

SECA – Private Equity & Corporate Finance Conference 2016

Neuere Rechtsentwicklungen (Auswahl)

von Christian Koller

Rechtsanwalt, LL.M.



Überblick

- I. AIFM-D Vertriebspass für Schweizer Verwalter von AIF

- II. Vertreter- und Zahlstellenerfordernis unter E-FIDLEG

- III. Fondsvertriebsvergütung und Strafrecht

I. AIFM-D VERTRIEBSPASS FÜR CH-AIFM

1. Status

- 30. Juli 2015: ESMA empfiehlt grundsätzlich Ausdehnung des AIFM-D Passes auf Schweiz; CH-Bestimmungen zu Anlegerschutz, Marktstörungen, Wettbewerb und Überwachung der Systemrisiken seien genügend.
- 17. Dezember 2015: Europäische Kommission bittet ESMA um abschliessende Beurteilung auch zu weiteren Drittstaaten bis 30. Juni 2016.
- Nächster Schritt: Kommission soll delegierten Rechtsakt erlassen betr. Zeitpunkt der Ausdehnung des AIFMD-Passes auf Schweizer und weitere Vermögensverwalter aus Drittstaaten (Einwände des EU-Parlaments danach innerhalb von 3 Monaten möglich).
- NB: AIFM-D Vertriebspass gilt nur für Vertrieb an «**professionelle Anleger**».

I. AIFM-D VERTRIEBSPASS FÜR CH-AIFM

2. Zulassungsvoraussetzungen für CH-AIFM (1/2)

- Zulassung als Nicht-EU AIFM (von bestehender Zulassung in Drittstaat unabhängig).
- Vertriebszulassung für Nicht-EU AIF.
- Zulassungsantrag mit umfangreichen Informationen zu Nicht-EU AIFM / Nicht-EU AIF.
- Zulassungsantrag bei zuständiger Aufsichtsbehörde in Referenzmitgliedstaat («**RMS**»), die effektive Aufsicht über Nicht-EU AIFM sicherstellen muss.
- Bestellung eines Vertreters des Nicht-EU AIFM in RMS.
- RMS, Art. 37(4) AIFM-D: Kein Wahlrecht des AIFM, sondern Orientierung am Ort des Vertriebs. Bestimmungsrisiko des RMS liegt bei Nicht-EU AIFM.
- Für Nicht-EU AIFM gelten grundsätzlich die gleichen Zulassungskriterien und Ausnahmen (wie «de-minimis») wie für EU AIFM (Art. 6 ff. AIFM-D).

I. AIFM-D VERTRIEBSPASS FÜR CH-AIFM

2. Zulassungsvoraussetzungen für CH-AIFM (2/2)

Weitere Voraussetzungen (AIFM / AIF unabhängig):

- Kooperationsvereinbarungen zwischen Aufsichtsbehörden (insbes. zwecks Informationsaustausch):
 - RMS und Sitzstaat des Nicht-EU AIFM;
 - RMS und Sitzstaat des Nicht-EU AIF.
- Doppelbesteuerungsabkommen gemäss Standards Art. 26 OECD-Musterabkommen (Informationsaustausch bei Steuerangelegenheiten) zwischen:
 - RMS und Sitzstaat des Nicht-EU AIFM;
 - RMS und Sitzstaat des Nicht-EU AIF;
 - Sitzstaat Nicht-EU AIF und EU-Mitgliedstaaten, in welche vertrieben werden soll.
- Sitzstaaten des Nicht-EU AIFM und des Nicht-EU AIF stehen nicht auf der Liste der nicht kooperativen Länder der Arbeitsgruppe «Finanzielle Massnahmen gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung» (FATF).

II. VERTRETER- UND ZAHLSTELLE UNTER E-FIDLEG

1. Status Quo

- Ausl. Fonds, der in Schweiz vertrieben wird, muss Schweizer Vertreter und Zahlstelle benennen, Art. 120 KAG
- **Hauptaufgaben des Vertreters** von Kollektivanlagen beim Vertrieb an qualifizierte Anleger:
 - Vertretung des ausl. Fonds gegenüber Anlegern und FINMA (Art. 124 (1) KAG);
 - Sicherstellung, dass massgebliche Fondsdokumente beim Vertreter bezogen werden können (insbes. Prospekt) und dass diese über Herkunft der Kollektivanlagen, Vertreter, Zahlstelle, Gerichtsstand und Ort, wo Jahres- und Halbjahresberichte eingefordert werden können, informieren;
 - Abschluss von Vertriebsverträgen mit Vertriebsträger, Art. 131a (1) KKV / 30a KKV;
 - Überwachung des Vertriebsträgers gemäss SFAMA-Richtlinie für Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen.
- **Aufgabe Zahlstelle:** Ausgabe und Rücknahme der Anteile (Art. 121 (2) KAG). In der Praxis untergeordnete Rolle, da Zahlungen in den allermeisten Fällen direkt über Depotbank / Transfer Agent abgewickelt werden.

II. VERTRETER- UND ZAHLSTELLE UNTER E-FIDLEG

2. Ausblick FIDLEG / FINIG

- **Vorschlag Bundesrat:**
 - Vertreter- und Zahlstellenfunktion gemäss E-FIDLEG nur noch nötig beim Vertrieb ausländischer Fonds an nicht-qualifizierte Anleger und vermögende Privatpersonen.
 - Keine Vertreter- und Zahlstellenfunktion mehr beim Vertrieb an:
 - öffentlich-rechtliche Körperschaften, Vorsorgeeinrichtungen und private Unternehmen, jeweils mit **professioneller Tresorerie** (10 (3) (c)/(d) KAG);
 - Vermögensverwalter FINIG
- **Unklarheiten:** Was gilt, wenn ein professioneller Kunde vor oder nach Vertriebshandlung für Status als Privatkunde optiert → Vertreter- und Zahlstellenerfordernis?
- Vertreter- und Zahlstellenerfordernis wurde für ausl. Fonds, die in CH nur an qualifizierte Anleger vertrieben werden, erst gerade mit KAG-Revision 2013 eingeführt.
- **Kritik aus Branche:** Rechtsunsicherheit, Reduktion des Anlegerschutzes, gegen internationalen Regulierungstrend (insbes. AIFM-D) etc.

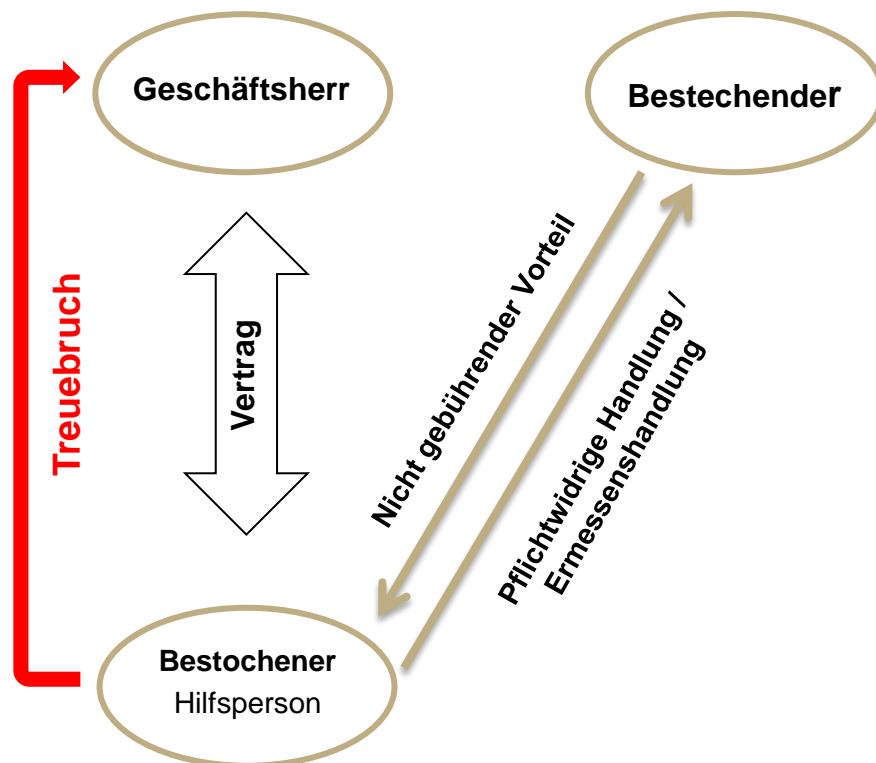
III. VERTRIEBSVERGÜTUNGEN UND STRAFRECHT

1. Ausgangslage

- Konstellation: Fondsanbieter bezahlt Distributor volumenabhängige Vertriebsgebühr
- Regelungsebenen
 - Privatrecht:
 - Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber (Art. 400 OR);
 - Verzicht des Kunden auf Weiterleitung von Vertriebsvergütungen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsrechnung.
 - Aufsichtsrecht: KAG / SFAMA-Transparenzrichtlinie: «Offenlegung».
 - Strafrecht: Privatbestechung , ungetreue Geschäftsbesorgung, Veruntreuung, Betrug?
 - **Privatbestechung:** Seit 1. Juli 2016 in Art. 322^{octies} ff. StGB geregelt → Offizialdelikt (früher Antragsdelikt gemäss UWG).

III. VERTRIEBSVERGÜTUNGEN UND STRAFRECHT

2. Privatbestechung: Grundkonstellation



- **Geschäftsherr:** «Privater Sektor»
- **Bestochener:**
 - Arbeitnehmer, Beauftragter, andere „Hilfsperson“, inkl. Organe → Treuepflicht
 - **Nicht:** Geschäftsherr selbst (Rabattgewährung)
- **Nicht gebührender Vorteil:**
 - Bestochener hat auf materiell oder immateriellen Vorteil keinen Anspruch
 - Ausnahmen: **Genehmigte / geringfügige** und **sozial üblich** Vorteile

III. VERTRIEBSVERGÜTUNGEN UND STRAFRECHT

2. Privatbestechung: Nicht gebührender Vorteil

- Nicht **gebührender Vorteil** wird für pflichtwidrige oder im Ermessen des Bestochenen stehende Handlung oder Unterlassung angeboten / gefordert → **Treuebruch**
 - **Pflichtwidrigkeit**: Handlung / Unterlassung widerspricht Interessen des Geschäftsherren (z.B.: Verletzung von Sorgfalts- und Treuepflichten).
 - **Ermessenshandlung**:
 - Ermessensfehler ist nicht nötig;
 - Lehre: «erheblicher» Ermessensspielraum;
 - Tatbestand auch bei Wahl gleichwertiger Offerten, nicht aber bei der Wahl der besten Offerte; dann liegt ev. versuchte aktive Bestechung vor.
 - **Äquivalenz** zwischen Vorteil und geschäftlichem Verhalten: „**Do ut des**“ → Vorteil darauf gerichtet, dass Pflichtwidrigkeit begangen bzw. Ermessen zugunsten des Bestechenden ausgeübt werden soll.

III. VERTRIEBSVERGÜTUNGEN UND STRAFRECHT

2. Privatbestechung: Tathandlungen

- **Aktive Privatbestechung:** Anbieten, Versprechen, Gewähren eines nicht gebührenden Vorteils
- **Passive Privatbestechung:** Fordern, sich Versprechen lassen, oder Annehmen eines nicht gebührenden Vorteils
- Aktive / passive Bestechung: Von einander **unabhängige** Delikte



III. VERTRIEBSVERGÜTUNGEN UND STRAFRECHT

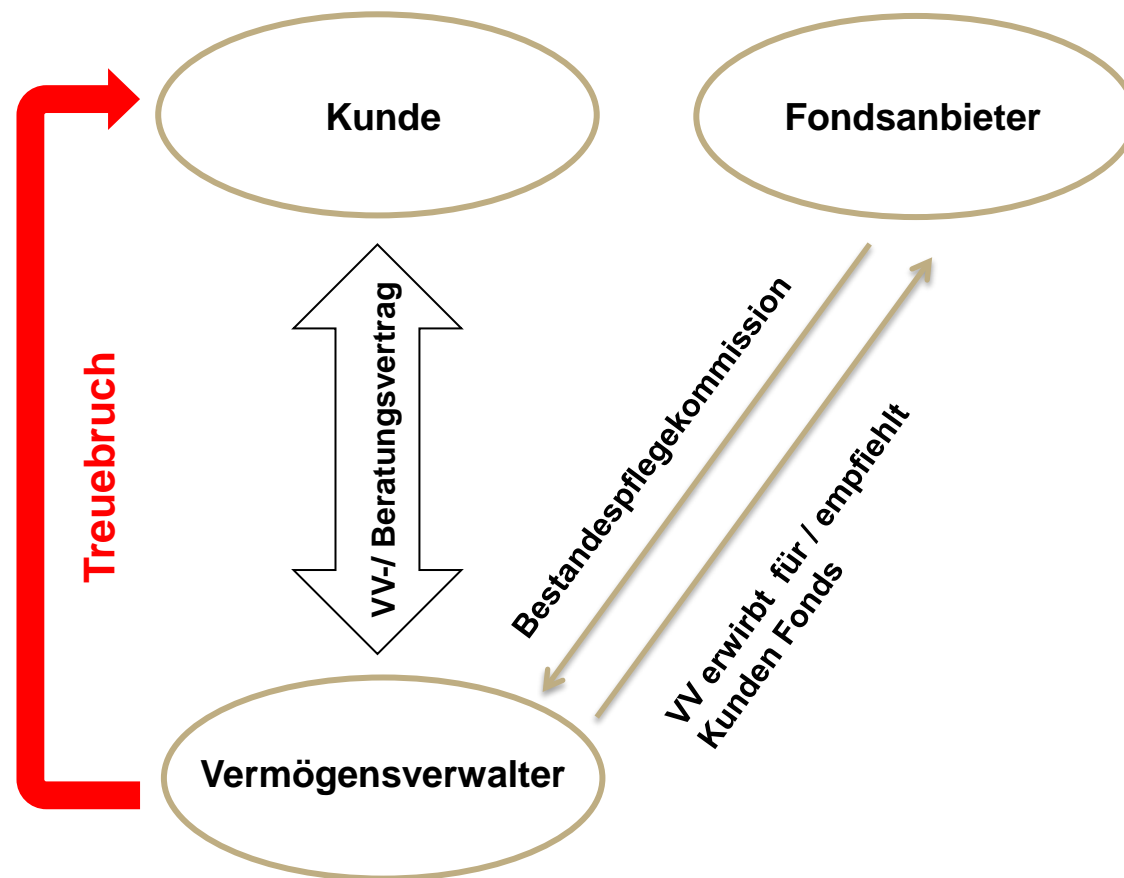
2. Privatbestechung: Rechtsfolgen

Strafrechtliche Verantwortung bei Vorsatz / Eventualvorsatz

- Freiheitsstrafe von bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe
- **Unternehmensstrafbarkeit** im Rahmen der aktiven Privatbestechung, 102 (2) StGB:
 - **Organisationsmangel** ;
 - Busse nach Schwere der Tat und des Organisationsmangels.

III. VERTRIEBSVERGÜTUNGEN UND STRAFRECHT

2. Privatbestechung: Fondsvertrieb



III. VERTRIEBSVERGÜTUNGEN UND STRAFRECHT

2. Privatbestechung: Fondsvertrieb

- Privater Sektor.
- **Treuepflicht** des Vermögensverwalters / Beraters gegenüber dem Kunden.
- **Ermessensentscheid** des Vermögensverwalters / Beraters bei Produktwahl;
Produktempfehlung als Tathandlung?
- Nicht gebührender **Vorteil**, es sei denn Kunde habe Vorteil genehmigt.
- Anforderung an **Genehmigung**: qualifizierte Verzichtsanforderungen gemäss Bundesgerichtspraxis oder konkludenter Verzicht infolge Offenlegung? Konkludente Genehmigung sollte genügen zwecks Vermeidung von Widersprüchen mit Aufsichtsrecht (Art. 34 Abs. 2^{bis} KKV und SFAMA-Transparenz-RL).
- „**Do ut des**“ → Austauschverhältnis zwischen Vorteil und angestrebtem Verhalten, d.h. Bestandespflegekommission beeinflusst Produktwahl.

III. VERTRIEBSVERGÜTUNGEN UND STRAFRECHT

2. Privatbestechung: Fondsvertrieb

- **Risiken**
 - Vermögensverwalter / Berater: Passive Bestechung.
 - Mitarbeiter Fondsanbieter: Aktive Bestechung.
 - Fondsanbieter als juristische Person: Bestrafung nach 102 (2) StGB bei Organisationsmangel.
- **Risikominimierung**
 - Vermögensverwalter / Berater: Einholung eines gültigen Kundenverzichts vs. Offenlegung; Offenlegung für Abwehr zivilrechtlicher Ansprüche aber nicht ausreichend.
 - Mitarbeiter Fondsanbieter / Fondsanbieter:
 - Waterproof: Prüfung des Kundenverzichts auf Übereinstimmung mit Rechtsprechung;
 - Verpflichtung des Vermögensverwalters zur Weitergabe oder zur Einholung eines gültigen Kundenverzichts (Eventualvorsatz, falls Kundenverzicht nicht gültig sein sollte?);
 - Offenlegung im Einklang mit Aufsichtsrecht, was zur Vermeidung der Strafbarkeit genügen sollte.

III. VERTRIEBSVERGÜTUNGEN UND STRAFRECHT

3. Weitere mögliche Straftatbestände

- **Ungetreue Geschäftsbesorgung, Art. 158 StGB**
 - Wer damit betraut ist, Vermögen eines anderen zu verwalten und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird, macht sich strafbar.
 - Tatbestandsvoraussetzungen an sich erfüllt, wenn Vermögensverwalter / Berater Bestandespflegekommissionen einbehält, ohne dass Kunde gültig darauf verzichtete. Ein Teil der Lehre sieht den Tatbestand schon dann erfüllt, wenn Vermögensverwalter / Berater den Kunden über die Vergütung nicht informiert.
 - Anderer Teil der Lehre: Tatbestand ist erst erfüllt, wenn sich Vermögensverwalter / Berater in der Geschäftsführung ungebührlich beeinflussen lässt.
- **Veruntreuung, 138 StGB**
 - Bestraft wird die unrechtmässige Verwendung anvertrauter Vermögenswerte. Bestandespflegekommissionen sind nicht anvertraut.
- **Betrug, Art. 146 StGB**
 - Arglistiges Irreführen als Tatbestandsvoraussetzung; Arglist üblicherweise nicht gegeben.

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!



Kontakt

Christian Koller, LL.M. / Partner

Blum&Grob Rechtsanwälte AG

Neumühlequai 6 | Postfach 3954

CH-8021 Zürich

T +41 58 320 00 00 | F +41 58 320 00 01

E-mail c.koller@blumgrob.ch | www.blumgrob.ch