

Luca Bianchi

## Die Absonderung des Fondsvermögens nach Art. 40 FINIG

---

Das Inkrafttreten der neuen Finanzmarktarchitektur am 1. Januar 2020 brachte im Finanzinstitutsgesetz (FINIG) auch eine Bestimmung über die Absonderung des Fondsvermögens mit sich. Namentlich wurde der vormalige Art. 35 aKAG in den neuen Art. 40 FINIG überführt. Dies wirft die Frage nach der Bedeutung und der Interpretation des Letzteren de lege lata auf. Der Autor kommentiert die Entstehungsgeschichte, den Zweck und den Tatbestand der neuen Bestimmung. Zudem erläutert er wichtige Abgrenzungen dazu. Abschliessend zeigt der Autor auf, warum Art. 40 FINIG weiterhin eine grosse Bedeutung zukommt.

---

Beitragsart: Beiträge  
Rechtsgebiete: Kapitalmarktrecht

Zitiervorschlag: Luca Bianchi, Die Absonderung des Fondsvermögens nach Art. 40 FINIG, in: Jusletter 18. Januar 2021

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Entstehungsgeschichte und Zweck
  - 2.1. Entstehungsgeschichte
  - 2.2. Zweck
3. Absonderung im Konkurs der Fondsleitung
  - 3.1. Materielles
  - 3.2. Formelles
4. Abgrenzungen
5. Fazit

### 1. Einleitung

[1] Die Absonderung des Fondsvermögens im Konkurs einer Fondsleitung wird neu in Art. 40 des Finanzinstitutsgesetzes (FINIG)<sup>1</sup> und nicht mehr wie bis anhin im (aufgehobenen) Art. 35 des Kollektivanlagengesetzes (KAG)<sup>2</sup> geregelt. Diese Neuerung wirft die Frage auf, welche Bedeutung und Interpretation diesem Gesetzesartikel an seiner neuen *sedes materiae* zukommt, wurde er doch aus einem sektorspezifischen Erlass – dem KAG – in ein sektorübergreifendes Gesetz – das FINIG – überführt. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über die Entstehungsgeschichte und den Zweck des Art. 40 FINIG, dessen Tatbestandselemente sowie wichtige damit zusammenhängende Abgrenzungsfragen. Soviel sei bereits an dieser Stelle vorweggenommen: Die Bestimmung bleibt auch unter neuem Recht ein zentrales Element des Anlegerschutzes bei Anlagefonds.

### 2. Entstehungsgeschichte und Zweck

#### 2.1. Entstehungsgeschichte

[2] Beim Erwerb von Anteilen eines Anlagefonds erhält ein Anleger ein obligatorisches Recht auf die Beteiligung am Vermögen und Ertrag des Anlagefonds gegenüber der Fondsleitung.<sup>3</sup> Vor der Einführung des spezialgesetzlichen Absonderungsrechts im Anlagefondsgesetz (AFG) hatte ein Anleger eines Anlagefonds in Ermangelung eines solchen Schutzes keine privilegierte (bzw. eine ungewisse) Stellung im Konkurs der Fondsleitung.<sup>4</sup> Aus diesem Grund wurde schon ins AFG von 1966 eine Bestimmung zur Aussonderung<sup>5</sup> aufgenommen und später mit leichten Anpassun-

---

<sup>1</sup> Finanzinstitutsgesetz vom 15. Juni 2018, FINIG, SR 954.1.

<sup>2</sup> Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006, KAG, SR 951.31.

<sup>3</sup> Art. 11, Art. 25 Abs. 1 lit. a und Art. 78 Abs. 1 lit. a KAG; SANDRO ABEGGLEN/MARTIN SCHAUB, in: Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz, 2. Aufl., Basel 2016, Art. 35 N. 1 (zit. BSK KAG-VERFASSER); ALEXANDER VOGEL/CHRISTOPH HEIZ/RETO LUTHIGER, FIDLEG/FINIG Kommentar, Zürich 2020, Art. 40 N. 1 (zit. VOGEL/HEIZ/LUTHIGER).

<sup>4</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz) vom 23. November 1965, BBl 1965 285, S. 294 f. (zit. Botschaft AFG 1965); BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 1; BRUNO GEIGER, Der zivilrechtliche Schutz des Anlegers – Darstellung nach dem Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 1. Juli 1966 unter besonderer Berücksichtigung des Wertschriftenanlagefonds, Diss. Zürich 1971 (ZBZR Bd. 354), S. 118 f.

<sup>5</sup> Art. 16 aAFG.

gen (z.B. Ersatz der «Aussonderung» durch die «Absonderung») ins revidierte AFG<sup>6</sup> sowie KAG<sup>7</sup> überführt.<sup>8</sup> Im Rahmen der Einführung der neuen schweizerischen Finanzmarktarchitektur wurde Art. 35 aKAG sodann durch Art. 40 FINIG ersetzt.

## 2.2. Zweck

[3] Die *ratio legis* von Art. 40 FINIG ist der Schutz der Anleger im Falle des Konkurses der Fondsleitung.<sup>9</sup> Das Sondervermögen eines Anlagefonds soll jederzeit vom Vermögen der Fondsleitung getrennt bleiben und insb. im Falle des Konkurses der Fondsleitung den Anlegern des Anlagefonds (und nicht den übrigen Gläubigern der Fondsleitung) zugeführt werden;<sup>10</sup> d.h. das Fondsvermögen darf *a priori* nicht in die Konkursmasse der Fondsleitung einfließen.<sup>11</sup> Insofern kann Art. 40 FINIG m.E. als Konkretisierung des Gesetzeszweckes des FINIG (Anlegerschutz) gesehen werden, welche jedoch nur ganz spezifisch im Konkurs der Fondsleitung sowie in Bezug auf die Absonderung des Fondsvermögens zugunsten der Anleger zum Tragen kommt.

## 3. Absonderung im Konkurs der Fondsleitung

### 3.1. Materielles

[4] Im *Allgemeinen* haben die Anleger eines Anlagefonds ein berechtigtes, rechtlich geschütztes und tatsächliches Interesse daran, dass ihnen bei einem Konkurs der Fondsleitung das Vermögenssubstrat des Anlagefonds zugeführt wird.<sup>12</sup> Allfälligen rechtlichen Unsicherheiten betreffend dieser Absonderung des Fondsvermögens zugunsten der Anleger im allgemeinen Auftrags- und Konkursrecht kommt der spezialgesetzliche Art. 40 FINIG zuvor: Sachen und Rechte, die zum Anlagefonds gehören, müssen von der Konkursmasse der Fondsleitung ausgenommen werden.<sup>13</sup> Allerdings müssen hierzu die gesetzlichen Voraussetzungen dieses Tatbestandes vorliegen.<sup>14</sup>

[5] In Bezug auf die Bestimmung der *Rechtsnatur* der Absonderung nach Art. 40 FINIG stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um ein aufsichtsrechtliches Recht (bzw. eine entsprechende Pflicht), ein obligatorisches oder dingliches Absonderungsrecht, einen sonderkonkursrechtlichen Aussonderungsgrund, einen Rechtsbehelf (wie z.B. die Aussonderungsklage), eine sonderkonkursrecht-

---

<sup>6</sup> Art. 16 aAFG.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 35 aKAG.

<sup>8</sup> Botschaft AFG 1965, S. 294 f.; Botschaft zum revidierten Bundesgesetz über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz) vom 14. Dezember 1992, BBl 1993 217, S. 267 (zit. Botschaft AFG 1992); Botschaft zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) vom 23. September 2005, BBl 2005 6395, S. 6450 (zit. Botschaft KAG 2005); ALFRED BUTSCHARDT, in: Kommentar zum schweizerischen Anlagefondsgesetz, Bd. I, Zürich 1997, Art. 16 N. 2; Urs FASEL, Wende im Treuhandrecht?, recht 1995, S. 111 ff., S. 112.

<sup>9</sup> Botschaft AFG 1965, S. 294 f.; BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 1.

<sup>10</sup> Botschaft AFG 1965, S. 294 f.

<sup>11</sup> Botschaft AFG 1965, S. 294 f.; BGE 97 I 866 E. 1.

<sup>12</sup> Botschaft AFG 1965, S. 294 f.; BERTRAND G. SCHOTT/NINA BREHMI, Immobilienfonds in der Insolvenz, in: THOMAS SPRECHER (Hrsg.), EIZ-Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VIII, Zürich 2017, S. 167 ff., S. 189.

<sup>13</sup> BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 5a.

<sup>14</sup> BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 5 ff.

liche Verfahrensvorschrift oder eine Kombination mehrerer dieser Varianten handelt.<sup>15</sup> Nach h.L. handelt es sich um eine aufsichtsrechtliche Bestimmung, die Art. 401 Abs. 3 OR<sup>16</sup> nachgebildet ist und vom Konkursliquidator im Konkursverfahren zwingend angewendet werden muss.<sup>17</sup> Adressat dieser regulatorischen Absonderungspflicht ist in erster Linie der zuständige Konkursliquidator.<sup>18</sup> Folglich muss die Absonderung – verstanden als aufsichtsrechtliche Vorschrift – von vergleichbaren Rechtsgrundlagen abgegrenzt werden.<sup>19</sup>

[6] Der *Geltungsbereich* der Absonderung erfasst nur den Konkurs der Fondsleitung vertraglicher Anlagefonds.<sup>20</sup> Gesellschaftsrechtliche kollektive Kapitalanlagen werden von Art. 40 FINIG nicht erfasst.<sup>21</sup> Vom Konkurs der Fondsleitung ist der Konkurs der Depotbank zu unterscheiden (s.u. Ziff. 4).

[7] Der Tatbestand der Absonderung ist beim Vorliegen der folgenden *Voraussetzungen* erfüllt: (i) Konkurs der Fondsleitung; (ii) Fondsvermögen und (iii) kein Vorbehalt für Ansprüche der Fondsleitung.<sup>22</sup> Zudem enthält Art. 40 Abs. 2 FINIG ein Verrechnungsverbot. Auf diese Tatbestandsmerkmale wird im Folgenden näher eingegangen.

[8] Zunächst setzt der Tatbestand der Absonderung den *Konkurs einer Fondsleitung* nach Art. 32 FINIG voraus.<sup>23</sup> Die Fondsleitung muss zwingend eine von der FINMA bewilligte Aktiengesellschaft mit Sitz und Hauptverwaltung in der Schweiz sein.<sup>24</sup> Gegen die Fondsleitung muss eine Konkursöffnung vorliegen.<sup>25</sup> Die Anordnung der Konkursliquidation hat die Wirkungen einer Konkursöffnung nach Art. 197 ff. SchKG.<sup>26</sup> In Bezug auf die Fondsleitung bedeutet dies, dass sämtliches pfändbares Vermögen derselben zur Zeit der Konkursöffnung die Konkursmasse bildet, wobei das Fondsvermögen zugunsten der Anleger abgesondert werden muss.<sup>27</sup>

[9] Weiter erfordert der Tatbestand der Absonderung, dass die fraglichen (abzusondernden) Vermögenswerte Teil des *Fondsvermögens* sind.<sup>28</sup> Das Fondsvermögen befindet sich im fiduziarischen Eigentum der Fondsleitung.<sup>29</sup> Der Anleger hat gestützt auf den Fondsvertrag lediglich einen ob-

---

<sup>15</sup> BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 5; MARC RUSSENBERGER, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 242 N. 23 (zit. BSK SchKG II-VERFASSER); KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, S. 370.

<sup>16</sup> Obligationenrecht vom 30. März 1911, OR, SR 220.

<sup>17</sup> Botschaft AFG 1992, S. 242; **gl.M.** AMONN/WALTHER (Fn. 15), S. 370; BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 5; BSK SchKG II-RUSSENBERGER (Fn. 15), Art. 242 N. 23 und 50; FASEL (Fn. 8), S. 112; **a.M.** ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018, S. 809; PETER FORSTMOSER, Zum schweizerischen Anlagefondsgesetz, Bern 1972, S. 37.

<sup>18</sup> BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 10.

<sup>19</sup> S.u. Ziff. 4.

<sup>20</sup> BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 1a.

<sup>21</sup> Botschaft KAG 2005, S. 6450; BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 1a; SCHOTT/BREMI (Fn. 12), S. 190 f.

<sup>22</sup> Art. 40 Abs. 1 FINIG.

<sup>23</sup> THOMAS JUTZI/SIMON SCHÄREN, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts, Bern 2014, Rz. 218 und 1360.

<sup>24</sup> Art. 33 Abs. 1 FINIG.

<sup>25</sup> Art. 16 Abs. 3 BIV-FINMA; VOGEL/HEIZ/LUTHIGER (Fn. 3), Art. 40 N. 4.

<sup>26</sup> SR 281.1; Art. 34 Abs. 1 BankG.

<sup>27</sup> Art. 197 Abs. 1 SchKG i.V.m. Art. 40 Abs. 1 FINIG.

<sup>28</sup> Art. 40 Abs. 1 FINIG.

<sup>29</sup> Botschaft KAG 2005, S. 6450; BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 4; OMAR MARBACH, Über die Eigentumsverhältnisse bei den schweizerischen Investmenttrusts, in: FS AMONN, Bern 1997, S. 335 ff., S. 355;

ligatorischen Anspruch auf Beteiligung am Vermögen und am Ertrag des Anlagefonds.<sup>30</sup> Der Begriff des Fondsvermögens ist weit auszulegen und umfasst insb. alle Sachen und Rechte, welche zum Anlagefonds gehören.<sup>31</sup> Buchgeld und Forderungen sind auch darunter zu subsumieren.<sup>32</sup> Ausserdem gehören m.E. entsprechend dem Wortlaut des Titels des Art. 40 FINIG («Fondsvermögen») und der *ratio legis* (Anlegerschutz) namentlich Wertpapiere (z.B. Aktien und Anleihen)<sup>33</sup>, Wertrechte, Bucheffekten (inkl. Derivate) und Immobilien<sup>34</sup> dazu.<sup>35</sup> Demnach soll prinzipiell das gesamte Fondsvermögen des Anlagefonds zugunsten der Anleger abgesondert werden.<sup>36</sup>

[10] Art. 40 Abs. 1 Satz 2 FINIG enthält einen *Vorbehalt* zugunsten der Ansprüche der Fondsleitung nach Art. 38 FINIG;<sup>37</sup> d.h. die Anleger sind gegenüber der Fondsleitung insofern nicht privilegiert, als dass letztere noch Ansprüche hat, welche sie ohne Weiteres aus dem Fondsvermögen befriedigen darf.<sup>38</sup> Erfasst werden davon vor allem Forderungen, welche sich aus dem Fondsvertrag ergeben (z.B. Vergütungen wie Verwaltungs- oder Vermögensverwaltungsgebühren), die Befreiung von Verbindlichkeiten, welche in richtiger Erfüllung der Aufgaben der Fondsleitung eingegangen wurden, oder Aufwendungsersatz.<sup>39</sup> Dies ist m.E. sinnvoll, da derartige Kosten dem Anlagevermögen ohnehin belastet werden (sollen) und es mithin keinen Grund gibt, die fraglichen Beträge den Anlegern zuzuführen.

[11] Weiter sieht Art. 40 Abs. 2 FINIG ein *Verrechnungsverbot* vor: Schulden der Fondsleitung, die sich *nicht* aus dem Fondsvertrag ergeben, können zur Vorbeugung von Missbräuchen nicht mit Forderungen, die zum Anlagefonds gehören, verrechnet werden.<sup>40</sup>

[12] Nach dem Wortlaut und der *ratio legis* von Art. 40 Abs. 1 FINIG ist unter Absonderung die Trennung des Fondsvermögens vom Vermögen der Fondsleitung zu verstehen.<sup>41</sup> Zu diesem Zweck kommen folgende Varianten in Frage:<sup>42</sup>

---

FASEL (Fn. 8), S. 112; ARMIN KÜHNE, Recht der kollektiven Kapitalanlagen in der Praxis, Unter Berücksichtigung von Anlagestiftungen und strukturierten Produkten, 2. Aufl., Zürich 2015, Rz. 129; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSE/SETHE (Fn. 17), S. 809; BGE 101 II 154 E. 1; BGE 99 Ib 436 E. 2.

<sup>30</sup> BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 4.

<sup>31</sup> Art. 40 Abs. 1 FINIG; BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 5a.

<sup>32</sup> BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 5a.

<sup>33</sup> MATTHÄUS DEN OTTER, Wie sicher sind Anlagefonds?, FuW, 1. März 2008, S. 37 ff.; 37 f.; vgl. ROLF H. WEBER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 401 N. 7; Wertpapiere sind typischerweise entweder bei der Depotbank – bzw. einer von dieser beauftragten Bank – hinterlegt, was allerdings deren Absonderung durch den Konkursliquidator nicht entgegensteht.

<sup>34</sup> CHRISTIAN CHRISTEN, Der Kollektivanlagevertrag (Art. 6 AFG), Diss. Zürich 2002 (SSHW Bd. 217), S. 162; SCHOTT/BREMI (Fn. 12), S. 189.

<sup>35</sup> Andernfalls würde Art. 40 FINIG dem Anleger keinen echten Schutz bieten, da i.d.R. der Grossteil der Anlagen eines Anlagefonds aus Wertpapieren oder Wertrechten bzw. Bucheffekten (oder im Falle eines Immobilienfonds: Immobilien) bestehen; vgl. BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 4 und 6.

<sup>36</sup> DOMINIC OLIVER BRAND, Kollektive Immobilienanlagen – Gemeinschaftliche Kapitalanlagen in direkte und indirekte Vermögenswerte unter vergleichender Betrachtung ihrer Anlagevermögen, Diss. St. Gallen 2016 (SSHW Bd. 334), Rz. 302.

<sup>37</sup> BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 9; BGE 97 I 866 E. 1 f.

<sup>38</sup> BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 9; SCHOTT/BREMI (Fn. 12), S. 190; BGE 97 I 866 E. 1.

<sup>39</sup> Art. 38 Abs. 1 FINIG; Art. 35a lit. j KKV; BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 9.

<sup>40</sup> BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 2; vgl. AMONN/WALTHER (Fn. 15), S. 375; GEIGER (Fn. 4), S. 124.

<sup>41</sup> BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 5a; VOGEL/HEIZ/LUTHIGER (Fn. 3), Art. 40 N. 2.

<sup>42</sup> KURT AMONN, Die Aufgaben des Sachwalters nach dem Bundesgesetz über die Anlagefonds, in: FS AMONN, Bern 1997, S.183 ff., S. 200; Die Anleger haben grds. keinen Anspruch auf die Herausgabe der Vermögenswerte im Fondsvermögen; sie können nur – aber immerhin – die Auszahlung des Liquidationserlöses in bar verlangen (m.w.H. KÜHNE (Fn. 29), Rz. 129).

- **Variante 1:** Einerseits besteht die Möglichkeit, den Anlagefonds mit sämtlichen Rechten und Pflichten auf eine neue Fondsleitung zu übertragen.<sup>43</sup> Falls die Fortführung des Anlagefonds (bzw. eines oder mehrerer Teilvermögen desselben) im Interesse der Anleger ist, kann der Konkursliquidator dies bei der FINMA beantragen.<sup>44</sup>
- **Variante 2:** Andererseits kann der Anlagefonds liquidiert und der Liquidationserlös an die Anleger ausbezahlt werden.<sup>45</sup> Findet sich keine andere Fondsleitung oder liegt eine Übertragung nach Variante 1 nicht im Interesse der Anleger, so beantragt der Konkursliquidator bei der FINMA, den fraglichen Anlagefonds zu liquidieren.<sup>46</sup>

[13] Die *Rechtsfolge* dieses Tatbestandes ist mithin die Ausscheidung des Fondsvermögens aus der Konkursmasse der Fondsleitung zugunsten der Anleger.<sup>47</sup> Dies stellt m.E. ein wesentliches Qualitätsmerkmal eines Anlagefonds dar. Art. 40 FINIG bleibt mithin eine wichtige Anlegerschutzbestimmung.

### 3.2. Formelles

[14] Neu gelten für den Konkurs einer Fondsleitung<sup>48</sup> die Bestimmungen des Bankengesetzes (BankG)<sup>49</sup> betreffend die Massnahmen bei Insolvenzgefahr nach Art. 25 ff. BankG und den Bankenkonzurs gemäss Art. 33 ff. BankG sinngemäss (Art. 67 Abs. 1 FINIG).<sup>50</sup> Die «sinngemässe» Anwendung dieser Massnahmen und Bestimmungen soll eine für die Fondsleitung adäquate Handhabung derselben zulassen.<sup>51</sup> Dies stellt eine neue Regel dar, da unter altem Recht noch die spezialgesetzlichen Bestimmungen über die Konkurseröffnung nach Art. 137 ff. KAG zur Anwendung kamen.<sup>52</sup>

[15] Entsprechend werden auch die konkretisierenden Verfahrensvorschriften für den Konkurs einer Fondsleitung neu in der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA (BIV-FINMA)<sup>53</sup> geregelt.<sup>54</sup> Das nach Art. 40 FINIG abzusondernde Vermögenssubstrat des Anlagefonds ist im Zeitpunkt der Konkurseröffnung im Inventar vorzumerken.<sup>55</sup> Das Inventar muss auch die Ansprüche der Fondsleitung gegenüber dem Anlagefonds, welche der Absonderung entgegenstehen, erwähnen.<sup>56</sup>

---

<sup>43</sup> Art. 20a Abs. 1 BIV-FINMA; Erläuterungsbericht zu den Ausführungsbestimmungen der FINMA zu FIDLEG und FINIG 2020, S. 37; Erläuterungsbericht KAKV-FINMA 2012, S. 22.

<sup>44</sup> Art. 20a Abs. 1 BIV-FINMA.

<sup>45</sup> Art. 20a Abs. 2 BIV-FINMA.

<sup>46</sup> Art. 20a Abs. 2 BIV-FINMA.

<sup>47</sup> Botschaft AFG 1992, S. 267; VOGEL/HEIZ/LUTHIGER (Fn. 3), Art. 40 N. 1.

<sup>48</sup> Für Verwalter von Kollektivvermögen sind die genannten Bestimmungen des BankG demgegenüber nicht anwendbar (Art. 67 Abs. 1 FINIG; Botschaft FINIG 2015, 9041; VOGEL/HEIZ/LUTHIGER (Fn. 3), Art. 67 N. 3).

<sup>49</sup> Bankengesetz vom 8. November 1949, BankG, SR 952.0.

<sup>50</sup> VOGEL/HEIZ/LUTHIGER (Fn. 3), Art. 40 N. 4 und Art. 67 N. 5.

<sup>51</sup> VOGEL/HEIZ/LUTHIGER (Fn. 3), Art. 67 N. 1.

<sup>52</sup> Botschaft FINIG 2015, 9041; VOGEL/HEIZ/LUTHIGER (Fn. 3), Art. 67 N. 2.

<sup>53</sup> Bankeninsolvenzverordnung-FINMA vom 30. August 2012, BIV-FINMA, SR 952.05.

<sup>54</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. b BIV-FINMA; Erläuterungsbericht zu den Ausführungsbestimmungen der FINMA zu FIDLEG und FINIG 2020, S. 35.

<sup>55</sup> Art. 16 Abs. 3 BIV-FINMA.

<sup>56</sup> Art. 16 Abs. 3 BIV-FINMA.

Die Bestimmung zur Absonderung im Konkurs der Fondsleitung gemäss Art. 22 der Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA (KAKV-FINMA)<sup>57</sup> wurde in Art. 20a BIV-FINMA überführt.<sup>58</sup>

[16] Die Absonderung des Fondsvermögens wird *von Amtes wegen* durchgeführt.<sup>59</sup> Die Anleger müssen hierzu keine Rechtsbehelfe geltend machen.<sup>60</sup> Zuständig ist die FINMA bzw. der von dieser mittels Verfügung eingesetzte Konkursliquidator.<sup>61</sup>

#### 4. Abgrenzungen

[17] Im Unterschied zum Konkurs der Fondsleitung wird der Konkurs der Depotbank nicht von Art. 40 FINIG erfasst.<sup>62</sup> In einem Konkurs der Depotbank gelten für die Fondsleitung (bzw. den Anlagefonds) in Bezug auf das Depot bei der Depotbank die allgemeinen Regeln für Bankkunden, wonach Depotwerte von Amtes wegen abgesondert werden müssen.<sup>63</sup> Im Konkurs der Depotbank muss die Fondsleitung die zum Fondsvermögen gehörenden Rechte in eigenem Namen geltend machen und allenfalls gerichtlich durchsetzen.<sup>64</sup>

[18] Die *Absonderung* nach Art. 40 FINIG ist von der *Aussonderung* nach Art. 242 SchKG zu unterscheiden.<sup>65</sup> Die *Absonderung* stellt keine konkursrechtliche Klage dar (und ist von Amtes wegen durchzuführen<sup>66</sup>), während die *Aussonderung* mittels *Aussonderungsklage* gerichtlich durchgesetzt werden muss.<sup>67</sup> Ob die *Absonderung* nebst ihrer aufsichtsrechtlichen Natur auch als spezialgesetzlicher *Aussonderungsgrund* verstanden werden soll, ist umstritten.<sup>68</sup> Im Falle der Verweigerung der *Absonderung* durch den Konkursliquidator kann jedoch die *ratio legis* des Art. 40 FINIG (Anlegerschutz)<sup>69</sup> im Einzelfall (z.B. bei einer Verweigerung der *Absonderung*

---

<sup>57</sup> Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA vom 6. Dezember 2012, KAKV-FINMA, SR 951.315.2.

<sup>58</sup> Erläuterungsbericht zu den Ausführungsbestimmungen der FINMA zu FIDLEG und FINIG 2020, S. 35.

<sup>59</sup> Art. 40 Abs. 1 FINIG; VOGEL/HEIZ/LUTHIGER (Fn. 3), Art. 40 N. 4; BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 10.

<sup>60</sup> BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 10.

<sup>61</sup> Art. 20a Abs. 1 BIV-FINMA; BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 10; VOGEL/HEIZ/LUTHIGER (Fn. 3), Art. 40 N. 4.

<sup>62</sup> Botschaft AFG 1992, S. 242; BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 11.

<sup>63</sup> Art. 37d BankG; vgl. auch Art. 17 f. BEG; BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 12; MARTIN HESS/ANDREA ZBINDEN, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 37d N. 17 (zit. BSK BankG-VERFASSER).

<sup>64</sup> BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 12; MIRJAM EGGEN, Produktregulierung im Finanzmarktrecht, Bern 2015, S. 349.

<sup>65</sup> BSK SchKG II-RUSSENBERGER (Fn. 15), Art. 242 N. 6, 23 und 50; FASEL (Fn. 8), S. 112.

<sup>66</sup> S.o. Ziff. 3.2.

<sup>67</sup> BSK SchKG II-RUSSENBERGER (Fn. 15), Art. 242 N. 23 und 50; FASEL (Fn. 8), S. 112.

<sup>68</sup> FLORIAN BOMMER, in: Kommentar zur Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter, Zürich 2016, Art. 45 N. 16 ff. und N. 21; BSK SchKG II-RUSSENBERGER (Fn. 15), Art. 242 N. 23; THOMAS GATTLEN, Die Verwertung zugunsten der Gläubiger im System des Unternehmungssanierungsrechts der Schweiz, Diss. Bern 2010, S. 161 f.; RENATE SCHWOB/THOMAS S. MÜLLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 2014 (zit. ZK BankG-VERFASSER), Art. 37d N. 16; AMONN/WALTHER (Fn. 15), S. 370; ALEXANDER BRUNNER/MARK A. REUTTER/ZENO SCHÖNMANN, Kollokations- und Widerspruchsklagen nach SchKG – Eine Einführung und Übersicht für die Praxis, 3. Aufl., Bern 2019, S. 59 und 107.

<sup>69</sup> S.o. Ziff. 2.2.

durch den Konkursliquidator aufgrund unklarer Rechtsverhältnisse<sup>70</sup>) für eine Qualifikation der Absonderung als Aussonderungsgrund (und damit die fristgerechte Einreichung eines Aussonderungsbegehrens bzw. einer Aussonderungsklage durch die Anleger) sprechen.<sup>71</sup>

[19] Gemäss Art. 401 Abs. 3 OR kann der Auftraggeber im Konkurs des Beauftragten, unter Vorbehalt der Retentionsrechte desselben, die beweglichen Sachen herausverlangen, welche dieser in eigenem Namen, aber für Rechnung des Auftraggebers zu Eigentum erworben hat.<sup>72</sup> Die speziellere Bestimmung Art. 40 FINIG geht im Konkurs der Fondsleitung der allgemeineren Bestimmung nach Art. 401 Abs. 3 OR vor.<sup>73</sup> Bei Art. 40 FINIG handelt es sich im Unterschied zu Art. 401 Abs. 3 OR nicht um einen obligatorischen (oder dinglichen) Absonderungsgrund, sondern um eine materielle, aufsichtsrechtliche Vorschrift.<sup>74</sup>

[20] Mithin existieren verschiedene Bestimmungen, welche bei der Abgrenzung zu Art. 40 FINIG Schwierigkeiten bereiten können.

## 5. Fazit

[21] Art. 40 FINIG sieht grundsätzlich eine mit Art. 35 aKAG identische Regelung vor und ersetzt denselben. Entsprechend kommt Art. 40 FINIG auch weiterhin nur dann zum Tragen, wenn der Konkurs einer Fondsleitung vorliegt. Bei Konkursen von kollektiven Kapitalanlagen, welche aufgrund ihrer rechtlichen Ausgestaltung über keine Fondsleitung i.S. dieser Bestimmung verfügen, ist Art. 40 FINIG i.d.R. *a priori* nicht anwendbar. Bei Konkursen im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen und deren Service-Providern (z.B. Fondsleitungen, Verwaltern von Kollektivvermögen oder Banken) können sich daher in der Praxis schwierige Rechts- und Abgrenzungsfragen stellen. Auch für Anleger im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen ist es ratsam, solche rechtlichen Aspekte bereits beim Anlageentscheid in eine bestimmte kollektive Kapitalanlage in Betracht zu ziehen. Aufgrund der genannten feinen Unterschiede kommt Art. 40 FINIG bei der Beurteilung von Rechtsfragen in diesem Bereich auch unter neuem Recht eine hohe Bedeutung zu.

---

RA lic. iur. LUCA BIANCHI, LL.M., MBA, MAS UZH in Finance, ist Rechtsanwalt und Partner bei Kellerhals Carrard in Zürich.

---

<sup>70</sup> BSK BankG-Hess/ZBINDEN (Fn. 63), Art. 37d N. 19; LUKAS BOPP/DANIEL STAEHELIN, in: Basler Kommentar zum Wertpapierrecht, Basel 2012, Art. 17 BEG N. 30.

<sup>71</sup> URS BERTSCHINGER, Zum neuen bankengesetzlichen Aussonderungsrecht (Art. 16 und 37b BankG) – Parallelen und Unterschiede zu Art. 401 OR, AJP 1995, S. 426 ff., S. 432; URS BERTSCHINGER, Für eine Neuorientierung bei der Aussonderung im Konkurs des Beauftragten, AJP 1993, S. 1440 ff., 1442 f.; ZK BankG-SCHWOB/MÜLLER (Fn. 68), Art. 37d N. 16; OLIVIER FAVRE, Die Berechtigung von Depotkunden an auslandsverwahrten Effekten – Verwahrungskonzepte und ihre Bedeutung im internationalen Privatrecht aus schweizerischer Sicht, Diss. Zürich 2003 (SSBR Bd. 72), S. 209 f.; MARKUS GUGGENBÜHL/JANA ESSEBIER, in: Kommentar zum Bucheffektengesetz (BEG), Zürich 2013, Art. 17 N. 109 (zit. BEG Kommentar-VERFASSER); vgl. AMONN/WALTHER (Fn. 15), S. 370; BRUNNER/REUTTER/SCHÖNMANN (Fn. 68), S. 59 und 107.

<sup>72</sup> ZR 1984, S. 209 ff. BERTSCHINGER (Fn. 71), S. 1440 ff., S. 1442; FASEL (Fn. 8), S. 111 ff.; CORINNE ZELLWEGE-GUTKNECHT, Vermögenswerte im Finanzmarktrecht – Das Ende aller dinglichen Prinzipien, in: TANJA DOMEJ/BIANKA DÖRR/URS HOFFMANN-NOWOTNY (Hrsg.), Einheit des Privatrechts, komplexe Welt: Herausforderungen durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität, Stuttgart 2009, S. 87 ff., S. 100.

<sup>73</sup> BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 6.

<sup>74</sup> Erläuterungsbericht KAKV-FINMA 2012, S. 21; vgl. AMONN/WALTHER (Fn. 15), S. 370; BSK KAG-ABEGGLEN/SCHAUB (Fn. 3), Art. 35 N. 5; BSK SchKG II-RUSSENBERGER (Fn. 15), Art. 242 N. 23; FASEL (Fn. 8), S. 112; a.M. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (Fn. 17), S. 809; FORSTMOSER (Fn. 17), S. 37.