

Fintech in der Schweiz: FINMA lockert Anforderungen an Vermögensverwaltungsverträge im FINMA-Rundschreiben 2009/01

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA überprüft zurzeit die von ihr erlassenen Verordnungen und Rundschreiben auf die Benachteiligung gewisser Technologien. Dies geschieht vor dem Hintergrund, dass der technologische Fortschritt in der Finanzbranche nicht verhindert und die digitale Technologie gegenüber herkömmlichen Arbeitsmethoden nicht benachteiligt werden soll.

Am 3. März 2016 hat die FINMA das Rundschreiben 2016/07 «Video- und Online-Identifizierung» erlassen [\[LINK\]](#). Dieses ermöglicht die Einhaltung der Sorgfaltspflichten auch bei Aufnahme von Geschäftsbeziehungen über digitale Kanäle. Am 1. Juli 2016 hat sie das Rundschreiben 2009/01 «Eckwerte zur Vermögensverwaltung» geändert und ermöglicht damit den digitalen Abschluss von Vermögensverwaltungsverträgen [\[LINK\]](#). Die damit verbundenen Änderungen werden in dieser Publikation dargestellt.

I. Was ändert sich?

Bislang verlangte das FINMA-Rundschreiben 2009/01 Schriftlichkeit u.a. für die folgenden Dokumente:

- für den Vermögensverwaltungsvertrag mit dem Vermögensverwaltungskunden (Rz. 8 FINMA RS 2009/01);
- für die Vollmacht an den mit der Vermögensverwaltung Beauftragten (Rz. 19 FINMA RS 2009/01);
- für Aufzeichnungen über die Mitteilung an den Kunden, dass das Risikoprofil nicht mehr der aktuellen Situation des Kunden entspricht (Rz. 17 FINMA RS 2009/01).

Schriftlichkeit wurde von der FINMA in Ablehnung an Art. 13 OR als Dokument mit den handschriftlichen Unterschriften aller Parteien verstanden. Wohl hätte auch eine elektronische Signatur ausgereicht, die auf einem qualifizierten Zertifikat einer anerkannten Anbieterin von Zertifizierungsdiensten im Sinne des Bundesgesetzes über die elektronische Signatur beruht (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR; einfache Schriftlichkeit). Dies entspricht auch den Empfehlungen der ESTV für Verträge zur Verwaltung kollektiver Kapitalanlagen (Ziff. 5.2.1.3 MWST-Branchen-Info 14).

Neu ist, dass diese drei Dokumente auch «in anderer durch Text nachweisbaren Form» vorliegen können.

Keine Erleichterung gibt es für allfällige Delegationsverträge des Vermögensverwalters mit von ihm beigezogenen Dritten; für diese gilt nach wie vor das Schriftlichkeitsanforderungs (Rz. 20 FINMA RS 2009/01). Damit gelten für unabhängige Vermögensverwalter die gleichen Anforderungen wie für Banken (Rz. 51 FINMA-RS 2008/07 Outsourcing Banken) und für Fondsleitungen, SICAV, Vermögensverwalter KAG und Vertreter (Art. 66 Abs. 2 KKV-FINMA).

II. Was bedeutet «andere durch Text nachweisbare Form»?

Die FINMA hat die neuen Formvorschriften wohl absichtlich offen formuliert. Klar ist nur, dass die Form durch Text nachweisbar sein muss und dies nicht mehr zwingend Schriftlichkeit bedeutet. Damit lässt die FINMA auch die Weiterentwicklung aktueller Technologien zu. Unklar ist aber, was damit genau gemeint ist.

Ein ähnlicher Wortlaut findet sich in Art. 358 ZPO (Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht), Art. 21 Abs. 3 IPRG (in anderer Form durch Text nachweisbar) und in Art. 178 Abs. 1 IPRG (Form der Übermittlung, die den Nachweis der Vereinbarung durch Text ermöglicht). Bislang scheint sich das Bundesgericht erst in einem Urteil mit dieser Formvorschrift befasst zu haben. Dabei kam es zum Schluss, dass diese Form erfüllt ist, wenn die Textform gewahrt ist (4A_618/2015, E. 4.3).

Basierend auf diesen Ausführungen und ausgehend vom Zweck, neue Formen des Vertragsabschlusses zuzulassen, dürfte diese Formvorschrift u.E. verlangen, dass das Dokument in einem visuell dauerhaft wahrnehmbaren und körperlich reproduzierbaren Schriftbild vorliegen muss, dessen Absender genügend bestimmbar ist. Dem genügen bspw. E-Mail, Telefax, Telegramm, SMS und MMS (sofern ausdrückbar), nicht aber Voice Messages oder sich auflösende Mitteilungen wie Snapchat.

Diese Formvorschriften müssen von beiden Vertragsparteien eingehalten werden. Nicht genügend ist, wenn nur die eine Ver-

tragspartei diese Formschrift einhält und die andere Partei die Offerte zum Vertragsabschluss lediglich konkludent annimmt.

Damit dürften auch die Buchführungsvorschriften eingehalten sein. Diese verlangen nämlich, dass Buchungsbelege so aufzubewahren sind, dass der einer Buchung zugrundeliegende Geschäftsvorfall oder Sachverhalt jederzeit nachvollzogen werden kann. Dies kann auf Papier oder in elektronischer oder vergleichbarer Form erfolgen (Art. 957a Abs. 3 OR; Art. 3 GeBüV).

III. Wer ist direkt betroffen?

Das FINMA-RS 2009/01 richtet sich nicht direkt an Finanzinstitute. Vielmehr richtet es sich an Organisationen der Vermögensverwaltungsbranche, die ihre Verhaltensregeln als Mindeststandard anerkennen lassen wollen (Rz. 1 f. FINMA RS 2009/01). Somit ist kein Anbieter von Vermögensverwaltungsdienstleistungen von den vorliegenden Änderungen direkt betroffen. Jeder Anbieter hat vielmehr zu prüfen, ob die Branchenorganisation, welcher er angeschlossen ist, diese Änderungen umgesetzt hat. Erst wenn dies der Fall ist, kann er im Rahmen der Vorgaben seiner Selbstregulierungsorganisation (SRO) auf die Schriftlichkeit verzichten.

IV. Umsetzung der Erleichterung für unabhängige Vermögensverwalter

Die SROs sind in der Umsetzung dieser Vereinfachung sehr frei. Sie können dies sofort tun und brauchen die Anpassungen nicht von der FINMA genehmigen zu lassen. Sie haben aber der FINMA die geänderten Reglemente einzureichen (Rz. 34 FINMA RS 2009/01).

Die SROs dürften gut beraten sein, die Anforderungen an «die durch Text nachweisbare Form» in ihren Reglementen zu definieren. Ansonsten dürften die Konfusion und die Rechtsunsicherheit bei den einzelnen Vermögensverwaltern gross sein.

V. Umsetzung der Erleichterung für Banken

Für Banken bestimmen die Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge der Schweizerischen Bankiervereinigung (zur-

zeit vom Dezember 2013), dass der Vermögensverwaltungsvertrag der Schriftform bedarf (Art. 2). Die Ausführungsbestimmungen schreiben überdies vor, dass der Vermögensverwaltungsvertrag und allfällige Änderungen dessen der Unterschrift des Kunden bedürfen (Rz. 11 f. FINMA RS 2009/01). Verlangt ist also einfache Schriftlichkeit im Sinne von Art. 13 OR.

Somit dürfen auch Banken vom Schriftformerfordernis (und dem Erfordernis der Unterschrift) erst abweichen, wenn die Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge entsprechend angepasst sind.

VI. Umsetzung der Erleichterung für KAG-Institute

Die Medienmitteilung betreffend die Änderungen des Rundschreibens 2009/01 macht einen expliziten Vorbehalt gegenüber den Formvorschriften im Kollektivanlagenbereich und im allgemeinen Auftragsrecht. Bestimmungen aus dem Kollektivanlagenrecht (KAG, KKV, KKV-FINMA und der Selbstregulierungsvorschriften der SFAMA), welche die Schriftlichkeit für Vermögensverwaltungsverträge vorsehen, werden folglich nicht geändert. Im Einzelnen bedeutet dies:

- Vermögensverwaltungsverträge eines Vermögensverwalters kollektiver Kapitalanlagen mit seinen Kunden bedürfen nach wie vor der Schriftlichkeit. Als Kunden gelten sowohl eine Fondsleitung/SICAV wie auch individuelle Kunden (Art. 25 KKV).
- Damit die Zeichnung von Fondsanteilen durch ein Finanzinstitut oder einen Vermögensverwalter für seinen Vermögensverwaltungskunden nicht als Vertrieb nach KAG qualifiziert, bedarf

der Vermögensverwaltungsvertrag der Schriftlichkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c KAG). Dies dürfte die Tragweite der vorliegenden Änderungen stark einschränken.

- Beratungsverträge zwischen einem Finanzinstitut oder einem Vermögensverwalter und seinem Kunden bedürfen der Schriftlichkeit, damit die Beratung zur Zeichnung von Fondsanteilen nicht als Vertrieb qualifiziert (Art. 3 Abs. 3 Bst. b KKV).

Unter Schriftlichkeit im Sinne dieser Bestimmungen wird wohl die einfache Schriftlichkeit gemäss Art. 13 OR verstanden (siehe Ziff. I).

Als Regeln im Kollektivanlagenbereich gelten auch die Verhaltensregeln der Swiss Funds & Asset Management Association SFAMA (Code of Conduct, CoC). Sie verlangen Schriftlichkeit für die Vollmacht, gestützt auf welche ein KAG-Institut Vermögensverwaltung vornimmt (Rz. 22 CoC) und den Vermögensverwaltungsvertrag (Rz. 90, 101f. CoC, siehe auch Art. 25 KKV). Die SFAMA kann diese Verhaltensregeln an die geänderten Formvorschriften anpassen, aber nur in Bezug auf die Vollmacht (Rz. 22 CoC). Die Formvorschrift für den Vermögensverwaltungsvertrag muss in Art. 25 KKV geändert werden, welche Bestimmung wohl die einfache Schriftlichkeit im Sinne von Art. 13 OR verlangt.

VII. Würdigung

Ob der FINMA mit diesen Änderungen der grosse Wurf zur Förderung digitaler Technologien gelungen ist, muss sich erst noch weisen. Sicher ist dies jedenfalls nicht. Die Mitgliedschaft bei einer Branchenorganisation ist für unabhängige Vermögensver-

walter nicht zwingend, drängt sich jedoch auf, um für die Vermögensverwaltungskunden Fondsanteile ohne Einhaltung der KAG-Vertriebsvorschriften zeichnen zu können (Art. 3 Abs. 2 Bst. c KAG). Gerade für diese Verträge ist aber nach wie vor einfache Schriftlichkeit verlangt.

Kommt dazu, dass in einem allfälligen Zivilprozess die einfache Schriftlichkeit eine höhere Beweiskraft zukommen dürfte als z.B. einer E-Mail oder SMS.

Nicht ausgeschlossen ist aber, dass mit dieser neuen Formvorschrift der Weg für eine Technologie geebnet wird, die noch nicht entwickelt ist. Vor diesem Hintergrund sind die Änderungen des FINMA-Rundschreibens sehr begrüssenswert.

VIII. Übergangsbestimmungen

Diese Änderungen treten mit sofortiger Wirkung in Kraft. Es gibt keine Übergangsfrist.

Zürich, Juli 2016

Dr. Dominik Oberholzer, Rechtsanwalt
dominik.oberholzer@kellerhals-carrard.ch

Werner Schubiger, Rechtsanwalt
werner.schubiger@kellerhals-carrard.ch

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

Benjamin Marti, Rechtsanwalt
benjamin.marti@kellerhals-carrard.ch

Basel
Hirschgässlein 11
Postfach 257
CH-4010 Basel
Tel. +41 58 200 30 00
Fax +41 58 200 30 11

Bern
Effingerstrasse 1
Postfach
CH-3001 Bern
Tel. +41 58 200 35 00
Fax +41 58 200 35 11

Lausanne
Place Saint-François 1
Postfach 7191
CH-1002 Lausanne
Tel. +41 58 200 33 00
Fax +41 58 200 33 11

Sion
Rue du Scex 4
Postfach 317
CH-1951 Sion
Tel. + 41 58 200 34 00
Fax + 41 58 200 34 11

Zürich
Rämistrasse 5
Postfach
CH-8024 Zürich
Tel. +41 58 200 39 00
Fax +41 58 200 39 11