



Einschreiben / vorab per E-Mail

Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA
Prof. Dr. Thomas Jutzi
Einsteinstrasse 2
3003 Bern

Zug, 29. Mai 2013

Vernehmlassung zum FINMA-Rundschreiben „Vertrieb kollektive Kapitalanlagen“

Sehr geehrter Herr Prof. Jutzi
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihre Mitteilung vom 15. April 2013, mit welcher Sie die Anhörung zum FINMA-Rundschreiben „Vertrieb kollektive Kapitalanlagen“ eröffneten und danken Ihnen für die Möglichkeit zur Einreichung einer Stellungnahme.

Das Forum SRO ist ein im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragener Verein. Seine Mitglieder sind derzeit 12 Selbstregulierungsorganisationen (SRO) gemäss Geldwäschereigesetz, deren 11 ordentliche Mitglieder von der FINMA und ein assoziiertes Mitglied von der Eidgenössischen Spielbankenkommission beaufsichtigt werden. Zweck des Vereins ist es unter anderem, sich im Rahmen von Vernehmlassungen für die Belange der Mitglieder im Rahmen ihrer Tätigkeit als SRO einzusetzen. Für weitere Informationen steht Ihnen unsere Homepage unter www.forum-sro.ch zur Verfügung.

Gerne nehmen wir zum Anhörungsentwurf wie folgt Stellung. Dabei werden lediglich die aus der Sicht des Forum SRO problematischen Randziffern erörtert.

A. Vorbemerkung

Das bisherige Recht der kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz [KAG] u. Kollektivanlagenverordnung [KKV]) liess einige Fragen offen, welche die FINMA im Rahmen des FINMA-Rundschreibens 2008/8 („Öffentliche Werbung kollektive Kapitalanlagen“) beantwortete. Im Rahmen der Revision des KAG sowie der KKV wurde die Rechtslage jedoch umfassend geregelt. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass das geltende Recht der kollektiven Kapitalanlagen Fragen noch offen lässt. Ob das FINMA-Rundschreiben „Vertrieb kollektive Kapitalanlagen“ (nachfolgend: „Rundschreiben“) geeignet ist, diese zu beantworten, muss grundsätzlich in Frage gestellt werden, da gemäss Bundesgericht ein FINMA-Rundschreiben eine rein behördliche Auslegung der

einschlägigen Gesetzesbestimmungen darstellt, an welche eine richterliche Behörde nicht gebunden ist (BGE 137 II 284 E. 5.2.2, S. 292).

B. Zu Rz. 4, 5, 12, 16, 22 - 24

Unter den genannten Randziffern beschränkt sich das Rundschreiben darauf, die im Gesetz (KAG) und in der Verordnung (KKV) bereits abschliessend geregelte Rechtslage zu umschreiben bzw. zu wiederholen, ohne allfällige vom Gesetz (KAG) bzw. von der Verordnung (KKV) nicht geregelte Fragen zu beantworten. Da solche Doppelspurigkeiten die Gefahr von Widersprüchen in sich bergen und deshalb verhindert werden sollten, sind die genannten Randziffern ersatzlos zu streichen.

C. Zu Rz. 17 f.

Unter Rz. 17 f. des Rundschreibens werden inhaltlich Ziff. 1 und 2 von Art. 6 Abs. 1 lit. a KKV wiederholt, ohne die genannten Bestimmungen wortwörtlich wiederzugeben. Aus den in Buchstabe B des vorliegenden Schreibens genannten Gründen ist Rz. 17 f. ebenfalls ersatzlos zu streichen.

D. Zu Rz. 19

Rz. 19 des Rundschreibens definiert die „vergleichbare Erfahrung“ gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 KKV: Eine solche liegt vor, „*wenn der Anleger am relevanten Markt während der vier vorhergehenden Quartale durchschnittlich pro Quartal 10 Geschäfte von erheblichem Umfang getätigt hat*“. Diese Definition entspricht wortwörtlich derjenigen des „professionellen Kunden“ gemäss MiFID II-RL (II./1./5. Absatz/1. Gedankenstrich).

Rechtspolitisch zielte die Revision des KAG sowie der KKV darauf ab, die EU-Konformität der Gesetzgebung im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen herzustellen. Dabei wurde insbesondere die MiFID II-RL berücksichtigt. Das revidierte Gesetz (KAG) sowie die revidierte Verordnung (KKV) zeigen, dass sowohl das Parlament als auch der Bundesrat im Rahmen der Revision des KAG sowie der KKV bewusst darauf verzichteten, die Definition eines „professionellen Kunden“ aus der MiFID II-RL wortwörtlich zu übernehmen. Vielmehr definierten sie den „qualifizierten Anleger“ wie in Art. 10 Abs. 3^{bis} KAG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 lit. a KKV vorgesehen.

Vor dem Hintergrund der rechtlichen Qualifikation eines FINMA-Rundschreibens als eine rein behördliche – für eine richterliche Behörde unverbindliche – Rechtsauslegung (BGE 137 II 284 E. 5.2.2, S. 292) kann ein bewusst von Parlament und Bundesrat weggelassenes Element aus der MiFID-RL nicht Gegenstand eines FINMA-Rundschreibens bilden.

Statt Art. 6 Abs. 1 lit. a KKV zu konkretisieren, wirft Rz. 19 des Rundschreibens ferner eine neue Frage auf: Wann liegen Geschäfte von „erheblichem Umfang“ vor? Das Rundschreiben lässt diese Frage offen.

Aus diesen Gründen ist Rz. 19 des Rundschreibens ersatzlos zu streichen.

E. Zu Rz. 20

Rz. 20 des Rundschreibens sieht vor, dass die Vermögenswerte, Ausbildung und Erfahrung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 KKV zu dokumentieren sind. An dieser Stelle muss präzisiert werden, dass die Dokumentationspflicht erfüllt ist, sofern die genannten Elemente vom Kunden *einmalig schriftlich bestätigt* wurden. Denn in Anlehnung an Rz. 13 des FIN-MA-Rundschreibens 2008/8 („Öffentliche Werbung kollektive Kapitalanlagen“) reicht eine einfache schriftliche Bestätigung des Kunden zu den Merkmalen eines qualifizierten Anlegers aus. Ferner gilt in Bezug auf die Vermögenswerte die weiterhin herrschende Lehre, nach welcher die Qualifikation als vermögende Privatperson nicht wegfällt, wenn sich die finanzielle Situation des Anlegers nach der Investition in eine kollektive Kapitalanlage verschlechtert und er nicht mehr über Vermögenswerte von mehr als die in Art. 6 Abs. 1 KKV vorgesehenen Grenzen verfügt (vgl. Armin KÜHNE/Daniel LENGAUER/Therese AMSTUTZ/Michaela IMMINKELRIED/Philipp DÖMER, in: Franz HASENBÖHLER [Hrsg.], *Recht der kollektiven Kapitalanlagen unter Berücksichtigung steuerrechtlicher Aspekte*, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 253). Zur Ausbildung und Erfahrung liegt es im Übrigen auf der Hand, dass sich diese lediglich weiterentwickeln und keineswegs zurückbilden kann.

Wir danken Ihnen im Voraus für eine wohlwollende Prüfung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüssen

Dr. Martin Neese
Präsident

Caroline Kindler
Geschäftsführerin