



Thomas Jutzi und Ksenia Wess*

Der Vertriebsvertrag für kollektive Kapitalanlagen unter dem FIDLEG



Inhaltsübersicht

- I. Einleitung: Neues regulatorisches Umfeld
- II. Vertriebsvertrag unter aKAG
- III. Vertriebsvertrag unter FIDLEG
 1. Gesetzliche Grundlagen für die Aufgabenübertragung
 2. Selbstregulierung
 3. Steuerrechtliche Aspekte
- IV. Inhaltlicher Vergleich
 1. Haupt- und Gegenleistungspflicht
 2. Bewilligungs- bzw. Registrierungsstatus des Auftragnehmers
 3. Organisation des Auftragnehmers
 4. Informationspflicht bei Änderungen der Organisation
 5. Verhaltenspflichten
 - 5.1. Verhaltenspflichten nach aKAG/SFAMA-Mustervertriebsvertrag
 - 5.2. Verhaltenspflichten nach FIDLEG/AMAS-Mustervertriebsvertrag
 6. Entgegennahme von Zahlungen
 7. Kostentransparenz und Entgegennahme von Entschädigungen
 8. Überwachung und Prüfung
- V. Fazit

I. Einleitung: Neues regulatorisches Umfeld

Das am 1. Januar 2020 in Kraft getretene FIDLEG schaffte sowohl für die Erbringung von Finanzdienstleistungen als auch für das Anbieten von Finanzinstrumenten ein neues regulatorisches Umfeld. Zentral ist, dass mit den Begriffen des Angebots¹, der Finanzdienstleistung² und der Werbung³ nun sämtliche Konstellationen des früheren Vertriebs⁴ von Finanzinstrumenten –

und somit auch von kollektiven Kapitalanlagen⁵ – erfasst werden und der Vertriebsbegriff des aKAG⁶ aufgehoben wurde⁷. Damit waren auch Neuerungen für den Beizug Dritter zum Absatz von Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen verbunden. Nach aKAG wurden Personen, die durch Bewilligungsträger des aKAG zum Vertrieb von Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen beigezogen wurden, als Vertriebsträger qualifiziert⁸. Sie bedurften – jedenfalls beim Publikumsvertrieb von (schweizerischen und ausländischen) kollektiven Kapitalanlagen – stets einer Vertriebsträgerbewilligung (oder einer höheren Bewilligung) der FINMA^{9,10} und unterlagen den allgemeinen und besonderen Bewilligungsvoraussetzungen sowie Anforderungen an den Geschäftsbetrieb. Eine wichtige Voraussetzung für die Erteilung der Bewilligung war der Abschluss eines schriftlichen Vertrags mit der Fondsleitung, der SICAV, der KmGK oder der SICAF¹¹.

⁵ Vgl. Art. 3 lit. a Ziff. 3 FIDLEG.

⁶ Art. 3 Abs. 1 aKAG.

⁷ Eingehend zur Erfassung der Vertriebshandlungen durch die neuen Begriffe des Angebots, der Finanzdienstleistung und der Werbung durch das FIDLEG JUTZI/WESS (FN 4), 315 ff.

⁸ Eingehend zu den Vertriebsträgern unter aKAG JUTZI/WESS (FN 4), 323 f.

⁹ Im Übrigen war die aufsichtsrechtliche Erfassung der Vertriebsträger davon abhängig, um welche kollektive Kapitalanlage (schweizerische oder ausländische) es sich handelte und an welche Kundenkategorien der Vertrieb erfolgte. Der Publikumsvertrieb ausländischer kollektiver Kapitalanlagen war an die Genehmigung der kollektiven Kapitalanlage geknüpft (Art. 120 aKAG). Dazu musste für die in der Schweiz vertriebenen Anteile unter anderem ein Vertreter bezeichnet werden (Art. 120 Abs. 2 lit. d aKAG). Dieser unterstand ebenfalls der Bewilligung (Art. 13 Abs. 2 lit. g aKAG). Als Teil der Bewilligungskaskade von Art. 8 aKKV waren die Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen jedoch von der Bewilligung als Vertriebsträger befreit. Ausländische kollektive Kapitalanlagen, die in der Schweiz ausschliesslich an qualifizierte Anleger vertrieben wurden, unterlagen zwar keiner Genehmigung, jedoch war auch hier die Bezeichnung eines Vertreters erforderlich (Art. 120 Abs. 4 i.V.m. Abs. 2 lit. d aKAG). Zudem mussten vertreibende Personen in der Schweiz oder im Sitzstaat angemessen beaufsichtigt werden (Art. 19 Abs. 1^{bis} aKAG). Bei Personen mit Sitz im Ausland waren hierfür eine Zulassung in ihrem Sitzstaat und ein schriftlicher Vertriebsvertrag mit einem Vertreter erforderlich. Der Vertriebsvertrag musste die Anwendung schweizerischen Rechts vorsehen (Art. 30a aKKV i.V.m. Art. 131a aKKV), vgl. zum Ganzen JUTZI/WESS (FN 4), 313 f. m.w.H.

¹⁰ Art. 13 Abs. 1 und 2 lit. g aKAG sowie Art. 8 aKKV.

¹¹ Art. 24 Abs. 2 aKAG i.V.m. Art. 30 Abs. 1 lit. c aKKV.

* THOMAS JUTZI, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern, Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern; KSENIA WESS, Dr. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin (Postdoc) am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern.

Die Autoren danken Dr. iur., LL.M. und Advokatin Diana Imbach Haumüller, MLaw und Advokat Quirin Meier sowie MLaw Andri Abbühl für ihre kritische Durchsicht und die wertvollen Hinweise.

¹ Art. 3 lit. g FIDLEG.

² Art. 3 lit. c FIDLEG.

³ Art. 95 Abs. 1 FIDLEV.

⁴ Zum Vertriebsbegriff aus rechtsökonomischer Perspektive vgl. THOMAS JUTZI/KSENIA WESS, «Vertrieb» kollektiver Kapitalanlagen unter dem FIDLEG, AJP 2022, 310 ff., 310 f.

Die Abschaffung des Vertriebsbegriffs führte zur Regulierung der Vertriebsträgertätigkeit. Die mit dem Absatz von Finanzinstrumenten befassten natürlichen Personen werden vom FIDLEG zwar als Kundenberater¹² erfasst; sie unterliegen jedoch keiner Bewilligungspflicht. Sie müssen sich allerdings grundsätzlich in ein Beraterregister eintragen lassen und hierfür bestimmte formelle und materielle Voraussetzungen einhalten^{13,14}. Neu besteht unter dem FIDLEG keine explizite gesetzliche Verpflichtung mehr, für den Beizug Dritter beim Absatz von kollektiven Kapitalanlagen schriftliche «Vertriebsverträge» mit einem zwingend vorgegebenen Inhalt abzuschliessen. Gleichwohl ist der Abschluss solcher Verträge in der Praxis erforderlich.

Nachfolgend analysieren die Autoren im Detail die mit dem FIDLEG-Rechtsrahmen verbundenen Neuerungen für die Vertriebsvertragspraxis.

II. Vertriebsvertrag unter aKAG

Unter dem aKAG bildete der Vertriebsvertrag nach Art. 24 Abs. 2 aKAG die Voraussetzung für die Übertragung der Vertriebshandlungen durch die aKAG-Bewilligungsträger (d.h. durch die Fondsleitung, die SICAV, die KmGK, die SICAF oder den Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen) an Vertriebsträger und (damit) zugleich für die Vertriebsträgerbewilligung; insofern wurde das Vorliegen des Vertriebsvertrags durch die FINMA präventiv kontrolliert. Das Rechtsverhältnis zwischen Anleger und Vertriebsträger war hingegen weitgehend durch die von der SFAMA (Swiss Funds & Asset Management Association)¹⁵ publizierten und von der FINMA als Mindeststandards anerkannten Regularien geprägt¹⁶. Zugleich konnte zwischen Anleger und Vertriebsträger ebenfalls ein (privatrechtliches) Vertragsverhältnis bestehen, welches jedoch i.d.R. nicht im direkten Zusammenhang mit dem Vertriebsauftrag der Anteile an kollektiven Kapitalanlagen stand.

Der Vertriebsvertrag zwischen einem aKAG-Bewilligungs- und dem Vertriebsträger war schriftlich abzuschliessen¹⁷. In inhaltlicher Sicht war einzig erforderlich,

dass dem Vertriebsträger ausdrücklich untersagt wurde, Zahlungen zum Erwerb von Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen entgegenzunehmen¹⁸. Im Übrigen waren die Parteien bei der Ausarbeitung der Vertriebsverträge grundsätzlich frei, auch wenn die Gestaltungsfreiheit faktisch dadurch eingeschränkt wurde, dass die FINMA bei Vertriebsträgerbewilligungsgesuchen verlangte, dass die Vertriebsverträge materiell dem jeweils gültigen Mustervertriebsvertrag der SFAMA entsprachen¹⁹.

Die SFAMA verfasste im Jahr 2014 zwei Mustervertriebsverträge (bzw. überarbeitete den alten Mustervertriebsvertrag aus dem Jahr 2001), welche inhaltlich die Vertriebsvereinbarungen betreffend den Vertrieb an qualifizierte Anleger einerseits und nicht qualifizierte Anleger (nachfolgend: SFAMA-Mustervertriebsvertrag NQI) andererseits betrafen. Gemäss SFAMA waren die Vertriebsverträge ausschliesslich auf der Grundlage der jeweils gültigen Mustervertriebsverträge abzuschliessen²⁰. Zudem galten die im Anhang zur SFAMA-Richtlinie Vertrieb 2014 enthaltenen Bestimmungen als integraler Bestandteil der Vertriebsverträge; die auftraggebenden aKAG-Bewilligungsträger hatten die Vertriebsträger nämlich dazu zu verpflichten, die im Anhang aufgeführten Bestimmungen für die Vertriebsträger dauernd einzuhalten²¹. Dadurch konnten die Vertriebsregeln der SFAMA gegenüber den Vertriebsträgern indirekt eine aufsichtsrechtliche Wirkung entfalten, da die Einhaltung dieser Bestimmungen auch einer jährlichen Prüfpflicht unterstand.

III. Vertriebsvertrag unter FIDLEG

1. Gesetzliche Grundlagen für die Aufgabenübertragung

Die Rechtsquellen für die Aufgabenübertragung finden sich zunächst im FINIG, namentlich in Art. 14 im Allgemeinen sowie Art. 27 resp. Art. 35 Abs. 1 im Besonderen betreffend Verwalter von Kollektivvermögen resp. Fondsleitungen²². Diese Bestimmungen beziehen sich grundsätzlich auf die Übertragung der selbstständigen und dauerhaften Wahrnehmung *wesentlicher* Aufga-

¹² Art. 3 lit. e FIDLEG.

¹³ Art. 28 Abs. 1 FIDLEG.

¹⁴ Eingehend zu den Kundenberatern unter FIDLEG vgl. JUTZI/WESS (FN 4), 324 f.

¹⁵ Heute: Asset Management Association Switzerland (AMAS).

¹⁶ Für den Vertrieb waren die Richtlinie der SFAMA für den Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen vom 22. Mai 2014 (nachfolgend: SFAMA-RL Vertrieb 2014) sowie die Richtlinie für Pflichten im Zusammenhang mit der Erhebung von Gebühren und der Belastung von Kosten sowie deren Verwendung (Transparenzrichtlinie) vom 22. Mai 2014 (nachfolgend: SFAMA-RL Transparenz 2014) massgeblich. Überblick über die einzelnen Regeln und Richtlinien der SFAMA bei BSK KAG-PFENNINGER/NÜESCH, Art. 20 N 35.

¹⁷ Art. 30 Abs. 1 lit. c aKKV.

¹⁸ Ebenda.

¹⁹ Nach Art. 14 Abs. 2 aKAG konnte die FINMA die Bewilligungserteilung vom Einhalten der Verhaltensregeln der Branchenorganisation abhängig machen. Auch nach Art. 30 Abs. 3 aKKV konnte die FINMA die Bewilligung davon abhängig machen, ob der Vertriebssträger Richtlinien einer Branchenorganisation untersteht.

²⁰ SFAMA-RL Vertrieb 2014, Rz. 21.

²¹ SFAMA-RL Vertrieb 2014, Rz. 4 und 21 f.

²² Zudem statuiert Art. 36 Abs. 3 KAG für die SICAV, dass sie die Anlageentscheide nur an Personen übertragen darf, die über eine für diese Tätigkeit erforderliche Bewilligung verfügen; auch sind Art. 14 sowie Art. 35 FINIG sinngemäss anzuwenden.

ben²³. Die wesentlichen Aufgaben werden für die einzelnen Finanzinstitute auf Verordnungsstufe definiert²⁴. Als wesentlich gelten grundsätzlich Vermögensverwaltung sowie die damit verbundene Übertragung der Anlageentscheide und des Risikomanagements. Nicht dazu zählt die Vertriebs- bzw. die Absatztätigkeit, welche de lege lata durch die Begriffe der Finanzdienstleistung, der Werbung und des Anbietens erfasst wird²⁵.

Eine Ausnahme besteht jedoch bei den Fondsleitungen: Nach Art. 33 Abs. 4 FINIG ist der Hauptzweck der Fondsleitung die Ausübung des Fondsgeschäfts, d.h. unter anderem das Anbieten von Anteilen des Anlagefonds²⁶. Mithin bildet Art. 14 i.V.m. Art. 33 Abs. 4 FINIG die Grundlage für die Delegation des Absatzes von Fondsanteilen durch Fondsleitungen an Absatzmittler; entsprechend dem Wortlaut von Art. 33 Abs. 4 FINIG ist jedoch einzig der Absatz im Rahmen von *Angeboten* erfasst. Demzufolge müssen die Fondsleitungen sicherstellen, dass die Delegationsempfänger über die notwendigen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen sowie über die erforderlichen Bewilligungen verfügen; zudem unterliegen sie einer Instruktions- und Überwachungspflicht²⁷. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang zudem Art. 17 FINIV, welcher unter anderem eine schriftliche oder andere, den Nachweis durch Text ermöglichende Vereinbarung verlangt.

Im Übrigen können nach Art. 23 Abs. 1 FIDLEG Finanzdienstleister für die Erbringung von Finanzdienstleistungen Dritte beiziehen. Gemäss Botschaft zum Gesetzesentwurf gilt als Beizug eines Dritten «unter anderem die Delegation von Tätigkeiten an Dritte oder die Zusammenarbeit mit Vermittlern und Vertriebssträgern beim Vertrieb von Finanzinstrumenten»²⁸. Dabei besteht jedoch insofern eine terminologische Unklarheit, als Art. 23 FIDLEG auf *Finanzdienstleister* abstellt, m.a.W. auf Personen, die Finanzdienstleistungen tatsächlich erbringen und nicht nur erbringen könnten/dürften. Fondsleitungen bzw. andere Träger kollektiver Kapitalanlagen erbringen jedoch genuin keine Finanzdienstleistungen i.S.d. FIDLEG, sodass sie nicht dem

Geltungsbereich des FIDLEG unterstehen²⁹: Der Begriff der Vermögensverwaltung als Finanzdienstleistung i.S.v. Art. 3 lit. c Ziff. 3 FIDLEG bezieht sich ausschliesslich auf die Verwaltung individueller Vermögen, die gestützt auf individuelle Aufträge und entsprechend individueller Anlagestrategie betrieben wird³⁰. Die Verwaltung kollektiver Vermögen stellt somit keine Finanzdienstleistung i.S.d. FIDLEG dar, wenn auch auf diese einzelne FIDLEG-Bestimmungen (z.B. zum Prospekt sowie Basisinformationsblatt) anwendbar sind. Im Übrigen fallen kollektive Kapitalanlagen bzw. ihre Träger dann unter das FIDLEG, wenn sie die Anteile direkt absetzen³¹. Wenn also Träger von kollektiven Kapitalanlagen im Direktvertrieb am «Point of Sale» auf der Grundlage von individuellen Mandaten tätig werden, sind sie unter Umständen als Finanzdienstleister (mit sich daraus ergebenden Organisations- und Verhaltenspflichten) zu qualifizieren^{32,33}. Beim indirekten, d.h. an externe Partner delegierten³⁴ Vertrieb trifft die auftraggebenden Träger kollektiver Kapitalanlagen gegenüber den Kunden hingegen keine Verantwortung für die Einhaltung der gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten durch den von ihm beauftragten Absatzmittler; zwischen dem Träger kollektiver Kapitalanlage und dem Kunden des Absatzmittlers entsteht auch keine Kundenbeziehung i.S.d. FIDLEG, sodass insbesondere die Bestimmungen über den Beizug Dritter und Dienstleisterketten (Art. 23 f. FIDLEG) nicht anwendbar sind³⁵.

Es kann festgehalten werden, dass mit FIDLEG und FINIG und dem Wegfall der Vertriebssträgerbewilligung keine aufsichtsrechtliche Norm existiert, welche den Bei-

²³ Art. 15 Abs. 1 FINIV. Vgl. dazu SK FINIG-GRÜNEWALD, Art. 14 N 14 ff.

²⁴ Vgl. Art. 15 Abs. 2 FINIV i.V.m. Art. 26 FINIG resp. Art. 32, Art. 33 Abs. 4 und Art. 34 FINIG.

²⁵ Eingehend zur Erfassung der Vertriebshandlungen durch die neuen Begriffe des Angebots, der Finanzdienstleistung und der Werbung durch das FIDLEG JUTZI/WESS, (FN 4), 315 ff.

²⁶ Nach Art. 15 Abs. 2 lit. c FINIV zählen die Aufgaben nach Art. 32, 33 Abs. 4 und 34 FINIG zu wesentlichen Aufgaben der Fondsleitung; eingehend zu den zulässigen Tätigkeiten der Fondsleitung vgl. SK FINIG-GIGER/SCHMID, Art. 33 N 14 ff.

²⁷ Art. 14 Abs. 1 FINIG.

²⁸ Botschaft des Bundesrates vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), BBl 2015 8901 ff. (zit. Botschaft FIDLEG/FINIG 2015), 8964 (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁹ Vgl. FRANÇOIS RAYROUX, 3. Kapitel: Asset Manager als Finanzdienstleister, in: Rayroux/Imbach Haumüller (Hrsg.), Asset Management im neuen regulatorischen Umfeld, Basel 2021, 57 ff., Rz. 218. Gemäss SFAMA genügt für die Geltung als Finanzdienstleister nicht, «wenn ein entsprechendes Finanzinstitut theoretisch eine Finanzdienstleistung i.S.v. Art. 3 lit. c FIDLEG erbringen dürfte, sondern es bedarf tatsächlich der Erbringung einer solchen Finanzdienstleistung. [...] Erbringt eine Fondsleitung jedoch neben dem Fondsgeschäft im erwähnten Sinne weitere Dienstleistungen, wie insbesondere individuelle Anlageberatung, Vermögensverwaltung für Dritte oder den reinen Fondsvertrieb, so stellen diese Tätigkeiten eine Finanzdienstleistung dar und die Pflichten des FIDLEG kommen zur Anwendung», vgl. SFAMA, «Frequently Asked Questions» zum Thema Finanzdienstleistungs- und Finanzinstitutsgesetz (FIDLEG/FINIG) vom 23. Dezember 2019 (zit. SFAMA, FAQ FIDLEG/FINIG 2019), 4.

³⁰ Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG 2015, 9025; SK FIDLEG-SETHE/AGGTELEKY, Art. 3 lit. c N 109 f.

³¹ SK FIDLEG-SETHE/AGGTELEKY, Art. 3 lit. c N 110.

³² Vgl. SFAMA, FAQ FIDLEG/FINIG 2019, 4 f.; DIANA IMBACH HAUMÜLLER, 3. Kapitel: Asset Manager als Finanzdienstleister, in: Rayroux/Imbach Haumüller (Hrsg.), Asset Management im neuen regulatorischen Umfeld, Basel 2021, 57 ff., Rz. 279.

³³ Auch wenn Träger kollektiver Kapitalanlagen die Anteile (öffentlich) anbieten, unterstehen sie dem FIDLEG (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. c FIDLEG) und haben Produktdokumentationspflichten (Prospekt und Basisinformationsblatt) zu beachten.

³⁴ JUTZI/WESS (FN 4), 311.

³⁵ AMAS, Muster für einen Auftrag betreffend Förderung des Absatzes von kollektiven Kapitalanlagen in der Schweiz vom 27. August 2021 (zit. AMAS-Mustervertriebsvertrag), S. 5.

zug von Dritten zur Förderung des Absatzes von Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen regeln würde. Insofern besteht auch keine explizite gesetzliche Verpflichtung mehr, bei der Übertragung der entsprechenden Absatztätigkeiten an Dritte schriftliche Vertriebsverträge bzw. Absatzmittlerverträge abzuschliessen³⁶.

2. Selbstregulierung

Trotz eines fehlenden expliziten gesetzlichen Erfordernisses soll gemäss den aktualisierten AMAS-Verhaltensregeln von 2021 (in Kraft seit 2022) für den Beizug von Dritten zur Förderung des Absatzes von Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen gleichwohl eine entsprechende schriftliche Vereinbarung zwischen den Trägern der kollektiven Kapitalanlagen und den Absatzmittlern notwendig sein³⁷. Solche Vereinbarungen drängen sich nach Ansicht der AMAS «aus zivil- und steuerrechtlicher Sicht sowie mit Blick auf gewisse instituts- und fonds-spezifische Pflichten nach FINIG und/oder KAG zur Sicherstellung einer angemessenen Organisation» auf³⁸. Die Vereinbarung soll dem Standard in der Schweiz oder einem international anerkannten Standard entsprechen³⁹. Vor diesem Hintergrund hat die AMAS am 27. August 2021 ein neues «Muster für einen Auftrag betreffend Förderung des Absatzes von kollektiven Kapitalanlagen in der Schweiz» erstellt⁴⁰. Während die SFAMA zuvor zwei Mustervertriebsverträge einerseits für nicht qualifizierte und andererseits für qualifizierte Anleger vorsah, wird mit dem neuen AMAS-Mustervertriebsvertrag nun ein Muster für sämtliche Anlegerkategorien zur Verfügung gestellt. Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass nach Abschaffung des Vertriebsbegriffs des aKAG sowie der Einführung des neuen Konzepts durch das FIDLEG auch die Unterscheidung zwischen Vertriebshandlungen gegenüber qualifizierten und nicht qualifizierten Anlegern dahingefallen ist⁴¹.

Die SFAMA-Mustervertriebsverträge aus dem Jahr 2014 regelten den «Vertrieb» (d.h. das Angebot und die Werbung) von kollektiven Kapitalanlagen in der Schweiz; hingegen betrifft der AMAS-Mustervertriebsvertrag – trotz der vereinzelt Verwendung des Verbs «vertreiben»⁴² – gemäss seinem Titel nun die «Förderung des Absatzes von kollektiven Kapitalanlagen in der Schweiz». M.a.W. werden sämtliche Konstellationen des

FIDLEG, die auf den Absatz von Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen gerichtet sind – d.h. das Angebot, die Finanzdienstleistung und die Werbung – erfasst⁴³. Nach wie vor handelt es sich dabei um eine grosse Palette von Vertriebshandlungen⁴⁴; dabei regelt der AMAS-Mustervertriebsvertrag im Gegensatz zu bisherigen SFAMA-Mustervertriebsverträgen nicht die Vertriebsaktivität selbst, sondern übernimmt im Wesentlichen die Vorgaben des FIDLEG.

Die FINMA hat am 28. September 2021 die angepasste Selbstregulierung als Mindeststandard anerkannt. Infolgedessen ist fraglich, ob daraus eine Verpflichtung zum Abschluss der Absatzförderungsverträge für die gesamte Branche abgeleitet werden kann. Dies hängt von der Beantwortung der Frage ab, welchen Charakter man der als Mindeststandard anerkannten Selbstregulierung beimisst. Dabei geht es im Wesentlichen um die Frage, ob diese Mindeststandards objektive Rechtsnormen darstellen oder ob sie als (blosse) private Vereinbarungen (Auslegungshilfe) zu qualifizieren sind⁴⁵.

Folgt man der Lehrmeinung, dass durch die Anerkennung als Mindeststandard die Selbstregulierung den Charakter des objektiven Rechts, welches die FINMA auch durchsetzen kann, beansprucht⁴⁶, so bilden die aktualisierten AMAS-Verhaltensregeln die Rechtsgrundlage für die Verpflichtung zum Abschluss von schriftlichen Vertriebsvereinbarungen nach dem vorgegebenen Muster zwischen Trägern von kollektiven Kapitalanlagen und den Absatzmittlern nach neuem Recht. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass Selbstregulierung, jedenfalls solche, die den Charakter des objektiven Rechts beanspruchen soll, insbesondere eine Regelungslücke, die Regelungszulässigkeit (m.a.W. der Gesetzgeber muss bewusst Spielraum für die Selbstregulierung gelassen haben; keine unechte Lücke) sowie öffentliches Interesse voraussetzt⁴⁷. Darüber hinaus muss die Anerkennung der Selbstregulierung als Mindeststandard allgemeinen Regulierungsgrundsätzen (z.B. einer verfassungsmässigen und einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage, der Wahrung öffentlicher Interessen und Transparenz) genügen.

Seit dem FIDLEG/FINIG-Gesetzespaket und der damit verbundenen Teilrevision des KAG findet sich, wie erwähnt, in keinem Gesetz bzw. keiner Verordnung eine Verpflichtung zum Abschluss schriftlicher Vertriebs-

³⁶ Vgl. JUTZI/WESS (FN 4), 325.

³⁷ AMAS, Verhaltensregeln der Asset Management Association Switzerland vom 21. Mai 2021 (zit. AMAS-Verhaltensregeln 2021), Rz. 63.

³⁸ AMAS-Mustervertriebsvertrag, S 5.

³⁹ AMAS-Verhaltensregeln 2021, Rz. 63; vgl. dazu bereits JUTZI/WESS (FN 4), 325.

⁴⁰ Vgl. FN 35.

⁴¹ Dies betrifft hingegen nicht die Produktregulierung, bei welcher es auch weiterhin wie vor auf den Unterschied qualifizierte/nicht qualifizierte Anleger ankommt (vgl. Art. 120 Abs. 1 und 4 KAG).

⁴² Z.B. Ziff. 1.1 und 2.4 AMAS-Mustervertriebsvertrag.

⁴³ Vgl. auch Ziff. 1.2 AMAS-Mustervertriebsvertrag.

⁴⁴ AMAS-Mustervertriebsvertrag, S. 4.

⁴⁵ Grundlegend: THOMAS JUTZI, Anerkannte Mindeststandards als «Zwitterform» der Finanzmarkt(selbst)regulierung, in: Kunz et al. (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, 197 ff., 204 ff.

⁴⁶ Vgl. JUTZI (FN 45), 204 f. mit Überblick zu Lehrmeinungen.

⁴⁷ Eingehend dazu JUTZI (FN 45), 200 f.

bzw. Absatzförderungsverträge⁴⁸. Insofern könnte man daraus einerseits auf einen Spielraum für eine diesbezügliche Regulierung auf Selbstregulierungsstufe schliessen. Zudem hat auch Art. 7 Abs. 3 FINMAG als Ermächtigungsgrundlage der FINMA für die Anerkennung der Selbstregulierung als Mindeststandard weiterhin Bestand. Jedoch fehlt es Art. 7 Abs. 3 FINMAG u.E. – trotz der nun bestehenden Art. 9 und Art. 12 FINMAV – an einer ausreichenden demokratischen Legitimation sowie einer klaren gesetzlichen und einer verfassungsmässigen Grundlage, wie auch an einem Verfahren, welches üblicherweise für eine Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen an Private besteht⁴⁹. Darüber hat der Gesetzgeber mit dem FIDLEG/FINIG-Gesetzespaket unter anderem eine Deregulierung des Vertriebs bzw. der Vertriebsträger im Kollektivanlagenrecht angestrebt, damit im Bereich des Vertriebs von Finanzinstrumenten ein level playing field gewährleistet wird⁵⁰. Vor diesem Hintergrund würde das Weiterbestehen der objektiven Verpflichtung der KAG- bzw. FINIG-Bewilligungsträger zum Abschluss schriftlicher Absatzförderungsverträge auf eine Ungleichbehandlung der Absatzmittler kollektiver Kapitalanlagen gegenüber denjenigen anderer Finanzinstrumente hinauslaufen. Dies wäre jedoch entgegen der gesetzgeberischen Intention. Insofern ist hier – unabhängig von vorangegangenen Ausführungen – fraglich, ob die FINMA überhaupt im Rahmen ihrer Aufsichtsbefugnisse handelt, indem sie die Deregulierungsabsicht des Gesetzgebers missachtet.

Diese Frage ist allerdings eher dogmatischer Natur, denn wie nachfolgend aufgezeigt wird, widerspiegelt der Mustervertriebsvertrag der AMAS ohnehin weitgehend nur die aufsichtsrechtlichen gesetzlichen Vorgaben. Auch aus Gründen der Rechtssicherheit und nicht zuletzt aus steuerrechtlichen Gründen (dazu sogleich) ist der Abschluss eines (schriftlichen) Vertriebsvertrages unumgänglich. Jedoch ist die regulatorische Entwicklung, bei welcher entgegen der gesetzgeberischen Deregulierungsabsicht durch die Zusammenarbeit der AMAS und der FINMA sowie die entsprechende Mindeststandards-Anerkennung faktisch «durch die Hintertür» weitere Pflichten eingeführt werden (sollen), vor dem Hintergrund demokratischer Legitimation der *Rechtsetzung* bedenklich.

3. Steuerrechtliche Aspekte

Aus der Perspektive der *Rechtsanwendung* – namentlich des Steuerrechts – wird der Abschluss einer Absatzförderungsvereinbarung wohl weiterhin erforderlich sein. Namentlich sind nach Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f

MWSTG «die Umsätze/Leistungen aus dem *Anbieten* von Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen gemäss KAG und die Verwaltung von kollektiven Kapitalanlagen nach KAG durch Personen, die diese verwalten oder aufbewahren, die Fondsleitungen, die Depotbanken und deren *Beauftragte* von der Steuer ausgenommen. Als *Beauftragte* werden alle natürlichen oder juristischen Personen betrachtet, denen die kollektiven Kapitalanlagen nach dem KAG oder FINIG Aufgaben delegieren können...»⁵¹. Der Begriff des Anbietens von Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen i.S.d. MWST-Gesetzgebung entspricht nicht exakt demjenigen des FIDLEG: Darunter fallen sämtliche im FIDLEG aufgeführten Absatzförderungsmaßnahmen (Angebot, Finanzdienstleistung, Werbung)⁵². Entsprechend der Formulierung des Art. 21 Abs. 2 Ziff. 19 lit. f MWSTG greift die Steuerausnahme nicht nur im Direktvertrieb, sondern erfasst die durch die Bewilligungsträger *beauftragten* (wie auch unterbeauftragten) Personen. Erforderlich ist mithin eine direkte Stellvertretung, sodass ein schriftlich abgeschlossener Absatzförderungsvertrag mit entsprechender Formulierung zumindest einen Beleg für eine Beauftragung darstellt. Auch laut AMAS soll die Mustervereinbarung ein Auftragsverhältnis i.S.v. Art. 394 ff. OR zwischen den Vertragsparteien darstellen und somit einen formellen Nachweis schaffen, dass allfällige, an den Auftragnehmer in der Schweiz ausgerichtete Entschädigungen von der Mehrwertsteuer ausgenommen sind⁵³. Nota bene wird der Abschluss eines schriftlichen Vertrages zum Anbieten von Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen von der ESTV (Eidgenössische Steuerverwaltung) lediglich *empfohlen*⁵⁴.

IV. Inhaltlicher Vergleich

Nachfolgend werden die einzelnen Klauseln des AMAS-Mustervertriebsvertrags denjenigen der «altrechtlichen» SFAMA-Mustervertriebsverträgen gegenübergestellt. Nach wie vor handelt es sich beim AMAS-Mustervertriebsvertrag um Formulierungsvorschläge, die sich auf die mindestens zu regelnden Belange beschränken⁵⁵. Den Parteien steht es frei, weiterführende oder abweichende Regelungen zu treffen, z.B. einzelne Vertriebswege einzuschränken⁵⁶ oder die Unterdelegation von Aufgaben zu untersagen oder zu gestatten⁵⁷.

⁵¹ Hervorhebungen hinzugefügt.

⁵² Vgl. ESTV, MWST-Branchen-Info 14, Ziff. 5.2.1.5.

⁵³ Ziff. AMAS-Mustervertriebsvertrag, S. 6.

⁵⁴ Vgl. ESTV, MWST-Branchen-Info 14, Ziff. 5.2.1.5.

⁵⁵ Vgl. SFAMA-Mustervertriebsvertrag NQI, S. 5; AMAS-Mustervertriebsvertrag, S. 6.

⁵⁶ SFAMA-Mustervertriebsvertrag NQI, S. 9 (Randanmerkung); Ziff. 2.4 AMAS-Mustervertriebsvertrag (Randanmerkung auf S. 16 unten).

⁵⁷ Ziff. 2.12 SFAMA-Mustervertriebsvertrag NQI; Ziff. 2.12 AMAS-Mustervertriebsvertrag sowie AMAS-Mustervertriebsvertrag, S. 6.

⁴⁸ Eine Ausnahme betrifft einzig Fondsleitungen, welche das Anbieten von Fondsanteilen delegieren, vgl. dazu oben unter III.1.

⁴⁹ Eingehend zur Einhaltung der Regulierungsgrundsätze durch die Mindeststandardselbstregulierung JUTZI (FN 45), 200 ff.

⁵⁰ Botschaft FIDLEG/FINIG 2015, 8938 und insbesondere 9050.

1. Haupt- und Gegenleistungspflicht

Die Hauptleistungspflicht des Vertriebsträgers/Auftragnehmers besteht nach wie vor darin, im Auftrag des Auftraggebers schweizerische und/oder ausländische kollektive Kapitalanlagen in der Schweiz zu vertreiben^{58,59}. Im Gegenzug erhält der Vertriebsträger/Auftragnehmer eine Vertriebsentschädigung als Gegenleistung⁶⁰. Entsprechend der bisherigen Rechtslage handelt es sich bei der Vereinbarung zur Absatzförderung um ein Auftragsverhältnis i.S.v. Art. 394 ff. OR⁶¹; der Vertriebsträger tritt als direkter Stellvertreter des Trägers der kollektiven Kapitalanlage auf⁶², indem er verschiedene Geschäftsbesorgungen (wie Abschluss von Zeichnungs- bzw. Kaufverträgen für die Anteilscheine an kollektiven Kapitalanlagen oder Abschluss von Anteilskontoverträgen) im Namen und auf Rechnung des Trägers der kollektiven Kapitalanlage übernimmt^{63,64}. Aus der Qualifikation des Rechtsverhältnisses

⁵⁸ Ziff. 2.1 SFAMA-Mustervertriebsvertrag NQI; Ziff. 1.1 AMAS-Mustervertriebsvertrag.

⁵⁹ Erstaunlicherweise verwendet die AMAS bereits eingangs bei der Definition der Hauptleistungspflicht den de lege lata nicht mehr (spezialgesetzlich) existierenden Begriff «vertreiben» (Ziff. 1.1 AMAS-Mustervertriebsvertrag), war doch gerade der Abschied vom Vertriebsbegriff des aKAG bzw. dessen Ersatz durch die Terminologie des FIDLEG einer der Kernpunkte der neuen Regulierung. Explizit geht die AMAS jedoch nicht auf den Begriffsinhalt ein. Sie führt zur Vereinbarung nur aus (Ziff. 1.2), dass diese sämtliche Tätigkeiten erfassen soll, die darauf gerichtet sind, den Absatz der kollektiven Kapitalanlagen in der Schweiz zu fördern und sich im Verhältnis zwischen Auftragnehmer und dessen Kunden ihrerseits als Finanzdienstleistungen, Angebote oder blosser Werbemaßnahme nach FIDLEG qualifizieren können (vgl. Ziff. 1.2 AMAS-Mustervertriebsvertrag). Die Verwendung des Vertriebsbegriffs führt jedoch zur Verwischung der eigentlich auseinander zu haltenden Konzepte des Angebots, der Finanzdienstleistung und der Werbung, deren klare Einordnung jedoch für die Beurteilung der tatsächlich anwendbaren Pflichten (und der Auswahl der entsprechenden Textblöcke im Mustervertrag) sehr relevant wäre.

⁶⁰ Ziff. 2.2 SFAMA-Mustervertriebsvertrag NQI; Ziff. 2.5 AMAS-Mustervertriebsvertrag.

⁶¹ Vgl. dazu oben unter II.

⁶² Ziff. 5.1 AMAS-Mustervertriebsvertrag (zuvor: Ziff. 7 SFAMA-Mustervertriebsvertrag NQI).

⁶³ Ziff. 2.2 SFAMA-Mustervertriebsvertrag NQI; Ziff. 2.5 AMAS-Mustervertriebsvertrag.

⁶⁴ Der Erwerb von Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen durch den Anleger führt nicht zur Begründung eines Vertragsverhältnisses des Anlegers mit dem Absatzmittler. Der Anleger ist nicht Partei des Vertriebsmittlervorganges, ebenso ist der Absatzmittler nicht Partei des Kollektivanlagenvertrages. Der Kollektivanlagenvertrag kommt vielmehr zwischen dem Anleger und dem Träger der kollektiven Kapitalanlage zustande. Diese Konstellation ist typisch für die Fälle der reinen Execution-only-Beziehung zwischen dem Anleger und dem Absatzmittler (SANDRO ABEGGLEN, «Retrozession» ist nicht gleich «Retrozession»: Zur Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsvertrieb, SZW 2007, S. 122 ff., 128). Das Verhältnis zwischen Absatzmittler und Anleger kann jedoch ebenfalls vertraglicher oder auch faktischer Natur sein (ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/RETO LUTHIGER, FIDLEG/FINIG Kommentar. Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen und Bundesgesetz über die Finanzinstitute, Zürich 2020, Art. 4 N 5 FIDLEG). So sind Konstellationen möglich, dass ein Finanzdienstleister als Absatzmittler Anteile an kollektiven Kapitalanlagen im Namen und auf Rechnung des Anlegers erwirbt, so dass an sich kein Vertragsverhältnis zwischen dem Träger der kollektiven Kapitalanlage und

zwischen dem Vertriebsträger und dem Träger der kollektiven Kapitalanlage als einfachem Auftrag resultieren schliesslich diverse zivilrechtliche Treue-, Sorgfalts- und Rechenschaftspflichten des Vertriebsträgers⁶⁵.

2. Bewilligungs- bzw. Registrierungsstatus des Auftragnehmers

Nach SFAMA-Mustervertriebsvertrag musste der Vertriebsträger bestätigen, dass er im Besitz der Vertriebssträgerbewilligung i.S.v. Art. 13 Abs. 1 aKAG ist, dass er gemäss der Bewilligungskaskade nach Art. 8 aKKV von der Bewilligungspflicht für Vertriebsträger befreit ist, oder dass ein Bewilligungsgesuch als Vertriebsträger hängig ist⁶⁶. Mit dem FIDLEG ist zwar die Vertriebssträgerbewilligung weggefallen; zudem ist auch der Bezug von nicht von der FINMA bewilligten bzw. beaufsichtigten Personen bei Absatzförderungsmassnahmen möglich. Nach wie vor hat jedoch der Auftragnehmer dem Auftraggeber seinen Bewilligungs- bzw. Registrierungsstatus – entsprechend der neuen Rechtslage – zu bestätigen, namentlich, dass er von der FINMA nach Art. 3 FINMAG, z.B. als Vermögensverwalter nach Art. 17 FINIG von einer Aufsichtsorganisation nach Art. 43a FINMAG, oder dass er gar nicht beaufsichtigt wird. Im letzteren Fall muss er sich verpflichten, sich selbst und/oder jederzeit alle für ihn tätigen Kundenberater im Beraterregister nach Art. 28 FIDLEG eintragen zu lassen, sofern der Absatz von kollektiven Kapitalanlagen durch diese im Rahmen von Finanzdienstleistungen erfolgen soll⁶⁷, sich also nicht auf unpersönliche Werbung oder «Angebote» i.S.d. Art. 3 lit. g FIDLEG beschränkt.

3. Organisation des Auftragnehmers

Wie sämtliche aKAG-Bewilligungsträger unterlagen die Vertriebsträger den allgemeinen Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 14 aKAG und insbesondere den dort enthaltenen organisatorischen Anforderungen, welche die Einhaltung der gesetzlichen Pflichten sicherstellen

dem Absatzmittler entsteht (CATRINA LUCHSINGER GÄHWILER, Der Vertrieb von Fondsanteilen: Unter besonderer Berücksichtigung des Anlegerschutzes, Diss. Zürich 2004, 55). Denkbar sind weiterhin Situationen, wenn zwischen dem Absatzmittler und dem Anleger ein Vertragsverhältnis existiert, und zwar zusätzlich zum Vertriebsmittlervorgang zwischen dem Absatzmittler und dem Träger der kollektiven Kapitalanlage. Dieser Vertrag steht nicht in direktem Zusammenhang mit dem Vertrieb der Anteile von kollektiven Kapitalanlagen durch den Vertriebsträger, sondern besteht im Erbringen einer anderweitigen Finanzdienstleistung für den Anleger, z.B. einer Anlageberatung oder einer Vermögensverwaltung (THOMAS JUTZI, Der öffentliche Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen – Illustration am Beispiel des vertraglichen Anlagefonds, recht 2011, 60 ff., 70 und 72).

⁶⁵ Art. 398 und Art. 400 OR.

⁶⁶ Ziff. 1.2 SFAMA-Mustervertriebsvertrag NQI.

⁶⁷ Vgl. Ziff. 1.3 AMAS-Mustervertriebsvertrag und die dort enthaltenen Auswahltexte auch zu anderen Konstellationen.

sollten (Abs. 1 lit. c). Die SFAMA-Mustervertriebsverträge enthielten keine expliziten Regelungen hinsichtlich der Organisation des Vertriebsträgers. Vielmehr waren diesbezügliche Vorgaben im Anhang der SFAMA-RL Vertrieb 2014 enthalten, welche integraler Bestandteil der Vertriebsverträge waren⁶⁸.

Nach AMAS-Mustervertriebsvertrag muss der Auftragnehmer durch interne Vorschriften und eine angemessene Betriebsorganisation die Einhaltung der im Zusammenhang mit der Erfüllung der Vertriebsvereinbarung anwendbaren gesetzlichen Vorschriften, der einschlägigen Selbstregulierung sowie der Pflichten gemäss dem Vertriebsvertrag sicherstellen⁶⁹. Dazu gehören die Beschäftigung von Personen mit einschlägigen Fachkenntnissen und Erfahrungen, organisatorische Vorkehrungen zur Vermeidung und ggf. Offenlegung von Interessenkonflikten sowie der Einsatz im Beraterregister eingetragener Kundenberater, sofern der Absatz von kollektiven Kapitalanlagen im Rahmen von Finanzdienstleistungen erfolgen soll⁷⁰. Die entsprechenden Anforderungen an Kundenberater werden im Übrigen auch durch das FIDLEG aufgestellt⁷¹; im Allgemeinen verpflichtet zudem Art. 21 FIDLEG sämtliche Finanzdienstleister durch eine angemessene Betriebsorganisation die Erfüllung der FIDLEG-Pflichten sicherzustellen.

4. Informationspflicht bei Änderungen der Organisation

Nach wie vor muss sich der Auftragnehmer dazu verpflichten, den Auftraggeber unverzüglich über Änderungen seiner Organisation und/oder seiner Geschäftstätigkeit und/oder über Änderungen seines Bewilligungs- bzw. Registrierungsstatus zu informieren (gemäss früheren Mustervertriebsverträgen war die Informationspflicht allerdings innert «angemessener Frist» vorgesehen⁷²). Insbesondere soll vereinbart werden, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber unverzüglich darüber informiert, dass er das Bewilligungsgesuch als Vermögensverwalter bei der FINMA eingereicht hat,

dass ihm die FINMA die Bewilligung als Vermögensverwalter erteilt hat, dass er für die Übergangsfrist bis zum 31.12.2022 darauf verzichtet, ein Gesuch um Bewilligung als Vermögensverwalter zu stellen, oder dass die FINMA sein Bewilligungsgesuch abgelehnt hat^{73,74}.

5. Verhaltenspflichten

5.1. Verhaltenspflichten nach aKAG/SFAMA-Mustervertriebsvertrag

Sämtliche Bewilligungsträger des aKAG sowie ihre *Beauftragten* unterlagen nach Art. 20 aKAG den allgemeinen Treue-, Sorgfalts- und Informationspflichten^{75,76}. Auch wenn Art. 20 aKAG von «Bewilligungsträgern» sprach, galten die Verhaltenspflichten des Art. 20 aKAG nicht im Vertrieb, da dort speziell Art. 24 aKAG anwendbar war⁷⁷. Art. 24 aKAG verpflichtete die Vertriebsträger neben dem Abschluss von Vertriebsverträgen zu einer seriösen Kundenakquisition, objektiver Beratung⁷⁸ sowie zur Protokollierung der Kundenbedürfnisse⁷⁹.

Die Verhaltenspflichten des Art. 20 ff. einschliesslich Art. 24 aKAG wurden in zahlreichen Richtlinien der SFAMA, welche durch die FINMA als Mindeststandards anerkannt wurden, konkretisiert. Für den Vertrieb war insbesondere die SFAMA-RL Vertrieb (2014), deren Anhang betreffend die im Rahmen des Vertriebs zu beachtenden Pflichten einen integralen Bestandteil der Vertriebsverträge darstellte, massgeblich⁸⁰. Demnach waren

⁷³ Ziff. 2.2 AMAS-Mustervertriebsvertrag (Auswahltext).

⁷⁴ Nota bene besteht nach wie vor für die (a)KAG-Bewilligungsträger (einschliesslich Vertriebsträger nach aKAG) nach Art. 16 (a)KAG die Pflicht, bei Änderungen der Bewilligung/Genehmigung zugrundeliegender Tatsachen die Genehmigung/Bewilligung der FINMA einzuholen. De lege lata ergibt sich die Informationspflicht aus Art. 8 FINIG betreffend bewilligte Finanzinstitute sowie aus Art. 32 Abs. 2 FIDLEG, wonach registrierte Kundenberater sowie der Finanzdienstleister, für den sie tätig sind, der Registrierungsstelle alle Änderungen von der Registrierung zugrundeliegenden Tatsachen melden müssen. Eine allfällige Bewilligungspflicht ist mit der Meldepflicht nicht verbunden.

⁷⁵ Die allgemeinen Verhaltenspflichten des KAG (Art. 20, 21 und 23 KAG) haben teilweise weiterhin Bestand, beschränken sich jedoch gemäss AMAS auf produktspezifische Regelungen und greifen in ihrem sachlichen Anwendungsbereich grundsätzlich ausserhalb des Point of Sale; in erster Linie zielen sie darauf ab, «die Wahrung von Anlegerinteressen durch eine sorgfältige und im Interesse der kollektiven Kapitalanlagen erfolgenden Vermögensverwaltung zu gewährleisten».

⁷⁶ Eingehend zu den bisherigen und auch teilweise de lege lata geltenden Treue-, Sorgfalts- und Informationspflichten nach Art. 20 aKAG vgl. DANIEL MARC BAUMANN, Verhaltensregeln im Finanzmarktrecht: Unter besonderer Berücksichtigung des Börsen- und des Kollektivanlagenrechts sowie des geplanten FIDLEG, Diss. Bern 2017, Rz. 115 ff. (Informationspflichten), Rz. 174 ff. (Sorgfaltspflichten) sowie Rz. 246 (Treuepflichten).

⁷⁷ Bei den «Beauftragten» i.S.v. Art. 20 aKAG handelte es sich um Delegationsempfänger betreffend Portfolioverwaltung, Risikomanagement und Aufbewahrung.

⁷⁸ Art. 24 Abs. 1 aKAG.

⁷⁹ Art. 24 Abs. 3 aKAG i.V.m. Art. 34a aKKV.

⁸⁰ Ziff. 5 SFAMA-Mustervertriebsvertrag NQI; SFAMA-RL Vertrieb 2014, RZ. 8 und 21 f.

⁶⁸ Ziff. 5 SFAMA-Mustervertriebsvertrag NQI i.V.m. Rz. 8 ff. des Anhanges SFAMA-RL Vertrieb 2014. Es handelte sich um organisatorische Massnahmen zur dauernden Einhaltung der Bestimmungen Vertriebs-RL, Lieferung der Informationen durch den Vertriebsträger an den Anbieter, welche ihm die Einhaltung der Überwachungspflichten ermöglichen, Beschäftigung von Personen mit entsprechender Fachausbildung und Berufserfahrung sowie die Erfüllung der Meldepflichten nach Art. 16 KAG.

⁶⁹ Ziff. 2.1 AMAS-Mustervertriebsvertrag.

⁷⁰ Vgl. ergänzende Textbausteine zu Ziff. 2.1. AMAS-Mustervertriebsvertrag. Entsprechend kann in den Absatzmittlervertrag eine Klausel aufgenommen werden, wonach das Auftragsverhältnis ohne weiteres dahinfällt, wenn der Auftragnehmer Kundenberater einsetzt, die nicht im Beraterregister eingetragen sind, vgl. Ziff. 6.3 AMAS-Mustervertriebsvertrag.

⁷¹ Vgl. Art. 6 FIDLEG betreffend einschlägige Kenntnisse und Fachwissen, Art. 25 FIDLEG betreffend Interessenkonflikte.

⁷² Ziff. 2.4 SFAMA-Mustervertriebsvertrag NQI.

die Vertriebsträger zur objektiven Beratung verpflichtet und mussten ausschliesslich die Anlegerinteressen wahren⁸¹. Es bestand faktisch eine Beratungspflicht, auch wenn gleichwohl Raum für Execution-only-Geschäfte verblieb. Erfolgte der Vertrieb an nicht qualifizierte und qualifizierte Anleger i.S.v. Art. 10 Abs. 3^{bis} aKAG (vermögende Privatpersonen), welche nicht auf die Beratung verzichtet haben, waren die Vertriebsträger verpflichtet, die individuellen Bedürfnisse der Anleger, insbesondere ihre Risikobereitschaft und Risikofähigkeit zu beachten (Eignungsprüfung)⁸². Beim Vertrieb an nicht qualifizierte Anleger waren die Anleger objektiv über den Anlagecharakter, die Chancen und Risiken der angebotenen Anteile der kollektiven Kapitalanlagen zu informieren. Die Informationspflicht war in Abhängigkeit von der Erfahrung und fachlichen Kenntnissen der Anleger sowie der Komplexität der kollektiven Kapitalanlagen zu erfüllen, was faktisch auf eine Angemessenheitsprüfung hinauslief. Dabei durften die Vertriebsträger davon ausgehen, dass die Anleger mit den Grundrisiken einer Geldmarkt-, Obligationen, Aktien- und Fremdwährungsanlage vertraut sind⁸³. Besondere Informationspflichten betrafen die Retrozessionen. Es bestanden schliesslich umfangreiche Dokumentations- und Protokollierungspflichten, insbesondere hinsichtlich Beratung, Risikoauflärung und allfälliger Informationsverzichte des Kunden⁸⁴.

5.2. Verhaltenspflichten nach FIDLEG/AMAS-Mustervertriebsvertrag

Ergaben sich zuvor bestimmte Verhaltenspflichten des Vertriebsträgers (Informationspflichten, Pflicht zur Angemessenheits- und Eignungsprüfung etc.) aus dem Anhang der SFAMA-RL Vertrieb 2014, so sind diese (wie insbesondere die Informationspflichten oder die Eignungsprüfung) weitgehend im FIDLEG mit seinen sektorenübergreifenden Verhaltenspflichten am Point of Sale, welche sich nicht auf prudenziell beaufsichtigte Bewilligungsträger und ihre Beauftragten beschränken, aufgegangen. Für die Anwendung der Verhaltens- und Organisationspflichten ist grundsätzlich die Erbringung einer Finanzdienstleistung massgeblich. Im Rahmen eines Angebots sind hingegen Produktdokumentationspflichten (Prospekt und Basisinformationsblatt) zu beachten. Wesentliche materiellrechtliche Neuerungen waren mit der Einführung der sektorenübergreifenden Verhaltenspflichten nicht verbunden, da die einzelnen Regelungen teilweise aus dem aufgehobenen BEHG übernommen wurden und teilweise bereits aus der ehemaligen SFAMA-Richtlinie Vertrieb und deren Anhang bekannt waren.

Gemäss AMAS-Mustervertriebsvertrag müssen sich die Auftragnehmer verpflichten, ihre Tätigkeit «im Einklang mit den Bestimmungen dieser Vereinbarung, *den anwendbaren gesetzlichen Vorschriften*, den jeweils aktuellen Fondsdokumenten, der einschlägigen Selbstregulierung sowie allfälliger Weisungen des Auftraggebers auszuüben und dem Auftraggeber deren Einhaltung auf Anfrage jederzeit zu bestätigen»⁸⁵. Wenn der Auftragnehmer oder seine Mitarbeiter Finanzdienstleistungen erbringen oder Angebot oder Werbung machen, sollen für diese gemäss Mustervertriebsvertrag uneingeschränkt die Regelungen des FIDLEG gelten, zu deren jederzeitiger Einhaltung sich der Auftragnehmer verpflichten muss⁸⁶.

Es kann durchaus gefragt werden, ob die Regelungen des AMAS-Mustervertriebsvertrages, wonach sich der Auftragnehmer zur Einhaltung des FIDLEG und anderer aufsichtsrechtlicher Bestimmungen verpflichtet, für diesen überhaupt einen regulatorischen Mehrwert bringen. Denn der Auftragnehmer, ob beaufsichtigt oder nicht (Kundenberater), muss – auch ohne eine entsprechende Vereinbarung mit dem Auftraggeber – ohnehin das Aufsichtsrecht einhalten, was durch die FINMA – im Falle der Nichteinhaltung – durchgesetzt werden kann. Es ist wohl auch kaum zu erwarten, dass der Auftraggeber bei Verletzung des Aufsichtsrechts durch den Auftragnehmer gegenüber seinen Kunden zum «private Enforcement» (z.B. durch eine Leistungsklage) schreiten wird. Allenfalls wäre die Vereinbarung einer ausserordentlichen Kündigung als Folge der Verletzung des Gesetzes denkbar⁸⁷; hierfür benötigt man aber keine explizit vereinbarte Verpflichtung des Auftragnehmers zur Einhaltung des FIDLEG. Für den beauftragenden Träger der kollektiven Kapitalanlage kann der AMAS-Mustervertriebsvertrag hingegen eine Stütze bieten, mit welcher er sicherstellen kann, dass er seinen Organisations- und Gewährspflichten ordnungsgemäss nachkommt.

6. Entgegennahme von Zahlungen

Keine inhaltliche Neuerung ist mit dem Verbot der Entgegennahme von Zahlungen verbunden. Nach Art. 30 Abs. 1 lit. c aKKV musste der Vertriebsvertrag die Regelung enthalten, wonach dem Vertriebsträger die Entgegennahme von Zahlungen zum Erwerb von Anteilen an kollektiven Kapitalanlagen ausdrücklich untersagt war. Die Regelung betraf nur die «reinen» Vertriebsträger. Dementsprechend gilt das Verbot auch weiterhin für Auftragnehmer, denen es ohnehin nicht gestattet ist,

⁸¹ Ziff. 11 des Anhangs zur SFAMA-RL Vertrieb 2014.

⁸² Ziff. 13 des Anhangs zur SFAMA-RL Vertrieb 2014.

⁸³ Ziff. 14 des Anhangs zur SFAMA-RL Vertrieb 2014.

⁸⁴ Ziff. 28 ff. des Anhangs zur SFAMA-RL Vertrieb 2014.

⁸⁵ Ziff. 2.3 AMAS-Mustervertriebsvertrag.

⁸⁶ Vgl. Ziff. 2.3 AMAS-Mustervertriebsvertrag (Ergänzungs- und Alternativtext).

⁸⁷ Vgl. Ziff. 6.2 AMAS-Mustervertriebsvertrag, wonach jedoch eine schwere oder trotz vorheriger Abmahnung wiederholte Verletzung vorausgesetzt wird.

Publikumseinlagen entgegenzunehmen. Nicht davon betroffen sind Banken, Wertpapierhäuser und Fondsleitungen, die Anteilkonten führen⁸⁸.

7. Kostentransparenz und Entgegennahme von Entschädigungen

Da eine ausführliche Dar- und Gegenüberstellung des vorherigen und aktuellen Rechtsrahmens betreffend Entgegennahme von Entschädigungen den Rahmen dieses Beitrages sprengen würde⁸⁹, ist lediglich darauf hinzuweisen, dass der SFAMA-Mustervertriebsvertrag in diesem Zusammenhang einzig die Verpflichtung des Auftragnehmers enthielt, die SFAMA-RL Transparenz (2014) sowie das ggf. anwendbare Auftragsrecht und die daraus erwachsenen Informations- und Herausgabepflichten einzuhalten⁹⁰. Aufsichtsrechtlich (aKAG/SFAMA-RL Transparenz 2014) war die Entgegennahme von Entschädigungen – verbunden mit transparenter Offenlegung – zulässig⁹¹; eine allfällige Herausgabepflicht bestand nur im Auftragsrecht entsprechend den vom Bundesgericht entwickelten Grundsätzen⁹².

Mit dem FIDLEG wurde die bundesgerichtliche Praxis zur Information über und die Herausgabe von Entschädigungen nun sektorenübergreifend in Art. 26 FIDLEG verankert, wobei diese Pflichten u.E. nun auch bei Finanzdienstleistungen gelten, denen kein Interessenkonflikt inhärent ist⁹³; diese Konstellationen waren bislang von privatrechtlicher Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Retrozessionen nicht erfasst. Der AMAS-Mustervertriebsvertrag wurde an die neue Gesetzeslage angepasst. Demnach muss sich der Auftragnehmer bewusst sein, dass die Entschädigung, die er nach Massgabe der Vertriebsvereinbarung vom Auftraggeber enthält, unter Umständen einer Informations- und *Herausgabepflicht* gegenüber dem Kunden gemäss FIDLEG⁹⁴, aufgrund des allgemeinen Auftragsrechts (Art. 400 Abs. 1 OR) oder anderen gesetzlichen und vertraglichen Pflichten unterliegen kann. Insofern muss sich der Auftragnehmer verpflichten, seinen diesbezüglichen Informations- und Herausgabepflichten, sofern anwendbar, vollumfänglich nachzukommen. Dies betrifft insbesondere die Informationspflicht nach Art. 8 FIDLEG sowie die Informations- und Herausgabepflicht nach Art. 26 FIDLEG⁹⁵.

8. Überwachung und Prüfung

Trotz Bewilligungspflicht der FINMA unterlagen die «reinen» Vertriebssträger nach aKAG keiner direkten Überwachung durch die FINMA. Die Überwachung erfolgte einerseits durch Prüfgesellschaften (mittels Aufsichtsprüfung)⁹⁶. Insofern hatte gemäss dem Mustervertriebsvertrag der SFAMA der Vertriebssträger dem Auftraggeber zu bestätigen, dass er jene beauftragt hatte⁹⁷. Andererseits wurden die Vertriebssträger durch die Träger der kollektiven Kapitalanlagen überwacht⁹⁸.

Da die absatzfördernden Handlungen des FIDLEG grundsätzlich nicht an Bewilligungspflichten der Vertriebsmittler anknüpfen, richtet sich die Frage, ob ein Vertriebsmittler der Aufsicht der FINMA untersteht, nach der jeweiligen Institutsaufsicht. So werden Institute nach BankG oder FINIG mit Ausnahme von Vermögensverwaltern nach Art. 17 FINIG, welche der Aufsicht durch Aufsichtsorganisationen nach Art. 43a FINMAG unterliegen, durch die FINMA beaufsichtigt. Auch ist die Notwendigkeit zur Vornahme der aufsichtsrechtlichen Prüfung vom jeweiligen Bewilligungs- bzw. Registrierungsstatus des Absatzmittlers abhängig. Die «reinen» Kundenberater werden weder direkt durch die FINMA beaufsichtigt, noch unterliegen sie einer Prüfungspflicht⁹⁹.

Des Weiteren besteht nun grundsätzlich keine umfassende Überwachungspflicht des Auftraggebers, d.h. des Trägers kollektiver Kapitalanlagen, da es sich bei der Beauftragung zur Absatzförderung nicht um die Übertragung von wesentlichen Aufgaben i.S.d. FINIG handelt. Eine Ausnahme dürfte nur betreffend Fondsleitungen, welche das Anbieten von Fondsanteilen delegieren, gelten. Das Anbieten ist eine wesentliche Aufgabe im Rahmen des Fondsgeschäfts, sodass Fondsleitungen in diesem Zusammenhang Überwachungs- und Instruktionspflichten unterliegen sowie auch sicherstellen sollen, dass Auftragnehmer über die notwendigen Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen sowie über die erforderlichen Bewilligungen verfügen¹⁰⁰. Je nach Konstellation können sich nach Ansicht der AMAS jedoch eine sorgfältige Auswahl und Instruktion sowie auch gewisse Überwachungs-massnahmen aus Art. 9 FINIG ergeben (sofern der Auftraggeber selbst ein reguliertes schweizerisches Institut ist). Insofern muss sich der Auftragnehmer im Vertriebs-

⁸⁸ Ziff. 2.7 AMAS-Mustervertriebsvertrag (Randanmerkung).

⁸⁹ Stattdessen vgl. zum Ganzen folgenden Beitrag der Autoren: THOMAS JUTZI/KSENIA WESS, Retrozessionen und sonstige Entschädigungen beim Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen: Neue Pflichten aufgrund von Art. 26 FIDLEG?, GesKR 2022, 76 ff.

⁹⁰ Ziff. 2.11. Abs. 2 SFAMA Mustervertriebsvertrag NQI.

⁹¹ SFAMA-RL Transparenz 2014, Rz. 20.

⁹² Vgl. dazu JUTZI/WESS (FN 89), 80 f.

⁹³ Vgl. dazu JUTZI/WESS (FN 89), 84 ff.

⁹⁴ Art. 26 FIDLEG.

⁹⁵ Ziff. 2.5 AMAS-Mustervertriebsvertrag.

⁹⁶ SFAMA-RL Vertrieb 2014, Rz. 25 ff.

⁹⁷ Ziff. 6 SFAMA-Mustervertriebsvertrag NQI.

⁹⁸ Die Träger kollektiver Kapitalanlagen mussten prüfen, ob die Vertriebssträger die persönlichen und fachlichen Ressourcen für die von ihnen ausgeübte Tätigkeiten verfügten; weiterhin mussten die Bewilligungsträger eine angemessene Unterstützung, Schulung und Ausbildung der Vertriebssträger gewährleisten, die den Vertriebssträgern die dauernde Einhaltung der Bestimmungen für die Vertriebssträger ermöglichte, vgl. SFAMA-RL Vertrieb 2014, Rz. 23.

⁹⁹ Vgl. dazu JUTZI/WESS (FN 4), 325 f.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 14 FINIG i.V.m. Art. 15 Abs. 2 lit. c FINIV i.V.m. Art. 33 Abs. 4 FINIG; s. dazu bereits oben unter III.1.

bzw. Absatzförderungsvertrag verpflichten, dem Auftraggeber sämtliche Informationen und/oder Dokumente zur Verfügung zu stellen, die dieser zur Wahrnehmung allfälliger Überwachung sowie für alle weiteren Pflichten gemäss dem Vertriebsvertrag benötigt¹⁰¹. Die Anforderungen an die Rechenschaft sind jeweils im Einzelfall zu definieren (z.B. regelmässige Due Diligence Questionnaires etc.)¹⁰².

V. Fazit

Abschliessend kann festgehalten werden, dass mit dem FIDLEG einerseits eine Deregulierung der Vertriebssträger als bisherige Bewilligungsträger verbunden war und andererseits die Tendenz der letzten Jahre fortgesetzt wurde, die Inhalte der Selbstregulierung auf die Gesetzesstufe zu überführen.

Bislang war der Abschluss eines schriftlichen Vertriebsvertrags eine der Bewilligungsvoraussetzungen für Vertriebssträger und war funktionell darauf gerichtet, die Verhaltenspflichten beim Vertrieb, die weitgehend in der Selbstregulierung enthalten waren, aufsichtsrechtlich durchzusetzen. Mit weitgehender Regulierung des «Vertriebs» (als Angebot/Finanzdienstleistung/Werbung) einschliesslich der Verankerung damit verbundener Pflichten auf Gesetzesstufe ist die bisherige aufsichtsrechtliche Funktion des Vertriebsvertrags obsolet geworden. Denn auch ohne eine entsprechende Vereinbarung ist der Auftragnehmer zur Einhaltung des Aufsichtsrechts verpflichtet. Eine gesetzliche Verpflichtung zum Abschluss von (schriftlichen) Vertriebsverträgen besteht nicht. Gleichwohl wird man wohl eine solche aus der Anerkennung der AMAS-Selbstregulierung als Mindeststandard ableiten müssen; schliesslich ist der schriftliche Abschluss eines Vertriebsvertrags aus Rechtssicherheitsgründen zu empfehlen¹⁰³. Im Gegensatz zur Rechtslage nach aKAG erfolgt jedoch mangels Bewilligungspflicht für Vertriebssträger keine vorgängige Kontrolle des Vertriebsvertrags durch die FINMA. Auf der Seite des auftraggebenden Trägers der kollektiven Kapitalanlage kann der abgeschlossene (schriftliche) Absatzförderungsvertrag als Nachweis dienen, dass er die aufsichtsrechtlichen Gewährs- und Organisationspflichten i.S.v. Art. 9 FINIG einhält.

Die inhaltlichen Neuerungen des Mustervertriebsvertrags der AMAS sind weitgehend struktureller Natur und sind auf die Anpassung an die neue Gesetzeslage infolge des Inkrafttretens des FIDLEG/FINIG zurückzu-

führen. Es finden sich keine materiellen Ausführungen mehr zu einzuhaltenden Regelungen am Point of Sale. Vielfach enthält der Mustervertriebsvertrag Klauseln, wonach sich der Auftragnehmer zur Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen verpflichten muss. Der Mehrwert solcher Bestimmungen ist insofern fraglich, als beauftragte Absatzmittler als Beauftragte (i.S.v. Art. 3 FINMAG) ohnehin zur Einhaltung des Aufsichtsrechts verpflichtet sind, ohne dass dies einer gesonderten privatrechtlichen Vereinbarung, welche ein Vertriebsvertrag darstellt, bedarf¹⁰⁴. Für die Durchsetzung des Aufsichtsrechts ist grundsätzlich die FINMA zuständig. Zivilrechtlich kann die Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Norm im Bereich der deliktischen Haftung (Art. 41 Abs. 1 OR) relevant werden, wobei der Schutznormcharakter der Regelung jeweils im Einzelfall zu beurteilen wäre¹⁰⁵. Zudem können aufsichtsrechtliche Normen insbesondere zur Konkretisierung der (hier relevanten) auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflichten herangezogen werden¹⁰⁶; der Gesetzgeber hat die Ausstrahlungswirkung der FIDLEG-Vorgaben auf das Privatrecht zugelassen¹⁰⁷. In beiden Fällen bedarf es jedoch keiner expliziten vertraglichen Vereinbarung. Im Übrigen sieht der Schweizer Rechtsrahmen im Gegensatz zur MiFID II¹⁰⁸ keine explizite zivilrechtliche Haftung aufgrund des Verstosses gegen das Aufsichtsrecht vor¹⁰⁹.

¹⁰¹ Ziff. 2.13 AMAS-Mustervertriebsvertrag.

¹⁰² Ziff. 2.13 AMAS-Mustervertriebsvertrag (Randanmerkung).

¹⁰³ Faktisch ist der Abschluss eines schriftlichen Vertriebsvertrages aus steuerrechtlicher Sicht i.S. eines Nachweises im Hinblick auf die Mehrwertsteuerbefreiung anzuraten; vgl. oben unter III.3.

¹⁰⁴ Darüber hinaus besteht grundsätzlich das Risiko, dass eine gesetzliche bzw. verordnungstechnische Vorgabe, auf welche verwiesen wird, sich ändert. Unabhängig davon, ob eine dynamische Verweisung erfolgt, oder die gesetzliche Vorgabe im Wortlaut wiederholt wird, besteht die Gefahr, etwas vertraglich vereinbart zu haben, was man – hätte die entsprechende Vorschrift zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht bestanden – gar nicht hätte vereinbaren wollen.

¹⁰⁵ Vgl. dazu THOMAS JUTZI/FABIAN EISENBERGER, Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht im Finanzmarktrecht, Informationspflichten an der Schnittstelle von FIDLEG und OR, AJP 2019, 6 ff., 8 m.w.H.; MATTHIAS S. KUERT, Verhaltensregeln des FIDLEG und Privatrecht im Licht des Gesetzgebungsverfahrens, AJP 2018, S. 1352 ff., 1360 f.

¹⁰⁶ Vgl. auch KUERT (FN 105), 1361 ff.

¹⁰⁷ Eingehend zu diversen Konzepten des Verhältnisses des Aufsichts- und Privatrechts JUTZI/EISENBERGER (FN 105), 10 ff.; THOMAS JUTZI/QUIRIN MEIER, Ausstrahlungswirkung im Finanzmarktrecht: Zum Verhältnis von Aufsichtsrecht und Privatrecht beim Erbringen von Finanzdienstleistungen, recht 2/2022, 79 ff.

¹⁰⁸ Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, ABL L 173/349 vom 12.6.2014.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 69 Abs. 2 Unterabs. 3 MiFID II.