

St. Galler Schriften zum Finanzmarktrecht
Herausgegeben von Prof. Urs Bertschinger

Fabio Pelli

Band 7

**Die Delegation von Aufgaben
bei offenen kollektiven
Kapitalanlagen gemäss KAG**

 **DIKE**

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht.....	vii
Inhaltsverzeichnis	ix
Kurzzusammenfassung / Abstract	xxi
Literaturverzeichnis	xxiii
Materialienverzeichnis.....	xxxiv
Abkürzungsverzeichnis	xlvi

Einleitung..... 1

1. Teil: Übersicht über die offenen kollektiven Kapitalanlagen 5

§ 1 Offene kollektive Kapitalanlagen.....	7
§ 2 Vertragliche Anlagefonds	9
I. Rechtsform	9
II. Fondsleitung	9
III. Depotbank.....	11
§ 3 SICAV.....	14
I. Rechtsform	14
II. Aktionäre	14
III. Organisation	15
A. Selbstverwaltete SICAV	15
B. Fremdverwaltete SICAV.....	16
IV. Depotbank.....	17

2. Teil: Grundsätze bei der Delegation von Aufgaben..... 19

§ 4 Begriff und Voraussetzungen; Abgrenzung zu Outsourcing.....	21
I. Zum Begriff Delegation von Aufgaben	21
A. Aufgaben als Oberbegriff.....	21
B. Delegation	21
C. Abgrenzung zur Geschäftsführung und Vertretung	22
II. Voraussetzungen für die Delegation von Aufgaben	22
III. Abgrenzung zu Outsourcing	24
§ 5 Qualifikation des Delegationsvertrags	28
I. Delegationsvertrag als Dienstleistungsvertrag	28
II. Typische auftragsrechtliche Wesensmerkmale.....	29

A.	Zielgerichteter Arbeitsleistungsvertrag	30
B.	Sorgfalts- und nicht Erfolgshaftung	30
C.	Fremde Interessen und Treuepflicht.....	33
D.	Organisatorische Selbständigkeit des Beauftragten	34
E.	Handeln auf fremde Rechnung.....	35
F.	Handeln auf fremde Gefahr.....	37
G.	Vertrauensverhältnis	38
III.	Atypische auftragsrechtliche Wesensmerkmale	39
A.	Zeitliche Bindung.....	39
B.	Widerruf/Kündigung.....	40
C.	Erfordernis der Schriftform.....	41
IV.	Zusammenfassung und Qualifikation	42
§ 6	Interesse einer sachgerechten Verwaltung	45
I.	Begriff	45
II.	Zulässigkeitserfordernis für eine Delegation?	47
§ 7	Auswahl und Instruktion	49
I.	Zuständigkeit	49
A.	Fondsleitung	49
B.	SICAV	50
1.	Fremdverwaltete SICAV	50
2.	Selbstverwaltete SICAV	50
II.	Auswahl	51
A.	Anforderungen an das Auswahlverfahren.....	51
B.	Auswahlkriterien.....	53
1.	Übersicht.....	53
2.	Kriterien betreffend Vertrauenswürdigkeit	54
3.	Kriterien betreffend die fachliche Leistungsfähigkeit.....	55
4.	Kriterien betreffend Infrastruktur.....	57
5.	Kosten	58
C.	Dokumentation.....	58
III.	Instruktion.....	59
A.	Allgemeines	59
B.	Vertragsabrede	60
1.	Vertrag	60
2.	Interne Weisungen	62
3.	Operating Manuals.....	63
C.	Weisungen nach Vertragsschluss	65
IV.	Auswahl und Instruktion bei konzerninterner Delegation	66
§ 8	Überwachung und Kontrolle	69
I.	Konzept des Internen Kontrollsystems (IKS)	69
II.	Verantwortung und Kontrollumfeld	71

A.	Fondsleitung.....	71
1.	Verwaltungsrat (Ausgestaltung)	71
2.	Geschäftsleitung (Umsetzung).....	72
3.	Risk Management und Compliance (Unterstützung)	73
a.	Risk Management	73
b.	Compliance.....	74
B.	SICAV	74
1.	Selbstverwaltete SICAV	74
2.	Fremdverwaltete SICAV	75
III.	Kontrollmassnahmen.....	76
A.	Ausgangslage und Problemstellung	76
B.	Lösungsansatz: Risikoorientierte Überwachung und Kontrolle der Beauftragten.....	78
IV.	Informationen und Kommunikation	80
V.	Überwachung und Mängelbehebung	81
A.	Fondsleitung und selbstverwaltete SICAV	81
B.	Fremdverwaltete SICAV.....	81
§ 9	Weiterdelegation	83
I.	Anwendungsbereich und Voraussetzungen	83
A.	Anwendungsbereich.....	83
B.	Voraussetzungen	84
II.	Sorgfaltspflichten.....	85
A.	Auswahl und Instruktion.....	85
1.	Auf Stufe des Bewilligungsträgers	85
2.	Auf Stufe des Erstdelegierten	86
B.	Überwachung und Kontrolle.....	86
1.	Auf Stufe des Bewilligungsträgers	86
2.	Auf Stufe des Erstdelegierten	87
III.	Spezialfälle	88
A.	Weiterdelegation innerhalb einer Finanzgruppe oder eines Finanzkonglomerats.....	88
B.	Weiterdelegation bei der fremdverwalteten SICAV	89
§ 10	Informationspflichten.....	91
I.	Pflicht zur Offenlegung der Delegationsverhältnisse	91
II.	Information der Aufsichtsbehörde.....	92
III.	Information der Prüfgesellschaft	93
IV.	Information der Anleger	94
A.	Fondsvertrag/Anlagereglement.....	94
1.	Vorbehalt der Delegationsmöglichkeit	94
2.	Beschränkte Transparenz in Bezug auf die Vergütungen der Beauftragten	94

B.	Prospekt und vereinfachter Prospekt.....	97
1.	Prospekt	97
2.	Vereinfachter Prospekt.....	99
C.	Jahres- und Halbjahresbericht.....	99
§ 11	Haftung für beauftragte Dritte.....	100
I.	Fondsleitung.....	100
A.	Haftungsvoraussetzungen	100
1.	Delegation von Aufgaben	100
2.	Schaden.....	102
3.	Adäquater Kausalzusammenhang	103
4.	Funktionaler Zusammenhang.....	103
5.	Hypothetische Vorwerfbarkeit.....	104
B.	Rechtsfolge	107
C.	Aktiv- und Passivlegitimation.....	107
1.	Aktivlegitimation	107
2.	Passivlegitimation.....	108
D.	Solidarität und Rückgriff	108
E.	Verjährung	108
F.	Wegbedingung der Haftung	109
G.	Abgrenzung zur Substitution.....	110
II.	SICAV	111
A.	Vorbemerkung zu Art. 145 Abs. 1 KAG	111
B.	Haftungsvoraussetzungen	114
1.	Delegation von Aufgaben	114
2.	Schaden.....	115
3.	Adäquater Kausalzusammenhang	115
4.	Pflichtverletzung.....	115
5.	Entlastungsbeweis.....	116
C.	Rechtsfolge	116
D.	Wegbedingung der Haftung	117
E.	Aktiv- und Passivlegitimation.....	118
1.	Aktivlegitimation	118
2.	Passivlegitimation.....	118
F.	Solidarität und Rückgriff	119
G.	Verjährung	119
III.	Unterschiede der beiden Haftungskonzepte am Beispiel von Private Label Fonds	119
A.	Private Labelling.....	119
B.	Vertraglicher Anlagefonds.....	120
C.	Fremdverwaltete SICAV.....	120
D.	Fazit	122

§ 12	Prüfung und Aufsicht	124
I.	Prüfgesellschaft	124
II.	Aufgaben der Prüfgesellschaft	125
A.	Aufsichts- und Rechnungsprüfung	125
1.	Aufsichtsprüfung	125
2.	Rechnungsprüfung	126
B.	Berichterstattung	127
C.	Prüfungshandlungen bei der Delegation von Aufgaben	128
1.	Prüfungshandlungen bei der Fondsleitung/SICAV	128
2.	Prüfungshandlungen beim Beauftragten	129
a.	Eigene Prüfung	129
b.	Fremde Prüfung	130
III.	Aufsicht	134
A.	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA)	134
B.	Aufgaben bei der Delegation von Aufgaben	135
 3. Teil: Delegation der Anlageentscheide		137
§ 13	Begriff und Abgrenzung zur Anlageberatung	139
I.	Delegation der Anlageentscheide	139
II.	Abgrenzung zur Anlageberatung	139
A.	Anlageberatung	139
B.	Anlageberater als faktische Vermögensverwalter	140
1.	Ausgangslage	140
2.	Keine Umgehung der Bewilligungspflicht für Vermögensverwalter	141
3.	Anforderungen an den Anlageentscheidungsprozess	142
4.	Alternativen	143
§ 14	Auswahl des Vermögensverwalters	145
I.	Erfordernis der anerkannten Aufsicht	145
A.	Vermögensverwalter in der Schweiz	145
B.	Vermögensverwalter im Ausland	147
1.	Vermögensverwalter mit Bankenstatus	147
2.	Vermögensverwalter ohne Bankenstatus	147
a.	Allgemein	147
b.	Gemäss MIFID Richtlinie	148
c.	Gemäss AIFM Richtlinie	149
II.	Fachliche und organisatorische Anforderungen an den Vermögensverwalter	153
A.	Mindestanforderungen	153
B.	Übrige Fonds für alternative Anlagen	154
C.	Einsatz von Derivaten	155

III.	Verbot der Rückdelegation	156
A.	EU kompatible Effektenfonds.....	156
B.	Einanlegerfonds	157
§ 15	Vermögensanlage.....	158
I.	Anlagevorschriften	158
A.	Externe Anlagevorschriften	158
B.	Interne Anlagevorschriften.....	159
II.	Verhaltensregeln.....	160
A.	Überblick.....	160
B.	Treuepflichten.....	161
1.	Regelung von Interessenkonflikten.....	161
2.	Einschränkung des Selbst- und Doppelkontrahierens ...	162
3.	Entschädigungen, Soft Commissions und Retrozessionen	164
a.	Entschädigungen.....	164
b.	Soft Commissions und Retrozessionen.....	165
4.	Ausübung von Mitgliedschafts- und Gläubigerrechten.	166
a.	Nachhaltige Traktanden.....	167
b.	Routinegeschäfte.....	168
c.	Kompromisslösung?	169
5.	Beachtung der Marktverhaltensregeln	171
C.	Sorgfaltspflichten.....	172
1.	Funktionentrennung.....	173
2.	Ausübung von Effektenhandelsgeschäften	174
a.	Auswahl der Gegenparteien.....	174
b.	Best Execution.....	175
D.	Informationspflichten.....	176
4. Teil:	Delegation von Teilaufgaben.....	179
§ 16	Begriff und Abgrenzungen.....	181
I.	Begriff	181
II.	Abgrenzungen.....	183
A.	Administration	183
B.	Hauptverwaltung.....	185
1.	Schweizerische kollektive Kapitalanlagen.....	185
2.	Ausländische kollektive Kapitalanlagen mit Hauptverwaltung in der Schweiz	186
3.	Schlussfolgerung zum Begriff Hauptverwaltung.....	189
§ 17	Delegationsmöglichkeiten.....	191
I.	Überblick	191
A.	Kategorisierung gemäss FINMA-RS 2008/37	191

	B. Eigene Kategorisierung.....	191
	C. Vorgehen.....	192
II.	Nicht delegierbare Teilaufgaben.....	192
	A. Unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrats	192
	B. Aufgaben der Geschäftsleitung	194
	C. Sicherstellung der Hauptverwaltung in der Schweiz.....	196
III.	Beschränkt delegierbare Teilaufgaben.....	197
	A. Verbot der Delegation ins Ausland	197
	B. Delegation des Risk Management.....	198
	C. Gründe für die Einschränkung der Delegation.....	198
	1. Festlegung der Ausgabe- und Rücknahmepreise/Führung der Buchhaltung	198
	2. Risk Management und Compliance	199
IV.	Delegierbare Teilaufgaben.....	200
§ 18	Delegierbare Hilfstätigkeiten	202
	I. Konzept.....	202
	II. Kernbereich und Hilfstätigkeiten.....	202
	A. Kernbereich.....	202
	B. Abgrenzung zu Hilfstätigkeiten	204
III.	Beispiele	205
	A. Führung der Buchhaltung.....	205
	1. Kernbereich.....	206
	2. Delegierbare Hilfstätigkeiten	208
	3. Abgrenzungsfragen.....	208
	B. Festlegung der Ausgabe- und Rücknahmepreise	210
	C. Vertretertätigkeit	211
	1. Pflichtenheft.....	211
	2. Kernbereich.....	212
	3. Delegierbare Hilfstätigkeiten	214
§ 19	Rechtsvergleichung.....	216
	I. Einführung.....	216
	II. Europäische UCITS III Richtlinie	218
	A. UCITS III Richtlinie	218
	B. Verwaltungsgesellschaften.....	220
	1. Aufgaben.....	220
	2. Organisation.....	221
	a. Bewilligung und Aufsicht.....	221
	b. Zulassungsvoraussetzungen.....	221
	c. Wohlverhaltensregeln	222
	3. Hauptverwaltung.....	223

	4. Delegationsmöglichkeiten.....	223
	C. Fazit	225
III.	Ausblick auf UCITS IV	227
	A. Das Reformvorhaben	227
	1. Einleitung.....	227
	2. Verbesserter Marktzugang für UCITS.....	229
	3. Erleichterung von Fondszusammenschlüssen.....	229
	4. Neue Bestimmungen über Master-/Feeder-Strukturen..	230
	5. Einführung der Key Investor Information.....	231
	6. Verbesserungen betreffend den Pass für Verwaltungsgesellschaften.....	232
	B. Verwaltungsgesellschaften.....	233
	1. Aufgaben und Organisation	233
	2. Erbringen von grenzüberschreitenden Dienstleistungen.....	234
	3. Erfordernis der Hauptverwaltung.....	236
	4. Delegationsmöglichkeiten.....	239
	C. Fazit	240
IV.	Luxemburg	241
	A. Überblick.....	241
	1. Regulatorischer Rahmen	241
	a. Gesetz vom 20. Dezember 2002 und Zirkulare der CSSF.....	241
	b. Aufsichtsbehörde	242
	2. Formen der offenen kollektiven Kapitalanlage	243
	3. An der Verwaltung beteiligte Parteien	243
	a. Promotor	243
	b. Verwaltungsgesellschaft.....	244
	c. Administrationsgesellschaft.....	245
	d. Depotbank.....	247
	e. Weitere.....	248
	B. Hauptverwaltung.....	249
	1. Aufgaben.....	249
	2. Ausgestaltung.....	250
	C. Verwaltungsgesellschaften für Partie I Fonds.....	252
	1. Umsetzung der UCITS III Richtlinie	252
	2. Personelle Ausstattung	252
	3. Delegation von Aufgaben	254
	a. Delegationsmöglichkeiten	254
	b. Voraussetzungen.....	255
	c. Haftung	256
	D. Verwaltungsgesellschaften für Partie II Fonds	257

	1. Bewilligungsvoraussetzungen/Organisation	257
	2. Delegation von Aufgaben	258
E.	Fazit	258
V.	Irland	261
A.	Überblick.....	261
	1. Regulatorischer Rahmen	261
	a. Statutory Instruments, Gesetze und Guidance Notes	261
	b. Aufsichtsbehörde	262
	2. Formen der offenen kollektiven Kapitalanlage	262
	a. Common Contractual Funds	263
	b. Investment Company with Variable Capital	263
	c. Unit Trust.....	263
	3. An der Verwaltung beteiligte Parteien	264
	a. Promotor	264
	b. Verwaltungsgesellschaft	264
	c. Administrationsgesellschaft.....	265
	d. Trustee bzw. Custodian.....	265
	e. Weitere.....	267
B.	Hauptverwaltung.....	267
C.	Verwaltungsgesellschaften für UCITS konforme kollektive Kapitalanlagen	269
	1. Umsetzung der UCITS III Richtlinie	269
	2. Personelle Ausstattung.....	269
	3. Delegation von Aufgaben	270
	a. Delegationsmöglichkeiten	270
	b. Nicht delegierbare Management-Funktionen.....	270
	c. Prozessausgestaltung und Reportingfordernis	272
	d. Haftung.....	273
D.	Verwaltungsgesellschaften für nicht UCITS konforme kollektive Kapitalanlagen	273
E.	Fazit	274
VI.	Würdigung der Schweizer Delegationsmöglichkeiten.....	275
A.	Ist die Ausgestaltung der Delegationsmöglichkeiten in der Schweiz zu restriktiv?	275
	1. Voraussetzungen zur Delegation.....	275
	2. Hauptverwaltung.....	276
	3. Substanzanforderungen.....	277
B.	Braucht die Schweiz eine Bewilligungspflicht und prudentielle Überwachung von Administrationsgesellschaften?.....	278

C.	Braucht die Schweiz zwei verschiedene Regelwerke für UCITS konforme und nicht UCITS konforme kollektive Kapitalanlagen?.....	279
5. Teil:	Delegation der Administration.....	281
§ 20	Delegationsmöglichkeiten.....	283
I.	Überblick.....	283
II.	Fremdverwaltete SICAV.....	284
A.	Unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrats.....	284
B.	Zwingend an eine Fondsleitung zu delegierende Aufgaben.....	286
1.	Weiterdelegierbare Aufgaben.....	286
2.	Nicht weiter delegierbare Aufgaben.....	287
C.	Frei delegierbare Aufgaben.....	288
III.	Selbstverwaltete SICAV.....	291
A.	Nicht delegierbare Aufgaben.....	291
1.	Unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrats.....	291
2.	Aufgaben der Geschäftsleitung.....	291
B.	Beschränkt delegierbare und frei delegierbare Aufgaben....	293
§ 21	Merkmale der Administration.....	294
I.	Administration als Abgrenzungskriterium.....	294
II.	Administration als Geschäftsführung.....	294
III.	Administration und Corporate Governance.....	296
IV.	Administration als Teilaufgaben.....	298
§ 22	Rechtsvergleichung.....	299
I.	Grundzüge der Investmentgesellschaft gemäss der UCITS III Richtlinie.....	299
A.	Fremdverwaltete Investmentgesellschaft.....	300
B.	Selbstverwaltete Investmentgesellschaft.....	301
II.	Grundzüge der SICAV in Luxemburg.....	302
A.	Fremdverwaltete SICAV.....	303
B.	Selbstverwaltete SICAV.....	304
III.	Grundzüge der Investment Company with Variable Capital in Irland.....	305
A.	Fremdverwaltete Investment Company with Variable Capital.....	306
B.	Selbstverwaltete Investment Company with Variable Capital.....	306
IV.	Würdigung der Organisationsmöglichkeiten der Schweizer SICAV.....	307

Zusammenfassung.....	311
Stichwortverzeichnis.....	337