

Info-Reihe zur neuen Gesetzgebung im Finanzbereich

Teil 3: FIDLEG FINIG – Auswirkungen auf kollektive Kapitalanlagen

Einleitung

Am 15. Juni 2018 haben National- und Ständerat das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und das Finanzinstitutsgesetz (FINIG) verabschiedet. Nach Ablauf der dreimonatigen Referendumsfrist wird der Bundesrat das Inkraftsetzen beschliessen. Zur Zeit wird nicht damit gerechnet, dass das Referendum ergriffen wird, so dass wohl ein erster Teil am 1. Januar 2019 in Kraft treten wird (Fintech Vorlage), der Rest am 1. Januar 2020.

FIDLEG und FINIG führen zu einer umfangreichen Neuorganisation des Schweizer Finanzmarktrechts. Das FIDLEG regelt neu alle Finanzdienstleistungen, unabhängig davon, von wem sie erbracht werden (level playing field). Dazu zählen insbesondere die Vermögensverwaltung und die Anlageberatung, nicht aber die Konto- und Depotführung und nur sehr eingeschränkt das Kreditgeschäft. Das FINIG regelt neu alle Finanzdienstleister, mit Ausnahme der Banken und Versicherungen, die im Bankengesetz (BankG) bzw. im Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) geregelt bleiben.

Gleichzeitig mit FIDLEG und FINIG hat das Parlament Bestimmungen zur Innovationsförderung, bekannter als "Fintech-Lizenz" oder "Banklizenz-light", in das Bankengesetz (BankG) aufgenommen und das Konsumkreditgesetz (KKG) auf die sogenannte "Schwärmkreditvermittlung" (gemeint ist "Crowdlending") ausgedehnt. Seit dem 21. Juni 2018 läuft nun die Vernehmlassung für die entsprechend notwendigen Anpassungen der Bankenverordnung (BankV) und der Verordnung zum Konsumkreditgesetz (VKKG). Die Änderungen des BankG, des KKG und der dazugehörigen Verordnungen sollen zusammen per 1. Januar 2019 in Kraft gesetzt werden.

In sechs separaten Publikationen bringen wir Ihnen die Auswirkungen dieser Gesetzgebung auf die folgenden Bereiche näher:

1. Die Fintech-Gesetzgebung
2. Das neue Prospektrecht
3. Die unabhängigen Vermögensverwalter
4. Die Anlageberater
5. Die kollektiven Kapitalanlagen
6. Das Zivilprozessrecht

Auswirkungen auf den Anwendungsbereich des KAG

Das KAG soll künftig auf produktspezifische Themen beschränkt werden. Die Fondsleitungen und die Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen ziehen ins FINIG um. Im Weiteren wird die Vertriebssträgerbewilligung gemäss KAG aufgrund der etablierten Selbstregulierung im Fondsvertrieb und der Unverhältnismässigkeit einer prudenziellen Aufsicht über die Vertriebssträger aufgehoben. Die Vertriebssträger müssen, soweit sie als Finanzdienstleister gemäss FIDLEG qualifizieren, ebenfalls die neuen Verhaltensregeln gemäss FIDLEG einhalten und die Anforderungen an die Kundenberater und die Eintragung ins Beraterregister erfüllen.

De-Minimis-Regel für Vermögensverwalter von Kollektivvermögen

Wie bereits heute im KAG ist auch im FINIG eine De-Minimis-Regel vorgesehen, wonach Vermögensverwalter von kollektiven Kapitalanlagen, die Vermögenswerte von kollektiven Kapitalanlagen von höchstens CHF 100 Mio. (inkl. Hebelwirkung) oder höchstens CHF 500 Mio. (ohne Hebelwirkung und ohne Rückzahlungsrecht in den ersten fünf Jahren) verwalten, von der Bewilligungspflicht als Vermögensverwalter von Kollektivvermögen befreit sind. Im Weiteren sind neu auch Vermögensverwalter von Pensionskassengeldern befreit, sofern die verwalteten Vermögenswerte von Vorsorgeeinrichtungen höchstens CHF 100 Mio. betragen und zudem höchstens 20% der Vermögenswerte einer einzelnen Vorsorgeeinrichtung verwaltet werden. Verwalter von Kollektivvermögen (von kollektiven Kapitalanlagen oder Vorsorgeeinrichtungen), welche unter die De-Minimis-Regel fallen, fallen jedoch nicht vollständig aus der Bewilligungspflicht, sondern gelten aufsichtsrechtlich neu als Vermögensverwalter (von Individualvermögen) und bleiben somit aufsichtsrechtlich durch ein Aufsichtsregime auf einer tieferen Stufe überwacht. Weiterhin ist jedoch stets eine Voraussetzung, dass der Anlegerkreis der verwalteten kollektiven Kapitalanlagen auf qualifizierte Anleger gemäss KAG beschränkt ist.

Die De-Minimis-Regel umfasst neu aufgrund des Wortlautes und der Auslegung der massgebenden Bestimmungen des FINIG und

des KAG unseres Erachtens nicht mehr nur Vermögensverwalter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen, sondern auch Vermögensverwalter von schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen. Bereits im geltenden Recht war vorgesehen, dass Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen, welche die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands gemäss KAG 2 II lit. h erfüllen, dem KAG nicht unterstellt sind. Diese De-Minimis-Regel ist auch aufgrund des geltenden Rechts nicht beschränkt auf Vermögensverwalter von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen. Bei schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen dürfen die Anlageentscheide gemäss dem Wortlaut von KAG 31 III jedoch nur an Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen delegiert werden, die einer anerkannten Aufsicht unterstehen. Daraus hat die FINMA nach geltendem Recht abgeleitet, dass die De-Minimis-Regel auf Vermögensverwalter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen beschränkt ist. Diese De-Minimis-Regel gemäss KAG 2 II lit. h wird zwar grundsätzlich für Verwalter von Kollektivvermögen in FINIG 24 in das neue Recht überführt. Dabei ist der Wortlaut von FINIG 24 II nicht auf Vermögensverwalter von ausländischen Kollektivvermögen beschränkt. Die De-Minimis-Regel gilt somit für sämtliche Verwalter von Kollektivvermögen und damit auch für Vorsorgeeinrichtungen, bei denen es sich ebenfalls um Verwalter von schweizerischen Kollektivvermögen handelt. KAG 31 III, wonach die Anlageentscheide für schweizerische kollektive Kapitalanlagen nur an beaufsichtigte Vermögensverwalter delegiert werden dürfen, bleibt zwar unverändert. Diese Voraussetzung ist aber bei De-Minimis-Vermögensverwaltern nach FINIG 24 neu erfüllt, da auch ein De-Minimis-Vermögensverwalter von schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen mit einer Bewilligung als Vermögensverwalter von Individualvermögen einer anerkannten Aufsicht untersteht.

Organisatorische Anforderungen

Bei den organisatorischen Anforderungen sind für die bisher im KAG und neu im FINIG geregelten Bewilligungsträger (Fondsleitungen, Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen) in materieller Hinsicht keine wesentlichen Änderungen zu erwarten. Eine Anpassung des gesamten internen Regelwerks an die neuen Rechtsgrundlagen wird jedoch auch für diese Institute unumgänglich

sein. Eine wichtige Voraussetzung für eine Bewilligung ist weiterhin eine angemessene Betriebsorganisation. Dabei werden Anforderungen an die wesentlichen Kontrollfunktionen (IKS, Risikomanagement, Compliance) weiterhin einen hohen Stellenwert haben. Für die neu der Bewilligungspflicht unterstellten Institute kann dieser Teil der Bewilligungsvoraussetzungen eine anspruchsvolle neue Hürde darstellen. Die Meldepflichten umfassen neu den Erwerb oder die Veräusserung einer qualifizierten Beteiligung, Vergrösserung oder Verkleinerung der qualifizierten Beteiligung zur Erreichung, Über- oder Unterschreitung der Schwellen 20, 33 oder 50% des Kapitals oder der Stimmen. Neu ist zudem eine allgemeine Pflicht der Finanzinstitute, sich einer Ombudsstelle anzuschliessen.

Liberalisierung bei der Kundensegmentierung

Die Regelung der Kundensegmentierung in FIDLEG 4 f. hat massgebliche Auswirkungen auf den Begriff des qualifizierten Anlegers, der im KAG eine zentrale Stellung einnimmt. Der im Rahmen des FIDLEG ebenfalls angepasste KAG 10 enthält weiterhin eine Definition des qualifizierten Anlegers, verweist aber neu auf die Definition des professionellen Kunden gemäss FIDLEG. Der Unterschied zwischen dem professionellen Kunden gemäss FIDLEG und dem qualifizierten Anleger gemäss KAG besteht darin, dass der Begriff des qualifizierten Anlegers gemäss KAG im Gegensatz zum professionellen Kunden nach FIDLEG auch Kunden mit auf Dauer angelegtem Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsvertrag umfasst.

Als professionelle Kunden gemäss FIDLEG gelten neu auch grosse Unternehmen ohne professionelle Tresorerie, wobei zwei der folgenden Kriterien erfüllt sein müssen (FIDLEG 4 V): Bilanzsumme CHF 20 Mio., Umsatzerlös CHF 40 Mio., Eigenkapital von CHF 2 Mio. Als professionelle Kunden gelten zudem auch private Anlagestrukturen für vermögende Privatkunden mit professioneller Tresorerie (FIDLEG 4 III lit. i). Im Weiteren gelten als vermögende Privatkunden Personen mit Ausbildung und Erfahrung plus Vermögen von mind. CHF 500'000 oder Vermögen von mind. CHF 2 Mio. (statt wie bisher im Kollektivanlagenrecht CHF 5 Mio.). Bei vermögenden Privatkunden genügt im Weiteren künftig eine glaubhafte Erklärung für die fachlichen Qualifikationen und CHF 500'000 Vermögen; ein Nachweis im Zeitpunkt des Erwerbs ist nicht

mehr erforderlich (FIDLEG 5 II). Bei Fonds für qualifizierte Anleger kann die FINMA künftig nicht mehr nur von Vorschriften des KAG, sondern generell von Vorschriften aller Finanzmarktgesetze befreien (revKAG 10 V).

Auswirkungen auf den Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen

Die Fondsindustrie hat zur Schaffung eines level playing field eine Angleichung der strengen Vertriebsregeln für kollektive Kapitalanlagen an das Angebot gemäss FIDLEG gefordert. Im Ergebnis führt dies dazu, dass der Vertriebsbegriff im KAG gestrichen und durch den Begriff "Angebot" im Sinne des FIDLEG ersetzt wird. Der Begriff des Angebots nach FIDLEG ist jedoch konkreter als der Vertrieb nach KAG. Ein Angebot im Sinne des FIDLEG liegt nur dann vor, wenn es sich um eine Einladung zum Erwerb eines Finanzinstruments handelt, welche ausreichende Informationen über die Angebotsbedingungen und das Finanzinstrument selber enthält.

Mit der Streichung des Vertriebsbegriffs im KAG werden auch die "Nicht-Vertriebsstatbestände" gemäss dem geltenden KAG 3 gestrichen. Die "Nicht-Vertriebsstatbestände" werden teilweise zum Angebot an qualifizierte Anleger. Bei Vermögensverwaltungsverträgen dürfte zwar grundsätzlich auch künftig kein Angebot vorliegen. Bei Vorliegen eines Angebots handelt es sich in den meisten Fällen, aber nicht automatisch immer, um die Erbringung einer Finanzdienstleistung gemäss FIDLEG. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des FIDLEG ist, dass die Tätigkeit des Finanzdienstleisters gewerbsmässig erfolgen muss (FIDLEG 3 lit. d) und auf eine Finanzdienstleistung im Sinne von FIDLEG 3 lit. c ausgerichtet sein muss. Es ist davon auszugehen, dass das FIDLEG diesbezüglich in der Verordnung noch entsprechend konkretisiert wird. Von den infrage kommenden Finanzdienstleistungen gemäss FIDLEG 3 lit. c stehen im Vordergrund der Erwerb oder die Veräusserung von Finanzinstrumenten, die Annahme und Übermittlung von Aufträgen betreffend Finanzinstrumente sowie die Anlageberatung (bei Erteilung von persönlichen Empfehlungen betreffend Finanzinstrumente). Obwohl anzunehmen ist, dass nicht jedes Angebot als Finanzdienstleistung gemäss FIDLEG qualifiziert, wird dies doch gemäss dem Willen des Gesetzgebers grossmehrheitlich der Fall sein. Da in diesen Fällen nach geltendem Recht teilweise kein Vertrieb vorliegt, muss verhindert werden,

dass dadurch eine Verschärfung eintritt. Die Streichung der Pflicht zur Bezeichnung eines Vertreters und einer Zahlstelle bei Angeboten an qualifizierte Anleger (ausser bei vermögenden Privatpersonen), soll eine Verschärfung der Bestimmungen verhindern und gleichzeitig den bisherigen Vertrieb an qualifizierte Anleger erleichtern.

Dieses neue Konzept wird in einer Übergangszeit zu Rechtsunsicherheit führen, ist aber mittel- und langfristig sicher zu begrüssen, da das Regime grundsätzlich liberaler ist und für alle Finanzinstrumente dieselben Vorschriften gelten. Im Rahmen der Umsetzung des FIDLEG muss sichergestellt werden, dass die Abschaffung der "Nicht-Vertriebsstatbestände" nicht zu einer unerwünschten Verschärfung der Vorschriften führt. Im Ergebnis sind künftig insbesondere kein Vertreter und keine Zahlstelle mehr erforderlich, wenn ausländische kollektive Kapitalanlagen neben institutionellen Kunden auch Vorsorgeeinrichtungen und Unternehmen mit professioneller Tresorerie angeboten werden.

Fazit

Die Verteilung der Regelungen über die kollektiven Kapitalanlagen in den drei Gesetzen KAG, FINIG und FIDLEG, wird zu einer weiteren Zunahme der Komplexität der Regelungen des bereits heute komplexen und vielschichtigen Kollektivanlagenrechts führen. Die Neukonzeption des Vertriebsrechts durch die Schaffung des neuen Begriffs des Angebots wird in einer Übergangszeit zudem zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führen. Mittel- und langfristig ist es jedoch im Interesse der Fondsindustrie, dass auch in dieser Hinsicht ein level playing field geschaffen wird. Aus Sicht der Fondsindustrie sind zwar aufgrund der "Umzugs-Aktion" ins FINIG nicht zu unterschätzende Transaktionskosten zu erwarten. Auf der anderen Seite wird es jedoch auch Liberalisierungen in einzelnen Bereichen geben. Insgesamt können die Auswirkungen von FIDLEG und FINIG auf das schweizerische Kollektivanlagenrecht mittel- und langfristig als positiv beurteilt werden.

Zürich, Oktober 2018

Dr. Armin Kühne
armin.kuehne@kellerhals-carrard.ch

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Kellerhals Carrard oder an die Autoren dieses Newsletters. Dieser Newsletter ist auf unserer Webseite www.kellerhals-carrard.ch auf Deutsch, Englisch, Französisch und Italienisch verfügbar.

Basel	Bern	Lausanne	Lugano	Sion	Zürich
Hirschgässlein 11	Effingerstrasse 1	Place Saint-François 1	Via Luigi Canonica 5	Rue du Scex 4	Rämistrasse 5
Postfach 257	Postfach	Postfach 7191	Postfach 6280	Postfach 317	Postfach
CH-4010 Basel	CH-3001 Bern	CH-1002 Lausanne	CH-6901 Lugano	CH-1951 Sion	CH-8024 Zürich
Tel. +41 58 200 30 00	Tel. +41 58 200 35 00	Tel. +41 58 200 33 00	Tel. +41 58 200 31 00	Tel. +41 58 200 34 00	Tel. +41 58 200 39 00
Fax +41 58 200 30 11	Fax +41 58 200 35 11	Fax +41 58 200 33 11	Fax +41 58 200 31 11	Fax +41 58 200 34 11	Fax +41 58 200 39 11