art. 120 Abs. 1 FinfraG mit der Meldung i.S.v. Art. 120 Abs. 3 FinfraG seiner beherrschten Einheiten koordinieren muss, teilt die FINMA nicht. In besagten Konstellationen sind die zwei Arten von Meldepflichten grundsätzlich nur dann koordiniert zu melden, sofern die meldepflichtigen Subjekte zusammentreffen. Mit anderen Worten hat eine Konzernmutter oder eine diese beherrschende natürliche Person die Stimmrechte gemäss Art. 120 Abs. 3 FinfraG ihrer beherrschten Einheiten zu berücksichtigen, sofern sie (i) tatsächlich über die Ausübung der Stimmrechte entscheidet (Art. 10 Abs. 2 Satz 1 FinfraV-FINMA) oder (ii) freiwillig eine konsolidierte Meldung vornimmt (Art. 10 Abs. 2 Sätze 2 und 3 FinfraV-FINMA). Aus Sicht der FINMA kann diese Feststellung im Rahmen der Überarbeitung der Formulare der Offenlegungsstellen klargestellt werden. Eine Präzisierung auf Ebene der Verordnung ist unnötig.

Fazit

Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA hält den Grundsatz fest, dass nach Art. 120 Abs. 3 FinfraG meldepflichtig ist, wer zur Ausübung der Stimmrechte nach freiem Ermessen ermächtigt ist. In Ergänzung zum Anhörungsentwurf kann in Konstellationen direkter oder indirekter Beherrschung, wie namentlich bei Konzernen, die Meldepflicht konsolidiert durch denjenigen, der den nach freiem Ermessen Ermächtigten direkt oder indirekt beherrscht, erfüllt werden. Im letzteren Fall soll auf die offenlegungsrechtliche Auslegung der Beherrschung abgestellt werden und das „letzte Glied in der Kette“ erfasst werden. Wird die Meldung auf konsolidierter Basis erfüllt, gilt die beherrschende Person für die betreffende Meldung als meldepflichtig.

Dementsprechend lautet der neue Wortlaut von Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA wie folgt:

Werden die Stimmrechte nicht direkt oder indirekt durch die wirtschaftlich berechnete Person ausgeübt, so ist nach Artikel 120 Absatz 3 FinfraG zudem meldepflichtig, wer zur Ausübung der Stimmrechte nach freiem Ermessen ermächtigt ist. Wird die Person, die zur Ausübung der Stimmrechte nach freiem Ermessen ermächtigt ist, direkt oder indirekt beherrscht, gilt deren Meldepflicht auch als erfüllt, wenn die beherrschende Person auf konsolidierter Basis meldet. Die beherrschende Person gilt in diesem Fall als meldepflichtig.

Art. 22 Abs. 2 Bst. a wird insoweit ergänzt, als in Fällen der konsolidierten Meldung in der Mitteilung ein entsprechender Hinweis vorzunehmen ist.

Der bisherige Art. 22 Abs. 2 Bst. a FinfraV-FINMA wird demnach mit Ziffer 2 wie folgt ergänzt:

In Fällen von Artikel 120 Absatz 3 FinfraG:

1. In der Meldung der zur Ausübung der Stimmrechte nach freiem Ermessen berechtigten Person der von der Ausübungsermächtigung erfasste Anteil der Stimmrechte.

2. Hinweis, sofern die Meldung nicht durch den nach freiem Ermessen Ermächtigten erfolgt, sondern durch denjenigen, der diesen direkt oder indirekt beherrscht (konsolidierte Meldung).

3.3 Weitere Stellungnahmen

Mehrere Anhörungsteilnehmer machten verschiedene Anregungen zu aus ihrer Sicht notwendigen Verbesserungen ausserhalb der von der laufenden Revision erfassten Bereiche der FinfraV-FINMA.

Stellungnahmen

BlackRock, AIMA, J. Safra Sarasin, Fidelity, L&S, Pictet und die Vereinigung Schweizerischer Privatbanken weisen darauf hin, dass gemäss Art. 18 Abs. 4 FinfraV-FINMA unklar ist, ob mit der Formulierung „Konzern“ die Konzern- resp. Muttergesellschaft oder das letzte Glied der beherrschenden Kette meldepflichtig ist. Zudem wird die Frage aufgeworfen, inwiefern das Konzept des wirtschaftlich Berechtigten von Art. 18 Abs. 4 FinfraV-FINMA mit der Definition des wirtschaftlich Berechtigten in Art. 10 Abs. 1 FinfraV-FINMA übereinstimmt. Schliesslich vertreten die Anhörungsteilnehmer die Ansicht, dass die Unterscheidung, ob die nicht zum Vertrieb genehmigten ausländischen kollektiven Kapitalanlagen von einem Konzern abhängig sind oder nicht, nicht weiter Bestand haben sollte.

Würdigung

Die Bestimmung von Art. 18 FinfraV-FINMA wurde mit wenigen Ausnahmen – insbesondere in Bezug auf nicht zum Vertrieb genehmigte ausländische kollektive Kapitalanlagen – unverändert aus Art. 17 BEHV-FINMA übernommen. Die Bestimmung stellt seit jeher in zweifacher Hinsicht eine Sonderbestimmung dar:

Einerseits enthält sie in Abs. 1 eine eigenständige Definition des meldepflichtigen Subjekts. Für Beteiligungen genehmigter kollektiver Kapitalanlagen gemäss KAG sind nach geltendem Recht die „Bevolligungsträger“ (Art. 13 Abs. 2 Bst. a–d KAG sowie Art. 15 i.V.m. Art. 120 Abs. 1 KAG) meldepflichtig.² Damit wird das meldepflichtige Subjekt hinsichtlich der kollektiven Kapitalanlagen nicht nach der allgemeinen Bestimmung von Art. 10 Abs. 1 FinfraV-FINMA („wirtschaftlich Berechtigter“), sondern nach der Sondernorm von Art. 18 Abs. 1 FinfraV-FINMA bestimmt. Weiter hält der geltende Art. 18 Abs. 9 FinfraV-FINMA fest, dass Angaben über die Identität der Anlegerinnen und Anleger nicht erforderlich sind. Art. 18 FinfraV-FINMA legt damit nicht nur bestimmte Personen („Bevolligungsträger“) als meldepflichtige Subjekte fest, sondern nimmt andere Personen („Anlegerinnen und Anleger“) ausdrücklich von der Offenlegungspflicht aus. Dieser Ausnahme liegt der Umstand zu Grunde, dass Anlegerinnen und Anleger bei den vertraglichen Anlagefonds aufgrund der gesetzgeberischen Vorgaben des KAG keine Einflussmöglichkeiten auf die meldepflichtigen „Bevolligungsträger“, d.h. die Fondsleitungen, haben dürfen. Dieses Konzept hat durch die Einführung von Art. 120 Abs. 3 FinfraG keine Änderungen erfahren.

Andererseits hält der geltende Art. 18 Abs. 2 Bst. b FinfraV-FINMA fest, dass für Fondsleitungen im Konzern keine Konsolidierungspflicht mit dem Konzern besteht. Damit wird eine Ausnahme von Art. 11 Bst. b und c FinfraV-FINMA statuiert. Nach diesen Bestimmungen sind Beteiligungen in Konstellationen direkter oder indirekter Beherrschung wie namentlich bei einem Konzern grundsätzlich konsolidiert offenzulegen. Im Unterschied zur Situation im „gewöhnlichen“ Konzern, wo die von den Konzerngesellschaften gehaltenen Beteiligungen immer zusammengerechnet und gesamthaft offengelegt werden müssen, hat im Konzern, welchem ein „Bevolligungsträger“ angehört, somit keine solche Zusammenrechnung und gesamthafte Offenlegung stattzufinden. Der Grund für diese Sonderbehandlung liegt darin, dass die „Bevolligungsträger“ im Sinne von Art. 18 FinfraV-FINMA (d.h. in erster Linie die Fondsleitungen) hinsichtlich ihrer Anlagetätigkeit vollkommen unabhängig vom übrigen Konzern zu sein haben. Ausländische kollektive Kapitalanlagen sind von der Konsolidierungspflicht befreit, sofern ihnen der Unabhängigkeitsnachweis gemäss Art. 18 Abs. 5 FinfraV-FINMA gelingt.

² Für die fremdverwalteten Investmentgesellschaften mit variablem Kapital (SICAV), bei welchen zwei Bevolligungsträger im Sinne von Art. 13 Abs. 2 Bst. a–d KAG nebeneinander bestehen, präzisiert Art. 18 Abs. 2 Bst. c FinfraV-FINMA, dass die Fondsleitung die Meldepflicht zu erfüllen hat.

Anlässlich der letzten Revision wurde einzig eine Präzisierung in Bezug auf ausländische kollektive Kapitalanlagen, welche von einem Konzern abhängig sind, in Art. 18 Abs. 4 FinfraV-FINMA eingefügt, die ohnehin schon galt. Verfügt eine ausländische kollektive Kapitalanlage nicht über eine Bewilligung für den Vertrieb in der Schweiz und kann auch nicht der erwähnte Unabhängigkeitsnachweis erbracht werden, so sind in Anwendung der Bestimmungen über die indirekte Beteiligung die normalen Regeln für die Meldepflicht anwendbar. Sofern es sich um eine kollektive Kapitalanlage handelt, die als Gesellschaft konstituiert ist, gelten die allgemeinen Regeln der direkten und indirekten Beherrschung. Wenn die betreffende Gesellschaft nicht von einem einzelnen Aktionär beherrscht wird, muss sie selber die Meldepflicht erfüllen; wird sie von einem Aktionär beherrscht, so hat dieser die Beteiligung zu melden, da ihm die Beteiligung der betreffenden Gesellschaft als indirekte Beherrschung angerechnet wird. Die Formulierung in Art. 18 Abs. 4 FinfraV-FINMA, wonach die Meldepflicht vom „Konzern“ zu erfüllen ist, nimmt Bezug auf Art. 18 Abs. 2 Bst. b FinfraV-FINMA (keine Konsolidierungspflicht mit dem Konzern). Es gilt aber auch hier das Prinzip des letzten Gliedes in der Kette.

Es gilt festzuhalten, dass sich die Regeln in Art. 18 FinfraV-FINMA aus Sicht der FINMA bewährt haben und sich keine Anpassungen aufdrängen.

Fazit

Es sind keine Anpassungen notwendig.

3.4 Art. 50a FinfraV-FINMA

Stellungnahmen

BlackRock, AIMA, J. Safra Sarasin, Fidelity, L&S, Pictet, Vereinigung Schweizerischer Privatbanken sowie die SFAMA haben schliesslich zu bedenken gegeben, dass für die Umsetzung von Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA eine Übergangsfrist von sechs Monaten eingeräumt werden sollte. Einige Anhörungsteilnehmer (AIMA, SFAMA, BlackRock, Vereinigung Schweizerischer Privatbanken, L&S, Pictet, J. Safra Sarasin) wünschen eine Klarstellung, dass (i) bisherige Meldungen ihre Gültigkeit behalten, (ii) Sachverhalte, die vor Inkrafttreten der neuen Regelung eingetreten sind und erst aufgrund der neuen Regelung zu melden sind, bis zum Ende der Übergangsfrist zu melden sind und (iii) Sachverhalte, die nach Inkrafttreten der neuen Regelung eingetreten sind, mit einem entsprechenden Hinweis bis zum Ende der Übergangsfrist nach altem Recht gemeldet werden können, wobei die Meldung nach neuem Recht vor Ende der Übergangsfrist bei der zuständigen Offenlegungsstelle und der Gesellschaft einzugehen hat.

Würdigung

Die nun vorgesehene Regelung bedingt eine angepasste Meldung mit bisher nicht verlangten Angaben. Dementsprechend wird die Übergangsfrist verlängert, und zwar auf sechs Monate ab dem Inkrafttreten der Änderung. Damit steht ein ausreichender Zeitraum für allenfalls notwendige Systemanpassungen zur Verfügung.

Die Einwände der Anhörungsteilnehmer sind insofern berechtigt, als die Übergangsbestimmung von Art. 50a FinfraV-FINMA missverständlich formuliert war und angepasst werden muss. Da neu differenzierte Meldungen vorgesehen sind, muss sichergestellt sein, dass beim Ablauf der Übergangsfrist alle dazumal relevanten Sachverhalte nach neuem Recht gemeldet sind. Meldungen, die unter altem Recht vorgenommen worden sind, können deshalb ihre Gültigkeit nicht behalten. Während der Übergangsfrist sind Meldungen sowohl nach altem wie auch neuem Recht möglich. Wird eine Meldung während der Übergangsfrist nach altem Recht erstattet, ist sie bis zum Ende der Übergangsfrist nach neuem Recht nochmals zu melden. Damit soll sichergestellt werden, dass alle Meldungen gemäss Art. 10 Abs. 2 FinfraV-FINMA am 1. September 2017 den aktuellen Bestimmungen entsprechen.

Fazit

Um dem für die Gesellschaften entstehenden Aufwand bei der Implementierung der neuen Bestimmung Rechnung zu tragen (vgl. oben), wird neu eine Übergangsfrist von sechs Monaten ab Inkrafttreten vorgesehen.

Die Übergangsregelung stellt klar, dass bei Ablauf der Übergangsfrist alle Meldungen, die sich auf einen zu diesem Zeitpunkt nach Art. 120 Abs. 3 FinfraG meldepflichtigen Sachverhalt beziehen, nach neuem Recht gemeldet sein müssen.

Der neue Wortlaut von Art. 50a FinfraV-FINMA lautet wie folgt: *Die Meldepflicht nach Artikel 10 Absatz 2 FinfraV-FINMA in der Fassung der Änderung vom 26. Januar 2017 ist bis zum 31. August 2017 zu erfüllen.*

4 Weiteres Vorgehen

Die Revision der FinfraV-FINMA tritt per 1. März 2017 in Kraft.